

ridh

REVISTA
INTERNACIONAL
DE DERECHOS
HUMANOS

AÑO VII
Nº7
2017

ISSN 2422.7188



CLADH | Centro Latinoamericano
de Derechos Humanos



Universidad
Zaragoza

ridh

REVISTA
INTERNACIONAL
DE DERECHOS
HUMANOS

AÑO VII N°7 2017

ISSN 2250-5210 / e-ISSN 2422-7188

www.revistaidh.org

CLADH

*Centro Latinoamericano
de Derechos Humanos*

IGNACIO A. BOULIN VICTORIA – Presidente, Cofundador

C. IGNACIO de CASAS – Vicepresidente, Cofundador

LUCAS EMMANUEL GÓMEZ – Secretario, Cofundador

MARÍA FABIOLA CANTÚ – Directora Ejecutiva

Mendoza

Tierra del Fuego 79, (5500) Mendoza, República Argentina.

Santiago de Chile

Camino La Ronda N° 2137, (7700402) Lo Barnechea, Santiago, República de Chile.

Tel.: (54-261) 424 2344 – contacto@cladh.org – www.cladh.org

Para comunicarse con
Revista Internacional de Derechos Humanos
remita sus mensajes a contacto@revistaidh.org

Para más información ingrese a
www.revistaidh.org

IMPORTANTE

Los artículos son publicados y/o traducidos con permiso expreso de sus autores. Queda prohibida su reproducción por cualquier medio sin autorización previa. Las opiniones vertidas en los artículos aquí publicados son de responsabilidad absoluta y exclusiva de sus autores y en consecuencia no reflejan ni comparten necesariamente el parecer de los editores, del Centro Latinoamericano de Derechos Humanos y/o de sus miembros.

ridh

REVISTA
INTERNACIONAL
DE DERECHOS
HUMANOS

AÑO VII N°7 2017

ISSN 2250-5210 / e-ISSN 2422-7188

Mendoza, República Argentina

www.revistaidh.org

Edición y Coordinación

C. Ignacio de Casas
Editor Jefe

María Fabiola Cantú
Coordinadora

Comité Editorial

Juana María Allende - Universidad Austral, Argentina
Florencia Micaela Bohl - Universidad Católica Argentina, Argentina
Máximo Castrillo - Universidad Austral, Argentina
María Magdalena Mayans - Universidad Austral, Argentina
Ignacio Odriozola - Universidad de Buenos Aires, Argentina

Producción editorial

Juan Cruz Groisman
Adrián Méndez

Comité de Evaluación

- Björn Arp - American University, Estados Unidos
Soledad Bertelsen Simonetti - Universidad de Los Andes, Chile
Frederico Bonaldo - Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil
Ignacio Alejandro Boulin Victoria - Universidad Nacional de Cuyo, Argentina
Enrique Cadenas - London School of Economics and Political Science, Reino Unido
Nicolás Carrillo-Santarelli - Universidad de La Sabana, Colombia
Soledad Cerviño - Universidad Austral, Argentina
Juan Cianciardo - Universidad de Navarra, España
Sol Czerwonco - New York University, Estados Unidos
Agustina Del Campo - Universidad de Palermo, Argentina
Gisela Alejandra Ferrari - Universidad Católica Argentina, Argentina
Alejandro González-Varas Ibañez - Universidad de Zaragoza, España
Tatiana Gos - University of Oxford, Reino Unido
María Fernanda Haskour Zain - Universidad de Navarra, España
Salvador Herencia Carrasco - University of Ottawa, Canadá
Luciano Damián Laise - Universidad de La Sabana, Colombia
María Cielo Linares - Universidad de Granada, España
Santiago Maqueda Fourcade - Universidad Austral, Argentina
Jorge Alejandro Melgarejo Raggini - Universidad Nacional de General San Martín, Argentina
Clara Minieri - University of Notre Dame, Estados Unidos
Leonardo Tomás Orlanski - Universidad Austral, Argentina
Pedro Pallares Yabur - Universidad Panamericana, México
Lautaro Ezequiel Pittier - Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina
Alberto Manuel Poletti Adorno - Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Francia
Eduardo Javier Riggi - Universitat Pompeu Fabra, España
Pedro Rivas Palá - Universidad de La Coruña, España
Annabella Sandri Fuentes - Universidad Nacional de General San Martín, Argentina
Alfonso Santiago (h) - Universidad Austral, Argentina
Nuno Schmid - University of Oxford, Reino Unido
Juan Ignacio Stampalija - Universidad Austral, Argentina
Andrés Vázquez - Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Paraguay
Pilar Zambrano - Universidad de Navarra, España

Presentación de la Revista Enfoque y alcance

La *Revista Internacional de Derechos Humanos* es una publicación anual que tiene como principal objetivo la difusión de trabajos de investigación, análisis de casos, contribuciones científicas y aportes doctrinarios sobre la promoción y protección internacional de los Derechos Humanos.

Es publicada desde 2011 por iniciativa del Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, con el apoyo de la Universidad de Zaragoza, España. Su propósito es difundir investigaciones de calidad y actualidad, contribuir al diálogo interdisciplinario, interinstitucional e interregional para debatir la protección de los derechos humanos desde diversas perspectivas.

Los trabajos de investigación y contribuciones científicas deben ser originales y abordar temas de derechos humanos, en un sentido amplio (teórico, práctico, histórico, sistemático, etc.) pero siempre con un enfoque jurídico (aunque se aborden otras perspectivas también).

Contenido

C. Ignacio de Casas

Editorial 11

Artículos

Bruno Rodríguez Revegino

Espacios de Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 15

Ronald Roberto Calle Callisaya

Ineficacia de las garantías constitucionales del juez constitucional latinoamericano, ante su procesamiento y destitución por el Congreso o Asamblea Legislativa 39

Borja Fernández Burgueño

La protección multinivel de los principios de igualdad y de no discriminación en España: análisis comparado de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo de los Derechos, la Constitución Española y el Código Penal Español 73

Matías Jesús Ríos

Accesibilidad a los Servicios de Comunicación Audiovisual 101

María Olaya Godoy Vázquez

La promoción de la Iniciativa Ciudadana Europea como herramienta para combatir la desafección ciudadana en las instituciones públicas 117

Políticas Editoriales 145

Noticia de los autores 149

Formulario de autorización para publicar 153

Editorial

POR C. IGNACIO DE CASAS¹

Es para mí una gran alegría presentar el séptimo número de la *Revista Internacional de Derechos Humanos*, esta vez como su Editor Jefe. Tras desempeñar diversos roles en los equipos editoriales de la Revista del Centro Latinoamericano de Derechos Humanos (CLADH) desde que comenzó su andadura en el año 2011, me toca hoy liderar este gran proyecto que atraviesa una etapa de importantes cambios.

La que el lector tiene en sus manos, o en su pantalla, es la última edición anual de la Revista. A partir de 2018, la *Revista Internacional de Derechos Humanos* se publicará cuatrimestralmente, lo que responde a la mayor demanda del público, el aumento de las contribuciones que recibimos de los autores y la necesidad de llegar a nuestros lectores con investigaciones más actualizadas, tal como lo exige la materia tan dinámica sobre la que versa esta publicación.

Los cambios no terminan allí. El equipo editorial que hace nuestra Revista se renovó completamente y me enorgullece presentarlo en esta oportunidad. Junto a mí, desempeñando el rol de Coordinadora, se encuentra la incansable María Fabiola Cantú, Abogada por la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina) y Directora Ejecutiva del CLADH. Sin su tenaz —y a la vez amable— seguimiento a los autores, editores y produc-

¹ Editor Jefe de Revista Internacional de Derechos Humanos. Abogado (Universidad de Mendoza, Argentina), *Master of Studies in International Human Rights Law* (University of Oxford, Reino Unido), Doctorando en Derecho (Universidad Austral, Argentina). Profesor Adjunto Profesional de Derecho Internacional Público y de *Inter-American Human Rights System*, en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Vicepresidente y cofundador del Centro Latinoamericano de Derechos Humanos. Corresponsal regional para Latinoamérica del *Oxford Human Rights Hub blog*.

tores, esta publicación no sería posible. Nos acompañan en la tarea de edición y corrección de originales los demás miembros del Comité Editorial, jóvenes abogados y estudiantes avanzados que con su trabajo y dedicación han contribuido enormemente a nuestra Revista. Ellos son: Florencia Micaela Bohl, Abogada por la Universidad Católica Argentina; Ignacio Odrizola, Abogado por la Universidad de Buenos Aires; y Juana María Allende, Máximo Castrillo y María Magdalena Mayans, estudiantes de la carrera de Abogacía de la Universidad Austral (Argentina).

El equipo de Producción Editorial también cambió. Formaron parte de este proceso de transformación Adrián Méndez, asesor experto en Open Journal System, y Juan Cruz Groisman, comunicador y diseñador editorial.

Al mismo tiempo, uno de los principales logros de este año 2017 fue la conformación de un nuevo Comité de Evaluación. La *Revista Internacional de Derechos Humanos* tiene una política de evaluación por pares, con doble ciego y dos evaluaciones por artículo, que se aplica de forma sumamente estricta. De esta manera, cada contribución recibida, y que a criterio del Comité Editorial merece ser evaluada, se remite a dos miembros del Comité de Evaluación, cuya identidad no conoce el autor del artículo, así como los Evaluadores tampoco conocen la identidad del autor (ni saben, entre sí, quién es la otra persona que está revisando el mismo artículo). Cada Evaluador sugiere si el artículo merece publicarse o no, y en caso de discrepancia entre los Evaluadores, la decisión final recae en el Editor Jefe.

Todos los Evaluadores/Revisores que emplea la Revista son especialistas en la materia y cuentan con título de *Master* o superior. Para la presente edición trabajaron más de 32 evaluadores, provenientes de 11 países distintos y de más de 23 universidades.

No puedo —ni quiero— olvidarme de los verdaderos protagonistas de nuestra Revista: los autores. En este número contamos con la invaluable contribución de Bruno Rodríguez Reveggino (Costa Rica), Ronald Roberto Calle Callisaya (Bolivia), Borja Fernández Burgueño (España), Matías Jesús

Ríos (Argentina), y María Olaya Godoy Vázquez (España).

El porcentaje de aceptación de trabajos remitidos para su publicación es un poco superior al 27%. Ello demuestra la gran selectividad que tiene nuestra Revista y la calidad a la que estamos apuntando.

De hecho, creemos actualmente cumplir con todos los requerimientos para que la *Revista Internacional de Derechos Humanos* sea incluida en índices internacionales, logrando así un anhelo largamente esperado. Mi ilusión como Editor Jefe es que ello contribuya a mejorar aún más la calidad de las colaboraciones recibidas, por ser más atractiva para los autores que deben publicar en revistas indexadas, y facilite el acceso a la Revista desde diversos sitios alrededor del mundo.

Esta presentación quiere ser un agradecimiento a todos los que hacen la Revista, en cada rol (autores, evaluadores, editores, productores, y coordinadora). Dejo en manos de los apreciados lectores el producto final, para que juzguen por sí mismos, a la vez que les agradezco —también a ellas y ellos— por seguir leyéndonos: ustedes son quienes nos empujan a seguir mejorando año a año.

Espacios de diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Spaces for dialogue between the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights

BRUNO RODRÍGUEZ REVEGGINO¹

Resumen: El presente artículo examina los espacios de intercambio académico y jurídico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se menciona algunos precedentes jurisprudenciales donde el Tribunal Europeo ha tomado en cuenta criterios establecidos por la Corte Interamericana y viceversa. Igualmente, se detalla algunos ejemplos en que existe diálogo académico entre jueces y personal de cada una de las cortes

Palabras clave: diálogo jurisprudencial; sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

Abstract: This article examines the areas of academic and legal cross-fertilization between the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights. It also quotes some precedents

¹ Actualmente se desempeña como abogado de la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde asesora a la Presidencia del Tribunal. Se graduó summa cum laude de la Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame (UAE). Se recibió con honores en la Carrera de Derecho y obtuvo un menor de Periodismo de la Universidad Católica San Pablo de Perú. Es autor de publicaciones sobre Derechos Humanos. Tiene experiencia profesional en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la Secretaría Jurídica de la Comunidad Andina, y en el Centro por la Justicia y el Derechos Internacional (CEJIL).

in which the European Court has taken into account the case law of Inter-American Court and vice versa. It lists some examples of the “academic dialogue” between judges and staff of each of the courts.

Keywords: judicial dialogue; cross-fertilization of regional courts; regional human rights protection systems.

Artículo recibido: 04/05/2017 Aceptado: 23/09/2017

Sumario:

1. **Introducción**
2. **Diálogo jurisprudencial**
 - 2.1. **Desde la Corte Interamericana al TEDH**
 - a) **Amnistías y deber de investigar graves violaciones a los derechos humanos**
 - b) **Jurisdicción militar**
 - 2.2. **Desde el Tribunal Europeo a la Corte Interamericana**
 - a) **Discriminación por razón de orientación sexual**
 - b) **Derechos sexuales y reproductivos**
3. **Diálogo institucional y académico**
4. **Consideraciones finales**
5. **Bibliografía**
6. **Referencias jurisprudenciales**

1. Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte Interamericana” o “Corte IDH”), como parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, tiene casi 40 años dedicados a la protección y promoción de los derechos humanos en el continente ameri-

cano². Con una jurisdicción que recae sobre más de 500 millones de habitantes es, sin lugar a duda, junto con su par europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH”), uno de los tribunales internacionales más influyentes del mundo. Por su parte el TEDH tiene más de 60 años ejerciendo su mandato sobre los Estados Miembros del Consejo de Europa.

El impacto e importancia de ambas Cortes es considerable, contribuyendo enormemente al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, y a la protección de las personas de cada uno de sus respectivos continentes. Por otro lado, es cierto que las realidades, europea y americana, son distintas en términos históricos, sociales, culturales e, incluso, jurídicos. No obstante, existen elementos comunes característicos a los procesos de protección de los derechos humanos en ambos continentes que son similares. Por ejemplo, es innegable la similitud entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Europea. De igual manera, las problemáticas que conocen ambas cortes son cada vez más similares y las soluciones convergentes.

Con base a estas similitudes y espacios de interacción es que, desde hace ya varios años, se han trazado puentes jurídicos entre ambos continentes que han permitido forjar un real diálogo entre ambas jurisdicciones. Este artículo busca reseñar algunos de estos espacios que han contribuido a consolidar un verdadero diálogo jurisprudencial, académico e institucional, entre la Corte Interamericana y el Tribunal de Estrasburgo.

2. Diálogo jurisprudencial

Con el paso del tiempo las referencias de un tribunal a su par transatlántico han aumentado. De más en más, el Tribunal Europeo se ha apoyado en las decisiones de la Corte Interamericana para guiar sus decisiones. Lo mismo ha ocurrido por parte de la Corte Interamericana. A este

2 La Convención Americana de Derechos Humanos, que creó la Corte, entró en vigor el 18 de julio de 1978. La Corte fue formalmente establecida el 3 de septiembre de 1979.

proceso de crossfertilization o intercambio enriquecedor de jurisprudencia se le ha denominado diálogo jurisprudencial (Slaughter, 1994; Jacobs, 2003; Waters, 2004; Moremen, 2006; Rosas, 2007; Cano Palomares, 2015; Von Bogdandy, 2014).

El vicepresidente de la Corte Interamericana, Juez Ferrer Mac-Gregor (2017), ha definido al diálogo como “la práctica de las cortes nacionales e internacionales, a través de la cual se utiliza la argumentación de otras cortes con el fin de construir a una mejor interpretación de las normas de derechos humanos y, en general, de cualquier otra norma contenida en una constitución o en un tratado” (p. 89).

Tal como señalan Carozza y González (2017) “la protección universal de la dignidad humana y los derechos humanos es un proyecto plural” (p. 436), donde los tratados, principios y reglas tienen que ser traídos a la vida en diferentes formas. El diálogo constituye un camino iniciado, pero no terminado, para tender puentes entre los sistemas y contribuir a la formación de espacios comunes con aras a ampliar el espectro de protección de los derechos humanos. Como habíamos mencionado, algunos autores como Von Bogdandy, Morales Antonazzi y Piovesan (2014), sitúan al diálogo en el centro de un proyecto más grande, que es la consolidación de un sistema de “derecho común”. Ciertamente, la idea del diálogo no sólo está inserta en las decisiones judiciales tomadas por los tribunales, sino también es un proyecto político. Esta narrativa a favor del diálogo consta en los discursos de los Presidentes de los tribunales, intercambios de personal entre las Secretarías o su participación en eventos académicos en este sentido.

En ninguno de los tres sistemas regionales parece existir una metodología clara para su utilización y resulta difícil vislumbrar reglas determinadas para su implementación. Las características propias de este diálogo, tales como que es un diálogo entre iguales, no vinculante y cuyo objeto está en constante evolución, parece dotar de suficiente flexibilidad a quienes lo utilizan, generando incentivos para seguirlo considerando importante. Por supuesto, este intercambio no es espontáneo. Desde el inicio de las

labores de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ésta apostó por el diálogo. Esto se evidencia en que, a lo largo de su producción jurisprudencial, desde sus primeras sentencias³ hasta las actuales⁴, se ha acudido constantemente a la interacción con la jurisprudencia de otros tribunales internacionales, en especial, el Tribunal Europeo; así como a altos tribunales nacionales⁵. Esto ha permitido a la Corte Interamericana consolidar importante y nutrida jurisprudencia, cuya construcción es reforzada por diversas fuentes que han permitido, a través del diálogo, adecuar criterios y parámetros, siempre en función de la efectiva protección de las personas.

En este sentido, desde la perspectiva de la Corte Interamericana, por un lado, el diálogo ha sido un instrumento vital para su funcionamiento, legitimidad y vigencia⁶, mientras que por el otro, tiene una utilidad prác-

3 Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Párr. 163.

4 Corte IDH, Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276. Párr. 62.

5 En este sentido, véase Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párr. 169-172, en el cual la Corte Interamericana hace un recuento de decisiones de altos tribunales para determinar supuestos en los que la defensa técnica penal podría verse comprometida y generar responsabilidad internacional de los Estados en el marco de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención Americana.

6 Estamos parcialmente de acuerdo con la profesora francesa Laurence Burgogue-Larsen, quien señala que la legitimación es una de las razones de la existencia del diálogo jurisprudencial. No obstante no consideramos que como ella señala éste “permite a la [Corte Interamericana] adscribirse en la tradición occidental de protección de los derechos humanos”. En nuestra opinión, esta conclusión es sesgada por varias razones. Primero, la Corte Interamericana, en particular, y el Sistema Interamericano, en general, tienen cerca de 40 años de defensa y promoción de los derechos humanos en el continente con un proceso propio, que le ha permitido consolidarse y ganar suficiente legitimidad. En otras palabras, no es una calca del TEDH. Segundo, el diálogo es un proceso entre pares y de dos vías. No sólo la Corte es quien se legitima al citar al TEDH. Tercero, el diálogo jurisprudencial no sólo se da entre estos dos tribunales internacionales. La Corte Interamericana de manera constante cita a altas cortes nacio-

tica y real, pues permite adecuar la jurisprudencia de manera constante y dinámica a la realidad que es cambiante⁷.

Sin embargo, éste no es un puente con una sola vía. Si así lo fuera, no se podría hablar de diálogo, que por definición implica una relación entre por lo menos dos sujetos. Por tanto, la Corte Interamericana no es un tribunal aislado, como tampoco lo es el TEDH, quien hace lo propio con la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En palabras de su ex Presidente Dean Spielmann (2014), la “influencia no es unidireccional, puesto que el TEDH también incorpora en sus propios pronunciamientos los estándares interpretativos de la Corte Interamericana como guía para la interpretación y aplicación de las propias normas del [Convenio Europeo de Derechos Humanos]” (p. XV).

2.1 Desde Corte Interamericana al TEDH

Son realmente diversos los temas respecto de los cuales el Tribunal Europeo ha utilizado la jurisprudencia de la Corte Interamericana como guía para pronunciarse en casos bajo su competencia⁸. La mayor parte de

nales, a otros tribunales internacionales y a órganos internacionales especializados en derechos humanos. (Burgogue-Larsen, L. y Montoya, N. (2013). En: Protección Multinivel de Derechos Humanos: El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos humanos, Red de Derechos Humanos y Educación Superior.

7 En varios casos, en los que se enfrenta a situaciones en las que es necesario interpretar el contenido y alcance de la Convención para dotar de vigencia actual a los derechos contenidos en dicho instrumento debido a que al momento de adoptarse tal situación no estaba contemplada, la Corte ha señalado que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. (Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012 Sentencia Serie C No, párr. 83, 24)

8 Para más información ver el informe elaborado por la Unidad de Investigación del TEDH (2012). References to the Inter-American Court of Human Rights and Inter-American instruments in the case-law of the European Court of Human Rights. Recuperado de: http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_inter_ame-

estos casos tienen que ver con problemáticas que han sido ampliamente desarrolladas por la Corte Interamericana y que constituyen situaciones que son traídas de manera más reciente a conocimiento del TEDH.

Un ejemplo de esto es el concepto de las desapariciones forzadas, que ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Interamericana, teniendo en cuenta que su primera Sentencia fue sobre el tema y se dictó 6 años antes de la entrada en vigor del primer instrumento internacional que trató expresamente esta problemática⁹. Al respecto, en los casos *Kurt*¹⁰ y *Varsana*¹¹, ambos contra Turquía, el Tribunal Europeo utilizó la Jurisprudencia de la Corte citando diversos casos¹² para establecer su competencia *ratione temporis* para juzgar la falta de investigación de la desaparición forzada¹³. Otra muestra sería en el caso de las medidas provisionales, ya que la Convención Americana consagra expresamente la facultad de la Corte

rican_court_ENG.pdf

9 La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, define la desaparición forzada como: “la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

10 TEDH, Gran Sala, Kurt c. Turquía, sentencia del 25 de mayo de 1998,

11 TEDH, Gran Sala, Varnava c. Turquía, sentencia del 18 de septiembre de 2009.

12 Entre los casos referenciados, se encuentran: Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia Serie C No. 4, 29 de julio de 1988; Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo, Sentencia de 20 de enero de 1989.; Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Fondo, Sentencia Serie C No. 22.a, 8 de diciembre de 1995.

13 Para un desarrollo más a fondo sobre el tema ver: Cano, G. (2015). Diálogo entre jurisdicciones supranacionales de derechos humanos: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Revenga, M y Cuenca, P. (2015). El tiempo de los Derechos. Los Derechos Humanos en el Siglo XXI, Madrid, Editorial Dykinson, p. 62.

Interamericana de dictarlas¹⁴, así como la obligatoriedad de su cumplimiento respecto del Estado, mientras que dicha facultad no está prevista en el Convenio Europeo. En el caso *Mamatkulov y Askarov c Turquía*¹⁵ el Tribunal Europeo, luego de considerar la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, estableció que “cualquiera sea el sistema legal en cuestión, la correcta administración de justicia requiere que no se tomen acciones irreparables mientras el procedimiento está pendiente”¹⁶. Asimismo, en el caso *Al-Skeine y otros c. Reino Unido*¹⁷, el TEDH se refirió al estándar desarrollado por la Corte Interamericana en el caso *Masacres de Mapiripán Vs. Colombia*¹⁸ sobre el deber de investigar las alegadas violaciones al derecho a la vida incluso en situaciones de conflicto armado y ocupación.

En este sentido, por un lado, el Tribunal Europeo “utiliza la jurisprudencia de la [Corte Interamericana] para mostrar cómo la jurisprudencia

14 Convención Americana Sobre Derechos Humanos, art. 63: “2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.”

15 TEDH, Gran Sala, *Mamatkulov y Askarov c Turquía*, sentencia del 4 de febrero de 2005.

16 *Ibidem*: “The Court observes that the ICJ, the Inter-American Court of Human Rights, the Human Rights Committee and the Committee against Torture of the United Nations, although operating under different treaty provisions to those of the Court, have confirmed in their reasoning in recent decisions that the preservation of the asserted rights of the parties in the face of the risk of irreparable damage represents an essential objective of interim measures in international law. Indeed it can be said that, whatever the legal system in question, the proper administration of justice requires that no irreparable action be taken while proceedings are pending (see, *mutatis mutandis*, Soering, cited above, p. 35, § 90).” (TEDH, *Mamatkulov y Askarov c Turquía*, 4 de febrero de 2015, p. 124).

17 TEDH, Gran Sala, 7 de julio de 2011, *Al-skeini c. Reino Unido*.

18 Corte IDH, Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

internacional de los derechos humanos ha avanzado en otras latitudes” (Burgorse-Larsen, 2013: 27), mientras por el otro, utiliza el desarrollo realizado por la Corte Interamericana para cambiar o modificar su criterio respecto de determinada temática, como se verá a continuación.

Más que un estudio cuantitativo sobre los espacios en los que se ha realizado un diálogo jurisprudencial, buscamos a través de determinados casos emblemáticos ejemplificar cómo se realiza este diálogo¹⁹, por lo que hemos escogido dos temas de especial relevancia e impacto para el derecho internacional de los derechos humanos, que han sido ampliamente desarrollados por la Corte Interamericana y el TEDH ha recogido.

a. Amnistías y deber de investigar graves violaciones a los derechos humanos

Uno de los puntos de gran desarrollo y que le han valido a la Corte parte de su reconocimiento ha sido la fuerte postura en contra de las leyes de amnistía. Durante las décadas de 1970, 1980 y 1990, América Latina enfrentó diversas rupturas constitucionales, con la institución de regímenes dictatoriales caracterizados por intensa confrontación interna y cometimiento de graves violaciones a los derechos humanos. A su vez, se buscaba que tales violaciones quedaran impunes a través de diversos mecanismos²⁰, como por ejemplo, leyes de auto-amnistía. Con el retorno de la democracia, las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos empezaron la difícil y larga tarea de buscar justicia, verdad y reparación. Si

19 Para estudios con análisis cuantitativo, puede acudirse a: Burgorse-Larsen, L. (2013) *El diálogo judicial: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*. México, D.F.: Editorial Porrúa; Burgorgue-Larse, L. y Montoya, N. (2013). *El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos humanos*. En: *Protección Multinivel de Derechos Humanos, Red de Derechos Humanos y Educación Superior*.

20 Cfr. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154;

bien la respuesta estatal en los diferentes países fue diversa, la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto en diversos casos con una postura determinada, que enfrentó directamente a la impunidad²¹.

Esta problemática también ha sido motivo del diálogo entre el TEDH y la Corte. En el caso *Marguš v. Croacia*²² de 2014, que tiene que ver con un miembro del ejército croata que fue acusado de asesinato y varios crímenes cometidos durante la guerra en Croacia. Con base a la Ley de Amnistía de 1996, una corte nacional precluyó la investigación contra el señor Marguš. Posteriormente, se intentó un nuevo juicio contra él ante la misma corte. Esta vez, se adujo que los crímenes cometidos por el acusado merecían ser catalogados como graves crímenes de guerra, quedando sin aplicación la Ley de Amnistía. Dicha corte dictaminó una condena de prisión de 14 años, decisión que sería confirmada por el Tribunal Supremo de Justicia. En el proceso ante el TEDH la representación del señor Osijek alegó se vulneró el principio non bis in ídem, protegido por el artículo 4 del protocolo número 7 a la Convención Europea de Derechos Humanos.

Para resolver este caso, el TEDH tuvo “en consideración los desarrollos del derecho internacional en esta área”, ya que, para el Tribunal Europeo, “la Convención Europea de Derechos Humanos y sus Protocolos no puede ser interpretada de forma aislada”²³. En este sentido, el TEDH repasó la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana en los casos *Barrios Altos vs Perú*²⁴; *Almonacid-Arellano y otros vs Chile*²⁵, *La Cantuta vs*

21 Cfr. Corte IDH, Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, párr. 147 a 182; Caso Gelman Vs. Uruguay, párrs. 183 a 229 y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, párr. 283.

