



Conselho Nacional de Justiça

Controle de Convencionalidade

César Landa

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Ela Wiecko V. de Castilho

Eugenio Raúl Zaffaroni

Fabício Bittencourt da Cruz

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

✶ Néstor Pedro Sagüés

Fabiane Pereira de Oliveira Duarte (coord.)

Fabício Bittencourt da Cruz (coord.)

✶ Tarciso Dal Maso Jardim (coord.)

Prefácio do

Ministro Ricardo Lewandowski

Presidente do Supremo Tribunal Federal
e do Conselho Nacional de Justiça

Brasília
2016

Secretário-geral

Fabício Bittencourt da Cruz

Coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Secretário de Comunicação Social

Gustavo Gantois

Brasil. Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Controle de Convencionalidade / Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabício Bittencourt da Cruz, Tarciso Dal Maso Jardim - Brasília: CNJ, 2016.

76 p.

ISBN 978-85-5834-023-6

I Controle de Convencionalidade. II Direitos Humanos (Direito Internacional Público).

CDU: 342.71

Este livro foi projetado e composto por Eduardo Franco Dias e Roberto Hara Watanabe, que também criou sua capa, na Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, vinculada à Secretaria de Documentação do Supremo Tribunal Federal.

Presidente do Conselho Nacional de Justiça

Ministro Ricardo Lewandowski

Conselheiros

Ministro João Otávio de Noronha (Corregedor Nacional de Justiça)

Ministro Lelio Bentes Corrêa

Carlos Augusto de Barros Levenhagen

Daldice Maria Santana de Almeida

Gustavo Tadeu Alkmim

Bruno Ronchetti de Castro

Fernando César Baptista de Mattos

Carlos Eduardo Oliveira Dias

Rogério José Bento Soares do Nascimento

Arnaldo Hossepian Lima Junior

José Norberto Lopes Campelo

Luíz Cláudio Allemand

Emmanoel Campelo

Sumário

| | |
|---|-----|
| <i>Prefácio</i> | 13 |
| Reflexões Gerais | 17 |
| <i>El Control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i> , por Eduardo Ferrer Mac-Gregor | 19 |
| <i>Cosmopolitismo e Controle de Convencionalidade</i> , por Fabrício Bittencourt da Cruz | 41 |
| Parte I: O Controle de Convencionalidade e as Ofensas aos Direitos Humanos | 69 |
| <i>Control de Convencionalidad y Sistema Carcelario</i> , por Eugenio Raul Zaffaroni | 71 |
| <i>O Controle de Convencionalidade no Brasil</i> , por Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi | 84 |
| <i>O controle de convencionalidade no Brasil: povos tradicionais</i> , por Ela Wiecko V. de Castilho | 91 |
| Parte II: O Controle de Convencionalidade em Perspectiva Comparada | 111 |
| <i>El Control de Convencionalidad en Argentina. ¿Ante las Puertas de la “Constitución Convencionalizada”?</i> , por Néstor Pedro Sagüés | 113 |
| <i>¿Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano</i> , por César Landa | 128 |
| <i>Autores</i> | 154 |

Prefácio

O debate permanente sobre a aplicação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no plano interno dos Estados nacionais constitui prática essencial para expandir a sua eficácia nesse âmbito, tendo em conta sobretudo a prerrogativa que estes têm repudiá-los caso entendam que a jurisdição doméstica esteja sofrendo interferências indevidas. Por isso, a troca de experiências entre operadores do Direito, acadêmicos e especialistas mostra-se essencial para sensibilizar agentes estatais e membros do poderes judiciários a prestigiarem os direitos e garantias abrigados nas declarações, pactos e tratados internacionais aos quais os respectivos países aderiram.

Nos dias 07 e 08 de junho de 2016, o Supremo Tribunal Federal teve a satisfação de promover, em parceria com a Fundação Konrad Adenauer, e com o valioso apoio do Tribunal Superior do Trabalho, do Conselho Nacional de Justiça e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o seminário com o tema **O Direito Internacional dos Direitos Humanos em face dos poderes judiciais nacionais**.

O evento representou um importante marco na implementação do direito internacional dos direitos humanos no Brasil. É que, para além de constituir um debate teórico acerca do tema, como não poderia deixar de ser, apresentou também um cunho eminentemente pragmático, porquanto abrigou um exercício prático de jurisdição internacional, porque, de forma concomitante, a Corte Interamericana de Direitos Humanos realizou diligências *in situ* com vítimas de trabalho escravo e uma visita ao Complexo Prisional do Curado, no Estado de Pernambuco, onde alegadamente se praticava atos atentatórios à dignidade da pessoa humana.

A discussão travada no seminário, ademais, caminhou para além de simples análises de casos concretos, eis que promoveu a relevante discussão sobre o “controle de convencionalidade”. Esse é um assunto ainda insuficientemente conhecido, que merece ser mais aprofundado, seja pelas universidades, seja pelos tribunais, seja pelas distintas agências estatais. Esse foi precisamente um dos pontos altos do evento, na medida em que abordou as experiências, nessa área, de vários países latino-americanos, a partir das intervenções de renomados juristas e intelectuais da região, em especial da Argentina, Chile, Colômbia, Equador, Peru e México.

O que o leitor constatará, nesta publicação que tenho a honra de prefaciá-lo, e que reflete as conclusões dos densos debates travados no seminário realizado no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, é que ela constitui um verdadeiro compêndio de direito comparado no que tange à proteção dos direitos fundamentais, trazendo à baila, por exemplo, a problemática da exploração do trabalho escravo, dos imigrantes em situação de vulnerabilidade, da precariedade do sistema carcerário, do abandono dos povos tradicionais, dentre outros assuntos.

Desde a antiguidade, a partir do grande estadista e também legislador Sólon, a comparação serviu como um importante instrumento para fomentar transformações culturais e tecnológicas,

não podendo ser diferente com a proteção internacional dos direitos humanos. Por isso é que se encontrará, nas próximas páginas, relatos instigantes de representantes de países de nosso continente, como os da justiça de transição argentina, do mecanismo colombiano de cumprimento de decisões internacionais e da manutenção da integridade do Poder Judiciário, no caso “*Tribunal Constitucional vs. Perú*”, trazido a exame.

O Brasil também vem enfrentando, nos últimos anos, os chamados “hard cases” no concerne à proteção dos direitos da pessoa humana. É bem verdade que há ainda muito o que fazer nesta temática, mas a nossa contribuição está expressa em casos emblemáticos revelados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente nas decisões que vedam as discriminações de gênero, raça, orientação sexual, etc. Vale lembrar, por oportuno, que a suprema Corte esboçou os primeiros passos para validar as ações afirmativas entre nós, com o famoso julgado que reconheceu a constitucionalidade das cotas raciais nas universidades públicas.

Não poderia deixar de destacar, igualmente, a nossa política de promoção das audiências de custódia, adotada pelo Conselho Nacional de Justiça, e inspirada no item 5 do art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, já em pleno funcionamento nas capitais das 27 unidades da Federação brasileira, mediante a qual se logra que todo e qualquer cidadão preso seja apresentado a um juiz no prazo de até 24 horas. Tendo em vista os resultados altamente positivos desta iniciativa do Poder Judiciário brasileiro, fomos convidados a colaborar de maneira direta e estreita com a elaboração e a implementação de uma estratégia hemisférica em matéria penitenciária, a serem conduzidas pela Organização dos Estados Americanos (OEA).

Nessa perspectiva, penso que o exercício intelectual e prático desenvolvido no seminário **O Direito Internacional dos Direitos Humanos em face dos poderes judiciais nacionais**, valeu a pena, especialmente porque esteve voltado, como já dizia Norberto Bobbio, não para a mera teorização acerca dos direitos humanos, mas para a sua efetiva concretização, com os olhos voltados para a proteção das vítimas, a reparação dos danos por elas sofridos e a viabilização de medidas para que as violações não mais se repitam.

Ministro Ricardo Lewandowski

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.

Reflexões Gerais

El Control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Nacimiento. IV. Desarrollo jurisprudencial. V. Fundamento normativo. VI. Elementos configurativos. VII. Principales objetivos.

I. Introducción

Uno de los más recientes y efectivos esfuerzos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para incrementar el nivel de cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Pacto de San José) a nivel nacional es la creación de la doctrina del “control de convencionalidad”. Esta ha sido entendida por la Corte IDH como “una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional”, principalmente “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia” de dicho Tribunal.¹

Esta doctrina establece una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etc.) de conformidad con la CADH y, en general, con el *corpus juris interamericano* (a manera de lo que hemos denominado “bloque de convencionalidad”).² En caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional y el *corpus iuris interamericano*, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Así, las autoridades estatales deben ejercer *ex officio* el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno de los Estados.³

1 *Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de 20 de marzo de 2013, párr. 65.

2 Sobre el “bloque de convencionalidad”, ver el voto razonado en el *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, especialmente párrs. 26, 44-55, 61 y 66.

3 *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Control de convencionalidad (sede interna)”, en Ferrer Mac-Gregor, E., Martínez Fernández, F., y Figueroa Mejía, G. (coord.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Tomo I, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, y Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 233.

II. Antecedentes

Con independencia de algunos precedentes anteriores, especialmente en *Suárez Rosero vs. Ecuador* (1997), el germen más claro de la doctrina se encuentra en *Barrios Altos vs. Perú* (2001), el cual constituye el *leading case* sobre la inconvencionalidad de las leyes de amnistía o autoamnistía.⁴ En este caso, la Corte IDH consideró que las leyes nacionales sujetas al examen de convencionalidad “carecen de efectos jurídicos” al ser manifiestamente contrarias a la CADH, y al no poder representar obstáculo alguno para la investigación de los hechos del caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, “ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.”⁵ En la interpretación de la sentencia de fondo, la propia Corte IDH declaró que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a la CADH constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional, por lo que “dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía... lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso *Barrios Altos* tiene efectos generales...”⁶ Como lo expresa Casesse, fue la primera ocasión en que un tribunal internacional actuaba como una especie de corte constitucional.⁷ También resulta importante el caso de “*La Última Tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) vs. *Chile* (2001), en el que se realiza por parte de la Corte IDH un control convencional sobre la constitución de Chile. Con esta atribución que progresivamente se ha venido consolidando, se le ha comparado a la Corte IDH como una especie de tribunal constitucional para la región, con alcances distintos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁸

La expresión “control de convencionalidad”, sin embargo, tiene sus orígenes en los votos razonados del ex juez Sergio García Ramírez en casos como *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* del 2003 (siguiendo el precedente de *Barrios Altos*) en donde estableció que “[n]o es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en juicio, y sustraer a otros de este régimen

4 Véase en este sentido: *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35 y *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

5 *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 44.

6 *Caso Barrios Altos Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18.

7 Cassese, Antonio, “Y-a-t-il un conflict insurmountable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?”, en Cassese, Antonio y Delmas-Marty, Mireille (eds.), *Crimes Internationaux et juridictions internationales*, 2002, págs. 13 y 16 [“It is the first time that an international court determines that national laws are devoid of legal effects within the state system where they have been adopted and consequently obliges the state to act as if these laws have never been enacted.”]. Ver también Binder, Christina, “The prohibition of amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, 12 *German Law Journal* (2011) en 1212.

8 Ver en general Burgogue-Larsen, Laurence, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional”, en von Bogdandy, Armin, Fix-Fierro, Mariela, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM-III/Institut Max Planck de Derecho Público comparado y Derecho Internacional, 2014, pp. 421-457; ver también, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional. Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, tomo III, México, IJI-UNAM, 2001, pp. 209-224.

convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte Interamericana”.⁹ En el caso *Tibi vs. Ecuador* (2004) desarrolló la idea relativa a que “[s]i los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de estos actos”¹⁰ y, por último, en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay* (2006), aludió a que el “[c]ontrol de convencionalidad está fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana”.¹¹ Por su parte, el ex juez de la Corte IDH (y actual juez de la Corte Internacional de Justicia) Antonio Cançado Trindade también se refirió al control de convencionalidad como un mecanismo para implementar el derecho internacional de los derechos humanos a nivel nacional.¹²

III. Nacimiento

La doctrina se estableció formalmente en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* en el año 2006.¹³ Este caso trata, entre otras cuestiones, sobre la responsabilidad internacional del estado chileno por la adopción y aplicación del Decreto Ley 2.191 de 1978, el cual concedía una amnistía general a todos los responsables de hechos delictivos cometidos desde el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978. La aplicación de este decreto por parte del Poder Judicial tuvo como efecto inmediato el cese de investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano, quien fue ejecutado por la policía en el contexto de graves violaciones a derechos humanos que siguieron al golpe de Estado presidido por el General Augusto Pinochet, en 1973, lo cual constituyó una violación a los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana.

Siguiendo su jurisprudencia en materia de justicia transicional, la Corte IDH declaró la nulidad *ab initio* del referido decreto ley estableciendo que, en casos donde el Poder Legislativo falle en su tarea de suprimir leyes contrarias al Pacto de San José, el Poder Judicial permanece obligado a respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y, por lo tanto, debe realizar un control de convencionalidad, de forma tal que los jueces velen porque los efectos de las disposiciones de la Convención Americana no se vean mermados por la aplicación de leyes

9 *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 27.

10 *Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

11 *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155. Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 6.

12 *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. Voto Concurrente Razonado del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade, párrs. 2 y 3.

13 *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 54, párr. 124.

contrarias a su objeto y fin. La Corte IDH estableció que, en esta tarea, el Poder Judicial debía tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH como intérprete última de la Convención.¹⁴

Al establecer este criterio la Corte IDH buscaba que en futuros casos el Poder Judicial chileno evitara la vulneración del derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación, los cuales son derechos inderogables en el régimen de la Convención Americana.¹⁵ En este sentido la Corte IDH dispuso que “el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través del juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.”¹⁶ El Decreto Ley 2.191 de 1978 impedía la realización del derecho a la verdad, y el control de convencionalidad se constituía como una herramienta para que el Poder Judicial garantizara el cumplimiento de la obligación del Estado de lograr la verdad en casos de graves violaciones a derechos humanos a través de procesos judiciales.¹⁷

IV. Desarrollo jurisprudencial

El precedente del caso *Almonacid Arellano* ha sido reiterado en veintiséis sentencias de la Corte IDH sin mayores cambios en sus fundamentos. Sin embargo, ciertos matices se han añadido a la doctrina del control de convencionalidad. El primero de ellos ocurrió dos meses después, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*.¹⁸ En efecto, en este fallo se invoca el criterio de *Almonacid Arellano* sobre el “control de convencionalidad” y lo “precisa” en dos aspectos: (i) procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten; y (ii) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

En la misma lógica evolutiva, en el caso *Boyce y otros vs. Barbados* se estableció que el control de convencionalidad debía ser realizado sobre todas las normas del sistema jurídico, incluidas las normas constitucionales;¹⁹ en el caso *Radilla Pacheco vs. México* se determinó que el control de convencionalidad incluye el deber de interpretar las normas nacionales aun cuando estas no sean,

14 Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafo 124.

15 Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafo 112.

16 Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafo 148.

17 Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafo 150.

18 *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, párr. 128.

19 Cfr. *Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 78 y 79.

en sí mismas, inconventionales;²⁰ en el caso *Gelman vs. Uruguay* se consideró que el control de convencionalidad debe impactar la labor del poder legislativo en la creación de normas, las cuales deben ser consistentes con el *corpus juris interamericano*.²¹ De esta forma, es posible decir que el control de convencionalidad ha evolucionado después de su creación y, por lo tanto, su entendimiento no sólo está basado en el criterio establecido en la sentencia del caso *Almonacid Arellano*.

Ahora bien, la aplicación del control de convencionalidad, no solo se ha ceñido a los casos contenciosos, las supervisiones de cumplimiento y medidas provisionales, como tradicionalmente se había creído. Recientemente, la Corte IDH, al adoptar la Opinión Consultiva No. 21 (2014), ha considerado que el control de convencionalidad también debe llevarse a cabo sobre las funciones no contenciosas de la Corte IDH, pues buscan la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos:²²

a) Casos contenciosos: A partir de la emisión del caso *Almonacid Arellano vs. Chile (2006)*, como mencionamos anteriormente, en veintiséis casos contenciosos, el Tribunal Interamericano se ha pronunciado sobre diversos aspectos del “control de convencionalidad” en sentencias que involucran la responsabilidad internacional de catorce Estados distintos: Argentina,²³ Barbados,²⁴ Bolivia,²⁵ Brasil,²⁶ Chile,²⁷ Colombia,²⁸ Ecuador,²⁹ Guatemala,³⁰ México,³¹ Panamá,³²

20 Cfr. *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339.

21 Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 239.

22 Cfr. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 31.

23 *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párrs. 93, 94 y 113; *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, párrs. 303 a 305; y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 221.

24 *Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 79.

25 *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1º de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 202.

26 *Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párrs. 49 y 106.

27 *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 282 a 284.

28 *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 208, nota al pie 307; y *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párrs. 142 a 144.

29 *Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306, párrs 102 y 103.

30 *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr. 262; y *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253, párr. 330.

31 *Caso Rosendo Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 339 y nota al pie 321; *Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie

Paraguay,³³ Perú,³⁴ República Dominicana,³⁵ Uruguay³⁶ y Venezuela;³⁷ lo que significa más de la mitad de los Estados parte de la Convención que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.

Así, progresivamente, la Corte IDH ha venido precisando aspectos del “control de convencionalidad”;³⁸ ampliando su alcance no sólo a los jueces y órganos de impartición de justicia, sino en general a todas las autoridades,³⁹ incluso al legislador,⁴⁰ siendo relevante dicho control también para el adecuado cumplimiento de las sentencias interamericanas.⁴¹

b) Opiniones Consultivas. La aplicación del control de convencionalidad también se ha venido desarrollando en resoluciones que no involucran la resolución del fondo en casos contenciosos. Recientemente la Corte IDH, al adoptar la Opinión Consultiva No. 21 (2014), precisó que “es necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos”, esto es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.⁴² Especificó, además, que, a partir de la “norma convencional interpretada” (efecto de *res interpretata*)⁴³ en las opiniones consultivas, los órganos de los Estados

C No. 215, párrs. 236 y 237; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párrs. 219 y 220; y *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párrs. 21 y 225 a 233.

32 *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 180; y *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 287.

33 *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 311.

34 *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, párr. 128; *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173.

35 *Caso de las Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 311.

36 *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 193 y 239.

37 *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párrs. 164, 165 y 172; y *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párrs. 226 a 228.

38 De manera especialmente importante, véanse los casos de *Heliodoro Portugal Vs. Panamá* (2008), *Radilla Pacheco Vs. México* (2009), *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* (2010), y *Gelman Vs. Uruguay* (2011), así como la supervisión de cumplimiento de esta última sentencia (2013).

39 *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225.

40 *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.

41 *Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de 20 de marzo de 2013, párrs. 67 y ss.

42 *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párr. 31.

43 La expresión “norma convencional interpretada” se utiliza por primera vez en la supervisión de cumplimiento de

miembros de la OEA (incluso los que no forman parte de la CADH) cuentan con una fuente que contribuye de manera preventiva a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos⁴⁴.

La Corte IDH ha venido ejemplificando la manera en que los tribunales de la más alta jerarquía en varios Estados de la región se refieren al carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Interamericano y la manera en que han recibido o aplicado el control de convencionalidad teniendo en consideración la jurisprudencia interamericana, citando los casos de Argentina,⁴⁵ Bolivia,⁴⁶ Colombia,⁴⁷ Costa Rica,⁴⁸ Guatemala,⁴⁹ México,⁵⁰ Panamá,⁵¹ Perú⁵² y República Dominicana.⁵³ Asimismo, el propio Tribunal Interamericano retoma jurisprudencia nacional para fundamentar y conceptualizar en sus resoluciones la violación de la Convención Americana.⁵⁴

sentencia, *Caso Gelman vs. Uruguay* (2013), párrs. 67 y ss.; véase asimismo mi voto razonado en este caso (especialmente párrs. 22 y ss.) sobre la distinción entre los efectos directos hacia las partes (*res judicata*) e indirectos hacia los Estados Parte de la CADH (*res interpretata*) de la sentencia interamericana y su relación con el control de convencionalidad.

- 44 *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párr. 31.
- 45 Sentencia emitida el 23 de diciembre de 2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina (Expediente 224. XXXIX), “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, considerando 6; y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad. M. 2333. XLII. y otros de 13 de Julio de 2007, párr. 20.
- 46 Sentencia emitida el 10 de mayo de 2010 por el Tribunal Constitucional de Bolivia (Expediente No. 2006-13381-27-RAC), apartado III.3. sobre “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.
- 47 En ese punto, la Corte Constitucional Colombiana cita las sentencias C-360 de 2005 y C-936 de 2010 y Sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional Colombiana, párr. 6, reiterada en las sentencias T-1391 de 2001 y C-097 de 2003.
- 48 Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII.
- 49 Cfr. Decisión de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala No. MP001/2005/46063 de 11 de diciembre de 2009; Decisión de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala No. MP001/2008/63814 de 11 de diciembre de 2009; Decisión de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala No. MP001/2009/10170 de 11 de diciembre de 2009; Decisión de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala No. MP001/2008/2506 de 11 de diciembre de 2009.
- 50 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Expediente Varios 912/2010, decisión de 14 de julio de 2011, párrafo 19.
- 51 Cfr. Corte Suprema de Justicia de Panamá, Acuerdo No. 240 de 12 de mayo de 2010, mediante el cual se da cumplimiento a la sentencia de 27 de enero de 2009, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Santander Tristán Donoso contra Panamá; y Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Penal, Sentencia de 12 de mayo de 2010.
- 52 Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente No. 2730-2006-PA/TC), fundamento 12; y Sentencia 00007-2007-PI/TC emitida el 19 de junio de 2007 por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (Colegio de Abogados del Callao c. Congreso de la República), fundamento 26.
- 53 Resolución No. 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003 por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana.
- 54 En el *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, al desarrollar el derecho a no ser forzosamente desplazado, bajo los artículos 4, 5 y 22 de la Convención, la Corte se basó extensamente en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T/025-04. Cfr. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No.134, párr. 174 y ss. Véase asimismo casos *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 159, 164, 182, 186, 202 y 208, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, párrs. 163 a 169, o

En su jurisprudencia, la Corte IDH ha precisado, respecto de la obligación de los Estados de ejercer el “control de convencionalidad”, que es posible observar dos manifestaciones distintas del mismo, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Así, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte IDH, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte IDH, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia⁵⁵.

El “control de convencionalidad” desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH, no se ha limitado como un mecanismo que sólo deba ejercerse cuando el Tribunal Interamericano analiza las violaciones en los casos contenciosos sometidos a su conocimiento. El ex juez Antonio Cançado Trindade, en su voto disidente en la sentencia de solicitud de Interpretación del caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*, expresaba que “[no podía] aceptar que la Corte se exima de ejercer su deber de control de convencionalidad en el procedimiento de Interpretación de Sentencia, y se satisfaga en dejar para una posterior etapa de supervisión de ejecución de Sentencia el examen de eventuales dificultades que ya parece presentir vengan a ocurrir”.⁵⁶ Con posterioridad, la Corte IDH empezó a aplicar el control de convencionalidad en la supervisión de cumplimiento de casos contenciosos.

Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221, párrs. 215 a 224. De la misma forma, la Corte Interamericana ha tenido nuevos desarrollos jurisprudenciales a partir del derecho comparado interamericano; en este sentido, por ejemplo, en el caso de la *Comunidad Indígena Garífuna Punta Piedras Vs. Honduras*, el Tribunal Interamericano, tomando en consideración en la Sentencia T-387/13 del Tribunal Constitucional de Colombia, expresó que esta había reconocido la obligación de saneamiento en su derecho interno como una garantía del uso y goce de la propiedad colectiva *Cfr. Caso Comunidad Garífuna Punta Piedras y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 17 de noviembre 2015, Serie C No. 306, párr. 178. En similar sentido, en el caso *Gonzales Lluy Vs. Ecuador*, recurriendo a una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Superior de Costa Rica, la Resolución No. 7784-05, consideró que el interés superior del menor no puede ser utilizado para amparar discriminación contra una niña por una situación de salud, *Cfr. Caso Gonzales Lluy Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia del 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 298, párr. 265; y recientemente, el en caso *Duque Vs. Colombia*, un caso relacionado con pensiones de supervivencia entre personas del mismo sexo, el Tribunal Interamericano recurrió a diversos pronunciamientos de Altas Cortes para analizar la violación al artículo 24 del Pacto de San José. *Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de febrero e 2016, Serie C No. 310, párrs. 112 a 118.

55 *Cfr. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de 20 de marzo de 2013, considerandos 67 y 68; y *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2013, considerando 29.

56 *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros). Vs. Perú. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de Noviembre de 2007 Serie C No. 174, Voto Disidente del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 49.

c) Supervisión de cumplimiento de sentencia. Existen, a la fecha, diecinueve resoluciones sobre supervisión de cumplimiento en los cuales la Corte IDH ha hecho mención sobre el control de convencionalidad, siete corresponden a casos supervisados con anterioridad a la emisión de la supervisión de cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*, y doce son supervisiones realizadas con posterioridad. Entre los años 2008 y el 2012, el Tribunal Interamericano adoptó la supervisión conjunta de los casos *Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes vs. Guatemala* (9 mayo de 2008);⁵⁷ *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador* (21 de septiembre de 2009);⁵⁸ *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (18 de noviembre de 2010);⁵⁹ *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (1 de julio de 2011);⁶⁰ *Caso Loayza Tamayo vs. Perú* (1 de julio de 2011);⁶¹ *Lori Berenson Mejía vs. Perú* (20 de junio de 2012)⁶² y *Caso Apitz Barbera y Otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela* (23 de noviembre de 2013).⁶³

Siguiendo esta óptica, a partir de la supervisión de cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay* en el 2013,⁶⁴ la Corte IDH ha implementado de manera más constante, el control de convencionalidad a dicha función. A la fecha, en menos de tres años, doce supervisiones de cumplimiento han sido dictadas por el Tribunal Interamericano: *Caso Radilla Pacheco vs. México* (14 de mayo de 2013);⁶⁵ *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (21 de mayo de 2013);⁶⁶ *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia* (21 de mayo de 2013);⁶⁷ *Caso Anzualdo Castro vs. Perú* (21 de agosto de 2013);⁶⁸ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (21 de agosto de 2013);⁶⁹ *Caso*

57 *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 09 mayo de 2008, considerando 63.

58 *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de septiembre de 2009, considerandos 32, 33, 42, 43, 46 y 49.

59 *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 18 de noviembre de 2010, considerandos 22, 23, 32 y 33.

60 *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de julio de 2011, considerados 6, 9 y 10-21.

61 *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de julio de 2011, considerandos 24-35.

62 *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de junio de 2012, considerandos 10-18.

63 *Caso Apitz Barbera y Otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, considerados 19-26 y 39.

64 *Cfr. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

65 *Cfr. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2013, considerandos 4, 5, 6, 19, 26, 27, 31.

66 *Cfr. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2013, considerando 78.

67 *Cfr. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2013, considerandos 29 y 30.

68 *Cfr. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2013, considerandos 23, 24, 25, 26.

69 *Cfr. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2013, considerandos 5, 6, 36 y 38.

Castañeda Gutman vs. México (28 de agosto de 2013);⁷⁰ *Caso Supervisión conjunta de 11 casos vs. Guatemala* (21 de agosto de 2014);⁷¹ *Casos Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala* (21 de agosto de 2014);⁷² *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (17 de Octubre de 2014)⁷³; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (17 de Abril de 2015);⁷⁴ *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú vs. México* (17 de abril de 2015)⁷⁵ y *la Supervisión Conjunta 12 Casos Guatemaltecos vs. Guatemala* (24 de noviembre de 2015).⁷⁶

La Corte IDH ha sido enfática al considerar que “cuando existe cosa juzgada internacional el control de convencionalidad⁷⁷ posee un importante rol en el cumplimiento o implementación de la Sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales. El órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso.⁷⁸ En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”⁷⁹

70 Cfr. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2013, considerandos 21-27.

71 Cfr. *Caso Supervisión conjunta de 11 casos Vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014, considerandos 9 y 17.

72 Cfr. *Casos Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros Vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014, considerandos 6, 16 y 17.

73 Cfr. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014, considerando 17 al 19.

74 Cfr. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de abril de 2015, considerandos 3 al 23.

75 Cfr. *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de abril de 2015, considerandos 3 al 23.

76 Cfr. *12 Casos Guatemaltecos Vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2015, considerandos 68 y 142.

77 La Corte ha indicado que cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. El control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional. Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de 20 de marzo de 2013, considerandos 65 a 68.

78 Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Supervisión de cumplimiento de sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de 23 de noviembre de 2012, considerando 26; *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2013, considerando 30, y *Casos Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros Vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014, considerando 16.

79 Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preli-*

La Corte IDH, en algunos casos en la etapa de supervisión de cumplimiento, al referirse a la obligación de adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro, en especial sobre el deber del Estado de adecuar su legislación interna, ha valorado positivamente los esfuerzos que hacen los Estados en la supresión de normas que resulten contrarias al Pacto de San José mediante el uso, por los tribunales internos, del “control de convencionalidad”.⁸⁰ De esta forma, a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de los Estados parte, se han adoptado medidas tendientes a dejar sin efecto la normativa interna contraria a la Convención, mediante su anulación, reforma o nueva interpretación y, en consecuencia se ha expedido nueva normativa de rango constitucional y legal en el ordenamiento jurídico interno,⁸¹ cuyos contenidos se orientan hacia el cumplimiento de algunos estándares del derecho internacional de los derechos humanos.⁸²

En este sentido, en la etapa de supervisión de cumplimiento del *Caso Castañeda Gutman vs. México*, el Tribunal Interamericano consideró que el Estado había cumplido el punto resolutive sexto de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas emitida en el 6 de agosto del 2008, con base en una adecuada aplicación del control de convencionalidad por los tribunales internos.

En esa sentencia la Corte IDH consideró que “el Estado deb[ía], en un plazo razonable, completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento

minares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 303, y *Casos Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros Vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014, considerando 16.

- 80 *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de septiembre de 2009, considerando 32; *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de julio de 2011, considerando 9; *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de julio de 2011, considerandos 27-33; *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2013, considerando 19; *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2013, considerando 78; *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2013, considerando 26, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2013, considerando 6 y 38.
- 81 *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de septiembre de 2009, considerando 49; *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de julio de 2011, considerando 19.
- 82 *Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de julio de 2011, considerando 19; *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de julio de 2011, considerando 34, y *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de junio de 2012, considerando 17.

de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido”. Sobre este punto, y analizando las pruebas aportadas por las partes,⁸³ la Corte IDH consideró que “[las] decisiones judiciales [mostraban] que la reforma constitucional y legislativa emprendida por el Estado esta[ba] logrando garantizar la existencia de un recurso procedente para cuestionar la constitucionalidad de leyes electorales en casos concretos”⁸⁴ y añadió que “la práctica judicial [...] evidencia que en casos concretos, en los cuales candidatos independientes han cuestionado su derecho a ser elegido, se ha desaplicado la causal de improcedencia establecida [en el artículo 80.1.d] de] la Ley de Impugnación Electoral para acceder al recurso político electoral examinado en la Sentencia”.⁸⁵

Además, la Corte IDH recordó que “ha establecido que no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden jurídico, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En otras palabras, la Corte destaca que los jueces y órganos de administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deberán tener en cuenta no solamente el tratado internacional de que se trate, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.⁸⁶

83 Se desprende de la Sentencia de supervisión de cumplimiento del *Caso Castañeda Gutman* que a criterio de la Corte “se están aplicando las limitaciones relativas a la accesibilidad y efectividad del juicio de protección, por las cuales este Tribunal declaró la violación del derecho a un recurso efectivo en su Sentencia. En este sentido, en dos sentencias de 1 de junio de 2010 y 15 de junio de 2011 la Sala Superior examinó la posibilidad de desaplicar una norma legal por su alegada inconstitucionalidad en relación con el derecho a ser elegido. Del mismo modo, otras tres sentencias aportadas ratifican la facultad de la Sala Superior y las Salas Regionales del Tribunal Electoral de desaplicar normas en un caso concreto por considerarlas inconstitucionales. El Estado además mencionó 17 casos en los que, tanto la Sala Superior como las Salas Regionales del Tribunal Electoral han desaplicado directa o indirectamente normas electorales contrarias a la Constitución, de los cuales al menos cuatro se refieren al derecho a ser elegido. Asimismo, los representantes reconocieron que estos “precedentes señalados por el Estado mexicano, demuestran, en efecto, un gran avance en [el] sistema [mexicano] de acceso a la justicia por parte de los ciudadanos que han considerado que sus derechos político electorales han sido violados, y en efecto, de ellos se puede inferir que el artículo 10[...] de la Ley de Impugnación Electoral] no ha constituido obstáculo para el ejercicio del recurso, pues en efecto el [Tribunal Electoral ha] procedido a ejercer las facultades que ahora le concede el artículo 99 de la Constitución mexicana, no obstante lo previsto en el artículo 10[...] de la mencionada Ley”. Cfr. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2013, considerando 20.

84 Cfr. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2013, considerando 20.

85 Cfr. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2013, considerando 22.

86 Cfr. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2013, considerando 23. Cfr. *Caso Almonacid Arellano y*

En este sentido, la Corte IDH señaló que “la Suprema Corte manifestó que el Poder Judicial está obligado a ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, y que para ello, debe tener en cuenta el marco del artículo 1 de la Constitución mexicana”,⁸⁷ por lo que, “[al] exigir la realización, por parte de todos los miembros del Poder Judicial, de un control de convencionalidad *ex officio*, así como la consideración como obligatorias de las sentencias de la Corte Interamericana respecto de México[, se] [evidencia] que existe una obligación reconocida por el derecho interno de garantizar la accesibilidad y efectividad al juicio de protección para aquellos candidatos independientes que aleguen la violación a su derecho de ser votado, conforme a lo resuelto por este Tribunal en su decisión en el presente caso”.⁸⁸ De esta forma, este Tribunal resaltó lo alegado por el Estado en el sentido de que “de manera paralela a la legislación secundaria, la reforma constitucional en materia de derechos humanos [del 2011,] garantiza la actualización del efecto útil de la Sentencia” en la medida en que dicha reforma “deriva en la obligación de los tribunales electorales de interpretar los derechos políticos electorales de los ciudadanos de conformidad con el principio *pro persona* y de realizar un control de convencionalidad *ex officio* en los casos concretos”.⁸⁹ Por todo lo anterior, la Corte, consideró que “México ha[bía] dado cumplimiento a la medida de reparación relativa a la adecuación de su derecho interno para garantizar a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido”.⁹⁰

Como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana en todos los Estados parte de la misma, un control dinámico y complementario de convencionalidad también posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de las sentencias de la Corte IDH, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales. Bajo este supuesto, el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la CADH y los fallos de esta Corte IDH sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso.⁹¹

Otro ejemplo lo encontramos recientemente, durante el 2015, en las supervisiones de cum-

otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; *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, párr. 225; *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones.* Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 222, párr. 193, y *Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo del 2013, Considerando sexagésimo sexto.

87 *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2013, considerando 25.

88 *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2013, considerando 26.

89 *Cfr. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2013, considerando 24.

90 *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2013, considerando 27.

91 *Cfr. Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Supervisión de cumplimiento de sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de 23 de noviembre de 2012, considerando 26; *Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de 20 de marzo de 2013, considerando 73; y *Caso de*

plimiento de los casos *Radilla Pacheco*, *Fernández Ortega*, *Rosendo Cantú* y *Cabrera García y Montiel Flores* contra el Estado mexicano. En las sentencias de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de dichos casos, la Corte IDH ordenó que el Estado debía de compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales, ya que la intervención del fuero militar en la etapa de la investigación de los hechos de violaciones a la integridad personal cometidas por miembros del Ejército mexicano en contra de las víctimas resultaba violatorio de las garantías judiciales. En este sentido, la Corte IDH consideró que lo dispuesto por el artículo 57. II. a del Código de Justicia Militar, era una norma que extendía la competencia del fuero castrense a delitos que no tenía estricta relación con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, incumpliendo, de esta forma, los estándares establecidos por la Corte IDH permitiendo que dicha jurisdicción operara como una regla y no como una excepción.

Así, al supervisar de forma conjunta el cumplimiento de tales sentencias respecto de la adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en materia de jurisdicción penal militar, la Corte IDH indicó que era “necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de [1] Tribunal [Interamericano] en los mencionados casos y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas”.⁹² Asimismo, señaló que “[e]llo implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, [...] corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el fuero penal ordinario”⁹³.

No obstante, si bien la Corte IDH valoró positivamente los esfuerzos del gobierno mexicano con la reforma del Código de Justicia Militar aprobada por México en el 2014 y consideró que constituye una importante modificación del ordenamiento jurídico interno con el fin de restringir el alcance de la jurisdicción penal militar, ésta reforma era insuficiente, pues en el actual Código de Justicia Militar, los delitos en el que el imputado y la víctima sean militares y en los delitos en el que el imputado sea militar y no sea un civil el sujeto pasivo del delito o titular del bien jurídico; de esta forma, el Tribunal expresó que la actual legislación continua sin adaptarse a los siguientes criterios jurisprudenciales:

las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2013, considerando 30.

92 *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de abril de 2015, considerando 21 y *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de abril de 2015, considerando 21.

93 *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de abril de 2015, considerando 21 y *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de abril de 2015, considerando 21.

- a. la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, aun cuando el sujeto activo y pasivo sean militares, y
- b. en el fuero militar sólo se puede juzgar la comisión de delitos o faltas (cometidos por militares activos) que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.⁹⁴

d) Medidas provisionales. El control de convencionalidad ha tenido menos presencia tratándose de medidas provisionales, habiéndose utilizado en tres ocasiones.

Dos resoluciones han tenido relación con el *Asunto de las Penitenciarias de Mendoza respecto de Argentina*, dictadas el 26 de noviembre de 2010 y el 1 de julio del 2011. En este sentido, en la resolución del 2010, la Corte IDH tomó en consideración la relevancia del impacto que habían tenido medidas ordenadas por las autoridades jurisdiccionales internas como la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Al respecto, por ejemplo, la Corte IDH observó que mediante recursos de *habeas corpus*, el Segundo Juzgado de Garantías del Poder Judicial de Mendoza ordenó de manera inmediata “todas las medidas correctivas para salvaguardar en todo momento, la integridad física y psíquica de internos alojados en el Pabellón 13 de la Penitenciaría. En similar análisis, en la misma resolución de medidas provisionales, la Corte Suprema de Justicia, en un fallo del 13 de febrero de 2007, consideró que como custodio que es de las garantías constitucionales, y en atención a la falta de resultados obtenidos con relación a la orden dada por la Corte IDH, se vio en la obligación de requerirle al Estado Nacional que en, el plazo de veinte días, adoptara las medidas que pusieran fin a la situación que se vive en las unidades carcelarias de la Provincia de Mendoza, y de tomar medidas que se indicaran en la parte dispositiva de la sentencia.”⁹⁵

De esta forma, el Tribunal Interamericano expuso que “en atención al principio de complementariedad y subsidiariedad que informa al Sistema Interamericano [...], una orden de adopción o mantenimiento de medidas provisionales se justifica en situaciones contempladas bajo el artículo 63.2 de la Convención Americana, respecto de las cuales las garantías ordinarias existentes en el Estado respecto del que aquellas se solicitan resultan insuficientes o inefectivas o las autoridades internas no puedan o no quieran hacerlas prevalecer. Si bien no consta la forma en que las resoluciones de autoridades judiciales nacionales han sido cumplidas o implementadas, lo cierto es que las autoridades internas han estado atentas a la situación de las Penitenciarias de Mendoza, desde que las medidas provisionales fueron ordenadas por este Tribunal. Esto permite asumir razonablemente que continuarán ejerciendo adecuadamente el debido control de convencionalidad, también en lo referente a las medidas de protección que en adelante sean necesarias”⁹⁶

94 Cfr. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de abril de 2015, considerando 22 y Corte IDH. *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de abril de 2015, considerando 22.

95 *Asunto de las Penitenciarias de Mendoza respecto Argentina*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2010, considerando 44 a y b.

96 *Asunto de las Penitenciarias de Mendoza respecto Argentina*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos

En la resolución del 1 de julio de 2011, la Comisión Interamericana solicitó la reapertura de las medidas provisionales en el Asunto de las Penitenciarias de Mendoza por supuestos actos de tortura en perjuicio de los internos de la Unidad de San Felipe. Por su parte, el Estado señaló que ya había tomado medidas y acciones de seguridad y protección del derecho a la vida y a la integridad personal, entre las cuales destacaban un exhaustivo control físico, psíquico y judicial a los internos, se revisaron los expedientes judiciales, se otorgó la libertad condicional a una de las víctimas; además, otros reclusos fueron puestos en módulos sin internos y una guardia especial compuesta por personas de custodia de otras unidades en tanto se resolvía su situación jurídica; asimismo, se implementaron controles médicos semanales.⁹⁷ Respecto de las personas que fueron identificadas como agresoras, se adoptaron varias medidas entre las que destacan la separación y destitución del cargo, se abrieron expedientes administrativos y se iniciaron las investigaciones correspondientes.⁹⁸

Sobre toda esta gama de medidas adoptadas por el Estado, la Corte IDH consideró que las autoridades han informado acerca de numerosas y destacables medidas que sus autoridades administrativas y judiciales estaban adoptando como consecuencia de hechos denunciados, lo que indicaba la voluntad de las autoridades de activar mecanismos concretos de prevención e investigación a nivel interno. Es decir, las autoridades internas habían estado atentas a la situación de las Penitenciarias de Mendoza, desde que las medidas provisionales habían sido ordenadas por la Corte IDH y han reaccionado ante los hechos que motivaron que la Comisión Interamericana solicitara la reapertura de las medidas provisionales. Esto permitió asumir, razonablemente, que dichas autoridades continuarían ejerciendo adecuadamente el debido control de convencionalidad, también en lo referente a las medidas de protección, que en adelante fueran necesarias.⁹⁹

Un segundo asunto, en el *caso Wong Ho Wing respecto de Perú*, el Estado remitió informes sobre sentencias que se habían adoptado en el ámbito interno dentro de un proceso de extradición de la víctima a China —lugar donde corría peligro de que se le aplicara pena de muerte—. La solicitud de levantamiento de medidas provisionales tenía como fundamento que la situación de extrema gravedad y urgencia de evitar daños irreparables había dejado de existir al haber sido dispuesto, por el Tribunal Constitucional, que el Estado se abstuviera de extraditar al señor Wong Ho Wing y que se procediera a juzgarlo por representación en Perú.¹⁰⁰ En consecuencia, teniendo en cuenta las resoluciones del Tribunal Constitucional del Perú, la información remitida por las partes, la solicitud del levantamiento del Estado y la Opinión de la Comisión Interamericana, la

Humanos de 26 de noviembre de 2010, considerando 45.

