

ridh

REVISTA
INTERNACIONAL
DE DERECHOS
HUMANOS

AÑO VI
Nº6
2016

e-ISSN 2250-5210



CLADH |

Centro Latinoamericano
de Derechos Humanos



Universidad
Zaragoza

vlex
vlex.com

ridh | REVISTA
INTERNACIONAL
DE DERECHOS
HUMANOS

AÑO VI N°6 2016

ISSN 2250-5210 / e-ISSN 2422-7188

www.revistaidh.org

CLADH | *Centro Latinoamericano
de Derechos Humanos*

LUCAS EMMANUEL GÓMEZ Presidente – Cofundador

C. IGNACIO DE CASAS Vicepresidente – Cofundador

IGNACIO A. BOULIN VICTORIA Tesorero – Cofundador

FEDERICO MORANDINI Director Ejecutivo

Mendoza

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

Santiago de Chile

Camino La Ronda N° 2137, (7700402) Lo Barnechea,

Santiago de Chile – 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 del editor, del Centro Latinoamericano de Derechos Humanos y/o de sus miembros.

ridh

REVISTA
INTERNACIONAL
DE DERECHOS
HUMANOS

ISSN 2250–5210 / e-ISSN 2422–7188

Año VI – N° 6 – 2016

Mendoza – República Argentina

Edición y Coordinación

Georgina Alejandra Guardatti

Universidad de Mendoza – Argentina / Universidad de Zaragoza – España

Comité Honorario

† Prof. Dr. Ángel G. Chueca Sancho

Universidad de Zaragoza – España

Comité Científico Editorial

C. Ignacio de Casas – Universidad Austral – Argentina

Ignacio A. Boulin Victoria – Universidad Nacional de Cuyo – Argentina

Lucas Emmanuel Gómez – Universidad de Mendoza – Argentina

Fernando Álvarez – Universidad de Los Andes – Chile

María José García Ascolani – Universidad de Alcalá – España

Alejandro González – Varas Ibañez – Universidad de Zaragoza – España

Fernando Arletta – Universidad de Zaragoza – España

Comité de Evaluación

Grupo de Investigación sobre Migraciones Internacionales

e Integración – Universidad de Zaragoza – España

Soledad Bertelsen Simonetti – Universidad de Los Andes – Chile

Claudio Ereche – Universidad de Los Andes – Chile

Federico Morandini – Universidad Nacional de Cuyo – Argentina

Colaboradores

Miguel Eduardo Giordano

Producción editorial

Gerardo Patricio Tovar – Editor independiente – Argentina

Asesoramiento editorial y diseño

Contenido

Georgina Alejandra Guardatti

Editorial 9

Dossier 15

Sergio Alejandro Rea Granados

*Menores refugiados no acompañados en México:
¿Cómo proteger sus derechos y principios en caso de detención?* 17

Jesús Raúl Gutiérrez Amparán

*Los derechos de las niñas y niños huérfanos por
situación de violencia: víctimas de la guerra
en la frontera norte de México* 35

Artículos 53

Johan Alejandro Aldana Rodríguez

El Garantismo y los otros 55

Eréndira Nohemí Ramos Vázquez

*La doctrina del control de convencionalidad en
el Sistema Interamericano* 75

Frederico Bonaldo

*La relevancia jurídica de la justicia como
“voluntad constante y perpetua” desde el
derecho humano a la tutela judicial efectiva* 99

Luis Alejandro Gutiérrez Eklund, Ian Miranda Sánchez, Carlos Andrés Peredo Molina, Camila Calvi Baldvieso <i>Las leyes de desacato y la difamación criminal en América Latina</i> _____	121
Antonio Isaías Canova González y Luis Alfonso Herrera Orellana <i>Instigación pública y libertad de expresión en Venezuela. El caso Leopoldo López Mendoza</i> _____	145
Ligia De Jesús Castaldi <i>Los casos sobre fecundación in vitro ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un análisis de sus argumentos de fondo y posibles efectos</i> _____	171
Albert Mengual y Nadja Wolfe <i>La maternidad subrogada</i> _____	231
María Olaya Godoy Vázquez <i>Sistemas de garantías de los derechos fundamentales y protección multinivel en Europa</i> _____	253
Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues <i>A (R)evolução (Bio)tecnológica e a (Nova) Condição do Ser Global: Vias e reflexões”</i> _____	283
Notas _____	319
Livio Perra <i>La fuerza del pasado en el derecho</i> _____	321
Noticia de los autores _____	327
Pautas para la presentación de colaboraciones _____	333