22 TEDH, Gran Sala, Marguš c. Croatia, sentencia del 27 de mayo de 2014, Párr-120

23 TEDH, Gran Sala, Marguš c. Croatia, sentencia del 27 de mayo de 2014, Párr- 129.

24 Cfr. Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

25 Cfr. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C

*Perú*²⁶, *Gelman vs Uruguay*²⁷ y *El Mozote*²⁸. En general, el Tribunal Europeo acogió la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establece que “son inadmisibles las disposiciones sobre amnistía, las disposiciones sobre prescripción y el establecimiento de atenuantes sobre la responsabilidad que pretendan impedir la investigación y la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”²⁹.

Conforme señaló el TEDH en su Sentencia, “[l]a base de esta provisión, de acuerdo con la Corte Interamericana, se encuentra en las obligaciones de los Estados bajo el derecho internacional de investigar y juzgar los crímenes de guerra”³⁰. Más aún, el TEDH citó diversos casos de la Corte Interamericana “donde esta corte tomó una postura más firme [...] encontró que ninguna amnistía es aceptable en relación con graves violaciones a los derechos humanos fundamentales”³¹. En el caso en particular, el TEDH consideró que el peticionario había realizado actos calificables como graves violaciones a derechos humanos fundamentales y observó la creciente tendencia en el derecho internacional a ver este tipo de amnistías como inaceptables porque son incompatibles con las obligaciones unánimemente

No. 154

26 Cfr. Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162

27 Cfr. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

28 Cfr. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252

29 Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, parr. 41.

30 Óp. cit. Marguš c. Croatia, p.138.

31 *Ibídem*, p. 129.

reconocidas por los Estados. En particular, las obligaciones de investigar y juzgar las graves violaciones a los derechos humanos incluso en situaciones de conflicto interno. En tanto, consideró que al haber juzgado nuevamente al peticionario, Croacia había actuado conforme a sus obligaciones estatales, y que era insostenible alegar una violación al derecho con base en el principio *non bis in ídem*.

b. Jurisdicción militar

En diversos casos³² la Corte Interamericana ha tenido una posición determinante sobre la incompatibilidad entre la Convención Americana y la utilización de la jurisdicción militar para juzgar graves violaciones a los derechos humanos, así como para juzgar a civiles en difíciles situaciones de orden público. Como consecuencia de esto, incluso, algunos Estados como México han modificado su legislación interna para dar cumplimiento con sus obligaciones internacionales, en los términos de lo ordenado por la Corte en sus sentencias³³. Este estándar desarrollado por la Corte Interamericana se ha visto reflejado en pronunciamientos de altos tribunales nacionales de las Américas³⁴.

Igualmente, la jurisdicción penal militar ha formado parte del diálogo trasatlántico, en cuanto el Tribunal Europeo al resolver el caso *Ergin*

32 Para el año 2014, la Corte Interamericana había conocido 21 casos relacionados con la existencia de jurisdicciones penales militares. Para profundizar, véase: Caso Anzualdo Castro v. Perú, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Párr. 63; Caso Genie Lacayo v. Nicaragua, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C No. 30, párr. 91; Caso Lori Berenson Mejía v. Perú, fondo, reparaciones y costas. párr. 142; Caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párr. 86.

33 Conf. Corte IDH, Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra Vs. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 17 de abril de 2015.

34 Ver la sentencia de 6 de mayo de 2014 de la Corte Constitucional de Chile Rol N° 2493-13-INA.

c. *Turquía*³⁵ se refirió a los estándares establecidos por la Corte Interamericana en los casos *Durand Ugarte Vs. Perú* y *Cantoral Benavides v. Perú*³⁶. En particular, el Tribunal Europeo consideró que la Corte Interamericana excluye totalmente a los civiles de la jurisdicción militar³⁷.

Si bien el TEDH no comparte totalmente la regla de exclusión de civiles, éste endureció el estándar existente hasta el momento en el Sistema Europeo, en parte siguiendo el razonamiento de la Corte Interamericana. Por cuanto, para el TEDH, “la determinación de cargos penales en contra de civiles por cortes compuesta, aunque sea en parte, por miembros de las fuerzas armadas puede ser compatible con el artículo 6 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos] en circunstancias excepcionales”³⁸. Sin embargo, el TEDH tomó nota de lo establecido por la Corte Interamericana e incluso señaló que “derivó el apoyo [a esta regla de excepcionalidad de la participación de civiles en jurisdicciones militares] de los desarrollos de

35 Op. Cit. TEDH, Ergin c. Turquía, párr. 25.

36 Corte IDH, caso *Durand y Ugarte Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.

37 *Ibídem*: Corte IDH, Caso *Durand y Ugarte Vs. Perú*, párr. 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, 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.” *Ibídem*; Corte IDH, Caso *Cantoral Benavides Vs. Perú*, 18 de agosto de 2000, párr. - 75: “Además, se pronuncia la Corte en el sentido de que el proceso adelantado contra el señor Luis Alberto Cantoral Benavides por la justicia penal militar violó lo dispuesto por el artículo 8.1 de la Convención Americana, referente al enjuiciamiento por juez competente, independiente e imparcial (*infra* párr. 115). En consecuencia, el hecho de que Cantoral Benavides hubiera sido puesto a disposición de un juez penal militar, no satisfizo las exigencias del artículo 7.5 de la Convención. Asimismo, la continuación de la privación de su libertad por órdenes de los jueces militares constituyó una detención arbitraria, en el sentido del artículo 7.3 de la Convención.”

38 Op. Cit. TEDH, Ergin c. Turquía, párr. 44.

la última década en el ámbito internacional, que confirman la existencia de una tendencia hacia excluir de la jurisdicción de cortes militares a civiles”³⁹. Al respecto, recurrió al Caso *Cantoral Benavides Vs. Perú* en el que la Corte Interamericana enfatizó “que la jurisdicción militar se establece en diversas legislaciones para mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”. De esta manera, el TEDH concluyó que “el poder de la jurisdicción penal militar no debería extenderse a los civiles salvo razones irresistibles justificadas por la situación y, de ser el caso, con un fundamento jurídico previsible. La existencia de dichas razones debe ser fundamentada en el caso en concreto”⁴⁰.

2.2. Desde el Tribunal Europeo a la Corte Interamericana

A lo largo de los años se han ido diversificando las materias que usualmente conocía la Corte Interamericana, tales como, desapariciones forzadas, masacres, ejecuciones extrajudiciales, tortura, entre otros, a cuestiones de reciente vigencia, tales como el principio de no discriminación por orientación sexual y métodos de fertilización asistida⁴¹. Esa diversificación de temáticas puede ser atribuida a -al menos- dos desarrollos regionales: uno, relacionado con la protección misma de derechos humanos en las Américas, que ha avanzado de modo tal que permite que nuevas temáticas emerjan, y otro que tiene que ver con el empoderamiento de grupos subalternos y marginalizados, que antes permanecían invisibles y alijados de los mecanismos de protección. A continuación me referiré a

39 Op. Cit. TEDH, Ergin c. Tuquia, árr.. 45.

40 Óp. Cit. Ergin c. Tuquia. Párr. 47.

41 Ello se ha añadido a materias que de manera sistemática ya había venido conociendo y resolviendo el Tribunal, a saber: derecho a la vida, tortura, desapariciones forzadas, pena de muerte, garantías del debido proceso y protección judicial, protección consular, libertad de pensamiento y de expresión y su protección en armonía con el derecho al honor, acceso a la información, derechos de los niños y de la familia, derechos de la mujer y derechos políticos, entre otros.

dos casos recientes, en los cuales la Corte IDH utilizó pronunciamientos del TEDH para dotar de contenido y alcance a las obligaciones estatales en la materia, nueva para el Sistema Interamericano.

a. Discriminación por razón de orientación sexual

El caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*⁴² es particularmente importante, ya que es el primer caso que decidió la Corte Interamericana sobre discriminación, teniendo en cuenta el contexto social latinoamericano donde la desigualdad y exclusión es muchas veces la regla. Es aún más interesante que este caso en particular haya tratado sobre discriminación por orientación sexual, siendo esta una cuestión novedosa para el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y la Corte respondió a la altura de las circunstancias con una postura firme en contra de todo tipo de discriminación por ese fundamento. El caso trata sobre el retiro de guarda y custodia de las hijas de la señora Atala Riffo, ordenado por los tribunales chilenos, al considerar que su orientación sexual y convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas.

Al momento de resolver sobre el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar sufrido por la señora Atala, la Corte utilizó como guía diversos pronunciamientos del TEDH. Esto principalmente, debido a que la Jurisprudencia del TEDH es abundante en el tema y ha permitido abrir paso hacia el establecimiento de importantes desarrollos, no sólo respecto del principio de no discriminación por orientación sexual o identidad de género, sino en lo que respecta a los derechos de las personas LGBTI⁴³.

La Convención Americana, al igual que el Convenio Europeo, no señala expresamente a la “orientación sexual” como una categoría protegida

42 Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 76.

43 La jurisprudencia del TEDH es abundante al respecto. Para profundizar, ver: Casos *Identoba* y otros c. Georgia; *Aghdgomeshashvili* y *Japaridze* c. Georgia; *Sabalic* c. Croacia; *Stasi* c. Francia, entre otros.

contra la discriminación. En vista de esto, la Corte Interamericana consideró que, “al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”⁴⁴. De esta manera, la Corte IDH concluyó, tal como lo hizo el TEDH en los casos *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*⁴⁵ y *Clift c. Reino Unido*⁴⁶, que un derecho reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual⁴⁷. Este criterio fue reafirmado en un reciente caso en contra de Colombia, que tiene que ver con la exclusión del derecho a recibir una pensión de sobreviviente a una pareja del mismo sexo en el caso *Duque Vs. Colombia*⁴⁸.

b. Derechos sexuales y reproductivos

Otro claro ejemplo de diálogo transatlántico entre ambas cortes regionales es el caso *Caso Artavia Murillo y Otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*⁴⁹. Se trata de un caso sin precedentes sobre derechos sexuales y reproductivos, donde además se revisaron los alcances de la protección del derecho a la vida.

El amplio desarrollo jurisprudencial del TEDH en la materia⁵⁰ guió a

44 Op. Cit, Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 83.

45 Cfr. TEDH, Sección Cuarta, *Salgeiro da Silva c. Portugal*, sentencia del 21 de diciembre de 1999.

46 Cfr. TEDH, Sección Cuarta, *Clift c. El Reino Unido*, Sentencia del 13 de julio de 2010.

47 Op. Cit, Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 83.

48 Cfr. Corte IDH, Caso *Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

49 Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y Otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.

50 La Jurisprudencia del TEDH en torno a los derechos sexuales y reproductivos es muy amplia, sólo por dar unos ejemplos: TEDH, Gran sala, *Aydin c. Turquía*; *Bazkowski y*

la Corte en su pronunciamiento sobre el caso concreto. El caso trata sobre la existencia de una prohibición en Costa Rica de realizar la técnica de fecundación in vitro (FIV), a partir de una decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Esto debido a que, entre otras cosas, se debía proteger de forma absoluta el “derecho a la vida” del embrión y, en consecuencia, prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones⁵¹. De esta manera, la Corte IDH analizó si en los términos en los que la Convención Americana protegía el derecho a la vida, en su artículo 4, ésta incluía la protección al embrión. Teniendo en consideración que la FIV no existía al momento en que se adoptó la Convención Americana, la Corte recurrió a la interpretación evolutiva del tratado para dotar de contenido a este derecho. Para llegar a este razonamiento, entre otras fuentes, se refirió a la jurisprudencia del TEDH sobre diversos casos con el fin de “observar las tendencias de regulación en el derecho internacional”⁵². En particular, citó el Caso Vo. Vs. Francia, en el cual el TEDH señala que la potencialidad del embrión y su capacidad para convertirse en una persona requiere de una

otros c. Polonia; C.R. c. Reino Unido; E.B c. Francia; I. c. Reino Unido.

51 Óp. cit. Corte IDH, Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, Párr. 162.

52 *Ibidem*: Corte IDH, Caso Artavia Murillo y Otros, Sentencia Serie C No. 257, 2012: p. 252 y 253. Asimismo, en el caso Caso Costa y Pavan Vs. Italia, el TEDH, en sus consideraciones previas sobre el derecho europeo relevante para el análisis del caso, resaltó que en “el caso Roche c. Roche y otros ([2009] IESC 82 (2009)), la Corte Suprema de Irlanda ha establecido que el concepto del niño por nacer (“unborn child”) no se aplica a embriones obtenidos en el marco de una fecundación in vitro, y estos últimos no se benefician de la protección prevista por el artículo 40.3.3 de la Constitución de Irlanda que reconoce el derecho a la vida del niño por nacer. En este caso, la demandante, quien ya tuvo un hijo como resultado de la técnica de la fecundación in vitro, acudió a la Corte Suprema a fin de obtener la implantación de otros tres embriones obtenidos en el marco de la misma fecundación, a pesar de la ausencia del consentimiento de su compañero, del cual entretanto se había separado”. Por tanto, la Corte observa que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida.

protección en nombre de la dignidad humana, sin convertirlo en una “persona” con “derecho a la vida” en términos estrictos⁵³.

De esta manera, la Corte IDH concluyó que “el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana” Además, determinó que la protección a dicho derecho “no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”⁵⁴.

3. Diálogo institucional y académico

“Diálogo Transatlántico” es el nombre del libro publicado en 2015 con una selección de sentencias de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo. Este título simboliza los fuertes vínculos institucionales y lazos de cooperación construidos mediante visitas de jueces, intercambio de personal que se han venido realizando en virtud de un diálogo institucional y académico.

El acercamiento institucional es primordial para ambas Cortes debido a la similitud entre los derechos y libertades protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención Americana”)⁵⁵ y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “Convenio Europeo”)⁵⁶, así como la existencia de criterios semejantes de admisibilidad y principios de interpretación. Cada vez con más frecuencia ocurre que las temáticas tratadas en el viejo continente encuentran un aná-

53 TEDH, Gran Sala, Vo c. Francia, Sentencia del 8 de julio de 2004, Párr. 75, 82, 84 y 85.

54 Óp cit. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, Párr. 264

55 Suscrito en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969.

56 Adoptado por el Concejo de Europa el 4 de noviembre de 1959 en la ciudad de Roma, Italia.

logo pertinente en el continente americano y viceversa.

Como parte de las actividades realizadas para la inauguración del año judicial interamericano 2016 de la Corte Interamericana, el entonces Presidente de la Sección Tercera del Tribunal Europeo, Juez Luis Lopez Guerra participó del panel “Los Desafíos de los Tribunales Internacionales en un mundo global”⁵⁷, donde dialogó sobre los retos por los que atraviesa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la actualidad, así como la importancia del diálogo entre la Corte Interamericana y el TEDH. Es de resaltar que en dicha ocasión López Guerra destacó que las “áreas de convergencia son sumamente mayores que las de divergencia entre ambas cortes”.

En 2012, la Corte Interamericana recibió en su sede en San José Costa Rica a una delegación de jueces del TEDH, mientras que delegaciones de la Corte Interamericana han visitado el Tribunal de Estrasburgo en 2011, 2012⁵⁸, 2014⁵⁹, y 2015⁶⁰. A través de estas visitas se ha logrado dialogar sobre los avances jurisprudenciales de cada una de las cortes, la relación entre

57 Puede encontrar la intervención del Juez López Guerra en el siguiente enlace: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/al-dia/galeria-multimedia>

58 Del 29 de agosto al 1 de setiembre de 2012, la Corte Interamericana recibió la visita de una delegación de jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos encabezada por su Presidente, Sir Nicolas Bratza (Gran Bretaña) y los Vicepresidentes, Josep Casadeval (Andorra) y Dean Spielmann (Luxemburgo). Participó también Santiago Quesada de la Secretaría del Tribunal Europeo.

59 En octubre de 2014, el Tribunal de San José realizó una visita a la Corte Europea de Derechos Humanos. La delegación de la Corte Interamericana estuvo conformada por el Presidente de la Corte Interamericana, juez Humberto Sierra Porto; el Vicepresidente Roberto F. Caldas; los jueces Manuel E. Ventura Robles, Diego García-Sayán, Eduardo Vio Grossi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, así como Pablo Saavedra Alessandri, Secretario de la Corte Interamericana.

60 El 20 de octubre de 2015, el Vicepresidente de la Corte Interamericana, Juez Roberto F. Caldas visitó la sede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde se reunió con su Presidente, Dean Spielmann. La visita tuvo como fin continuar el diálogo entre ambos tribunales y buscar formas de cooperación en diversas materias

éstas y los tribunales nacionales, el impacto de decisiones emblemáticas, así como los retos presentes y futuros de los derechos humanos en ambos continentes. Resulta sumamente provechoso que por medio de estas visitas no sólo se compartan experiencias sobre aspectos sustanciales sino también administrativos y técnicos, tales como la tramitación de casos, publicaciones, servicios informáticos, entre otros. Esto repercute directa y de manera práctica en la mejor administración de justicia de ambos tribunales.

Bajo el mismo espíritu de cooperación, y en el marco de un convenio existente entre ambos tribunales firmado en 2013, se ha venido realizando un programa de intercambio en virtud del cual un abogado de cada tribunal realiza, durante varios meses, una visita profesional y de investigación en Estrasburgo o San José, respectivamente. El objeto de este intercambio es “profundizar en el conocimiento de ambos sistemas y fomentar la colaboración continua entre ambos organismos” (Acuerdo Marco de Cooperación entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2013, inciso 3). Este intercambio ha sido muy provechoso y ha permitido que al día de hoy tres abogados de la Secretaría de la Corte IDH y, a su vez, dos de la Secretaría del TEDH, se incorporen a los equipos de trabajo de su corte de origen y desarrollen actividades de difusión sobre buenas prácticas, asuntos procesales y principios sustanciales.

4. Consideraciones finales

Los espacios de diálogo entre el TEDH y la Corte Interamericana son sólidos y bastos. Institucionalmente las relaciones entre ambas cortes son fluidas a través de intercambios de personal, visitas mutuas y seminarios académicos. Esto permite que ambas cortes se nutran de las experiencias de los jueces en cada una de sus respectivas jurisdicciones, contribuyendo, así, a una mejor y más eficiente administración de justicia en sendas

regiones.

En el ámbito del diálogo jurisprudencial, más allá de ser una tendencia de la literatura jurídica, éste es una herramienta valiosa, creciente y recíproca al servicio de los jueces internacionales y las víctimas. Desde la perspectiva de las cortes, esta herramienta incorpora un legítimo recurso argumentativo, que facilita la predictibilidad y coherencia en las decisiones. Por el lado de las víctimas, y en virtud del principio *pro hominem*, el diálogo jurisprudencial permite la ampliación del contenido de los derechos protegidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos con el fin de una más adecuada y efectiva protección de sus derechos.

5. Bibliografía

- Burgorge-Larsen, L. 2013. *El diálogo judicial: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*. México, D.F.: Editorial Porrúa.
- Cano Palomares, G. 2015. *Diálogo entre jurisdicciones supranacionales de derechos humanos: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: Revenga, M. y Cuenca, P. El tiempo de los Derechos. Los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Madrid: Editorial Dykinson.
- Paolo G. Carozza, Pablo González; *The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse*. International Journal of Constitutional Law, Volume 15, Issue 2, 1 de April 2017, pages 436-442, <https://doi.org/10.1093/icon/mox021>
- Consejo de Europa/Tribunal Europeo de Derechos Humanos & Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2015. *Diálogo transatlántico: selección de jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. ISBN: 978-9-462-40281-2. http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo_transatlantico_spa.pdf
- Jacobs, F.G. 2003. *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: the European Court of Justice*. Texas International Law Jour-

nal: 38.

- López Guerra, L. Puede encontrar la intervención del Juez López Guerra en el siguiente enlace: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/al-dia/galeria-multimedia>
- Mac-Gregor, Eduardo F. 2017. *What Do We Mean When We Talk about Judicial Dialogue: Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights*. Harvard Human Rights Journal: 30.
- Moremen, Philip M. 2006-2007. *National Court Decisions as State Practice: A Transnational Judicial Dialogue?* North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation: 32.
- Rosas, Allan. 2007. *The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue*. European Journal of Legal Studies: 1 (2).
- Slaughter, Anne Marie 1994. *A typology of transjudicial communication*. University of Richmond Law Review.
- Steiner, Patricia Uribe et al. 2014. *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*. Bogotá, Colombia: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica.
- Von Bogdandy, Armin. 2014. *Ius Constitutioale Commune Lationa-mericanum. Una Aclaración Conceptual*. En Von Bogdandy, Armin, Fix-Fierro, H. y Morales, M. 2014. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Max Plack Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.
- Waters, M. A. 2004-2005. *Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law*. Estados Unidos: Georgetown Law Journal: 93.

6. Referencias Jurisprudenciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos

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

Caso Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C No. 257.

Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No 76.

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

Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134.

Caso Duque Vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C No. 310.

Caso Durand y Ugarte Vs. Perú, Fondo, Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C No. 68.

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

Caso La Cantuta Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162

Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de enero de 2014, Serie C No. 276.

Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C No. 252.

Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303.

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala)

Caso Al-skeini c. Reino Unido, sentencia del 7 de julio de 2011.

Caso Kurt c. Turquía, sentencia del 25 de mayo de 1998.

Caso Mamatkulov y Askarov c. Turquía, sentencia del 4 de febrero de 2005.

Caso Marguš c. Croacia, sentencia del 27 de mayo de 2014.

Caso Salgeiro da Silva c. Portugal, sentencia del 21 de diciembre de 1999.

Caso Varnava c. Turquía, sentencia del 18 de septiembre de 2009.

Caso Vo c. Francia, Sentencia del 8 de julio de 2004.

Ineficacia de las garantías constitucionales del juez constitucional latinoamericano, ante su procesamiento y destitución por el Congreso o Asamblea Legislativa

Non-effectiveness of constitutional guarantees of the Latin-American constitutional judge, towards its committal for trial and destitution in the Congress or Legislative Assembly

RONALD ROBERTO CALLE CALLISAYA¹

Resumen: Los casos de procesamiento y destitución de los miembros del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia, por parte del Congreso o Asamblea Legislativa, son, en el contexto latinoamericano, un tema preocupante para la vigencia de la garantía de independencia del contralor de la constitución, y los derechos humanos del juez constitucional. Los hechos son similares: presiones de orden público y privado, la destitución sumaria de los jueces constitucionales por el Congreso (con amplia representación del partido oficialista), amparado en atribuciones constitucionales, y la denegación de justicia por los órganos de control constitucional interno. La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”), han manifestado (Cortázar, 2012), que este tipo de hechos vulneran las garantías fundamentales de independencia y auto-

¹Licenciado en Derecho por la Universidad Mayor de San Andrés (Bolivia); Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral (Argentina); Diplomatura en Defensa Internacional de Derechos Humanos por el CLADH (Argentina)

nomía del Tribunal Constitucional (Convención Americana de Derechos Humanos Artículo 25) y el derecho al debido proceso del cual deben gozar los jueces constitucionales (Convención Americana de Derechos Humanos Artículo 8.1).

Palabras clave: Tribunal Constitucional; Corte Suprema de Justicia; juez constitucional; procesamiento y destitución de miembros del Tribunal Constitucional; Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Constitución.

Abstract: The cases of prosecution and dismissal of members of the Constitutional Court or the Supreme Court of Justice, by the Congress or Legislative Assembly, are, in the Latin American context, a matter of concern for the validity of the independence guarantee of the comptroller of the Constitution, and the human rights of the constitutional judge. The facts are similar: pressures of public and private order, summary dismissal of constitutional judges by the congress (with broad representation of the ruling party), protected by constitutional powers, and denial of justice by the internal constitutional control bodies. The Commission and the Inter-American Court of Human Rights (among other arguments) have stated that this type of acts violates the fundamental guarantee of independence and autonomy of the Constitutional Court (American Convention on Human Rights, Article 25) and due process of judges (American Convention on Human Rights Article 8.1).

Keywords: Constitutional Court; Supreme Court of Justice; constitutional judge; prosecution and dismissal of members of the Constitutional Court; Commission and Inter-American Court of Human Rights; Constitution.

Artículo recibido: 04-05-2017 Aceptado: 23-09-2017

“...Esos jueces son los que forman la verdadera opinión pública, los que con certeza y dignidad resisten a la arbitrariedad, orientan al pueblo, lo educan, le abren los ojos ante sus falsos protectores...”² (Bielsa, 1964, 14)

Sumario:

- 1. Introducción**
- 2. Destitución ilegal y arbitraria de jueces constitucionales, el caso peruano, ecuatoriano, hondureño, “garantías procesales vs. exceso de poder”**
 - 2.1. Garantías derivadas de la independencia judicial para los Jueces y Juezas durante el ejercicio de la judicatura**
 - 2.2. Las garantías que deben ser observadas en procesos disciplinarios contra Jueces o altas autoridades judiciales.**
 - a) Independencia, competencia e imparcialidad de la autoridad disciplinaria**
 - b) Principio de Legalidad**
 - c) Defensa Adecuada**
 - d) Derecho a la Motivación de la decisión sancionatoria**
 - e) Derecho a una Revisión del pronunciamiento disciplinario**
 - 2.3. Violación de Garantías procesales del Juez constitucional latinoamericano, indicios de poder casi absoluto**
- 3. Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano elección por sufragio universal**
- 4. El Caso Boliviano: Juicio de responsabilidades y destitución de magistra-**

² Extractado de la parte introductiva de la obra del profesor Argentino Rafael Bielsa, “Sobre lo Contencioso Administrativo”, 3ra. Ed. 1964, Editorial Castelvi S.A., Santa Fe Argentina, Pag. XXIV.

dos del Tribunal Constitucional Plurinacional

5. **La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la vulneración de la independencia del tribunal constitucional y al debido proceso de los jueces constitucionales**
6. **Constituciones de Latinoamérica: La atribución de destitución del juez constitucional por el Congreso o Asamblea Legislativa como regla general**
7. **Las raíces Constitucionales del ejercicio excesivo de poder, por Gobiernos con amplia representación parlamentaria**
8. **Conclusiones**
9. **Bibliografía**

1. Introducción

El presente trabajo pretende dar a conocer que en el contexto latinoamericano, específicamente en las constituciones latinoamericanas, con excepción de Chile y Ecuador (Constitución del año 2008), se otorga la atribución, al Congreso Nacional o a la Asamblea Legislativa de procesar y destituir a los jueces constitucionales. Dichos magistrados ejercen funciones como máximas autoridades de Tribunales Constitucionales o de las Cortes Supremas de Justicia (en aquellos países que no cuentan con Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad es ejercido por la Corte o Tribunal Supremo de Justicia), situación que en algunos casos (como lo manifestó la CIDH³) se constituye en uso excesivo de poder, sobre todo en aquellos países en que los Poderes Ejecutivos de turno cuentan con amplia representación en el Congreso o Asamblea Legislativa Nacional. Como ejemplos claros se mencionan los casos de destitución de magistrados en el Perú, Ecuador y Honduras.

Este estado de situación conforme fue sucintamente analizado en

3 Corte IDH, Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C N° 71; Párr. 64 .

un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Tribunal Constitucional “Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano vs. Perú”⁴, entre otros, vulnera la garantía fundamental de independencia y autonomía del Tribunal Constitucional (Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 25) y al debido proceso de los jueces constitucionales (Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 8.1). Asimismo desoye las varias recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2. Destitución ilegal y arbitraria de jueces constitucionales, el caso peruano, ecuatoriano y hondureño, “garantías procesales versus el exceso de poder”

Las destituciones ilegales y arbitrarias de altas autoridades judiciales, en materia de control de constitucionalidad en el contexto latinoamericano, son recurrentes y se muestran como experiencias o lecciones no aprendidas, que cercenan las bases de la justicia y el Estado de Derecho.

A continuación, y sobre la base de la Jurisprudencia de la CIDH y de los estudios realizados por la Comisión IDH de Derechos Humanos, se hará referencia a dos grupos de garantías tendientes a la defensa del ejercicio de la función judicial: las garantías derivadas de la independencia judicial durante el ejercicio de la judicatura; y, las garantías que deben ser observadas en los procesos disciplinarios contra Jueces o altas autoridades de justicia.

2.1. Garantías derivadas de la independencia judicial para los Jueces y Juezas durante el ejercicio de la judicatura

La jurisprudencia de la Corte ha señalado que el alcance de las garantías judiciales y de la protección judicial efectiva para los jueces debe ser analizado en relación con los estándares sobre independencia judicial⁵.