97 *Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto de Argentina*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 01 de julio de 2011, considerando 19.

98 *Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto de Argentina*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 01 de julio de 2011, considerando 21.

99 *Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto de Argentina*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 01 de julio de 2011, considerando 40.

100 *Caso Wong Ho Wing respecto de Perú*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 10 de octubre de 2011, considerando 6.

Corte IDH consideró que los requisitos de extrema gravedad, urgencia y necesidad de prevenir daño irreparables a la integridad y a la vida del beneficiario habían dejado de ocurrir, de modo que procedía el levantamiento de las medidas provisionales.¹⁰¹ Así, la Corte IDH, en este caso, valoró positivamente el control de convencionalidad realizado por el Tribunal Constitucional del Perú, en el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos establecidos en la CADH en el procedimiento provisional, al evitar que el señor Wong Ho Wing fuera extraditado a China, en donde su vida y su integridad personal podían correr riesgo.¹⁰²

V. Fundamento normativo

El fundamento del control de convencionalidad se encuentra principalmente en los artículos 1.1, 2, y 29 del Pacto de San José, así como en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De los artículos 1.1 y 2 de la CADH se desprende la obligación de desarrollar prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, por lo que es necesario que la creación e interpretación de las leyes nacionales se encuentren ajustadas a cumplir con la obligación de respeto y garantía. Por su parte, del artículo 29 de la CADH se desprende la obligación de las autoridades de permitir, de la manera más amplia posible, el goce y ejercicio de los derechos establecidos en la misma, a través de la interpretación más favorable para el efectivo goce de los derechos y libertades fundamentales. Finalmente, de manera subsidiaria, los principios de buena fe, efecto útil, y *pacta sunt servanda*, así como la prohibición de invocar el derecho interno como justificación para el incumplimiento de los tratados, de conformidad con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, complementan el deber de las autoridades estatales de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado conforme a la CADH. Estos elementos, tomados en conjunto, sustentan la existencia del control de convencionalidad.

Estimo que también el artículo 25 del Pacto de San José constituye un fundamento por lo que hace al control de convencionalidad judicial, en tanto que dicho precepto refiere al derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante jueces o tribunales competencias que “ampare” contra actos que violen derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, las leyes o la propia CADH; de esta forma este precepto conforma un elemento integrador de los derechos, estableciendo un *derecho a la garantía de los derechos fundamentales* de fuente nacional y convencional.¹⁰³

101 *Caso Wong Ho Wing respecto de Perú*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 10 de octubre de 2011, considerando 10.

102 *Caso Wong Ho Wing respecto de Perú*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 10 de octubre de 2011, considerando 11.

103 Véase el voto concurrente en el *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 30 de enero de 2014, Serie C No. 276, párrs. 127 a 134.

VI. Elementos configurativos

Algunos de los elementos de la doctrina que componen el control de convencionalidad pueden clasificarse de acuerdo a (i) las autoridades a las que obliga, (ii) la intensidad con la que las autoridades deben efectuar el control, y (iii) el parámetro con el cual se efectúa dicho control.

En relación con el *primer elemento*, es posible afirmar que se trata de un control extenso que alcanza a todas las autoridades del Estado, sin importar si pertenecen al poder ejecutivo, al legislativo o al judicial, puesto que la obligación de respetar y garantizar los derechos, conforme a los artículos 1.1, 2, y 29 del Pacto de San José, le corresponde al Estado como un todo y, por lo tanto, no puede estar sujeta a la división de atribuciones que señale el derecho interno. Sin embargo, el cumplimiento de esta obligación recae con particular fuerza en el poder judicial y/o tribunales, cortes y salas constitucionales, al tener un rol central en la salvaguarda de los derechos fundamentales (nacionales y convencionales) en el orden jurídico interno de conformidad con los artículos 25 (protección judicial), y 1.1 de la CADH (deber de respeto y garantía). Por lo que, los jueces nacionales, sin importar su jerarquía, grado de competencia o materia de especialización, deben actuar como el primer y auténtico guardián de los derechos previstos en el Pacto de San José. Así, los jueces nacionales se convierten en una especie de jueces interamericanos.

Lo anterior no significa que todas las autoridades deban ejercer el control de convencionalidad con la misma intensidad, pues la manera en que es realizado está condicionada por el derecho nacional. Como mencionamos anteriormente, este *segundo elemento* fue establecido por la Corte IDH en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006), en donde determinó que las autoridades (los jueces, en este caso) debían realizar el control de convencionalidad “de oficio”, pero “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”;¹⁰⁴ de esta forma, por ejemplo, en los sistemas de control difuso, donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir la Constitución nacional, el grado de control de convencionalidad resulta de mayor alcance al tener todos los jueces nacionales la atribución de inaplicar la norma inconvencional. En cambio, el grado de intensidad disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el control difuso de la constitucionalidad, estando obligados en todo caso a realizar una interpretación conforme a la CADH. Por supuesto, el hecho de que existan estas graduaciones en la intensidad del control, es independiente de la obligación de las autoridades de ejercerlo *ex officio*, conforme a sus competencias y regulaciones procesales correspondientes.

En relación con el *tercer elemento*, relativo al *parámetro de control*, las normas que sirven como base para su ejercicio son aquellas contenidas en el *corpus juris interamericano*, el cual se integra, en general, por los tratados internacionales de derechos humanos creados en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA), por las interpretaciones de la Corte IDH, y por otros instrumentos de *soft law* que son relevantes para identificar el alcance de las obligaciones

104 *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

cuya fuente se encuentra en un tratado internacional.¹⁰⁵ De esta forma, el catálogo de normas que sirven de parámetro al control (dependiendo de la firma, ratificación o adhesión de cada Estado, así como en consideración a las reservas que no sean contrarias al objeto y fin del Tratado) son las establecidas en la CADH, sus dos protocolos adicionales relativos a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), y sobre la Abolición de la Pena de Muerte; y otros tratados, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. De esta manera, es posible afirmar que el parámetro de control forma un auténtico “bloque de convencionalidad” (que eventualmente puede quedar comprendido dentro del “bloque de constitucionalidad” en el ámbito nacional).

Por supuesto, en este *corpus juris interamericano*, no debe perderse de vista los últimos instrumentos aprobados en los últimos años (pendientes de entrar en vigor), como son: a) La Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas Conexas de Intolerancia (2013), b) la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia (2013) y, recientemente, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015). A lo anterior hay que agregar la Carta Social de las Américas, adoptada en Cochabamba, Bolivia en 2012, en donde se señala que el desarrollo integral abarca los campos económico, social, educativo, cultural, científico y tecnológico, por medio de los cuales los países procuran alcanzar sus metas de desarrollo.

Sin embargo, parte de la esencia de la doctrina del “control de convencionalidad” (desde el *leading case* de *Almonacid Arellano*) ha sido la obligación de los estados de no sólo aplicar la CADH –y en general el *corpus iuris* interamericano- sino también la interpretación que de la misma ha realizado la Corte IDH. Las “interpretaciones” a esta normatividad convencional no sólo comprenden las realizadas en las sentencias pronunciadas en “casos contenciosos”, sino también las interpretaciones efectuadas en las demás resoluciones que emita. Así, quedan comprendidas las interpretaciones realizadas al resolver sobre “medidas provisionales”; sobre “supervisión de cumplimiento de sentencias” o, incluso, sobre la instancia de solicitud de “interpretación de la sentencia” en términos del artículo 67 del Pacto de San José. Asimismo, debe comprender las interpretaciones derivadas de las “opiniones consultivas” a que se refiere el artículo 64 del citado Pacto, debido, precisamente, a que tiene como finalidad “la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”.¹⁰⁶

105 Ver CADH, artículo 29 b) y d); ver también *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 143 [la Corte estableció que el artículo 29 d) permite a la Corte interpretar la CADH a la luz de otras fuentes de derecho internacional especializadas en determinada materia (en este caso particular el derecho internacional de refugiados). Este criterio podría ser aplicable a la interpretación de otros artículos de la Convención, como el 26.]

106 Ver en general *Opinión Consultiva OC-1/82*. 24 de septiembre de 1982, relativa a “Otros Tratados” objeto de la

Las autoridades nacionales, por consiguiente, deben aplicar la jurisprudencia convencional (siempre que sea más favorable en términos del artículo 29 del Pacto de San José), incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal realiza del *corpus juris interamericano*, con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad. Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del control de convencionalidad, pues pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido “parte material”, equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia CADH y su efecto útil, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o al haberse adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional.

En efecto, la “fuerza normativa” de la CADH alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH. La interpretación emprendida por el Tribunal a las disposiciones convencionales *adquiere la misma eficacia que poseen éstas*, ya que en realidad las “normas convencionales” constituyen el resultado de la “interpretación convencional” que emprende la Corte IDH como órgano “judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e *interpretación*”¹⁰⁷ del *corpus juris interamericano*. Dicho en otras palabras, el resultado de la interpretación de la CADH conforma la jurisprudencia de la misma.

VII. Principales objetivos

En consideración de lo expuesto, es posible determinar por lo menos *tres objetivos* principales perseguidos por la doctrina del control de convencionalidad.

El *primero* es prevenir la aplicación de normas nacionales que manifiestamente sean incompatibles con la CADH y, en especial, evitar la aplicación de aquellas leyes que son nulas *ab initio*, como sucede con las leyes de amnistía que permiten impunidad en casos de desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, crímenes de lesa humanidad, y otras graves violaciones de los derechos humanos. El caso de *Almonacid Arellano* es el primer ejemplo en donde la Corte IDH adoptó esta aproximación, la cual fue repetida en otros casos que involucraron la aplicación de este tipo de leyes, como fueron el *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilla de Araguaia) vs. Brasil* (2010), o el *Caso Gelman*.

Esta aproximación también ha sido utilizada en casos que involucran el ejercicio ilegítimo de la jurisdicción militar. Por ejemplo, en el *Caso Radilla Pacheco*, la Corte IDH estableció que bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar frente a situaciones que vulneren dere-

función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), presentada por el gobierno del Perú.

107 Artículo 1 del Estatuto de la Corte IDH, aprobado por resolución núm. 448 de la Asamblea General de la OEA, en la Paz, Bolivia (octubre de 1979).

chos humanos de civiles.¹⁰⁸ Destacó que “cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y la justicia”.¹⁰⁹ Por lo tanto, “las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia”.¹¹⁰

En consecuencia, la Corte IDH estableció en el *Caso Radilla* que, por medio del ejercicio del control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar se adecuen a los principios de la jurisprudencia de la Corte IDH.¹¹¹ Dicho Tribunal estableció que, dado que el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la CADH, las autoridades mexicanas deberán inaplicar dicho artículo en los casos sujetos a su jurisdicción.¹¹² El artículo antes mencionado permitía que los tribunales castrenses juzgaran a todo militar al que se le imputara un delito ordinario por el sólo hecho de estar en servicio, lo cual implica una vulneración al derecho al debido proceso, tal y como lo estableció la Corte IDH desde la sentencia en el *Loaiza Tamayo vs. Perú* (1997).

El *segundo* objetivo es servir como una institución que permita a todas las autoridades del Estado cumplir adecuadamente con su obligación de respeto y garantía de los derechos humanos protegidos por la CADH y otros tratados, así como con el cumplimiento de sentencias dictadas en contra del Estado al que la autoridad pertenece, tal y como lo establece el artículo 68.1 del Pacto de San José. De esta forma, la doctrina busca fortalecer la complementariedad (subsidiariedad) de los sistemas nacionales y el sistema interamericano a manera de un verdadero “sistema integrado” en la protección de los derechos fundamentales.

Finalmente, el *tercer* objetivo es servir como un medio o puente vivo para permitir y acrecentar el *diálogo*, especialmente el *diálogo jurisdiccional* en materia de derechos humanos, entre los tribunales nacionales y la Corte IDH con miras a dar plena efectividad a los derechos fundamentales, constituyendo un elemento esencial en la formación e integración de un *ius constitutionale commune* en beneficio de la protección de la dignidad de todas las personas, fortaleciendo las democracias en la región.

108 Cfr. *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209., párrafo 274.

109 Cfr. *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209., párrafo 275.

110 Cfr. *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209., párrafo 275.

111 Cfr. *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209., párrafos 339-340.

112 Cfr. *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209., párrafos 339-340.

El control de convencionalidad se ha convertido en uno de los elementos más importantes en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano, pues opera como una institución jurídica que ha fortalecido el diálogo jurisprudencial entre las autoridades nacionales de los Estados parte del Pacto de San José y la Corte IDH, generando así estándares comunes en materia de derechos humanos. La existencia del control de convencionalidad ha permitido a las autoridades nacionales contar con una herramienta más para utilizar el *corpus iuris interamericano* —incluida la jurisprudencia de la Corte IDH— como una pauta normativa para la resolución de casos que impliquen la protección de derechos humanos en el ámbito nacional.¹¹³

113 Al respecto puede verse: von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.) “*La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*”, T. I y II (2011) y von Bogdandy, Armin, Fix Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), “*Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*” (2014) editados por el Instituto de investigaciones jurídicas y el Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público Comparado.

Cosmopolitismo e Controle de Convencionalidade

FABRÍCIO BITTENCOURT DA CRUZ

Introdução

O objeto deste artigo consiste na abordagem do controle de convencionalidade em âmbito nacional, com amparo em perspectivas filosóficas de Kant e Habermas.¹ Procura-se contribuir para maior proteção aos direitos humanos em escala transnacional, porquanto “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*” (BOBBIO, 1992, p. 24).

Considerando que o legado kantiano não é corretamente compreendido pela aproximação isolada a apenas uma de suas obras, mas sim do conjunto de premissas e conceitos formulados principalmente desde a primeira das três Críticas, analisam-se algumas das contribuições de Kant com a publicação de “A Crítica da Razão Pura” (1987), em especial a diferenciação estabelecida entre conceitos puros (ou *a priori*) e conceitos empíricos (ou *a posteriori*).

Num segundo momento são abordadas tanto as bases em que Kant, na “Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos” (2004), desenvolve a moral como ciência *a priori* da conduta humana, quanto as diferenças por ele identificadas, na “Metafísica dos Costumes” (2003), entre o direito e a moral.

Após a apreensão do conceito de direito em Kant, são consideradas a proposta kantiana para um direito cosmopolita, firmada em “Hacia la paz perpetua” (2007), bem como a crítica, em “La inclusión del otro” (1999), desenvolvida por Habermas ao preconizar a instauração de uma ordem jurídica mundial jurisdicionalizada.

O corte metodológico proposto, mesmo não permitindo remate quanto à idealização de uma ordem jurídica protetora de direitos humanos em escala planetária, viabiliza a contextualização do controle de convencionalidade como poderoso mecanismo em prol da proteção transnacional de direitos humanos; especialmente no Brasil pós Emenda Constitucional 45, em vista da mínima hierarquia supralegal dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos² e da possibilidade sistemática de controle de convencionalidade.

Afinal, como aponta Boaventura de Souza Santos, “(...) estamos efectivamente num período de transição paradigmática, [sendo] preciso tirar todas as conseqüências disso” (2003, p. 325).

1 A crítica da razão pura

Na Crítica da Razão Pura, Kant propõe-se a analisar as condições de possibilidade do conhecimento humano. Procura estabelecer, já no pórtico de sua obra, a diferença entre duas espécies de conhecimento: o puro (ou *a priori*) e o empírico (ou *a posteriori*). Fá-lo afirmando que, embora todo o nosso conhecimento comece *com* a experiência, não necessariamente seja originário da experiência (1987, p. 5-27).

Os conhecimentos puros, segundo Kant, são os absolutamente independentes de toda e qualquer experiência sensível. Tais conhecimentos, justo por prescindirem de percepções empíricas, “(...) abandonam mesmo o campo de todas as experiências possíveis e parecem estender o âmbito dos nossos juízos acima de todos os limites da experiência mediante conceitos aos quais em parte alguma pode ser dado um objeto correspondente na experiência” (1987, p. 27).³

Segundo Kant, não há como estabelecer critérios empíricos seguros a servir de guias ou corretivos à razão humana, que tende a buscar explicações a problemas inevitáveis, os quais ele arrola como sendo Deus, liberdade e imortalidade (1987, p. 29-34).

A pretensa solução a esses problemas é buscada pela Metafísica, mas até Kant, de forma dogmática, isto é, assumindo de forma confiante a busca de respostas sem, antes, buscar examinar as condições de possibilidade, o âmbito e, como consequência, os limites da razão humana (KANT, 1987, p. 29-34).

Kant utiliza-se da distinção entre juízos afirmativos analíticos e sintéticos. Esses juízos, pensados na relação sujeito-predicado, ampliam o conhecimento ou apenas esclarecem-no. Os juízos ampliativos, nos quais o predicado não tem conexão alguma com o sujeito, são denominados *sintéticos*. Já os elucidativos, nos quais o predicado já está contido no sujeito ou dele decorre de algum modo, denominam-se *analíticos*. Depois de dizer que os juízos de experiência são todos sintéticos, afirma que todo o nosso conhecimento especulativo (puro) *a priori* repousa sobre juízos sintéticos, isto é, de ampliação (KANT, 1987, p. 29-34).

Estabelece, então, o problema geral da razão pura: como são possíveis juízos sintéticos *a priori*? Surge a crítica da razão pura e a filosofia transcendental: “Denomino transcendental todo conhecimento que em geral se ocupa não tanto com objetos, mas com nosso modo de conhecimento de objetos na medida em que este deve ser possível *a priori*” (KANT, 1987, p. 34-35).

Para Kant, a Matemática e a Física são os dois conhecimentos teóricos da razão que devem ter determinados seus objetos *a priori*, embora somente a primeira de modo completamente puro. A Física, ou “Ciência da Natureza”, tem seus objetos determinados de modo parcialmente puro, pois “(...) aprende junto à natureza sobre aspectos que nada saberia por si própria” (1987, p. 13).

Já a Metafísica é “(...) um conhecimento da razão inteiramente isolado e especulativo que, através de simples conceitos (não como a Matemática, aplicando os mesmos à intuição), se eleva completamente acima do ensinamento da experiência, na qual portanto a razão deve ser aluna de si mesma” (KANT, 1987, p. 13).

Kant refuta o dogmatismo predominante no campo da Metafísica, propondo ruptura paradigmática:

Até agora se supôs que todo nosso conhecimento tinha que se regular pelos objetos; porém, todas as tentativas de mediante conceitos estabelecer algo a priori sobre os mesmos, através do que o nosso conhecimento seria ampliado, fracassaram sob esta pressuposição. Por isso tente-se ver uma vez se não progredimos melhor nas tarefas da Metafísica admitindo que os objetos têm que se regular pelo nosso conhecimento, o que assim já concorda melhor com a requerida possibilidade de um conhecimento a priori dos mesmos que deve estabelecer algo sobre os objetos antes de nos serem dados (KANT, 1987, p. 14).

Adverte que, embora somente mediante essa “revolução copernicana” na maneira de pensar pode-se explicar adequadamente a possibilidade conhecimentos *a priori*, o alcance da Metafísica resta sensivelmente limitado aos limites da experiência possível (KANT, 1987, p. 15).

É que, para Kant, o conhecimento racional *a priori* somente pode referir-se a *fenômenos*, “(...) deixando ao contrário a coisa em si mesma de lado como real para si, mas não conhecida por nós” (1987, p. 15). Kant assevera que espaço e tempo são formas da intuição sensível humana e, portanto, condições de existência das coisas como fenômenos, ou seja, como as coisas se apresentam para o indivíduo. Assim, considerando que a noção de espaço e tempo jamais pode ser abstraída à intuição humana na forma como participamos das experiências sensíveis, jamais poderemos conhecer nenhum objeto como coisa em si mesma (*noumenon*):

Todas essas coisas enquanto fenômenos não podem existir em si mesmas, mas somente em nós. O que há com os objetos em si e separados de toda esta receptividade de nossa sensibilidade, permanece-nos inteiramente desconhecido. Não conhecemos senão o nosso modo de percebê-los, o qual nos é peculiar e não tem que concernir necessariamente a todo ente, mas a todo homem (KANT, 1987, p. 49).

Diante da limitação da Metafísica à experiência possível, para Kant qualquer juízo decorrente de proposições sintéticas puras (*a priori*) nada pode alcançar além de objetos dos sentidos. Daí a dificuldade de se atingir respostas a questões transcendentais aspiradas pela razão humana (Deus, liberdade e imortalidade).

2 A fundamentação da metafísica dos costumes

Depois de refletir sobre os limites da razão humana, Kant passa a analisar a necessidade de o ser pensante saber agir. A exemplo da teoria do conhecimento, de fundamentação transcendental, Kant lança as bases para uma ciência *a priori* da conduta.

A *boa vontade* como fim em si mesma. Este é o ponto de partida de toda a construção moral kantiana. Para Kant o *bem* tem que ser buscado como dever, e não como mera inclinação condicionada por quaisquer fatores externos, tais como a filantropia, por exemplo:

Uma ação praticada por dever tem o seu valor moral não no propósito que por meio dela se quer alcançar, mas na máxima que a determina; não depende, pois, da realidade do objeto da ação, mas meramente do princípio do querer segundo o qual a ação foi praticada, prescindindo de todos os objetos da faculdade de desejar (KANT, 2004, p. 27).

A partir dessa perspectiva – o respeito à moral como um dever –, surge a afirmação kantiana de que *dever* é a necessidade de uma ação por respeito à lei. E a lei a que Kant se refere não é outra senão a lei moral que, por ser despida de referências a inclinações e objetivos a alcançar, é incondicionada:

Mas qual pode ser essa lei, cuja representação, mesmo sem tomar em consideração o efeito que se espera dela, tem de determinar a vontade para que esta se possa chamar boa, absolutamente e sem a menor restrição? Como tenho subtraído a vontade de todos os estímulos que pudessem afastá-la do cumprimento de uma lei, nada mais resta a não ser a legalidade universal das ações em geral, essa que deve ser o único princípio da vontade, isto é: devo agir de modo que possa desejar que minha máxima deva se converter em lei universal (KANT, 2004, p. 29).

Assim, para que se saiba o que é moralmente *bom*, basta que a seguinte pergunta seja formulada: “Podes querer que a tua máxima se converse em lei universal?” Segundo Kant, se a resposta for negativa, então a máxima deve ser rejeitada; não em razão de qualquer prejuízo que dela possa resultar, mas simplesmente ante a constatação de que ela não pode converter-se, em princípio, numa possível legislação universal (2004, p. 31).

Ao refutar toda e qualquer fundamentação heterônoma da moral, eliminando mediações (felicidade, filantropia, prazer, etc.), Kant propõe a fundamentação autônoma da moral. A autonomia consiste no fato de o sujeito dar a si próprio a lei da conduta. Kant propõe, assim, uma ética formal fundada na *boa vontade* (2004, p. 21-33).

Kant utiliza-se de conceituações firmadas na Crítica da Razão Pura, afirmando que “(...) todos os conceitos morais têm sua sede e origem completamente *a priori* na razão, e isso tanto na razão humana mais vulgar como na mais especulativa” (KANT, 2004, p. 42).

Para Kant, ainda que a razão, como conceito objetivo que é, por si só não seja capaz de vincular a vontade do ser humano (pois esta depende de condições subjetivas ligadas a cada indivíduo), há princípios capazes de constituir a vontade humana. Esses princípios ele denomina imperativos:

Ora, todos os imperativos ordenam, seja hipotética, seja categoricamente. Os hipotéticos representam

a necessidade prática de uma ação possível como meio de conseguir qualquer outra coisa que se queria (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria o que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim (KANT, 2004, p. 45).

Mas como surgem os imperativos categóricos?

Teremos, pois, de inquirir inteiramente a priori a possibilidade de um imperativo categórico, pois ainda não temos a vantagem de a sua realidade nos ser dada pela experiência, de modo que não seria necessária a possibilidade de estabelecê-lo, mas somente a de explicá-lo. Notemos provisoriamente, no entanto, que só o imperativo categórico tem o caráter de uma lei prática, ao passo que os outros imperativos podem chamar-se princípios da vontade, mas não leis; pois o que é necessário fazer só como meio para alcançar qualquer fim pode ser considerado em si como contingente, e em qualquer momento podemos nos libertar da prescrição renunciando à intenção, ao passo que o mandamento incondicional não deixa à vontade nenhum arbítrio acerca do que ordena, só ele tendo portanto, em si, aquela necessidade que exigimos na lei (KANT, 2004, p. 50).

Os imperativos hipotéticos, porquanto condicionados à busca de um objetivo, somente são conhecidos quando identificados os escopos almejados. Já os imperativos categóricos não contêm nada além da imperiosa necessidade de uma conduta incondicionada e com validade universal. Como conseqüência, Kant atribui a seguinte fórmula a um imperativo categórico: “*age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*” (2004, p. 50-51).⁴

Logo em seguida, apresenta outro imperativo categórico: “*age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*” (2004, p. 59).

A justificativa para a apresentação desta segunda formulação reside na constatação de que “(...) o ser racional *existe* como fim em si, com um valor absoluto, e não como meio para outros fins, com valor relativo (a estes outros fins). Só um fim em si pode constituir um princípio objetivo de vontade” (NOUR, 2004, p. 10).

Em Kant somente os imperativos categóricos são imperativos morais, pertencentes à livre conduta, aos costumes. Por isso é que a autonomia da vontade – “(...) não escolher senão de modo a que as máximas de escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal” (KANT, 2004, p. 70) – de cada ser humano é por ele considerada o princípio supremo da moralidade.⁵

O “*reino dos fins*” é então esquematizado por Kant, ao afirmar que se trata de um conceito implícito no de um ser racional autônomo. Kant usa a palavra *reino* com para significar “(...) ligação sistemática de vários seres racionais por meio de leis comuns” (2004, p. 64).

Essa ligação é concebida como o conjunto dos fins, tanto dos seres racionais enquanto fins em si mesmos (segunda fórmula), como dos próprios fins que cada qual pode propor a si mesmo

(primeira fórmula). O ser racional, segundo Kant, “(...) pertence ao reino dos fins na condição de membro quando nele é legislador universal, ainda que igualmente submetido a essas leis” (2004, p. 64).⁶

A autonomia da vontade confere ao ser racional dignidade (o ser humano é fim em si mesmo e não simples instrumento para outros fins).⁷

3 A metafísica dos costumes

A *Metafísica dos Costumes* divide-se em dois capítulos: a Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude. Isto porque:

Em toda legislação (quer prescreva ações internas ou externas e quer as prescreva *a priori* pela razão somente ou pela escolha de um outro) há dois elementos: em primeiro lugar, uma *lei*, que representa uma ação que precisa ser realizada como *objetivamente* necessária, isto é, que faz da ação um *dever*; em segundo lugar, um motivo, o qual relaciona um fundamento para determinação da escolha a essa ação subjetivamente com a representação da lei. Daí o segundo elemento é o seguinte: que a lei torne dever o motivo. Pelo primeiro, a ação é representada como um dever e isto constitui um conhecimento meramente teórico de uma determinação possível de escolha, isto é, de regras práticas. Pelo segundo, a obrigação de assim agir está relacionada no sujeito com um fundamento para determinar a escolha geralmente (KANT, 2003, p. 71).

Kant afirma ser moral toda lei que faça da ação um dever, nas hipóteses em que o dever é o próprio motivo da ação; na legislação moral, os motivos pelos quais o indivíduo age de determinada maneira são considerados fundamentais. Já a legislação jurídica, mediante constrangimento, faz com que se aja *externamente* de acordo com ela, independentemente da motivação interna (das aversões, das inclinações, etc.) de cada indivíduo:

A simples conformidade ou não conformidade de uma ação com a lei, independentemente do motivo para ela, denomina sua *legalidade* (*licitude*); mas aquela conformidade na qual a idéia de dever que emerge da lei é também o motivo da ação, é chamada de sua *moralidade* (KANT, 2003, p. 71-72).

A legislação ética (moral), justamente por ter impregnado em sua lei o motivo interno da ação, a *ideia* do dever como dever, somente pode ser uma legislação interna, subjetiva (KANT, 2003, p. 72).

Já a legislação jurídica contenta-se simplesmente com deveres externos, prescindindo da análise da absorção, por aquele que age de acordo com a legalidade, da *ideia* do dever como capaz de fundamentar internamente a ação. Por isso é que os motivos pelos quais um indivíduo age de acordo com a legislação jurídica são externos a si. Nada obstante, a legislação jurídica pode co-

lher na legislação moral exemplos de condutas éticas, positivando-as, tornando-as externamente coercitivas (KANT, 2003, p. 72).⁸

Kant denomina “*doutrina do direito (ius)* a soma das leis para as quais é possível uma legislação externa”. Quanto à indagação “o que é o Direito?”, apresenta a “lei universal do direito”: “*age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal*” (2004, p. 75-77).

Ao dizer na *Crítica da Razão Pura* que a Física (ou “Ciência da Natureza”) tem seus objetos determinados de modo parcialmente puro, pois “(...) aprende junto à natureza sobre aspectos que nada saberia por si própria” (KANT, 1987, p. 13), demonstra que a parte transcendental da metafísica da natureza não é suficiente sem referência a objetos da natureza.

Por analogia, a aplicação dos princípios metafísicos da ‘Doutrina do Direito’ a uma legislação exterior significa a aplicação de um conceito *a priori* a um fato (*Faktum*) empírico geral: a coexistência de seres racionais finitos. Assim, elementos empíricos gerais especificam o âmbito de aplicação do direito (NOUR, 2004, p. 22).

Soraya Nour observa que Kant, ao fundamentar a necessidade do direito em tais elementos empíricos gerais (o fato de o planeta Terra não ser uma superfície infinita, mas limitada e esférica, por exemplo), utiliza-se de investigação antropológica das condições humanas, de co-existência num espaço finito (2004, p. 22-23).

A co-existência humana na superfície finita do planeta Terra somente é possibilitada pelo direito “(...) porque somente onde a liberdade é limitada, a liberdade de um não se transforma numa não liberdade para os outros, e cada um pode usufruir da liberdade que lhe é concedida pelo direito de todos os outros de usufruir uma liberdade igual à dele” (BOBBIO, 1995, p. 70).

4 O direito cosmopolita

Para Kant a “(...) ideia racional de uma comunidade universal *pacífica*, ainda que não amigável, de todas as nações da Terra que possam entreter relações que as afetam mutuamente, não é um princípio filantrópico (ético), mas um princípio *jurídico*” (KANT, 2003, p. 194). Parte da premissa de que todas as nações estão conjuntamente limitadas à ocupação de um planeta esférico⁹ e, portanto, finito:

E uma vez que a posse da terra, sobre a qual pode viver um habitante da Terra, só é pensável como posse de uma parte de um determinado todo, e assim na qualidade de posse daquilo a que cada um deles originariamente tem um direito, segue-se que todas as nações *originariamente* se acham numa comunidade do solo, embora não numa comunidade jurídica de posse (*communio*) e, assim, de uso dele, ou de propriedade dele; ao contrário, acham-se numa comunidade de possível interação física

(*commercium*), isto é, numa relação universal de cada uma com todas as demais de se oferecer para *devotar-se ao comércio* com qualquer outra, e cada uma tem o direito de fazer esta tentativa, sem que a outra fique autorizada a comportar-se em relação a ela como um inimigo por ela ter feito esta tentativa (KANT, 2003, p. 194).

A essa possível “(...) união de todas as nações, com vistas a certas leis universais para o possível comércio entre elas, pode ser chamado de *direito cosmopolita (ius cosmopoliticum)*” (KANT, 2003, p. 194).

A partir daí, afirma que não se pode suprimir “(...) o direito dos cidadãos do mundo de *procurar* estabelecer relações comuns com todos e, para tanto, *visitar* todas as regiões da Terra” (KANT, 2003, p. 194).

Soraya Nour explica que, antes do pensamento cosmopolita kantiano, o direito tinha apenas duas dimensões: “(...) o direito interno de cada Estado, e o direito das gentes, isto é, o direito das relações dos Estados entre si e dos indivíduos de um Estado com os do outro”. A partir de Kant, surge uma nova dimensão: “(...) o direito cosmopolita, direito dos cidadãos do mundo, que considera cada indivíduo não membro de seu Estado, mas membro, ao lado de cada Estado, de uma sociedade cosmopolita” (NOUR, 2004, p. 54).

Para Kant, o direito cosmopolita não constitui o “(...) direito de *estabelecer uma colônia* no território de uma outra nação (*ius incolatus*)” (2003, p. 194), devendo “(...) circunscriberse a las condiciones de la hospitalidad universal” (2007, p. 63). Explica que, as perspectiva do direito cosmopolita:

El extranjero no puede reclamar un *derecho de hospedage* (para lo que se requeriría de un contrato especialmente benéfico que lo hiciera un cohabitante de la casa por un período de tiempo determinado), sino un *derecho de visita*, un derecho a presentarse ante la sociedad, el que corresponde a todos los hombres en virtud del derecho a la posesión común de la superficie de la Tierra, sobre la cual, en tanto que es esférica, los hombres non pueden dispersarse hasta el infinito, sino que tienen que tolerarse unos junto a otros, aunque originariamente nadie tiene más derecho que otro a estar en un lugar determinado de la Tierra” (KANT, 2007, p. 64).

O pressuposto (igualdade) de que todos têm o mesmo direito a estar em qualquer ponto do Planeta é utilizado por Kant para sustentar o direito de o indivíduo cosmopolita *ir a* ou *estar em* qualquer lugar (direito de visita), bem como o direito de esse mesmo indivíduo ser recebido em qualquer lugar com hospitalidade (NOUR, 2004, p. 56).

5 A perspectiva habermasiana

Habermas, ao comentar a proposição kantiana da *Paz Perpétua*, sustenta, “(...) con la arrogancia gratuita de los nacidos después sabemos hoy que la construcción propuesta adolece de dificultades conceptuales y ya no resulta apropiada para nuestras experiencias históricas” (1999, p. 148)

Indica que o problema que Kant se propõe a solucionar é a conceituação jurídica da ordem cosmopolita, assinalando a diferença entre o direito cosmopolita e o clássico direito internacional: enquanto o direito internacional, como todo direito em estado de natureza, vale tão somente de modo transitório, o direito cosmopolita, como um direito sancionado juridicamente, acabaria definitivamente com o estado de natureza. Por isso, elucida Habermas, “Kant se sirve continuamente de la analogía con aquella primera salida del estado de naturaleza entre los Estados belicistas” (1999, p. 150).

Para Kant, a ordem cosmopolita deve diferenciar-se do estado jurídico intra-estatal. Os Estados não devem submeter-se a leis públicas de uma ordem a eles superior, mantendo, portanto, independência. Habermas lembra que, na perspectiva kantiana, “(...) la federación prevista de Estados libres, que eliminan el mecanismo de la guerra de una vez por todas en las relaciones entre ellos, debe dejar intacta la soberanía de sus miembros” (1999, p. 151).

Afirma que Kant não explica como pode ser garantida a permanência de uma associação entre Estados soberanos – dependente de um arranjo civil no tocante a conflitos internacionais – sem um caráter próprio de uma instituição análoga a uma Constituição. Noticia que Kant quer proteger a soberania dos membros da comunidade mediante a cláusula de reserva de dissolubilidade do contrato. Sustenta que não se pode assim conceber uma obrigação jurídica entre os Estados, porquanto a associação kantiana de nações não é pensada como uma organização que, com órgãos comuns, adquire qualidade estatal e, como consequência, determinada autoridade coercitiva. Conclui que Kant confia apenas em uma autovinculação moral dos governos. Para Habermas, a questão essencial é como pode ser assegurada a permanência da autovinculação dos Estados enquanto estes continuam soberanos:

Si la asociación de naciones no debe ser una organización moral, sino jurídica, entonces no le deben faltar aquellas cualidades de una ‘buena constitución estatal’, que Kant explica pocas páginas después: cualidades de una constitución que no deberían confiarse a ‘la buena formación moral’ de sus miembros, sino que ésta por su parte puede ser fomentada, en el mejor de los casos, por una buena constitución (HABERMAS, 1999, p. 152).

Encontra, como justificativa à proposta kantiana de um direito cosmopolita respeitante da soberania dos Estados, a perspectiva histórica vivida por Kant no final do século XVIII, época em que “(...) el Estado democrático de derecho nacido de las revoluciones americana y francesa era entonces una excepción, no una regla” (HABERMAS, 1999, p. 152).

Salienta que as premissas nas quais o direito cosmopolita kantiano foi baseado já não são as percebidas na realidade pós-moderna, propondo reformulação das ideias kantianas, adaptada

ao direito internacional de nosso tempo, de modo a buscar “(...) una constelación favorable de fuerzas” (HABERMAS, 1999, p. 154).

Aponta o fenômeno da globalização como responsável contemporâneo pelo questionamento de alguns dos pressupostos essenciais do direito internacional clássico, entre eles a soberania dos Estados e as nítidas distinções entre política interior e exterior. Para ele, a atuação dos grandes agentes econômicos (companhias transnacionais e bancos privados), aliada à desnacionalização das economias, “(...) priva de la base de su independencia a aquellos sujetos sobre los que estaba perfilada la asociación kantiana de Estados libres” (HABERMAS, 1999, p. 157).

Habermas, ao salientar a impossibilidade de Kant ter previsto que a burguesia de sua época chegaria a se converter, dois séculos depois, “(...) en una esfera pública dominada por los medios de masas electrónicos, degenerada semánticamente y ocupada por imágenes y realidades virtuales”, revela a audácia e a clarividência do pensamento kantiano, ao idealizar uma esfera pública mundial que somente agora aparece como uma consequência da comunicação global, que avança ao ponto de estabelecer uma comunidade entre os povos de toda a Terra, na qual, tal como proposto por Kant, a violação de um direito em um ponto do planeta repercute-se em todos os demais lugares da Terra (1999, p. 158).

Entende que, a partir da Segunda Guerra Mundial, a ideia kantiana da paz perpétua passou a incorporar-se de forma concreta em instituições, declarações e políticas das Nações Unidas, bem como de outras organizações supra-estatais, aliando-se à “(...) fuerza desafiante de las incomparables catástrofes del siglo XX”:

Tras el velo de la guerra total maquinada por Hitler se completo una ruptura de la civilización que ha provocado un estremecimiento mundial y ha exigido el tránsito desde el derecho internacional al derecho cosmopolita. Por un lado, los tribunales militares de Nuremberg y Tokio convirtieron la proscripción de la guerra proclamada por el Pacto de Kellogg en un delito penal. No si limitaron a los crímenes en la guerra, sino que incriminaron a la guerra misma como delito. Desde entonces puede ser perseguido el ‘crimen de guerra’. Por otro lado, las leyes penales han sido ampliadas a los ‘crímenes contra la humanidad’, a los crímenes que son ordenados legalmente por órganos del Estado y son ejecutados con la ayuda de incontables miembros de organizaciones, funcionarios, hombres de negocio y personas privadas. Con estas dos novedades, los sujetos estatales del derecho internacional han perdido por primera vez la presunción de inocencia de un supuesto estado de naturaleza (HABERMAS, 1999, p. 161).

Segundo Habermas, tais constatações são fortalecidas pelo fato de a Organização das Nações Unidas ter exercido grande pressão política sobre os Estados, ao providenciar conferências de interesse mundial (meio ambiente, crescimento demográfico, pobreza, clima) e, como consequência, ao atrair a atenção de todos a questões universais.

Afirma, então, que a proposta kantiana de um direito cosmopolita em que se mantém a soberania dos Estados resta insustentável atualmente, pois Kant “(...) concibió la asociación cosmo-

polita como una federación de Estados y no de ciudadanos del mundo”. Sustenta que a revisão dos conceitos fundamentais do direito cosmopolita kantiano tem de afetar a soberania interna dos Estados (HABERMAS, 1999, p. 163).

Isto porque, para ele, a grande deficiência da proteção de direitos preconizada pelas Nações Unidas é a falta de um Poder Executivo capaz de proporcionar, de maneira coercitiva e soberana a todos os Estados, o respeito à Declaração Universal dos Direitos Humanos, até porque grande parte do desrespeito aos direitos humanos tem sido proveniente de governos nacionais.

Esclarece que, entre as tendências contemporâneas aptas a ensejar uma seara cosmopolita, encontra-se o fato de que quase todos os Estados fazem parte da Assembléia Geral das Nações Unidas, na qual todos os governos, independentemente das diferenças de legitimidade, verificáveis nos respectivos territórios e de *status*, observada no âmbito mundial, são representados com direitos iguais (HABERMAS, 1999, p. 164-166).

Diz que tais tendências “(...) se encuentran hoy en una constelación imprevisible” (HABERMAS, 1999, p. 167)¹⁰ e profetiza:

“Quien, *a fortiori*, desespera de la capacidad de aprendizaje del sistema internacional debe poner su esperanza en el hecho de que la globalización de estos peligros ha reunido al mundo en su conjunto a largo plazo y de modo objetivo en una comunidad involuntaria de riesgo” (HABERMAS, 1999, p. 170).