Editorial

Por Georgina Alejandra Guardatti¹

En la presentación del sexto número de *Revista Internacional de Derechos Humanos* (RIDH) –creada hace seis años con el propósito de difundir investigaciones de calidad y actualidad, contribuir al diálogo interdisciplinario, interinstitucional e interregional para debatir la protección de los derechos humanos desde diversas perspectivas–, quiero agradecer especialmente a cada una de las personas e instituciones que han hecho posible cumplir exitosamente con aquel propósito inaugural: a los autores por sus indispensables contribuciones; a los miembros del Comité Científico Editorial y del Comité de Evaluación, quienes han garantizado la calidad científica de los contenidos publicados; a los responsables de la calidad del producto editorial; a la Universidad de Zaragoza (UNIZAR) y al Centro Latinoamericano de Derechos Humanos (CLADH), por posibilitar institucional y materialmente la continuidad de esta publicación durante el ciclo 2011–2016.

También es aquí pertinente recordar la personalidad de nuestro querido Prof. Dr. Ángel Chueca Sancho, quien proporcionó –desde la dirección del Grupo de Investigación “Migraciones Internacionales, Integración y Derechos Humanos” de la Universidad de Zaragoza (España)– el impulso inicial para este proyecto editorial. Ángel Chueca

¹ Editora y coordinadora de Revista Internacional de Derechos Humanos 2011–2016. Abogada por la Universidad de Mendoza (Argentina). Máster Oficial en Especialización e Investigación en Derecho: Derechos Humanos, Libertades y Derecho Penal, Universidad de Zaragoza (España). Doctoranda en Derechos Humanos y Libertades fundamentales, Universidad de Zaragoza (España). Profesora Jefe de Trabajos Prácticos, Cátedra Derecho Internacional Público, Universidad de Mendoza (Argentina). Miembro de la Comisión de Derechos Humanos y de Derecho Internacional del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza (Argentina). Miembro asociado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI).

Sancho, ferviente defensor de los derechos humanos, cultivó en particular la defensa de los derechos de los migrantes; por ello, se hace necesario en esta presentación el reconocimiento a sus esfuerzos, ya que en este número se hacen tangibles los frutos de las líneas de investigación que ha propiciado la RIDH, la revista que imaginamos junto a nuestro maestro y amigo.

El fenómeno de las migraciones resulta inevitable y la libertad de circulación y residencia ha sido un derecho que la persona ejerce desde tiempos inmemoriales. Así, este derecho ha sido reconocido en los principales textos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos, constituyendo un derecho esencial para el desarrollo de la persona.

En el Informe preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15), sobre los *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* se reconoce que, si bien la migración comprende múltiples beneficios, tales como favorecer la multiculturalidad de las sociedades e impulsar el crecimiento económico de los Estados, la migración también plantea grandes desafíos en lo que respecta a los derechos humanos de los migrantes y al impacto directo que las violaciones de esos derechos tienen sobre sus familias.

Especial situación de vulnerabilidad presentan los niños, niñas y adolescente no acompañados (es decir, todo niño, niña o adolescente separado de ambos padres y otros parientes sin estar bajo el cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumba esa responsabilidad). En el ámbito internacional hay consenso respecto a que la familia constituye el elemento natural y fundamental de la sociedad y que, como tal, debe ser protegida por la sociedad y el Estado. El derecho de los miembros de una familia a la vida familiar se encuentra ampliamente protegido por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario. El derecho a la protección de la familia y la prohibición de que la vida familiar sea objeto de injerencias arbitrarias o abusivas se encuentran ampliamente protegidos.

En México, el fenómeno de la migración se presenta muy complejo. En este número, Sergio Alejandro Rea Granados analiza la situación de los menores refugiados no acompañados en ese país, buscando identificar y conocer las normas jurídicas internacionales y mexicanas acerca de los menores no acompañados solicitantes de asilo. Entiende que el reconocimiento de la especial vulnerabilidad de los niños refugiados no acompañados requiere todos los esfuerzos posibles para asegurar que las decisiones relacionadas con ellos se adopten utilizando las mejores prácticas internacionales para garantizar y proteger los derechos de la infancia, en particular, para respetar y garantizar derechos básicos, como el interés superior del niño, la no discriminación y el derecho a la libertad de circulación de cada individuo.