4 *Ibíd.*

5 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Caso Quintana Coello y otros vs. Ecuador, Sentencia del 23 de agosto de 2013, párr. 144.

Se entiende que la protección judicial efectiva es también aplicable a los magistrados del Tribunal Constitucional que en algunos sistemas se constituyen en órgano extra poder, es decir, que no forman parte de ningún poder del Estado, manteniendo su independencia y autonomía en tanto contralor de la constitución, siéndole también aplicable el principio de independencia judicial. En el caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, la Corte precisó que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías específicas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como; esencial para el ejercicio de la función judicial⁶.

Según los principios básicos de la ONU relativas a la independencia de la judicatura (Congreso de las Naciones Unidas, 7mo, 1985, Milán) y la jurisprudencia de la CIDH, de la misma derivan las siguientes garantías:

1. un adecuado proceso de nombramiento⁷,
la inamovilidad en el cargo⁸, y
2. la garantía contra presiones externas⁹

El Tribunal reiteró que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. En cuanto a la inamovilidad, según establecen los principio 11 y

6 *Ibíd.*

7 Cfr. Corte IDH, *Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 75; CIDH *Camba Campos y otros vs. Ecuador*, párr.188 ; TEDH, *Caso Campbell y Fell vs. Reino Unido*, Sentencia del 28 de junio de 1984, párr. 78; TEDH, *Caso Langborger vs. Suecia*, Sentencia del 22 de enero de 1989, para. 32, Principio 10 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia.

8 Cfr. CIDH, *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*, párr. 75, ; CIDH, *Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, párr.188 y; Principio 12 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas.

9 Cfr. CIDH, *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*, párr. 75; CIDH, *Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, supra, párr.188 y; Principios 2 y 4 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas.

12 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas (Ibid), “...la ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos” y que “se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto”. Sumado a ello, el Comité de Derechos Humanos señaló que los jueces solo pueden ser removidos por faltas de disciplina graves o incompetencia y acorde a procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley (Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/GC/32).

La CIDH ha acogido estos principios y ha afirmado que la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse independiente e imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa¹⁰.

Con relación a la garantía contra presiones externas según el principio 2 de las Naciones Unidas “los jueces resolverán los asuntos que conozcan basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”

2.2. Las garantías que deben ser observadas en procesos disciplinarios contra Jueces o altas autoridades judiciales.

Las Garantías procesales que tienen por objeto la imposición de sanciones incluidas la destitución o separación del cargo, y que deben observar los juzgadores en procesos disciplinarios -conocidos como juicio político- contra jueces o altas autoridades judiciales son en opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos las siguientes (CIDH,

10 Corte Suprema de Justicia, Caso Quintana Coello y otros vs. Ecuador, Sentencia de 23 de agosto de 2013, párr. 145.

2013):

a) Independencia, competencia e imparcialidad de la autoridad disciplinaria:

En varios países latinoamericanos, el procesamiento disciplinario contra altas autoridades judiciales, está a cargo del Parlamento a través del denominado juicio político; en tal caso, la CIDH subrayó que el derecho de toda persona a ser oída, en cualquier proceso, por un juez competente, independiente e imparcial se encuentra recogido como un componente del debido proceso reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Corte IDH, OC-9/87) garantías que deben ser observadas por todo órgano Estatal que ejerza funciones jurisdiccionales, incluido el parlamento a momento de juzgar a las altas autoridades del Tribunal Constitucional y Corte Suprema de Justicia. Como se verá, esta garantía requiere para su efectividad de la vigencia plena del principio de legalidad que, a su vez, se integra con las garantías de la defensa adecuada, la motivación de la decisión sancionatoria y la revisión del fallo, que como se pudo observar tienen un carácter bi dimensional, puesto que funcionan como garantía y a su vez, como derecho del procesado.

b) Principio de legalidad

Para la CIDH varios de los procedimientos que regulan los juicios políticos no garantizan el principio de legalidad y las garantías del debido proceso, la sola facultad atribuida al poder legislativo de separar de sus cargos a las y los operadores de justicia por su propia naturaleza resulta problemática con la garantía de independencia que deben tener las y los operadores de justicia sin temor a ser sancionados por otros poderes.

Por su parte la Comisión considera que atendiendo al alto riesgo que significa la figura del juicio político, en donde existe, se debe asegurar que el control realizado no sea precisamente de “índole político”, sino “jurídico”, con base en causales que cumplan el principio de legalidad y en

procedimientos que revistan las debidas garantías, incluyendo la revisión del fallo, evitando que sea utilizado para responder a intereses políticos o a sociales o económicas. El principio de legalidad se encuentra reconocido en el artículo 9 de la Convención Americana y es uno de los principios que presiden la actuación de todos los órganos del Estado en sus respectivas competencias, particularmente, cuando deriva del ejercicio de su poder punitivo (CIDH, 2013, 90).

En el ámbito disciplinario este principio exige que deben existir “reglas claras en cuanto a las causales y procedimiento de separación del cargo de jueces y juezas” (Ibíd.), y su ausencia “además de fomentar dudas sobre la independencia”, “puede dar lugar a actuaciones arbitrarias de abuso de poder, con repercusiones directas en los derechos al debido proceso y a la legalidad” (Ibid). Además, este principio regulado por las Constituciones Latinoamericanas establece que el hecho considerado ilícito debe ser establecido en una norma jurídica y las consecuencias de la materialización del hecho deben ser preexistentes a la conducta del infractor.

c) Defensa Adecuada

La CIDH ha establecido que en virtud del artículo 8 de la Convención, el derecho a una defensa adecuada es un componente del debido proceso y para que sea observado es preciso que la persona sometida a proceso pueda defender sus intereses o derechos en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables (...)” (Ibid, 95). El derecho de defensa además de encontrarse regulado en la Convención, se encuentra previsto en las Constituciones Latinoamericanas, siendo un derecho humano, su ámbito de aplicación alcanza a todas personas, sean ciudadanos, extranjeros, autoridades judiciales o de gobierno, magistrados de la Corte Suprema, del Tribunal o Corte Constitucional etc., es aplicable no solamente a los procesos de carácter penal, sino a todo tipo de proceso, es más, su aplicación alcanza a los procedimientos administrativos

En la misma línea, la Corte Europea de Derechos Humanos señalo que el contenido de este derecho implica que “el juez cuyo cargo está en

juego debe tener una oportunidad razonable para presentar su caso –incluida su evidencia– en condiciones que no lo coloquen en una situación de desventaja sustancial vis-á-vis las autoridades que proceden en contra de él” (Ibid.).

d) Derecho a la Motivación de la decisión sancionatoria

La CIDH ha establecido en el caso *Aptiz Barbera y otros Vs. Venezuela* que el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso, estas garantías de las cuales es titular todo ciudadano incluidas las autoridades judiciales que se vean implicadas en procesos disciplinarios “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” (Ibid, 97). Ahora, una debida fundamentación de la decisión contraria a los intereses del procesado, le da no solo la posibilidad de tener conocimiento de los elementos de hecho y derecho considerados para la emisión de la resolución, sino sobre todo, la posibilidad de acceder a otra garantía que se constituye a su vez en un derecho, la de recurrir dicha decisión ante autoridad superior, en caso contrario de encontrarse la resolución final sin la debida fundamentación priva al encausado de los elementos necesarios para impugnar dicha resolución tornándose esta arbitraria y atentatoria contra el derecho de defensa.

e) Derecho a una Revisión del pronunciamiento disciplinario

La Convención Americana de Derechos Humanos establece como garantía judicial durante el proceso que toda persona tiene derecho a recurrir el fallo que se dicte ante juez o tribunal superior, así se encuentra previsto en su Artículo 8, numeral 2, inciso h). Si bien durante largo tiempo el alcance de la norma fue restringido al ámbito penal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado por tierra con tal restrictividad sentenciando que el inciso segundo del artículo 8 del pacto no se reduce exclusivamente al ámbito criminal, sino que tiene aplicación en lo fiscal, civil, comercial, administrativo, etcétera (precedente “Baena Ricardo y otros c/ Panamá”, considerando 122 y siguientes). Por su parte, la Corte Suprema

de Justicia de la Nación Argentina ha adoptado similar criterio que la Corte Interamericana al receptor como aplicable la normativa del artículo 8 del pacto a un caso contencioso administrativo (precedente “Astorga Bracht”) (Rambeaud. 2011, 3).

Es tal la importancia de esta garantía que la CIDH de forma acertada ha establecido que el contenido y alcance de este derecho no se limita a la sola vigencia del recurso y la existencia de una instancia superior de revisión: “El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculcado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto.”¹¹

2.3. Violación de Garantías procesales del Juez constitucional latinoamericano, indicios de poder casi absoluto

En esta parte es necesario hacer algunas precisiones: ¿por qué se dice violación de garantías por un gobierno con poder casi absoluto? porque, en los casos de destitución arbitraria de jueces constitucionales en Perú, Ecuador, Honduras, se ve un aspecto en común, a un poder ejecutivo (u órgano ejecutivo) incómodo con las actuaciones del contralor de la constitución, que sin embargo, cuenta con amplia representación en el Congreso o Asamblea Legislativa, y por si ello fuera poco, este último tiene la facultad constitucional de procesar y destituir a las altas autoridades de la Corte Suprema, del Tribunal o Corte Constitucional, convirtiéndose el Congreso o Asamblea en una extensión del poder circunstancial del partido en función de gobierno; aunque en algunos de esos casos, es posible verificar la aplicación sin éxito, de las garantías procesales en el derecho interno, no llegando a cumplir su finalidad, siendo por tanto ineficaces en un contexto absolutista y de relajamiento del principio de independencia y

11 Corte I.D.H., Caso Castillo Petrucci y Otros vs. República del Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr.. 161

equilibrio entre los poderes del estado.

El Caso peruano: El 23 de agosto de 1996 el Congreso con mayor representación oficialista sancionó una ley interpretativa de un artículo de la Constitución, permitiendo al Presidente Fujimori la reelección presidencial por un tercer mandato (Carpio, 2000, 447). El 16 de enero de 1997, los magistrados del Tribunal Constitucional, emitieron una sentencia¹² declarando la ley de “interpretación auténtica” inaplicable para Alberto Fujimori en el 2000.

Como consecuencia de ello, el parlamento resolvió, a través de las resoluciones legislativas N° 2, 3 y 4 del 29 de mayo de 1997, destituir a tres de los magistrados del Tribunal Constitucional que habían votado contra la posibilidad de una tercera elección de Alberto Fujimori y mantenían firmemente su posición frente a las presiones ejercidas en su contra.

Posteriormente, el propio gobierno peruano, alegando razones de seguridad nacional, ordenó retirar al Perú de la competencia de la CIDH. Dicha resolución tenía el verdadero propósito de que el caso de la destitución de magistrados no llegase al conocimiento de la referida Corte (Ibid).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos mediante Informe No. 58/98, concluyó que: *“El Estado Peruano, al destituir a los magistrados del Tribunal Constitucional vulneró la garantía esencial de independencia y autonomía del Tribunal Constitucional (artículo 25 de la Convención Americana); el derecho al debido proceso (artículo 8.1 de la misma Convención) y la garantía de permanencia en las funciones públicas (artículo 23.c de la Convención)”* (Informe CIDH, 1998). Consiguientemente, recomendó al Estado peruano que reintegre a los Magistrados del Tribunal Constitucional e los indemnice con los sueldos dejados de pagar desde la destitución (Armijo, 2015).

Ante la falta de cumplimiento por parte del Estado peruano, la Co-

12 Tribunal Constitucional de Perú, Caso del Colegio de Abogados de Lima contra Ley N° 26657, Demanda de inconstitucionalidad, Sentencia de 3 de enero de 1997.

misión presentó la demanda ante la CIDH el 2 de julio de 1999. La Corte, a través de la sentencia del 31 de enero de 2001, declaró que el Estado había incurrido en violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de los magistrados Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano. Más precisamente, se sostuvo que existieron violaciones a las garantías judiciales consagradas por el Artículo 8 de la Convención Americana y conforme lo solicitara la Comisión, se condenó al Estado peruano al pago de los montos correspondientes a salarios impagos y demás prestaciones que los magistrados del Tribunal Constitucional hubieran dejado de percibir. Adicionalmente, se condenó al Estado de Perú al pago de costas y gastos (Ibid.).

Dentro del mismo fallo, la CIDH estableció que es:

“...necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas.”¹³

La Sentencia de 31 de enero de 2001 en el caso “*Tribunal Constitucional, Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano contra Perú*” forma parte de la jurisprudencia de la CIDH, teniendo el carácter de precedente vinculante para cada uno de los Estados que son signatarios de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y que en consecuencia se sometieron a la jurisdicción de la CIDH. Sin embargo, con posterioridad a la referida sentencia, aún en gobiernos democráticos, se han dado en la región, otros casos de destitución ilegal y arbitraria de autoridades del control constitucional.

En este caso se produjo una evidente violación de las garantías que se desprenden de la independencia judicial, como la inamovilidad en el

13 Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001), Párr. 75.

cargo, produciéndose una destitución sumaria de los magistrados, que estuvo precedida de la violación de la garantía contra presiones externas, ya que el Congreso peruano ejercía presión en contra de los magistrados destituidos. En cuanto a las garantías procesales vulneradas, está claro que el Congreso peruano con mayoría oficialista carecía de independencia e imparcialidad para actuar como juzgador de los tres magistrados, actuó de forma funcional a los intereses del Poder Ejecutivo representado por el Presidente de la República. En cuanto al principio de legalidad, si bien el Congreso destituyó a los jueces alegando el ejercicio legal de atribuciones, no garantizó para los procesados una defensa adecuada en juicio, en los términos ya expuestos, por tanto, la decisión no estaba suficientemente motivada para sancionarlos, además, no se les permitió una revisión a la decisión de destitución vulnerándose así el derecho a la revisión de la decisión. En suma, la destitución de los tres magistrados logro vulnerar de forma sistemática cada una de las garantías para el ejercicio de la judicatura y las garantías procesales durante el proceso disciplinario (o juicio político).

De forma acertada señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “que atendiendo al alto riesgo que significa la figura del juicio político, en donde existe, se debe asegurar que el control realizado no sea precisamente de “índole político”, sino “jurídico”, con base en causales que cumplan el principio de legalidad y en procedimientos que revistan las debidas garantías, incluyendo la revisión del fallo, evitando que sea utilizado para responder a intereses políticos o a sociales o económicas” (CIDH, 2013).

El caso ecuatoriano: El 25 de noviembre de 2004, el Congreso Nacional Ecuatoriano, en una sesión especial convocada por el Presidente Lucio Gutiérrez, sancionó la destitución del Tribunal Constitucional. En el marco de esa sesión, se adujo que la conformación del Tribunal era ilegal, volviéndose innecesario seguir el proceso juicio político, procediéndose directamente a nombrar a sus reemplazos.

Como consecuencia de ello, los magistrados afectados señalaron que se estaba violando su derecho de defensa y el debido proceso, pues

de acuerdo con la Constitución Ecuatoriana, solamente podrían ser destituidos los vocales del Tribunal Constitucional a través de un juicio político (Ibid.).

Aquí se logra evidenciar un proceso sumarísimo carente de un debido proceso legal previo a la destitución de los miembros del Tribunal Constitucional, vulnerando sus derechos constitucionales, como así también violando las garantías de independencia, autonomía e imparcialidad del referido Tribunal; todo ello con el propósito principal de nombrar a sustitutos que actúen de acuerdo a los intereses del Gobierno de turno.

Posteriormente, en el año 2008, en el marco de la Asamblea Constituyente (Quito), el pueblo ecuatoriano no perdió de vista la reprochable experiencia acontecida el 25 de noviembre de 2004. Luego de ese antecedente, se resolvió incorporar a la Constitución mecanismos que tienden a limitar las facultades para llevar a cabo el procesamiento y posible destitución arbitraria de las altas autoridades del Tribunal Constitucional.

De este modo, se desplazó la antigua competencia del Congreso (hoy Asamblea Nacional) para procesar y destituir magistrados, dando lugar a la actual competencia de la Corte Nacional de Justicia. Así lo establece el Artículo 433 de la Constitución Ecuatoriana, subrayando además que no se encuentran sujetos a juicio político ni pueden ser removidos por quienes los designan (comisión integrada por el legislativo, ejecutivo y transparencia y control social). Su texto menciona:

“Art. 433. Los miembros de la Corte Constitucional no estarán sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen. No obstante, estarán sometidos a los mismos controles que el resto de autoridades públicas y responderán por los demás actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones.

Sin perjuicio de la responsabilidad civil, en caso de responsabilidad penal únicamente serán acusados por la Fiscalía o el Fiscal General de la Nación y juzgados por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, para cuyo efecto se requerirá el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes.

Su destitución será decidida por las dos terceras partes de los

integrantes de la Corte Constitucional. El procedimiento, los requisitos y las causas se determinarán en la ley.” (Constitución Política Ecuador)

Esta reforma ha sido considerada un gran avance en el constitucionalismo ecuatoriano (Shilling Vacaflor, 2011), destacándose que a su vez, se diferencia claramente de la redacción de las demás constituciones latinoamericanas, dado que es la Corte Nacional de Justicia la encargada llevar adelante el procesamiento y resolver acerca de la destitución de los miembros de la Corte Constitucional.

Con respecto al procedimiento en sí, se debe contar con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes, disminuyendo, al menos en cierta forma, la posibilidad de llevar a cabo una destitución arbitraria e irrazonable de las referidas autoridades como aconteció el año 2004.

El caso hondureño: El Congreso Nacional de Honduras en fecha 12 de diciembre de 2012, en horas de la madrugada, tomó la determinación de destituir a cuatro Magistrados de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras y reemplazarlos por cuatro Magistrados sustitutos (Diario Clarín, 2012).

Para fundar la decisión, se alegó la existencia de irregularidades en las funciones administrativas, las cuales no constituyen causal de destitución de magistrados en la legislación hondureña. En palabras de los magistrados removidos, la destitución se ejecutó sin invocación de causa legal alguna, en violación al debido proceso, y llevada a cabo por el Congreso, órgano que carecía de competencia para ello:

*“...La destitución se ejecutó sin invocación de causa legal, sin debido proceso, y fue llevada a cabo por el Congreso, órgano que carecía de competencia para ello....El Congreso alegó como justificación de la destitución una pretendida irregularidad en las funciones administrativas. Sin embargo, los magistrados de la Corte carecíamos –al momento de juzgarse nuestra conducta– de funciones administrativas, y la pretendida irregularidad administrativa no figura como causa legal de destitución de magistrados en ninguna disposición legal de Honduras. **La destitución fue un acto de represión por parte del Congreso Nacio-***

nal motivado en la disconformidad que le generaron varias sentencias de inconstitucionalidad que emitimos y en nuestra negativa a ceder frente a las presiones y exigencias del entonces Presidente de la República –don Porfirio Lobo Sosa– y del entonces Presidente del Congreso Nacional –Juan Orlando Hernández– actual Presidente de la República de Honduras. Prueba de ello son las múltiples amenazas públicas y privadas que recibimos...” (Gutiérrez et al, 2015)

La ineficacia de las garantías constitucionales, y de las instancias internas de protección de derechos de los jueces destituidos por el Gobierno a través del Congreso Nacional, es evidenciada de forma nítida en el caso objeto de análisis. Ello queda en mayor evidencia por el hecho de que el mismo día de la destitución (12 de diciembre de 2012) los ex magistrados interpusieron un recurso de amparo ante la sala constitucional integrada por los nuevos miembros designados por el Congreso, el cual fue denegado el 29 de enero siguiente, y días después confirmado por el pleno de la Corte Suprema. Asimismo, el 18 de febrero de 2013, la propia Corte denegó el recurso de reposición, hechos que fueron sintetizados por los agraviados de la siguiente manera:

“... Resulta evidente que los recursos intentados fueron inútiles, ya que todos ellos fueron rechazados de plano y por causas meramente formales sin haber contado en ningún caso con una instancia de defensa, configurándose de este modo una clara denegación de justicia.” (Ibid)

El rechazo de los recursos internos utilizados, así como la proposición de argumentos y pruebas por parte de las instancias internas de protección de derechos, parece ser la constante, sobre todo en lo referente a rechazos por causas meramente formales; similar situación aconteció en el proceso contra magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano; que llegan a confirmar la ineficacia de las garantías constitucionales internas, ante la vigencia constitucional de la atribución de procesamiento y destitución de los miembros del tribunal constitucional o de la Corte Suprema de Justicia respectivamente.

Dicha facultad puede entenderse como una manifestación del Es-

tado de Derecho mediante el principio constitucional de división y equilibrio de poderes u órganos del estado, protegidos por un sistema de pesos y contrapesos. Sin embargo, puede considerarse que estos principios únicamente podrán tener éxito en aquellos países en los que se evidencia cierta independencia, coordinación y cooperación entre los órganos de poder, lo cual no pareciera configurarse en países cuyo gobierno cuenta con amplia representación política en el Congreso o Asamblea Legislativa,. En situaciones como esta, el Poder Ejecutivo en funciones podría, sin dificultad alguna, alegando o no razón fundada, hacer uso de la atribución de procesar y destituir a los jueces constitucionales.

3. Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano y su elección por sufragio universal

Según la Constitución Boliviana (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia Art. 196, Par. I, II) el Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución; entre otras atribuciones, (en similar condición al de los demás países latinoamericanos) ejerce el control de constitucionalidad, tiene el carácter de intérprete final de la Constitución, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales. Se constituye en un ente especializado e independiente que no forma parte ni depende del Órgano Judicial, por tanto las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno.

Este ente constitucional al tener carácter especializado e independiente y no formar parte del Órgano Judicial, se encuentra conformado por magistrados que son elegidos por sufragio universal, junto con sus suplentes (Ley No. 025, Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional Art. 13). Su período de funciones es de seis años, sin derecho a reelección continua. La Asamblea Legislativa Plurinacional es la encargada de preseleccionar a los postulantes, por dos tercios de sus miembros presentes y debe remitir al órgano electoral la nómina de los precalificados para que éste proceda a la

organización, única y exclusiva, del proceso electoral (Constitución Política del estado Plurinacional de Bolivia, Art. 182).

Según dispone la Constitución, las y los postulantes o persona alguna, no deben realizar campaña electoral a favor de sus candidaturas, bajo sanción de inhabilitación. El Órgano Electoral es el único responsable de difundir los méritos de las candidatas y los candidatos. Asimismo, las magistradas y magistrados no pueden pertenecer a organizaciones políticas.

Este sistema de elección de máximas autoridades del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional, se fundamenta en el proceso de democratización de la justicia boliviana, aunque actualmente se discute su reforma constitucional, para retornar al sistema antiguo de designación (Periódico Electrónico Erbol, 2017)

También son elegidos mediante sufragio universal, los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental Artículos 188 Par. I, los miembros del Consejo de la Magistratura, así se encuentra establecido por los Artículos 182, Parágrafo I, 188, Parágrafo II y 194 Parágrafo I respectivamente. El 19 de octubre de 2011 se realizaron los primeros comicios, y este año (2017) se realizará una nueva elección de autoridades judiciales.

4. El Caso Boliviano: Juicio de responsabilidades, renuncia y destitución de magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional

La Constitución Política Boliviana (Artículos 12. I, II y 178. I) establece los principios básicos que sustentan a todo estado de derecho: el equilibrio y división de poderes, configurando así un sistema de frenos y contrapesos entre los mismos. Por otro lado, garantiza la independencia e imparcialidad de los órganos judiciales y del Tribunal Constitucional Plurinacional.

La actual crisis del sistema judicial boliviano, en torno a su independencia, a criterio de Aguilar Agramont *“engloba el servicio de la justicia*

constitucional a cargo del Tribunal Constitucional Plurinacional; el juicio a tres de sus magistrados es una manifestación de la debilidad del sistema judicial” (Diario La Razón, 2014).

La Constitución Boliviana (Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia Art. 159) dispone como atribución de la Cámara de Diputados la de acusar a los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional, del Tribunal Supremo y del Control Administrativo de Justicia por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, ante la Cámara de Senadores, quien tiene la atribución de juzgarlos en única instancia, y cuya sentencia debe ser aprobada por al menos dos tercios de los miembros presentes.

El órgano legislativo, llevó a juicio de responsabilidades a los magistrados del referido Tribunal por los delitos de prevaricato, resoluciones contrarias a la constitución y las leyes, e incumplimiento de deberes; a raíz de la suspensión de los efectos de la Ley del Notariado ordenado por el Auto No. 106 emitido por los magistrados procesados, hasta que se resuelva la constitucionalidad de los artículos cuestionados, producto de una acción de inconstitucionalidad interpuesta por miembros del partido opositor contra la referida Ley del Notariado.

La acusación contra tres magistrados Ligia Velásquez, Zoraida Chanes y Gualberto Cusi inicialmente suspendidos de sus funciones, fue presentada por la cámara de diputados ante la cámara de senadores, conforme dispone la Ley No. 044 de 8 de octubre de 2010 (*“Ley para el juzgamiento de la Presidenta o Presidente y/o de la Vicepresidenta o Vicepresidente, de altas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental, Consejo de la Magistratura, Tribunal Constitucional Plurinacional y del Ministerio Público”*). El juicio concluyó con la destitución de la magistrada Zoraida Chanes¹⁴ y la renuncia de Ligia Velásquez, antes de emitirse sen-

14 Bolivia.com, Senado destituye a la magistrada Chanez y envía caso al Ministerio Público. Disponible en: <http://www.bolivia.com/actualidad/politica/sdi/106824/senado-destituye-a-magistrada-chanez-y-envia-caso-al-ministerio-publico>. Última visita el 10/09/2017.

tencia, y con la continuidad de la suspensión del magistrado Cusi sin goce de haberes¹⁵, hasta la reanudación del juicio en el año 2017, por razones de problemas de salud de este último. El procurador y vicepresidente mencionaron que el Auto judicial que firmaron los tres magistrados puso al sistema legal boliviano al borde de una catástrofe (Ibid). En junio del 2017 el Senado Constituido en Tribunal de juicio de responsabilidades destituye a Cusi al que fuera magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional (Periódico Electrónico Erbol, 2017).

En un artículo periodístico de la Razón del 21 de diciembre del año 2014, se resume una jornada en el juicio a los tres magistrados: *“No a lugar es una frase que el tribunal aprueba en uno y otro voto durante el juicio en el Senado contra los tres magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional. Estos piden testigos, y por un tema procedimental se los niegan; ofrecen sus pruebas y todas son rechazadas, también por problemas de forma ...”* (Diario La Razón, 2017)

5. La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la vulneración a la independencia del tribunal constitucional y al debido proceso de los jueces constitucionales.

La Constitución boliviana establece que la potestad de impartir justicia por parte del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional se sustenta en los principios de independencia e imparcialidad (Constitución Boliviana Artículo 178). Las Constituciones Latinoamericanas que en el punto 6 serán citadas, consagran en general también en su texto, la vigencia plena del principio de independencia de los órganos de justicia, así como de los mismos operadores de justicia.

De igual forma en el ámbito de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, la Carta de la Naciones Unidas, la Declaración Uni-

15 Bolivia.com, Velásquez renuncia al Tribunal Constitucional Plurinacional. Disponible en: <http://www.bolivia.com/actualidad/nacionales/sdi/106667/velasquez-renuncia-al-tribunal-constitucional-plurinacional>. Última visita el 10/09/2017.

versal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponen que los jueces deben gozar de total independencia para hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en su texto.

Con base en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, tanto la Comisión como la CIDH, han emitido pronunciamientos no solamente con la finalidad de remediar o dar solución a determinados casos concretos, sino más bien con una finalidad preventiva, es decir, con la finalidad que los Estados, así como los gobiernos, tengan en cuenta las recomendaciones y fallos emitidos en casos similares. Por otra parte, busca garantizar el pleno respeto de los derechos y garantías de los jueces constitucionales y restringir las acciones u omisiones que no deben ser realizadas al momento de procesar o destituir a los integrantes del ente contralor de la constitución.