Sugere, como principal aspecto da por ele propugnada reformulação dos ideais cosmopolitas kantianos, uma necessária e enérgica união de esforços com o fim de possibilitar uma reconstrução paradigmática da Organização das Nações Unidas, atribuindo-lhe capacidade de ação coercitiva nos diferentes lugares do Planeta: “Pero, en cualquier caso, permanece como una intuición reguladora el universalismo moral que guió a Kant en su proyecto” (HABERMAS, 1999, p. 172).

Isso não quer dizer que o conceito de direitos humanos tenha procedência moral. Para Habermas, os direitos humanos têm originariamente natureza jurídica e o que faz com que pareçam ser fundamentados moralmente é “(...) su sentido de validez que trasciende los ordenamientos jurídicos de los Estados nacionales” (HABERMAS, 1999, p. 175).

Refere-se a precedentes e contemporâneos textos constitucionais que, sob o argumento de que os direitos fundamentais seriam *inatos*, conteriam apenas *declarações* de tais direitos, que estariam, dessa forma, fora do âmbito de disposição do legislador correspondente. Atesta que “(...) esta reserva retórica no puede proteger a los derechos fundamentales del destino de todo derecho positivo: también pueden ser cambiados o derogados, por ejemplo por un cambio de régimen” (HABERMAS, 1999, p. 175).

Reconhece que os direitos fundamentais têm a forma de normas gerais que se dirigem a todos os cidadãos pela sua qualidade de seres humanos, e não como membros de um ou outro Estado. Por isso é que compartilham validez universal com as normas morais e podem nelas ser exclusivamente fundamentados, diferentemente das demais normas jurídicas que, em que pese possam ter certa fundamentação moral, estão impregnadas de outros aspectos (políticos, sociais, pragmáticos, etc):

Los derechos fundamentales regulan, por el contrario, materias para cuya fundamentación, por la misma generalidad de éstas, bastan los argumentos morales. Éstos son argumentos que fundamentan por qué la garantía de tales reglas se encuentra en los intereses iguales de todas las personas en su calidad de personas en general, por qué tales reglas son, pues, buenas en igual medida para cualquiera (HABERMAS, 1999, p. 176).

Habermas entende que a fundamentação moral dos direitos humanos não retira sua qualidade jurídica, nem os torna normas morais: apenas faz com que a legitimidade dos direitos humanos possa ser buscada com a ajuda de toda e qualquer classe de razões e, para ele, isso se deve à estrutura e não ao conteúdo de tais direitos:

El concepto de derecho subjetivo que protege una esfera de libre arbitrio posee para el derecho moderno en su conjunto una fuerza estructurante. Por eso Kant concibe el derecho como ‘el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede coexistir con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad’ (Rechtslehre, Werke IV, 337; MC, 39). Todos los derechos humanos especiales tienen según Kant su fundamento en el único derecho originario a iguales libertades subjetivas: ‘la libertad (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro), en la medida que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad’ (Rechtslehre, Werke, 345; MC, 48-49) (HABERMAS, 1999, p. 177).

Como, em Kant, os direitos humanos encontram suporte de validade tão-somente na teoria do direito – a despeito de terem forte conteúdo moral –, Habermas conclui que os direitos humanos pertencem, segundo sua estrutura, a uma ordem de direito positivo, de direito posto e coercitivo, ensejando pretensões jurídicas subjetivas passíveis de reclamação. Daí a necessidade de ser garantidos por um sistema jurídico existente, seja nacional, internacional ou global:

De todas maneras, se da a entender una cierta confusión con los derechos morales, porque estos derechos, a pesar de su pretensión de validez universal, sólo han podido tener hasta ahora una forma positiva no ambigua en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados democráticos. Mantienen además una débil validez según el derecho internacional y esperan aún su institucionalización en el marco de un orden cosmopolita que se encuentra tan sólo en proceso de formación (HABERMAS, 1999, p. 178).

O que propugna Habermas, em suma, é a relativização do conceito de soberania, mediante a transformação do estado de natureza existente entre os Estados em uma ordem jurídica cosmopolita jurisdicional, capaz de proteger os direitos humanos de acordo com procedimentos jurídicos institucionalizados.

6 Soberania e princípios nas relações internacionais

Um dos principais compromissos assumidos quando da celebração da Carta da Organização das Nações Unidas, constante no Preâmbulo, consiste em assegurar a igualdade de direitos das nações.

Luigi Ferrajoli explica que a soberania pode ser concebida sob os aspectos interno e externo. Sob o aspecto interno, ao menos até o advento do Estado de Direito, a soberania significava o poder absoluto de regulamentar as questões intraterritoriais. Do ponto de vista externo, a soberania seria decorrente da paridade com outros Estados também soberanos, o que “(...) equivale a uma liberdade selvagem e reproduz, na comunidade internacional, o estado de natural desgregamento, que internamente a sua própria instituição havia negado e superado” (2002, p. 5-20).

Isto porque a soberania interna, desde a época na qual, em bases racionais e secularizadas, idealizava-se o Estado Absolutista como entidade necessária à paz e à defesa do bem comum, estava ancorada no poder que então se atribuía ao Estado para cumprir com essas e outras missões.

Paulo Bonavides aborda a perspectiva hobbesiana do Estado Leviatã, baseada em discurso dialético envolvendo civilização e barbárie. O homem perdia a liberdade em troca da promessa de conservação.¹¹ Todas as liberdades eram transferidas ao Estado, “(...) senhor absoluto da vida e dos comportamentos humanos, pelos menos segundo a tese implícita nessa singular doutrina com que a razão buscou edificar o Estado Moderno” (2003, p. 25).

A grande conquista na transição do medievo para o Estado Moderno foi a soberania estatal. O Estado passou a ter existência tanto no plano interno quanto no externo, internacional:

O século XVII servira de apogeu à justificação, propagação e consolidação da doutrina da soberania. Esta doutrina extrai-se de uma imposição causuística do poder – o poder do monarca, gradativamente edificado e ampliado e afirmado no curso das dissensões e antinomias medievais, como absoluto e supremo, quer do ponto de vista interno, quer do ponto de vista externo. Externamente, fundava-se a independência do Estado Moderno, favorecido pelos antigos combates do Imperador germânico com o pontífice romano e internamente erguia-se um centro de autoridade incontestável na cabeça visível do monarca de direito divino ou de poderes absolutos. (BONAVIDES, 2003, p. 134-135).

O significado de soberania interna sofreu significativa alteração com o advento do Estado Liberal:

Com a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, e depois com as sucessivas cartas constitucionais, muda a forma do Estado e, com ela, muda, até se esvaziar, o próprio princípio da soberania interna. De fato, divisão dos poderes, princípios de legalidade e direitos fundamentais correspondem a outras tantas limitações e, em última análise, a negações da soberania interna. Graças

a esses princípios, a relação entre Estado e cidadãos já não é uma relação entre soberano e súditos, mas sim entre dois sujeitos, ambos de soberania limitada (FERRAJOLI, 2002, p. 28).

Já a soberania externa seguiu o caminho inverso. A relação entre Estados soberanos, justamente por pressupor a não subordinação entre nações ou a não subordinação a uma instituição supranacional com poderes coercitivos, pode ser comparada ao estado de natureza entre os homens na hipótese hobbesiana da ausência do Estado.

A hipervalorização da soberania externa explica, por exemplo, o porquê de a universalidade dos direitos humanos, tão veementemente difundida nos tempos atuais, consubstanciar-se:

(...) numa universalidade parcial e de parte: corrompida pelo hábito de reconhecer o Estado como única fonte de direito e, portanto, pelos mecanismos de exclusão por este desencadeados para com os não-cidadãos; e, ao mesmo tempo, pela ausência, também para os próprios cidadãos, de garantias supra-estatais de direito internacional contra as violações impunes de tais direitos, cometidas pelos próprios Estados (FERRAJOLI, 2002, p. 35-36).

O conceito de soberania externa, tal qual já aconteceu com o de soberania interna na Época das Luzes, está sendo objeto de uma reconstrução paradigmática nos tempos atuais. O ponto de partida foi a criação e o efetivo estabelecimento da Organização das Nações Unidas, em meados do Século XX. A perspectiva da soberania absoluta, no plano externo, está em cheque desde então.

Várias fontes do saber contemporâneo debruçam-se sobre a questão da possibilidade de uma “ordem constitucional internacional” (FERRAJOLI, 2002), de uma “cidade cosmopolita” (CORTINA, 2003, p. 276), de um “Direito dos povos” (RAWLS, 2004), na busca de “una constelación favorable de fuerzas” (HABERMAS, 1999, p. 154) e na tentativa de revisitar as proposições kantianas de uma comunidade universal pacífica (KANT, 2003, p. 162).

John Rawls (2004) apresenta os tradicionais critérios de justiça entre povos livres e democráticos. Entre tais critérios estão liberdade e independência, observância de tratados e compromissos, igualdade na celebração de acordos, não-intervenção, direito à autodefesa (mas nenhum direito de fomentar a guerra por motivos que não estejam relacionados à autodefesa), respeito aos direitos humanos, restrições a certas condutas (mesmo em situações bélicas) e dever de assistência a outros povos que estejam vivendo condições desfavoráveis que não os permitam ter regimes políticos e sociais justos ou decentes.

O artigo 4º da Constituição Federal trata dos princípios a ser adotados pela República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais: independência nacional; prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; e concessão de asilo político.

Como se percebe, existe importante conexão entre os tradicionais critérios de justiça entre os povos e os princípios que regem o Brasil nas relações internacionais. Essa mesma conexão pode

ser verificada na comparação do texto constitucional com o preâmbulo da Carta das Nações Unidas (ONU).¹²

Flávia Piovesan lembra que “Na realidade, trata-se da primeira Constituição brasileira a consagrar um universo de princípios a guiar o Brasil no cenário internacional, fixando valores a orientar a agenda internacional do Brasil – iniciativa sem paralelo nas experiências constitucionais anteriores” (2006, p. 37).

Segundo entende, “(...) a prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira” (PIOVESAN, 2006, p. 40).

A partir da clara opção pela prevalência dos direitos humanos no cenário internacional (artigo 4º, inciso II), a CF torna o sistema jurídico brasileiro permeável aos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos,¹³ permitindo afirmar que “(...) a partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal” (PIOVESAN, 2006, p. 40).

7 A hierarquia dos tratados internacionais e controle de convencionalidade

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, equivalem a emendas constitucionais (CF, artigo 5º, §3º).

Trata-se de regra decorrente da Emenda Constitucional 45. Até então, o Supremo Tribunal Federal entendia que os tratados internacionais tinham a mesma hierarquia das leis ordinárias, independentemente de seus conteúdos.¹⁴

A doutrina criticava a tese da hierarquia ordinária dos tratados internacionais de direitos humanos.¹⁵ Fazia-o com fundamento nas regras do artigo 5º, §§ 1º e 2º, também da CF, segundo os quais “as normas definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicação imediata” e “os direitos e garantias expressos na 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”.

Os §§ 1º e 2º do artigo 5º da CF eram, até o advento da EC 45, os fundamentos constitucionais à tese do “Bloco de Constitucionalidade” (PIOVESAN, 2002) e, conseqüentemente, à mencionada crítica.

O raciocínio fundamenta-se na cisão do *gênero* tratados internacionais em duas *espécies*: tratados internacionais de direitos humanos e tratados internacionais comuns. Assim, o entendimento do STF seria adequado apenas no tocante aos tratados internacionais comuns, pois eles

teriam, seguramente, características infraconstitucionais por não encontrar fundamento no artigo 5º, §§ 1º e 2º, da CF.

Contudo, os tratados internacionais de direitos humanos, por integrarem o Bloco de Constitucionalidade, teriam fundamento nas regras extensivas dos direitos fundamentais (CF, artigo 5º, §§ 1º e 2º).

O Constituinte Derivado, com a publicação da EC 45, acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da CF, segundo o qual 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, equivalem a emendas constitucionais.

Portanto, após a EC 45, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, desde que preenchidos os requisitos do artigo 5º, § 3º da CF, podem alcançar a mesma hierarquia de uma Emenda à Constituição.

Ainda que não se siga o rito do referido dispositivo constitucional, situação típica a todos os tratados internacionais de direitos humanos nos quais a República Federativa do Brasil é signatária desde momentos anteriores à EC 45, o entendimento do STF é o de que esses normativos têm “*status* supralegal”, tornando “(...) inaplicável a legislação infraconstitucional com ele[s] conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão”.¹⁶

Após a decisão do STF no Recurso Extraordinário 466.343,¹⁷ o *gênero* tratado internacional divide-se em três *espécies*: tratados internacionais comuns, tratados internacionais de direitos humanos que não seguiram o rito do artigo 5º, § 3º, da CF, e tratados internacionais de direitos humanos que foram aprovados no molde estipulado por esse dispositivo.

Os tratados internacionais comuns têm nível de lei ordinária; aqueles que, apesar da veiculação de questões afetas aos direitos humanos, não seguirem o rito de emenda à Constituição em solo congressional, atingem nível supralegal; os que, tratando de direitos humanos, forem aprovados segundo o rito artigo 5º, § 3º, da CF, têm nível de emenda à Constituição.

Hierarquia normativa consiste em pressuposto essencial para a (pre) compreensão de sistemas jurídicos fundamentados em textos constitucionais rígidos, como é o caso da República Federativa do Brasil. Para Hans Kelsen:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com uma outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora (2003, p. 247).

A análise da constitucionalidade é desempenhada mediante juízo de compatibilidade com a Constituição Federal. Todos os atos normativos devem estar em harmonia com os dispositivos

constitucionais; qualquer regra ou princípio infraconstitucional que não esteja de acordo com a CF é considerado inválido:

A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum (GRAU, 2003, p. 40).

Apesar do reconhecimento da hierarquia normativa e da supremacia da constituição, é imprescindível a existência de mecanismo apto a controlar constitucionalidade de leis e atos normativos.¹⁸ No Brasil, esse controle é efetuado preventiva e repressivamente.

O Poder Legislativo exerce controle preventivo de constitucionalidade durante os procedimentos de elaboração das leis, por intermédio das Comissões das Casas do Congresso Nacional,¹⁹ quando analisa as medidas provisórias editadas pelo Presidente da República (CF, artigo 62) e quando este exorbita os limites da delegação feita pelo Congresso Nacional na edição de leis delegadas (CF, artigo 68, § 3°).

O Poder Executivo analisa a compatibilidade dos projetos de lei aprovados pelas Casas do Congresso e, caso as entenda inconstitucionais, exerce o poder de veto previsto no artigo 66, § 1° da CF.

O controle repressivo de constitucionalidade fica a cargo do Poder Legislativo caso o Presidente da República exorbite os limites de delegação legislativa (CF, artigo 49, inciso V) ou edite medida provisória (CF, artigo 62),²⁰ e do Poder Judiciário, que o exerce de forma difusa e concentrada.

O controle difuso de constitucionalidade é exercido quaisquer juízes ou tribunais do País, podendo ocorrer em todos os tipos de processo.²¹ Por tratar de questões fáticas, a decisão somente produz efeitos no caso concreto, isto é, *inter partes*.

A possibilidade de declaração da inconstitucionalidade de lei em tese, tendo por parâmetro a CF, está concentrada no STF;²² a parca legitimidade ativa para o ajuizamento de ações objetivando o controle abstrato está concentrada nas entidades arroladas no artigo 103 da CF.²³ Em regra, os efeitos da decisão nesta espécie de controle de constitucionalidade são retroativos.²⁴

As decisões tomadas no controle concentrado de constitucionalidade têm características importantes, que as diferenciam daquelas referentes ao controle difuso. A eficácia da decisão é *erga omnes*, acompanhada do efeito vinculante em relação ao Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CF, artigo 102, § 2° e Lei nº 9.882/1999, artigo 10, § 3°).

As demandas em controle concentrado de constitucionalidade²⁵ baseiam-se em procedimentos estabelecidos pela própria CF, na Lei 9.868/1999 e na Lei 9.882/1999, seguindo linhas procedimentais em comum.²⁶

Sendo este, em linhas gerais, o cenário relativo ao controle de constitucionalidade, indaga-se

se os tratados internacionais de direitos humanos podem constituir-se em parâmetros para o controle da legislação a eles hierarquicamente inferior (controle de convencionalidade) e se os mecanismos forjados para controle de constitucionalidade podem ser utilizados.

A resposta à primeira hipótese é positiva, à medida em que, seja pela originária abertura constitucional ao Bloco de Constitucionalidade, prevista no artigo 5º, § 2º,²⁷ ou em decorrência das alterações produzidas pela EC 45,²⁸ o sistema jurídico brasileiro é permeável aos compromissos assumidos pela República Federativa do Brasil na esfera internacional, especialmente quando veiculem questões afetas aos direitos humanos.²⁹

Os tratados internacionais comuns têm nível de lei ordinária, sendo cabível falar-se em controle de convencionalidade apenas em relação a decretos regulamentares e atos normativos a estes inferiores.

Os tratados internacionais que, apesar da veiculação de questões de direitos humanos, não seguirem o rito de emenda à Constituição em solo congressual, atingem nível supralegal, sendo cabível falar-se em controle de convencionalidade quanto a leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e atos normativos a estes inferiores.

Os tratados internacionais que, veiculando questões de direitos humanos, forem aprovados segundo o rito artigo 5º, § 3º, da CF, têm nível de emenda à Constituição, sendo cabível falar-se em controle de convencionalidade quanto a quaisquer atos normativos inferiores.

A resposta à segunda hipótese é positiva em parte. A nosso ver, mostra-se cabível o controle preventivo de convencionalidade³⁰ e, quanto ao repressivo,³¹ o realizado pela via jurisdicional difusa. No que diz respeito ao controle jurisdicional concentrado, desempenhado com base no art. 103 da CF, na Lei 9.868/1999 e na Lei 9.882/1999, parece-nos viável o controle de convencionalidade apenas em relação aos tratados internacionais de direitos humanos cujo nível hierárquico-normativo seja compatível com o das emendas à Constituição.³²

Quanto aos tratados internacionais de direitos humanos no nível da supralegalidade, incabível o controle concentrado de convencionalidade (MAZZUOLI, 2015; MARINONI, 2013).³³

A viabilidade sistemática do controle de convencionalidade em âmbito nacional decorre, em considerável escala, da “(...) emergência de um novo paradigma a guiar a cultura jurídica latino-americana”, com as seguintes características (PIOVESAN, 2015):

“a) O trapézio com a constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica (com repúdio a um sistema jurídico endógeno e autorreferencial).

(...)

b) A crescente abertura do direito – agora “impuro” –, marcado pelo diálogo do ângulo interno com o ângulo externo (há a permeabilidade do direito mediante o diálogo entre jurisdições, empréstimos constitucionais e a interdisciplinaridade, a fomentar o diálogo do direito com outros saberes e diversos atores sociais, ressignificando, assim, a experiência jurídica).

(...) e

c) O *human rights approach* (*human-centered approach*), sob um prisma que abarca como con-

ceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança citada no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a *lente ex parte populi*, radicada na cidadania e nos direitos dos cidadãos, na expressão de Norberto Bobbio” (PIOVESAN, 2015).

Nesse novo paradigma, o controle de convencionalidade exerce papel fundamental para a abertura e para a intensificação de diálogos entre jurisdições nacionais³⁴ e internacionais³⁵ em prol da proteção e da defesa de direitos humanos.

Considerações finais

um paradigma tem como característica a indicação do universo de valores partilhados por membros de determinada comunidade, funcionando como parâmetro e fundamento ao conhecimento científico em determinados momentos histórico-culturais. Alterações paradigmáticas decorrem de insuficiência de respostas a diversas espécies de indagações incapazes de encontrar resposta num paradigma que já se encontra em crise. Essas alterações implicam reordenações de princípios tidos como inalteráveis perante o paradigma anterior, justamente porque não se trata de mera inovação, mas de pura ruptura no pensamento escorado no paradigma ultrapassado. Com a mudança paradigmática ampliam-se sobremaneira os horizontes científicos até então tolhidos porque não submetidos a uma crítica mais radical em relação aos padrões anteriores (KUHN, 1992).

A atualidade é marcada por conflitos internacionais, pela ímpar desigualdade entre os países de primeiro mundo e os da periferia, pelo terrorismo, pela produção de armas nucleares e biológicas em larga escala, pela globalização econômica, pelo desequilíbrio ecológico em escala planetária, pelo aumento populacional em grandes proporções, entre várias outras contingências (HABERMAS, 1999, p. 167). São fatores que contribuem para a percepção de transições e reconstruções paradigmáticas.

O conceito de soberania, no âmbito do qual Kant sugere uma ordem jurídica cosmopolita, vocacionada à mera hospitalidade ao indivíduo estrangeiro, é um dos paradigmas que o mundo contemporâneo evidencia estar abalado (FERRAJOLI, 2002).

Primeiramente porque os direitos humanos, por terem a forma de normas gerais dirigidas a todos os indivíduos ante tão só a sua qualidade de seres humanos – e não como membros de um ou outro Estado – detêm validade universal (KANT, 2003; HABERMAS, 1999).

Em segundo lugar porque, ao menos na República Federativa do Brasil, o sistema jurídico, capitaneado pela CF, em seus artigos 4º e 5º, §§ 2º e 3º, é permeável à integração de compromissos internacionalmente assumidos em prol dos direitos humanos (PIOVESAN, 2006).

Em termos procedimentais, considerada a mínima suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, compreendemos que a lógica inerente ao controle de constitucionalidade também deve ser empregada para fins de controle de convencionalidade. Afinal,

num e noutro caso se está a pressupor hierarquia normativa intra-sistemática, parecendo-nos adequado afirmar que o controle de convencionalidade encontra porto seguro na República Federativa do Brasil.

A viabilidade sistemática do controle de convencionalidade em âmbito nacional decorre, em considerável escala, de outro câmbio paradigmático, no âmago do qual tratados internacionais de direitos humanos ombreiam com a Constituição, servindo como parâmetros e condicionantes normativos.

Nesse novo paradigma, o controle de convencionalidade exerce papel fundamental para a abertura e para a intensificação de diálogos entre jurisdições nacionais, em prol da proteção e da defesa de direitos humanos.

-
- 1 Reflexões originalmente desenvolvidas pelo autor em: CRUZ, Fabrício Bittencourt da. **Direito Cosmopolita: uma proposta ao mundo globalizado**. In: Flávia Piovesan. (Org.). *Direitos humanos*. Curitiba: Juruá Editora, 2006, v. 1, p. 102-118.
 - 2 Conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 466.343/SP (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, 3 dez. 2008. Diário de Justiça Eletrônico, 4 jun. 2009).
 - 3 “Além disso, quando se está acima da esfera da experiência, então se está seguro de não ser contestado pela experiência. O estímulo para ampliar seus conhecimentos é tão grande que só se pode ser detido em seu progresso por uma clara contradição em seu caminho. Esta pode ser contudo evitada se as ficções forem forjadas cautelosamente, sem que por isso deixem de ser ficções. A Matemática dá-nos um esplêndido exemplo de quão longe conseguimos chegar no conhecimento a priori independentemente da experiência. Na verdade, a Matemática se ocupa com objetos e conhecimentos apenas na medida em que se deixam apresentar na intuição. Mas essa circunstância é facilmente descurada, porque mesmo tal intuição pode ser dada a priori e, portanto, dificilmente é distinguida de um simples conceito puro. Tornado por tal prova do poder da razão, o impulso de ampliação não vê mais limites. A leve pomba, enquanto no livre vôo fende o ar do qual sente a resistência, poderia imaginar-se que seria ainda muito / melhor sucedida no espaço sem ar. Do mesmo modo, Platão abandonou o mundo sensível porque este estabelece limites tão estritos ao entendimento, e sobre as asas das idéias aventurou-se além do primeiro no espaço vazio do entendimento puro. Não observou que por meio dos seus esforços não ganhava nenhum terreno, pois não possuía nenhum ponto em que, como uma espécie de base, pudesse apoiar-se e empregar suas forças para fazer o entendimento sair do lugar. Na especulação é, contudo, um destino habitual da razão humana concluir o quanto antes seu edifício e apenas depois investigar se também seu fundamento está bem assentado” (KANT, 1987, p. 28).
 - 4 Kant também apresenta esse imperativo da seguinte forma: “age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza” (2004, p. 52).
 - 5 “É a introdução do conceito de autonomia do ser racional como a faculdade de obedecer apenas à lei dada por si próprio que explica o que nas duas primeiras formulações do imperativo categórico parecia não repousar sobre nenhum fundamento. Na primeira formulação, a lei moral tinha um caráter ‘coercitivo’. A autonomia, no entanto, significa que o ser racional se submete à lei moral porque é ele mesmo o seu autor. Na segunda formulação a afirmação de que o ser racional é uma pessoa, isto é, é fim em si mesmo e dotado de valor absoluto, também carece de fundamento. Se o ser racional distingue-se dos demais seres pela capacidade de pensar (o entendimento) e com isso de se dar fins, isto, segundo Kant, não basta, como na tradição, para fazer dele uma ‘pessoa’. Pela autonomia, no entanto, isto é, por se submeter à lei moral dada por si próprio, é que o ser racional torna-se uma pessoa, que não possui preço, mas ‘um valor interno absoluto’, uma ‘dignidade’” (NOUR, 2004, p. 11).
 - 6 “Se não houvesse autonomia, os diversos seres racionais iriam permanecer isolados uns dos outros; como fins em si mesmos, não se submeteriam a nada que lhes fosse exterior – a nenhuma lei que, valendo para todos (como a lei moral da primeira formulação), poderia então funcionar como princípio de unidade. Mas a autonomia significa que a lei moral da primeira formulação é dada pelos próprios seres racionais, que justamente por isso têm o valor absoluto que lhes é atribuído na segunda formulação. A lei moral, como princípio de unidade, é assim, por meio de leis comuns que com ela estejam de acordo, os diversos seres racionais; com isso, a autonomia permite que os seres racionais passem de uma pluralidade a uma totalidade. Essa submissão de uma pluralidade

- (segunda formulação) – dos diversos seres racionais como fins em si – a um princípio de unidade (primeira formulação) – a lei moral – constitui uma totalidade sistemática (terceira formulação): o reino dos fins” (NOUR, 2004, p. 12).
- 7 “(...) além disso, ao implicar o conceito de reino dos fins (terceira formulação), a autonomia mostra que o ser racional, como pessoa, relaciona-se sistematicamente (por meio de leis) com todos os outros seres racionais, também como pessoas” (NOUR, 2004, p. 12).
 - 8 “A estratégia de Kant para conferir às leis jurídicas estatuto moral e ao mesmo tempo diferenciá-las das leis éticas consiste em fundamentar a semelhança e a distinção entre essas leis na dupla composição de toda legislação: uma parte objetiva – a lei, que prescreve que uma certa ação deve ser necessariamente realizada – e uma parte subjetiva – o móbil da ação, que determina, subjetivamente, a realização da ação que a lei prescreve que deve ser realizada” (NOUR, 2004, p. 20-21).
 - 9 “*globus terraqueus*” (KANT, 2003, p. 194).
 - 10 Ressalta, contudo, que “(...) resulta evidente la amenaza que representan los desequilibrios ecológicos, las asimetrías en el bienestar y en el poderío económico, la gran tecnología, el tráfico de armas, especialmente la propagación de armas atómicas, biológicas y químicas, el terrorismo, la criminalidad asociada a las drogas, etc” (HABERMAS, 1999, p. 167).
 - 11 “Palco de uma guerra civil do gênero humano, o estado de natureza aparelhava, por conseguinte, o extermínio e mútuo aniquilamento de todos. Era um estado de sangue, desconfiança e ferocia contumaz, em que o medo, institucionalizado no instinto de sobrevivência, não deixava ainda antever o advento da consciência agregativa, suscetível de instituir um sistema de relações fundado no estabelecimento da ordem e da segurança. Estado de natureza fadado a perpetrar-se se não houvesse logo, por necessidade já inelutável, a passagem ao estado de sociedade” (2003, p. 25).
 - 12 “Nós, os povos das Nações Unidas, decididos: a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço de uma vida humana, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade; a reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas; a estabelecer as condições necessárias à manutenção da justiça e do respeito das obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional; a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade; e para tais fins: a praticar a tolerância e a viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos; a unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais; a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada, a não ser no interesse comum; a empregar mecanismos internacionais para promover o progresso econômico e social de todos os povos; Resolvemos conjugar os nossos esforços para a consecução desses objetivos”.
 - 13 “Não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um ‘Estado Constitucional Cooperativo’, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais” (MENDES, 2003).
 - 14 “Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face de o artigo 105, III, da Constituição, que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus nº 72.131/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Moreira Alves. Brasília, 23 nov. 1995. Diário de Justiça da União, 01 ago. 2003).
 - 15 “Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José. (...) mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso em Habeas Corpus nº 79.785/RJ**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 mar. 2000. Diário de Justiça da União, 22 nov. 2002).
 - 16 Segundo o Ministro Gilmar Mendes: “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (artigo 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no

- ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o artigo 1.287 do CC de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao artigo 652 do Novo CC (Lei 10.406/2002)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 3 dez. 2008. Diário de Justiça Eletrônico, 4 jun. 2009).
- 17 Cf. nota anterior.
 - 18 “A distinção ‘Constituição – leis ordinárias’, com proeminência da primeira, seria vã e ilusória sem um mecanismo que espanque, vigorosamente, as usurpações, as afrontas e as violações da Lex Fundamentalís” (VELOSO, 2003, p; 18).
 - 19 “Trata-se de controle de constitucionalidade preventivo e político” (CRUZ, et. al., 2016, p. 120).
 - 20 “Veja-se que o Legislativo pode exercer controle tanto em relação aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência quanto no tocante à oportunidade e à conveniência da medida provisória. São dois planos distintos: a validade a partir da relevância e da urgência e a filtragem política a partir da oportunidade e da conveniência” (CRUZ, 2006, p. 67).
 - 21 “Todo e qualquer órgão investido do ofício judicante tem competência para proceder ao controle difuso de constitucionalidade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 666.523/BA**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26 out. 2010. Diário de Justiça Eletrônico, 2 dez. 2010).
 - 22 CF, artigo 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...) § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.
 - 23 “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; V – o Governador de Estado; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional” (CF, artigo 103).
 - 24 O artigo 27 da Lei 9.868/99 e o artigo 11 da Lei 9.882/99 admitem a modulação dos efeitos da decisão.
 - 25 Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.
 - 26 São eles: a) legitimidade ativa baseada no artigo 103 da CF; b) participação do Procurador Geral da República em todos os processos (CF, artigo 103, § 1º); c) participação do Advogado Geral da União para a defesa do ato ou do texto taxado de inconstitucional (CF, artigo 103, § 3º); d) possibilidade de interposição de agravo contra indeferimento da petição inicial; e) irrecorribilidade da decisão final; f) cabimento de reclamação; g) eficácia contra todos e efeito vinculante.
 - 27 “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”.
 - 28 Referimo-nos, em especial, à inserção do § 3º no artigo 5º, segundo o qual: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.
 - 29 “Devemos tomar à sérios o controle de convencionalidade, bem como fazer valer os blocos de constitucionalidade e supralegalidade reconhecidos pelo STF após o RE 466.343” (RAMOS, 2009).
 - 30 O controle preventivo de constitucionalidade é inerente à atuação do Congresso Nacional no que diz respeito aos tratados internacionais. Isto porque, embora a celebração esteja inserida no âmbito da competência privativa do Presidente da República (CF, artigo 84, VIII),, compete exclusivamente ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (CF, art. 49, I). Trata-se, em essência, “(...) da partilha do treaty-making power entre os dois poderes políticos” (REZEK, 2000, p. 58).
 - 31 Não há falar em delegação legislativa e na edição de medida provisória quanto à atuação presidencial no campo dos tratados internacionais, pois os fundamentos constitucionais para o exercício desse papel são específicos (CF, artigo 84: “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”). Portanto, resta prejudicada a análise do cabimento

- de controle de convencionalidade repressivo, a cargo do Congresso Nacional, com base nos artigos 49, inciso V, e 62, ambos da CF.
- 32 “O que de fato passa a ser relevante é que a diferença entre tratados com status equivalente aos de uma emenda constitucional e os demais tratados, dotados de hierarquia supralegal nos termos da orientação imprimida pelo STF, reside no fato de que os primeiros passam a integrar o bloco de constitucionalidade e, portanto, operam como parâmetro tanto de um controle de constitucionalidade como de um controle de convencionalidade” (SARLET, 2013).
- 33 Sustentamos, entretanto, que bastaria ampliação dos escopos da Lei 8.686/1999 e da Lei 9.882/1999, que passariam a abranger, no âmbito do controle hierárquico-normativo, os tratados supralegais.
- 34 “(...) o controle de convencionalidade aprofunda uma realidade que diz respeito à necessidade de se dar relevo aos mecanismos não somente de contato entre os juízes do mesmo estado nacional, mas também e ainda, com juízes de outros estados nacionais e de cortes internacionais” (CONTI, 2014).
- 35 “(...) em um plano geral de discussão, isso não nos impede de advertir sobre a conveniência de que se produza um diálogo jurisprudencial entre a Corte IDH e os respectivos órgãos de cúpula da jurisdição constitucional dos Estados que compõem o sistema interamericano, com o fulcro de que aquela tenha presentes as observações e discordâncias que estas formulem em relação aos critérios, traçados pelo Tribunal Interamericano, no sentido de que melhore seu trabalho jurisdicional” (BALZAN, 2011).

Referências bibliográficas

BAZÁN, Victor. **O controle de convencionalidade e a necessidade de intensificar um adequado diálogo jurisprudencial**. Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), v. 8, n. 41, p. 218-235, set./out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 666.523/BA**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 26 out. 2010. Diário de Justiça Eletrônico, 2 dez. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus nº 72.131/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Moreira Alves. Brasília, 23 nov. 1995. Diário de Justiça da União, 01 ago. 2003.

_____. **Recurso em Habeas Corpus nº 79.785/RJ**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 mar. 2000. Diário de Justiça da União, 22 nov. 2002.

_____. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, 3 dez. 2008. Diário de Justiça Eletrônico, 4 jun. 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 3 ed. Brasília: UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana**. Revista de processo, v. 39, n. 232, p. 363-392, jun. 2014.

_____. **Teoria do Estado**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

CORTINA, Adela. **Ética transnacional e cidade cosmopolita**. In: MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz (orgs.). Direito e legitimidade. São Paulo, Landy, 2003.

CRUZ, Fabrício Bittencourt da. **Direito Cosmopolita: uma proposta ao mundo globalizado**. In: Flávia Piovesan. (Org.). Direitos humanos. Curitiba: Juruá Editora, 2006, v. 1, p. 102-118.

_____. **Medidas Provisórias?: análise crítica ao texto constitucional**. 115f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006, p. 79.

CRUZ, Fabrício Bittencourt da; CRUZ, José Leocadio da; DALAZOANA, Vinicius. **Técnica e processo legislativo previdenciário**. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **La inclusión del otro: estudios de Teoría Política**. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 1999.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. 3 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1987.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. **Hacia la paz perpetua: un proyecto filosófico**. 1 Ed. Trad. Macarena Marey. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007.

_____. **Metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 3 ed. São Paulo : Perspectiva, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de convencionalidade** (na perspectiva do Direito brasileiro). MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de oliveira (coord.). In: Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília : Gazeta Jurídica, 2013. p. 57-85.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Podem os tratados de direitos humanos não “equivalentes” às emendas constitucionais servir de paradigma ao controle concentrado de convencionalidade?**. Revista jurídica Unigran, v. 17, n. 33, p. 19-26, jan./jun. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil**. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de oliveira (coord.). In: Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília : Gazeta Jurídica, 2013. p. 213-258.

NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant**: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. _____. 7 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos humanos e diálogo entre jurisdições no contexto latino-americano**. In: CUNHA, J. S. Fagundes (coord.). O direito nos tribunais superiores: com ênfase no novo direito processual civil. Curitiba: Bonijuris, 2015. p. 397-421.

RAWLS, John. **O Direito dos povos**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade**: levando a sério os Tratados de Direitos Humanos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 9 ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisada à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica : emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 779-800.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.** 3 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003

O Controle de Convencionalidade e as Ofensas aos Direitos Humanos

Parte I

Control de Convencionalidad y Sistema Carcelario¹

EUGENIO RAUL ZAFFARONI

1. Introducción al tema. No abundaremos aquí en detalle sobre el primer término de la relación que implica el título de esta presentación, dado que el colega Ferrer MacGregor lo ha hecho con la precisión y sabiduría que lo caracteriza.

Para los efectos de esta exposición, sintéticamente, adopto el criterio práctico de ensayar –con la brevedad del caso– una respuesta a las siguientes preguntas: ¿Cuál es la jurisprudencia regional importante en materia carcelaria? ¿Cuál es la realidad carcelaria de la región? ¿Qué puede hacer la jurisprudencia internacional en esta materia en el futuro y qué cabe esperar de ella?

Por descontado, que no es el objetivo de esta presentación agotar ni menos aún echar un vistazo sobre la profusa normativa internacional en materia carcelaria o de ejecución de penas privativas de la libertad, sino limitarnos al concreto control de convencionalidad por parte del sistema interamericano de Derechos Humanos y, más concretamente, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana (CorteIDH).

En este sentido, dividiré la exposición en dos partes: (a) en la primera repasaremos someramente los principales fallos de la CorteIDH en la materia, es decir, lo que hasta el presente se ha hecho en el campo internacional regional. (b) En la segunda trataré de describir la situación actual y lo que, a mi modesto entender, queda por hacer. Esta segunda parte requiere una subdivisión: (i) No podemos señalar lo que queda sin hacer, sin saber dónde nos hallamos, es decir, sin un cuadro de la realidad carcelaria en la región. (ii) A partir de esa realidad podemos trazar las posibles líneas teóricas para una jurisprudencia futura.

(iii) Finalmente, podremos escudriñar qué soluciones concretas se pueden aportar desde el plano internacional regional y, en particular, desde la CorteIDH y, eventualmente, desde la OEA en el plano político internacional.

Por supuesto que este desarrollo merecería una exposición mucho más detalladas y documentada que la que puedo realizar aquí, dados los límites propios de una exposición y el respeto debido a la paciencia y atención del público. En consecuencia, no se tome esta exposición como un texto acabado, sino como los apuntamientos necesarios para poner el tema en discusión.

2. Jurisprudencia de la CorteIDH. Dada la complejidad de la materia y la pluralidad de sentencias de la CorteIDH, es conveniente sistematizar sus temas en orden a los lineamientos generales,

1 Intervención en el seminario sobre *O Direito Internacional dos Direitos Humanos em face dos poderes judiciais nacionais* (Supremo Tribunal Federal / Conselho Nacional de Justiça / Tribunal Superior do Trabalho / Konrad Adenauer Stiftung / Corte Interamericana de Derechos Humanos), Brasília, 7 de junio de 2016.

dado que esas son las señales que desde la jurisprudencia internacional se emiten hacia las jurisdicciones nacionales.

(a) El principio más general trazado por la CorteIDH es que los estados son responsables y garantes de las personas privadas de libertad, cualquiera sea la razón de esta privación. Esto ha sido señalado y reafirmado en múltiples ocasiones por el tribunal de San José. La Corte ha ido desarrollando la responsabilidad que tienen las autoridades respecto de las personas que están sujetas a su control. El paso más interesante ha sido la consagración de la idea que el estado está en una posición de garante respecto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad². Esto significa que los estados son responsables no sólo por las violaciones a Derechos Humanos de estas personas cometidas por acción de sus agentes, sino también por las que tienen lugar por omisión, pues la posición de garante (*Garantenstellung*) es un concepto jurídico elaborado para la teoría de la omisión.

Es extremadamente significativa la insistencia de este principio general en diversas sentencias, lo que indica su carácter troncal en la doctrina de la CorteIDH³.

(b) De la anterior premisa, la CorteIDH deriva particulares consecuencias respecto de aspectos concretos en que la privación de libertad lesiona Derechos Humanos. Así, respecto de las mujeres privadas de libertad, donde incluso avanza sobre el concepto mismo de *violación* en el plano internacional⁴

2 Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995: “60. En los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos”. // Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia De 7 de junio de 2006: “111. Asimismo, y en tercer lugar, el Estado es responsable de la observancia del derecho a la vida de toda persona bajo su custodia en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención Americana. Como lo ha señalado este Tribunal “si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, su poder no es ilimitado, pues tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción”7. El Estado como garante de este derecho le impone la prevención en aquellas situaciones –como ahora en el *sub judice*- que pudieran conducir, incluso por acción u omisión, a la supresión de la inviolabilidad del derecho a la vida. En este sentido, si una persona fuera detenida en buen estado de salud y posteriormente, muriera, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios válidos, ya que en su condición de garante el Estado tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con el destino que ha tenido la persona detenida” // Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo: “152. Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna”.

3 Puede verse: Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto Argentina. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2004 // Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012.// Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014.

4 Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006: “303. Con respecto al tratamiento que deben recibir las mujeres detenidas o arrestadas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que “no deben sufrir discriminación, y deben

(c) Del mismo modo, se ha ocupado especialmente de la situación de los niños y adolescentes privados de libertad, donde la posición de garante del estado se extrema, ante los especiales deberes que le impone el derecho internacional por el mero hecho de la condición de las personas afectadas, en razón de la etapa psicológicamente evolutiva en que se hallan⁵.

En esta materia, ha sido de particular trascendencia la decisión de la CorteIDH respecto de la inadmisibilidad de la prisión perpetua para niños y adolescentes, donde sentó el criterio de que la pena fija no puede aplicarse a éstos, cuya evolución en detención debe ser evaluada periódicamente y reducirse la privación de libertad al mínimo indispensable.

Esta jurisprudencia –aunque no lo señale expresamente– se enfrenta con la demagogia punitivista que pretende en la región una punición y criminalización semejante a los adultos para todos los niños y adolescentes, conforme a un estereotipo creado por los medios monopólicos dominantes, y sobre la que basan sus campañas múltiples políticos inescrupulosos⁶.

ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”. Asimismo, ha indicado que las detenidas deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que dicha discriminación incluye la violencia basada en el sexo, “es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, y que abarca “actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”. 310. Siguiendo el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del Derecho Penal Internacional como en el Derecho Penal comparado, el Tribunal considera que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril. 311. La Corte reconoce que la violación sexual de una detenida por un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente. Asimismo, la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas”.

- 5 Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de abril de 2012: “22. Al respecto, el Tribunal ha señalado que en los casos de niños y adolescentes internados, el Estado “por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño y adolescente. Asimismo, la protección de la vida del niño y adolescente requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad”⁴¹. Por otra parte, la Corte ha desarrollado ampliamente las obligaciones del Estado de protección contra los malos tratos a las personas detenidas. En específico, el Tribunal se ha referido a la prohibición de utilizar malos tratos como métodos para imponer disciplina a menores internos. No obstante, la Corte toma nota que si bien el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas no rechaza el concepto positivo de disciplina, en circunstancias excepcionales el uso de la fuerza con el fin de protección debe regirse bajo el principio del uso mínimo necesario de la misma por el menor tiempo posible y con el debido cuidado para impedir actos de fuerza innecesarios. Por tanto, la eliminación de castigos violentos y humillantes de los niños es una obligación inmediata e incondicional de los Estados Partes. En razón de lo anterior, están estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor”.
- 6 Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. “162. Por lo que respecta particularmente a medidas o penas privativas de la libertad de los niños, aplican especialmente los siguientes principios: 1) de *ultima ratio* y de máxima brevedad, que en los términos del artículo 37. b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, significa que “la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño [...] se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve

Es obvio conforme a la experiencia común, sin necesidad de recurrir a la ciencia psicológica, que todo niño y adolescente carece de la madurez afectiva o emocional que se supone tienen los adultos. En la vida común y corriente, es usual que ciertas conductas de un niño sólo merezcan corrección, pero si fuesen realizadas por adultos, por regla general la atribuiríamos a un desequilibrio mental.

(d) Otro grupo particularmente vulnerable privado de libertad, aún sin haber cometido ni ser imputado por delito alguno, es el de los migrantes, que en este momento están dando lugar a nuevos y serios conflictos en la región.

La CorteIDH declaró violatoria de la Convención su detención en centros penitenciarios, es decir, la equiparación real entre la condición migratoria irregular y la criminalidad⁷.

que proceda”⁴⁷, 2) de delimitación temporal desde el momento de su imposición, particularmente relacionado con los primeros, pues si la privación de la libertad debe ser excepcional y lo más breve posible, ello implica que las penas privativas de libertad cuya duración sea indeterminada o que impliquen la privación de dicho derecho de forma absoluta no deben ser aplicadas a los niños, y 3) la revisión periódica de las medidas de privación de libertad de los niños. Al respecto, si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto. A estos efectos, los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada. Sobre este punto, el Comité de los Derechos del Niño, con base en el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prevé la revisión periódica de las medidas que implican la privación de libertad, ha establecido que “la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico”.¹⁷⁵ Anteriormente, en la presente Sentencia ya se indicó que el artículo 13 del Código Penal de la Nación aplicable al presente caso señala que las personas condenadas a prisión y reclusión perpetuas pueden obtener la libertad una vez que hubieren cumplido veinte años de condena, “por resolución judicial previo informe de la dirección del establecimiento bajo las siguientes condiciones [...]” [...]. La Corte ya determinó que este plazo fijo impide el análisis de las circunstancias particulares de cada niño y su progreso que, eventualmente, le permita obtener la libertad anticipada en cualquier momento [...]. En concreto, no permite una revisión periódica constante de la necesidad de mantener a la persona privada de la libertad. Además, en esta Sentencia también ya se estableció que la imposición de las penas de prisión y reclusión perpetuas por delitos cometidos siendo menores de 18 años no consideró los principios especiales aplicables tratándose de los derechos de los niños, entre ellos, los de la privación de la libertad como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. La Corte estableció, además, que la prisión perpetua a menores no cumple con el fin de la reintegración social previsto por el artículo 5.6 de la Convención [...]. En suma, este Tribunal estimó que la prisión y reclusión perpetuas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a menores”.

7 Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010: 206: “Tanto la Comisión como las representantes argumentaron la obligación del Estado de separar a las personas que han cometido infracciones penales de aquellas que son detenidas por cuestiones migratorias. El Estado no realizó un alegato específico respecto a este argumento, pero aceptó “la existencia de una seria deficiencia en los sistemas de clasificación de la población de privados de libertad”. En lo que respecta al Pabellón 6 del Centro Penitenciario La Joyita donde estuvo recluso el señor Vélez Loor, expresó que “es un pabellón [d] e seguridad media a baja donde eran ubicadas personas privadas de libertad por las mismas causas que el señor Vélez y otras causas que excluían a detenidos co[n]siderados peligrosos”. De igual modo, alegó que la apertura de albergues migratorios de la Dirección Nacional de Migración, en donde únicamente se alojan migrantes, garantiza la aludida separación. 207. Si bien la Corte ya se ha referido a la situación de particular vulnerabilidad en que suelen encontrarse las personas migrantes [...], en este caso es importante resaltar cómo dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando por causa de su sola situación migratoria irregular son privadas de libertad en centros penitenciarios en los que son reclusas con personas procesadas y/o sancionadas por la comisión de delitos, como ocurrió en el presente caso. Dicha situación hace que los migrantes sean más propensos a sufrir tratos abusivos, pues conlleva una condición individual de facto de desprotección respecto del resto de los detenidos. Así, en el marco de sus obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en la Convención, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación”.

(e) En cuanto a las muertes, torturas y lesiones intracarcelarias, que son una lamentable realidad en la región, la Corte IDH destacó la posición de garante del estado y, por ende, la obligación de prevenirlas e investigarlas seriamente, no pudiendo desentenderse de esa responsabilidad bajo ningún pretexto⁸.

(f) En lo que hace a las condiciones de detención mismas, se ha considerado violatorias de Derechos Humanos varias prácticas carcelarias. Así, se ha pronunciado considerando el *hacinamiento* como violatorio de la Convención⁹.

En cuanto a la *atención médica*, la Corte IDH ha establecido que el preso debe ser sometido a controles médicos y atendido conforme a las reglas del arte médico, permitiéndole incluso la atención por un facultativo de su elección. Destacó también que esto tiene importancia como prevención de la tortura, en la medida en que lo asiste un médico no sometido o vinculado a la administración carcelaria, implicando en cierta medida una garantía para la persona¹⁰.

8 Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008: 88. La Corte ha señalado que de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana, la obligación de garantizar los derechos reconocidos en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana implica el deber del Estado de investigar posibles actos de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esta obligación de investigar se ve reforzada por lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST, de la que Argentina es Estado Parte [...] que obligan al Estado a “tomar[...] medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción”, así como a “prevenir y sancionar [...] otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de esta Convención, [c]uando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal”. // En similar sentido en el Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013, considerandos 217, 218 y 219.

9 Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006: “90. La Corte toma nota de que según el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante “el CPT”), una prisión sobrepoblada se caracteriza por un alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de las facilidades sanitarias; reducidas actividades fuera de la celda debido al número de internos que sobrepasan los servicios disponibles; servicios de salud sobrecargados; aumento de la tensión en el ambiente y por consiguiente más violencia entre los prisioneros y el personal penitenciario. Este listado es meramente enunciativo. Asimismo, el CPT estableció que 7 m2 por cada prisionero es un guía aproximada y deseable para una celda de detención. Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que un espacio de cerca de 2m cuadrados para un interno es un nivel de hacinamiento que en sí mismo era cuestionable a la luz del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y no podía considerarse como un estándar aceptable, y que una celda de 7m2 para dos internos era un aspecto relevante para determinar una violación de mismo artículo. En el mismo sentido, la Corte Europea consideró que en una celda de 16.65 m2 en donde habitaban 10 reclusos constituía una extrema falta de espacio. 91. En el presente caso, el espacio de aproximadamente 30 centímetros cuadrados por cada recluso es a todas luces inaceptable y constituye en sí mismo un trato cruel, inhumano y degradante, contrario a la dignidad inherente del ser humano y, por ende, violatorio del artículo 5.2 de la Convención Americana. 92. De igual forma, dormitorios de gran capacidad como los que existían en el Retén de Catia inevitablemente implicaban una falta de privacidad para los presos en su vida diaria. Además, el riesgo de intimidación y violencia era alto. Tales condiciones de alojamiento son propensas a fomentar el desarrollo de subculturas delictivas y a facilitar el mantenimiento de la cohesión de organizaciones criminales. También pueden volver extremadamente difícil, si no imposible, el apropiado control por parte del personal penitenciario; más específicamente, en caso de disturbio, las intervenciones externas que impliquen un uso considerable de fuerza son difíciles de evitar. Con tales alojamientos, la apropiada distribución individual de presos, basada en una evaluación caso por caso de riesgos y necesidades, también llega a ser una práctica casi imposible”.

10 Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006: “102. Este Tribunal ha señalado que la falta de atención médica adecuada

En lo que hace al *aislamiento* y otras medidas de castigo similares, se ha pronunciado reiteradamente, considerándolas decididamente violatorias de la Convención, incursos en la categoría de tratos crueles, inhumanos y degradantes¹¹.

(g) La Corte IDH consideró que es un deber de los estados proteger la vida de los detenidos también mediante la adecuada preparación del personal a su cargo y proscribió prácticamente el uso de armas de fuego¹²

3. *Situación carcelaria en la región.* Hasta aquí hemos visto las principales líneas jurisprudenciales de la Corte IDH trazadas en los fallos mencionados y en otros más que omito en razón de

no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno conforme a la condición de ser humano en el sentido del artículo 5 de la Convención Americana. El Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal, sin que esto signifique que existe una obligación de cumplir con todos los deseos y preferencias de la persona privada de libertad en cuanto a atención médica, sino con aquellas verdaderamente necesarias conforme a su situación real. La atención por parte de un médico que no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias o de detención es una importante salvaguardia en contra de la tortura y malos tratos, físicos o mentales, de los prisioneros”.

- 11 Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997: “58. [...] Sin embargo, los otros hechos alegados como la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas [...], constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana. De las alegaciones y pruebas examinadas aparecen elementos graves y convergentes, y no desvirtuados por el Estado, que permiten válidamente presumir la existencia de una práctica de tratos crueles, inhumanos y degradantes en la cual se enmarca el presente caso de la señora María Elena Loayza Tamayo, en violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana”. // Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999: “194. La Corte ha establecido que el “aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratamientos crueles e inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano”. // Reitera estos criterios en el Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006.
- 12 Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006: “238. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias no sólo para prevenir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propias fuerzas de seguridad, situación que se ve agravada cuando existe un patrón de violaciones de los derechos humanos. De manera especial, los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentran bajo su jurisdicción. 239. Como se desprende de los “Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer Cumplir la Ley”, los cuerpos de seguridad estatales solamente pueden recurrir al empleo de armas letales cuando sea “estrictamente inevitable para proteger una vida” y cuando resulten ineficaces medidas menos extremas. 240. Como lo ha señalado en ocasiones anteriores, esta Corte reconoce la existencia de la facultad e incluso la obligación del Estado de garantizar la seguridad y mantener el orden público, en especial dentro de las cárceles, utilizando la fuerza si es necesario. Al respecto, también ha establecido que al reducir alteraciones al orden público el Estado debe hacerlo con apego y en aplicación de la normativa interna en procura de la satisfacción del orden público, siempre que esta normativa y las acciones tomadas en aplicación de ella se ajusten, a su vez a las normas de protección de los derechos humanos aplicables a la materia. El poder estatal no es ilimitado; es preciso que el Estado actúe “dentro de los límites y conforme a los procedimientos que ermiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana”. En casos que esta Corte ha conocido en los que el Estado ha utilizado la fuerza para mantener el orden dentro de centros penales cuando se presenta un amotinamiento, cosa que no sucedió en el presente caso”.

brevedad, lo que, por cierto, muestra una dirección clara en su doctrina. Cabe ahora preguntarnos cuál es la realidad carcelaria en la región, para saber hasta qué punto se acata esta doctrina en el plano de la realidad social de nuestros países.

Ante todo cabe señalar que el título del capítulo de este seminario es correcto, porque se refiere al *sistema carcelario* y no al *penitenciario*, es decir, no lo reduce a la ejecución de penas. Formalmente, esto es correcto, porque la mayoría de los presos de la región no están cumpliendo penas, sino que se hallan en condición de *presos preventivos*, o sea que, en el plano jurídico no son penados, sino *procesados*. No obstante, se hallan en las mismas cárceles que los condenados y en las mismas condiciones que éstos.

La circunstancia de que alguna abreviación de los procesos haya provocado muy poca disminución en el porcentaje de presos preventivos, demuestra ante todo que se utiliza abusivamente la prisión preventiva o cautelar.

Por otra parte, la tendencia general es al aumento del número de presos que, como se sabe, no tiene relación con la frecuencia delictiva, sino con el reclamo de los medios masivos de comunicación y de los políticos temerosos o inescrupulosos. La prisión por delitos leves es contraria a cualquier sana política criminal y, en materia de delitos de gravedad media, que no comprometen la vida ni la integridad corporal y sexual, el uso de la prisión es una cuestión de decisión política más o menos arbitraria de cada país y legislación. La única regla certera es la inevitabilidad de la detención en delitos graves, particularmente contra la vida o la integridad física o sexual.

De todos modos, tratándose de prisión preventiva, no puede negarse que materialmente se trata de una penalidad y que, la pretensión de limitarla a los casos de posible frustración del proceso o de fuga del procesado suele burlarse, mediante el fácil expediente de presumir la posibilidad de fuga sólo en razón de la gravedad eventual de la pena conminada en abstracto.

Los sistemas carcelarios en la región presentan características muy diferentes y, si bien todos tienden a la superpoblación y al hacinamiento, hay algunos en los que estas características son muy poco marcadas y otros en que llegan a extremos verdaderamente aberrantes e inhumanos.

La tasa de mortalidad carcelaria suele ser mucho más alta que la media de la misma faja etaria en la población no prisionizada, lo que suele atribuirse al fenómeno de hacinamiento.

Es bastante común que el número de funcionarios encargados de la prisión sea exiguo en relación al número de presos y, por ende, se establezca un régimen de autoridad entre los mismos presos, permitiendo la formación de elites y subordinados, creando condiciones o relaciones económicas, etc. En ocasiones esto genera una cárcel tipo *ghetto*, pero en otras da lugar a que bandas internas se hagan cargo del penal en sustitución del estado ausente o escasamente presente.

El crecimiento exponencial del número de presos provisionales (dominante) y condenados (minoría) demuestra que se opera una inversión del proceso penal, en que la pena precede a la condena, tanto como un uso excesivo de la pena *cautelar*, pues de otro modo que por la imposición de penas que no corresponden a delitos graves, no se explicaría la renovación constante de presos provisionales.

En síntesis, puede afirmarse que los sistemas carcelarios de la región tienden a ser *condicio-*

nantes de violaciones graves a la Convención Americana, con miras a empeorar como consecuencia del aumento del número de presos, producto de una publicidad demagógica y vindicativa, llevada adelante por los medios masivos de comunicación monopolizados u oligopolizados, en especial los audiovisuales, característicos de la región.

4. *Eventuales líneas teóricas para futura jurisprudencia.* Las líneas de la jurisprudencia de la Corte IDH son claras y responden al mejor espíritu de la Convención Americana. Pero lo cierto es que partimos de una realidad en que el *ser* se halla bien distante del *deber ser*.

El numeral 6 del artículo 5° de la CA dispone: *Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.*

La terminología de esa disposición de la CA requiere una explicación conforme al actual estado de la cuestión en el mundo y en nuestra región.

Las expresiones “*re*” (*resocialización, repersonalización, reeducación, etc.*), remontan sus raíces al siglo XIX, por vía idealista (la teoría del *mejoramiento* o *correcionalista*, *Besserungstheorie*, de cuño krausista) o determinista del reduccionismo biológico (positivismo criminológico). La segunda fue la predominante en la doctrina y legislación de nuestra región desde el siglo XIX. En verdad, todas las variantes posteriores de los enunciados conforme a ideologías *re*, han sido combinaciones en diversa medida de ambas fuentes originarias.

Esta doctrinas *re* –en cualquiera de sus expresiones– chocan con dos inconvenientes, uno teórico y otro práctico. El inconveniente teórico es que cualquier teoría *re* pretende cambiar los valores de la persona presa. Esto puede tener un objetivo generoso y ponderable, pero cuando nos acercamos a los ilícitos con motivo o finalidad política presenta dificultades insuperables desde el punto de vista del respeto a la conciencia ajena. Dicho de manera burda, no creemos que la pena de muerte sea compatible con los Derechos Humanos, pero si el estado no tiene derecho a cortarle la cabeza a nadie, por cierto que tampoco tiene derecho a cambiársela.

En el plano de la realidad, o sea, en el práctico, todas las ideologías *re* son de imposible realización, lo que se verifica cuando son confrontadas con los resultados obtenidos y con lo que verifican y teorizan las ciencias sociales.

En el campo sociológico se ha desarrollado el concepto de *institución total*, entendiéndose por tal una categoría en la cual se incluye a la cárcel, en que la persona realiza en un ámbito cerrado todas las actividades (trabajo, recreo, descanso, etc.) que en la vida libre lleva a cabo en ámbitos separados. En esa categoría incluye también a los manicomios, cuestión de la que en algún momento deberá ocuparse también el sistema interamericano. Este análisis se remonta a más de medio siglo, partiendo de los trabajos de Chicago y en particular de la obra hoy clásica de Erving Goffman¹³, con una nutrida literatura científica y múltiples investigaciones de campo, que coinciden en verificar que toda *institución total* tiene un efecto deteriorante sobre los internados. En

13 Erving Goffman, *Manicômios, prisões e conventos*, São Paulo, 1974.

otras palabras: la acción *re*, entendida en el sentido tradicional, salvo excepciones, es de imposible cumplimiento en la realidad.

Esta verificación ha producido un efecto negativo en la prisionización, en especial en los Estados Unidos, a partir de los años ochenta del siglo pasado, en que ese país, rompiendo su tradición secular, pasó a convertirse en el líder mundial de la prisionización, dejando de lado las ideologías *re*, pero reemplazándolas por la de la *cárcel puramente retributiva*, acompañado por un aparato mediático de propaganda (incluso en la comunicación de entretenimientos, series policiales, etc.) impulsado por los fiscales con ambiciones políticas, concordante con un cambio de modelo de estado (del modelo Roosevelt de estado *providente* y sociedad incluyente, al modelo Reagan-Bush de estado ausente y sociedad excluyente), conforme lo explican en detalle criminólogos norteamericanos de prestigio, como el profesor de California, Jonathan Simon¹⁴.

En nuestra región ha cundido la publicidad del modelo punitivista norteamericano¹⁵, por obra de los medios concentrados y de las pulsiones de sociedades excluyentes, impulsado por jueces y fiscales *estrella* y políticos inescrupulosos o extorsionados por la propaganda mediática, pero no se ha instalado el modelo en sí, dado que el altísimo costo de la prisionización masiva no es solventable por nuestros estados.

Además de lo expresado, la fórmula de la CA interpretada en la forma tradicional, no sólo es de imposible cumplimiento por las razones generales expuestas, sino que incluso desde la perspectiva jurídica no sería viable, puesto que la mayoría de nuestros presos no cumplen *pena* en estricto sentido jurídico, sino que son penados sin sentencia (presos provisorios o cautelares).

En estos momentos, se pretende resolver el problema de la superpoblación sometida a prisión preventiva, mediante los llamados códigos procesales *acusatorios*. Si bien no cabe duda que el modelo acusatorio es preferible al inquisitorio en el plano teórico, lo cierto es que esos códigos vienen acompañados por la posibilidad de *negociación* con el fiscal (la *plea bargain*, o *plea agreement*, *plea in mitigation*), que en Estados Unidos evita más del 90% de los plenarios contradictorios y en la práctica corre el riesgo de convertirse en una extorsión al procesado (aunque también en caso de culpabilidad, puede ser un beneficio). Esto nos está mostrando una tendencia futura en que los *presos sin condena* sean reemplazados por *condenados sin juicio*.

Ante la disyuntiva entre una *imposible cárcel "re"* y una *posible cárcel retributiva de puro castigo*, cabe preguntarse si no existe una fórmula o modelo *posible* y no violatorio de Derechos Humanos. Para dar con ese *modelo posible y jushumanista*, se impone reinterpretar en forma no tradicional la fórmula del numeral 6° del artículo 5° de la CA.

Si bien la prisionización abarca casos de delitos muy graves, lo cierto es que la inmensa mayo-

14 Jonathan Simon, *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford, 2007; *Mass Incarceration on Trial: A Remarkable Court Decision and the Future of American Prisons*, New Press 2014.

15 Se lo conoce y difunde por el mundo con el nombre de modelo *neopunitivista* (ver por eje., John Pratt, David Brown, Mark Brown, Simon Hallsworth and Wayne Morrison, ed., *The New Punitiveness. Trends, theories, perspectives*, Willan Publishing, 2005).

ría de la población penal de nuestras prisiones lo son por delitos o imputación de delitos contra la propiedad y relacionados con la venta o tráfico minorista de tóxicos prohibidos.

Respecto de esta inmensa mayoría de prisionizados, si nos atenemos a lo que nos muestra la realidad y al mismo tiempo respetamos lo que verifican las ciencias sociales, comprobamos que los sistemas penales de todo el mundo son selectivos y que, por ende, prisionizan a las personas según su vulnerabilidad, lo que se acentúa más en razón directa de la mayor o más marcada estratificación social (América Latina registra los más altos coeficientes de Gini, indicadores de su inequitativa distribución de la riqueza).

Este efecto selectivo no se produce planificadamente, sino porque los segmentos más desfavorecidos de la sociedad tienen un entrenamiento que sólo les permite cometer delitos burdos, groseros y, por ende, más fácilmente detectables, sin contar con que en su mayoría responden a estereotipos construidos previamente por los medios de comunicación, que en la región recaen sobre jóvenes y adolescentes de barrios precarios.

En síntesis, la gran mayoría de nuestros presos lo están por delitos o imputación de delitos contra la propiedad o relacionados con tráfico minorista de tóxicos, cuyo entrenamiento previo y coincidencia con estereotipos mediáticos, los hace vulnerables al sistema penal. Como sabemos sobradamente, otras personas, con diferente entrenamiento y percibidos fuera de los estereotipos, cometen delitos mucho más graves, pero no son prisionizados, en razón de que sus crímenes son mucho más sofisticados y, por ende, no son fácilmente detectables o se cometen en ámbitos más protegidos y ocultos.

Los estereotipos no son meras apariencias externas, sino que la persona que responde a esas apariencias los internaliza, porque se les formulan constantes y permanentes demandas de rol conforme al estereotipo, lo que provoca incluso fenómenos de inversión valorativa: la buena acción del no estereotipado es negativa en el estereotipado (el joven que estudia es elogiado; si lo hace el joven preso, es porque está aprendiendo a delinquir mejor).

Conforme a los interesantes desarrollos que hace casi un siglo vino difundiendo la llamada corriente del interaccionismo simbólico, cada uno de nosotros se autopercebe en buena medida conforme los demás nos perciben y nos exigen conductas adecuadas a nuestros roles, lo que es normal cuando se trata de roles positivos (el médico, el sacerdote, el juez, el carpintero, etc.), pero lo mismo sucede también cuando los estereotipos y sus correspondientes roles son negativos (el que encuadra en el estereotipo del delincuente, del vago, del mendigo, del loco).

La mayoría de los habitantes de nuestras cárceles (ladrones no violentos o no muy violentos, pequeños estafadores y vendedores de tóxicos a las clases medias) son personas estereotipadas y que han internalizado sus roles conforme al estereotipo negativo del que son portadores.

Esto suele suceder en la vida cotidiana: en las familias patológicas, se toma al de personalidad más frágil y se le carga con la imputación de *mal hijo*, *desprolijo*, *agresivo*, *inmora*, *desamorado*, etc., hasta que la persona termina respondiendo a esas demandas de rol negativo. Se denominan *profecías autorrealizadas*.

Puede preguntarse por qué, frente a un estrato social y a un grupo particularmente estereoti-

pado, sólo algunos asumen e introyectan el estereotipo y otros, pese a sufrir las mismas demandas de rol no lo hacen. Allí entran a jugar factores individuales: los estereotipos son internalizados por aquellos que son portadores de una personalidad más débil, más frágil, en que la parte que no depende de *cómo nos ven los otros* no es suficientemente fuerte. Se trata de personalidades en que la autopercepción no está muy definida.

Teniendo en cuenta lo dicho y, abarcando a los presos condenados y no condenados, cabe ensayar una reinterpretación de la expresión usada por la CA, diferente al sentido tradicional de las ideologías *re*.

Debemos partir del hecho de que nos hallamos ante una masa de personas prisionizadas y se nos impone la necesidad de tratarlas de alguna manera. No es una cuestión de *tratamiento*, sino de *trato*. ¿Cómo debemos tratarlas? ¿Qué podemos hacer respecto de ellas?

Es obvio que si consideramos que están presas porque son *malas* y han elegido libremente serlo y sólo merecen castigo, algo parece fallar desde el punto de vista de una sociedad que no sólo las ha privado de un mejor entrenamiento, sino que las ha hecho portadoras de un estereotipo negativo, que su mayor fragilidad individual (menor resistencia a las demandas de rol) los llevó a internalizarlo más que a otros.

El mero contractualismo retribucionista es un mero recurso idealista de la teoría penal bastante discutible en una sociedad muy estratificada y del que no me ocuparé aquí, pero lo cierto es que no es más que una ficción que, en el plano de la realidad, convierte a la cárcel en un aparato fijador de roles desviados y, por ende, en un mecanismo de reproducción de clientela carcelaria o, lo que es peor, en una fábrica de reincidentes más graves.

La cárcel de puro castigo tiene ese efecto: encerrar a alguien vulnerable a los reclamos de rol conforme al estereotipo negativo, para mantenerlo en ese estado, en que todos (carceleros, fiscales, jueces, policías y presos) le reafirman su rol desviado durante unos años, no puede tener otro efecto sobre la persona que reforzarle su rol negativo, de lo cual resulta que la cárcel pasa a ser un aparato productor de reincidencia más grave (la intervención punitiva ante una desviación primaria provoca una desviación secundaria más grave).

En estas condiciones, la fórmula del numeral 6° del artículo 5° de la CA debe reinterpretarse en el sentido de que el trato que debe deparársele a las personas prisionizadas debe ofrecerle la posibilidad (no imponerle), sin pretensiones de omnipotencia, de cambiar su autopercepción, es decir, de expulsar, cancelar o neutralizar la introyección que la persona ha hecho del estereotipo negativo y, por ende, de disminuir su nivel de vulnerabilidad al aparato punitivo.

No coincide esto con la interpretación tradicional ni mucho menos. Por expresarlo de manera más clara, diríamos que la interpretación tradicional pretende decirle al preso *debes ser bueno*, a lo que el preso suele responder afirmativamente, en general porque quiere salir en libertad, pero interiormente –y a veces en forma manifiesta– se pregunta: *¿Por qué debo ser yo bueno, si hay otros mucho más malos y andan sueltos y hasta son premiados?* Sin duda lleva razón, y esto provoca una falsedad básica, tanto del discurso *re* como del diálogo, que en las condiciones reales de la prisionización regional cobra un sabor a recíproca hipocresía, lo que impide una labor psicológi-

ca institucional eficiente: no puede establecerse una relación terapéutica cuando ambos participantes –consciente o inconscientemente– saben que operan sobre una base que falta a la verdad.

Conforme a la reinterpretación que proponemos, el trato al preso consiste en decirle *no seas tonto. Te has tragado un estereotipo que sirve para que te usen. Lo que has hecho es malo, pero también lo has hecho mal, porque no te enseñaron y no pudiste hacerlo de otro modo. Estás aquí no tanto por lo que has hecho, sino porque además lo haces mal. No es cierto que la próxima será la buena. No lo harás mejor. Por este camino volverás aquí siempre, hasta destruir tu existencia. No eres fuerte como te hacen creer, por ser débil eres el engranaje de un aparato reproductor.*

Esto requiere lo que podría llamarse una *terapia de la vulnerabilidad*. La *reforma y la readaptación social* de los presos debería entenderse como una atención especializada que, teniendo en cuenta que esa mayoría de presos no lo están sólo por lo que hayan hecho, sino preferentemente por su *vulnerabilidad al poder punitivo*, la tarea consistiría en elevarle su nivel de invulnerabilidad (o, lo que es lo mismo, reducirle la vulnerabilidad): es obvio que si alguien ingresa en una cárcel casi analfabeto y sale graduado de ingeniero electrónico, tendrá un nivel de invulnerabilidad mucho más alto frente al sistema penal, básicamente porque tendrá otra percepción de sí mismo.

Los casos en que se considera que la ideología *re* ha tenido éxito, por lo general, son supuestos en que se ha producido este efecto, aunque no se lo haya hecho conscientemente: a veces se hace prosa sin saberlo.

Cabe pensar que ante el problema actual del sistema carcelario en la región, la jurisprudencia internacional se oriente en el futuro conforme a esta reinterpretación del numeral 6° del artículo 5° de la CA, considerando que el sistema interamericano tiene un largo camino por recorrer, dada la situación imperante en casi todos nuestros países.

5. *Algunas líneas en pos de soluciones concretas.* En principio, creemos que en el futuro se debe encarar la situación de todos los presos, sean condenados, procesados o privados de libertad por cualquier otra razón.

En cuanto a condiciones carcelarias, no cabe hacer distinciones, salvo en el caso de los detenidos sin imputación penal (migrantes, por ejemplo), respecto de los cuales debe reafirmarse la estricta prohibición de retenerlos en institutos penales.

De toda forma, el sistema interamericano debería entrar a considerar en algún momento la situación de los psiquiatrizados, que también son personas privadas de libertad. Hay otras privaciones de libertad que en el futuro deberán ser materia de análisis a la luz de la CA, como las de personas mayores de edad, a veces destinadas también a instituciones totales.

Es obvio que incumbe al sistema ocuparse de las prisiones preventivas prolongadas y de las reparaciones que corresponden a quienes al fin han resultado absueltos, pero eso es otro problema del que no me ocuparé aquí.

No obstante, en cuanto a penados y procesados, el trato conforme a la reinterpretación de los términos de la CA resulta imposible no sólo en condiciones de hacinamiento, sino en las de subreproducción que no llega a configurarlo. Las mínimas condiciones de trato adecuado a la digni-

dad de la persona, es decir, en *jualas limpias e higiénicas y seguras*, es el presupuesto indispensable para un trato adecuado a la anterior reinterpretación de los términos de la CA.

Conforme a esto, se impone pensar que el problema carcelario regional requiere de un límite a la prisionización descontrolada, sin lo cual el dispositivo del numeral 6° del artículo 5° de la CA sólo queda en el plano de un *deber ser que es imposible convertir en ser*.

Considerando que, conforme a la jurisprudencia reiterada de la CorteIDH, los estados se hallan en posición de garante (*Garantenstellung*) respecto de los derechos de las personas privadas de libertad, el corolario que se impone es que ningún estado debería mantener privada de libertad a una persona cuando las condiciones carcelarias les impidan asumir esa posición y comportarse conforme a ella.

En consecuencia, la única solución sería al problema es que cada estado no mantenga en privación de libertad más que al número de personas cuya capacidad admitan los establecimientos carcelarios disponibles. Conforme al número de celdas se debe establecer el número máximo de presos. Se trata del llamado *sistema de cupos*, conforme al cual, los condenados o procesados que excedan el número de las celdas disponibles, deberían ser sometidos a controles domiciliarios o a penas o medidas alternativas a la privación de libertad, seleccionados entre los vinculados a hechos de escasa gravedad y sin violencia física o sexual.

Las alternativas a la privación de libertad no han funcionado reduciendo el número de presos, sino que no se han aplicado o, cuando se lo ha hecho, han servido para ampliar la red de control social punitivo, sin disminuir el número de presos. La única posibilidad de que operen efectivamente sobre el problema carcelario es acudir al llamado *sistema de cupos*.

Por supuesto que el *sistema de cupos* será criticado por los medios audiovisuales concentrados y los políticos inescrupulosos de la región, pero es el único que puede hacer realidad el principio de que todo estado se halla en posición de garante respecto de los derechos de sus presos.

De lo contrario, el aumento descontrolado de la población penal, en países de escasos o limitados recursos, convierte a las cárceles en campos de concentración en que, no sólo se violan todos los derechos de la persona privada de libertad (y en particular la vida misma), sino que, además, se convierten en productores de reincidencias más graves y, con ellas, se vulneran los Derechos Humanos de todos los habitantes, porque *todo estado tiene el deber de prevenir los delitos, no el de reproducirlos*.

E. Raúl Zaffaroni

Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires

Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

O Controle de Convencionalidade no Brasil

Discutindo o legado e a contribuição do Conselho Nacional de Justiça em matéria de fortalecimento de direitos e garantias no sistema penitenciário

LUÍS GERALDO SANT'ANA LANFREDI

Em primeiro lugar, quero agradecer o convite que recebi da Comissão Organizadora deste Seminário, oportunizando-me um “lugar de fala”, em um evento tão especial.

Realmente, promover-se este “Encontro” tem de simbólico o lugar onde se realiza.

Isto porque discutir “*direitos humanos*”, sob que perspectiva seja, dentro do Conselho Nacional de Justiça, traz uma mensagem brutal, na medida em que nos é dado perceber, sobretudo, que esse novel Órgão também tem entre seus objetivos “aperfeiçoar a atuação dos juízes brasileiros”, disseminando o exercício crítico de uma jurisdição efetivamente comprometida com os princípios explícitos e os desafios implícitos denotados da Constituição Federal de 1988.

Ainda muitos resistem e outros duvidam, mas já não temos como negar, que, a partir do Conselho Nacional de Justiça, políticas públicas para o Poder Judiciário podem ser pensadas, discutidas, construídas e difundidas, estimulando a qualificação de uma magistratura e de um Poder Judiciário que, sabemos todos, nunca se esforçaram para vencer a percepção que ainda predomina, no sentido de que se tratam de estruturas herméticas, opacas e bastante resistentes a toda e qualquer mudança.

Daí que vou tentar ocupar esse “lugar de fala” para discutir fatos e ideias, mas não como “um juiz que sou”.

É que fazê-lo sem essa preocupação já colocaria minha intervenção sob suspeita, desafiado que estaria sendo por um pertencimento ao *stablishment*.

Quero, na verdade, alcançar alguma isenção e partir de um exercício dialético (senão impossível, mas bastante difícil) “colocando-me à margem da posição que ocupo”, e fazê-lo para analisar um tema tão delicado sem pretender chegar a “lugares comuns” ou mesmo para admitir conclusões que todos já estamos cansados de saber.

Vou utilizar, portanto, “as lentes de alguém que procura ver o contexto de fora para dentro”, ainda que sendo parte do todo.

E quando me refiro a ser “parte do todo”, neste caso, é, simplesmente para poder admitir que sou co-responsável pela “ordem das coisas” que aí está.

Aqui, pois, a necessidade de um primeiro exercício de humildade: temos que vencer a cegueira que já não nos permite enxergar nós mesmos como atores, em condições de reverter um contexto colapsado e que nos faz insensíveis diante de retratos de realidade tão tormentosos.

Realmente, perdemos a capacidade de perceber que nossa jurisdição conspira a favor do in-

cremento da violação sistemática a direitos e garantias, e não nos permite vislumbrar que a solução mais adequada não depende de ações sofisticadas, senão do efetivo comprometimento com posturas e iniciativas que mais estejam ao nosso alcance.

Aliás, resistimos admitir que para tratar da “questão penitenciária” demandamos o domínio de “muitos saberes”.

O arcabouço jurídico, exclusivamente utilizado, evidente as limitações que enseja, é a forma menos aconselhável de se encaminhar, com algum protagonismo, as demandas que decorrem dos ambientes de confinamento, eis que não oferece as melhores respostas para as carências da pessoa humana que se coloca no centro e à espera de decisões que se esquecem de valorizar a dimensão social de seres humanos que (todos) somos.

Juízes não são dados a reconhecer os próprios erros.

São pouco infensos a críticas.

E pior do que isso: não estão dispostos a discutir os eventuais equívocos e consequências de seus atos.

Ignoram os juízes que todos “devemos satisfação dos próprios atos e atuamos em benefício da sociedade”, baliza do princípio republicado do Estado definido por nossa Constituição.

Esse é o bem comum que, utopicamente ou não, perseguimos.

Porém, e aqui está o ponto central no qual eu gostaria de ancorar a minha fala, que tratarei de deixar como “primeira interrogante”: “a que sociedade e em benefícios de quais cidadãos, nós, juízes, atuamos”? Quais são os limites para a atuação desses juízes e que consequências devem esses juízes experimentar quando atuam em flagrante atentado “ao primado da dignidade da pessoa humana e da supremacia dos direitos individuais”?

Tenho ciência de que essas não são questões fáceis que permitem respostas simples.

A jurisdição da Corte IDH, ainda pouco conhecida e, até mesmo, difundida no Brasil, recente que é a decisão do Estado brasileiro (de 1998), de se submeter aos efeitos dos pronunciamentos judiciais construídos e ditados desde São José da Costa Rica para toda a América, **pode e deve orientar para a construção das pontes em condições de nos emprestar uma visão para os fatos e para as coisas muito mais holística e universal.**

Juízes não podem ignorar o papel protagonista que exercem ao referendar um “cenário de caos” que todos deveriam evitar.

De fato, juízes são, em grande medida, ainda que não só eles, arquitetos da gravíssima “crise penitenciária” que atravessa todo o continente.

Reconhecer e admitir, publicamente, essa situação, já é um bom começo.

Sim, porque se trata de um “reconhecimento de culpa” como etapa necessária para, daqui por diante, tentarmos discutir, com alguma maturidade, propostas que possam levar à redução dos danos que a prisão provoca e, assim, reparar uma atuação que, por ora, não está focada na preservação do ser humano, enquanto pessoa.

O Poder Judiciário tem, portanto, a obrigação de **desafiar paradigmas conceituais e enfrentar as referências negativas de uma atuação oficial que ainda faz da utilização da “prisão”**

uma ferramenta dissociada de sua natureza excepcional e de suas finalidades e dimensões teleológicas absolutamente limitadas.

A realidade brasileira mostra-nos por si só o que se clama.

Dados do último censo penitenciário (de dezembro de 2014) registram que o Brasil apresenta a quarta maior população prisional do planeta: temos mais de 622 mil pessoas em situação de privação de liberdade.

Um escandaloso índice de encarceramento, superior a 300 presos por 100.000 habitantes, ou seja, o dobro da média mundial, decorre desse gigantismo prisional.

Saltou-se de 90.000 mil presos para pouco mais de 620.000 num intervalo de pouco mais de vinte e cinco anos.

E o mais grave: não há explicação que convença do acerto dessa opção de “política criminal e judiciária” que alcança uma população de jovens com até 29 anos (55,07%), entre os quais 61,7% é negra e 90,5% tiveram um acesso muito precário à educação.

O que se tem feito com as mulheres é ainda mais estarrecedor: hoje, o Brasil tem a quinta maior população de mulheres no mundo (cerca de 38.000). Pode não parecer muito, mais esse contingente é produto de um crescimento de 567% nos últimos 15 anos, notadamente potencializado pela última mudança que se operou junto à Lei de Drogas (em 2005).

Em geral, as mulheres submetidas ao cárcere são jovens, têm filhos, são as responsáveis pela provisão do sustento familiar, possuem baixa escolaridade e são oriundas de extratos sociais desfavorecidos economicamente.

Em torno de 68% dessas mulheres apresentam-se condenadas por tráfico de drogas, não dirigido por organizações criminosas. E na grande maioria dos casos, essas mesmas mulheres ocupam uma posição coadjuvante nessa espécie de crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio. Muitas delas, aliás, são usuárias, sendo poucas as que, efetivamente, exercem atividades de gerência do tráfico.

Outro dado é ainda mais impressionante: **40% desse contingente é de presos provisórios**. São pessoas sob “prisão preventiva”.

É dizer, quase 250.000 pessoas estão à espera de uma sentença e existem elementos que autorizam crer que uma boa parte delas (aproximadamente 37% delas, segundo levantamento recente do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas da Universidade de São Paulo – IPEA), poderia, de modo muito seguro e tranquilo, permanecer em liberdade, respondendo às acusações contra elas formalizadas.

Ocorre que, aproximadamente, 250.000 vagas é o déficit do sistema prisional brasileiro, cuja taxa de ocupação, hoje, tem no expressivo índice de 1,9 presos por vaga, a dimensão do colapso que enfrentamos.

Revogamos as leis da física, e o fazemos impunemente, com uma constatação ainda mais cruel: **o número de presos não cresceu na mesma proporção da disponibilização de novas vagas no sistema prisional, tornando esses espaços fechados ainda mais hostis e barbarizados por práticas que sofisticam a crueldade, a tortura e os maus tratos contra aqueles ali inseridos.**

Não logramos com essa “cultura”, de apostar na prisão como o “remédio para todos os males”, **reduzir a criminalidade ou construir uma sociedade mais justa e menos desigual**. E esse é o “dogma” da segurança pública, pouco compreendido.

Aliás, não colocamos sobre a mesa a constatação de que esse gigantismo prisional que aí está consome algo em torno de 1.8 bilhão de reais (aproximadamente 510 milhões de dólares), mensalmente, só considerando os custos de hotelaria e alimentação *intra muros*.

Não nos damos conta, pior do que isso, de que, assim agindo, amesquinhamos e não incentivamos investimentos nas insipientes políticas de desenvolvimento social.