Jesús Raúl Gutiérrez Amparán también indaga sobre los derechos de las niñas y niños huérfanos por situación de violencia como víctimas de la guerra en la frontera norte de México. Allí se vive una situación alarmante con respecto a la población infantil. El autor hace alusión, especialmente, a la situación de las niñas y niños que pierden derechos fundamentales, como el derecho a la vida en medio de la guerra, y el abandono político y social de las niñas y los niños huérfanos por situación de violencia.

En otro orden de ideas, igualmente se incluye en esta edición el estudio de Johan Alejandro Aldana Rodríguez sobre la teoría garantista propuesta por Ferrajoli, la cual habría logrado gran aceptación entre las instituciones legalistas y de aquellos profesionales de la ciencia jurídica. Sin embargo, el autor indaga sobre si esta teoría es suficiente para entender la complejidad de los derechos humanos como fenómenos sociales.

Eréndira Nohemí Ramos Vázquez realiza un análisis sobre la doctrina del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano, presenta la dimensión internacional, ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de forma natural desde su creación, como así también un aspecto novedoso, llevado a cabo por las autoridades de los sistemas nacionales, especialmente sus jueces.

Frederico Augusto Bonaldo Silva pretende mostrar que la disposición interna o ética del juez a la hora de juzgar tiene importancia jurídica, y no

sólo moral. En su artículo sobre la relevancia jurídica de la justicia como “voluntad constante y perpetua” desde el derecho humano a la tutela judicial efectiva, pone en evidencia cómo la voluntad del juzgador es decisiva para que se lleve a cabo ese trascendental derecho.

El equipo de investigación de la Human Rights Foundation (HRF) en el marco del proyecto “*Speaking Freely*”, presentan un trabajo que tiene como objetivo exponer el estado de la regulación del desacato y la difamación criminal en los Estados latinoamericanos, específicamente el tratamiento que se le brinda a los discursos de interés público. Así, analizan la legislación penal que protege la honra o la reputación, su vinculación con las valoraciones críticas a los funcionarios públicos o instituciones públicas y su impacto en la libertad de expresión.

Antonio Isaías Canova González y Luis Alfonso Herrera Orellana observan el régimen legal del delito de instigación pública a delinquir en Venezuela, su reforma en el Código Penal de 2005, su interpretación judicial y el uso como herramienta del gobierno para perseguir a ciudadanos y dirigentes de la oposición política, afectando la libertad de expresión, otros derechos fundamentales y los valores de la democracia. En particular, se analiza el caso de Leopoldo López Mendoza, por la supuesta comisión del delito de instigación pública durante el 2014.

Un análisis de los argumentos de fondo y los posibles efectos de los casos sobre fecundación *in vitro* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos es llevado a cabo por Ligia De Jesús Castaldi. Especialmente, el artículo refuta las conclusiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*; señala las debilidades del fallo, respecto a la interpretación del artículo 4(1) de la Convención Americana y respecto a una supuesta obligación internacional de legalizar y facilitar las técnicas de reproducción artificial.

El análisis jurídico de la maternidad subrogada presenta varios problemas. Albert Mengual y Nadja Wolfe, entienden que, tanto a nivel teórico (sobre todo en lo referente al encuadre de estos contratos dentro del Derecho), como a nivel práctico (especialmente en la drástica diferencia que existe entre las distintas regulaciones nacionales, ya sea desde favorecer esta práctica hasta penalizarla), plantea una clara contradicción con

algunos de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos.

María Olaya Godoy Vázquez intenta exponer los mecanismos de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales en el marco regional europeo utilizando dos hilos conductores: la evolución de las Instituciones de la Unión Europea hacia un reconocimiento cada vez más extenso e intenso de los derechos fundamentales y el diálogo entre los Altos Tribunales.

Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues presenta un estudio sobre el impacto potencial de la biotecnología que demuestra la (r)evolución, su repercusión en el individuo, en la sociedad y el medio ambiente, y los consecuentes desafíos impuestos por la ética, bioética y el bioderecho.

Finalmente, *La fuerza del pasado en el derecho*, por Livio Perra, es un trabajo que versa sobre el poder de la memoria en la ley, esto es, la importancia que tiene para cada individuo la búsqueda de la memoria histórica, la memoria de sus antepasados. Analiza dos fenómenos: el testimonio y el testamento como una herramienta para la reconstrucción de la memoria (histórica).