Dicho tribunal de sentencia, en aquellos países en los que el ejecutivo tiene gran influencia en el Congreso o Asamblea Legislativa, a nuestro juicio, contradice radicalmente aquellos principios inherentes a todo tribunal colegiado de justicia, como la independencia, puesto que puede actuar bajo la decisión asumida por el ejecutivo nacional o por los intereses político partidarios; y como la imparcialidad, pues no puede, sino, ceder a las presiones del referido órgano ejecutivo.

El Caso Chocron Chocron vs Venezuela de 1 de julio de 2011: La CIDH en el caso, manifestó que entre los alcances de la inamovilidad los Principios Básicos establecen que la ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por periodos establecidos. Asimismo, puso en relieve que la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe ser independiente e imparcial en el procedimiento establecido y debe garantizar el ejercicio del derecho de defensa a los procesados, también manifestó:

“Los jueces sólo pueden ser removidos por faltas de disciplina graves o incompetencia y acorde a procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la constitución o

la ley. Este Tribunal ha acogido estos principios y ha afirmado que la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse independiente e imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa. Ello es así toda vez que la libre remoción de jueces fomenta la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias.¹⁶

El caso Aritz Barbera y otros vs. Venezuela: En este caso la Comisión IDH somete a conocimiento de la Corte la demanda por la destitución de los exjueces Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Aritz Barbera, acusados de haber incurrido en un error judicial inexcusable al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa. La Comisión alegó que la destitución, por dicho error, *“resulta contraria al principio de independencia judicial pues atenta contra la garantía de fallar libremente en derecho¹⁷”*.

Se señaló consecuentemente, que la falta no existió, y que la destitución se realizó con violaciones evidentes al debido proceso. Finalmente, la Corte falló en favor de los demandantes y declaró que el Estado no les garantizó un juicio imparcial, tampoco fueron juzgados por un tribunal independiente, no fueron oídos en un plazo razonable, la decisión carecía de fundamentación, y por último consideró que se violó el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo, todo lo anterior en detrimento de lo que establecen los artículos 8.1, 1.1 y 2, 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En consecuencia, se condenó al Estado Venezolano a reintegrar a los magistrados removidos a sus cargos, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la sentencia. En caso de incumplimiento, el Estado debería

16 Corte IDH, Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela; Sentencia de 1° de julio de 2011; párr. 99

17 Corte IDH, “Caso Aritz Barbera y otros vs. Venezuela”; Sentencia de 5 de mayo de 2008; párr. 2.

pagarles una indemnización, que la Corte fijó en \$100.000,00 dólares. Por daño material se les concedió a los demandantes la suma de \$48.000 dólares y por daño inmaterial la suma de \$40.000 dólares a cada uno de los demandantes (Armijo, 2015).

Caso del Tribunal Constitucional Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001.

Por Informe No. 58/98 de 9 de diciembre de 1998, la Comisión manifestó que: *“El Estado Peruano, al destituir a los magistrados del Tribunal Constitucional vulneró la garantía esencial de independencia y autonomía del Tribunal Constitucional (artículo 25 de la Convención Americana); el derecho al debido proceso (artículo 8.1 de la misma Convención) y la garantía de permanencia en las funciones públicas (artículo 23.c de la Convención)¹⁸”*.

En consecuencia, recomendó al Estado: “reintegrar a los Magistrados del Tribunal Constitucional e indemnizarlos con los sueldos dejados de pagar desde la destitución¹⁹”. Sin embargo, el Estado Peruano desobedeció lo ordenado, por lo que la Comisión presentó la demanda ante la CIDH el 2 de julio de 1999. Sus argumentos fueron entre otros, que:

- *“..es inherente a la vocación del contralor de constitucionalidad el dictar decisiones contrarias a los poderes Ejecutivo y Legislativo[...], cualquier acto estatal que afecte esa independencia y autonomía resulta contrario al artículo 8 de la Convención...”*.
- *“...la destitución de los magistrados obedece a presiones políticas [...]. Con esta actuación incurrieron en abuso y desviación de poder, y violentaron el principio de independencia y autonomía del Tribunal Constitucional consagrado en la Convención y la Cons-*

18 Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Informe No. 58/98, del 9 de diciembre de 1998; 101º Período Ordinario de Sesiones.

19 Ídem.

titución peruana... ”²⁰.

La Corte sentenció, por lo tanto, que es “...necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas.²¹” Es por ello que el 31 de enero de 2000, se condena al Estado Peruano como se mencionó en el punto 2 del presente trabajo.

6. Constituciones de Latinoamérica: La atribución de destitución del juez constitucional por el Congreso o Asamblea Legislativa como regla general

Argentina: La Constitución Nacional dispone que la Cámara de Diputados puede ejercer el derecho de acusar ante al Senado a los miembros de la Corte Suprema en causas de responsabilidad por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes (Artículo 53). El fallo del Senado tendrá por efecto destituir al acusado y declarar incapaz de ocupar empleo de honor, por votación de la mayoría de los dos tercios de los miembros presentes (Art. 59).

República Dominicana: La Constitución dominicana en su Artículo 83.1. dispone que es atribución de la Cámara de Diputados acusar ante el Senado a las autoridades designadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, entre los que se encuentran los Jueces del Tribunal Constitucional

20 Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 200131/01/01; párr. 64, pto e.

21 *Ibíd.*

(Art. 179.2). Por otro lado, corresponde al Senado declarar la culpabilidad de la persona destituida de su cargo, quien no podrá desempeñar ninguna función pública por el término de diez años (Art. 80.1).

Perú: Según el Artículo 99 (Acusación Constitucional) de la Constitución Peruana la Comisión Permanente (integrada por miembros del congreso) puede acusar ante el Congreso a los miembros del Tribunal Constitucional por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.

Ecuador: Según dispone el Artículo 433 de la constitución ecuatoriana los miembros de la Corte Constitucional no están sujetos a juicio político ni pueden ser removidos por quienes los designen (comisión calificadora integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social, Art. 436). En caso de responsabilidad penal pueden ser acusados por el Fiscal General de la Nación y juzgados por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, para lo que se requiere el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes.

Colombia: Según establece la Constitución Colombiana en su Artículo 178 Núm. 3 la cámara de representantes (que sería la cámara de diputados) tiene la atribución especial de acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales, al Presidente de la República, a los magistrados de la Corte Constitucional, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia requiere dos tercios de votos de los senadores presentes.

República Oriental del Uruguay: Según ha establecido la Constitución Uruguaya (Artículo 93) la Cámara de Representantes (diputados) tiene el derecho exclusivo de acusar ante la Cámara de Senadores a los miembros de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal de Cuentas y de la Corte Electoral, por violación de la Constitución u otros delitos graves, después de haber conocido sobre ellos a petición de parte o de algunos de sus miembros y declarado haber lugar a la formación de causa. Cabe mencionar que Uruguay no cuenta con Tribunal Constitucional, sino que el control de constitucionalidad es ejer-

cicio por la Suprema Corte de Justicia.

Paraguay: Según la Constitución de la República del Paraguay (Art. 258) La Corte Suprema de Justicia está integrada por nueve miembros, se organiza en salas, de las cuales una es la constitucional, sus miembros son denominados ministros. Se establece que los ministros de la Corte Suprema de Justicia (Artículo 225) sólo podrán ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes. La acusación puede ser formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios; y a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgarlos y en caso de declararlos culpables, separarlos de sus cargos.

Venezuela: Dispone la Constitución Venezolana (Artículo 265) que los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia podrán ser removidos o removidas por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado o interesada, en caso de faltas graves ya calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca. (Venezuela no cuenta con Tribunal Constitucional, el control de constitucionalidad es ejercido por el Tribunal Supremo de Justicia).

Chile: la Constitución vigente en el artículo 92, determina que los magistrados del Tribunal Constitucional cesan en sus funciones al cumplir 75 años. Los ministros del Tribunal Constitucional no son susceptibles de acusación constitucional ni de destitución por el Congreso Nacional (Nogueira, 2008).

Como se pudo observar son varios los países latinoamericanos que aún mantienen la atribución constitucional del Congreso de destituir a los miembros del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia, bajo el llamado juicio político, este aspecto, a criterio del suscrito, debe ser eliminado de las constituciones latinoamericanas, debiendo instituirse, no un juicio político, sino jurídico, ya que esta atribución da pie al ejercicio arbitrario del poder, en países donde el ejecutivo tiene mayor representatividad en el parlamento, asumiendo su control, le es posible, con o sin fun-

damento, llevar a juicio, a los jueces constitucionales, desnaturalizando el principio de frenos y contra pesos, entre poderes del Estado, despojándole del carácter de autoridad jurisdiccional idónea, imparcial e independiente para procesar y juzgar al juez constitucional, o por lo menos crea serias dudas sobre la efectividad de dichos principios.

Lo citado crea un retroceso en la vigencia de los valores democráticos y del Estado de Derecho, puede no tratarse de un régimen dictatorial, pero no cabe duda, que son manifestaciones de un régimen autoritario, siendo necesario establecer mayores garantías para la independencia y funcionamiento del contralor y guardián de la Constitución a través de reformas a la constitución.

Como podemos observar en los casos peruano, ecuatoriano y hondureño, los derechos y garantías constitucionales de los magistrados, previstos en sus respectivas constituciones y en la misma convención americana, no pudieron ser tutelados, fue necesario acudir a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para lograr la tutela judicial efectiva denegada en sus países de origen; lo negativo es que, las autoridades que vulneraron los derechos de los magistrados, sean diputados, senadores, ministros presidentes constitucionales, gozan de impunidad, ya que la condena de la CIDH es contra las personas jurídicas es decir contra el Estado infractor de la Convención.

7. Las raíces Constitucionales del ejercicio excesivo de poder, por Gobiernos con amplia representación parlamentaria

El título de este acápite es inspirado por lo sostenido por Héctor Mairal, en su obra *“Las raíces legales de la corrupción o de como el Derecho Público fomenta la corrupción en lugar de combatirla”* (2007). Con más precisión en el tema que nos ocupa, estamos hablando de las raíces constitucionales del ejercicio excesivo de poder, ya que en los casos analizados es la propia constitución, de donde nacen las facultades del parlamento de destituir a los miembros del órgano guardián de la constitución que, a su vez,

no impone ningún límite constitucional al ejercicio de dicha atribución.

Esos escenarios propicios para el ejercicio excesivo del poder pueden manifestarse al producirse las siguientes condiciones:

1. Que la Constitución o Ley de determinado país, otorgue la atribución al Congreso o Asamblea Legislativa de acusar, procesar y destituir a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Tribunal Constitucional o Corte Constitucional o a las altas autoridades judiciales.
2. Que gane las elecciones presidenciales un partido político determinado que, asimismo, producto de dichas elecciones obtenga una amplia representación parlamentaria, y que ello le permita al presidente del Estado, tener el control total del Congreso o Asamblea Legislativa.
3. Que las actuaciones de los magistrados encargados del Control de Constitucionalidad resulten perjudiciales a los intereses del Órgano Ejecutivo, como la declaración de inconstitucionalidad o suspensión de Resoluciones, Decretos o Leyes promovidas por el Ejecutivo, o como la protección de derechos constitucionales de personas que no comulgan con el oficialismo, etc.

Es así que, si se analizan detenidamente las constituciones latinoamericanas, se podrá apreciar la regla general (con pocas excepciones), que dichas constituciones otorgan las atribuciones al Congreso o Asamblea Legislativa de procesar y destituir a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional, por faltas atribuidas en su contra, así acontece, en Argentina, Bolivia, República Dominicana, Perú, Colombia, Uruguay, Paraguay, Venezuela, entre otros (ver el punto 6 de este trabajo), de ello, se podrá comprender que el Constituyente Latinoamericano no pudo prever posibles escenarios de autoritarismo o de abuso de poder, por parte del Gobierno en ejercicio de funciones, a causa de producirse las condiciones antes descritas, que gane las elecciones presidenciales y parlamentarias un partido o grupo de partidos políticos, y como consecuencia

natural, asuman el control no solo del órgano ejecutivo, sino también del órgano legislativo (parlamento); es por su puesto, una consecuencia natural, que el partido o grupo de partidos citados, tiendan o busquen tener control sobre el órgano judicial, cuando las actuaciones de este último, le resulten perjudiciales (declaraciones de inconstitucionalidad o suspensiones de Decretos y leyes, otorgación de tutela constitucional, etc.).

Uno de los principales mecanismos de presión y sojuzgamiento en contra de los miembros del Órgano Judicial y Tribunal Constitucional, autorizados por varias de las constituciones latinoamericanas, es el juicio político, instaurado por el Parlamento, con o sin fundamento; como se pudo apreciar claramente en los casos peruano, ecuatoriano, hondureño, entre otros; casos que merecieron sentencias condenatorias de la CIDH por la violación de los derechos humanos de los jueces constitucionales como se describió en el punto 2.3 de este trabajo.

En rigor, es pertinente seguir el ejemplo de aquellas constituciones reformadas que trasladaron la facultad del Parlamento, de destituir a los magistrados de la Corte Suprema o Tribunal Constitucional, a la facultad del mismo Poder Judicial, convirtiendo el Juicio Político en un Juicio Jurídico, reduciendo así, las posibilidades de violaciones flagrantes de los derechos constitucionales y derechos humanos de los miembros del órgano judicial y los jueces constitucionales, como acontece en las regulaciones de las constituciones ecuatoriana y chilena. Es cierto, que no son mecanismos perfectos, empero no se puede negar, que restringen la intervención del órgano legislativo o Asamblea Legislativa, e impiden las manifestaciones de exceso de poder, a causa de la concentración del poder en manos del ejecutivo.

8. Conclusiones

- En los casos de destitución de las altas autoridades del tribunal constitucional y sala constitucional respectivamente, en Perú el año 1996, en el Ecuador el 25 de noviembre de 2004, en Hondu-

ras el 12 de diciembre de 2012, el presidencialismo y régimen de representación política mayoritaria en el parlamento, denotan una concentración absolutista del poder ejecutivo y legislativo en manos del presidente y vicepresidente del Estado. Todo ello permitió de forma legal defenestrar la institucionalidad del único poder que no responde a representación política alguna, al único órgano que debiera permanecer ajeno a toda injerencia política como lo es el órgano judicial y en particular el Tribunal Constitucional, como guardián y último intérprete de la Constitución.

- En la mayoría de los países latinoamericanos la constitución, otorga la atribución al congreso o asamblea legislativa, para la destitución de las referidas autoridades. Tomando en cuenta los casos analizados y los pronunciamientos tanto de la Comisión como de la CIDH respecto de la vulneración a las garantías fundamentales de independencia y autonomía del Tribunal Constitucional (Convención Americana de Derechos Humanos Artículo 25) y al debido proceso de los jueces constitucionales (Convención Americana de Derechos Humanos Artículo 8.1), será necesario introducir reformas similares a las introducidas en la Constitución del Ecuador o de Chile, en los que el Congreso no cuenta con atribución alguna para destituir a los miembros del Tribunal Constitucional.

9. Bibliografía

- Armijo, Gilbert. 2015. La independencia del juez constitucional, su destitución y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de la Universidad San Martín de Porres*, http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_9/articulos/La_independencia_del_juez_constitucional_su_destitucion_y_la_Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos_Armijo_Gilbert.pdf.
- Bielsa, Rafael. 1964. *Sobre lo contencioso administrativo*. Santa Fe: Castelvi S.A.

- Carpio, Edgar. 2000. Constitución y reelección presidencial: el caso peruano. México: Boletín de Derecho Comparado.
- Informe CIDH. 58/98. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos. 2013. Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia el estado de derecho en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44. Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, Artículo 14: El Derecho a un Juicio Imparcial y a la Igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007.
- Cortázar, María Graciela. 2012. Las garantías judiciales: análisis a partir de la jurisprudencia de la CIDH. <<http://oai.redalyc.org/articulo.oa?id=87625443004>>Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001
- Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008.
- Corte IDH, caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela; Sentencia del 1° de julio de 2011.
- Corte IDH. 1987. Garantías judiciales en Estados de emergencia. OC 9/87. CIDH. Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador, sentencia de 23 de agosto de 2013.
- CIDH. Caso Camba Campos y otros vs. Ecuador. Sentencia de 28 de agosto de 2013.
- Gutiérrez Navas, José Antonio, et al. 2015. Destitución ilegal y arbitraria de magistrados de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras. Revista IDH, www.revistaidh.org.
- Informe sobre la Asamblea Nacional Constituyente; Quito, enero 2008.
- Diario La Razón. 2014. Pruebas no a lugar: un proceso que se estanca en las formas. https://m.la-razon.com/suplementos/animal_politico/Pruebas-lugar-proceso-estanca-formas_0_2183781668.html
- Marial, Héctor. 2007. Las raíces legales de la corrupción o de como el Derecho Público fomenta la corrupción.
- Nogueira, Humberto. 2008. La integración y estatuto jurídico de los magistrados de los tribunales constitucionales de Latinoamérica. Universidad de Talca.
- Rambeaud, Gastón. 2011. Doble Instancia en el Proceso Administrativo: ¿Una ilusión? Revista Rio Negro, http://www.rionegro.com.ar/columnistas/doble-instancia-en-el-proceso-administrativo-AXRN_717601

Periódico Electrónico Erbol. 2017. Senado declara culpable a Cusi y lo destituye de magistrado. http://www.erbol.com.bo/noticia/politica/01062017/senado_declara_culpable_cusi_y_lo_destituye_de_magistrado

Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/view/4623/4041>

Corte IDH, Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C N° 71; Párr. 64 Diario Bolivia. 2015. Senado destituye a magistrada Chanez y envía caso al Ministerio Público. <http://www.bolivia.com/actualidad/politica/sdi/106824/senado-destituye-a-magistrada-chanez-y-envia-caso-al-ministerio-publico>

Diario Bolivia. 2015. Velásquez renuncia al Tribunal Constitucional Plurinacional. <http://www.bolivia.com/actualidad/nacionales/sdi/106667/velasquez-renuncia-al-tribunal-constitucional-plurinacional>

Diario Clarín. 2012. Crisis en Honduras: el Congreso destituyó a 4 jueces de la Corte. https://www.clarin.com/mundo/crisis-honduras-congreso-destituyo-corte_0_S1l1A3njvXx.html Periodico Electronico Erbol. 2016. Debatirán eliminar elección de magistrados por voto popular. http://www.erbol.com.bo/noticia/politica/29052016/debatiran_eliminar_eleccion_de_magistrados_por_voto_popular

Navas, Marcos. Entrevista a Dra. Almut Schilling Vacaflor. <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/NOTICIASYSUCESOS/2012/Entrevista%20a%20Almut%20Schilling%20Vacaflor.pdf>

La protección multinivel de los principios de igualdad y de no discriminación en España: análisis comparado de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo de los Derechos, la Constitución Española y el Código Penal Español

The multilevel protection of equality and non-discrimination principles in Spain: a comparative analysis of the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights, the Spanish Constitution, and the Spanish Criminal Code

BORJA FERNÁNDEZ BURGUEÑO¹

Resumen: Este trabajo estudiará el régimen de protección multinivel de los principios de igualdad y no discriminación a través de (i.) la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (ii.) el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales según el protocolo 12 de noviembre de 2000, (iii.) la Constitución española de 1978 y (iv.) el Código Penal español de 1995. El objeto del estudio será la delimitación del contenido de los principios de igualdad y no discriminación en los referidos textos legales. En este artículo se de-

¹ Abogado de Derecho Público (España). Participa en la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (España) Ha sido colaborador del área jurídica la Delegación en España del ACNUR (España)

mostrará cómo, con independencia del área en la que se enfoque el análisis (igualdad ante la ley; no discriminación; diversidad cultural, religiosa y lingüística; igualdad entre hombres y mujeres; derechos del menor; derechos de las personas mayores y la integración de las personas con discapacidad), al poner en relación dichos textos legales, se puede construir un régimen sólido de protección multinivel del principio de igualdad y no discriminación.

Palabras clave: igualdad; discriminación; Constitución Española; Código Penal; CEDH; CDFUE.

Abstract: This paper studies the equality and non-discrimination multilevel protection regimen within the framework of the following legal bodies: (i) the Charter of Fundamental Rights of the EU; (ii) The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol 12; (iii) the Spanish Constitution of 1978 and the Spanish Criminal Code of 1995. The aim of the study is to define the scope of the equality and non-discrimination principles in the abovementioned legal documents. This article will demonstrate, whichever approach is followed (equality before the law; non-discrimination; cultural, religion and language diversity; equality between men and women; rights of the child; rights of the elderly; and the inclusion of people with disabilities), how by connecting the above-named treaties, an equality and non-discrimination multilevel protection solid regime could be constructed.

Keywords: equality; discrimination; Spanish Constitution; Criminal Code; ECHR; EU Charter.

Artículo recibido: 14/03/2017 Aceptado: 01/12/2017

Sumario:

1. **Introducción**
2. **Cuestiones previas sobre el alcance e interpretación de los instrumentos**
3. **Los Principios de Igualdad y de no discriminación**
 - 3.1. **Igualdad ante la Ley**
 - 3.2. **No discriminación**
 - 3.3. **Igualdad cultural, religiosa y lingüística**
 - 3.4. **Igualdad entre hombres y mujeres**
 - 3.5. **Igualdad del menor**
 - 3.6. **Igualdad de los mayores**
 - 3.7. **Igualdad e integración de las personas con discapacidad**
4. **Conclusión**
5. **Bibliografía**
6. **Otros documentos**

Tabla de abreviaturas

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000	CDFUE
Código Penal español de 1995	CP
Constitución española de 1978	CE
Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950	CEDH
Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948	DUDH
Fundamental Rights Agency	FRA
Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966	PIDCP

Protocolo N° 12 de noviembre de 2000 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	P12CEDH
Tribunal Constitucional español	TC
Tribunal Supremo español	TS

1. Introducción

Abundando en el enfoque multinivel de los mecanismos de reconocimiento y garantía de los Derechos fundamentales en Europa a los que Godoy Vázquez apuntaba en la edición de 2016 de la Revista Internacional de Derechos Humanos, este artículo se centrará, desde un punto de vista práctico, en la manera en la que este enfoque multinivel actúa en la protección del principio de igualdad y no discriminación en España. A tal fin, se buscará relacionar los siguientes documentos: (i.) la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (a continuación CDFUE), (ii.) el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (a continuación, CEDH) según el Protocolo N° 12 de noviembre de 2000 (a continuación, P12CEDH), (iii.) la Constitución española de 1978 (a continuación, CE) y (iv.) el Código Penal español de 1995 (a continuación, CP). El objeto del estudio será la delimitación del contenido de los principios de igualdad y no discriminación en los referidos textos legales. En este artículo se demostrará cómo, con independencia del área en la que se enfoque el análisis (igualdad ante la ley; no discriminación; diversidad cultural, religiosa y lingüística; igualdad entre hombres y mujeres; derechos del menor; derechos de las personas mayores y la integración de las personas con discapacidad), al poner en relación dichos textos legales, se puede construir un régimen sólido de protección multinivel del principio de igualdad y no discriminación

2. Cuestiones previas sobre el alcance e interpretación de los instrumentos

El artículo 10 de la CE dispone que los derechos fundamentales se han de interpretar de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (a continuación, DUDH) y con los Tratados Internacionales sobre la materia en los que España sea parte². En este sentido, hay que señalar que el principio de igualdad y no discriminación aparece expresamente recogido en: la DUDH (arts. 1, 2 y 7); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1º y 2º, 20.2, 26 y 27); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2.2º y 3º); la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 1 y 10); el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 14), y la CDFUE (Título III, arts. 20 y ss.). Por tanto, el principio de igualdad y no discriminación ha de ilustrar el tratamiento e interpretación de los Derechos Humanos en la legislación española.

Asimismo, cabe destacar que el impacto de dichos Tratados en materia de igualdad y no discriminación no se limita a una labor interpretativa de los derechos fundamentales³, sino que de acuerdo con el artículo 96 CE,

2 A modo ilustrativo, destacamos las recientes sentencias del Tribunal Supremo (a continuación, TS) de 14 de julio de 2017 (núm. recurso 25/2017), de 24 de marzo de 2015 (núm. recurso 62/2014) y de 18 de noviembre de 2011 (número de recurso 45/2011) en las que, con el fin de interpretar el derecho fundamental a la vida y a la integridad física reconocido en la CE, el Tribunal trae a colación: (i) la DUDH; (ii) el CEDH; (iii) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; (iv) la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, (v) con su Protocolo Facultativo de 18 de diciembre de 2002; y (vi) el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. En igual sentido, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 14 junio 2002 (núm. recurso 628/2002), analiza el derecho de reunión en el marco (i) de la CE; (ii) de la DUDH; (ii) el CEDH; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

3 Nótese que dicha labor interpretativa resulta fundamental para delimitar los derechos nacionales e, incluso, para incorporar nuevos derechos al ámbito nacional. Así,

dichos tratados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte de nuestro ordenamiento interno. Por tanto, sus disposiciones en materia de igualdad y no discriminación se podrían invocar directamente sin la necesidad de recurrir al artículo 10 CE. Esto resulta de especial relevancia en los casos en los que los derechos fundamentales reconocidos en la CE no coinciden con los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales (ej. el derecho a la propiedad del artículo 33 CE no es un derecho fundamental en el plano nacional, pero sí es un derecho humano de acuerdo con el Protocolo 1 del CEDH y una libertad fundamental de acuerdo con el artículo 17 de la CDFUE).

Hay que subrayar que la necesidad de interpretar los Derechos Humanos a la luz del principio de igualdad y no discriminación no emana únicamente de los Tratados internacionales, sino que es uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico español (art. 1 CE) y se encuentra recogido en el artículo 14 CE como un derecho fundamental. Si bien el artículo 14 CE se enmarca en el Capítulo II, Sección 1 «De los Derechos y Libertades Fundamentales», el derecho a la igualdad no se puede entender como un derecho fundamental autónomo, sino como uno relacional. Es decir, que el derecho fundamental a la igualdad no se puede manifestar de forma aislada, sino en el contexto de alguna relación jurídica concreta⁴. Por tanto, en el plano nacional, no se podría dictar una ley genérica de

por ejemplo, en la Sentencia del TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 205/2015, de 10 marzo de 2015, se reconoce que el derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias, “si bien no tiene un reconocimiento constitucional expreso, queda integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el art. 24.2 CE, toda vez que dicha exigencia, establecida en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante PIDCP), ha quedado incorporada a las garantías constitucionales que disciplinan el proceso penal a través de la previsión del art. 10.2 CE sobre que las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con dicho texto”

4 En esta línea, el TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) en su sentencia núm. 284/2011, de 11 de abril de 2011, subraya que “la igualdad es, como tal, una abstracción y carece de contenido si no es puesta en conexión con personas, cosas y relaciones entre

igualdad. Por el contrario, el principio de igualdad y no discriminación sí puede (y debe) contenerse en leyes y reglamentos que afecten a ámbitos particulares⁵ () o que tengan un contenido transversal⁶. En este sentido, resulta especialmente relevante el artículo 9.2 CE por el que se obliga “*a los poderes a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*”. El artículo 9.2 CE puesto en relación con el 14 CE y con el 1 CE da contenido material al principio de igualdad y no discriminación.

En relación con el alcance de la CDFUE, resulta necesario destacar que, de acuerdo con los principios de competencia, subsidiariedad y atribución, “los derechos fundamentales garantizados en la Unión [Europea] sólo son efectivos en el marco de las competencias que definen los Tratados” (Gómez Sánchez, 2011:55). De esta manera, si bien la CDFUE, (desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa) es directamente aplicable y goza del mismo valor normativo que el derecho originario, el artículo 51 limita su alcance a los casos en los que Estados miembros apliquen el Derecho de la Unión. En otras palabras, a pesar de que el acervo comunitario abarque innumerables ámbitos del derecho, no toda relación jurídica se rige por el derecho de la UE de forma directa. Por tanto, una vulneración local del principio de igualdad en un ámbito ajeno al derecho comunitario, queda-

unas y otras; es una noción neutra, nítida en el ámbito de la lógica, pero ambigua e indeterminada en el plano de la vida social. La vulneración del principio de igualdad ante la Ley requiere la presencia de dos presupuestos esenciales: la aportación de un término de comparación que acredite la igualdad de supuestos y que se trate de un cambio de criterio inmotivado o con motivación irrazonable o arbitraria (sentencias del TC 62/1987, de 20 de mayo; 9/1989, de 23 de enero y 68/1989, de 19 de abril). Lo que en definitiva prohíbe este principio son las diferencias de trato que no estén objetivamente justificadas por el fin lícito de la norma (sentencia del TC 70/1991, de 8 de abril)”.