E o cárcere vai seguindo, a bem da verdade, para uma única coisa: reforçar os mecanismos de reprodução de um ciclo pernicioso de violência que, como padrão, eleva a vulnerabilidade das pessoas, incentiva o crime, demanda a construção de novos presídios e produz mais reincidência, já que não se percebe que por detrás dessa lógica arregimenta-se exército para fortalecer a musculatura das facções criminosas.

O uso **abusivo e exagerado** e, mais que isso, **indevido e ilegal da prisão**, notadamente da prisão preventiva, mostrava para o Conselho Nacional de Justiça que alguma coisa anda mal.

O sistema de justiça criminal estava adoecido.

Estratégias de “task-force” empregadas desde o ano de 2008, entrelaçando diferentes atores do sistema de justiça, foram utilizadas como instrumento para libertar “condenados com tempo de prisão esgotado”.

Contudo, não refrearam o crescimento da população prisional.

Serviram, sim, para mostrar que a estrutura do Poder Judiciário brasileiro, realmente, não está preparada e, pior que isso, não é ou foi pensada, e tampouco está preocupada como atuação estratégica, para **garantir os direitos daqueles que já “estão dentro no sistema prisional”**, soe isso o mais paradoxal quanto possa parecer.

O Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Ricardo Lewandowski, deu conta desse drama, logo no início de sua gestão.

Diagnosticou, precisamente, a existência desse *mal*, a que epitetou cultura do encarceramento. Quis, na verdade e com isso, enviar uma mensagem a todos os juízes e juízas brasileiros, e que consistia no equívoco da crença de que “**pela prisão podemos resolver todos os problemas sociais**”, pois essa é, ainda, uma máxima que domina a todos, tornando-os ainda mais *cegos* diante de uma realidade que nunca melhora e só se deteriora.

Daí que não vejo outro sentido para esse contexto, senão admitir que a atuação do Poder Judiciário, nesse plano, deve “impedir o massacre travestido de uma atuação legitimada pela lei”.

Realmente, já não parece possível tolerar que a magistratura atue preocupada em apenas canalizar, oficialmente, um modelo próprio e formal de civilizar a “vingança” que está por detrás da pena criminal, sem se comprometer com a pessoa que experimenta a sanção.

Com essas premissas, desejo partir daqui, para explicar o que se passou nos últimos dois anos, perante o Conselho Nacional de Justiça!

E o faço para registrar a decisiva contribuição desta gestão do CNJ, capitaneada pelo Ministro

Ricardo Lewandowski, enquanto artífice, por colocar um “primeiro tijolo” destinado à construção de novos paradigmas, a balizar a orientação do Poder Judiciário.

Tinha-se que pensar em algo diferente.

Havia-se que ousar.

Mas ao mesmo tempo apostar em alguma coisa simples.

Eis que resgatar o “controle da porta de entrada do sistema prisional” era um bom começo, até porque, para ele, o Poder Judiciário brasileiro nunca antes se voltara.

De fato, esta gestão do Conselho Nacional de Justiça percebeu que a forma como o juiz analisava e convalidava a prisão que decorria da atuação do aparato de segurança pública do Estado tinha que mudar.

Aqui estava a diferença, que deveria aparecer!

Mas como fazê-lo e justificá-la?

O “turning point” desse contexto é fevereiro do ano de 2015.

Decidido a interferir nessa realidade, o Conselho Nacional de Justiça reconheceu o que há 23 anos, e desde 1992, já poderia ter sido utilizado como instrumento para mudar um referencial de atuação de todo insuficiente e ultrapassado.

Refiro-me ao ano em que houve a internalização da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José) no ordenamento jurídico brasileiro.

O fato a ser enfrentado é que juízes brasileiros têm o mau costume de tratar os papéis apresentados pelas autoridades de segurança pública (polícia civil e militar) como elementos mais importantes que as pessoas neles indicadas.

Tinha-se que romper, portanto, com essa atuação tecnocrata, tanto mais quando, pós 1988, nenhuma prisão se realiza, senão depois, e exclusivamente depois, de uma ordem escrita e fundamentada de um juiz.

Ocorre que a lei processual penal brasileira não obriga seja o preso levado à presença do juiz. Só exige que os papéis tramitem. O formalismo, aqui, portanto, é considerado mais importante e mais valioso que o contexto social subjacente ao episódio delituoso e que, muitas vezes, foi definido na dimensão das peculiaridades de uma dada realidade social.

O expediente que nasce na polícia judiciária passa pelo Ministério Público, nele atua um Advogado ou um Defensor Público, e chega à mesa de um juiz. O juiz lê o que está escrito no papel e foi produzido no âmbito de uma “delegacia de polícia”. E então: decide! A fundamentação que o juiz utiliza, via de regra, remete ao que o Delegado de Polícia já tinha utilizado para justificar a manutenção da prisão desse flagranteado.

E algo para pasmar a todos: um juiz, em território brasileiro, manda prender sem ver quem prende. Determina restrições, as mais invasivas contra essa pessoa, sem ouvir o que essa pessoa tem para falar, sem ter contato com esse ser humano. E note-se: do ponto de vista da legalidade formal está tudo plenamente justificado.

Esse modo asséptico “de prender e não se comprometer com os efeitos e consequências da prisão” de uma pessoa desnuda um comportamento judicial puramente formal com a realidade

fenomênica, desnudando a atuação de uma magistratura elevadamente elitista.

Realmente, juízes que agem à raiz de um “standard” tão superficial, não alcançam o detalhamento acerca da necessidade ou não de, realmente, investir-se no instrumento prisão como *ultima ratio*, pois não se dão conta de que existe uma pessoa no centro de suas decisões, de que existe alguém com uma história de vida que interage e participa de um determinado contexto familiar e social.

Juízes que tais não conseguem mensurar, portanto, que a prisão nem sempre é a medida mais razoável e proporcional para fazer frente a um determinado fato ilícito. Esses juízes não têm nem mesmo a preocupação em saber se a prisão em si mesma foi realizada com moderação, se houve excessos e ofensa à integridade da pessoa detida.

A propósito, outra inquietação: de qual legalidade estamos falando? Ou que legalidade desejamos defender?

Muitos ainda acreditam que o Código de Processo Penal tem que ser modificado para que uma essa forma de atuação de juízes seja autorizada e esteja legitimada. E assim, desde 2011, aguardamos o parlamento brasileiro pronunciar-se sobre essa revolucionária sistemática.

O que aparece como mais significativo de tudo isso, no entanto, é que Conselho Nacional de Justiça disseminou, como consequência natural do regular exercício do controle de convencionalidade, que o Pacto de São José da Costa Rica, **ao exigir que toda pessoa detida ou, simplesmente, retida seja levada, sem demora, à presença de um juiz**, alterou a vetusta lei de procedimentos brasileira (que é dos anos 40) e ninguém se apercebera disso.

Fomentou o Conselho Nacional de Justiça, pois, a necessidade de que todos os juízes passassem a atuar conforme essa formalidade.

Incentivar juízes para o exercício do controle de convencionalidade, fazendo-os acreditar que as Convenções e Tratados Internacionais, notadamente os que discutem direitos humanos, são regras cogentes e não um apanhado retórico de palavras sem aplicação prática, foi uma estratégia coerente com a dimensão e importância que, hoje, atribui-se ao Conselho Nacional de Justiça, como Órgão que integra o Poder Judiciário brasileiro e se ocupa de seu melhor e mais adequado funcionamento.

Resistências muito fortes (ainda) levantam-se dentro da própria “corporação” dos juízes.

Entidade de classe apresentou perante a Suprema Corte brasileira contestação formal, atacando a constitucionalidade da atuação do Conselho Nacional de Justiça.

Por duas vezes, contudo, a Suprema Corte não só reconheceu a validade da iniciativa, como tornaram obrigatórias as “audiências de custódia”, em todo país.

Estabeleceu-se, enfim, um novo pressuposto de validade para as decisões de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Em outras palavras, “prisão preventiva decorrente de prisão em flagrante somente é válida depois da realização de uma “audiência de custódia”.

Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, um desses casos, a Suprema Corte brasileira, a exemplo do que fez o Tribunal Constitucional da Colômbia, foi mais além e admitiu que a “situação carcerária” no país justificava reconhecer que, em matéria penitenciária, no Brasil, vivia-se um “**estado de coisas inconstitucional**”, lastimável as condições em

que se encontravam os presídios superlotados em todo o território nacional.

Superando todos os obstáculos possíveis e imagináveis, certo é que a transformadora **inovação** vai se implementando e ganhando espaço em um país de dimensões continentais. Hoje, no Brasil, já se fazem “audiências de custódia”, em todas as capitais dos 26 Estados que compõe a Federação brasileira, mais o Distrito Federal.

Essa experiência atravessa um país repleto de particularidades e contemplado por situações geográficas díspares. Um Brasil que se notabiliza por sua diversidade cultural. Esse desafio haverá de alcançar os mais de 5.000 juizes com competência criminal no país, juizes, muitos dos quais, infelizmente, que ainda esperam ser convencidos de que as “audiências de custódia” são realidade viva e presente.

Como apenas iniciou-se um processo, a imagem que se deve ter é que esse movimento sinaliza, tão somente, a superação de uma das etapas de um longo e acidentado caminho (caminho, porém, que conduz à descoberta e à percepção de que é possível **realizar um melhor controle e ao mesmo tempo estabelecer um filtro mais apurado para calibrar a legalidade das prisões, de modo geral**).

Mas este é só um fato e uma forma de reação a esse fato.

Reação a um fato que mostra como a utilização dos instrumentos que advém de Tratados e Convenções internacionais, em matéria de Direitos Humanos, estão muito mais próximos da realidade do que se pensa e permitem aspirar mudanças de paradigmas efetivas, desenhando esperança e a perspectiva de um cenário muito mais favorável para a defesa da efetividade de direitos e garantias individuais.

E o que de especial surge de tudo isso?

A constatação de que para impor “mudanças a uma realidade”, deve, sim, o Poder Judiciário, utilizando-se de todos os instrumentos de que tenha à mão, agir, pois atua contra-majoritariamente e só se legitima enquanto realiza os ideais e escopos de uma justiça substancial.

Pelo menos no Brasil, o Poder Judiciário está testando novos modelos para minimizar as imperfeições e danos que resultam de um modo assimétrico e histórico de atuar, e que se consubstancia, no particular do que se está tratando, pela decretação de prisões sem resultados práticos sensíveis, já que saída disfuncional e inadequada para se fortalecer a segurança da sociedade.

Que a vergonha que hoje ainda nos contagia timidamente, ao admitir-se que o Poder Judiciário conspira em detrimento de direitos fundamentais e que, certamente, apenas serão melhor percebidas pelas futuras gerações, faça-nos acreditar que “ainda há tempo” para mudanças.

Inclusive, levem-nos a compreender que “a prisão não é, nunca foi ou mesmo será” uma resposta adequada para censurar comportamentos etiquetados. Prisão sempre provoca de dano e estigmatização.

Muito provavelmente nossas futuras gerações irão admitir que a “prisão” é um caminho para o nada, pois para além de destroçar a “figura humana”, não recompõe o desequilíbrio que advém da prática do crime. Tampouco pacifica o convívio social, para não dizer de algo ainda mais negativo: a prisão patrocina mais desigualdade e opera para acentuar as diferenças entre seres humanos.

Desejo, sinceramente, como um otimista que sou, seja esse desejo muito mais que um sonho!

O controle de convencionalidade no Brasil: povos tradicionais

ELA WIECKO V. DE CASTILHO

Introdução

Este artigo tem como objeto discutir o controle de convencionalidade de leis e de atos administrativos no Brasil aplicados aos povos tradicionais, considerando o sistema interamericano de direitos humanos. Após aclarar os conceitos utilizados de controle de convencionalidade e de povos tradicionais, apresentarei o resultado de uma pesquisa exploratória de jurisprudência no Supremo Tribunal Federal que permitiu concluir o quão incipiente e insuficiente é o controle de convencionalidade nesse tema. Os poucos casos identificados estão relacionados a direitos indígenas e de quilombolas e à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

O conceito de controle de convencionalidade

O conceito de controle de convencionalidade utilizado neste artigo é o desenvolvido e sistematizado pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2016) para denominar o procedimento pelo qual se verifica a conformidade das normas e das práticas nacionais com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, Pacto de São José da Costa Rica). Nesta tarefa, o Poder Judiciário dos Estados Partes deve ter em conta não somente a Convenção, mas também a interpretação que a Corte Interamericana realizou, pois esta é a intérprete última da Convenção Americana. Isso garante a efetividade dos direitos humanos em âmbito interno¹.

Segundo Eduardo Ferrer, vice-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em afirmação realizada em 7 de junho de 2016 durante sua apresentação no evento “O Direito Internacional dos Direitos Humanos em Face dos Poderes Judiciais Nacionais”, apesar da figura do controle de convencionalidade ter se consolidado nos cenários nacionais a partir das Cortes Supremas, é necessário que se amplie a sua extensão a todos órgãos que integram a estrutura do Estado, não se limitando ao Poder Judiciário².

Assim, todos os órgãos do Estado devem implantar o controle de convencionalidade das nor-

1 No caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, a CIDH afirmou que os juízes estão obrigados a exercer *ex officio* o controle de convencionalidade entre normas internas e normas da Convenção Americana, levando-se em conta as disposições dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como a interpretação conferida pela Corte Interamericana (CIDH, 2010).

2 <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82548-control-de-convencionalidade-deve-ser-do-estado-diz-vice-da-corte-idh> acesso em 8 de junho de 2016.

mas internas que aplicam aos casos concretos para assegurar uma interpretação conforme à Convenção Americana de Direitos Humanos e aos demais tratados internacionais.

André de Carvalho Ramos (2009, p. 245) conclui que “além do controle de constitucionalidade – análise da compatibilidade vertical entre as normas internas e a Constituição – é imperioso o controle de convencionalidade de Direitos Humanos: a análise da compatibilidade das normas internas às normas de tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil”.

Na mesma linha, Konstantin Gerber afirma que “as interpretações judiciais e administrativas, bem como as garantias judiciais, devem ser aplicadas em adequação aos princípios da Convenção Americana e a seus princípios de interpretação, como o *pro homine ou favor persona* (artigo 29, CADH). Trata-se da possibilidade de se aplicar preferencialmente os direitos contidos no direito convencional como parâmetro mínimo, obrigação derivada do artigo 1º da CADH, bem como de adequar a interpretação do direito interno a uma interpretação conforme, para efeito do art. 2º da CADH” (GERBER, 2016, p. 1-2).

Avalia que o controle de convencionalidade nesse sentido não tem sido exercido no Brasil. O que os tribunais brasileiros, inclusive o Supremo Tribunal Federal, fazem é, quando muito, apenas a citação do texto da Convenção Americana ou de tratado internacional. André de Carvalho Ramos já em 2009 (p. 245) concitava o Supremo Tribunal Federal a utilizar “a interpretação realizada pelos intérpretes finais destas normas de tratados de Direitos Humanos que são os órgãos internacionais de Direitos Humanos” instituídos pelos tratados.

Atualmente, o panorama mudou. De acordo com Antonio Moreira Maués (2013, p. 222) “a jurisprudência do STF começa a utilizar de maneira mais constante os tratados de direitos humanos para interpretar não apenas a legislação infraconstitucional, mas a própria Constituição”. Isso porque “[o]s institutos da prisão civil do depositário infiel, da presunção de inocência, da razoável duração do processo, do contraditório e da ampla defesa, e das liberdades de imprensa e exercício profissional, (...) foram interpretados de maneira a torná-los compatíveis com a CADH, ensejando o reconhecimento de novos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro” (id, p. 228).

O conceito de povos tradicionais

De acordo com o Decreto n 6.040, de 7/2/07, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, povos e comunidades tradicionais são “grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição” (art. 3º, I).

A Lei n. 13.123, de 20/5/15³ veio depois de quase uma década confirmar o conceito de comu-

3 Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada

nidade tradicional como “grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição” (art. 2º, IV).

O Decreto n. 8.750, de 9/5/16, que institui o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais, reconhece como tais os povos indígenas, comunidades quilombolas, povos e comunidades de terreiro/povos e comunidades de matriz africana, povos ciganos, pescadores artesanais, extrativistas, extrativistas costeiros e marinhos, caiçaras, faxinalenses, benzedeiros, ilhéus, raizeiros, geraizeiros, caatingueiros, vazanteiros, veredeiros, apanhadores de flores sempre vivas, pantaneiros, morroquianos, povo pomerano, catadores de mangaba, quebradeiras de coco babaçu, retireiros do Araguaia, comunidades de fundos e fechos de pasto, ribeirinhos, cipozeiros, andirobeiros e caboclos, que totalizam 28 segmentos (art. 4, §2).

Essa lista não pode ser considerada exaustiva porque a autodefinição coletiva se encontra “num processo de construção do próprio “tradicional”, notadamente a partir de situações críticas de tensão social e conflitos” (ALMEIDA, 2007, p. 11).

Desses povos e comunidades, indígenas e quilombolas receberam reconhecimento explícito de seus direitos coletivos no texto constitucional (art. 231 da CRFB 1988 e art. 68 do ADCT).

A princípio, pode-se afirmar que o conceito legal de comunidade tradicional abarca o de “povo tribal” previsto no art. 1º, 1, a, da Convenção n. 169 da OIT⁴ bem como o de “povo indígena”⁵. Para os efeitos dessa lei, comunidade tradicional é o gênero de que é espécie “povo indígena” e qualquer outro grupo étnico que se autoidentifique com o modo de vida chamado “tradicional”. A todos eles aplica-se a Convenção n. 169 da OIT⁶.

pelo Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências.

4 A Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 143, de 20/6/02 e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 5.051, de 19/4/04.

5 Essa discussão já se colocou para as comunidades quilombolas no Brasil e na Colômbia. A Corte Constitucional colombiana tem reconhecido os povos afro-colombianos como povos tribais para efeitos da aplicação da Convenção 169 da OIT:

“(…) Está claro, que los pueblos que han venido ocupando las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico tienen derecho a la delimitación de su territorio, y que esta comporta el derecho de las comunidades negras a utilizar, conservar y administrar sus recursos naturales, no sólo porque las previsiones del Convenio 169 de la OIT, a las que se ha hecho referencia, así lo indican, sino porque el artículo 55 Transitorio de la Carta reconoce en estos pueblos, de antemano, la conciencia de identidad tribal, criterio fundamental, aunque no único, para que opere dicho reconocimiento, en los términos del artículo 1º del instrumento internacional” (Sentença T-955 de 2003).

No Brasil é possível mencionar, por exemplo, a decisão do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, com o Recurso Extraordinário de n. 888.145 para o Supremo Tribunal Federal com seguimento negado, com a ementa do julgado transcrita na última parte deste artigo.

6 A Corte Interamericana de Derechos Humanos reconheceu a aplicabilidade da Convenção n. 169 da OIT ao povo Samaraka, do Suriname, nos seguintes termos: *“La Corte no encuentra una razón para apartarse de esta jurisprudencia en el presente caso. Por ello, este Tribunal declara que se debe considerar a los miembros del pueblo Saramaka como una comunidad tribal y que la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales*

O controle de convencionalidade relativo aos direitos humanos dos povos tradicionais no Supremo Tribunal Federal

No intuito de verificar como tem sido feito o controle de conformidade de normas e atos administrativos incidentes nas comunidades tradicionais **indígenas** e **quilombolas** frente à Convenção Americana de Direitos Humanos realizei pesquisa, sem limitação de data, no sítio eletrônico⁷ do Supremo Tribunal Federal, órgão encarregado do controle da constitucionalidade de tratado ou lei federal (art. 101, III, b, da CRFB)⁸.

Utilizando a expressão de busca “(indígena\$ ou quilombola\$)”, para identificar quantos julgados do STF tratam das temáticas referentes a essas comunidades tradicionais, foram encontrados 192 acórdãos, 695 decisões monocráticas e 64 decisões da presidência. Especificando a expressão de busca para “(indígena\$ ou quilombola\$) e convenção”, com o objetivo de identificar quantos julgados relacionados aos indígenas ou aos quilombolas que mencionaram a Convenção Americana de Direitos Humanos e/ou a Convenção 169 da OIT, foram encontrados apenas 5 acórdãos, 12 decisões monocráticas e quatro decisões da presidência.

A associação entre as duas convenções levou em conta observação de Christian Courtis (2009, p. 57), segundo o qual, não obstante a Convenção 169 não ser um tratado regional, os órgãos do sistema interamericano de direitos humanos têm utilizado essa Convenção “como norma interpretativa, destinada a especificar as obrigações dos Estados estabelecidas por outras normas internacionais (como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem) quanto à sua aplicação aos povos e comunidades indígenas ou a seus membros”.

Efetivamente, a minha pesquisa revelou que, no tocante aos povos tradicionais indígenas, a Convenção Americana só é invocada em associação com a Convenção 169 da OIT. Já em relação aos povos tradicionais quilombolas, as decisões invocam apenas a Convenção 169 da OIT.

Examinadas as listas, excluídas as repetições e os casos que são capturados na busca em razão dos termos individualmente considerados, mas que tratam de assuntos sem interesse para a presente análise, identifiquei 5 acórdãos, 7 decisões monocráticas e duas decisões da presidência. Considerei haver controle de convencionalidade na simples menção à CADH e à Convenção 169 da OIT, seja porque as partes as invocaram seja porque o próprio STF fez menção a elas.

Tal como verificado por Christian Courtis (2009, p. 56) a Convenção 169 tem sido utilizada pelas comunidades indígenas, por órgãos públicos e por organizações da sociedade civil em litígios judiciais no plano interno. A maior parte versa sobre conflitos relativos à terra e aos territórios indígenas,

conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo” (Caso Saramaka vs. Suriname, 28/11/07).

7 Trata-se de uma base de pesquisa de jurisprudência de acesso público e imediato. Entretanto, no que diz respeito a decisões monocráticas e da presidência, a base de dados disponível para consulta está limitada à seleção feita pelo Tribunal.

8 Sítio do Supremo Tribunal Federal: www.stf.jus.br.

à exploração das riquezas naturais neles situadas e, entre eles, vários se referem à consulta e à participação da comunidade em decisões relativas a esses temas; outra parte versa sobre relações entre direito penal estatal e direito penal consuetudinário. Finalmente, em menor percentagem, sobre o direito à educação e à saúde dos membros das comunidades indígenas, o respeito de sua autonomia política e sua forma de escolher autoridades, o respeito de sua identidade cultural e símbolos culturais, e a configuração dos órgãos estatais responsáveis por executar as obrigações que a Constituição e a Convenção 169 fixam em matéria de povos e comunidades indígenas (COURTIS, 2009, p.60).

É possível também afirmar que à semelhança dos tribunais da América Latina há “uma grande riqueza das possibilidades de invocação da Convenção 169, que não se esgotam em absoluto no litígio de caráter constitucional”, isto é, aquele apresentado perante uma corte constitucional (COURTIS, 2009, p. 59).

A seguir apresento os resultados da análise do conjunto de acórdãos e de decisões monocráticas emanados do Supremo Tribunal Federal que revelam o grau de controle de convencionalidade exercido por aquela Corte relativamente aos direitos dos povos e comunidades tradicionais. A análise buscou identificar 5 aspectos: (i) se alguma das partes utilizou em algum momento a CADH ou a Convenção 169 como fundamento jurídico⁹; (ii) se a decisão objeto de exame mencionou esse fundamento jurídico; (iii) se a decisão levou em consideração esse fundamento jurídico e realizou uma interpretação em face daquelas Convenções; (iv) se a decisão fez menção a precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos; (v) se a decisão inviabiliza a análise posterior sobre o tema de fundo.

Os acórdãos são 5, três em matéria cível e dois em matéria criminal:

1. Petição 3.388-4-RR, Rel. Min. Ayres Britto, julgada em 19/3/2009;
2. Embargos de Declaração na Pet. 3.388-RR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 23/10/2013;
3. Ag.Rg na ACO 1.191-2, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 01/07/2009.
4. HC 85.198-3-MA, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 17/11/2005;
5. Embargos de Declaração no Inquérito 3.862-DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 18/11/2014.

Os dois primeiros dizem respeito à demarcação das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol.

No acórdão 1, a questão de fundo consistia em saber se o ato de homologação da terra indígena nos termos estabelecidos era constitucional. Algumas partes invocaram dispositivos da Convenção 169 e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Pelo menos três ministros (Menezes Direito, Gilmar Mendes e Marco Aurélio) fizeram menção em seus votos escritos às Convenções e interpretaram a Constituição e as leis tendo-as em vista. Nas palavras do Ministro Menezes Direito:

[...] estando a terra indígena em faixa de fronteira, o que se dá no caso ora em exame, o usufruto

9 Esta avaliação fica bastante prejudicada pelo simples exame das decisões, porque o relatório pode omitir a informação se não for levá-la em conta no julgamento.

dos índios sobre a terra estará sujeito a restrições sempre que o interesse público de defesa nacional esteja em jogo. A instalação de bases militares e demais intervenções militares a critério dos órgãos competentes, ao contrário do que parece se extrair da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas e da Convenção n. 169 da OIT, será implementada independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI. O mesmo deverá ocorrer quando o interesse da defesa nacional coincidir com a expansão da malha viária ou das alternativas energéticas e o resguardo de riquezas estratégicas, conforme manifestação favorável do Conselho de Defesa Nacional.

O Min. Menezes Direito mencionou a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Awás Tingni*, que aplicou sanções à Nicarágua, por entender que houve violação do direito de propriedade dos indígenas sobre suas terras, bem como ao seu bem estar e integridade cultural. Entretanto, o próprio Ministro fez uma ressalva que demonstra a dificuldade em se aceitar a jurisprudência da Corte Interamericana pela Corte Constitucional brasileira ao afirmar:

[...] Por isso, é essencial que esta Suprema Corte do Brasil deixe claro que a contribuição da Declaração dos Povos Indígenas para o reconhecimento e fortalecimento dos povos que foram alcançados pelo processo de conquistas e colonização do Novo Mundo não pode negar vigência às normas de hierarquia constitucional e de topografia pétrea, como a unidade nacional, a indissolubilidade e o princípio federativo.

O Min. Marco Aurélio, por sua vez, utilizou-se do precedente relativo ao Caso Ianomami, decidido em 1985 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A questão de fundo foi decidida, mas, consoante argumentação em embargos de declaração interpostos pela Procuradoria-Geral da República, em desacordo com dispositivos da Convenção 169.

No acórdão 2, relativo aos embargos, verifica-se que a Procuradoria-Geral da República argumentou ter o primeiro acórdão contrariado a Convenção 169, especialmente no que diz respeito à dispensa de consulta dos indígenas para instalação de unidades militares e de atuação militar na área indígena e à sobreposição de unidade de preservação com a Terra Indígena. A decisão, contudo, após reconhecer que a Convenção 169 integra o direito brasileiro, interpretou-a, afirmando que:

67. [...] [o] direito de participação não é absoluto – como, de resto, nenhum outro. Sendo assim, certos interesses também protegidos pela Constituição podem excepcionar ou limitar, sob certas condições, o procedimento de consulta prévia. A *defesa nacional* é um exemplo acadêmico do que se acaba de dizer. Se questões estratégicas justificam até a aplicação de sigilo a informações de interesse público (CF/88, art. 5º, XXXIII), é natural que possam prescindir de prévia comunicação a quem quer que seja – aqui incluídas as comunidades indígenas.

[...]

69. Dessa forma, o acórdão não infirma os termos da Convenção n. 169/OIT, mas apenas destaca que, em linha de princípio, o direito de prévia consulta deve ceder diante de questões estratégicas

relacionadas à defesa nacional. [...] Caberá às autoridades competentes e, conforme o caso, ao Poder Judiciário, fazer valer as disposições da Convenção, ponderando os interesses em jogo à luz do princípio da razoabilidade-proporcionalidade.

70. Por fim, conforme observado pelo Ministro Gilmar Mendes, a relevância da consulta às comunidades indígenas “*não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades indígenas como requisito de validade*” (fl. 799). Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios.

71. A mesma lógica se aplica em matéria ambiental, que também mereceu proteção diferenciada por parte do constituinte. Por isso mesmo, e com a devida vênia em relação à posição da embargante (fl. 16.165), não há um problema *a priori* no fato de que “*as tradições e costumes indígenas*” sejam considerados como “*apenas mais um fator, a ser sopesado pela autoridade ambiental*”. Em verdade, essa é uma circunstância inerente à unidade do sistema constitucional, que promove a tutela de um conjunto variado de interesses e direitos que, em diversas situações, podem entrar em rota de colisão. Ao não instituir uma hierarquia rígida ou estática entre tais elementos, a Constituição impõe a necessidade de que a concordância entre eles seja produzida em cada contexto específico, à luz de suas peculiaridades.

Assim, várias questões de aplicação da Convenção 169 ficaram decididas para o caso concreto da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Sem prejuízo disso, a ementa observa que “o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que se cogite da superação de suas razões”.

O acórdão 3, referente à criação de carreira específica do magistério indígena, tem como fundamento na razão dos agravados a Convenção 169. Entretanto, este documento normativo é mencionado apenas no relatório.

Os dois acórdãos em matéria criminal também fizeram interpretações da Convenção 169.

No acórdão 4, HC n. 85.198-3-MA, julgado em 17/11/2005, uma das partes, a Procuradoria-Geral da República, invocou como fundamento jurídico os arts. 1º, a e b¹⁰ e 2º da Convenção 169¹¹.

10 Art. 1º

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

11 Art. 2º

Essa ação deverá incluir medidas:

a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;

Tratava-se de um índio condenado pelos crimes de tráfico de entorpecentes, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo. A questão era saber se é necessário exame antropológico para avaliar a responsabilidade penal de um indígena.

O acórdão mencionou o fundamento jurídico no relatório do caso, mas não fez qualquer referência explícita a ele para resolver a questão. O exame foi considerado dispensável para aferir o grau de integração do índio, com fundamento na “avaliação do grau de escolaridade, da fluência na língua portuguesa e o nível de liderança exercida na quadrilha”. O tema de integração do índio na sociedade, presente na Lei n. 6.001/1973, significativo no paradigma assimilacionista da Convenção 107 da OIT, colide com o paradigma da diversidade adotado pela Convenção 169¹². O exame antropológico nesse paradigma não deve servir para avaliar grau de integração mas para revelar aspectos socioculturais que devem ser levados em conta na análise da responsabilidade penal de um indígena. Sua identidade étnica não é afastada por si só pelo grau de integração com a sociedade dominante. Portanto, implicitamente a Convenção 169 foi desconsiderada nesse aspecto acima. No entanto, foi considerada no ponto em que o acórdão reconheceu que “[a] s penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado” (art. 56 da Lei n. 6.001/1973). Aqui não importou o grau de integração, mas a autodefinição do condenado como Guajajara.

No acórdão 5, Embargos de Declaração no Inquérito 3.862, julgado em 18/11/2014, uma das partes invocou os arts. 3º¹³ e 5º¹⁴ da Convenção 169 visando o reconhecimento de que organizações indígenas podem propor queixa por crimes de racismo e incitação à violência e ódio contra os povos indígenas.

b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;

c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

12 A Convenção n. 107 “tinha um enfoque integracionista e assimilacionista. Visava dar proteção, mas partia do pressuposto de que o problema das populações indígenas e tribais desapareceria à medida que estas populações fossem se integrando nas sociedades em que viviam”. A Convenção n. 109 “promove o respeito às culturas, às formas de vida, às tradições e ao direito consuetudinário dos povos indígenas e tribais, Supõe que estes povos continuarão existindo como parte de suas sociedades nacionais, mantendo sua própria identidade, suas próprias estruturas e tradições” (TOMEI E SEWPSTON, 1999, p. 21-22).

13 Art. 3º

1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos.

2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente Convenção.

14 Art. 5º

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção: a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;

b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;

c) deverão ser adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho.

Não tendo sido proposta ação penal pelo Ministério Público em face de dois Deputados Federais, o Conselho Aty Guassu Guarani Kaiowa e Conselho do Povo Terena apresentaram queixa-crime subsidiária¹⁵, imputando-lhes a prática de crime de racismo bem como de incitação à violência e ódio contra os povos indígenas.

O acórdão não reconheceu a legitimidade ativa dos dois Conselhos porque a ação penal privada só pode ser proposta pelo ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo, não havendo nos autos documento que formalizasse a representação dos ofendidos. Consignou ainda que, “ainda que se cogitasse de legitimidade extraordinária em razão de lesão transindividual à honra da comunidade indígenas, seria competente a FUNAI para propor a ação”.

A aplicação da Convenção 169 foi afastada sob o argumento de que nos seus arts. 3º e 5º não há menção à legitimidade da organização indígenas para propor a queixa-crime. É um entendimento que espero seja revisto, pois o ofendido, em casos como o relatado, não é uma pessoa física, mas a coletividade. Por sua vez, os Conselhos organizados pelas comunidades indígenas devem ser reconhecidos como prática social de representatividade, própria dos povos Guarani Kaiowa e Terena. Exigir “documento que formalize a representação dos ofendidos, com poderes específicos, para a propositura da ação penal”, implica negar validade aos costumes indígenas e submeter os povos indígenas às formas jurídicas do monismo jurídico estatal. O art. 100, §2º do Código Penal brasileiro¹⁶ deve, portanto, ser interpretado em consonância com o art. 232 da Constituição Federal¹⁷ e com o art. 5º, b da Convenção 169.

Vejam agora as duas decisões da presidência do STF:

6. RCL 14.404-MC, Min. Presidente Ayres Britto, julgada em 27/8/2012;
7. RCL 17.133-MC, Min. Presidente Joaquim Barbosa, julgada em 30/1/2014.

São duas Reclamações que visam a suspensão dos efeitos de acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) enquanto não houver o trânsito em julgado deles, tendo em vista suspensões de liminares anteriormente deferidas pela presidência do STF.

Na primeira, RCL 14.404-MC, verifica-se que na propositura da ação a parte arguiu como fundamento jurídico da ação violação aos arts. 3º, 1, 4º, 1 e 2, 6º, 1, a, b, c e 2, 7º, 1, 2 e 4, 13, 1, 14, 1, 15, 1 e 2 da Convenção 169¹⁸.

15 A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal” (art. 100, §3º do Código Penal brasileiro).

16 “A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo”.

17 “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

18 Art. 3º, ver NR 13

Art. 4º

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.

2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.

Em síntese, a ação discute a validade da autorização do Congresso Nacional no Decreto Legislativo n. 788/2005 bem como o processo de licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Pará. O TRF1 julgou, em grau de apelação, procedente o pedido e proibiu o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) de praticar “qualquer ato de licenciamento da UHE Belo Monte”.

Art. 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Art. 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

[...]

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.

Art. 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

Art. 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

Art. 15

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

Na segunda, RCL 17.133-MC, a ação pede a nulidade do processo de licenciamento ambiental da Pequena Central Hidrelétrica (PCH) Jesuíta, no rio Juruena, em Mato Grosso, por falta de autorização específica do Congresso Nacional e de consulta prévia aos povos atingidos pelo referido empreendimento. Foi arguida como fundamento jurídico da ação violação aos arts. 6º, 7º, 14 e 15¹⁹. O TRF1, em grau de apelação, julgou procedente a ação, declarando a nulidade do licenciamento ambiental realizado por órgão estadual do meio ambiente.

Nos dois processos foi discutida a aplicação da Convenção 169, e isso constou do relatório das decisões nas Reclamações. Todavia, a presidência do STF não reviu as suspensões liminares anteriormente deferidas, quando a instrução processual estava em curso, preferindo suspender os efeitos das apelações. Com isso, as questões de fundo, vinculadas à interpretação da Convenção 169, não foram ainda definitivamente decididas do ponto de vista jurídico. No entanto, as situações fáticas, em tese violadoras da Convenção, se consumaram.

Vejam, por fim, as 7 decisões monocráticas²⁰ coletadas na pesquisa junto ao STF, em que se identificou referência à CADH e/ou à Convenção 169:

8. MS 28.675/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 19/4/2010;
9. MS 32.262 MC/DF Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 20/8/2013;
10. RE 888.145/RS Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 28/7/2015;
11. MS 33.882 MC/ DF Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 9/12/2015;
12. ACO 2.856/MS Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 5/4/2016
13. MS 33.882/DF Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 20/5/2016;
14. RE 930.665/RN Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 27/5/2016.

Na decisão 8 a questão de fundo diz respeito a saber se é constitucional o Decreto presidencial que declarou de interesse social, para fins de desapropriação para titulação de área ocupada por remanescentes de quilombo, imóvel localizado em Salto de Pirapora, estado de São Paulo (Quilombo do Cafundó).

Na decisão 9 trata-se de saber se é possível suspender o trâmite da Proposta de Emenda Constitucional n. 215, de 2000, que altera o procedimento de demarcação de terras indígenas.

Na decisão 10 a questão de fundo reporta-se à ação proposta em primeiro grau sobre a constitucionalidade do Decreto n. 4.887, de 20/11/2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos que trata o artigo 68 do Ato das Disposições Transitórias da CRFB 1988²¹.

19 Ver NR anterior.

20 As decisões monocráticas podem ser revistas por meio de Agravo Regimental. Na data da pesquisa as decisões listadas não haviam sido reformadas.

21 Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Na decisão 11 o que se pretende discutir com a ação é se é constitucional a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a atuação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) na demarcação de terras indígenas e de remanescentes de quilombos, alegadamente ampla e irrestrita, sem limitação.

Na decisão 12 o tema de mérito é o direito dos indígenas chamados para depor na Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada pela Assembleia Legislativa do Mato Grosso do Sul, denominada CPI da Ação/Omissão do Estado do Mato Grosso do Sul nos Casos de Violência Praticados contra os Povos Indígenas, no período de 2000 a 2015 (CPI do Genocídio Indígena), a comunicarem-se em sua língua materna.

A decisão 13 se refere à ação que questiona o desbordamento dos poderes, competências e atuações típicos de uma CPI no caso concreto objeto da decisão 4.

A decisão 14 diz respeito a uma área utilizada pela Comunidade de Acauã que foi submersa com a construção da Barragem de Poço Branco, no rio Ceará, em 1959, ocasionando a remoção da comunidade das terras que ocupava de modo tradicional. Integrantes da comunidade arrendaram terras da Fazenda Maringá e outros imóveis para manter sua identidade coletiva. A questão posta é se essas terras podem ser reconhecidas como remanescentes de quilombos.

Do texto das decisões 8, 10, 12 e 14, pode-se extrair que uma das partes invocou a Convenção 169 no curso do processo, restando dúvida quanto às decisões 9, 11 e 13. No caso 10 foi invocado o art. 21 da CADH²² e a Convenção 169 e no caso 12 foi invocado especificamente o art. 28 da Convenção 169²³.

Pôde-se identificar que apenas a decisão 9 utilizou a Convenção 169 e a CADH e se referiu ao precedente da CIDH no caso Comunidade *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*.

Por fim, registro que a decisão 14, por considerar inadmissível o recurso extraordinário, se transitada em julgado, inviabiliza o exame da convencionalidade do art. 68 do ADCT. E, ainda, a relevância das decisões 9 e 10, que não fecharam a porta para o controle da convencionalidade em relação à PEC 215 e ao Decreto n. 4.887/2003, respectivamente.

22 Art. 21 Direito à Propriedade Privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecida pela lei.

23 Art. 28

1. Sempre que for viável, dever-se-á ensinar às crianças dos povos interessados a ler e escrever na sua própria língua indígena ou na língua mais comumente falada no grupo a que pertençam. Quando isso não for viável, as autoridades competentes deverão efetuar consultas com esses povos com vistas a se adotar medidas que permitam atingir esse objetivo.

2. Deverão ser adotadas medidas adequadas para assegurar que esses povos tenham a oportunidade de chegarem a dominar a língua nacional ou uma das línguas oficiais do país.

3. Deverão ser adotadas disposições para se preservar as línguas indígenas dos povos interessados e promover o desenvolvimento e prática das mesmas.

Conclusão

O controle de convencionalidade no Brasil é ainda incipiente e insuficiente, tendo em perspectiva que o uso dos tratados internacionais deve servir de parâmetro interpretativo para todos os órgãos do Estado, especialmente os órgãos judiciais.

É fato que o Supremo Tribunal Federal, depois de ter reconhecido o *status* normativo supralegal dos tratados de direitos humanos, abriu caminho para o efetivo controle de convencionalidade de normas que afetam direitos individuais. Entretanto, no que diz respeito aos direitos de coletividades, como das minorias étnicas, em especial, povos ou comunidades tradicionais, o Supremo Tribunal Federal ainda não discutiu efetiva e amplamente a supralegalidade do conteúdo normativo da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção n. 169 da OIT. Essas convenções passam a ser referidas em decisões do STF apenas a partir de 2005. A CADH tem sido pouquíssimo invocada pelas partes e quando isso ocorre, é associada à Convenção 169, que não faz parte do conjunto de tratados do sistema interamericano de direitos humanos.

Em apenas quatro dos 14 casos identificados (casos Raposa Serra do Sol, PEC 215 e Conselhos Indigenistas) pode-se dizer que o STF desenvolveu alguma argumentação sobre a convencionalidade. E, em apenas dois casos (acórdão 1, apenas em parte, e decisão 9), houve registro de utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos como referência ou fundamento para julgados no Supremo Tribunal Federal em relação aos direitos dos povos ou comunidades tradicionais, em que pese a existência de julgados da Corte IDH muito representativos neste tema.

Espera-se que com a ampla divulgação dos principais precedentes da Corte Interamericana relacionados aos direitos dos povos indígenas, disponíveis para consulta em português, a comunidade jurídica reconheça a relevância do diálogo e do respeito aos contornos traçados pela interpretação dos tratados pelos órgãos já reconhecidos pelo Brasil como de jurisdição obrigatória, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para André de Carvalho Ramos (2015, p. 343-344), não há conflito insolúvel entre as decisões do STF e as da Corte IDH, uma vez que ambos os tribunais têm a grave incumbência de proteger os direitos humanos. Adotando a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade, afirma que “deveremos exigir que todo ato interno se conforme não só ao teor da jurisprudência do STF, mas também ao da jurisprudência interamericana, cujo conteúdo deve ser estudado já nas Faculdades de Direito”.