Este recorrido que desglosa los contenidos del número que el lector tiene en sus manos, junto a los sumarios de las cinco ediciones anteriores, dan testimonio del aporte que orgullosa y responsablemente hemos procurado ofrecer a la comunidad científica –siempre en pos de la efectiva protección de los derechos humanos– en estos seis años de intensa labor editorial.

GEORGINA ALEJANDRA GUARDATTI

Mendoza, diciembre de 2016

Dossier

Menores refugiados no acompañados en México: ¿cómo proteger sus derechos y principios en caso de detención?

Sergio Alejandro Rea Granados

Doctorando, Universidad de Chile (Chile).

Maestría en Derecho Internacional Público, Universidad de Melbourne (Australia).

Licenciado en Derecho, Universidad Iberoamericana (México).

Resumen: Este artículo tiene como objeto identificar y conocer las normas jurídicas internacionales y mexicanas acerca de los menores no acompañados solicitantes de asilo que se encuentran o transitan por México. Además, busca conocer la actual implementación, la cual implica la detención de estos menores de edad y si esta acción gubernamental se encuentra de conformidad con los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos y derecho de las niñas y niños.

Palabras clave: Menores no acompañados; Solicitantes de asilo; Aseguramiento de menores en estaciones migratorias; Interés superior del niño.

Abstract: This article aims to identify and understand the international legal norms and Mexican domestic laws regarding unaccompanied minors asylum seekers who are staying or moving through Mexico. Furthermore, it tries to understand the current implementation of the practice of arresting those minors and to question whether this practice is according with the main international treaties on human rights and child protection.

Keywords: Unaccompanied minors; Asylum seekers; Detention of minors; Superior interest of the child.

Artículo recibido: 28/10/2015 Aceptado: 24/08/2016

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. Situación actual de menores refugiados en México**
- 3. Marco Legal**
- 4. Análisis de la detención de menores no acompañados solicitantes de asilo conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño**
- 5. Conclusión**
- 6. Bibliografía**

1. Introducción

En la actualidad se observan críticos flujos migratorios en diversos países y regiones, los cuales comprenden a miles de migrantes, solicitantes de asilo, refugiados, víctimas de trata de personas, entre otros (OIM, 2009, 1). Es sabido que las personas deciden migrar por diferentes razones: ya sea a causa de la pobreza, por mejorar las condiciones laborales o la calidad de vida, por motivos de reunificación familiar, por persecución económica y/o política, o por riesgos a la vida, la libertad y la seguridad personal causada por situaciones objetivas en el país de origen (OIM, 2004, 2). En lo que respecta a los últimos motivos dentro de los flujos de migrantes, resultan ser las causales más preocupantes debido a la situación vulnerable en la que se encuentran en comparación de otras personas dentro de la movilidad humana. Por un lado, porque sus intereses de migrar de un lugar a otro no son voluntarios sino porque se han visto forzados a hacerlo, por otro lado, porque en caso de regresar a sus países de origen se verían seriamente amenazados en cuanto a sus derechos esenciales.

Más preocupante es aun cuando dentro de este grupo de personas se encuentran los menores de edad, quienes son doblemente vulnerables por la condición que impone su grado de desarrollo y la situación de indefensión y fragilidad. Con mayor razón exceden en vulnerabilidad los menores de edad no acompañados quienes se encuentran separados de ambos padres y no están bajo el cuidado de ningún adulto que por ley o costumbre esté a su cargo.

Si bien las motivaciones que impulsan a estos menores a emigrar

de sus países de origen pueden ser muy variadas, resaltan aquellos motivos como la persecución por su condición, riesgos a su vida, libertad y seguridad como consecuencia de conflictos armados, graves disturbios del orden público o graves violaciones a sus derechos humanos. Es sobre esta población de menores migrantes no acompañados sobre la que, sólo en años muy recientes, la comunidad internacional ha centrado mayor atención. Y también lo ha hecho México, al advertir las dificultades y peligros a que estos menores están expuestos al transitar por o encontrarse temporalmente en el país.