5 Por ejemplo, la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios

6 Por ejemplo, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

ría fuera del ámbito de aplicación de la CDFUE.

Dicho lo cual, la aplicación del Capítulo III de la CDFUE sobre la igualdad (art. 20 a 26), no precisa de una directiva específica, sino que es directamente aplicable en cualquier relación jurídica que se rija por Derecho Comunitario. No obstante, en la actualidad se está discutiendo la aprobación de una Directiva de Igualdad que complete la normativa comunitaria en esta materia (principalmente las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2004/113/CE del Consejo)⁷ y que supondría la consolidación definitiva del alcance del Capítulo III de la CDFUE. A pesar de que, en 2008, la Comisión adoptó una propuesta de “Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” (a continuación, Directiva de Igualdad), las negociaciones entre los Estados no han sido fructíferas, entre otros motivos, por “las dudas en torno a las cuestiones de subsidiariedad, la seguridad jurídica y el reparto de competencias”⁸. Asimismo, dado que la precitada Directiva pretendía desarrollar el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, resulta necesaria unanimidad en el Consejo y aprobación en el Parlamento. A pesar de todas las dificultades, resulta esperanzador que la aprobación de la Directiva de Igualdad sea una “prioridad” para la nueva Comisión⁹.

La principal crítica de la *Fundamental Rights Agency* (a continuación, FRA) en su Informe de 2016 sobre los Derechos Fundamentales en la UE radica en que, el actual acervo comunitario, ha establecido un sistema

7 CONSEIL DE L'UNION EUROPEEN. Résultats de la Session du conseil 3357e session du Conseil Emploi, politique sociale, santé et consommateurs Emploi, politique sociale et santé. Bruxelles, le 11 décembre 2014. 16803/1/14 REV 1 (OR. en) PRESSE 643 PR CO 69. Pág. 10

8 CONSEIL DE L'UNION EUROPEEN. Résultats de la Session du conseil 3474e session du Conseil Emploi, politique sociale, santé et consommateurs Emploi, politique sociale et santé. Luxembourg, les 16 et 17 juin 2016. 10235/16 (OR. en) PRESSE 34 PR CO 33. Pág. 9

9 Ibidem.

asimétrico en materia de protección del principio de igualdad atendiendo al ámbito de la vida en el que se produzca la discriminación y la característica protegida (FRA, 2016: 7-8). En este sentido, tal y como señala la FRA:

“la UE sigue aplicando en la práctica una jerarquía de motivos de protección frente a la discriminación. Las Directivas en materia de igualdad de género y racial brindan una protección global frente a la discriminación por razones de sexo y origen racial o étnico en la UE. La discriminación por motivos de religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual, por el contrario, se prohíbe únicamente en los ámbitos del empleo, la ocupación y la formación profesional con arreglo a la Directiva de igualdad en el empleo” (FRA, 2016: 7).

Esta diferencia de trato tiene difícil encaje tanto con el artículo 20 de la CDFUE, que constituye una cláusula general de igualdad y ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia de la UE como un principio fundamental de la UE (Gómez Sánchez, 2011:57), como con el artículo 21, que dispone una prohibición genérica de la prohibición de discriminación. A pesar de lo anterior, la diferencia de nivel de protección por motivos de discriminación, también puede hallarse -en cierta medida- en la propia CDFUE, por ejemplo cuando otorga una protección adicional a la igualdad entre hombres y mujeres (art. 21.1 y art. 23 CDFUE) de la que no gozan explícitamente las personas que son discriminadas por otros motivos, como podría ser la orientación sexual (art. 21.1 CDFUE).

3. Los principios de igualdad y de no discriminación

Con la aprobación de la Directiva de Igualdad a la que hacíamos referencia en la sección anterior, la FRA pretende homogeneizar el sistema de protección con independencia del lugar, motivo, característica protegida y ámbito de la discriminación (FRA, 2016: 7-8). No obstante, hasta que la aprobación de dicha directiva comunitaria se haga efectiva, la protección multinivel de los principios de igualdad y de no discriminación opera de diferente manera atendiendo al contexto y motivo de discriminación.

Por esta razón, con el fin examinar los principios de igualdad y de

no discriminación desde diferentes perspectivas y sin ánimo de exhaustividad, se atenderá al orden sistemático del Capítulo III de la CDFUE, estructurando el análisis en los siguientes apartados: (1.) igualdad ante la ley, (2.) no discriminación, (3.) diversidad cultural, religiosa y lingüística, (4.) igualdad entre hombres y mujeres, (5.) derechos del menor (6.) derechos de las personas mayores y (7.) la integración de las personas discapacitadas.

3.1 Igualdad ante la Ley

La redacción inicial del CEDH limitaba el principio de igualdad “*al goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio*” (art. 14). No obstante, con la entrada en vigor del P12CEDH, el principio de igualdad se amplía a “*todos los derechos reconocidos por la ley*” (art. 1.1 P12CEDH por el que se modifica el art.14 CEDH)¹⁰.

La CEDFU también reconoce dicho principio, señalando de forma clara y concisa que “*todas las personas son iguales ante la ley*” (art. 20 CEDFU)¹¹.

En el plano nacional, la CE en su artículo 1.1 eleva el concepto de igualdad a los valores superiores del ordenamiento jurídico y reconoce en el artículo 14 CE que todos “*los españoles son iguales ante la ley*”¹². Sin em-

10 Vid. la Sentencia de 4 octubre 2011 del TEDH (Sección 3ª), Caso Mendez Perez y Otros contra España.

11 En relación con el principio de la igualdad ante la ley, *vid.* la Sentencia del TJUE (Sala Segunda), de 9 marzo 2017, Caso *Petya Milkova contra Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*; la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta), de 28 julio 2016, Caso *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros contra Conseil des ministres*; la Sentencia del TJUE (Sala Quinta), de 22 mayo 2014, Caso *Wolfgang Glatzel contra Freistaat Bayern*; la Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 18 marzo 2014, Caso *Z. contra A Government department and the Board of management of a community school*.

12 Nótese, que, de acuerdo con la Sentencia núm. 89/1994 de 17 marzo del Tribunal Constitucional (a continuación, TC) (Pleno), “la igualdad ante la ley proclamada en el art. 14 de la Constitución no impide que, a través de cambios normativos, pueda producirse un trato desigual entre diversas situaciones, derivado de la diferencia de

bargo, a diferencia de los anteriores textos legales, el artículo 14 CE únicamente hace referencia a los “españoles”. Esta redacción restrictiva no se ve reflejada en el disfrute de ninguno de los derechos fundamentales reconocidos en la Sección I del Capítulo II, a excepción de los artículos 19 CE¹³, 23 CE (en relación con el 13.2CE¹⁴) y 29.1¹⁵ CE. No obstante lo anterior, el artículo 13.1 establece que “*los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*”. En este sentido, el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone que:

“Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

Por consiguiente, se habrá de entender que el principio constitucional de la igualdad ante la ley no se limita a los españoles, sino que abarca a todas las personas¹⁶. Asimismo, conviene señalar que, como aclara Gálvez

fechas en que se originaron (STC 119/1987, fundamento jurídico 3.º); ni el art. 14 del texto fundamental exige en todo caso la aplicación retroactiva de la ley más favorable [STC 88/1991, fundamento jurídico 3.º]. La diferenciación normativa entre sujetos debida a una sucesión legislativa no puede considerarse, por sí sola, generadora de discriminación”.

13 Art. 19 CE: “Los *españoles* tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional (...)”

14 Art. 13.2 CE: “Solamente los *españoles* serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23 (...)”. Art. 23 CE: “1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, (...) . 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”

15 Art. 29.1 CE: “Todos los *españoles* tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley”

16 En este sentido, *vid.* la Sentencia núm. 51/2016 de 27 enero, de la Audiencia Nacio-

Muñoz, la expresión “*los españoles*” del artículo 14 CE no ha de interpretarse como un concepto cerrado, sino como una de las “fórmulas genéricas con las que se pretende asegurar el goce de los mismos al conjunto de los ciudadanos (‘todos los españoles...’, ‘los españoles...’, ‘todo español...’, ‘ningún español podrá ser...’, ‘toda persona...’, ‘nadie podrá ser...’, etc.)” (Gálvez Muñoz, 2003).

En relación con el derecho penal, el principio de igualdad ante el CP no tiene carácter absoluto, ya que ciertas personas son excluidas de la responsabilidad ya sea por aplicación de las eximentes del 19 CP y 20 CP o por la aplicación del 56.3 CE. Las causas que eximen la responsabilidad penal se dividen en dos: la eximente por razón de edad del artículo 19 CP (ver apartado 5.) y las eximentes completas del artículo 20 CP. Estas causas no vulneran el principio de igualdad y no discriminación, sino que constituyen la materialización del principio constitucional de la responsabilidad por el hecho propio.

En relación con el 56.3 CE (“*La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad...*”), de acuerdo con Abellán Matesanz, siguiendo el razonamiento de O. Alzaga, la justificación de excluir a la persona del monarca de la responsabilidad penal¹⁷ responde a que “si el Rey delinquiese, ‘nos encontraríamos ante el desprestigio y, por ende, ante el ocaso de la institución monárquica’” (Abellán Matesanz, 2003). No obstante, bajo mi punto de vista, el desprestigio o el ocaso de la institución monarquía no son bienes jurídicos que hayan de primar sobre otros como la vida, la indemnidad sexual o la integridad física. En los supuestos hipotéticos de un rey asesino, violador o torturador carece de sentido que se haya de excluir de toda responsabilidad al monarca por el mero hecho de su cargo institucional. Incluso en el caso de que estas circunstancias supusieran el fin de

nal (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección5ª), recurso contencioso-administrativo núm. 398/2014.

17 En el Auto de 9 octubre 2012, del Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Madrid se inadmitió una acción de reclamación de filiación paterna dirigida contra el monarca con base en el artículo 56.3 CE.

la monarquía, la conducta quedaría impune con base en el principio de la irretroactividad desfavorable, dejando a las víctimas en una situación de completa desprotección. Por tanto, considero que el artículo 56.3CE constituye una vulneración injustificada al principio de igualdad ante la ley.

3.2 No discriminación

El principio de no discriminación aparece reflejado en el CEDH según el P12CEDH en dos vertientes: en la primera, se prohíbe toda discriminación en el goce de todos los derechos reconocidos por la ley (art.14.1 redactado según el artículo 1.1 del P12CEDH) y, en la segunda, se prohíbe que nadie sea objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública (art.14.2 redactado según el art. 1.2 del P12CEDH). En particular, el CEDH se refiere a los siguientes motivos de discriminación: “*sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*”.

Por su parte, la CDFUE prohíbe “*toda clase de discriminación*” y, además de acoger los mismos motivos de discriminación que el CEDH, añade los orígenes étnicos, las características genéticas, las convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual (art. 21.1 CDFUE). No obstante, el motivo de discriminación por razón de nacionalidad, que en el CEDH aparece de forma genérica, es incorporado por el CDFUE a un nivel superior de protección en el “*ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea*” (art. 21.2 CDFUE)¹⁸.

La CE en su artículo 14 también opta por prohibir la discriminación.

18 Nótese que, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª) núm. 375/2015, de 10 abril de 2015, en relación con el motivo de discriminación por razón de nacionalidad, “el valor vinculante de la Carta para los Estados (...), está supeditado a que los derechos en ella reconocidos deban aplicarse en relación con otras normas de la Unión que generen obligaciones para los Estados miembros”

No obstante, a diferencia de la CDFUE, la CE no prohíbe expresamente toda clase de discriminación, sino que limita la prohibición a la discriminación *“por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. La enumeración del art. 14 CE es menos extensa que la de la CDFUE y la del CEDH, obviando motivos de discriminación presentes en ambos Tratados como el color, la lengua, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna o el nacimiento. Dicho lo cual, la expresión *“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”* rompe la condición de numerus clausus de la enumeración y, por tanto, se ha de entender que la CE establece la prohibición de la discriminación en sentido amplio para los poderes públicos¹⁹. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha matizado que la prohibición de discriminación entre particulares (igualdad horizontal) solo está limitada constitucionalmente por los motivos expresamente mencionados (Gálvez Muñoz, 2003).

El principio de no discriminación emanante del artículo 14 del CEDH y del 21 de la CDFUE no se limita a una prohibición negativa, sino que implica una obligación positiva que vincula a los estados miembros a poner en práctica las medidas necesarias para garantizar la no discriminación. En este sentido, el artículo 9.2 CE cumple con dicha obligación positiva, al disponer que: *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

Las obligaciones positivas de los Estados en relación con el CEDH y la CDFUE no se limitan a la promoción de la igualdad por parte de los

19 Ello no significa que los poderes públicos tengan un derecho fundamental a la igualdad y no discriminación. De tal manera, el TC (Pleno), en la sentencia núm. 111/2017 de 5 octubre aclara que “el artículo 14 CE garantiza la protección frente a la disparidad de trato injustificada a los «españoles», no a las Comunidades Autónomas que, en cuanto poderes públicos, tienen competencias y potestades fiduciarias, pero no, con carácter general, derechos fundamentales”.

poderes públicos (art. 9.2 CE), sino que trasciende también a las conductas de los individuos toda vez que la antijuridicidad de dichas conductas no hubiera sido tipificada (ej. el derecho a la vida del artículo 2 CEDH obliga a los Estados Miembros a tipificar el delito de homicidio). En este sentido, el CP ha abordado este asunto a través de tres mecanismos: (i.) estableciendo una agravante genérica para aquellas personas que hubieran cometido un *“delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”* (22.4° CP); (ii.) estableciendo tipos agravados específicos (ver ej. arts.150.2.b CP, 148.4° CP, 171.4 CP o 172.2CP); y (iii.) estableciendo tipos básicos que penan conductas discriminatorias (ver ej. arts. 512 CP, 515.4° CP, 607 CP o 607bis CP).

3.3 Igualdad cultural, religiosa y lingüística

Mantener un equilibrio entre el principio de igualdad y no discriminación y la diversidad cultural, religiosa y lingüística es un asunto complejo en el que la ponderación de derechos individuales y colectivos tiene un papel fundamental²⁰.

El CEDH aborda la protección contra la discriminación de estos tres derechos por dos vías. Por un lado, recoge expresamente los motivos de discriminación por razón de cultura, religión y lengua en el artículo 14 CEDH²¹ y, por otro, protege estos derechos de forma explícita (art. 10

20 En este sentido, *vid.* la Sentencia del TEDH (Gran Sala), de 18 marzo 2011, Caso *Lautsi y Otros contra Italia* o la sentencia del TEDH (Sección 4ª), 15 de enero de 2013, Caso *Eweida y otros contra Reino Unido*

21 Art. 14 CEDH: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”

CEDH²²) e implícita (art. 8²³ y 9²⁴ CEDH) en su articulado.

La CDFUE adopta un enfoque parecido, por el que no solo prohíbe estos motivos de discriminación en el artículo 21 y reconoce los derechos correlativos en su articulado (artículos 10 y 11 CDFUE) y preámbulo (“*respeto de la diversidad de culturas*”), sino que señala expresamente en el artí-

22 Art. 10 CEDH: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

23 Art. 8 CEDH: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

24 Art. 9 CEDH: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”

culo 22 que “la Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística”.

A diferencia del CEDH y de la CDFUE, la CE no recoge expresamente la prohibición de discriminación por razón de la lengua en el artículo 14 CE. No obstante, la discriminación por dicho motivo, podría fácilmente encuadrar en aquel que recoge “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. En cuanto a la protección positiva, el artículo 3.3 CE señala que la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas (no solo las lenguas oficiales) merecen especial respeto y protección.

Por el contrario, la prohibición de discriminación por motivos culturales y religiosos sí aparece explícitamente recogida en el artículo 14CE. Además, la CE otorga valor constitucional al derecho al acceso a la cultura (art. 44 CE) y carácter de derecho fundamental a la libertad de religión (art. 16)²⁵.

El CP dispone como agravante genérica del artículo 22.4º los delitos cometidos por motivos religiosos. No obstante, si se cometiese un delito por motivos culturales o lingüísticos, no se podría aplicar la agravante genérica precitada, salvo que aquellos se pudiesen vincular a cualquiera de los otros motivos, como la etnia, la raza o la nacionalidad.

3.4 Igualdad entre hombres y mujeres

La igualdad entre hombres y mujeres, es decir, la igualdad de género, es uno de los asuntos que más controversia han generado en los últimos años con la proliferación de las medidas de discriminación positiva y la

25 En la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 3250/2009, de 14 diciembre de 2009, se puede apreciar la manera en la que opera la jurisprudencia del TEDH en el ámbito nacional. En dicha sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León señaló que, en relación con la Sentencia del TEDH en el Caso Lautsi y Otros contra Italia, “el criterio fijado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un juicio interpretativo a seguir. Sin embargo, la influencia que esta sentencia debe tener en la interpretación del ordenamiento jurídico español ha de ser ponderada”

introducción de los delitos de violencia de género en España.

El CEDH recoge expresamente el “sexo” como uno de los motivos por los que no se puede discriminar. No obstante, considero que el CEDH tendría que haber superado la referencia a la condición biológica (sexo) para reflejar mejor la realidad y la complejidad de la cuestión, haciendo alusión tanto a la identidad de género como a la orientación sexual, ya que las personas que se separan de la norma social (heterosexuales cuyo sexo coincide con su identidad de género) son aquellas que sufren mayor índice de discriminación.

La CDFUE enumera tanto el “sexo” como la “orientación sexual” entre los motivos del artículo 21 por los que se prohíbe expresamente la discriminación²⁶, pero, al igual que el CEDH, tampoco incluye la “identidad de género” entre ellos. La CDFUE dedica el artículo 23 a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, estableciendo que *“la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”*. En este sentido, la brecha salarial entre hombres y mujeres y las barreras a las que se enfrentan las mujeres a la hora de acceder a un empleo²⁷, motivaron que los estados miembros incluyeran una mención expresa al empleo, trabajo y retribución en el artículo 23 CDFUE. Finalmente, el artículo 23 CDFUE aclara in fine que *“el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”*. Este último inciso hace referencia a lo que se conoce como “discriminación positiva”²⁸ o “acción afirmativa”, es decir, a aquellas actuaciones dirigidas

26 Sobre el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres vid. la Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 1 de marzo de 2011, Caso *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL y otros contra Conseil de ministres*

27 Sobre la brecha salarial vid. la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 3800/2017, de 13 junio de 2017.

28 Sobre la constitucionalidad de adoptar medidas de discriminación positiva en favor de la mujer de acuerdo con la CDFUE vid. el Auto del TC (Pleno) núm. 403/2006, de 8 noviembre de 2006.

a la erradicación de una práctica discriminatoria contra algún colectivo históricamente excluido. En el caso de las mujeres, dichas medidas van encaminadas a superar el patriarcado y caminar hacia una sociedad más igualitaria.

La CE, al igual que el CEDH, únicamente incluye el “sexo” entre los motivos enumerados expresamente en el artículo 14 CE. Reflejando la misma preocupación que los redactores de la CDFUE, la CE confirma en el artículo 35 que en ningún caso puede hacerse discriminación por razón de sexo en el derecho al trabajo, a la promoción y a una remuneración suficiente.

El CP adopta un enfoque más completo en la agravante del 22.4º CP, incluyendo no sólo el “sexo” biológico, sino también la “orientación o identidad sexual” y las “razones de género”. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, supuso un giro en la política criminal al introducir tipos agravados por razón de género (hombre contra mujer) y la relación de afectividad entre el autor y la víctima. Esta modificación representó la creación de una asimetría penal por razón de género, que, si bien responde a una necesidad social, ha sido duramente criticado por haber creado un sistema de imposición de penas desigual. No obstante, como bien se señala en la exposición de motivos de la ley, la violencia de género es “*el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad*”²⁹ y, por tanto, considero que la introducción de tipos agravados por razón de género no crea un sistema desigual sino que, por el contrario, intenta corregir una desigualdad ya

29 Numerosos órganos judiciales nacionales han hecho eco de estas pertinentes palabras de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. A modo ilustrativo podemos destacar la Sentencia del TC núm. 67/2011 de 16 mayo, en la que se reitera que “la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado, [sino que] se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”.

existente en la sociedad. La ley otorga a los Juzgados de Violencia, además de la potestad de la instrucción y el fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, la posibilidad de decidir sobre materias de derecho civil relacionadas a estas, creando un sistema garantista que protege de forma eficaz a las mujeres víctimas de este tipo de violencia.

3.5 Igualdad del menor

El respeto al principio de igualdad y no discriminación ha de incluir también las diferencias de trato por razón de edad. Esto incluye tanto los derechos de los menores como los de las personas de avanzada edad (ver apartado siguiente).

El CEDH, a pesar de no hacer una mención expresa de los derechos de los menores (más allá de dos referencias puntuales en los artículos 5.1.d y 6 CEDH), ha entendido que los derechos del menor y, en particular, el principio del interés superior del menor se puede incluir en el artículo 8 CEDH relativo al derecho a la vida privada y familiar. En este sentido, un trato discriminatorio que no tenga en cuenta el interés superior del menor en el ejercicio de los derechos tutelados en el CEDH, supondría una vulneración del artículo 14.2 CEDH redactado según el artículo 1.2 del P12CEDH³⁰.

La CDFUE sí menciona expresamente la edad entre los motivos de discriminación que se enumeran en el artículo 21.1 CDFUE. Además, la CDFUE dedica el artículo 24 al desarrollo de los derechos de los menores, señalando en el apartado segundo que *“en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”*³¹.

Al igual que el CEDH, la CE tampoco incluye una mención formal a

30 Así, por ejemplo, *vid.* la sentencia del TEDH (Sección 1ª), de 7 de mayo de 2015, Caso *S.L. y J.L. contra Croacia*

31 En este sentido, *vid.* la sentencia del TJUE (Sala Tercera), de 16 de julio de 2015, Caso *A contra B*

la “edad” en el artículo 14 CE. No obstante, el artículo 10.2 CE dispone que *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*. En este sentido, al interpretar el artículo 14 CE a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, el principio del interés superior del menor se ha de tener presente. Por tanto, una medida objetivamente desigual que se tome en consideración del interés superior del menor no ha de ser, en términos generales, contraria al artículo 14 CE³².

Por último, respecto al derecho penal español, cabe señalar que el legislador ha tenido en cuenta a los menores en dos sentidos. Por un lado, ha excluido de responsabilidad bajo el CP (art. 19 CP) a los menores de 18 años, considerándolos responsables bajo la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, si tienen entre 14 y 18 años; los menores de 14 años quedan eximidos de toda responsabilidad penal y, eventualmente, podrían quedar sujetos a las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. Por otro lado, les ha otorgado un mayor grado de protección tipificando delitos específicos contra ellos (por ej. arts. 183, 183 bis, 183 quáter o 184 CP), agravando tipos básicos cuando la víctima es un menor (por ej. arts. 140.1.1º CP, 148.3º, 165, 166.2.a, 172bis.3 o 177bis.4.b), limitando su disponibilidad del consentimiento sobre los bienes jurídicos que les protegen (por ej. art. 155 CP), posibilitando que el Ministerio Fiscal denuncie en su lugar en los delitos semipúblicos (por ej. art. 161.2) y limi-

32 El principio del interés superior del menor de acuerdo con el artículo 14 CE a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño tiene especial relevancia en materia de relaciones intrafamiliares. Esta interpretación holística de los derechos del niño se encuentra desde hace años fuertemente arraigada en España (ej. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª), núm. 698/1998 de 16 julio de 1998).

tando los beneficios penitenciarios de las personas que delinquen contra ellos (por ej. art. 36.2.d CP).

3.6 Igualdad de los mayores

La CDFUE, a diferencia del CEDH, protege expresamente a las personas mayores frente a la discriminación por razón de edad en su artículo 21.1 y desarrolla el trato que los Estados miembros de la UE han de darles en el artículo 25. El artículo 25 CDFUE enuncia que: *“la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”*.

Por su parte la CE, a pesar de no recoger de forma expresa la discriminación por motivos de edad en el artículo 14 CE, en su artículo 50 otorga valor constitucional a la protección de los derechos de las personas de la tercera edad. De esta manera, el artículo 50 CE dispone que: *“Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.”*

El CP no establece ninguna protección específica para las personas mayores, más allá de las circunstancias genéricas a las que circunstancialmente pudieran acogerse. En este sentido, sumándose a la opinión de Illana Conde, el legislador penal debería establecer un tratamiento específico y diferenciado para las personas vulnerables de avanzada edad ya que constituyen un grupo de riesgo que merece especial protección (Illana Conde, 2012:11-17).

3.7 Igualdad e integración de las personas con discapacidad.

Por último, la CDFUE prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad en el artículo 21.1 y reconoce en el artículo 26 el derecho de las personas discapacitadas a integrarse. De esta manera, la CDFUE *“reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medi-*

das que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”³³. Al igual que el segundo párrafo del artículo 23 CDFUE relativo a la discriminación positiva a favor de la igualdad entre hombres y mujeres, el artículo 26 también reconoce que las acciones afirmativas constituyen una herramienta útil para la consecución de una igualdad efectiva. Ahora bien, a diferencia del artículo 23, el artículo 26 configura el acceso a los beneficios sociales como un derecho y no como una posibilidad al arbitrio de los Estados.

La CE, si bien no recoge de forma expresa la discapacidad entre los motivos del artículo 14, reconoce una atención especializada a los disminuidos físicos en el artículo 49 CE: *“los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*³⁴.

El CP establece una protección doble a las personas con discapacidad. En primer lugar, el CP prevé que las personas que cometan una conducta típica pero que cuya discapacidad psíquica les impidiera compren-

33 Nótese que, al igual que el resto de los derechos relacionados con la igualdad, este derecho no opera de forma autónoma, sino que ha de ponerse en relación con otros derechos sociales. En este sentido, el TJUE en su sentencia de 22 mayo 2014, Caso Wolfgang Glatzel contra Freistaat Bayern, señaló que: “el artículo 26 de la Carta exige que la Unión respete y reconozca el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas de integración, el principio enunciado por ese artículo no implica, en cambio, que el legislador de la Unión esté obligado a adoptar una u otra medida específica. En efecto, para que aquel artículo produzca plenamente sus efectos, debe ser concretado mediante disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional. Por consiguiente, ese artículo no puede por sí solo conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal”

34 La manera en la que las personas con discapacidad disfrutaban de los derechos fundamentales fue analizada en la Sentencia del TC, núm. 208/2013, de 16 diciembre de 2013 (recurso núm. 1110/2011) en relación con las intromisiones ilegítimas en una entrevista televisiva realizada a discapacitado físico y psíquico.

der su antijuridicidad serán excluidas de la responsabilidad penal (artículo 20.1º CP) o verán atenuada su responsabilidad en los casos en los que no concurrieran todos los requisitos (art. 21.1º en relación con el 20.1º CP). Y, en segundo lugar, el CP penaliza de forma menos tuitiva los delitos cometidos contra personas con discapacidad. En esta manera, se establece una agravante genérica en el artículo 22.4º para aquellas personas que cometiesen un delito por motivo de la enfermedad que padezca el agraviado o su discapacidad. Asimismo, al igual que en el caso de los menores de edad, el CP ha tipificado delitos específicos contra ellos, agravando tipos básicos cuando la víctima es una persona con discapacidad, limitando su disponibilidad del consentimiento sobre los bienes jurídicos que les protegen, posibilitando que el Ministerio Fiscal denuncie en su lugar en los delitos semipúblicos y restringido los beneficios penitenciarios de las personas que delinquen contra ellos.