Por fim, consigno a urgência de se impulsionar o controle de convencionalidade em relação aos direitos dos povos tradicionais.

Referências

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Apresentação. In: SHIRAISHI NETO, Joaquim (org.). *Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional*. Manaus: UEA, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Acesso em 14 de julho de 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Acesso em 14 de julho de 2016.

BRASIL. *Decreto n. 678*, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 de novembro de 1992. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 14 de julho de 2016.

BRASIL. *Decreto n. 5.051*, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de abril de 2004. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 14 de julho de 2016.

BRASIL. *Decreto n. 6.040*, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2007. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 14 de julho de 2016.

BRASIL. *Decreto n. 8.750*, de 9 de maio de 2016. Institui o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 de maio de 2016. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 14 de julho de 2016.

BRASIL. *Lei n. 13.123*, de 20 de maio de 2015. Regulamenta o inciso II do §1 e o §4 do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3 e 4 do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 de maio de 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 14 de julho de 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentença T-955/03*. 17 out. 2003. [Magistrado Proponente: Alvaro Tafur Galvis]

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2007. *Sentença de 28 de novembro de 2007. Caso Povo Saramaka vs. Suriname*. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: www.corteidh.or.cr. Acesso em: 15 de julho de 2016.

_____. 2010. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de agosto de 2010. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Disponível em: www.corteidh.or.cr. Acesso em: 15 de julho de 2016.

_____. 2016. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 7: control de convencionalidad*. Disponível em: www.corteidh.or.cr. Acesso em: 14 de julho de 2016.

COURTIS, Christian. Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*. Ano 6, n. 10, p. 53-82, jun. 2009 [ed. em português].

GERBER, Konstantin. É urgente a aplicação do controle de convencionalidade na questão indígena. www.conjur.com.br/2016-fev-20, acesso em 5 junho 2016.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Rede universitária de direitos humanos. V. 10, n. 18, p. 215-233, jun. 2013 [ed. em português].

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados internacionais de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: FDUSP, v. 104, p. 245 e 258-259, 2009.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TOMEI, Manuela; SEWPSTON, Lee. *Povos indígenas e tribais: guia para a aplicação da Convenção n. 169 da OIT*. 1. ed. Brasília: OIT, 199, Trad. de Edilsson Alkmim Cunha.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> acesso em 18 julho 2016.

<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82548-control-de-convencionalidade-deve-ser-do-estado-diz-vi-ce-da-corte-idh> acesso em 08 julho 2016.

Anexos

Análise dos *acórdãos* do STF resgatados pela pesquisa

| Acórdãos/Critérios de análise | (i) se alguma das partes utilizou em algum momento a CADH ou a Convenção 169 como fundamento jurídico ²⁴ | (ii) se a decisão objeto de exame mencionou esse fundamento jurídico | (iii) se a decisão levou em consideração esse fundamento jurídico e realizou uma interpretação em face daquelas Convenções | (iv) se a decisão fez menção a precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos | (v) se a decisão inviabiliza análise posterior da matéria de fundo |
|--|---|--|--|--|--|
| 1. Petição 3.388-4-RR, Rel. Min. Ayres Britto, julgada em 19/3/2009 Terra Indígena Raposa Serra do Sol | Sim | Sim, em parte | Sim, em parte | Sim | Sim |
| 2. Embargos de Declaração na Pet 3.388-RR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 23/10/2013 Terras Indígenas Raposa Serra do Sol | Sim Convenção 169 | Sim | Não | Não | Não |
| 3. Ag.Rg na ACO 1.191-2, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 01/07/2009 | Sim | Não | Não | Não | Não |
| 4. HC 85.198-3-MA, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 17/11/2005 | Sim Convenção 169 arts 1º, a e b e 2º | Sim | Não | Não | Não |
| 5. Embargos de Declaração no Inquérito 3.862-DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgados em 18/11/2014. | Sim Convenção 169 artigos 3º e 5º | Sim | Sim | Não | Não |

24 Esta avaliação fica bastante prejudicada pelo simples exame das decisões, porque o relatório pode omitir a informação se não for levá-la em conta no julgamento.

Decisões da Presidência do STF resgatadas pela pesquisa

| Decisões da Presidência/ Critérios de análise | (i) se alguma das partes utilizou em algum momento a CADH ou a Convenção 169 como fundamento jurídico ²⁵ | (ii) se a decisão objeto de exame mencionou esse fundamento jurídico | (iii) se a decisão levou em consideração esse fundamento jurídico e realizou uma interpretação em face daquelas Convenções | (iv) se a decisão fez menção a precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos | (v) se a decisão inviabiliza análise posterior da matéria de fundo |
|---|---|--|--|--|--|
| 6. RCL 14.404-MC, Min. Presidente Ayres Britto, julgada em 27/8/2012 | Sim | Sim | Não | Não | Não |
| 7. RCL 17.133-MC, Min. Presidente Joaquim Barbosa, julgada em 30/1/2014 | Sim arts. 6º, 7º, 14 e 15 | Sim | Não | Não | Não |

²⁵ Esta avaliação fica bastante prejudicada pelo simples exame das decisões, porque o relatório pode omitir a informação se não for levá-la em conta no julgamento.

Decisões monocráticas do STF resgatadas pela pesquisa

| Decisões monocráticas / Critérios de análise | (i) se alguma das partes utilizou em algum momento a CADH ou a Convenção 169 como fundamento jurídico ²⁶ | (ii) se a decisão objeto de exame mencionou esse fundamento jurídico | (iii) se a decisão levou em consideração esse fundamento jurídico e realizou uma interpretação em face daquelas Convenções | (iv) se a decisão fez menção a precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos | (v) se a decisão inviabiliza análise posterior da matéria de fundo |
|--|---|--|--|--|--|
| 8. MS 28.675/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 19/4/2010 | Sim Convenção 169 | Não | Não | Não | Não |
| 9. MS 32.262 MC/DF Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 20/8/2013 | Dúvida | Sim Convenção 169 | Não | Sim Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua | Não |
| 10. RE 88.8145/RS Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 28/7/2015 | Sim Convenção 169 Convenção Americana de Direitos Humanos, art.21. | Não | Não | Não | Não |
| 11. MS 33.882 MC/ DF Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 9/12/2015 | Dúvida | Sim Convenção 169 | Não | Não | Não |
| 12. ACO 2.856/MS Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 5/4/2016 | Sim Convenção 169 art. 28 | Não | Não | Não | Não |
| 13. MS 33.882/DF Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 20/5/2016 | Dúvida | Sim Convenção 169 | Não | Não | Não |
| 14. RE 930.665/RN Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 27/5/2016 | Sim Convenção 169, art. 68 | Não | Não | Não | Sim |

26 Esta avaliação fica bastante prejudicada pelo simples exame das decisões, porque o relatório pode omitir a informação se não for levá-la em conta no julgamento.

O Controle de Convencionalidade em Perspectiva Comparada

Parte II

El Control de Convencionalidad en Argentina. ¿Ante las Puertas de la “Constitución Convencionalizada”? *

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Situación de los tratados en la constitución nacional. Primer tramo. 3. Segundo tramo. Reforma constitucional de 1994. 4. El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, antes del enunciado del control nacional de convencionalidad. 5. El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 6. Recepción por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, de la directriz interamericana del control de convencionalidad. 7. Ajustes y cuestionamientos. 8. Posición de la doctrina. 9. Conclusión. La “constitución convencionalizada”. 10. Adenda: la “constitución convencionalizada” y el reciclaje del principio de supremacía constitucional.

1. Introducción.

Para estudiar la vigencia del control de convencionalidad requerido por la Corte Interamericana de Derechos humanos a los jueces nacionales, parece útil formular un reportaje a ciertos temas conexos, como a) la situación de los tratados internacionales en la constitución nacional; b) la jurisprudencia, en especial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre las relaciones entre el derecho constitucional y los tratados. c) el grado de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por la Corte Suprema argentina.

Concluido ese reportaje, podrá abordarse la recepción de la doctrina del control de convencionalidad por la Corte Suprema, y la situación en los otros tribunales de la República.

2. Situación de los tratados internacionales en la constitución nacional. Primer tramo.

En este punto es necesario distinguir dos tramos históricos.

El primero corresponde al texto original de la constitución de 1853/60. Tal documento, en su art. 31, determinó que *Esta constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los Tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación...*

Por su parte, el art. 27 estableció que *el Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con*

los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

Como puede advertirse, la constitución estableció *reglas de preferencia jurídica* y *reglas de contenido* respecto de los tratados. Con relación a las primeras, y dado que los tratados se aprueban mediante ley, fueron precisamente equiparados a las leyes. Ello permitió decir que una ley posterior podría modificar a un tratado anterior, y viceversa, un tratado posterior podía modificar una ley anterior (caso *Martin y Cía.*).¹

A su turno, y respecto a las normas de contenido, un tratado podía ser declarado inconstitucional, si violaba los principios de derecho público de la Constitución, a los cuales debía someterse.² Sin embargo, la Corte Suprema habilitó una especial excepción; la situación de “guerra en causa propia”, en cuyo caso corresponde “cumplir los tratados internacionales con todo el rigorismo de que puedan estar animados”.³ En ese período, el tratado –por libérrimo criterio de la Corte- parecía encontrarse por encima de la Constitución.

Tal panorama tuvo una importante mutación en los años noventa. La república Argentina había ratificado la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, ley 19.865, cuyos artículos 27 y 46 disponen, como regla, que no pueden invocarse normas de derecho interno para incumplir un compromiso jurídico internacional. En el importante caso *Ekmekdjian v. Sofovich*,⁴ la Corte determinó que en su consecuencia, aquella convención “impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria”.

Ese cambio copernicano, extraído de una norma subconstitucional (la ley 19.865 y la convención de Viena aprobada como un tratado) tuvo sin embargo un pronto recorte, ya que en el caso *Fibraca*,⁵ la Corte determinó que el cumplimiento obligatorio de los tratados por parte de Argentina, lo era una vez respetados por esos tratados, los principios de derecho público de la constitución. Con esta corrección los tratados volvían a subordinarse totalmente a la Constitución.

3. Segundo tramo. Reforma constitucional de 1994. La asamblea constituyente que sesionó en la ciudad de Santa Fe introdujo importantes modificaciones en la materia que nos ocupa.

a) Por un lado, en materia de jerarquía de tratados comunes, determinó que “tienen jerarquía superior a las leyes” (nuevo art. 75 inc. 22). Esto significa que una ley posterior no puede afectar al tratado, y que si hay colisión entre éste y una ley, prevalece el tratado.

b) Por otro, dio *rango constitucional* a una serie de declaraciones, convenciones y tratados, a saber: la declaración americana de los derechos y deberes del hombre, la declaración universal de derechos humanos, la convención americana sobre derechos humanos (pacto de San José de Costa Rica), 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 contra la mujer, la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la convención sobre los derechos del niño.

El nuevo texto confirió “jerarquía constitucional” a dichos documentos, “en las condiciones de su vigencia”, pero explicitó una gradación jerárquica altamente confusa. Señaló, en efecto, que

pese a tal jerarquía “no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

También el entonces flamante art. 75 inc. 22 de la Constitución estableció que el Congreso podía dar rango constitucional a otros tratados sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por él, y con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de Cada Cámara. Merced a ello, la convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, y la convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, alcanzaron después jerarquía constitucional.

Puede decirse así que el bloque de constitucionalidad argentino comprende al texto constitucional con más los tratados “constitucionalizados”.⁶ Éstos, en sentido estricto, no forman parte de la constitución, pero sí tienen categoría constitucional. Pese a ello, la articulación de estos especiales tratados con la constitución no es fácil de establecer.

- i. una primera interpretación podría concluir que esos tratados se encuentran *bajo* la primera parte de la constitución, y *por encima* de la segunda, según una exégesis literal del referido art. 75 inc. 22. El mismo puntualiza, en efecto, que no derogan ningún artículo de la primera parte de la constitución, de lo que se infiere, *a contrario sensu*, que sí pueden afectar artículos de la segunda.
- ii. Otra prefiere hacer prevalecer al texto en juego en un caso concreto (constitución nacional o tratado) más favorable a la persona, por aplicación del postulado *pro homine*.
- iii. Una tercera postura, expuesta de vez en cuando por varios jueces de la Corte, pero sin llegar a conformar una mayoría nítida, considera que el constituyente de 1994, al constitucionalizar esos tratados, ya hizo un juicio afirmativo de compatibilización de los mismos con la constitución, de tal modo que corresponde siempre armonizarlos entre sí y con la constitución, superando sus aparentes discordias, si las hubiere.⁷ Esta receta importa una ficción histórica, ya que de hecho se ignora cuántos convencionales habían siquiera leído en aquel momento los tratados declarados por la asamblea constituyente con rango constitucional; pero resulta una fórmula bastante práctica para encarar las cosas, trasladando a los operadores actuales (en particular, a los jueces), el trabajo de compatibilizar los tratados entre sí y con la constitución, misión por cierto nada fácil. En *Petric Domagoj*, por ejemplo, la corte Suprema concluyó que el derecho de réplica, rectificación o respuesta reconocido por el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, no colisionaba con el derecho a expresarse sin censura previa contemplado or el art. 14 de la Constitución nacional.⁸

4. El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de los pronunciamientos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, antes del enunciado del control nacional de convencionalidad.

Interesa saber, como antecedente importante, cuál fue la actitud de la Corte Suprema de Justicia de la Nación antes de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos formulara explícita-

mente la doctrina del “control de convencionalidad”, como deber de los jueces nacionales.

En el recordado caso *Ekmekdjian v. Sofovich*, la Corte Suprema adoptó lo que hemos llamado “doctrina del seguimiento”, en el sentido que los jueces argentinos debían tener como guía las directrices que fijara en sus fallos la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No era un seguimiento robótico, pero traía, al parecer, tres consecuencias obligadas: (i) los jueces no podían ignorar la jurisprudencia de la Corte Interamericana; (ii) en principio, tenían que proyectarla; (iii) para apartarse de ella, tendrían que exponer fuertes argumentos justificatorios de tal no seguimiento. La tesis fue repetida en *Giroldi*, por ejemplo.⁹

Poco después, la Corte Suprema hizo una ampliación de la doctrina del seguimiento, en *Bramajo*,¹⁰ ya que indicó que los jueces locales también tenían que tomar como guía los dictámenes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en principio debían también observarse. La tesis era discutible, porque los informes o recomendaciones de la Comisión no provienen de un órgano con fisonomía judicial; no generan cosa juzgada, e incluso la Corte Interamericana puede resolver en contra de ellos.

Pero en *Acosta*,¹¹ la Corte Suprema retaceó la continuidad de la aplicación de la doctrina del seguimiento, respecto de las directrices de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al puntualizar que la guía interpretativa de esos organismos no era para los magistrados nacionales inexorable, dado que no había un deber jurídico vinculante en tal sentido.

Sin embargo, más tarde, en *Simón*,¹² la Corte Suprema (con cambios en su integración), volvió a cotizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar que era “imprescindible” pauta de interpretación para los jueces argentinos.

En resumen, hasta 2006 la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina había sido zigzagueante en torno a si los jueces locales tenían que aplicar en sus sentencias los criterios jurisprudenciales sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (y, en menor medida, de la Comisión Interamericana). Pero en los últimos fallos, previos al enunciado de la doctrina del control de convencionalidad especificada en *Almonacid Arellano* por la Corte Interamericana (año 2006), la Corte Suprema había finalmente reforzado la “doctrina del seguimiento”.

5. El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Otro dato a tener en cuenta en esta materia es el grado de obediencia de la Corte Suprema de Justicia argentina, respecto de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sabido es que tanto en Perú, durante la administración de Alberto Fujimori, y en Venezuela, durante la de Hugo Chávez, diversos tribunales, algunos de ellos de alto nivel, han emitido resoluciones de *inejecutoriedad* de sentencias de la Corte Interamericana, so pretexto de violar la constitución local, o el mismo Pacto de San José de Costa Rica.¹³

Naturalmente, de mantenerse tal actitud, el país del caso no es un terreno fértil para aceptar y cumplir el control de convencionalidad requerido por la Corte Interamericana.

En el caso argentino, cabe aclarar primero que no hay una ley que regule la ejecución en el país, de los fallos de la Corte Interamericana. A nivel judicial, la Corte Suprema, en *Cantos*, adoptó una actitud renuente ante una sentencia de la Corte Interamericana que conminaba al Estado argentino a no cobrar una tasa de justicia y multas por su falta de pago, y a fijar (reducir) en un monto razonable los honorarios regulados a unos profesionales, entre otras cosas. La Corte Suprema desestimó la presentación del Procurador del Tesoro (agente judicial del Poder Ejecutivo), que requería la efectivización de la sentencia de la Corte Interamericana, por cuanto ésta no había oído en la instancia internacional a los beneficiarios de los honorarios reducidos, con lo que podían vulnerarse derechos adquiridos.¹⁴

Posteriormente, en *Espósito*, la Corte Suprema ordenó cumplir una sentencia de la Corte Interamericana, no obstante disentir fuertemente con lo resuelto por esta última (que resolvió reputar no prescripta una causa penal). En otras palabras, la Corte argentina discutió el acierto de lo decidido por la Corte Interamericana, estimándolo poco protectorio de ciertos derechos del inculpado, pero de todos modos se sometió a lo resuelto en la instancia supranacional, por resultar la Corte Interamericana intérprete final del Pacto de San José de Costa Rica.¹⁵

La sentencia que comentamos, en principio, es una muestra de “obediencia debida” por parte de la Corte Suprema argentina, respecto de la Corte Interamericana. Deja en el tintero, sin embargo, algunos interrogantes. Así, en *Espósito* el acto discutido era una declaración de prescripción penal. Cabría preguntarse qué hubiera pasado si lo resuelto por el tribunal interamericano hubiese sido un tema estrechamente vinculado con derechos personales fundamentales, como la vida o la dignidad humana, y la Corte argentina hubiese reputado a lo decidido como extremadamente injusto, algo captado, por ejemplo, por la “fórmula de Radbruch”, en el sentido que la injusticia extrema no es derecho.¹⁶ No se sabe si en tal caso habría o no existido una declaración de inejecutoriedad.

Los dos casos “Derecho, René” son dignos de tenerse en cuenta. En el primero, la Corte Suprema juzgó que determinados hechos imputados a un miembro de la policía federal (detención ilegal, golpes, privación de medicamentos), por no formar parte de un plan estatal generalizado o sistemático, no importaban delitos de lesa humanidad, y eran prescribibles, por más que fuesen una práctica extendida lesiva de los ciudadanos.¹⁷ Decretada por un tribunal inferior tal prescripción, el expediente llegó otra vez a la Corte Suprema, en virtud de una revocatoria donde el peticionante requería un nuevo veredicto de la Corte, teniendo en cuenta lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Bueno Alves*, notificada a la Corte Suprema después de la primer sentencia pronunciada en “Derecho, René”. La Corte argentina entendió en la segunda sentencia dictada en estas actuaciones, que el caso era uno de aquellos donde, excepcionalmente, sus fallos pueden ser corregidos por ella misma, y aplicando la doctrina de *Espósito*, de obediencia (“estricto cumplimiento”, dice) a los pronunciamientos de la Corte Interamericana, dejó sin efecto la prescripción dispuesta.¹⁸

Una aclaración importante se expone en “Castañeda”,¹⁹ en el sentido que un principio de acuerdo pactado entre el Poder Ejecutivo Nacional con querellantes que han recurrido a la instancia del sistema interamericano, no es una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y carece por tanto del mismo vigor jurídico y no implica un acto jurisdiccional válido.

Hasta ahora, en conclusión, no han existido decisiones categóricas de insubordinación por la Corte Suprema argentina, y la doctrina de *Cantos* parece corregida por *Espósito*, y el segundo caso *Derecho, René*, a más de “A., D. D. sobre homicidio agravado”. Es decir, que por este lado, en definitiva, no hay objeciones a la recepción local de la doctrina del sometimiento a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

6. Recepción por la Corte Suprema argentina de la directriz interamericana del control de convencionalidad.

Digamos, previamente, que la doctrina del control de convencionalidad fue practicada más de una vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por ella misma, reputando inválidas, por opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, incluso reglas constitucionales (como la constitución de Chile: caso *La última tentación de Cristo*).

Desde luego, estamos partiendo del supuesto de que la norma nacional es menos favorable para la persona que la norma proveniente del derecho internacional de los derechos humanos. Si el caso fuere inverso, y conforme la doctrina o principio *pro persona*, triunfará la norma interna.²⁰

Pero a partir de *Almonacid Arellano* (2006), la Corte Interamericana reclama que sean los jueces nacionales, entre otros, quienes practiquen tal control de convencionalidad, que asume dos papeles: (i) uno, *destrutivo*, de inaplicación de reglas de derecho interno opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y (ii) otro, *constructivo*, dibujado especialmente a partir del caso *Radilla Pacheco*, (2009) que demanda hacer funcionar todo el derecho interno de acuerdo o conforme a tal Pacto y a tal jurisprudencia. Es una suerte de *reciclaje*, adaptación, remodelación o puesta al día del derecho local, en consonancia con el sistema interamericano de derechos humanos. En ciertos casos, el control “constructivo” obliga al juez local a realizar un ejercicio de *selección de interpretaciones* de las normas nacionales (el operador deberá manejar las interpretaciones de ellas que sean compatibles con el Pacto y la jurisprudencia indicadas, y desechar las que se opongan); pero en otros, tendrá que *construir interpretaciones* del derecho interno, mediante interpretaciones mutativas por adición, sustracción o mixtas, añadiéndole algo al contenido de la norma doméstica, o quitándoselo, o sustituyendo en parte ese contenido, a fin de alcanzar un grado aceptable de armonía entre el derecho interno y el convencional.²¹

Ambas funciones o papeles del control de convencionalidad (el represivo y el constructivo), son desde luego trascendentes. Naturalmente, por razones de la función subsidiaria y complementaria del régimen internacional de los derechos humanos, cabe intentar primero el rol constructivo del derecho doméstico, y solamente de fracasar el mismo, pasar al represivo, o de su inaplicación.

En Argentina, ya hemos visto que por la gradación jurídica del Pacto en la Constitución (el art. 75 inc. 22 le confiere rango constitucional), como por los antecedentes de la “doctrina del seguimiento” y la falta de rechazo a la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana, por parte de la Corte Suprema, el terreno estaba suficientemente abonado como para que se plantara allí la doctrina del control de convencionalidad.

De todos modos, cabe alertar que la circunstancia de que la constitución otorgue al Pacto de San José de Costa Rica categoría constitucional, si bien resolvía muchos obstáculos, no superaba a todos. En efecto, la doctrina del control de convencionalidad parte, directa o indirectamente, lo diga o no, de que el Pacto está *por encima*, y no *en el mismo plano*, que la Constitución. Ello es así porque si una cláusula constitucional va contra el Pacto, no debe aplicarse. Y también, porque la regla constitucional tendrá que interpretarse y hacerse funcionar, de conformidad, y no contra, el Pacto y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Veamos los pasos que dio la Corte al respecto.

a) en el caso *Mazzeo*, resuelto por la Corte Suprema de Justicia el 13 de julio de 2007 (y por tanto, menos de un año después que la Corte Interamericana pronunciara el caso *Almonacid Arellano*) el tribunal admitió expresamente la doctrina del control de convencionalidad.²²

El caso se refería a indultos emitidos por un gobierno constitucional, por hechos cometidos por militares en ocasión de la denominada “guerra sucia” habida durante la dictadura de 1976/1983, y que resultaban violatorios del derecho internacional de los derechos humanos.

En el considerando 21 de la sentencia, la Corte Suprema dijo:

Que por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que “es conciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde su inicio carecen de efectos jurídicos”. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa 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 (CIDH, Serie C N° 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, párrafo. 124).

De este caso se desprende que la Corte Suprema de Justicia argentina asumió sin observación alguna la doctrina del “control de convencionalidad” sentado por la Corte Interamericana. Lo hizo de modo explícito, literal, entre comillas. Es tal vez el ejemplo más simple y rotundo que pueda darse de la “doctrina del seguimiento”, aplicable al control de convencionalidad. En definitiva, los indultos fueron invalidados, por resultar contrarios a los deberes del Estado en materia de investigación y castigo de delitos internacionales aberrantes (considerando 22 de la sentencia), con cita de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Resta observar que esta directriz de la Corte Suprema debe ser seguida, como regla, por el resto de los tribunales del país, no por imperativo legal o constitucional, sino por una norma de derecho judicial, ya consuetudinaria, derivada de la propia jurisprudencia de la Corte. Los jueces inferiores pueden sin embargo apartarse de tal jurisprudencia, dando razones nuevas y valederas que justifiquen el disenso (doctrina del valor vinculante, pero condicionado, de los pronunciamientos de la Corte Suprema).²³

b) en el caso *Videla y Massera*, decidido el 31 de agosto de 2010,²⁴ la Corte Suprema ratificó en su considerando 8º la doctrina sentada en *Mazzeo*, con cita de éste, y en los siguientes términos:

Que esta Corte ha precisado que, a 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.

En conclusión, la Corte Suprema argentina ratificó enfáticamente la vigencia en el país de la doctrina del control de convencionalidad, utilizando igualmente jurisprudencia de la Corte Interamericana para decidir el caso sometido a su resolución. Interesa subrayar que por otro lado, la Corte Interamericana había desplegado, a la fecha de dictarse la sentencia *Videla y Massera*, la tesis de lo que llamamos control “constructivo” de constitucionalidad (caso *Radilla Pacheco*, 2009), ampliando así los roles iniciales del control de convencionalidad. Por lo demás, cotinué la “doctrina del seguimiento”, al calificar como *insoslayables* las pautas que fijare la Corte Interamericana.

Con posterioridad a estos fallos, en otros hubo votos particulares de algunos jueces de la Corte Suprema que han reiterado la vigencia de la doctrina del control de convencionalidad. Así, del juez Enrique Petracchi en la causa *García Méndez*,²⁵ y del juez Juan C. Maqueda en *Gualtieri*.²⁶

Más tarde, en “Rodríguez Pereyra”, la Corte Suprema hizo una decidida adhesión a la doctrina del control de convencionalidad, destacando su aplicación “de oficio”, como había indicado la Corte Interamericana en *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*, y conectándola con el control de constitucionalidad. En concreto, señaló que si los jueces argentinos debían realizar control de constitucionalidad “de oficio”, no podía discutirse su aptitud para practicar control de constitucionalidad, también “de oficio”. Quedó en dudas, eso sí, si los magistrados argentinos debían realizar obligatoriamente este último cometido, o si solamente estaban autorizados para hacerlo.²⁷

En “A., D. D.”, sentencia del 5 de agosto de 2014, la Corte Suprema ha realizado una impactante proyección de la doctrina del control de convencionalidad. Fundándose en el dictamen de la Procuradora General, subrayó que las decisiones judiciales firmes deben ser revisadas, a favor del condenado, cuando sobrevienen circunstancias inconciliables con la sanción impuesta, tesis que se impone por sobre cualquier preocupación abstracta por la estabilidad de las decisiones judiciales. Con mención de una interpretación adoptada por la Corte Interamericana de De-

rechos Humanos, en un proceso donde el inculpado no había sido parte, en el sentido que no cabe imponer reclusión o prisión perpetua por un delito cometido por un menor de edad, y por aplicación expresa de la doctrina del control de convencionalidad, se modificó un fallo anterior, superándose así a la cosa juzgada existente en ese caso.²⁸

7. Ajustes y cuestionamientos.

En el caso “Acosta, Jorge Eduardo”,²⁹ la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió afrontar un serio recorte de la doctrina del control de convencionalidad, promovido por la Procuración General de la Nación.

El ajuste es, en parte, correcto. En efecto, en cuanto la aplicación, por los jueces nacionales, de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Procuración observa que el juez involucrado debe averiguar, primero, si hay jurisprudencia específica de la Corte Interamericana, identificar la doctrina o razón de la decisión (cosa que obligaría a distinguir entre el *holding* o parte esencial del fallo, y los *obiter dicta* o argumentos marginales, no obligatorios, que hubiere empleado la Corte Interamericana), y por último, la aplicabilidad del *holding* al nuevo caso concreto, ya que pueden existir circunstancias de hecho, por ejemplo, muy diferentes entre el material fáctico donde se originó el precedente sostenido por la Corte Interamericana, y el del nuevo litigio bajo estudio de un juez nacional. Lo dicho implica una inteligente aplicación de los precedentes de la Corte Interamericana, no de tipo robótico o automático, sino razonado, conforme incluso las pautas existentes en el derecho angloamericano sobre el *stare decisis*, o valor del reconocimiento.³⁰

El segmento discutible del dictamen de la Procuración General aparece cuando reclama un examen sobre si existen razones jurídicas basadas en el ordenamiento constitucional, que se opongan a la aplicabilidad de la doctrina derivada de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Esto importa, en concreto, un examen de compatibilidad de la doctrina judicial de aquella Corte, y el orden jurídico constitucional.³¹

Obviamente, en esa confrontación, y de acuerdo con tal dictamen, el parámetro controlante es la constitución nacional, cosa que choca con el esquema diseñado por la Corte Interamericana en materia de control de convencionalidad, donde el derecho relevante es el Pacto de San José de Costa Rica y la propia jurisprudencia de tal Corte.

Por último, cabe subrayar que el dictamen estima que, en el derecho argentino, no hay obligación de seguir los fundamentos expuestos por la Corte Interamericana en un caso distinto al que puntualmente ha intervenido y donde ha sido juzgado el Estado nacional. Y aún así, a tenor del art. 68 del Pacto de San José de Costa Rica, el Estado se encontraría sometido a cumplir solamente con la parte dispositiva de la sentencia, no estando obligado por los fundamentos del fallo.³² Niega, pues, el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Como evaluación, puede advertirse que aquel dictamen importa, en alguna medida, un reencaadre lógico (respecto al valor del precedente, y la distinción entre *holding* y *obiter dicta*, como

del análisis comparativo entre escenario fáctico sobre el que se emite el precedente, y el del nuevo caso bajo examen), pero también un retroceso para la doctrina del control de convencionalidad, en cuanto retacea la eficacia expansiva de los fallos de la Corte Interamericana, condicionándolos a una fiscalización de control de constitucionalidad. Quizá esta postura valga como recurso último, si una sentencia de tal Corte infringiera sin duda alguna reglas de derecho natural, contagiándose de injusticia extrema, es decir, para usar la expresión de la fórmula de Radbruch que ya mencionamos, concluyendo como “no derecho” (*supra*, párrafo 5). Tal hipótesis excepcionalísima, no configurada hasta nuestros días, deja abierto el debate sobre el tema, especialmente en constituciones con techo ideológico teísta y iusnaturalista, como la argentina.³³

El 8 de mayo de 2012, la Corte Suprema se expidió en la causa que comentamos. La mayoría del Tribunal dictó sentencia remitiéndose en su considerando 11 al dictamen del Procurador General, salvo en sus puntos IV y V. Y fue precisamente en el punto V donde se planteó el ajuste o corrección de la doctrina del control de convencionalidad, por parte de la Procuración. En resumen, la Corte Suprema no condenó expresamente la tesis del Procurador General, pero tampoco la aceptó. Resolvió el caso sin recurrir o hacer alusión a tal posición.³⁴

En los últimos tiempos, la Corte Suprema ha pronunciado sentencias (aparte de las ya reseñadas) que parecen afirmar el control de convencionalidad. Por ejemplo, en “A., A. M.”, indicó que la falta de consideración de la jurisprudencia de los órganos internacionales y la falta de enunciación de las razones jurídicas que pudieran existir para no seguir su doctrina, afectan el deber de adecuada fundamentación de una sentencia.³⁵ El fallo que incurriere en tal defecto, en conclusión, padecería entonces de arbitrariedad. Por lo demás, en “Aparicio”, recordó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe “servir de guía” para el funcionamiento del derecho local.³⁶ Estos dos últimos veredictos, sin embargo, suscitan algunos interrogantes: ¿con adecuada fundamentación, un tribunal nacional podría apartarse de la doctrina judicial de la Corte Interamericana? ¿la “guía” de la jurisprudencia interamericana es siempre compulsiva, o no?

8. Posición de la doctrina.

Los constitucionalistas y procesal-constitucionalistas argentinos se encuentran divididos en torno a la aceptación o el cuestionamiento de la doctrina del control de convencionalidad.

Estamos entre quienes la apoyan, aunque requiriendo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mayores precisiones, por ejemplo, en torno a qué jueces pueden o deben realizar el control de convencionalidad en un sistema concentrado de control de constitucionalidad. También, apuntando que es indispensable contar con un manual de reseñas de jurisprudencia de la Corte Interamericana, para su fácil acceso por los operadores del sistema judicial (magistrados, abogados, fiscales, etc.).³⁷

A su turno, otro grupo de autores discute la vigencia del régimen de control de convenciona-

lidad tal como lo patrocina la Corte Interamericana, en particular por no surgir expresamente de las obligaciones contraídas por los estados en el texto del Pacto de San José de Costa Rica. Algunos han adherido, en ciertos aspectos, al criterio expuesto por la Procuración General, y del que damos cuenta en el párrafo precedente.³⁸

9. Conclusión. La “constitución convencionalizada”.

La doctrina del control de convencionalidad explicitada por la Corte Interamericana de derechos humanos, ha sido expresa y literalmente aceptada por la Corte Suprema de Justicia argentina, órgano máximo local de control de constitucionalidad, ya que no hay en el país un Tribunal, Corte o Sala Constitucional especializado. Tal admisión tiene como precedentes habilitantes la doctrina del seguimiento a los fallos de la Corte Interamericana, anteriormente sentada por la Corte Suprema, la reforma constitucional de 1994, que otorgó al Pacto de San José de Costa Rica, rango constitucional, y la circunstancia de haber obedecido en los últimos tiempos la Corte Suprema lo resuelto en fallos de la Corte Interamericana, no obstante disentir explícitamente con ellos.

Pese a no haber en el país, estrictamente, un control concentrado de constitucionalidad, dado que impera el sistema estadounidense de control difuso, aquella tesis de la Corte Suprema es en principio obligatoria para todos los tribunales de la República, según reglas consuetudinarias sentadas por ella misma. Y en general, es respetada. No hay, por lo común, objeciones a la misma, aunque cabe reconocer también que la doctrina del control de convencionalidad –en sentido preciso– no está suficientemente divulgada y recepcionada en todos los medios tribunales, pese a que la bibliografía nacional sobre el tema es abundante.

No obstante lo dicho, un dictamen de la Procuración General de la Nación puso en debate la aplicación del control de convencionalidad, si el Pacto o la jurisprudencia de la Corte Interamericana colisionan con principios constitucionales. Discutió, asimismo, el carácter compulsivo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Al decidir la litis, la Corte Suprema no adhirió a tal postura, aunque tampoco la objetó explícitamente.

Cabe preguntarse, de todos modos, si Argentina no maneja ya la doctrina que hemos llamado “de la constitución convencionalizada”, esto es, de la constitución nacional adaptada, conformada y reciclada conforme las directrices del “control de convencionalidad”.³⁹ Una constitución que si bien formalmente conserva el mismo texto que la nacional, tiene variaciones en su contenido normativo: en parte es más reducida (en el sentido que algunos de sus tramos resultan inaplicables, como las exigencias de solvencia económica dispuestas en el art. 55 para ser senador, juez de la corte suprema, presidente o vicepresidente, cláusula hoy discriminatoria en función del art. 23 del Pacto de San José), pero en otros, posee un contenido modificado, ocasionalmente más amplio, como el que veremos de inmediato.

En “Brusa”,⁴⁰ en efecto, la Corte Suprema tuvo que enfrentar una regla constitucional, el art. 115, cuando dispone que las decisiones del *Jurado de Enjuiciamiento* de los magistrados judiciales fede-

rales inferiores a la Corte Suprema, son “irrecorribles”, en tanto que el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica admite un “recurso sencillo y rápido”, ante los jueces o tribunales competentes, contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o el Pacto.

En tal fallo, la Corte Suprema advirtió que el Jurado de Enjuiciamiento es, en sentido lato, un tribunal, pero no en sentido estricto, según lo exige la Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José), atento su peculiar conformación (legisladores, jueces, abogados). Por ello, su sola intervención no satisface los recaudos del art. 25 del Pacto; y en aras de lograr una interpretación pacífica entre la Constitución y este último, entrelazando ambos instrumentos, sin oponerlos o destruirlos entre sí, debía entenderse que la “irrecorribilidad” enunciada por la Constitución significa que la Corte Suprema no podrá sustituir el criterio del Jurado en cuando el juicio sobre la conducta de los jueces, pero sí será competente para considerar las eventuales violaciones a las reglas del debido proceso y a la garantía de la defensa en juicio. Por tanto, habilitó el recurso extraordinario federal, a decidirse por la Corte, contra el veredicto del Jurado de Enjuiciamiento.

Lo dicho importa un interesante ejemplo de *convencionalización* de la Constitución nacional, mediante un control de convencionalidad “constructivo”, y no represivo, antecedente que puede ser de útil aplicación para casos futuros. En definitiva, la Corte Suprema moduló el contenido del art. 115 de la constitución, mediante una exégesis mutativa, que en parte redujo parcialmente el contenido de la regla de la “irrecorribilidad”, y simultáneamente, abrió el cupo de recurribilidad, en el sentido que indicamos.

10. Adenda: la “constitución convencionalizada” y el reciclaje del principio de supremacía constitucional.

Naturalmente, la crítica más dura que puede formularse a la tesis de la “constitución convencionalizada” es que sería una constitución sin supremacía constitucional, cosa incompatible con la directriz del art. 31 de la constitución nacional.⁴¹

Tal argumentación, literalmente muy atractiva, no es concluyente. Puede sostenerse, eso sí, que el principio de supremacía constitucional se encuentra erosionado –y hasta domesticado– por el derecho internacional público.⁴²

Pero también pueden diseñarse fórmulas de actualización y complementación. Por ejemplo: si la misma Constitución que se define como “ley suprema” en el citado art. 31, reconoce (y admite) al derecho internacional, v. gr. en su art. 118, llamándolo “derecho de gentes” (según la terminología de la época), el intérprete operador deberá compatibilizar, y no bloquear o destruir, alguno de estos dos conceptos. En resumen, la supremacía constitucional tiene que ser una supremacía compatible con el derecho internacional, y su variable del derecho internacional de los derechos humanos, que hoy exige la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad.

En este orden de ideas, es notorio que cuando la Constitución alude al “derecho de gentes”, no restringe ni fosiliza al mismo según la versión imperante en 1853: ha utilizado un concepto

abierto. Habrá que compatibilizar, entonces, a la supremacía constitucional con el derecho internacional hoy vigente, tanto el formal como el consuetudinario.

Por lo demás, “supremacía constitucional” es una herramienta para sustentar la idea de soberanía, pilar del Estado nacional renacentista. Y ya en sus orígenes, en el parto mismo de la tesis del Estado soberano, Jean Bodin, en 1576, en sus *Seis libros sobre la República*, alertaba que la soberanía, visualizada como el “poder absoluto y perpetuo” del Estado, no era una herramienta sin cortapisas que servía para cualquier cosa, sino que tenía sus límites: el derecho divino, las leyes naturales, la justicia, las leyes fundamentales (*legis imperii*), los contratos pactados con los súbditos y con el extranjero, y el *ius gentium*. El cumplimiento de las promesas, por el soberano, era un acto obligado, del mismo modo en que Dios está ligado por las suyas.⁴³ Soberanía y respeto por el derecho internacional, en síntesis, son conceptos paralelos, no estando el segundo aplastado por la primera.

En definitiva, la “supremacía constitucional” alude actualmente, a la luz del derecho contemporáneo, a una idea que puede ser (en algunos aspectos) diferente a la manejada en el siglo XIX, en tren de amalgamarla con un derecho internacional –por cierto ahora más exigente-, también reconocido por la Constitución. No se trata de extinguirla, sino de reciclarla útil y legítimamente. Supremacía constitucional implica que, *in suo ordine* (para utilizar una añeja expresión medieval), la Constitución predomina sobre las normas internas; y que, con relación al derecho internacional de los derechos humanos, la constitución debe amalgamarse, compatibilizarse, y de haber oposición, incluso triunfar (si la regla constitucional es más generosa para el individuo, conforme al principio *pro persona*), o ceder, si la cláusula constitucional es menos favorable para el habitante. Para ello, un retorno a las fuentes genuinas del concepto de soberanía, puede ser especialmente útil. En paralelo, la doctrina del *margin de apreciación nacional*, inteligentemente aplicada, puede lubricar también esos ejercicios de gimnasia jurídica, dando respuestas con ciertos matices singulares para cada comunidad nacional, que no afecten el núcleo esencial de cada derecho humano en juego.⁴⁴

* El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina. Parte del mismo fue incluido en Marinoni, Luis Guilherme y Mazzuoli, Valerio de Oliveira (Coordinadores), *Controle de convencionalidade. Um panorama latino-americano*, Brasilia 2013, Gazeta Jurídica, ps. 341-356, publicado ahora ampliado y con actualizaciones.

- 1 Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), caso *Martin y Cia.*, “Fallos”, tomo 257, pág. 101 (en adelante, se citará, por ejemplo, 257:101).
- 2 CSJN, *Chantrain*, “Fallos”, 208:86, *Cabrera*, “Fallos” 305:2150.
- 3 CSJN, *Merck Argentina*, “Fallos” 211:162.
- 4 CSJN, *Ekmekdjian v. Sofóvich*, “La Ley”, 1992-C-543.
- 5 CSJN, *Fibraca*, “Jurisprudencia Argentina”, 1993-IV-471.
- 6 Ver Manili Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, 2003, ed. La Ley, p. 173 y sigts.
- 7 Ver por ejemplo CSJN, *Chocobar*, “La Ley” 1997-B-240, *Monges*, “La Ley” 1997-C-143, entre otros. Para un análisis más extenso: Sagüés Néstor Pedro, *Censura judicial y derecho de réplica*, Buenos Aires, 2008, Astrea, p. 106 y sigts.