Ante tal circunstancia, este artículo tiene como objeto analizar la actual política migratoria aplicada por las autoridades mexicanas acerca en la detención y estadía de menores no acompañados y solicitantes de asilo. Esto debido a que esta población en particular se encuentra protegida por los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, principalmente de aquellos señalados por la Convención sobre Derechos del Niño y la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

2. Situación actual de menores refugiados en México

México, debido a su proximidad con los Estados Unidos de América, es uno de los lugares en que el fenómeno de la migración humana reviste mayor complejidad por ser considerado uno de los corredores migratorios de mayor flujo mundial por su frontera sur con Centroamérica y al norte con Estados Unidos (World Bank, 2011, 5). En efecto, ya el simple hecho de contar con una extensa frontera con los Estados Unidos hace a México un lugar de origen, tránsito y destino de migrantes; y últimamente, y en lo que atañe al objeto de nuestra propuesta de investigación, el centro de una ola de migrantes menores de edad no acompañados. Por lo tanto, la dimensión que tiene este fenómeno hace que México sea, dentro del continente americano, el país que refleja de forma más clara el carácter diverso de las diferentes facetas de la migración internacional (CIDH, 2013). Por lo tanto, los problemas migratorios se agravan en países como México y Estados Unidos, donde las políticas centradas en el control de la migración cobran prioridad sobre los derechos humanos.

En los últimos años se ha detectado que, en el caso de menores de edad procedentes de Centroamérica y que atraviesan México y cuya intención, principalmente es llegar a los Estados Unidos, no todos califican como merecedores de la condición de refugiado; pero que, debido a su condición y la situación objetiva del país de origen, sí podrían recibir otra clase de protección o regularización (CIDEHUM, 2012, 5). Cabe señalar que muchos de ellos ingresan al territorio mexicano de manera irregular o se encuentran sin autorización de residencia, pues muchas veces viajan sin la documentación requerida; y, además, en muchas otras se involucran con traficantes y tratantes de personas (ACNUR, 2011, 1). Debido a esta situación, muchos de los menores de edad prefieren no ser detectados por las autoridades locales, lo cual conlleva que se encuentren altamente expuestos a ser víctimas de delitos diversos y a violaciones a sus derechos humanos (CIDH, 2013, 43).

Aunado a ello, un menor no acompañado es, aún más, vulnerable a las violaciones de sus derechos, porque, en virtud de su condición misma, en la mayoría de los casos no tienen autoridad legal para tomar decisiones en situaciones que pueden tener consecuencias graves para su bienestar.

Las razones para que un menor esté en situación de no acompañado son variadas y numerosas, sin embargo, entre ellas figuran: la persecución del menor o de sus padres, un conflicto internacional o una guerra civil, la trata en diversos contextos y manifestaciones, sin olvidar la venta por los padres y la búsqueda de mejores oportunidades económicas, entre otras (CDN, 2005, 5).

Aunque en la actualidad se habla de menores no acompañados que abarca a todos aquellos dentro de la movilidad humana, para este trabajo resalta la importancia de los menores solicitantes de asilo y refugiados en los flujos migratorios mixtos debido a los principios jurídicos internacionales establecidos en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967. Algunos de ellos son el principio de no devolución, no discriminación y no sanción por entrada irregular. No obstante, también, es relevante resaltar la importancia que tienen los otros menores migrantes quienes también son una población vulnerable a las violaciones de sus derechos humanos, pero que merece un estudio particular.

3. Marco Legal

Actualmente, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1° reconoce expresamente a los derechos humanos en su texto legal, con lo cual les confiere jerarquía constitucional y mayor fuerza obligatoria en el ámbito legal¹. Esta consagración constitucional sin duda robustece el sistema de protección de los derechos humanos, porque obliga a los Estados a tomar las medidas internas e internacionales que sean necesarias para que los tratados que ha firmado en la materia se apliquen cabalmente.

Siguiendo con esta tendencia a favor de los derechos humanos y su compromiso con el fortalecimiento de la protección internacional de los mismos, México también ha suscrito y ratificado diversos instrumentos internacionales sectoriales en el área, entre ellos: la Convención de los Derechos del Niño, ratificada en 1991, su Protocolo Facultativo, ratificada en 2002, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, su Protocolo de 1967, ambos ratificados en 2000 y, de igual forma, incorporó

1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Párrafo reformado y publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de junio de 2011.

la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984, en su legislación interna; todos ellos con la finalidad de brindar mayor protección a la persona humana y fortalecer la figura del asilo.