4. Conclusión

A lo largo de los anteriores apartados se ha podido apreciar cómo, con independencia del área en la que se enfoque el análisis (igualdad ante la ley; no discriminación; diversidad cultural, religiosa y lingüística; igualdad entre hombres y mujeres; derechos del menor; derechos de las personas mayores y la integración de las personas con discapacidad), al recurrir de forma conjunta al CEDH, a la CDFUE, a la CE y al CP se puede construir un régimen sólido de protección del principio de igualdad y no discriminación. En este sentido, gracias a que España es parte del CEDH desde octubre de 1979, del P12CEDH desde febrero de 2008, de la UE desde enero de 1986 y del Tratado de Lisboa por el que cobra fuerza vinculante la CDFUE desde junio de 2008, y a que contamos con una Constitución progresista y con una legislación penal avanzada, la protección del principio de igualdad y no discriminación se encuentra recogida en distintos niveles, todos ellos vinculantes. Esta característica nos permite adoptar un enfoque multinivel a través del cual podemos concretar el contenido efectivo en el que se tiene que materializar el principio genérico y abstracto de la igualdad y no

discriminación.

5. Bibliografía

- Abellán Matesanz, I.M. (2003). Sinopsis del artículo 56. *Congreso de los Diputados*. (Actualizada por Luis Molina, Letrado de las Cortes Generales. Febrero 2011.). Online en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=56&tipo=2>
- Gálvez Muñoz (2003), L. Sinopsis del artículo 14. *Congreso de los Diputados* (actualizado por Sara Sieira, Letrada de las Cortes Generales. Enero, 2011). Online en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2>
- Gómez Sánchez, Y (2011). “*Constitutionalismo multinivel. Derecho de producción externa: Los derechos fundamentales en la Unión Europea*” en GÓMEZ, SANZ Y TORRES. *Constitutionalismo multinivel: derechos fundamentales*, UNED, Madrid.
- Illana Conde, Antonio (2012). “*La protección de las personas mayores más vulnerables*”. Jornadas Autotutela y demás mecanismos de promoción de la Autonomía y de protección de personas mayores y con discapacidad. Disponible online en : http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=7e5bd-bee-ac8c-4ea7-9879-e8704252a009&groupId=10228
- Godoy Vázquez (2016). “Sistemas de garantías de los derechos fundamentales y protección multinivel en Europa” RIDH - Revista Internacional de Derechos Humanos. Núm.6 Pp. 253-281

6. Otros documentos

- Consejo de la Unión Europea. (2016). *Expediente interinstitucional: 2008/0140 (CNS). 14500/16 SOC 715 ANTIDISCRIM 72 JAI 951 MI 722 FREMP 188.*, Bruselas.
- Consejo de la Unión Europea. (2014). *Résultats de la Session du conseil 3357e session du Conseil Emploi, politique sociale, santé et consommateurs Emploi, politique sociale et santé*. Bruxelles16803/1/14 REV 1 (OR. en) PRESSE 643 PR CO 69. Bruselas.
- Consejo de la Unión Europea. (2016). *Résultats de la Session du conseil 3474e session du Conseil Emploi, politique sociale, santé et consom-*

mateurs Emploi, politique sociale et santé.. 10235/16 (OR. en) PRES-SE 34 PR CO 33. Luxemburgo

FRA – Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2016). *Informe sobre los derechos fundamentales 2016 Dictámenes de la FRA. Viena*. Disponible online en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2016-fundamental-rights-report-2016-opinions_es.pdf

Accesibilidad a los Servicios de Comunicación Audiovisual

Access to Audio-Visual Communication Services

POR MATÍAS JESÚS RÍOS¹

Resumen: El derecho humano a la comunicación se encuentra consagrado en los tratados internacionales en materia de derechos humanos². Este derecho contempla la posibilidad de toda persona de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones. Sin embargo, las barreras comunicacionales tornan inaccesibles los servicios de comunicación audiovisual a las personas con discapacidad y a las personas mayores y por ende impide el ejercicio de otros derechos humanos. Es por ello que para tornar universal el derecho humano a la comunicación, es preciso formar a comunicadores, periodistas, operadores, a la sociedad civil en general y principalmente a educadores del ámbito terciario y universitario, a fin de dar lugar a la implementación del Art. 66 de la Ley 26.522 de Servicio de Comunicación Audiovisual que consagra la accesibilidad a la radio

1 Estudiante avanzado de la carrera de Abogacía (U.E.S. 21) Diplomado en Promoción de Derechos y Políticas Antidiscriminatorias (RIOOD – 2015), Diplomado en Ley de Medios y Reconversión Cultural (UNaM – UNVM, 2015) Diplomado en Derechos Económicos Sociales y Culturales (UPSJB – 2016), Diplomado en Derecho Penal y Procesal Penal (CEADE – 2017), Diplomado en Dirección del Servicio Nacional de Facilitadores Judiciales (PIFJ – OEA/UCP, 2017). Escribiente Auxiliar en la Defensoría Pública Oficial de Primera Instancia ante los Juzgados Federales de Posadas, Misiones, Argentina.

2 Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 19), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 19), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. IV), Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 13.1), Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Art. 9), Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (Art. 14), entre otros.-

y televisión.

Es imprescindible que las personas con discapacidad y las personas mayores participen de forma activa en el diseño e implementación de las políticas públicas de accesibilidad a los servicios de comunicación audiovisual, siempre con un profundo espíritu federal, con forjo la ley 26.522.

Palabras Clave: personas con discapacidad; personas mayores; derechos humanos; comunicación; accesibilidad.

Abstract: The human right to communication is enshrined in several international human rights treaties. This right gives every person the possibility to express, receive, disseminate and investigate information, ideas and opinions. However, communication barriers make audiovisual media services inaccessible to people with disabilities and elderly people. Consequently, they prevent the exercise of other human rights. That is why, in order to assure the universal recognition of the human right to communication universal, it is necessary to train communicators, journalists, operators and the society as a whole. Mainly, educators in the tertiary and university areas should be taught with the porpoise of giving rise to the implementation of the Art. 66 of Law 26,522 of the Audiovisual Communication Service, which establishes accessibility to radio and television.

It is essential to count on with an active participation of people with disabilities and elderly persons in the design and implementation of public policies of audiovisual communication service access, maintaining a strong federal spirit, the same with forge law 26.522.

Keywords: persons with disabilities; elderly people; human rights; communication; access.

Artículo recibido: 22/03/2017 Aceptado: 09/09/2017

Sumario:

- 1. Introducción**
- 2. Accesibilidad y Barreras**
- 3. Accesibilidad Universal a la comunicación audiovisual en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos**
- 4. La Accesibilidad a la Comunicación Audiovisual en el derecho comparado**
- 5. El artículo 66 de la Ley 26.522 y su reglamentación**
- 6. Herramientas para superar las barreras en el acceso a los servicios de comunicación audiovisual**
- 7. Conclusión**
- 8. Bibliografía**

1. Introducción

La República Argentina cuenta con cerca del diez por ciento de su población con discapacidad y con una creciente población de personas mayores.

Si bien la normativa internacional y la legislación local consagran los derechos humanos de las mismas, se enfrentan todos los días a obstáculos físicos, educativos, comunicacionales, etc., que les impiden ejercer sus derechos humanos de forma plena e igualitariamente.

En ese marco, y hablando específicamente de comunicación, el Congreso de la Nación sancionó en el año 2009 la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual consagrándola, como un derecho humano, en concordancia con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

En ese marco, la Ley 26.522 en su artículo 66, reconoce la accesibili-

dad a los Servicios de Comunicación Audiovisual para personas ciegas, sordas, sordociegas, personas mayores, etc.; internalizando de este modo, los criterios de accesibilidad universal establecidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por Ley 26.378, con jerarquía constitucional, a través de Ley 27.044) y en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (aprobada por Ley 27.360).

Sin embargo, las barreras comunicacionales, entendiéndose por estas a las producciones audiovisuales que no cuentan con subtítulos, audio descripción e intérprete de lengua de señas, son el motivo principal por el que las personas con discapacidad y las personas mayores ven impedido el ejercicio del derecho humano a la comunicación, quedando relegadas socialmente y viendo vulnerados sus derechos humanos.

Comunicarse es un derecho de toda persona y debe ser garantizado como la manifestación máxima de la libertad de expresión. La base del derecho a la comunicación, es el derecho a informar y a estar informado. La existencia de barreras en la comunicación es la privación de la inclusión de millones de personas al ámbito social, económico, educativo, cultural y político. Con este artículo se pretende dar a conocer el marco normativo y las políticas públicas que existen en materia de accesibilidad a la comunicación audiovisual en la República Argentina, sin dejar de observar el derecho comparado en la materia con el fin de contar con una perspectiva más amplia del tema bajo análisis.

2. Accesibilidad y Barreras

La Accesibilidad³, es una condición previa para que las personas con discapacidad y las personas mayores puedan vivir en forma independiente

3 Es entendida como “el conjunto de esfuerzos que se realizan en los diferentes ámbitos de la actividad humana para facilitar el acceso a medios y recursos sociales, culturales, laborales, etc. en términos de la mayor igualdad posible a los colectivos con distintas discapacidades” (CONADIS, 2013; 30).

y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones. El acceso a la información y la comunicación se considera una condición previa para la libertad de opinión y de expresión, garantizada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este sentido, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), nos dice que la Accesibilidad es... *“el Derecho de toda Persona con Discapacidad (o Persona Mayor*) a participar en igualdad de oportunidades en las actividades cotidianas, tales como el empleo, el transporte, la educación, la cultura, la recreación y la tecnología, sin ningún tipo de barreras o limitación. Alude también a un fácil acceso para que cualquier persona, incluso aquellas que tengan limitaciones en la movilidad o en la libre comunicación, pueda acceder a un lugar, objeto, servicio o actividad sin limitación alguna por razón de discapacidad (o edad**)...; la Accesibilidad comunicativa tiene que ver con la información y la comunicación, individual y colectiva, a través de intermediarios o medios alternativos, electrónicos y/o humanos o lenguas naturales diferentes a la hablada...”*. (Discapacidad, INADI, 2014)

Así mismo sostiene que las barreras son: *...“todos aquellos factores ambientales en el entorno de una persona, que, por ausencia o presencia, limitan el funcionamiento y crea una experiencia de discapacidad...”* (Discapacidad, INADI, 2014). Este concepto puede complementarse con el sostenido por la Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas con Discapacidad (CONADIS) que entiende que *“Las barreras físicas o comunicacionales son aquellas derivadas de la acción ya sea por negligencia, por desconocimiento o por omisión de la sociedad, que aún posee barreras sociales originadas en las mismas causas. Las barreras físicas o comunicacionales están representadas por todas aquellas trabas, obstáculos o impedimentos que obstruyen la libre movilidad, uso y comunicación de las personas y en particular en este caso de las personas con movilidad y/o comunicación reducida”* (CONADIS, 2013; 23).

Es así que, la interacción entre una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial y diversas barreras, impide la participación plena y efec-

tiva de las personas con discapacidad y de las personas mayores en igualdad de oportunidades con las demás.

Esto mismo volcado al ámbito comunicacional genera un impedimento al acceso de las tecnologías de la información y la comunicación, entendiendo estas como cualquier dispositivo o aplicación de información y comunicación y su contenido, comprendiendo una amplia gama de tecnologías de acceso, como la radio, la televisión, los servicios satelitales, los teléfonos móviles, las líneas de telefonía fija, las computadoras, así también como el hardware y software de las redes.

3. Accesibilidad Universal a la Comunicación Audiovisual en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, tiene como uno de sus principios fundamentales la accesibilidad (Art. 3 Inc. f); de ese modo en el artículo 9, consagra el acceso de las mismas, en igualdad de condiciones con las demás al entorno físico, el transporte, la información y la comunicación, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones y de otros servicios e instalaciones abiertas o de uso público tanto en zonas urbanas, como rurales.

Así también en el artículo 21 se consagra el derecho libertad de expresión, de opinión y acceso a la información y las medidas que los Estados parte deben adoptar para que esos derechos puedan ser ejercidos.

En su observación General N° 2, del año 2014, el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad de la Organización de Naciones Unidas (ONU), abordó los derechos consagrados en el artículo 9 de la Convención. Manifestaba el comité “...*Sin acceso a la información y la comunicación, el disfrute de la libertad de pensamiento y de expresión y de muchos otros derechos y libertades fundamentales puede verse gravemente menoscabado y restringido... La información y la comunicación deben estar disponibles en formatos fáciles de leer y modos y métodos aumentativos y*

alternativos para las personas con discapacidad que utilizan esos formatos, modos y métodos. Para promover la participación plena de las personas con discapacidad en la sociedad en igualdad de condiciones pueden utilizarse las nuevas tecnologías, pero solo si están diseñadas y producidas de una forma que garantice su accesibilidad.... Los medios de comunicación no solo deben tener en cuenta la accesibilidad de sus propios programas y servicios para las personas con discapacidad, sino que también deben contribuir activamente a la promoción de la accesibilidad y a la creación de la conciencia...”.

En ese sentido, el informe “*Making Televisión Accesible*”, de 2011, destaca que una proporción importante de los mil millones de personas que viven con alguna forma de discapacidad a nivel mundial, no pueden disfrutar del contenido audiovisual de la televisión, debiéndose a la inaccesibilidad del mismo, la información y/o los dispositivos necesarios para tener acceso a esos servicios. (UIT, 2011).

Por su parte, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores, consagra el derecho a la libertad de expresión, de opinión y de acceso a la información (Art. 14), la promoción de la educación y formación de la persona mayor en el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC), para minimizar la brecha digital, generacional y geográfica e incrementar la integración social y comunitaria (Art. 20 inc. d) y el acceso a las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales, promoviendo el acceso de la persona mayor a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida la Internet, y que estas sean accesibles al menor costo posible (*Art. 26 segundo párrafo e inc. e. de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, 2.015*).

4. La Accesibilidad a la Comunicación Audiovisual en el derecho comparado

Pueden mencionarse algunas experiencias, regionales y nacionales, referidas a la accesibilidad a los servicios de comunicación audiovisual. En Estados Unidos de Norteamérica, en el 47 C.F.R. § 79.1 de su legislación, establece el sistema del closed caption en un marco de progresividad exigible.

Asimismo, el punto 64 de los Fundamentos de la Directiva 65/2007 de la Unión Europea sostiene *“El derecho de las personas con discapacidad y de las personas de edad avanzada a participar e integrarse en la vida social y cultural de la comunidad está vinculado indisolublemente a la prestación de unos servicios de comunicación audiovisual accesibles. La accesibilidad de los servicios de comunicación audiovisual incluye, sin limitarse a ellos, aspectos como el lenguaje de signos, el subtítulado, la descripción acústica y menús de pantalla fácilmente comprensibles”, estableciendo en el artículo 3 quater que: “Los Estados miembros alentarán a los servicios de comunicación audiovisual bajo su jurisdicción a garantizar que sus servicios sean gradualmente accesibles a las personas con una discapacidad visual o auditiva”.*

En el mismo sentido, la República Francesa aprobó la ley 2005-102 (en febrero de 2005), tendiente a garantizar la igualdad de oportunidades y derechos de las personas con discapacidades visuales y auditivas. En cuanto al derecho a la comunicación, estableció en su art. 47 que los servicios de comunicación audiovisual y la información en línea serán accesibles a las personas con discapacidad.

España, a través del Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad, consagra el derecho a la comunicación en sus artículo 5 inc. a, 7 inc. 3, 22, 23 inc. c y 24, en términos similares al derecho internacional.

En América Latina, por su parte, se destaca la Ley 18.651 de la Repú-

blica Oriental del Uruguay. Esta protege de manera integral a las personas con discapacidad, estableciendo en su art. 40 y 88 la accesibilidad comunicacional y la exoneración del pago de tributos en la adquisición de elementos para facilitar la comunicación de las mismas.

5. El Artículo 66 de la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual y su reglamentación

La Ley 26.522, introduce, en el artículo 66, el derecho a la accesibilidad a los servicios de comunicación audiovisual en cumplimiento de la normativa internacional mencionada anteriormente. El mismo establece, *“Las emisiones de televisión abierta, la señal local de producción propia en los sistemas por suscripción y los programas informativos, educativos, culturales y de interés general de producción nacional, deben incorporar medios de comunicación visual adicional en el que se utilice subtítulo oculto (closed caption), lenguaje de señas y audio descripción, para la recepción por personas con discapacidades sensoriales, adultos mayores y otras personas que puedan tener dificultades para acceder a los contenidos. La reglamentación determinará las condiciones progresivas de su implementación”*. (LSCA, 2009).

El decreto reglamentario, 1225/2010, no solo estableció el significado de cada una de las herramientas a implementar, (subtitulado oculto, audio descripción, lenguaje de señas, etc.) y los plazos para su implementación, sino que facultó a la autoridad de aplicación a prorrogar los plazos establecidos en la misma.

En ese marco, distintos organismos públicos han desarrollado acciones a fin de implementar la normativa precitada. Es dable destacar dos antecedentes a nivel nacional que promovieron la accesibilidad de las personas con discapacidad y las personas mayores a producciones audiovisuales: a) la resolución 3104/2003 del Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA), que establece que toda película de producción argentina editada en video deberá ser subtitulada en idioma nacional y las

características técnicas del mismo; y b) la resolución 1.001/2006 del Comité Federal de Radiodifusión (COMFER), que estableció la obligatoriedad de los alumnos que cursen el tercer año de la carrera de locución del Instituto Nacional de Enseñanza Radiofónica la realización de, al menos, una grabación de un libro parlante por alumno.

En ese sentido, la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual, creo el Observatorio Social de Accesibilidad a los Servicios de Comunicación Audiovisual (res.33/14), con el fin de establecer un cuadro de situación a partir de la recolección de datos tanto cuantitativos como cualitativos y de este modo elaborar un plan de acción para la efectiva implementación de las herramientas de accesibilidad, estableciendo sus objetivos en la resolución 128/14. Así mismo, ha difundido lo determinado en el artículo 66 de la Ley 26.522, dictado talleres de capacitación para intérpretes en lenguaje de señas que se desempeñan en la radio y la televisión de todo el país, entre otras acciones.

Por otro lado, pero en el mismo sentido, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), junto a la Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas con Discapacidad (CONADIS), la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), el Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales (INCAA) y un grupo de ingenieros, ha diseñado la normativa para la fabricación de un decodificador digital accesible. Así también, en forma conjunta con la AFSCA, el INCAA, la Secretaria de Medios de la Presidencia de la Nación, la Confederación Argentina de Sordomudos y el CONICET, se realizó el proyecto *“Subtítulo para sordos e hipoacusicos. Estudio exploratorio de alcance federal para redactar los lineamientos básicos de esta práctica discursiva en la Argentina”*.

Además, el INADI, elaboró spots informativos sobre diversas temáticas de interés general a cargo de un conductor sordo en Lengua de Señas Argentinas (LAS), y la interpretación de los discursos presidenciales desde diciembre de 2.010 hasta diciembre de 2.015, en un trabajo conjunto con la Subsecretaria de Comunicaciones y Contenidos de Difusión de la Secreta-

ria de Comunicación Pública y la AFSCA, bajo la supervisión de la Confederación Argentina de Sordos.

6. Herramientas para superar las barreras en el acceso a los servicios de comunicación audiovisual

Tal como venimos analizando, las barreras para acceder a los servicios de comunicación, están presentes en la cotidianeidad y las personas con discapacidad y personas mayores buscan herramientas permanentemente para superar estos obstáculos. En ese sentido también los expertos en la materia, abordan las distintas tecnologías que permitirían contar con servicios de comunicación audiovisual accesibles.

En ese marco, resulta muy interesante lo planteado por el profesor Alfredo Bértola (2008), quien destaca, entre otras, las siguientes herramientas técnicas para tornar accesibles estos medios comunicacionales:

- **Televisión:** a) *Closed Caption*, la incorporación del subtítulo oculto en la programación de los canales. El CC son subtítulos en el mismo idioma, cuadros de textos que se localizan en alguna parte de la pantalla expresando lo que se está diciendo en ese momento. Son opcionales porque están escondidos en la señal de TV y solo aparecen si el usuario lo decide; b) Secondary Audio Program (SAP), un segundo canal de audio en los televisores, se utiliza para ver películas en idioma original y se activa al presionar la tecla SAP en el control remoto. Por este canal de audio se puede transmitir lo que se llama descripción auditiva o video descriptivo. Esto consiste en que un locutor narra sucesos y escenarios que no son reflejados en el diálogo de la escena. También se puede utilizar el SAP para transmitir en “*lenguaje simplificado*” lo que se está expresando. El lenguaje utilizado es sencillo, sin términos técnicos, frases cortas y una estructura gramatical básica; c) incorporación de un intérprete de lengua

de señas en la pantalla.

- **Lugares públicos:** Instalación de Aro Magnético, este es un equipo que toma el sonido de lo que se está representando, lo concentra y lo potencia entregándolo por un cable que va por el perímetro de la sala. Así se forma un campo magnético que puede ser captado directamente por audífonos comunes (colocándolos en posición T, la misma que se utiliza para hablar por teléfono). Los lugares donde puede instalarse son: cines, teatros, salones de clase, etc. Este mismo sistema puede ser utilizado en la descripción auditiva para personas ciegas y en la descripción en “lenguaje simplificado” para personas con discapacidad intelectual.
- **PC e Internet:** los obstáculos que encontramos en el acceso a una computadora son el software, tener electricidad, leer y escribir. La brecha digital es un reflejo de la brecha social. Algunos elementos que serían necesarios para que una PC fuese accesible para algunas personas son: a) lectores de pantalla para personas ciegas; b) ampliadores de pantalla; c) teclado en pantalla; d) ratones especiales o emuladores de ratón; e) reconocedores de voz; f) programas especiales para personas con discapacidad mental; g) inclusión educativa (dejando atrás los procesos educativos integradores, promoviendo el acceso y permanencia en el sistema educativo inclusivo conforme la CDPCD⁴); h) acceso universal a la energía. En cuanto a internet la accesibilidad todavía no es tal pese a existir legislación nacional al respecto. Es preciso extender, a través de una ley, las Pautas de Accesibilidad Web a las páginas web del Estado (en sus tres gradas) y a las páginas web privadas.
- **Radio:** la posibilidad, para una persona sorda, de saber de qué se habló en un programa radial, sería abierta si la programación

4 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

(notas de interés, reportajes, etc.), se transcribieran y volcaran, por ejemplo en la Internet.

En el proceso de elaboración e implementación de políticas públicas que realicen las herramientas mencionadas por Bértola -y otras que existan o se creen a futuro- es imprescindible la participación de las personas con discapacidad y las personas mayores; esto es así porque, sin su percepción las políticas públicas serían ineficaces, insuficientes y desprovistas de la voz de los titulares del derecho.

Las convenciones analizadas anteriormente, han contado con amplia participación de estas poblaciones y receptado sus necesidades concretas para poder ejercer sus derechos en igualdad de condiciones; sería un desatino de los Estados no promover esa participación y un retroceso en el afianzamiento del derecho humano a la comunicación.

7. Conclusión

La Ley 26.522, consagra a la comunicación como un derecho humano de conformidad con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En ese marco, en su artículo 66, estableció la accesibilidad a los servicios de comunicación audiovisual para las personas con discapacidad y las personas mayores delimitando las herramientas técnicas necesarias que debían implementarse.

El artículo mencionado, tuvo en miras el derecho comparado, la voz de las personas con discapacidad y las personas mayores y las experiencias de otras naciones del mundo.

Si bien distintos organismos del Estado Nacional han implementado políticas públicas a fin de que todas las personas accedan a los servicios de comunicación audiovisual y contamos con herramientas para hacerlo efectivo nos queda un enorme camino por recorrer para que esto sea posible.

Contamos con normativa nacional e internacional, que nos per-

miten convertir este ideal en realidad, pero la falta de políticas públicas concretas en la actualidad para implementarlo y la participación de los titulares del derecho ha retrasado notablemente la concreción de la accesibilidad comunicacional, situación está que se vio agravada de forma considerable desde la asunción del nuevo gobierno, que dejó a un lado las políticas aplicadas hasta diciembre de 2015.

En mi opinión, sin la participación de las personas con discapacidad y las personas mayores en la elaboración de las políticas públicas que tornen efectiva el acceso a la comunicación y sin un rol activo del Estado, las leyes y las convenciones se transformarían definitivamente en letra muerta.

Es preciso remontarnos al nacimiento mismo de la ley de servicios de comunicación audiovisual, que fue construida a partir de una amplia participación ciudadana en las audiencias públicas convocadas en todo el país, receptándose la mirada y la voz de los ciudadanos y ciudadanas de distintas culturas, religiones, etnias, etc.; ese gran espíritu federal que guió aquella construcción, debe necesariamente sostener la consagración definitiva del derecho humano a la comunicación sin ningún tipo de restricción.

8. Bibliografía

- Plan Nacional de Accesibilidad*; Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas con Discapacidad; 2013.; Buenos Aires, Argentina; Disponible en: <http://diamantinos.com/wp-content/uploads/2013/06/Plan-Nacional-de-Accesibilidad.pdf>
- Observación General N° 2 Artículo 9: Accesibilidad*. 11° Período de Sesiones. 31 de Marzo al 11 de Abril; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Organización de Naciones Unidas; 2014; Disponible en: http://www.conadis.gov.ar/doc_publicar/observaciongeneral2.pdf
- Comité Federal de Radiodifusión. 2006. Resolución 1.001. Disponible en: www.afsca.gob.ar
- Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual* y Decreto Reglamentario 1250/2.010; Defensoría del Público de Servicios de Comuni-

- cación Audiovisual / Universidad Nacional de Quilmes. 2014. Buenos Aires, Argentina.
- Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual; 2014; Resolución 33 y 128; Disponible en: www.defensadelpublico.gov.ar
- Heróles C., Fiamberti H. y otros. 2008; *Los Derechos de las Personas con Discapacidad. Análisis de las Convenciones Internacionales y de la legislación vigente que los garantiza*; Buenos Aires, Argentina. EU-DEBA. Disponible en: http://www.cud.unlp.edu.ar/uploads/docs/libro_eroles_fiamberti.pdf
- Buenas Prácticas en la Comunicación Pública*. Informes INADI. Discapacidad; Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo. 2014. Buenos Aires, Argentina. AUTOR. Disponible en: <http://inadi.gov.ar/wp-content/uploads/2012/06/buenas-practicas-discapacidad.pdf>
- Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales. 2003. Resolución 3.104. Disponible en: www.boletinoficial.gov.ar
- Organización de Estados Americanos; 2015. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Rosales, P. O; 2012; *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) Comentada*. Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot.
- Varela Báez, C.; 2014; *Políticas, normativas e iniciativas sobre Accesibilidad e Inclusión en América Latina*; Asunción, Paraguay.

La promoción de la Iniciativa Ciudadana Europea como herramienta para combatir la desafección ciudadana en las instituciones públicas

The promotion of the European Citizens' Initiative as a tool to tackle down citizen's disaffection at public institutions

MARÍA OLAYA GODOY VÁZQUEZ¹

Resumen: La crisis global que se inició en el sector financiero en 2008 y se propagó a nivel interterritorial por todos los ámbitos, ha acabado afectando a los pilares de una sociedad que se muestra cada vez más descontenta con las instituciones públicas y sus representantes políticos. En este contexto, el modelo de construcción europea se debate entre los defensores de los mecanismos de participación directa, que consideran constituye la máxima expresión de legitimidad ciudadana; y los partidarios de la clásica democracia representativa. La Iniciativa Ciudadana Europea (ICE) se presenta como un instrumento intermedio, de carácter transnacional, que faculta a los ciudadanos para proponer a la Comisión Europea la adopción de una norma concreta, lo que supone una importante novedad en el entramado institucional y la producción normativa.

Palabras clave: Iniciativa Ciudadana Europea; participación ciudadana; participación política; democracia directa; democracia representativa.

Abstract: The global crisis, which began in the financial sector in 2008, spread out its effects at an interterritorial level to all areas, and it has ended up affecting the pillars of a society that is increasingly dissatisfied with public Institutions and their political representatives. In this context,

¹ Letrada del Iltr. Colegio de Abogados de Vigo (España). Profesora Interina, Universidad de Extremadura (España). Doctora en Derecho, Universidad de Vigo (España)

the European construction model is being debated among the defenders of direct participation mechanisms, as the maximum expression of citizen legitimacy; and the supporters of classical representative democracy. The European Citizens' Initiative is presented as an intermediary instrument of a transnational nature, which empowers citizens to propose the adoption of a standard to the European Commission, which is an important novelty in the institutional framework and normative production.