- 8 CSJN, *Petric*, “La Ley”, 1998-C-284. Ver también *Portal de Belén*, “Fallos” 325:292.
- 9 CSJN, *Girolidi*, “La Ley”, 1995-D-462.
- 10 CSJN, *Bramajo*, “La Ley”, 1996-E-409. Ver Sagüés Néstor Pedro, *El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, “Jurisprudencia Argentina” 1997-II-745.
- 11 CSJN, *Acosta*, “Fallos”, 321:3555. Cfr. igualmente *Felicetti*, CSJN, “Fallos”, 323:4130, y Sagüés Néstor Pedro, *Nuevamente sobre el valor, para los jueces argentinos, de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de interpretación de derechos humanos*, “Jurisprudencia Argentina”, 1999-II-364.
- 12 CSJN, *Simón*, “La Ley” 2005-F-14.
- 13 Ver Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Bs. As. 2006, Ad-Hoc, p. 253 y sigts., con especial referencia al caso peruano. Cfr. asimismo Ayala Corao Carlos, *La doctrina de la inejecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, en Von Bogdandy Armin, Ferrer Mac Gregor Eduardo y Morales Antoniazzi Mariela (Coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, México 2010, UNAM – Max Planck Institut, t. II p. 85 y sigts.
- 14 CSJN, *Cantos*, “Fallos”, 326:2968. En definitiva, La Corte Suprema no rechazó frontalmente el fallo de la Corte Interamericana: dispuso que debía tramitarse, pero no ante ella, en una causa judicial.
- 15 CSJN, *Espósito*, “Fallos”, 327:5668.
- 16 Cfr. Vigo Rodolfo L., *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, primera reimpresión, Buenos Aires, 2006, ed. La Ley, ps. 84, 94, 167.
- 17 CSJN, “Derecho, René” (I), *Fallos*, 330:3074. Sobre el tema, recomendamos consultar Pizzolo, Calógero, *Control de convencionalidad y su recepción por la Corte Suprema de Justicia en Argentina*, en Marinoni, Luis Guilherme y Mazzuoli, Valerio de Oliveira (Coordinadores), *Controle de Convencionalidade*, ob. cit., pág. 425 y sigts.
- 18 CSJN, “Derecho, René” (II), *Fallos*, 334:1504.
- 19 CSJN, “Castañeda”, *Fallos*, 334:1489.
- 20 El principio “pro persona” obliga a elegir entre dos normas en materia de derechos personales vigentes en un Estado, sea de fuente nacional o internacional, a la más beneficiosa para el individuo. También, en el mismo sentido, es una regla de preferencia de interpretaciones. Nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, p. 325.
- 21 Ver Sagüés Néstor Pedro, *El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune latinoamericano*, en Von Bogdandy Armin y otros (Coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, ob. cit., t. II p. 449 y sigts.; *id.*, *De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, JA 2013-IV-1342.
- 22 CSJN, *Mazzeo*, “Fallos”, 330:3248, esp. p. 3297.
- 23 Nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, ob. cit., p. 276 y sigts.
- 24 Ver CSJN, *Videla y Massera*, *Fallos*, 333:1657.
- 25 CSJN, *García Méndez*, *Fallos*, 331:269.
- 26 CSJN, *Gualtieri*, *Fallos*, 332:1769.
- 27 CSJN, *Rodríguez Pereyra*, JA 2013-II-133.
- 28 CSJN, “A., D. D.” 5/8/2014. Ver sobre el tema Sagüés María Sofía, *Crisis institucional y justicia de transición democrática: la herramienta del control de convencionalidad. Experiencia en el caso argentino*, en prensa.
Digamos también que en el caso “Carranza Latrubesse”, del 6/8/13 (*La Ley*, 2013-E-167 y 203), la Corte Suprema reputó (por mayoría) obligatoria, para el Estado argentino, y exigible ante nuestros tribunales, una recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, se trata de una sentencia donde no hay una fundamentación sostenida por la mayoría del tribunal, sino diversos grupos de votos de jueces de la Corte, no coincidentes en tal fundamentación, aunque sí en la parte resolutive, motivo por el cual se trata de una “sentencia colectora”, que no sienta doctrina definida por el Tribunal. Ver Sagüés Néstor Pedro, *Las sentencias colectoras*, ED 255-829.
- 29 Ver en detalle Gelli, María Angélica, *El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso “Bayarri”*. En un dictamen de la Procuración General de la Nación. “La Ley”, Buenos Aires, 2010-C-1192.
- 30 Sobre el valor del precedente y la doctrina del *stare decisis* en el derecho estadounidense, v. Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, ob. cit., p. 267 y sigts.
- 31 Gelli María Angélica, *El valor de la jurisprudencia internacional*, ob. y p. cit.
- 32 *Ibidem*, op. y p. cit.

- 33 Sobre el jusnaturalismo en la constitución argentina, en particular en su art. 33, nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Constitución nacional. Derechos no enumerados*. Enciclopedia Jurídica Omeba, Apéndice V, Buenos Aires, 1986, ed. Driskill, p. 36 y sigts.
- 34 CSJN, *Acosta*, Fallos, 335:533.
- 35 CSJN, 30/12/14, “La Ley”, Buenos Aires, 2015-C-393.
- 36 CSJN, 21/4/2015, “Jurisprudencia Argentina” 2015-II-755, con cita de los casos “Acosta” (Fallos, 321:3555) y “Llerena” (Fallos, 328:1491). Ver Sagüés Néstor Pedro, *Los conjuces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (a propósito del caso “Aparicio, Ana Beatriz”)*, en “La Ley” 2015-B-1118.
- 37 Cfr. por ejemplo Sagüés, Néstor Pedro, *El control de convencionalidad en particular sobre las constituciones nacionales*, “La Ley”, 2009-B-761, *Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano*, “La Ley” 2010-D-1245; Hitters, Juan Carlos, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*, “La Ley” 2009-D-105; Abel, Federico, *El control de convencionalidad como mecanismo para la integración entre el derecho interno y el derecho interamericano*, “La Ley” 2011-E-501; Gil Domínguez, Andrés, *La Corte Suprema reafirma el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad*, “La Ley” 2010-E-197; Cao, Cristian A., *Control de constitucionalidad más control de convencionalidad. Un nuevo paso para la tutela de los derechos fundamentales*, “La Ley” 2010-E-376. Consultar también Albanese, Susana (Coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires 2008, ed. Ediar, *passim*, y Sagüés, María Sofía, *Desafíos del Derecho Procesal Constitucional entre el derecho procesal, el derecho constitucional y el derecho internacional: retroalimentación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad*, en Palazzo, Eugenio (Director), *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del bicentenario*, Buenos Aires 2012, ed. El Derecho; Pizzolo, Calogero, *Control de convencionalidad y su recepción por la Corte Suprema argentina*, ob. y pág. cit.
- 38 Ver por ejemplo Ibarlucía, Emilio, *La recepción del derecho internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina y el control de convencionalidad*, en “La Ley”, 2011-D-1120; Bianchi, Alberto B., *Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad*, “La Ley”, 2010-E-1080; Rosatti, Horacio D., *El llamado “control de convencionalidad” y el “control de constitucionalidad” en Argentina*, La Ley, 2012-A-911.
- 39 Cfr. Sagüés Néstor Pedro, *De la constitución nacional a la constitución “convencionalizada”*, JA 2013-IV-1342; Sagüés Néstor Pedro, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la “constitución convencionalizada”*, en “Parlamento y Constitución”, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2011, N° 14, p. 141 y sigts.; y *Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad: la “constitución convencionalizada”*, en von Bogdandy Armin von, Piovesan Flavia y Morales Antoniazzi Mariela, *Estudios avanzados de derechos humanos*, Rio de Janeiro, 2013, Elsevier editorial, p. 617 y sigts; ver asimismo Ibarlucía Emilio A., *¿Existe una constitución convencionalizada?*, LL, 2013-D-1294.
- 40 CSJN, “Brusa”, Fallos, 326:4816.
- 41 El art. 31 reza así: *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.*
- 42 Así lo hemos expuesto en Sagüés Néstor Pedro, *Teoría de la constitución*, reimpresión, Buenos Aires 2004, Astrea, pág. 281. Ver también Rey Cantor Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México 2008, Porrúa, pág. XLVI y sigts., quien propone reemplazar el principio de supremacía constitucional por el de supremacía de la convención americana sobre derechos humanos. Se ha llamado a esto, también, “supremacía convencional”.
- 43 Cfr. Sagüés Néstor Pedro, *Jean Bodin y la escuela española*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica Argentina, Rosario, 1978, págs. 74-77.
- 44 Ver, con más detalle, Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, México 2013, Porrúa, p. 336 y sigts.

¿Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano

CÉSAR LANDA

I. Concepto de diálogo

El término diálogo ha sido acuñado para describir la interrelación entre tribunales nacionales y tribunales internacionales, cuestión que tiene lugar en un contexto de proliferación de tribunales. Por su parte, el uso del término se ha diseminado en la última década, también para hacer referencia ya sea a la mera cita por un tribunal de resoluciones de otro o para describir una situación de interacción e influencias recíprocas entre tribunales.¹

La aplicación de dicho término refleja una realidad a la que Häberle ya había hecho referencia al abordar y tratar el método comparativo como quinto método de interpretación jurídica². En efecto, el modelo de Estado Constitucional contemporáneo se caracteriza por su apertura hacia el exterior y recepción de los estándares y principios del derecho internacional, debido a las obligaciones derivadas de un tratado o de la costumbre internacional. En ese sentido, se podría decir que las Constituciones son normas inacabadas o incompletas que se articulan necesariamente con la interpretación que realizan los jueces de conformidad con el Derecho Internacional, a fin que el ordenamiento nacional se dote de coherencia y plenitud.³

En ese marco el concepto de diálogo se aplica para explicar la relación entre tribunales que tienen una vinculación que se sustenta en una obligación que asumen los Estados de cumplir con fallos internacionales. En concreto, el término en mención se aplica para referirse al vínculo existente entre un tribunal internacional y las altas cortes de los países que forman parte de sistemas internacionales que gozan de una garantía jurisdiccional.

En concreto, el concepto de diálogo se caracteriza por su carácter obligatorio y no meramente facultativo, que implica que las elaboraciones o estándares de un tribunal internacional sean imprescindibles para que un tribunal nacional elabore las propias.⁴ Pero quizás el elemento más

1 LÓPEZ GUERRA, Luis. «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. coincidencias y divergencias». En: *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 32, 2013, pp. 139-158.

2 HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, México D.F.: UNAM, 2001, pp. 162-165.

3 Ruiz Manero, Juan. «Una tipología de las normas constitucionales». En: Aguiló, Joseph; Atienza, Manuel; Ruiz Manero, Juan. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel, 2007, pp. 69 ss.; asimismo, TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. Saarbrücken, 2013, pp. 50-51.

4 GARCÍA ROCA, Javier. «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitu-

importante que expresa el término “diálogo” es el trasfondo común de la tutela de los derechos y principios comunes que vinculan al derecho constitucional y el derecho internacional.

No obstante, en el caso que un tribunal recurra al uso de jurisprudencia de una corte con la que no se encuentra vinculada en los términos antes explicados, no es posible hablar de interacción entre los mismos. Sin embargo, este sería un supuesto que calificaría como el de uso de derecho o estándares extranjeros no vinculantes.

Ahora bien, la referencia al concepto de diálogo, no significa que no haya conflictos entre los interlocutores que se comunican entre sí. De hecho, la doctrina reconoce que la relación entre los tribunales puede ser conflictiva, en algunos momentos. E incluso en determinados contextos se puede señalar que este diálogo es inexistente o más bien se trata de una simulación de diálogo. En relación con ello, Bustos hace referencia al diálogo de sordos, lo que coloca en entredicho el concepto de *cross fertilization* que se encuentra en la base o fundamento del diálogo;⁵ pero de otro lado, el hecho que pueda haber discrepancias o críticas a la doctrina de un tribunal por parte de otro, no significa que no haya diálogo. En todo caso, la crítica o el desacuerdo puede ser expresión de la interrelación entre tribunales.⁶

Por otro lado, conviene señalar que el concepto de diálogo encuentra detractores, ya que suele asimilarse a las categorías ya conocidas como las del método comparado.⁷ Sin embargo, se puede afirmar que el recurso a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no necesariamente involucra una comparación. En la medida que el recurso a la comparación involucra un contraste y la construcción de un parámetro de comparación; solo cuando ocurra ello, es que es posible hablar de la aplicación del método comparado en la labor del juez constitucional.⁸ En todo caso, lo que es innegable es el hecho que los jueces y tribunales constitucionales recurren al uso del derecho extranjero para la construcción de sus argumentos, ya sea en la *ratio decidendi* o el *obiter dicta*.⁹

a. Aplicación del concepto de diálogo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)

El proceso de apertura constitucional al que se ha hecho referencia como una de los condicionantes del establecimiento de canales de interrelación entre las judicaturas, también es una característica que, al menos, en términos formales define el perfil del modelo de Estado Constitucional

cionales en la construcción de un orden público europeo». En: *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 30, p. 192.

5 BUSTOS GISBERT, Rafael. *Pluralismo Constitucional y diálogo jurisprudencial*. México, Porrúa, 2012, p.112.

6 LÓPEZ GUERRA, Luis. Op. Cit.

7 XIOL RÍOS, Juan Antonio. «El diálogo entre tribunales». En: ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Le-trados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

8 DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 235.

9 En los últimos años la doctrina ha ido desarrollando este tema, ya sea de manera genérica o focalizada. Por ejemplo, ver: GROPPI, Tania. «El papel de los tribunales en el control de las medidas contra el terrorismo internacional: ¿hacia un diálogo jurisprudencial?». En: *Revista de Derecho Político*, N.º 86, enero-abril, 2013, pp. 309-356.

de las democracias latinoamericanas.¹⁰ Así, puede que tanto la norma fundamental o la propia judicatura de los ordenamientos latinoamericanos hagan referencia al proceso de apertura constitucional y las obligaciones que se derivan de este, de manera explícita o implícita. De hecho, los tratados de derechos humanos en ordenamientos como el peruano o el colombiano son parte del llamado bloque de constitucionalidad.

Precisamente, en América Latina también se ha empezado a hablar del concepto de diálogo interjudicial no solo a partir del uso de la jurisprudencia extranjera, sino también para referirse a la aplicación de los estándares del SIDH en el ámbito de la justicia constitucional de los países de Latinoamérica. En efecto, von Bogdandy señala que dicho diálogo es manifestación o expresión de lo que se denomina *ius constitutionale commune*. Para el autor en mención en América Latina existen tres principios fundamentales que forman parte de la noción de derecho público común: los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho.¹¹ La protección de estos principios no solo se realiza en el ámbito estatal, ya que ello es insuficiente, sino también en el ámbito internacional, lo que en el ámbito americano, involucra a la Organización de Estados Americanos y más en específico a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que a través de su labor protege los derechos humanos y de manera conexa a la democracia.

En relación con ello se vienen efectuando análisis focalizados sobre la materia respecto de la influencia mutua en los temas de reparaciones, o en los temas relativos a la protección de la seguridad social. De modo que se puede afirmar que en efecto hay una interacción real y actual entre la judicatura.¹² Ello sería reflejo y consecuencia de la configuración de un escenario de pluralismo constitucional en el que los ordenamientos nacionales coexisten y se articulan bajo la regla de la horizontalidad.

No obstante, habría que tener cuenta que esta descripción ideal de lo que se denomina diálogo en el SIDH, también puede generar conflictos, como ya se ha mencionado anteriormente-. En efecto, en la práctica se han generado constantes situaciones en las que en determinados ordenamientos, la judicatura ha optado por dejar de lado la jurisprudencia de la Corte IDH de manera explícita y contradictoria, como ha ocurrido en el caso *Gelman vs. Uruguay*, o; incluso apartarse de la competencia contenciosa de la Corte IDH como acaba de realizar el Tribunal Constitucional de la República Dominicana¹³, o, incluso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

10 MORALES ANTONIAZZI, Mariela. «El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». En: BOGDANDY, Armin von, Héctor FIX-FIERRO y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coordinadores). *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México D.F.: UNAM, 2014, pp. 265 y ss.

11 BOGDANDY, Armin von. «*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual». En: BOGDANDY, Armin von, Héctor FIX-FIERRO y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coordinadores). *Óp.Cit.*, pp. 3-23.

12 GONGORA MERA, Manuel. «Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas». En BOGDANDY, ARMIN VON & otros. *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?*, tomo II. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 403-430.

13 República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0256/14 del 4 de noviembre de 2014; mediante la

como las formuladas por Trinidad y Tobago y Venezuela; así como, el transitorio retiro del Perú de la competencia contenciosa de la Corte IDH¹⁴.

En el caso del Uruguay, su Suprema Corte de Justicia ha colocado en entredicho los alcances del fallo de la Corte IDH que declaró a las leyes de autoamnistía como contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) - aun cuando estas hubieran sido convalidadas a través de un plebiscito y un referéndum por la población en ejercicio de la soberanía popular-. De hecho, la Suprema Corte señaló que la Ley 18831 (aprobada en el año 2011 con el objeto de reestablecer los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1 de marzo de 1985) era contraria a la Constitución uruguaya, porque atentaba contra el principio constitucional de legalidad y el de irretroactividad de la ley penal más gravosa”. En ese sentido, señaló estos principios que no sólo tienen consagración en la Constitución de la República, sino que constituyen garantías impuestas en los sistemas universal e interamericano de derechos humanos, que no debían soslayarse a pesar del fallo de la Corte IDH.

Ahora bien, el ejemplo mencionado es manifestación de un caso en el que las acciones del Estado son contrarias al estándar mínimo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos derivado del caso *Barrios Altos vs. Perú*, razón por la cual la Corte ha señalado que la decisión de la Suprema Corte del Uruguay es contraria al fallo condenatorio.¹⁵

Pero no todos los supuestos en los que un tribunal nacional se aparta de lo dispuesto por un tribunal como la Corte IDH significa que hay una contradicción o una ausencia de diálogo entre los jueces nacionales y el tribunal interamericano. En la medida que la relación entre ordenamientos es de horizontalidad, el hecho es que los Estados cuentan con un margen de apreciación que les permite brindar tratamiento distinto al contenido de un derecho, siempre que no se atente contra el mínimo o el contenido esencial de un derecho.

El mayor o menor margen de apreciación con el que cuentan los Estados para limitar un derecho o dotarle de contenido, depende de la naturaleza del derecho, pero también de razones relativas a la legitimidad democrática de la decisión o acción que restringe el derecho; la práctica y/o consenso de los Estados en cuanto a determinados límites relativos a la restricción de un derecho.¹⁶ Así, aunque la Corte IDH no haya abordado el concepto de “margen de apreciación”

cual declaran inconstitucional la aceptación de la competencia de la Corte IDH suscrita en 1999. Esto a raíz de la sentencia condenatoria de la Corte IDH en el caso *Personas Haitianas Expulsadas vs República Dominicana*, del 28 de agosto de 2014.

14 Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana sobre derechos Humanos, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA el 26 de mayo de 1998; la República Bolivariana de Venezuela manifestó su decisión de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 10 de septiembre de 2012; el Perú retiró en julio de 1999 su reconocimiento a la competencia contenciosa de la Corte IDH, pero en enero de 2001, caído el gobierno de Fujimori, se volvió a reconocer dicha competencia.

15 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 20 de marzo de 2013.

16 LEGG, Andrew. *The margin of appreciation in international human rights law. Deference and proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 37.

de manera expresa como en el caso del Tribunal europeo de Derechos Humanos, sí ha hecho uso del mismo en los casos contenciosos que resuelve.¹⁷

También se puede hacer referencia a los supuestos en los que existe solo una apariencia de diálogo. En este último caso, la judicatura nacional apela al uso de los estándares del SIDH pero en un sentido distinto a los propios alcances y contenido que la Corte IDH ha brindado a determinado derecho. En todo caso, se trata de un supuesto que podría calificar como de fraude en la medida que tergiversa el sentido de un fallo internacional para llegar a una conclusión distinta y opuesta a la que originalmente ha previsto la Corte IDH en la decisión nacional.

La forma en que se aborde el tema relativo al diálogo entre tribunales en el SIDH debe involucrar o tomar en cuenta los supuestos antes mencionados, con el objeto de obtener una visión equilibrada y real sobre el proceso de apertura constitucional; ello es necesario si es que se pretende afianzar la relación entre órganos jurisdiccionales con miras al fortalecimiento del modelo de Estado Constitucional Cooperativo.

II. Justicia Constitucional peruana y el uso de los estándares derivados de la jurisprudencia de la Corte IDH

Se puede afirmar que la justicia constitucional peruana no ha sido ajena a los estándares de la Corte IDH y del ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De hecho, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución del Perú de 1993 establece un mandato interpretativo que incorpora la aplicación de los tratados de derechos humanos a nivel de la Constitución. De hecho, el propio Código Procesal Constitucional establece un mandato en el artículo V del Título Preliminar establece que los derechos protegidos por los procesos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales creados según tratados de los que el Perú es parte, como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ahora bien, la relevancia del uso de la jurisprudencia de la Corte IDH en la *ratio decidendi* de los fallos también puede variar, e ir desde el uso *ad abundantiam* hasta el de creación de nuevos criterios y estándares de protección de un nuevo derecho.¹⁸ Como fuere, a lo largo de los catorce años en los que el Tribunal Constitucional restableció su funcionamiento (post-dictadura) se puede identificar ha pasado por dos etapas de la interacción del Tribunal Constitucional con los

17 GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2010, pp. 107 ss.; asimismo, para un análisis de la aplicación del margen de apreciación a partir del análisis de normas constitucionales contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, revisar TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *Legitimidad de la Corte Interamericana para controlar normas constitucionales*. Trabajo de fin de Máster, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014 s/p.

18 QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008; asimismo, TORRES ZÚÑIGA, Natalia. *El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano....*, op. cit.

estándares de derecho internacional: i. Incorporación de la doctrina y estándares derivados del SIDH; ii. Manipulación de los estándares del SIDH.

En la primera etapa se puede señalar que el Tribunal Constitucional ha incorporado los estándares interamericanos de una forma menos intensa hacia una de mayor interacción con la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Así, ha pasado de reconocer que los tratados tienen rango de ley y forman parte del bloque de constitucionalidad a señalar que tienen rango constitucional y son de aplicación directa en el ordenamiento jurídico. A esta primera etapa pertenecen los casos relacionados con la reinterpretación de la pena de muerte, el de amparo electoral y el relativo a la cosa juzgada y *ne bis in ídem*;¹⁹ estos son un ejemplo claro del diálogo y la interacción entre la Corte IDH y el Tribunal Constitucional peruano.

En relación con la segunda etapa, la práctica del Tribunal Constitucional ha involucrado el desconocimiento de fallos condenatorios como el caso del “Penal el Frontón” donde el Tribunal Constitucional desconoció las sentencias de la Corte IDH (Durán Ugarte y Neyra Alegría), o; si bien el TC hace mención a los estándares del SIDH en base a la jurisprudencia de la Corte IDH, dichas reglas han sido tergiversadas, para avalar situaciones injustas o para justificar situaciones contrarias a los valores de la Constitución peruana. Al respecto, se puede hacer mención al caso relativo a la inconstitucionalidad de la ley de la justicia militar, a los fallos Panamericana Televisión y Químper, entre otros. En todo caso, el uso de los estándares ha significado una concordancia meramente formal en relación con fuerza pasiva y activa que se le atribuye a los tratados de derechos humanos en el ordenamiento peruano.

En el presente trabajo se desarrollarán los casos relativos a la manipulación de los fallos de la Corte IDH, pero al mismo tiempo, se hará referencia a los casos no relacionados con la Corte IDH, pero sí de tribunales como la Corte Europea de Derechos Humanos, que también sirven de ejemplo para colocar en evidencia la tergiversación del sentido del recurso al derecho extranjero.

1. Manipulación de la jurisprudencia de la Corte IDH

Los estándares derivados de la Corte IDH gozan de legitimidad en el ordenamiento peruano, pues es un referente para los operadores en el ámbito de la justicia constitucional, además del hecho que la Constitución establece una cláusula de apertura constitucional como la Cuarta Disposición Final y Transitoria, que el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional²⁰ y el propio Tribunal Constitucional haya establecido que las sentencias de la Corte Interamericana son vinculantes independientemente de que involucren o no al Estado peruano.²¹

19 LANDA ARROYO, César. “El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano. Entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia constitucional”. En *Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y riesgos* ((S. Castañeda, coordinadora). Lima: Adrus, 2014, pp. 219-254.

20 Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales: El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

21 STC recaída en expediente N° 02730-2006-PA/TC, FJ. 12.

Sin embargo, como ya se mencionó, a partir del año 2008, el uso de los estándares del SIDH se ha tergiversado, así, en determinados fallos se ha utilizado un estándar para situaciones jurídicas distintas a las que no es plenamente aplicable todo lo expuesto por la Corte IDH, o simplemente se hace mención a la jurisprudencia de dicho tribunal, para construir argumentos que en su conjunto son contrarios a los estándares del SIDH.

a. Justicia Militar y jueces militares en condición de actividad

Una de las primeras sentencias en las que se aprecia el cambio del Tribunal Constitucional respecto del uso de los estándares del SIDH es el fallo recaído en el expediente N° 0001-2009-PI/TC²² en el que se declaró la constitucionalidad de la ley N° 29182 que regula la Organización y Funciones del Fuero Militar Policial. En esta sentencia el Tribunal Constitucional tergiversó los fallos de la Corte IDH (*Durand y Ugarte vs. Perú*, entre otros) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH (*Morris vs. Reino Unido*) para justificar que la composición de los tribunales de este fuero, por militares en actividad, no era contraria a las garantías de la independencia e imparcialidad.

El fallo de análisis significó un cambio en la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de jurisdicción militar. De hecho, esta sentencia atentó contra la cosa juzgada constitucional,²³ pues se declaró conforme con la Constitución una norma que recogía elementos materiales de leyes anteriores (Decreto Ley N° 23201 y Leyes 28665 y 28934) que habían sido declaradas inconstitucionales, respecto de los dispositivos relativos a la composición de los tribunales militares por miembros de las Fuerzas Armadas en situación de actividad, o al hecho que fuesen nombrados por el Poder Ejecutivo (en el caso de los vocales supremos) y por el Tribunal Supremo Penal Militar (en el caso de los tribunales de inferior jerarquía).

Los avances que el Tribunal Constitucional planteó en los fallos recaídos en los expedientes N° 023-2003-AI/TC, 0006-2006-AI/TC, 0012-2006-AI/TC, como la incompatibilidad entre la condición de militar en actividad y el cargo de juez, el nombramiento de los magistrados por el Consejo Nacional de la Magistratura,²⁴ nunca fueron respetados por el Congreso de la República (2006-2011) que siempre legisló en contra de los avances en materia de independencia e imparcialidad de la jurisdicción penal militar. Ahora bien, el hecho que un Tribunal modifique su línea jurisprudencial es una alternativa posible, pero el cambio debe realizarse en función de razones de orden material.²⁵

22 Suscrita por los magistrados: Vergara Gotelli, Mesia Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, con el voto singular del magistrado Landa Arroyo.

23 STC recaída en expediente N° 0005-2007-PI/TC, FFJJ. 39-46. También GARROTE CAMPILLAY, Emilio Alfonso. «Cosa juzgada constitucional sui generis y su efecto en las sentencias del tribunal constitucional en materia de inaplicabilidad e inconstitucionalidad». En *Estudios Constitucionales*, volumen 10, N° 2, 2012, pp. 391-428.

24 El nombramiento de jueces y fiscales pertenece por atribución constitucional al Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150 de la Constitución). De hecho este fue un aspecto planteado en el fallo recaído en el expediente N° 0006-2006-AI/TC, FFJJ 41-48.

25 El el 140° Periodo de Sesiones del año 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo conoci-

Al respecto, cabe señalar que los fundamentos del cambio de línea jurisprudencial fueron el de la manipulación del recrudecimiento del terrorismo aliado al narcotráfico y la urgente necesidad gubernamental de entonces de impulsar el desarrollo económico y la superación de la pobreza²⁶; cuando en realidad se aplicaba un programa económico neoliberal, de desprotección social. Sin embargo, bajo tal lógica se podría justificar la constitucionalidad de cualquier ley, aun cuando los medios que se pretendieran legitimar a través de su aprobación fueran contrarios a los principios que se desprenden de la Constitución.²⁷

Esta argumentación se apoyó en el uso de jurisprudencia de la Corte IDH y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para afirmar de modo expreso que estas “no consideran que la existencia de tribunales militares, conformados por militares en actividad, sea *per se* contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos”.²⁸ No obstante, al realizar un contraste entre las citas de las sentencias de la Corte IDH que han sido utilizadas por los magistrados en mayoría con los fallos de dicho tribunal interamericano, se observa que aquellos eliminaron párrafos pertinentes que precisamente dan cuenta de que el tribunal interamericano se pronunció sobre la incompatibilidad de la composición de los tribunales militares por miembros de las fuerzas armadas en servicio activo en relación con el artículo 8.1 de la Convención Americana (referido a las garantías de independencia e imparcialidad).

Así, en el caso *Durand y Ugarte*, en el que la Corte IDH declaró que la conformación de los tribunales militares peruanos por militares en actividad era contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue relativizada por el tribunal peruano. Al respecto, en el fallo en mayoría se argumentó que la Corte IDH nunca se había referido a la incompatibilidad de la composición de militares en servicio activo para el caso de juzgamiento de otros militares por la comisión de delitos de función, sino únicamente para el supuesto de civiles procesados por delito de terrorismo, ya que ello afectaba el derecho al juez natural de estos últimos y porque los jueces ostentaban el rol de juez y parte pues también combatían contra los miembros de los grupos terroristas a quienes luego juzgaban.

De acuerdo con el Tribunal estas consideraciones derivadas de *Durand y Ugarte*, así como de otros casos como *Cantoral Benavides*, *Castillo Petruzzi*, entre otros, no era aplicable al modelo de jurisdicción militar creado por la ley N° 29182, en un contexto democrático, distinto al de la década del noventa, pues en el sistema actual se aseguraba el juzgamiento únicamente de militares en el seno del fuero castrense por delitos de función.

Pero al mismo tiempo, se señaló que el caso *Durand* no se había referido a la incompatibilidad de la condición de actividad de los militares que al mismo tiempo ejercían como magistrados del fuero militar para el juzgamiento de los militares en ejercicio de sus funciones. Sin embargo, si se

miento del cambio jurisprudencial sobre la materia, y el Presidente de este órgano internacional indicó que se haría un seguimiento sobre la materia.

26 STC recaída en expediente N° 0001-2009-PI/TC, FJ. 16.

27 STC recaída en expediente N° 0001-2009-PI/TC. Voto singular del Magistrado César Landa Arroyo.

28 STC recaída en expediente N° 0001-2009-PI/TC, FJ. 42.

analiza los párrafos que no fueron citados por el Tribunal Constitucional, se puede observar que este obvió referirse a las consideraciones de la Corte IDH, que por el contrario, sí se referían al asunto relativo a los jueces que ostentan una doble condición. Así, se tiene lo siguiente:

| Extractos de decisiones de organismos internacionales de DDHH citados por la decisión en mayoría del TC | Extractos completos de decisiones de organismos internacionales de DDHH ²⁹ |
|--|---|
| <p>Corte Interamericana de Derechos Humanos:</p> <p>117. En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, <u>debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.</u></p> <p>118. En el presente caso, los militares encargados de la delación del motín ocurrido en el penal El Frontón hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función, lo que provocó la muerte de un gran número de reclusos. <u>Por lo tanto, los actos que llevaron a este desenlace no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no.</u> (Subrayado agregado)</p> | <p>Corte Interamericana de Derechos Humanos:</p> <p><i>Caso Durand y Ugarte vs. Perú:</i></p> <p>117. [párrafo completo]</p> <p>118. [párrafo completo]</p> <p>126. (...) los militares que integraban dichos tribunales eran, a su vez, <u>miembros de las fuerzas armadas en servicio activo</u>, requisito para formar parte de los tribunales militares. Por tanto, <u>estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial.</u> [resaltado agregado]</p> |

Igualmente, en el fallo se hizo mención a los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). El Tribunal Constitucional de modo fraudulento señaló que la Comisión Interamericana había opinado que el nombramiento de los jueces militares por parte del Poder Ejecutivo no interfiera con la labor de estos en el juzgamiento de los delitos de función.³⁰ Con todo, si se tiene en cuenta que en el Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú (2000), que también fue descontextualizado por el máximo intérprete,³¹ se puede observar que para la CIDH, el fuero militar no era un verdadero sistema judicial pues dependía del Poder Ejecutivo y el hecho que jueces del sistema militar se encontraran en servicio activo, los colocaba “en la posición de juzgar a sus compañeros de armas, tornando ilusorio el requisito de la imparcialidad”.³² En ese sentido, este es otro ejemplo claro del uso fraudulento de los estándares del SIDH por parte del órgano de control constitucional en el ordenamiento peruano.

29 STC recaída en expediente N° 0001-2009-PI/TC. Voto singular del Magistrado César Landa Arroyo. Cuadro elaborado por el juez en mención.

30 STC recaída en expediente N° 0001-2009-PI/TC, FJ. 49.

31 STC recaída en expediente N° 0001-2009-PI/TC. Voto singular del Magistrado César Landa Arroyo.

32 STC recaída en expediente N° 0001-2009-PI/TC. Voto singular del Magistrado César Landa Arroyo. OEA. *Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú.* OEA/Ser.L/V/II.106 Doc.59.

Pero lo señalado por el Tribunal Constitucional es contrario a lo indicado por la propia Corte IDH que en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, mencionó de manera específica que el hecho que los jueces militares fueran integrantes de las Fuerzas Armadas en servicio activo, se encontrasen subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, y que su nombramiento no dependiera de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, entre otros aspectos, involucraba que estos carecieran de las garantías de independencia e imparcialidad.³³

Para el Tribunal Constitucional, sin embargo, en el caso peruano, la estructura penal militar configurada en la Ley N° 29182 superaba las limitaciones del caso chileno. De acuerdo con su argumentación el hecho que la ley estableciera que los oficiales de servicio, pudieran acceder al cargo de jueces, mediante concurso público de méritos y que señalase expresamente que los jueces militares peruanos no están subordinados a los superiores en grado dotaba a la estructura penal militar de las garantías de independencia.³⁴ No obstante lo mencionado, cabría indicar que la regla de la subordinación como elemento determinante de la estructura penal militar, cuando los jueces son militares en actividad, ya sea que califiquen como personal de servicio o de armas, no puede soslayarse con una mera regla de carácter legal que señale lo contrario; además no existen alternativas que sean conformes con la Constitución y que a la vez admitan que los oficiales en actividad juzguen a sus compañeros de armas.

Igualmente, en el caso emitido por el TEDH, el Tribunal Constitucional señaló que dicho órgano había admitido que los tribunales militares compuestos por miembros del fuero castrense, en actividad, podía constituirse con las garantías de independencia e imparcialidad.³⁵ Sin embargo, el fallo en mayoría no tuvo en cuenta que en el caso *Morris vs. Reino Unido* (2002), el Tribunal Europeo también afirmó que la independencia de un juez se medía, entre otras cosas, por la forma de designación y la duración del mandato; la existencia de garantías frente a presiones externas; la apariencia de independencia del colegiado.³⁶ Así, no se tuvo en cuenta que en el caso mencionado el TEDH consideró que la estructura de la jurisdicción militar del ejército inglés era contraria al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues se trataba de jueces *ad hoc*, que no contaban con formación jurídica, eran de rango inferior y estaban sometidos a la disciplina militar.

De hecho, en la cita del caso *Morris* que ha sido obviada por el fallo en mayoría se puede observar que el Tribunal Europeo se refiere al caso *Findlay vs. Reino Unido* (1997) en el que analizó la composición de los tribunales militares del ejército inglés, y en la medida que este no cumplía con las garantías de independencia se condenó al Reino Unido, por la violación del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

33 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párrafo 155.

34 STC recaída en expediente N° 0001-2009-PI/TC, FEJJ 77-78.

35 STC recaída en expediente N° 0001-2009-PI/TC, FEJJ 43-45.

36 STC recaída en expediente N° 0001-2009-PI/TC. Voto singular del Magistrado César Landa Arroyo.

Al momento de la emisión del fallo *Findlay*, la jurisdicción militar inglesa tenía dos características: un oficial de armas tenía la competencia para convocar a la Corte Marcial, formular la acusación contra el procesado en el fuero castrense, nombrar a los jueces de la Corte, que además se encontraban subordinados en la cadena de mando respecto del “oficial”, el cual además confirmaba el sentido del fallo de dicha Corte; todo ello era contrario a las características de la independencia e imparcialidad antes reseñadas.³⁷

En todo caso, el uso de la jurisprudencia del TEDH, a partir de citas incompletas, aplicadas en sentido abstracto, sin tener en cuenta las características de los casos resueltos en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en la práctica denotan que la selección de párrafos se realiza en función de la orientación que tendrá la sentencia nacional, aun cuando ello signifique manipular o utilizar fraudulentamente el recurso al derecho extranjero.

En ese sentido, si se analiza la composición de los tribunales militares nacionales, se observa que tampoco cumplen con las garantías objeto de comentario, pues no cumple necesariamente con la apariencia de “imparcialidad” y la garantía de independencia. La Corte IDH y el TEDH han sido claros en el tema relativo a la dependencia jerárquica en la cadena de mando como un elemento contrario a los artículos 8.1 de la CADH y 6 del CEDH, sin embargo, para el Tribunal peruano el hecho que la ley señale lo contrario parece ser un elemento suficiente, aun cuando la realidad esté definida por el criterio de la subordinación.

b. Escuchas telefónicas y excepción a la prohibición de la prueba ilícita

El fallo recaído en el expediente N° 00655-2010-PHC/TC (caso Químper)³⁸ es un hábeas corpus en el que el demandante discute el uso de la prueba ilícita³⁹ en la investigación penal que se le había iniciado por los actos preparatorios de un delito de corrupción, sobre la base de pruebas obtenidas con afectación de su derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, que habían sido difundidas en televisión y prensa escrita.

Aunque en ese extremo la demanda fue declarada improcedente, el Tribunal estableció en sus consideraciones sobre el tratamiento de la prueba prohibida como derecho fundamental, que se había vulnerado el derecho a la intimidad del demandante, al haberse divulgado en medios de comunicación el contenido de los audios sin autorización del señor Químper (además del hecho que habían sido obtenidos de modo ilícito). Si bien la demanda no lo solicitaba, pues el petitorio de la misma era la declaración de nulidad del auto de apertura de instrucción, el Tribunal hizo

37 TEDH. *Findlay vs. Reino Unido*, 1997. Para un análisis de la materia revisar: CONTRERAS, Pablo. «Independencia e Imparcialidad en Sistemas de Justicia Militar: Estándares Internacionales Comparados». En *Estudios Constitucionales*, volumen 9, N° 2, 2011, pp. 191-248.

38 Suscrita por los magistrados: Mesia Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani.

39 Hay que distinguir este supuesto del caso relativo a la prueba prohibida. En este último caso se puede hacer referencia al literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que reconoce que carecen de valor las declaraciones obtenidas por: a) la violencia moral, psíquica o física; b) la tortura, y c) los tratos humillantes o denigrantes. La prueba ilícita se refiere a supuestos distintos, o no prohibidos de manera expresa por la Constitución.

referencia a la necesidad de sancionar la interceptación y divulgación de los audios del demandante, ya que se habían obtenido y dado a conocer sin su consentimiento, aun cuando este asunto no haya sido parte de la pretensión del caso.⁴⁰

Para construir su argumentación respecto de la ilicitud de las pruebas, el Tribunal hizo referencia al fallo *Escher y otros vs. Brasil* emitido por la Corte IDH, en el que se había discutido el tema relativo a la licitud del levantamiento del secreto de las comunicaciones en el marco de un proceso judicial y a la difusión de los audios en medios de comunicación. Al respecto, el Tribunal recogió las consideraciones de la Corte IDH relativas a la prohibición de la injerencia en el derecho a la intimidad de los individuos, señalando que para que esta fuera legítima (tanto en el caso de la intimidad como en el relativo a la inviolabilidad de las comunicaciones) debía encontrarse prevista en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneas, necesarias y proporcionales en una sociedad democrática.⁴¹

De hecho, esa es la regla general que se aplica para todo supuesto de restricción de un derecho fundamental y en efecto la propia Constitución señala en el artículo 2.10 que el secreto de las comunicaciones se levanta solo por mandato motivado del juez. En ese sentido, se podría decir que la mención al caso *Escher* en la práctica involucra un uso *ad abundatiam* de la jurisprudencia de la Corte IDH y, así, el tema pasaría desapercibido si es que el Tribunal no hubiera emitido una opinión sobre la naturaleza de la información interceptada.

En efecto, el TC indicó que las conversaciones telefónicas del beneficiario no constituían información de interés público, para señalar que la divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional (un tema ajeno al objeto de la demanda).⁴² Este es un punto de partida que sirve para cuestionar el razonamiento del Tribunal Constitucional respecto del uso de la prueba ilícita para iniciar una investigación penal.

Por cuanto, habría que cuestionar la afirmación del Tribunal cuando calificó las conversaciones del demandante como un asunto de interés privado, y en segundo lugar, se debe criticar que determinada información se descalifique *per se* porque no la obtuvo un agente del Estado sino un particular, de modo que prevalezca la condición del agente que realiza la interceptación telefónica antes que la naturaleza de la información.