Keywords: European Citizens' Initiative; citizen participation; political participation; direct democracy; representative democracy.

Artículo recibido: 01/05/2017 Aceptado: 09/09/2017

Sumario:

1. **Introducción.**
2. **Evolución y alcance de la democracia directa en el ámbito de la Unión Europea.**
3. **Aproximación a los instrumentos de participación directa que se impulsan en el seno de la Unión Europea para promover un cambio político-institucional:**
 - 3.1. **La influencia de los Grupos de Interés.**
 - 3.2. **La influencia de los Movimientos Sociales.**
 - 3.3. **La influencia de los Foros de Debate.**
 - 3.4. **Las relaciones directas con el Parlamento Europeo.**
 - 3.5. **Las relaciones directas con la Comisión Europea.**
 - 3.6. **Las relaciones directas con otras instituciones de la Unión Europea.**
 - 3.7. **Síntesis valorativa.**
4. **Aproximación crítica a la Iniciativa Ciudadana Europea (ICE).**
 - 4.1. **Antecedentes y proceso de configuración.**
 - 4.2. **Régimen jurídico.**
 - 4.3. **Su promoción institucional como herramienta para comba-**

tir la desafección ciudadana en las instituciones públicas: luces y sombras.

5. Reflexión final.

6. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

La crisis global que se inició en el sector financiero en 2008 y se propagó a nivel interterritorial por todos los ámbitos, en su connotación temática, ha acabado afectando a los pilares básicos de una sociedad que se muestra cada vez más descontenta. En estas circunstancias la desafección ciudadana respecto de las instituciones públicas y de sus representantes políticos ha comenzado a extenderse como un mal endémico por el continente europeo. Los ciudadanos han dejado de sentirse representados por sus “legítimos representantes” y se sienten profundamente alejados de las instituciones que gestionan el ámbito público. El interés común sobre el que los poderes públicos dicen basar su gestión y sus políticas ha perdido, para muchos, el apelativo de “común”.

Se observa, así, una progresiva y peligrosa falta de identificación con aquellos que gobiernan y con las políticas públicas que implementan. Esta creciente desafección, añadida a la revolución tecnológica de los últimos años, ha generado un aumento de las demandas de los ciudadanos que exigen ejercer la política sin necesidad de intermediarios y efectuar, por ellos mismos, un control directo sobre los representantes. Las nuevas posibilidades que ofrece la red han conducido al replanteamiento del status quo imperante. La Unión Europea no se ha librado de esta corriente que parece un cambio de paradigma (Báez Lechuga 2016, 154). En este contexto la Agenda Política europea se plantea la introducción y promoción de instrumentos de participación directa, como posible solución al conflicto y como adalid de la tan demandada renovación democrática.

2. Evolución y alcance de la democracia directa en el ámbito de la unión europea

El concepto moderno de “democracia” está basado en la idea de “soberanía popular”, que exige que las acciones políticas estén legitimadas por los ciudadanos. En consecuencia, se puede definir la “democracia directa” como la participación de los ciudadanos en la adopción de decisiones políticas sin intermediarios². En el ámbito de la Ciencia Política coexisten dos posiciones muy polarizadas respecto al papel que ocupa la democracia directa en el contexto de la democracia representativa propia del espacio político europeo (Báez Lechuga 2016, 158). Por una parte, se defiende que cualquier tipo de “democracia directa” socava el sistema de “democracia representativa” (Presno Linera 2014, 72); y, por otra parte, se argumenta que la “democracia representativa” es insuficiente e incapaz de reflejar la voluntad de los ciudadanos y, en consecuencia, la “democracia directa” opera como un complemento necesario para solventar esos defectos (Lizcano Fernández 2009, 125).

El concepto de “democracia directa” no es novedoso, sin embargo, no se popularizó hasta la década de los 60, momento a partir del cual se generalizaron distintas formas de participación política³. Esta circunstancia devino como resultado de un progresivo descontento ciudadano⁴ al que se unió el fuerte despliegue tecnológico que caracterizó la época⁵. En este

2 Son instrumentos de “democracia directa” el referéndum, la iniciativa ciudadana, la agenda de iniciativa y el voto de retirada o de dimisión.

3 A partir de la década de los 60 surge en la Ciencia Política una aproximación distinta a la sociedad civil que se centra en las dinámicas sociales de participación: democracia cooperativa, neocorporativismo, y democracia deliberativa (Schiller 2007, 14-14).

4 Las protestas contra la ocupación de Checoslovaquia durante la Guerra Fría conocidas como “primavera de Praga”, el “Mayo del 68” que encadenó protestas estudiantiles de izquierda contra la sociedad de consumo y desembocó en la mayor huelga general de la historia de Francia, y, entre otras, las manifestaciones estudiantiles masivas por los Derechos Civiles en EEUU en contra principalmente del apartheid.

5 La revolución tecnológica supuso un cambio en la manera de pensar al permitir una

contexto se planteó como posible una nueva manera de hacer política: la democracia líquida⁶” (la información aparece en el sitio de Democracia Líquida), donde cada ciudadano tiene la posibilidad de votar cada decisión y realizar propuestas, pero puede ceder su voto a un representante para aquellas decisiones en las que prefiere no participar.

Con el avance de la globalización, a lo largo de los años 90 y la entrada en el nuevo Siglo, los sistemas democráticos aceleraron su proceso de reforma. El desarrollo tecnológico facilitó los medios para dar a conocer y popularizar los instrumentos participativos, inicialmente a nivel local y, con posterioridad, abarcando ya una perspectiva regional, nacional e incluso supranacional (Rught 2001, 142-143).

Los movimientos sociales de la primera década del Siglo XXI⁷, que han repercutido en todo el globo, son concebibles única y exclusivamente al amparo de las nuevas tecnologías que ya no se encuentran sólo al alcance de una élite minoritaria (Presno Linera 2014, 69-70 y Báez Lechuga 2016, 155-156). Esta democratización del acceso a internet y del uso de las redes sociales, ha propiciado la rápida expansión de estos movimientos como una manera alternativa de acercarse a la política. Aunque la formalización normativa del “método asambleario” que propugnan, no ha tenido todavía una traslación directa a la legislación ordinaria, sí han conseguido incorporar a la Agenda Política la preocupación por estas nuevas formas de protes-

adquisición de conciencia sobre los derechos que, gracias a los nuevos medios, dejan de ser una utopía y pueden ejercerse de manera efectiva (Vallespín Oña 2001, 158).

6 La democracia líquida o democracia delegada revocable es una forma de democracia directa que incluye la posibilidad de delegación de voto revocable de forma instantánea, de ahí su liquidez. (Vestri 2015, 25-29 y Aguirre Sala 2016, 53-59).

7 Las manifestaciones que se iniciaron en Túnez en diciembre de 2010 y se sucedieron en el mundo árabe hasta 2013, conocidas como “Primavera Árabe”, clamando por la democracia y los derechos sociales; y el “Movimiento 15M”, también llamado movimiento de los indignados, que fue un movimiento ciudadano formado a raíz de la manifestación del 15 de mayo de 2011 en la Puerta del Sol de Madrid contra las políticas de austeridad.

ta ciudadana (Presno Linera 2014, 86).

El Derecho, una vez más, ha caminado por detrás de los cambios sociales y de los avances tecnológicos pero el constitucionalismo contemporáneo ha dado respuesta a las nuevas demandas ciudadanas, centrándose en las oportunidades que ofrece la participación política directa mediante la promoción de las “instituciones de democracia participativa”⁸.

Por su parte la Unión Europea, que ha tenido una evolución paralela al despliegue de las nuevas tecnologías, ha sabido combinar las dificultades prácticas que presenta la “democracia directa” con sus límites, realizando pequeñas cesiones de soberanía al ciudadano para que la administre directamente sin necesidad de recurrir a instituciones intermediarias (Báez Lechuga 2016, 151). Así, la progresiva democratización de las instituciones europeas responde a un proceso inclusivo de hacer política que en el año 2001 inició la Comisión Europea⁹. En consecuencia, cabe concluir que no ha sido objeto de una revolución sino de la evolución de una reivindicación histórica de la ciudadanía atendida en inicio por la Comisión Europea y, seguidamente, por el resto de instituciones de la Unión Europea (Elías Méndez 2010, 24).

8 Biglino las describe como “actividades que constituyen manifestaciones de opinión que no tienen necesariamente efecto sobre las decisiones a tomar por las autoridades, sino que sirven para insertar, en el procedimiento de formación de los actos de los poderes públicos, propuestas u opiniones mediante las cuales las autoridades vienen inducidas a tener en cuenta, a los fines de formación de sus decisiones, de un más amplio abanico de informaciones e ideas” (Biglino Campos 1987, 91). En términos similares lo explica Rught (Rught 2001, 140).

9 A partir del año 2001 la Comisión Europea situó en su Agenda Política iniciativas de apertura a la sociedad civil de los procesos de negociación. Entre todas resultó muy destacada la que concluyó en el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea (2001), que abogaba por una mayor participación de la sociedad civil y establecía el denominado Plan D: Democracia, Diálogo y Debate (2005), donde se insistía sobre la necesidad de un diálogo permanente entre las instituciones europeas y la sociedad civil (Boussaguet 2010, 3-5).

3. Aproximación a los instrumentos de participación directa que se impulsan en el seno de la Unión Europea para promover un cambio político-institucional

La influencia de la democracia directa en el ámbito de la Unión Europea, a través de los instrumentos de participación ciudadana que influyen en el funcionamiento de las Instituciones, viene recogida en los *Tratados*¹⁰. El *Tratado de la Unión Europea* (TUE), de forma paralela al reconocimiento de la democracia representativa¹¹ (art.10.1), destaca también la importancia del diálogo con la sociedad civil: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos” (art. 10.3); “Las Instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión” (art. 11.1); y “Las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y con la sociedad civil” (art. 11.2).

Conforme a lo dispuesto en los *Tratados*, esta participación activa se articulará principalmente, además de a través de los partidos políticos a escala europea (art. 10.4 TUE) mediante el ejercicio del Derecho de sufragio¹² (art. 20.2b) *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE)), a través de otros instrumentos entre los que cabe destacar: las consultas

10 Título II del Tratado de la Unión Europea (TUE), que contiene las “disposiciones sobre los principios democráticos” y Título II del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que establece las “disposiciones generales”.

11 Se afirma con meridiana claridad que “(...) el funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa”, de modo que los ciudadanos europeos, además de estar representados en sus respectivos Parlamentos nacionales, “estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo” (art. 10.2 TUE).

12 Desde 1979 existe el sufragio universal, en virtud del cual los ciudadanos de los distintos Estados miembros escogen a sus diputados en las elecciones parlamentarias quinquenales.

de la Comisión Europea (art. 11.3 TUE); la Iniciativa Ciudadana Europea (ICE) (art. 11.4 TUE y 24.1 TFUE); el ejercicio del Derecho de petición ante el Parlamento Europeo (PETI) (art. 24.2 TFUE); el ejercicio del Derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo (art. 24.3 TFUE); y el ejercicio del Derecho a dirigirse por escrito a cualquier institución, órgano u organismo de la Unión Europea (art. 24.4 TFUE).

La promoción en los últimos años de estos instrumentos de participación directa, que se emplean con desigual éxito y que hasta hace muy poco eran mayoritariamente desconocidos para un amplio porcentaje de ciudadanos, ha supuesto un impulso para dinamizar un cambio a nivel político-institucional (Bilbao Ubbillos 2012, 52). Sintetizaremos a continuación los rasgos principales de estos mecanismos participativos, dedicando a la Iniciativa Ciudadana Europea un apartado específico e incluyendo una referencia a la actividad de los grupos de interés y los movimientos sociales por la influencia que despliegan en la política legislativa comunitaria.

3.1 La influencia de los Grupos de Interés

El concepto “grupo de interés” (*lobby*) hace referencia al conjunto de personas que, sin pretender el poder, ejerce influencia sobre él para hacer prevalecer sus propios intereses (p.e. las *ongs*). A nivel europeo está plenamente aceptado considerar que estas entidades propician un buen ejercicio legislativo y que sus contribuciones, basadas en la experiencia y profesionalidad, son clave para la elaboración de la normativa comunitaria (Bilbao Ubbillos 2012, 51; Báez Lechuga 2016, 158 y Bouza García 2016, 45). La presión que ejercen los diferentes lobbys, con distintos intereses en su haber, favorece la diversificación de las políticas de la Unión Europea; facilita la representación de diferentes opciones políticas e intereses sociales; y aporta información e investigación adecuadas al objeto legislativo (Grande 2002, 301). En esta línea, cabe destacar que el incremento de los intereses del tejido asociativo nacional ha favorecido la introducción de nuevos temas en la Agenda Política europea, quebrando así el monopolio que venían

ejerciendo los grupos de interés europeos¹³.

La actividad de estos grupos de interés está, pues, estrechamente ligada al desarrollo de la sociedad civil organizada¹⁴; y ésta, a su vez, está ligada al activismo social de base¹⁵. Esto significa que el nexo entre los grupos de interés y los ciudadanos es proporcional; y ello, aunque los *lobbys* no siempre representen la voluntad ciudadana y, estratégicamente, consideren más adecuado realizar actividades de presión sobre la élite política, que promover movilizaciones ciudadanas (Molins López Rodó 2016, 24). Sin embargo, esta conexión entre asociación civil y bases se limita, en todo caso, a la defensa de los intereses comunes que exigen sus partidarios; al margen se queda la defensa del bien común, que es lo que constituye realmente la extensión de la participación democrática.

Conforme a lo expuesto, cabe concluir que los grupos de interés que operan en Bruselas, se han convertido en meros intermediarios entre interesados (que no son ciudadanos) e instituciones públicas europeas. Así se ve reducido el papel de las instituciones al papel de conductores y movilizadores de intereses particulares que no siempre coinciden con el

13 A la defensa de los intereses europeos promovida por los *lobbys* con sede en Bruselas, se incorporan ahora las preocupaciones de origen nacional que buscan una solución a nivel transnacional (Bouza García 2016, 47 y Molins López-Rodó 2016, 21).

14 El término “sociedad civil organizada” designa todas las formas de acción social llevadas a cabo por individuos o grupos que no proceden del Estado y que no están dirigidos por él. En consecuencia, se aplica a las estructuras organizativas que actúan como mediadoras entre los poderes públicos y los ciudadanos, y cuyos miembros sirven al interés general a través de un proceso democrático. Algunos ejemplos serían: los interlocutores sociales (sindicatos y patronales); los movimientos juveniles; las asociaciones familiares; los grupos para la defensa del medioambiente, para la protección de los consumidores, de la infancia, etc.

15 El término “activismo social de base” hace referencia a los individuos o grupos que, sin estructura organizativa previa, toman conciencia de una problemática social, la denuncian públicamente, y se convierten en promotores de un cambio que mejore la vida de la población afectada. Algunos ejemplos serían las plataformas de afectados por las hipotecas, por los desahucios, por las preferentes, etc.

interés general o la defensa del bien común. Ahora bien, esa promoción de intereses privados no puede calificarse *a priori* como negativa puesto que también contribuye a pluralizar los inputs que desembocan en las políticas públicas elaboradas por las Instituciones europeas.

3.2 La influencia de los Movimientos Sociales

Como respuesta a la brecha que, en la última década y de forma progresiva, se ha puesto de manifiesto entre ciudadanos, instituciones y representantes políticos, se ha gestado un fenómeno mediático, alimentado en el seno de las redes sociales, que reclama una participación más directa de los ciudadanos sobre la actuación política. Esta movilización popular, a gran escala y sin precedentes, se ha visto ampliamente favorecida por el descontento social, la profunda y larga crisis económica y financiera, los escándalos de corrupción, y las políticas impopulares (Viejo Viñas 2012, 123-156). Sin embargo, su principal impulso ha sido dado gracias a la expansión tecnológica y a la mayor formación de los ciudadanos.

Las concentraciones convocadas por distintos movimientos y plataformas que, entre otros, se han sucedido en la Plaza *Syntagma* de Atenas, la Puerta del Sol en Madrid, la Plaza Rocío en Lisboa, tienen por objetivo reclamar una nueva forma de hacer política que invita a los ciudadanos a manifestarse y protestar, como vía alternativa para la defensa de sus derechos y la expresión de su descontento ante determinadas políticas (p.e. las de austeridad). La característica que diferencia esta novedosa modalidad de protesta callejera radica en su identificación con el régimen asambleario¹⁶: los ciudadanos, a través de la protesta social, se constituyen en asambleas populares que exigen una implicación directa en la adopción de determi-

16 Estos movimientos sociales de principios del Siglo XXI no se limitan a demandar políticas sociales concretas sino que reclaman que las decisiones políticas se dejen directamente en manos del pueblo, recurriendo a mecanismos de democracia directa invocando, p.e., la experiencia de los presupuestos participativos en Porto Alegre (Brasil) que después se extendió a otras ciudades de América Latina (Viejo Viñas 2012, 123-156 y Báez Lechuga 2016, 158).

nadas políticas, al objeto p.e. de combatir la corrupción y la austeridad; y reducir las diferencias que existen entre las actuaciones del representante político y la voluntad del representado¹⁷.

Conforme a lo expuesto, cabe concluir que desde los años 90 se observa una evolución en los movimientos sociales, que ha cobrado mayor fuerza en los últimos años, y que se encamina progresivamente hacia la descentralización y desconexión de las estructuras clásicas de los partidos políticos (Presno Linera 2014, 69-70). A diferencia de un tiempo pasado en el que los movimientos sociales luchaban por conseguir la adopción de políticas concretas (p.e. mayores derechos laborales o civiles), nos encontramos ahora con que se persigue un objetivo de carácter global: influir en la política general para cambiar el sistema de raíz¹⁸.

3.3 La influencia de los Foros de Debate

En el ámbito de la Unión Europea destacan por su importancia los Foros de Debate que se detallan a continuación.

Los “sondeos deliberativos¹⁹”, que consisten en un mecanismo me-

17 El asalto a las calles y las demandas de mayor democracia directa para evitar la distorsión de los intereses ciudadanos, provienen principalmente de sectores que se han visto duramente golpeados por la crisis y que han sufrido los recortes derivados de la irresponsabilidad económica. Un movimiento social designado por algunos como los “indignados”, ha recorrido España, Grecia, Irlanda, Portugal etc., poniendo de manifiesto su total desacuerdo con las políticas de austeridad que se están llevando a cabo (Presno Linera 2014, 73).

18 Esta pretensión es la que justifica que alguno de estos movimientos se haya convertido en un partido político con aspiraciones serias de gobierno (p.e. Podemos en España o Syriza en Grecia).

19 El primer sondeo deliberativo fue celebrado en Gran Bretaña en 1984 sobre política criminal y desde entonces se han celebrado más de treinta eventos de esta naturaleza en diversas partes del mundo: China en el año 2006 celebró uno en torno a proyectos de infraestructura en el municipio costero de Zeguo, provincia de Wenling; Irlanda del Norte en 2007 celebró uno, con la participación de católicos y protestantes, en torno a cuestiones educativas. Y, hasta la fecha, el recurso a este instrumento en el

diante el cual las instituciones, en particular la Comisión Europea, permiten expresar su opinión a ciertos ciudadanos reunidos al efecto, que tienen antecedentes formativos suficientes para apuntar de antemano lo que decidirían los ciudadanos acerca de los temas sobre los que podrían ser preguntados.

Las “conferencias ciudadanas o de consenso²⁰”, que constituyen paneles de discusión entre expertos sobre la materia, políticos, y ciudadanos sin conocimientos específicos sobre el asunto objeto de debate. Las diferentes partes se reúnen para deliberar sobre el tema, alcanzar un acuerdo común, y redactar una serie de recomendaciones.

Y los “espacios de intercambio local y sectorial²¹”, que pueden definirse como diferentes grupos de contactos con intereses comunes que facilitan la construcción de lazos transnacionales de cooperación, y el intercambio de experiencias y buenas prácticas entre ciudadanos de los distintos Estados miembros.

3.4 Las relaciones directas con el Parlamento Europeo

En el ámbito del Parlamento Europeo existe una “relación directa” entre los ciudadanos y los diputados que lo conforman. El acceso al legislador europeo no queda, pues, restringido a los Grupos de Interés, sino que cualquier ciudadano puede contactar directamente con uno o varios dipu-

marco de la UE se ha utilizado en dos ocasiones: octubre de 2007, en el marco del Proyecto europeo *Tomorrow's Europe* y, con menos repercusión, en febrero de 2009 sobre cuestiones relativas a la seguridad ciudadana.

20 Hasta la fecha, la Comisión Europea ha promovido y financiado cuatro experiencias. La primera, denominada *Raising Citizens and Stakeholder's Awareness and Use of New Regional and Urban Sustainability Approaches in Europe (RAISE)*, tuvo lugar en diciembre de 2005.

21 Ejemplos varios se hallan en la organización de los “Seminarios sectoriales de composición multicultural” destacando, entre ellos, la red transnacional FARNET, integrada por expertos procedentes de varios países para establecer puntos de contacto con las principales zonas de pesca en Europa.

tados del Parlamento Europeo gracias a la homogeneización de las diferentes prácticas parlamentarias de los distintos Estados miembros (Fuentetaja Pastor 2016, 121). Así, esta relación directa, propia de los diputados europeos elegidos en circunscripciones con sistemas mayoritarios y listas abiertas²², se generaliza y se extiende también a los eurodiputados cuya reelección no depende del voto preferencial de sus votantes sino de su inclusión en listas cerradas²³.

Asimismo, los diferentes grupos parlamentarios, los partidos políticos y las fundaciones políticas europeas organizan, con fondos comunitarios y aportaciones privadas, “conferencias y audiencias en el marco parlamentario”. Estos encuentros de temática abierta constituyen importantes puntos de contacto entre los ciudadanos, los expertos sobre la materia objeto de debate y los representantes políticos.

Resulta especialmente relevante en el ámbito parlamentario el trabajo de la “Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo (PETI)”, que se puso en funcionamiento tras la reforma del *Tratado de Maastrich*. Así, el art. 24.2 en relación con el art. 227, ambos del TFUE, contemplan el derecho de cualquier ciudadano de la Unión Europea a presentar una petición ante el Parlamento Europeo. Este derecho permite que toda persona, física o jurídica, ciudadana de la Unión Europea o residente en la Unión Europea, pueda presentar una petición o una reclamación, individual o colectiva, sobre un asunto en el marco de aplicación del Derecho comunitario siempre que le afecte directamente (Gómez Sánchez 2013, 63). Este Derecho de petición se ejerce ante la Unión Europea y se refiere a un asunto concreto que afecta a una persona que reclama la protección de sus derechos a nivel supranacional.

3.5 Las relaciones directas con la Comisión Europea

La Comisión Europea, ejecutivo comunitario, incluye en su proceso

22 Dinamarca e Italia entre otros Estados.

23 Francia y España entre otros Estados.

legislativo la realización de diferentes consultas sobre materias determinadas (Elías Méndez 2010, 48).

Entre todas destacan por su importancia las “consultas a técnicos y especialistas”, que son invitados a participar en las reuniones de trabajo de la Comisión Europea y/o a formar parte de los Comités de Expertos de la Comisión Europea.

También son habituales las “consultas a los ciudadanos”, que se realizan con cierta regularidad e implican individualmente a las partes interesadas en un tema en particular. La Comisión Europea establece contactos, normalmente de carácter informal, con los ciudadanos que se encuentran afectados por un área legislativa concreta. No obstante, procede matizar que, en la mayoría de los casos, estos contactos se establecen más con las organizaciones que los representan que con los ciudadanos a título individual.

En último lugar cabe señalar las “consultas previas al lanzamiento de *Libros Blancos y Libros Verdes*”, que organiza la Comisión Europea con anterioridad a la presentación de una propuesta legislativa. En estos casos, la Comisión Europea plantea una consulta pública que dará origen a la publicación de un *Libro Blanco* recogiendo las aportaciones de los participantes; posteriormente, se publicará un *Libro Verde* concretando las propuestas de la futura legislación. En este proceso pueden participar las diferentes partes interesadas: ciudadanos a título individual, empresas, *lobbys*, asociaciones, *ongs*, etc.

3.6 Las relaciones directas con otras instituciones de la Unión Europea

El art. 24.4 del TFUE proclama el derecho de todo ciudadano de la Unión Europea a “dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos contemplados en el presente artículo o en el artículo 13 del Tratado de la Unión Europea (...) y a recibir una contestación en la misma lengua”. Se faculta así a cualquier persona, física o jurídica, ciudadana de la Unión Europea o residente en la Unión Europea, para que se dirija por

escrito de forma directa y sin necesidad de recurrir a intermediarios a: el Consejo de Europa, el Parlamento Europeo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia (TJ), el Tribunal de Cuentas, el Banco Central Europeo (BCE), el Comité de las Regiones, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) y el Defensor del Pueblo. Garantizándose, asimismo, que la persona obtendrá una respuesta en la misma lengua que haya empleado para la redacción de su escrito.

Con carácter específico se atribuye al Defensor del Pueblo Europeo (ombudsman), la investigación de todos los casos en los que se haya alegado mala administración en el ejercicio de las Instituciones y órganos comunitarios (Eneriz Olaechea 2015, 204). En esta línea se establece que cualquier persona física o jurídica, ciudadana de la Unión Europea o residente de la Unión Europea podrá dirigirse directamente al ombudsman (ex. art. 24.3 en relación con el art. 228, ambos del TFUE) a través del formulario que se encuentra disponible en su página web.

3.7 Síntesis valorativa

Los diferentes instrumentos descritos han permitido a los ciudadanos una participación más directa y efectiva en la política comunitaria, que trasciende a la mecánica contribución que supone la participación en los procesos electorales al Parlamento Europeo que se celebran cada cinco años.

Estos modelos de participación ciudadana han logrado un éxito técnico notable, no sólo desde el punto de vista organizativo sino también desde el punto de vista de la calidad legislativa. La participación ciudadana ha supuesto una mejora en cuanto a la pluralidad y al contenido de las propuestas legislativas. Las aportaciones foráneas de ciudadanos preocupados, y de expertos y profesionales implicados, están influyendo en las decisiones técnicas de las instituciones comunitarias, que desde hace ya varios años han incorporado alguna de sus propuestas a la legislación. La institucionalización de estos contactos con la sociedad civil constituye, pues, un eje importante en la estructura organizativa de la Unión Europea.

En el caso de la Comisión Europea el recurso habitual a los métodos de relación directa con los ciudadanos, expertos y profesionales se justifica, además, por la necesidad de legitimarse a sí misma a través de los contactos con la sociedad civil.

4. Aproximación crítica a la Iniciativa Ciudadana Europea

Como posible solución para lograr la renovación democrática demandada por los ciudadanos, y combatir su desafección respecto de las instituciones públicas (Bellido Barrionuevo 2014, 63), se planteó desde la Agenda Política europea la introducción de nuevos mecanismos de participación directa. Este proceso culminó con la inclusión de otra herramienta en los *Tratados* (art. 11.4 TUE y 24.1 TFUE): la Iniciativa Ciudadana Europea (ICE); que entró en funcionamiento el 1 de abril de 2012.

4.1 Antecedentes y proceso de configuración

El primer paso para la configuración de la ICE se produjo en junio de 2003, cuando la “Convención sobre el Futuro de Europa²⁴” decidió incluirla en el texto del fallido Tratado Constitucional (TC)²⁵, con el objetivo de permitir a los ciudadanos participar directamente en la construcción del ordenamiento comunitario. Hasta esa fecha ninguna organización internacional había planteado una herramienta de tales características, propia de los esquemas políticos de los Estados democráticos, así que la propuesta supuso una innovación institucional sin precedentes (Martínez Jiménez

24 Convención nacida en 2002 superando el formato de conferencia intergubernamental al abrirse a la participación de la sociedad europea con la finalidad de avanzar hacia “la constitucionalización de un sistema basado en el federalismo supranacional” (Mangas Martín 2008, 68).

25 Tratado Constitucional para Europa, aprobado por el Consejo Europeo el 18 de junio de 2004 y firmado en Roma el 29 de octubre de ese mismo año que fue rechazado por Francia en mayo de 2005 y por Holanda en junio de 2005 por lo que, al no ser ratificado por los 27 Estados miembros no llegó a entrar en vigor.

2012, 9).

La ICE fue uno de los aspectos esenciales del TC que se incorporó al TUE, convirtiéndose en una herramienta transnacional pionera en el mundo para canalizar la voluntad de participación y otorgar mayor protagonismo a los ciudadanos²⁶. Este novedoso instrumento participativo se contempla en el art. 11.4 TUE en los siguientes términos²⁷: *“Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la unión que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados”*.

La ICE permite que los ciudadanos europeos puedan solicitar a la Comisión Europea, en su calidad de titular de la iniciativa legislativa, que lleve a cabo una propuesta de adopción normativa al Consejo y/o al Parlamento Europeo que sea compatible con lo dispuesto en los Tratados²⁸. Esta facultad no se formula como un derecho subjetivo y queda reservada a los ciudadanos europeos, sin que pueda extenderse a los residentes nacionales de terceros países. Los procedimientos y las condiciones preceptivas para su presentación, conforme a lo dispuesto en los arts. 11.4 TUE y 24.1 TFUE, se fijan en el *Reglamento UE N° 211/2011 del Parlamento Europeo y*

26 En el artículo “¿Cómo se mide la voluntad de Europa?”, publicado en El País, el 11 de enero de 2010, ANDREU MISSÉ exponía que “se trata de una de las disposiciones más innovadoras del Tratado de Lisboa, que supone un primer paso hacia la democracia directa”.

27 Redacción dada por el Tratado de Lisboa que modificó el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

28 Atribuye a los ciudadanos las mismas facultades para promover iniciativas legislativas que tienen el Consejo y el Parlamento Europeo.

del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre la Iniciativa Ciudadana.

4.2 Régimen jurídico

Para poner en marcha una ICE hay que crear un “Comité de Ciudadanos” integrado, como mínimo, por siete ciudadanos de la Unión Europea residentes en, al menos, siete Estados miembros distintos²⁹. Los miembros del Comité deben ser ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea, con edad suficiente para votar en las elecciones al PE³⁰. Con carácter previo a la recogida de declaraciones de apoyo ciudadano, el Comité debe registrar su ICE ante la Comisión Europea, utilizando una de las lenguas oficiales de la Unión Europea (Art. 4 del *Reglamento UE N° 211/2011*); designando al efecto un representante y proporcionando información sobre el objeto y objetivos pretendidos con la iniciativa³¹.

Una vez presentada, la Comisión Europea tiene un plazo máximo de dos meses para llevar a cabo su registro. En ese período de tiempo deberá examinar: la correcta constitución del Comité y del nombramiento del representante; si el objeto planteado se encuentra dentro del ámbito de competencias de la Comisión Europea y es relativo a un acto jurídico para los fines de aplicación de los Tratados; y si la propuesta no es abusiva, frívola o temeraria, ni contraria a los valores de la Unión Europea proclamados en el art. 2 TUE³².

Confirmada la inscripción en el registro, los organizadores disponen

29 Art. 3.1 del *Reglamento UEN° 211/2011*. Las personas jurídicas no pueden plantearla pero si promoverlas o apoyarlas, siempre que lo hagan con total transparencia. Se pretendió frenar su utilización a los grupos de interés como forma de presionar a las Instituciones para lograr sus objetivos particulares y evitar que instrumentalicen a los ciudadanos.

30 Art. 3.1 del *Reglamento UEN° 211/2011*. En todos los Estados miembros con 18 años cumplidos con excepción de Austria que es con 16.

31 Web: <http://www.ec.europa.eu/citizens-initiative/public/welcome?lg=es>.

32 Cabe la posibilidad de recurso contra la Comisión Europea por la inadmisión de la ICE, lo que claramente pone de manifiesto que esta fase implica un mero filtro de

de un plazo no superior a doce meses para la recogida de declaraciones de apoyo entre los ciudadanos (Art. 5.5 del *Reglamento UE N° 211/2011*). Todos los ciudadanos de la Unión Europea nacionales de un Estado miembro, con edad suficiente para votar en las elecciones al Parlamento Europeo, pueden apoyar y firmar una ICE (Ibid., Art. 3.4). Para manifestar su adhesión, deberán rellenar un formulario específico de declaración de apoyo facilitado por los organizadores en papel o en formato electrónico. Los firmantes habrán de proceder, al menos, de $\frac{1}{4}$ parte de los Estados miembros (Ibid., Art. 7.1), y el mínimo de firmas que se debe recoger en cada Estado equivale a su número de diputados en el Parlamento Europeo multiplicado por setecientos cincuenta (Ibid., Art. 7.1 y Anexo II)³³. Para que prospere una ICE se impone la obtención de un millón de firmas; cifra que representa un 0,2% de la población con derecho a voto en la Unión Europea³⁴.

Si la ICE obtiene ese millón de firmas verificadas y certificadas (arts. 5, 6 y 7 del *Reglamento UE N° 211/2011*), los organizadores remitirán el texto a la Comisión Europea y ésta procederá a su examen (Ibid., Arts. 9, 10 y 11). Dentro de los tres meses posteriores a su recepción los organizadores se reunirán con representantes de la Comisión Europea para explicar detalladamente las cuestiones que plantean en su ICE. Asimismo, los organizadores podrán presentarla en una audiencia pública organizada en el Parlamento Europeo. La Comisión Europea recogerá en un documento sus conclusiones de carácter jurídico y político; si lo consideran oportuno, la relación de medidas que tenga intención de proponer en respuesta a la ICE; y, en todo caso, las razones por las que haya decidido actuar así o

tipo formal.

33 A título de ejemplo: España, número mínimo de firmas 40.500, Alemania, 72.000, Italia, 54.750, Francia, 55.500 y Portugal 16.500.

34 Un umbral, en términos comparados con otras figuras homólogas, muy permisivo, lo que la convierte en un potencial canal de participación. A título de ejemplo, porcentaje de firmas para una ICE 1.000.000 sobre 415.937,33 habitantes censados con derecho a voto (0,20%); porcentaje de firmas para una ILP en España 500.000 sobre 34.297.301 habitantes censados con derecho a voto (1,45%) (Martínez Jiménez 2012, 11).

no hacerlo. Esta respuesta oficial revestirá forma de “comunicación”, será trasladada a los organizadores, al Parlamento Europeo, al Consejo, y se publicará en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea.

En todo caso, cabe destacar que la Comisión Europea no está obligada a realizar propuestas legislativas en respuesta a una ICE. Para los supuestos en que sí acuerde hacerlo, se pondrá en marcha el procedimiento legislativo habitual.

4.3 Su promoción institucional como herramienta para combatir la desafección ciudadana en las instituciones públicas: luces y sombras

El diseño de la ICE responde al esfuerzo realizado por la Unión Europea para implementar procedimientos que fomenten la participación ciudadana, y refuercen el papel de la sociedad civil en las políticas públicas, al objeto de paliar la percepción negativa que los ciudadanos tienen de las instituciones (Sefcovic 2013, 5 y Llorente Perez 2015, 65).

*Right2Water*³⁵ y *One of Us*³⁶ fueron las primeras ICE's contestadas por la Comisión Europea enfrentándose, no obstante, a destinos dispares en lo que se refiere a la confección de un programa de actuación políti-

35 Comunicación de la Comisión relativa a la ICE “El derecho al agua y el saneamiento como derecho humano: ¡El agua no es un bien comercial, sino un bien público!”, Comisión Europea 2014 a). La iniciativa, conocida como *Right2Water*, fue la primera en completar el procedimiento ICE. La iniciativa fue registrada el 10 de mayo de 2012, la recogida de firmas finalizó el 1 de noviembre de 2013, la propuesta fue presentada el 20 de diciembre de 2013, y fue contestada por la Comisión Europea el 19 de marzo de 2014.

36 Comunicación de la Comisión relativa a la ICE “Uno de nosotros”, Comisión Europea 2014 b). La iniciativa conocida como “*One of Us*”, fue registrada el 11 de mayo de 2012, la recogida de firmas finalizó el 1 de noviembre de 2013, la propuesta fue presentada el 27 de febrero de 2014, y fue contestada por la Comisión Europea el 28 de mayo de 2014.

co-administrativo (Pardo Beneyto y Abellán López 2015, 185).

Right2Water basó su propuesta en la instrumentalización del Derecho al agua y el saneamiento reconocido por la ONU, y la necesidad de promover su carácter público. Para alcanzar estos objetivos se proponía: hacer del Derecho al agua y al saneamiento el centro de la legislación, excluyéndolos de la Directiva de Mercado Interior; imponer que los servicios de agua y saneamiento no queden sujetos a liberalización, al ser un monopolio natural; introducir una Directiva Marco del Agua conforme a los objetivos de la iniciativa; y aumentar los esfuerzos para implementar un acceso al agua y al saneamiento universal mediante políticas de cooperación.

One of Us basó su propuesta en la defensa del Derecho a la vida del no nacido, argumentando que la Unión Europea proclama el respeto a la vida y a la dignidad en el TUE y en la CDFUE. Desde esta perspectiva defendían que la Unión Europea es una comunidad de valores que debe reflejarse tanto en las políticas públicas como en el presupuesto. Para alcanzar estos objetivos se proponía: prohibir la asignación presupuestaria a actividades que destruyan embriones humanos; prohibir la dotación de recursos a la investigación sobre clonación humana, modificación genética e investigación con embriones humanos; e impedir el recurso a los fondos de cooperación comunitarios para financiar abortos directa o indirectamente.

Right2Water diseñó su propuesta en torno a los Derechos humanos en general y los bienes públicos; y obtuvo el apoyo de una amplia red de organizaciones de la sociedad civil heterogéneas y jerarquizadas, incluyendo algunas con importante presencia en las instituciones europeas. En su respuesta la Comisión Europea se comprometió a implementar una serie de políticas concretas³⁷: mejorar la calidad y el acceso al agua dentro del

37 El éxito de esta ICE se articuló en torno a la capacidad que tuvieron los organizadores para conectar los distintos ámbitos de apoyo: sindicatos, ongs dedicadas al medio ambiente y al desarrollo, entidades defensoras de la justicia social, agrupaciones ciudadanas específicas para la defensa y promoción de esta ICE, organizaciones defensoras de los servicios públicos, empresas del sector del agua y del saneamiento, organizaciones políticas, instituciones académicas, etc. Esta variedad de entidades le

marco del “VII Programa de acción en materia de medio ambiente”; vigilar que los Estados miembros apliquen la legislación vigente sobre la materia; e incentivar a los Estados miembros para que adecuen sus infraestructuras en cuanto a suministro de agua y saneamiento. No obstante, el aspecto más importante de la ICE, que los sectores del agua y saneamiento no quedasen sujetos a liberalización, no fue reconocido por la CE.

One of Us diseñó su propuesta basándose en la aplicación del Derecho a la vida al ámbito científico y la cooperación internacional, sugiriendo la imposición de restricciones al uso presupuestario. Obtuvo el apoyo de organizaciones pro-vida y de la infraestructura que le prestaron las entidades religiosas, principalmente la Iglesia Católica que le otorgó un amplio respaldo: apoyo explícito de los Papas Francisco y Benedicto XVI; y autorización para la recogida de firma en las Iglesias. A diferencia de Right2Water, sólo consiguió el respaldo de grupos homogéneos y fue rechazada en su totalidad por la Comisión Europea.

En ambas iniciativas, las organizaciones de la sociedad civil que las promovieron y apoyaron han formado una red de políticas públicas que ha cristalizado en una organización de tipo permanente: dos grandes *lobbys* que tratan de influir en las instituciones de la Unión Europea para controlar sus propios ámbitos en defensa de sus propios intereses (Pardo Beneyto y Abellán López 2015, 187).

Las altas expectativas generadas en torno a la ICE no se han cumplido, al menos hasta la fecha. Con excepción de las dos iniciativas comentadas, la ICE ha tenido escasa relevancia social y mediática debido, principalmente, al desconocimiento de su existencia y a las dificultades que presenta el procedimiento (Báez Lechuga 2016, 186). Es cierto que los requisitos administrativos no son excesivos, pero su exigencia tampoco favorece la generalización de su uso. La viabilidad de las ICE queda ligada, pues, a la visibilidad que quieran otorgarle los medios de comunicación, y

permitió llegar a distintos segmentos de la población con distintas preocupaciones e intereses dispares.

al respaldo que reciban de los grupos de interés; circunstancias ambas que repercutirán, de forma proporcional, en la capacidad de sus organizadores para obtener financiación y, en consecuencia, en sus posibilidades para completar con éxito el procedimiento.

Asimismo, aunque la herramienta nace para el uso y servicio de los ciudadanos (personas físicas) con la finalidad de acercarlos a las instituciones, e implicarlos en la adopción de políticas públicas, la breve experiencia de su recorrido apunta como posible que acabe convirtiéndose en un instrumento más al servicio de los grupos de interés (especialmente cuando crean que pueden obtener beneficios de la confrontación). Este eventual corporativismo acabaría socavando su esencia: la ICE dejaría de ser un instrumento que representa los intereses ciudadanos, y se convertiría en una herramienta para que los grupos de interés, a través de la movilización ciudadana, pudiesen defender sus intereses privados y alcanzar sus objetivos.

Conforme a lo expuesto, cabe concluir que la ICE no es un instrumento de democracia directa, puesto que no transfiere a los ciudadanos la capacidad de decisión sobre una materia concreta, y, en consecuencia, su uso no determinará un cambio radical en el modo de hacer política en la Unión Europea ni servirá, por sí sola, para revertir la tendencia al progresivo distanciamiento entre los ciudadanos y las instituciones europeas (Bilbao Ubillos 2012, 81).

5. Reflexión final

Es indiscutible que el reconocimiento explícito a favor de los ciudadanos europeos de su derecho de participación política, a través de instrumentos participativos concretos, refuerza su sentimiento de ciudadanía y de pertenencia a la UE y, en consecuencia, promueve su compromiso cívico y le devuelve su protagonismo en el proceso político. No obstante, la promoción institucional del recurso a estos mecanismos por parte de los ciudadanos no supone el establecimiento de un modelo alternativo al sistema de democracia representativa, que rige tanto a escala nacional en los

distintos Estados miembros como a escala europea. El objetivo que se pretende lograr consiste, simplemente, en acercar la política a los ciudadanos recurriendo a estos instrumentos participativos que, por una parte, sirven de complemento al sistema representativo; y, por otra parte, contribuyen a mejorar el circuito democrático, a sanear el sistema político, y a reducir la alarmante brecha entre ciudadanos, instituciones y representantes políticos.

Referencias bibliográficas

- Aguirre Sala, J. F. 2017. *Notas complementarias al estudio contextual de Gabriele Vestri sobre la democracia líquida*. Lex Social Revista Jurídica de los Derechos Sociales, vol. 7.
- Báez Lecguga, I. 2016. *Disfunciones de la democracia directa en la Unión Europea: corporativismo y ausencia de ciudadanía. El caso particular de la iniciativa ciudadana europea*. Revista de Derecho UNED, núm. 18.
- Bellido Barrionuevo, M.. 2014, *La iniciativa ciudadana europea: una oportunidad para los ciudadanos y las instituciones europeas*. Revista Española de Derecho Europeo, núm. 51.
- Bigliano Campos P. 1987. *La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal*. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 19.
- Bilbao Ubbillo, J.M. 2012. *La iniciativa ciudadana europea* (art. 11.4 TUE). Cuadernos Europeos de Deusto, núm. 46.
- Boussaguet, L. 2010. *A l'écoute des citoyens. Bilan des premières expériences participatives à l'échelle communautaire*. Démocratie européenne en action.
- Bouza García, L. 2016. *La dimensión europea del sistema de intermediación de intereses: los grupos de interés españoles ante la UE. Los Grupos de Interés*.
- Democracia Líquida, <http://www.democracialiquida.org>
- Elías Méndez, C. 2010. *La Administración de la Comisión Europea como ejemplo de la reforma de la administración pública europea: análisis en clave constitucional en el contexto de la crisis económica*. Revista de Derecho Constitucional Europeo., núm. 20.
- Enériz Olachea, F.J. 2015. *El Defensor del Pueblo Europeo en la actuali-*

- dad*. Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6.
- Fuentetaja Pastor, J.A. 2016. *El Parlamento Europeo*. Instituciones de la Unión Europea.
- Gómez Sánchez, Y. 2013. *La “iniciativa ciudadana” en la Unión Europea*. Panorama Social, núm. 17.
- Grande, E. 2002. *Instituciones e intereses en Europa: grupos de interés y gobernanza en un sistema estructurado por niveles múltiples*. Foro internacional, núm. 168.
- Lizcano Fernández, F. 2009. *Compatibilidad entre democracia directa y democracia representativa*. Revista iberoamericana de autogestión y acción comunal, núm. 55.
- Llorente Pérez, A. 2015. *La Iniciativa Ciudadana Europea como alternativa democrática de la Unión Europea*. Unión Europea Aranzadi, núm. 6.
- Mangas Martín, A. 2012. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Technos.
- Martínez Jiménez, A. 2012. *La iniciativa ciudadana europea: profundizando en la democracia*. Madrid: Fundación Ideas.
- Molins López-Rodó, J. 2016. *Los Grupos de Interés en España. La influencia de los lobbies en la política española*. Madrid: Sociología, Semilla y Surco.
- Ombudsman Europa, <http://www.ombudsman.europa.eu>.
- Pardo Bemeyto, G. y Abellán López, M.A. 2015. *Right2Water y One of Us: dos casos de éxito de la Iniciativa Ciudadana Europea. La regeneración del sistema: reflexiones en torno a la calidad democrática, el buen gobierno y la lucha contra la corrupción*.
- Presno Linera, M.A. 2014. *La democracia directa y la falacia de sus riesgos. La democracia indignada: tensiones entre voluntad popular y representación política*.
- Rught, D. 2001. *Transnacionalización y globalización de los movimientos sociales*. Construcción de Europa, democracia y globalización, vol. 1.
- Sefovic, M. 2013. *Iniciativa Ciudadana Europea: una primicia para la democracia participativa*. Cantabria Europa: Revista de la Dirección General de Asuntos Europeos y Cooperación al Desarrollo, núm. 34.
- Schiller, T. 2007. *Direct Democracy and Theories of Participatory Democracy-some observations*. Tibor Pallinger, Z. y Marxer, W. (ed.), *Direct Democracy in Europe, Developments and Prospects*, Verlag Für Sozialwissenschaften.

- Vallespín Oña, F. 2015. *El discurso de la democracia radical*. La democracia en sus textos.
- Vestri, G. 2015. *¿La democracia líquida como alternativa a la política clásica? Un estudio contextual*. Estudios de Deusto, vol. 63.
- Viejo Viñas, R. *Indignación. Política de movimientos, nueva ola de movilizaciones y crisis de representación. La actuación del legislativo en los tiempos de crisis*.

Políticas editoriales

Sistema de selección de trabajos - Proceso de revisión por pares

La Revista Internacional de Derechos Humanos tiene una política de evaluación por pares, con doble ciego y dos evaluaciones por artículo. Es decir, que cada contribución que recibe, y que a criterio del Comité Editorial merece ser evaluada, se remite a dos Evaluadores/Revisores, cuya identidad no conoce el autor del artículo, así como los Evaluadores tampoco conocen la identidad del autor. Cada Evaluador sugiere si el artículo merece publicarse o no, y en caso de discrepancia entre los Evaluadores, la decisión final recae en el Editor Jefe.

Todos los evaluadores que emplea la Revista son especialistas en la materia y cuentan con título de Master o superior.

Los criterios que los Evaluadores tienen en cuenta para aceptar, aceptar con modificaciones o rechazar una contribución, son los siguientes: encuadramiento dentro del enfoque y alcance de la Revista Internacional de Derechos Humanos; contribución al avance del conocimiento; si el artículo está bien documentado y si su información y bibliografía son apropiadas; si está bien organizado, con una clara estructura y una tesis a demostrar; redactado con claridad, coherencia y bien argumentado; con fuentes bibliográficas y datos documentales apropiados; si cita correctamente; y si posee un estilo interesante y ameno para el/la lector/a.

Política de Acceso Abierto

Esta revista proporciona un acceso abierto a su contenido, basado en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a las investigaciones ayuda a un mayor intercambio global del conocimiento.

Pautas para la presentación de trabajos

Los trabajos deben ser originales. Deberán incluir un resumen y palabras clave, tanto en español como en inglés, y ajustarse a las normas de citación adoptadas por esta publicación. No podrán ser enviados para evaluación a otra publicación mientras dure el proceso de selección. Tendrán un máximo de 6.000 palabras, incluyendo resumen, *abstract*, palabras clave, *keywords*, notas y bibliografía. El Comité Editorial se reserva el derecho de admitir excepciones en cuanto a la extensión de los trabajos.

Resúmenes

Cada artículo será acompañado de un resumen en español y su traducción al inglés que deberán ser resueltos en un máximo de 150 palabras cada uno.

El resumen es una representación abreviada del contenido de un artículo, del que sólo se menciona la idea y los puntos principales. Debe caracterizarse por su brevedad, exactitud y claridad, evitando la redundancia.

Palabras clave

Se requieren para definir con precisión la temática del artículo con hasta 5 palabras clave (pueden ser un término o un concepto descriptor), separadas por punto y coma, y también deberán traducirse al inglés. Ejemplo de cinco palabras clave: migración; Sistema Interamericano de Derechos Humanos; Latinoamérica; desigualdad; Unión Europea. Keywords: migration; Inter-American Human Rights System; Latin America; inequality; European Union.

Normas de citación

Esta publicación ha adoptado la forma concisa dentro del Estilo Chicago de Citación (autor–fecha), la misma se compone de dos partes: la primera es la cita abreviada entre paréntesis en el texto y la segunda, una lista de referencias al final del trabajo. En caso de presentarse un caso fuera de los ejemplos, puede consultarnos enviando un correo a contacto@revistaidh.org o directamente en el sitio web de Chicago Manual of Style

16th edition, www.chicagomanualofstyle.org. El criterio principal de esta norma es proveer la información suficiente para guiar al lector hacia las fuentes utilizadas, hayan sido publicadas o no, impresas o electrónicas, e individualizar correctamente a los autores citados.

Noticia de los autores

Ronald Roberto Calle Callisaya

Abogado por la Universidad Mayor de San Andrés, Bolivia. Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Austral, Argentina. Magister Scientiarum en Educación Superior por la Universidad Mayor de San Andrés, Bolivia. Diplomatura en Defensa Internacional de los Derechos Humanos por el Centro Latinoamericano de Derechos Humanos y la Universidad de Zaragoza, España - Argentina. Diplomatura en Derecho Administrativo Iberoamericano por el Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, Argentina. Curso de Posgrado en Derecho Tributario por la Universidad Católica Argentina, Argentina.

Borja Fernández Burgueño

Máster para el Ejercicio de la Abogacía por la Universidad Autónoma de Madrid, España. Máster en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España. Grado en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos, España. Grado en Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Rey Juan Carlos, España. Jurista en Derecho Administrativo por Hogan Lovells International LLP, España. Experiencia profesional como Asesor jurídico de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, España, y como Asesor jurídico externo de la Delegación en España del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, España. Fundador del Boletín de Jurisprudencia de Protección Internacional (ISSN: 2530-6588). Autor de varias publicaciones científicas.

María Olaya Godoy Vásquez

Licenciada en Derecho graduada con honores por la Universidad de Vigo, España. Doctora en Derecho por la Universidad de Vigo, España, habiendo recibido la calificación sobresaliente Cum Laude y el Premio Extraordinario. Profesora Asociada Adscrita al Departamento de Derecho Público de la Universidad de Vigo, España (2005-2013). Profesora Asociada Adscrita al Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Alcalá, España.

Abogada en ejercicio desde 1998 adscrita al Ilustre Colegio de Abogados de Vigo, España.

Matías Jesús Ríos

Procurador por Universidad Empresarial Siglo 21, Argentina. Diplomado en Dirección del Servicio Nacional de Facilitadores Judiciales, Programa Interamericano de Facilitadores Judiciales de la Organización de Estados Americanos de la Universidad de la Cuenca del Plata, Argentina. Diplomado Derecho Penal y Procesal Penal por el Centro de Estudios Avanzados en Derecho, Argentina. Diplomado en Derechos Económicos Sociales y Culturales por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, Secretaria de Derechos Humanos de Chubut, Escuela de Derechos Humanos de la Nación, Argentina. Diplomado en Promoción de Derechos y Políticas Antidiscriminatorias de Red Iberoamericana de Organismos y organizaciones contra la Discriminación. Diplomado en Ley de Medios y Reversión Cultural por la Universidad Nacional de Villa María, Argentina. Actualmente se desempeña como Escribiente Auxiliar en la Defensoría Pública Oficial de Primera Instancia ante los Juzgados Federales de Posadas, Argentina. Autor de publicaciones sobre VIH/Sida y temas conexos en la iniciativa Corresponsales Clave de América Latina y el Caribe de Habla Hispana.

Bruno Rodríguez Revegino

LLM en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por Universidad de Notre Dame (EUA), donde se graduó summa cum laude. Abogado graduado con honores por la Universidad Católica San Pablo de Perú. Actualmente se desempeña como Asesor de Presidencia y Encargado de Comunicaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tiene experiencia profesional en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Secretaría Jurídica de la Comunidad Andina, y en el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Es autor de publicaciones sobre derechos humanos, y ha participado como conferencista, ponente y profesor en seminarios y cursos especializados en derecho internacional en diversos países.

ridh

REVISTA
INTERNACIONAL
DE DERECHOS
HUMANOS

FORMULARIO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR

Señores

Fundación Centro Latinoamericano de Derechos Humanos:

El que suscribe _____,
mayor de edad, domiciliado en la ciudad de _____,
en _____, creador del texto titulado:

_____, como parte de la publicación Revista Internacional de Derechos Humanos, a través de este documento autorizo voluntariamente a la Fundación Centro Latinoamericano de Derechos Humanos la publicación de la obra en mención.

Asimismo, conozco que la obra será publicada por una institución sin fines de lucro y, por lo tanto, autorizo que los fondos que se llegaren a recaudar por su divulgación, se destinen a apoyar el financiamiento de los costos sufragados por la misma para la divulgación de esta u otra obra que publique.

Igualmente, declaro que la obra es original y fue realizada por mí mismo, sin violar o usurpar derechos de autor de terceros, es de mi exclusiva autoría y detento la titularidad de los derechos morales de la misma, garantizo que no contiene citas o transcripciones de obras no debidamente referencias; que no contiene declaraciones difamatorias contra terceros, ni contrarias al orden público y a las buenas costumbres, y que no viola derechos de otros autores. De la misma forma, declaro que no dispongo de limitaciones para conceder esta autorización, pero en todo caso responde-

ré por cualquier reclamación, exonerando de responsabilidad a la Fundación Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, sus miembros y/o sus editores.

En virtud de esta autorización, se entiende que mi contribución como autor de dicha publicación se podrá utilizar exclusivamente en la obra mencionada, a fin de poder reproducirla, editarla, traducirla, distribuirla, exhibirla y comunicarla en el país y en el extranjero por medios impresos, electrónicos, Cd- Rom o Internet, siempre y cuando esté circunscrito a la obra realizada.

Nombre: _____

Documento: _____

Firma: _____

Dirección postal: _____

Dirección electrónica: _____

**Por favor anexar copia o escaneo del
documento de identidad.**

Editada en diciembre de 2017
en Mendoza, República Argentina.



C. Ignacio de Casas
Editorial

ARTÍCULOS

Bruno Rodríguez Reveggino

Espacios de Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Ronald Roberto Calle Callisaya

Ineficacia de las garantías constitucionales del juez constitucional latinoamericano, ante su procesamiento y destitución por el Congreso o Asamblea Legislativa

Borja Fernández Burgueño

La protección multinivel de los principios de igualdad y de no discriminación en España: análisis comparado de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo de los Derechos, la Constitución Española y el Código Penal Español

Matías Jesús Ríos

Accesibilidad a los Servicios de Comunicación Audiovisual

María Olaya Godoy Vázquez

La promoción de la Iniciativa Ciudadana Europea como herramienta para combatir la desafección ciudadana en las instituciones públicas