Sobre el caso *Químper* se podría decir que en la medida que los audios revelaban la posible comisión del delito de tráfico de influencias, cohecho pasivo, patrocinio ilegal, que realizó el procesado junto con Rómulo León (ex ministro aprista) al más alto nivel de la empresa pública Peru-Petro, a fin de que una empresa noruega *Discover Petroleum* obtuviera concesión de lotes petroleros-, entonces las conversaciones sí constituían información de interés público. De hecho, el que una empresa de seguridad (*Buisness Track*) haya sido la que obtuvo la información de modo ilícito, ya que no contaba con autorización judicial para realizar interceptaciones telefó-

40 STC recaída en expediente N° 00655-2010-PHC/TC, FJ. 20.

41 STC recaída en expediente N° 00655-2010-PHC/TC, FJ. 19.

42 STC recaída en expediente N° 00655-2010-PHC/TC, FJ. 20.

nicas⁴³, no obsta que el juez en un proceso penal lleve a cabo un ejercicio de ponderación de las pruebas para determinar si las escuchas telefónicas obtenidas por particulares de modo ilícito contribuyen al juzgamiento de la causa y por ende deban admitirse porque existe un interés mayor en establecer una sanción.

De hecho, las consideraciones sobre el interés público de la información antes descrita, habrían permitido que el Tribunal matizara su apreciación respecto al uso de la prueba prohibida, de modo que no rechazara con una interpretación formal y restrictiva la lucha del Estado contra la corrupción, ni mucho menos adoptara una postura cuasi absoluta sobre la materia. En efecto, la admisibilidad de las pruebas ilícitas en un proceso penal no es una práctica que sea necesariamente contraria al debido proceso o que signifique que la intimidad ha sido afectada en su contenido esencial.⁴⁴

Al respecto, en el ámbito del derecho continental se aplica el test de proporcionalidad para determinar que en determinados casos los medios y/o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente son admisibles, luego de un examen de ponderación o de la aplicación del test de proporcionalidad entre los principios que se encuentran en juego a partir de la admisibilidad o no admisibilidad de la prueba ilícita.⁴⁵ Igualmente, en Estados Unidos de América, la regla de exclusión aplicable a las pruebas ilícitas en los procesos judiciales⁴⁶, admite excepciones basadas en el principio de buena fe y el descubrimiento inevitable.

El Tribunal no enunció ninguno de estos alcances, bajo el pretexto de que en la medida que el proceso contra Químper no había concluido y que un pronunciamiento sobre la materia era prematuro. Sin embargo, ello no guarda coherencia con el hecho que el Tribunal Constitucional sí haya establecido en abstracto el contenido de la prueba prohibida y que haya afirmado que los audios del caso Químper no constituían información de interés público.

Asimismo, conviene reiterar que la decisión del Tribunal Constitucional en realidad fue más allá de lo solicitado por el demandante, ya que se pronunció respecto de los límites a los que se encuentran sometidos los medios de comunicación, a pesar de que, de acuerdo, con la pretensión del caso se debía definir si el auto de apertura de instrucción debía declararse nulo o no. Al momento de afirmar que la presunta comisión de un delito como el de tráfico de influencias y otros no constituía información pública, en la práctica tomó posición que le permitió desconocer

43 No es un sujeto autorizado por la ley para solicitar al juez el levantamiento del secreto de las comunicaciones, pero sí para llevar a cabo la interceptación cuando medie una autorización judicial. La Ley N° 27697 establece que los fiscales y procuradores públicos pueden solicitar el levantamiento del secreto de las comunicaciones a los jueces en delitos como el de corrupción, tráfico ilícito de drogas, entre otros.

44 De hecho en los casos de corrupción en la dictadura fujimorista se han sustentado en las pruebas o videogra-baciones que fueron realizadas sin el consentimiento de los involucrados, pero que se utilizaron para procesar y sancionar a funcionarios públicos, congresistas, entre otros, involucrados en delitos de corrupción.

45 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. «El problema de la “prueba ilícita”: un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal». En *Themis*, Segunda Época, N° 43. Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, Lima, pp. 137-158.

46 La regla de la exclusión forma parte de la Cuarta y Décimo Cuarta Enmiendas de la Constitución de Estados Unidos de América. Caso *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, de 1961.

que se trataba de un supuesto que no se encuentra dentro del contenido constitucionalmente protegido de la intimidad frente a la divulgación de información por parte de los medios de comunicación.

El Tribunal Constitucional, al momento de tratar lo relativo a la divulgación de los audios a través de los medios de comunicación estableció las siguientes pautas, a partir del caso Escher en los términos siguientes:⁴⁷

- a. Cuando las conversaciones telefónicas son de carácter privado y no constituyen información pública, su divulgación requiere de la autorización de los interlocutores, caso contrario, su divulgación se torna ilegítima [párrs. 129 y 147].
- b. La divulgación de cintas grabadas sin la autorización de los interlocutores configura una violación del derecho a la honra y a la dignidad de toda persona, en el cual se incluye su privacidad, según el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, leído en conjunto con los artículos 30 y 32.2 del mismo instrumento [párr. 147].
- c. La divulgación de conversaciones telefónicas que se encuentran bajo secreto de justicia por agentes del Estado implica una injerencia en la vida privada, la honra y la reputación de los interlocutores [párr. 158].

Sin embargo, lo mencionado en realidad refleja un uso meramente de ornato, pues aunque se hizo mención a que en los supuestos en los que se encontraba de por medio información pública no era necesaria la autorización para su divulgación;⁴⁸ lo cierto es que para el máximo intérprete de la Constitución, este no sería un supuesto aplicable al caso Quimper.

Incluso, en sus consideraciones finales, se aparta de lo dispuesto en el caso Escher, para señalar que incluso en los temas de interés público, es necesario contar con la autorización de los interlocutores grabados o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público.⁴⁹ Esto fue entendido como un caso de censura previa, algo que es contrario a la Constitución de 1993 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

La sentencia que es comentada debido al rechazo ciudadano y de los medios de comunicación social fue objeto de una Aclaración por parte del Tribunal Constitucional; en la resolución emitida se indicó que el control sobre la eventual afectación del derecho a la intimidad u otros en la que incurren eventualmente los medios de comunicación, es *a posteriori* y no previo.⁵⁰

Finalmente, habría que señalar que en el fallo el Tribunal parece haber hecho referencia a la tipicidad de la divulgación de información, que siendo de interés público, afecta la intimidad. No obstante, la crítica que se ha planteado es que en el ordenamiento nacional la divulgación de audios obtenidos como resultado del delito de interceptación telefónica no se encuentra tipificado en el ordenamiento; además si es que las acciones de divulgación de los medios de comunicación

47 STC recaída en expediente N° 00655-2010-PHC/TC, FJ. 22.

48 STC recaída en expediente N° 00655-2010-PHC/TC, FJ. 22.a.

49 STC recaída en expediente N° 00655-2010-PHC/TC, FJ. 23.

50 Resolución recaída en expediente N° 00655-2010-PHC/TC, FJ.7.

eventualmente involucraran un delito de violación a la intimidad, lo cierto es que este es perseguible por acción privada. De ese modo, lo señalado por el Tribunal respecto a las acciones que debía tomar el Estado para sancionar la difusión de los audios, también son discutibles.⁵¹

c. Caso Panamericana y derecho de propiedad

Otro caso de manipulación de la jurisprudencia interamericana en el ordenamiento nacional es el fallo recaído en la sentencia recaída en el expediente N° 04617-2012-PA/TC⁵². Este caso es relevante porque refleja que la aplicación de conceptos como el de control de convencionalidad para la resolución de un caso que refleja que la justicia constitucional no necesariamente se imparte en defensa de la Constitución sino para desconocer su fuerza normativa y los principios y valores que la fundamentan.

En concreto, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por el representante de la empresa Panamericana Televisión S.A. contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) en la que solicitó se declare inexigible la deuda tributaria que había acumulado la empresa entre los años 2003 y 2009, ya que en opinión del demandante, dicho cobro afectaba su derecho fundamental a la propiedad.

El Tribunal declaró fundada la demanda y señaló que la deuda tributaria era inexigible, para lo cual señaló que el Estado, y en concreto, el Poder Judicial era el responsable de haber nombrado un administrador judicial designado que no cumplió con el pago de las obligaciones tributarias de la empresa demandante, que además de acuerdo con la sentencia fue ilegalmente impuesta -en el marco de un proceso civil y que tuvo efectos entre el 2003 hasta el año 2009-; también declaró que la omisión de SUNAT en el deber de evitar el incumplimiento de las obligaciones tributarias de la empresa generó que esta adquiriera deudas exorbitantes.

(..) los pronunciamientos judiciales que despojaron a la actual administración del control del mencionado canal de televisión resultan bastante discutibles. No sólo por haberse recurrido a jueces incompetentes en razón del territorio sino porque, en buena cuenta, pretendieron arrebatarlo a sus legítimos propietarios a través de espurias medidas cautelares y posteriores intentos de modificar la participación accionaria.

(...)

Por ello, sorprende la pasividad de la SUNAT en fiscalizar y ejecutar dicha deuda a Panamericana Televisión cuando estuvo administrada por Genaro Delgado Parker. Por más discrecionales que sean sus facultades, éstas no pueden amparar el tratamiento exageradamente permisivo con que ha sido tratada la empresa mientras estuvo gestionada por la administración anterior.

51 GARCÍA NAVARRO, Edward. «Criminalizando desde el Tribunal Constitucional la difusión de lo interceptado». En *Boletín N° 3, Estudio Oré Guardia Abogados*, disponible en: <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/boletines/Boletin-3.pdf>

52 Suscrita por los magistrados: Mesia Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, con el voto singular de los magistrados Urviola Hani y Vergara Gotelli.

Aunque los tributos no pueden ser entendidos como sanciones, en las actuales circunstancias, imputar íntegramente la deuda tributaria dejada de pagar al grupo económico perjudicado con dicha suerte de expropiación judicial es, en buena cuenta, una medida carente de racionalidad y, en la práctica, una sanción anómala que termina por vulnerar el derecho de propiedad de la recurrente y que este colegiado se encuentra en la obligación de proteger.⁵³

En específico, el Tribunal Constitucional recurrió a la jurisprudencia de la Corte IDH para sustentar el sentido del fallo. En ese sentido, realizó un desarrollo del concepto de control de convencionalidad en su dimensión vertical y horizontal, para luego hacer uso de las resoluciones de supervisión de sentencia del caso *Baruch Ivcher vs. Perú*. En concreto, el Tribunal aplicó la regla de la Corte IDH que señala que una de las formas de reparación a favor de Baruch Ivcher es la abstención de cobrar aquellos tributos, multas y/o interés moratorios generados durante la administración ilegal del canal 2.⁵⁴

Pero esta sentencia no analiza si los hechos del caso *Baruch Ivcher vs. Perú* son comparables o no con los del caso Panamericana Televisión. En efecto, no se construye un parámetro de semejanza entre ambos casos, que permita llegar a una conclusión como la de declarar inexigible el pago de la deuda tributaria de la empresa en mención, o en todo caso, equiparar la situación del caso *Ivcher vs. Perú* con la de Panamericana Televisión, ya que en el razonamiento del Tribunal en ambos casos el Estado termina siendo el responsable de las violaciones o afectaciones a los derechos de ambos sujetos.

No debe perderse de vista que el caso *Ivcher* se contextualizó en el régimen dictatorial de Alberto Fujimori. Al señor *Ivcher*, propietario de un canal de televisión (canal 2), se le despojó de la nacionalidad peruana con el objeto de desplazarlo del control editorial del Canal 2 en la medida que este medio era de oposición al gobierno y hacía denuncias de graves violaciones a derechos humanos y de corrupción. Pero al mismo tiempo, no debe perderse de vista que en el caso de *Ivcher*, los derechos afectados fueron los de una persona natural y no los de una persona jurídica, que cuenta con autonomía patrimonial y subjetiva;⁵⁵ de modo que la negligencia de una administración ilegal o impuesta no generaba o afectaba la obligación tributaria de la persona jurídica (Panamericana Televisión).

Volviendo sobre el pronunciamiento de la Corte IDH en una resolución de supervisión de sentencia, debe indicarse que la Corte IDH se pronunció respecto de una sentencia del Tribunal Constitucional en la que se declaró infundada la demanda de amparo de Baruch Ivcher contra el Ministerio de Economía y Finanzas, en la que solicitaba que el Estado dejara de llevar a cabo acciones de cobranza coactiva de una serie de deudas tributarias que se generaron durante el

53 STC recaída en el expediente N° 04617-2012-PA/TC, FFJJ. 21-23.

54 CORTE IDH. Resolución del 24 de noviembre de 2009, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Supervisión de cumplimiento de sentencias, párrafos 34, 40, 41, 43 y 45.

55 LANDA ARROYO, César. ¿Inexigibilidad de la deuda tributaria de Panamericana Televisión? Análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 04671-2012-PA/TC, en: *Actualidad Empresarial*, N° 303, 2014,

periodo comprendido entre el 5 de setiembre de 1997 y el 30 de marzo de 2001, periodo en el que el referido canal de televisión estuvo administrado por sus socios minoritarios, luego de que a Ivcher se le despojara de la nacionalidad peruana.

Al respecto, el Tribunal Constitucional consideró que de la sentencia Baruch Ivcher vs. Perú no se desprendía que el Estado tuviera la obligación relativa con la deuda tributaria de la empresa de Ivcher con el Estado Peruano, y, mucho menos que esta se haga extensible para la empresa Panamerica; igualmente consideró que los órganos jurisdiccionales no tenían competencia para establecer exenciones, exoneraciones o condonaciones de deudas tributarias, pues dicha competencia era del legislador, conforme al artículo 74 de la Constitución. Pero también se tuvo en cuenta que las obligaciones tributarias eran de la persona jurídica y no del señor Ivcher y en razón de ello la demanda se declaró infundada.⁵⁶

En ese sentido, se podría decir que el criterio de la Corte IDH difiere del establecido por el Tribunal Constitucional en relación con el caso de Ivcher. Si es que cabe una crítica a la decisión de la Corte IDH, esta difiere del fallo peruano en el hecho que considera que las deudas tributarias de la empresa de televisión afectan el capital de Ivcher, o más bien su derecho a la propiedad. En todo caso, debe tenerse presente que la forma en que se reparó a Ivcher no concuerda necesariamente con las reglas del derecho interno nacional, en el que el patrimonio de una persona jurídica es distinto al de la persona natural que es accionista o socia de aquella.

En el caso en concreto, habría sido necesario que el Tribunal Constitucional hubiera tomado una decisión sobre la base del concepto de margen de apreciación antes que de asimilación del fallo en análisis. En efecto, el caso Ivcher debiera entenderse como una situación excepcional generada por las graves violaciones a su derecho a la nacionalidad y no necesariamente al derecho de propiedad, en un contexto de dictadura, pero ello no puede significar que el Estado no esté habilitado a adoptar una decisión que no es coincidente con las consideraciones de la Corte IDH, sin que ello signifique desconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia de la corte interamericana.

Haber manipulado el estándar de la Corte IDH en materia tributaria ha privado al Estado de la obtención de recursos públicos para cumplir sus fines constitucionales, a través de un análisis contrario a Derecho. No debe perderse de vista que nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, en tanto preocupado por la realización material de la persona, requiere de recursos públicos que le permitan cumplir con su función constitucional. La mayor fuente de ingresos del Estado proviene de los tributos válidamente establecidos y generados, por lo que exonerar del pago de los mismos a la empresa Panamericana Televisión S.A. se torna una grave infracción a los fines señalados por nuestra Constitución Política de 1993.

56 STC recaída en expediente N°1993-2008-PA/TC, FJ. 9.

d. Caso Tineo Cabrera y debido proceso en las Comisiones de Investigación en sede parlamentaria

El caso recaído en el expediente N° 0156-2012-PHC/TC (Caso Tineo Cabrera)⁵⁷ se trata de un proceso de habeas corpus planteado por un ex vocal de la Corte Suprema de Justicia que tenía por objeto la declaración de nulidad del proceso de antejuicio, que mediante Resolución Legislativa N° 013-2003-CR dio a lugar que el recurrente fuera procesado por el delito de asociación ilícita para delinquir, así como la nulidad de todo el proceso penal en su contra, ya que se había afectado el derecho al debido proceso del demandante.

En el fallo en mención, el Tribunal Constitucional abordó una serie de temas relacionados con el desarrollo del debido proceso en sede parlamentaria. En ese sentido recogió la jurisprudencia del caso Tribunal Constitucional vs. Perú,⁵⁸ el caso Barreto Leiva vs. Venezuela⁵⁹. Ahora bien, aunque la mención a estos fallos es el punto de partida del examen de fondo de la demanda, lo cierto es que las consideraciones sobre el debido proceso en sede parlamentaria podría percibirse como positivas en la medida que el Tribunal Constitucional se apoya en las sentencias de la Corte IDH relativas al debido proceso; sin embargo, pero lo cierto es que este es otro supuesto en el que la jurisprudencia interamericana se ha utilizado para desnaturalizar la exigencia del debido proceso. Pues si bien este debe ser aplicable en todo ámbito, es decir, también en los procesos de control político, la realidad es que este derecho admite matices y que las exigencias de un proceso judicial no son las mismas que se aplican a procesos de acusación constitucional o a las investigaciones en curso que realizan las Comisiones Investigadoras del Congreso de la República.

En la sentencia objeto de comentario el Tribunal Constitucional desarrolla los diversos aspectos del debido proceso aplicables al Derecho Penal en sede parlamentaria. Así, hace referencia al principio de legalidad y subprincipio de taxatividad, a la exigencia de comunicación previa y detallada de la acusación, al derecho a la concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, a la presunción de inocencia, al *ne bis in idem*, entre otros. De todos estos aspectos, el documento se centrará en el relativo a la exigencia de comunicación previa y detallada de la acusación, que ha sido desarrollada en los fundamentos 17 al 24.

En concreto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la comunicación involucra que el procesado conozca la causa de la acusación, las acciones u omisiones que se le imputan (tiempo, lugar y circunstancias), las pruebas y la caracterización legal; igualmente, la información que reciba el procesado debe ser expresa, clara, detallada e integral.⁶⁰

La construcción antes mencionada deriva del caso Barreto Leiva vs. Venezuela; y los elementos que se han planteado como parte del contenido constitucionalmente protegido de la comuni-

57 Suscrita por los magistrados: Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesia Ramírez, Beaumont, Calle Hayen y Eto Cruz.

58 Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrafos 66-85.

59 Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párrafos 26-36.

60 STC recaída en expediente N° 0156-2012-PHC/TC, FFJJ. 17-18.

cación, también han sido aplicados al ámbito del debido proceso en Comisiones parlamentarias. En ese sentido, el TC se ha planteado de manera mecánica que en el ámbito de las investigaciones parlamentaria ha indicado que la notificación debe contener los hechos, los delitos o infracciones que se imputan, pues el proceso concluirá eventualmente con una recomendación para iniciar un proceso de antejuicio, juicio político un procedimiento ante la comisión de Ética Parlamentaria.⁶¹ Dadas estas circunstancias el Tribunal planteó lo siguiente:

El derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación, supone en primer lugar que las comisiones investigadoras deben dar a conocer con claridad bajo qué cargos y por qué circunstancias se cita a una persona a declarar. (...) Es la única forma de garantizar que los altos funcionarios o los ciudadanos, según sea el caso, conozcan en forma previa, clara, integral y suficientemente detallada los hechos (acciones u omisiones) por los que son citados a una Comisión investigadora; o los delitos que se le imputan en el ejercicio de la función (antejuicio) o las infracciones constitucionales previamente tipificadas (juicio político), a fin de que puedan ejercer en forma efectiva su derecho a la defensa.

El incumplimiento del derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación o de los motivos de la investigación, pueden constituir una clara vulneración del derecho a la defensa, como ya lo dejó sentado en su oportunidad la Corte Interamericana en el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, cuando indicó que la vulneración del derecho al debido proceso se produjo por cuanto “los inculcados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían y se les limitó el acceso al acervo probatorio”.⁶²

Ahora bien, habría que indicar que aunque en el caso Barreto Leiva, la Corte IDH, aseguró un control estricto y expansivo del derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación, sobre la base del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero lo hizo frente a hechos punibles. Esto es que, el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la actuación, es decir las acciones u omisiones que se imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorio y la caracterización legal que se da a los hechos.

Así, lo señala la Corte, debido a que el derecho de defensa debe poder ejercerse desde que señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando termina el proceso. De modo que, la importancia de definir previamente la calidad de la persona citada para emitir su declaración informativa o la calidad de investigado para rendir su declaración indagatoria es fundamental para el derecho de defensa; pero, como ha señalado la Corte IDH esto es válido en un proceso judicial penal. Esta exigencia no resulta razonable ni

61 STC recaída en expediente N° 0156-2012-PHC/TC, FFJJ. 21.

62 STC recaída en expediente N° 0156-2012-PHC/TC, FFJJ. 23-24.

proporcional en procesos que no son sancionadores y menos aún en procesos de parlamentarios de investigación sobre asuntos de interés público, donde no se produce un proceso acusatorio.

En relación con esta última afirmación habría que establecer una distinción entre los procedimientos de investigación y los de acusación constitucional porque es necesario señalar que los alcances del fallo Barreto Leiva se deben aplicar con distinto rango de exigencia, dependiendo del tipo de procedimiento del que se trate. En efecto, la Constitución de 1993 reconoce en los artículos 93, 99, 100 y 120 cuatro tipos de procesos de control político que se llevan a cabo en el seno del Congreso de la República: el juicio político por infracciones a la constitución, el antejuicio político, el levantamiento de inmunidad parlamentaria,⁶³ y las comisiones de investigación.⁶⁴

Sin embargo, el objeto de cada una de estas figuras tiene un alcance distinto, tanto en el caso del antejuicio político como el de juicio político los sujetos que pueden ser sometidos a este control parlamentario son el Presidente de la República; los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General (artículo 99 de la Constitución).

Así, mientras que en el antejuicio político, se determinará si algunos de estos sujetos ha cometido un delito de función y en razón de ello se emitirá una resolución acusatoria que dará lugar a que el Fiscal de la Nación acuse penalmente al funcionario que ha sido sujeto del antejuicio ante la Corte Suprema. Por su parte, en el caso del juicio político, de acuerdo con el artículo 100 de la Constitución, el Congreso establecerá una sanción como la de suspensión del funcionario acusado o la inhabilitación para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad, en el caso en que se haya cometido una infracción contra la Constitución.⁶⁵

Por otro lado, en el caso de las Comisiones de Investigación se puede decir que estas tienen por objeto el esclarecimiento de hechos y la formulación de recomendaciones y conclusiones orientadas a corregir o a sugerir una investigación para los presuntos responsables de los hechos investigados.⁶⁶

Como se puede observar, en los dos primeros supuestos el Congreso impone una sanción

63 En el caso del levantamiento de inmunidad parlamentaria, el Congreso de la República realiza únicamente una función de constatación de que la acusación por un delito común no tiene móviles políticos. De acuerdo con el TC, en este caso “el Congreso no asume un rol acusatorio, sino estrictamente verificador de la ausencia de contenido político en la acusación. En estos casos, el Parlamento no pretende acreditar la responsabilidad penal del recurrente, sino, tan sólo, descartar los móviles políticos que pudieran encontrarse encubiertos en una denuncia (...)”.STC recaída en expediente N° 0006-2003-AI/TC, FJ. 6.

64 Además el Congreso de la República cuenta con una Comisión de ética parlamentaria, encargada de prevenir y de imponer sanciones por faltas éticas en primera instancia. Ver Código de Ética Parlamentaria.

65 STC recaída en expediente N° 0006-2003-AI/TC, FFJJ. 5-21.

En relación con el tratamiento de las infracciones constitucionales, revisar LANDA ARROYO, César. «Antejuicio político». En *Elecciones*, N° 5, 2005, pp. 125-138. En este artículo no se aborda la relación entre el principio de legalidad y la infracción constitucional a partir de las consideraciones del caso Tineo Cabrera, lo cual será motivo de una reflexión posterior.

66 Artículo 88 del Reglamento del Congreso de la República.

política o plantea una acusación penal por la comisión de delitos de función, es decir, las consecuencias de ambos involucran una afectación en la esfera de derechos de los individuos sometidos a control. De ese modo, se podría decir que los estándares de protección frente a procesos sancionadores derivados del caso Barreto Leiva, podrían ser aplicables en cierta medida tanto a los supuestos de juicio y antejuicio político, en específico en relación con la falta o infracción o delito que el sujeto sometido a control habría cometido; pero siempre atendiendo a la regla de que el debido proceso en sede parlamentaria exige el respeto de grados mínimos del debido proceso, distintos a los que se aplican en sede jurisdiccional.

Sin embargo, como se desprende del objeto de las Comisiones de Investigación, estas no arriban a ninguna sanción sino solamente al establecimiento de recomendaciones y conclusiones; en ese sentido, mal podría establecerse que se apliquen los estándares en iguales condiciones como si se tratara de un proceso penal; precisamente lo que se busca determinar en la investigación son **hechos**, a fin de que en las recomendaciones estos reciban una clasificación, y, de ser el caso identificar sujetos posiblemente involucrados en dichos actuados.

En ese sentido, para las comisiones investigadoras, mal podría citarse el caso de la Corte IDH “Tribunal Constitucional vs. Perú” que en concreto se refirió al sometimiento de las personas a un juicio político, ejercido por el Parlamento, que derivó en una serie de responsabilidades y sanciones arbitrarias para los ex magistrados enjuiciados. En ese caso, la Corte IDH recordó que toda persona sometida a cualquier tipo de juicio ante un órgano estatal, que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales, debía contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.⁶⁷ Pero incluso en el caso del juicio político y figuras afines debe comprenderse que la Corte IDH condenó al Estado peruano porque el proceso contra los magistrados del Tribunal Constitucional no aseguró las garantías mínimas del debido proceso, y en ese sentido, se debe entender que en el ámbito del SIDH, la Corte IDH no exige una aplicación intensa del debido proceso, al punto que se equipare un juicio político con un proceso judicial.

Ahora bien, lo que no se cuestiona es que en el proceso que sigue una Comisión de Investigación el invitado y/o citado tenga derecho a una comunicación previa y suficientemente clara sobre los hechos sobre los que se investiga, pero como lo señala la propia sentencia Barreto Leiva, las exigencias en materia del contenido de la notificación variarán de acuerdo al avance de las investigaciones⁶⁸. Entonces, mal podría exigirse que desde el momento en que se inicia la investigación el sujeto vinculado a este procedimiento cuente con las calificaciones e imputaciones definitivas sobre la materia, en todo caso el estándar aplicable es la exigencia del mayor detalle posible de los hechos que se atribuyen.⁶⁹

67 Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrafos 71 y 77.

68 Corte IDH. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párrafo 31.

69 Ídem.

Precisamente, llama la atención que aunque el Tribunal Constitucional hizo referencia al estándar que se acaba de mencionar –al momento de brindar consideraciones generales sobre la notificación de la acusación (FJ.19)– no aplicó esta regla al caso de las comisiones investigadoras, ya que ha equiparado esta situación a los casos relativos, sino que estableció un estándar aplicable a los procesos penales que no se generan como consecuencia de las indagaciones de una Comisión de Investigación parlamentaria.

A partir de lo mencionado podría afirmar que el uso de la jurisprudencia de la Corte IDH no ha sido el más adecuado o en todo caso se ha empleado de tal forma tal que impide que una comisión investigadora estudie precisamente “hechos” sobre los que luego planteará conclusiones y recomendaciones. En todo caso la exigencia del TC de establecer un estándar único del debido proceso, sin diferenciaciones dependiendo del tipo de proceso y del objeto del mismo, ha desnaturalizado e impedido que el procedimiento concrete su finalidad de realizar una investigación parlamentaria contra las denuncias de corrupción acontecida durante el gobierno del ex Presidente Alan García (2006-2011); lo que atenta contra la propia Constitución y los principios que la guían.

En atención a lo señalado anteriormente, convendría indicar el contenido del debido proceso en sede parlamentaria estaría compuesto por el principio acusatorio, el principio de inmediación, principio de imparcialidad, principio de oralidad, principio de publicidad.⁷⁰ El tema relativo a la comunicación previa, se ha previsto que debe aplicarse con los límites propios de la naturaleza de la investigación.

Ahora bien, conviene señalar que lo establecido por el Tribunal si bien no constituye un supuesto de doctrina constitucional y menos aún constituye un precedente vinculante, lo cierto es que los criterios de la sentencia vienen siendo aplicado o utilizado como medio de defensa en procesos judiciales o en la propia defensa ante las comisiones investigadoras del Congreso de la República.⁷¹ En ese sentido, el Congreso de la República debería adoptar una posición sobre la materia, en la que si bien respeta el derecho al debido proceso, también cumpla con las funciones de control político que la Constitución le ha encomendado. En la medida que una interpretación como la prevista por el Tribunal Constitucional en la práctica permite que se generen casos de abuso del derecho por parte de los investigados, es necesario que ello se revierta en aras de proteger las competencias y funciones de la actividad del Poder Legislativo.⁷²

70 LANDA ARROYO, César. «Límites del control judicial del debido proceso en los procedimientos desarrollados antelas Comisiones Investigadoras del Congreso de la República del Perú». En *XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, disponible en: <http://www.acoes.es/congresoXII/mesa4.html>, revisado el 10 de octubre de 2014.

71 Por ejemplo en las sentencias emitidas a partir de los procesos de amparo interpuestos por Alan García contra el Congreso de la República a propósito de la investigación que se le inició por diversos casos como el de *Buisness Track*, Colegios emblemáticos, Indultos a narcotraficantes; la sentencia que anuló toda la investigación realizada por la Comisión de Educación a la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, entre otros asuntos.

72 La equiparación de los procedimientos parlamentarios con un proceso judicial. Acarrea que la justicia constitucional pueda invadir fueros de otro poder del Estado. Por ello, se debe plantear una aplicación constitucionalmente adecuada, necesaria y proporcional del debido proceso al interior de los procedimientos parlamentarios.

2. Manipulación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El uso de la jurisprudencia de otros tribunales internacionales también ha estado presente en los fallos del Tribunal Constitucional. No obstante, debiera dejarse en claro cuál es el grado de vinculación frente a dichos órganos jurisdiccionales y los casos en que recurrirá a ellos como elemento que permita fortalecer o constituir la base de su argumentación.

En concreto, como ya se ha adelantado, cuando el Tribunal Constitucional hace referencia a jurisprudencia de un tribunal internacional al que no se encuentra vinculado, en la medida que no es parte del tratado que da origen a este último, no se configura un supuesto de diálogo, en la medida que no se genera una interacción y el uso de los estándares internacionales es meramente voluntario. En todo caso, el uso de esta jurisprudencia sirve como un parámetro que permite reflejar la existencia o el surgimiento de una especie de consenso en torno al reconocimiento de un derecho.⁷³

No obstante, la justicia constitucional peruana no ha expresado las razones por las cuales opta por la jurisprudencia del TEDH, es decir, si recurre a un criterio como de los ordenamientos ideológicamente comparables, de raíces culturales comunes o el criterio de los ordenamientos con democracias consolidadas;⁷⁴ así, aunque no fuera vinculante, el recurso al derecho derivado del TEDH en la práctica se constituye en una razón válida que permite dotar de contenido a un derecho. Pero lo cierto, es que el modelo constitucional peruano comparte con el modelo europeo y en concreto con las democracias occidentales una serie de principios comunes o afines a los Estados Constitucionales, como la dignidad humana que es la premisa y el fin último del Estado Cooperativo.⁷⁵

Ahora bien, al igual que con los casos de la Corte IDH, los fallos del TEDH han sido tergiversados para argumentar en un sentido contrario al de la jurisprudencia del ámbito europeo; de modo que en la práctica, no se puede hablar de un adecuado uso del derecho extranjero.

El fallo recaído en el expediente es un proceso de amparo interpuesto por el señor Ynga Zevallos – una mujer reasignada o un transexual–, contra la RENIEC ya que esta le había denegado el cambio de sexo de masculino a femenino en su documento nacional de identidad. En el caso de análisis la demanda se declaró infundada, pues el Tribunal Constitucional ha considerado que la identidad sexual se rige y determina por el sexo biológico (cromosómico) y no desde el punto de vista psicológico, asimismo señaló que el derecho a la identidad ya se encontraba tutelado con el cambio de prenombre que había realizado RENIEC.

De hecho es criticable que el fallo en mayoría haya indicado que la transexualidad debe tratarse psicológicamente, y que en razón de ello requiere de tratamiento e intento de “curación”, lo que a su vez involucró el cuestionamiento de las operaciones quirúrgicas de cambio de sexo como un tratamiento médico adecuado.⁷⁶ El tipo de razonamiento aquí planteado desconoce las dimen-

73 DE VERGOTTINI, Giuseppe (2010). Op. Cit., pp. 267-272.

74 *Ibidem*

75 HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional...*, op.cit., pp. 168-202.

76 STC recaído en expediente N° 00139-2013-PA/TC. Suscrito por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli,

siones del derecho a la identidad sexual, reconocido expresamente en el inciso 1 del artículo 37 del Código Procesal Constitucional.

Pero, también afecta el alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad, por cuanto, no se tuvo en cuenta los avances planteados en el caso Karen Mañuca en el que el Tribunal señaló que la identidad estaba compuesta por rasgos de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).⁷⁷

No obstante, lo más criticable es que para hacer prevalecer el criterio objetivo de la identidad, haya recurrido a la jurisprudencia del Tribunal Europeo, aun cuando los casos que cita como el fallo *Goodwin vs. Reino Unido* sea más bien de orden progresista,⁷⁸ pero lo que hace es tergiversar el pronunciamiento del TEDH, para señalar que este considera que la operación de cambio de sexo no genera tal resultado.⁷⁹

Lo cierto es que, en dicha sentencia, el TEDH reconoce el derecho a contraer matrimonio de los homosexuales y para fundamentar ello modificó el criterio de sexo biológico sobre el que se había construido la noción de matrimonio. Si bien es cierto el TEDH establece que las operaciones no generan un cambio de sexo en sentido estricto, se indicó que ello no podía ser un obstáculo para reconocer la reasignación de sexo de los transexuales, precisamente porque este órgano jurisdiccional consideró que el tema cromosómico no es un elemento decisivo a efectos de la atribución legal del sexo de un individuo (*is not apparent to the Court that the chromosomal element, amongst all the others, must inevitably take on decisive significance for the purposes of legal attribution of gender identity for transsexuals*).⁸⁰

Igualmente, también se ha manipulado los alcances del caso van Kück vs. Alemania que ha sido citado por el Tribunal Constitucional para señalar que las operaciones quirúrgicas no son una alternativa viable ya que no existe consenso sobre los beneficios de su aplicación.⁸¹ En principio, el Tribunal hace referencia a los hechos del caso antes que al derecho, pues cita los fundamentos 12 al 28 del fallo Van Kück, más no los relativos al examen de fondo del caso. Pero también plantea algo que no se desprende del verdadero sentido del fallo del TEDH, ya que este

Mesia Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda.

77 STC recaída en el expediente N° 2273-2005-PHC/TC, FJ. 21.

78 Para un estudio del tema revisar: Sanz-Caballero, Susana. «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: historia de un cambio de criterio». En: *American University International Law Review*, volumen 29, N° 4, 2014, pp. 831-868.

79 STC recaído en expediente N° 00139-2013-PA/TC, FJ. 18.

80 TEDH. *Goodwin vs. Reino Unido*, 2002, párrafos 82 y 100.

(...) *a test of congruent biological factors can no longer be decisive in denying legal recognition to the change of gender of a post-operative transsexual. There are other important factors – the acceptance of the condition of gender identity disorder by the medical professions and health authorities within Contracting States, the provision of treatment including surgery to assimilate the individual as closely as possible to the gender in which they perceive that they properly belong and the assumption by the transsexual of the social role of the assigned gender.*

81 STC recaído en expediente N° 00139-2013-PA/TC, FJ. 18.

calificó a la operación de reasignación de sexo como un tratamiento médico que debía ser cubierto por el seguro de salud al que se encontraba afiliado el demandante del caso.⁸²

En efecto, en el caso de análisis no se discutió la validez del mismo, por el contrario se incidió en que se trataba de un tratamiento al que una persona se sometía porque consideraba que ello era necesario, aun cuando el tratamiento en sí mismo era doloroso, lo cual denotaba que la reasignación de sexo no puede definirse de una decisión caprichosa que no requiera de tutela por parte de un ordenamiento nacional (*given the numerous and painful interventions involved in gender re-assignment surgery and the level of commitment and conviction required to achieve a change in social gender role, it cannot be suggested that there is anything arbitrary or capricious in the decision taken by a person to undergo gender re-assignment*).⁸³

De lo expuesto se puede señalar que una conclusión relacionada con el tema de análisis es que el Tribunal Constitucional hace un uso más bien arbitrario del recurso al derecho extranjero o internacional. En otras palabras, este no es un elemento que se aplique de manera sistemática en su práctica, sino que ello se hace de modo utilitarista. En ese sentido, es necesario que se planteen reglas relativas al uso del pluralismo ordenado en el que en el que las reglas del diálogo y del uso del derecho extranjero no vinculante se guíen por principios y valores asentados en el postulado del reconocimiento de una cultura común de protección de los derechos humanos.⁸⁴

III. La necesidad del cambio y de la difusión del concepto de diálogo

En la actualidad se ha iniciado una nueva etapa a partir del nombramiento de seis nuevos magistrados ante el Tribunal Constitucional. La nueva composición de la institución debería apuntar al establecimiento de un verdadero diálogo, en el que los estándares del SIDH que se apliquen se analicen en su real dimensión, ya sea para adherirse o apartarse del mismo. Como fuere, el concepto de «diálogo» debe plantearse como un proceso aún inacabado, incompleto. Las referencias al concepto de diálogo tienen una finalidad de orden normativo, o más bien relacionada con el deber ser. El hecho que no se pueda decir que en la actualidad ocurre un verdadero diálogo judicial, con los distintos actores e interlocutores, no significa que deba ser una categoría desechable, más aún en un contexto de globalización y apertura constitucional.

De hecho, los ejemplos relativos a la manipulación en realidad involucran una violación de

82 TEDH. van Kück vs. Alemania, párrafos 53-64.

83 TEDH. van Kück vs. Alemania, párrafo 59.

84 Precisamente Bayón apela a la necesidad de definir elementos materiales o principio generales que permitan la consolidación de lo que el autor define como pluralismo ordenado, en oposición al modelo de pluralismo radical. Por el contrario, en el modelo de pluralismo radical, las decisiones para resolver conflictos entre ordenamientos constitucionales se toman de modo pragmático y se dejan de lado cuestiones de principio sobre la autoridad última. En todo caso, de acuerdo con el pluralismo radical, las reglas relativas al tema de la autoridad última se irán cristalizando o definiendo con el tiempo. BAYÓN, Juan Carlos (2013): «Constitucionalismo en la esfera pública global» *Anuario de filosofía del derecho*, número XXIX, pp. 57-99. KRISCH, Nico. *Beyond constitutionalism: the pluralist structure of postnational law*. Oxford, Oxford University Press, 2010.

la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, pero también de la propia jurisprudencia que auto-vincula al Tribunal Constitucional peruano, en la que este órgano se ha adherido a la posición de la Corte IDH sobre la vinculatoriedad de sus fallos.

Como fuere, el hecho es que la adhesión a los estándares del SIDH y el planteamiento de un diálogo con tribunales como los internacionales no debieran estar ausentes en el ejercicio jurisdiccional del actual tribunal.⁸⁵ En efecto, no debe perderse de vista que no existen titulares de la “última palabra”, razón por la que eventualmente las decisiones de la justicia constitucional podrían ser revisadas por la propia Corte IDH en el caso que no se siga la jurisprudencia o no haya un apartamiento justificado de la línea o los estándares interamericanos.

Pero sobre todo, se coincide con Saiz Arnaiz en el hecho que el diálogo es una condición existencial del modelo de Estado Constitucional contemporáneo, que no solo se sustenta en el mandato normativo que se deriva de las Constituciones, sino también en el hecho en que los jueces son agentes de primera línea en la construcción de una América de los derechos, y deben ocupar un lugar en la comunidad de intérpretes jurisdiccionales. Como fuere, tampoco debe perderse de vista que la incorporación de los estándares internacionales brinda legitimidad y fortalece el rol de la justicia constitucional en espacios de debilidad institucional.⁸⁶

Lima, Junio de 2016

85 FOLLESDAL, Andreas, *The Legitimacy Deficits of the Human Rights Judiciary: Elements and Implications of a Normative Theory* (2013). *Theoretical Inquiries in Law*, Volume 14, No 2, 2013. Available at SSRN:<http://ssrn.com/abstract=2261060>

86 SAIZ ARNAIZ, Alejandro. En: *Asociación de Letrado del Tribunal Constitucional...* op. cit., p.p. 140 y ss.

Autores

DR. CÉSAR LANDA

Ex Presidente do Tribunal Constitucional do Peru, Professor de Direito Constitucional na *Pontificia Universidad Católica del Perú* e na *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*.

DR. EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

Vicepresidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do *Instituto de Investigaciones Jurídicas* e professor da Faculdade de Direito da *Universidad Nacional Autónoma de México* (UNAM).

DRA. ELA WIECKO V. DE CASTILHO

Vice-Procuradora Geral da República, Professora da *Universidade de Brasília*.

DR. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Professor Emérito da *Universidad de Buenos Aires*. Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

DR. FABRÍCIO BITTENCOURT DA CRUZ

Doutor em Direito do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Secretário-Geral do *Conselho Nacional de Justiça* (CNJ). Juiz Federal.

DR. LUÍS GERALDO SANT'ANA LANFREDI

Juiz Auxiliar da Presidência do *Conselho Nacional de Justiça*; Coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do CNJ.

DR. NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

Catedrático de Direito Constitucional, *Universidad de Buenos Aires* e *Católica Argentina*. Presidente honorário da *Asociación Argentina de Derecho Constitucional*. Presidente do *Centro Argentino de Derecho Processual Constitucional*.