En esa misma perspectiva de adopción favorable y progresiva del derecho internacional de los derechos humanos, el Estado debe adoptar las medidas apropiadas, incluyendo las de carácter legislativo que sean necesarias para adecuar el ordenamiento interno al espíritu, sentido y alcance de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos para que estos se hallen acorde y sin contradicción alguna con el objeto de las obligaciones internacionales (Carbonell, 2011, 78)². En este sentido, México ha estado dando una serie de importantes pasos legislativos para adecuar su legislación interna a las obligaciones internacionales emanadas de los tratados antes referidos, como la Ley de Migración, Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria y la Ley

2 De acuerdo con Miguel Carbonell, este tema nos lleva al muy debatido y analizado tema de la armonización legislativa, es decir, al deber de la Federación y las entidades federativas de hacer compatible lo que expresan las normas internas respecto de lo que señalan los tratados internacionales... A partir de lo que se ha dicho podemos afirmar que los poderes legislativos, en términos de lo que señala el nuevo párrafo tercero del artículo 1º constitucional, también están obligados a hacer su parte en la tarea de garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales, generando el marco normativo para que ello sea posible. Y eso incluye a todos los poderes legislativos, tanto al federal como al de las entidades federativas (incluso a los municipios a través del ejercicio de las facultades de creación de reglamentos). Artículo 20 1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados parte garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

General de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes cuyo proyecto también contiene disposiciones en favor de los menores migrantes no acompañados, incluyendo a los refugiados, al contemplar garantías tales como establecer sistemas de protección tanto a nivel federal como estatal, contar con espacios dignos de tránsito durante su estancia en el país, la obligación de otorgarles tres comidas, contar con espacios dignos y accesibles para el ejercicio de sus derechos, así como brindarles asistencia médica, psicológica y jurídica.

Sin embargo, a pesar de los avances legislativos, aún subsisten puntos de relevancia en que mejorar sobre todo en la implementación de estas medidas. En efecto, la ley en temas de derechos de los menores no acompañados presenta algunas cláusulas y deja al descubierto ciertas lagunas que parecen limitar o incluso contradecir algunos de sus postulados, especialmente en lo relativo a derechos y garantías claves en el contexto de la migración irregular de niños, niñas y adolescentes (Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba, 2012). Un ejemplo de esto es la práctica generalizada de las autoridades migratorias en el control migratorio de menores no acompañados, sobre todo en el caso de adolescentes, quienes transitan o permanecen en el territorio mexicano de manera irregular y que solicitan la condición de refugiado. En este ejemplo, ya sea por desconocimiento u otros motivos aún menos justificables, la autoridad migratoria de México normalmente emplea la figura del aseguramiento de estos menores mediante su alojamiento en las estaciones migratorias, en tanto se resuelve la solicitud de la condición de refugiado.

Sobre este asunto, el artículo 112 de la ley migratoria señala que cuando un menor no acompañado sea puesto a disposición del Instituto Nacional de Migración, éste deberá respetar sus derechos humanos y, entre ellos, el derecho a solicitar asilo, y mientras penda la resolución de su solicitud. De tal forma que, la niña, niño o adolescente no acompañado deberá ser canalizado de manera inmediata a la institución pública mexicana de asistencia social que se enfoca a desarrollar el bienestar de las familias mexicanas, llamada Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (en adelante “DIF”).

Además, este artículo señala que sólo de manera excepcional los

menores de edad podrán ser alojados en las estaciones migratorias, y en su caso deberá asignárseles en dicha estación un espacio específico para su estadía distinto al de alojamiento de adultos; y donde también tendrán acceso al ejercicio de sus derechos humanos.

De acuerdo a esa disposición legal, los menores en la situación descrita deberían ser canalizados inmediatamente a los albergues de la autoridad mexicana encargada, el DIF, quienes deberán gestionar conforme a los principios y buenas prácticas el alojamiento de menores de edad. Es decir, contar con lugares aptos para el tránsito y desarrollo integral de esta población respetando y garantizando el ejercicio pleno de sus derechos humanos.

A pesar de esta obligación legal, en la práctica, puede observarse que en las dos principales estaciones migratorias de México se encuentran asegurados la mayoría de los menores no acompañados y solicitantes de asilo. De acuerdo con el Instituto Nacional de Migración en el 2012 fueron asegurado 6.107 menores de edad, registrándose en ese año 206 menores no acompañados.

Sobre la práctica del aseguramiento de menores de edad podría considerarse contraria al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional de los refugiados debido a las siguientes razones:

En primer lugar, el aseguramiento de menores no acompañados debe ser una excepción a la regla y no una generalidad. Esto es contrario a la Convención sobre Derechos del Niño y a la legislación nacional. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH") ha señalado que el uso automático de la detención migratoria resulta contrario al umbral de protección del derecho a la libertad personal y al hecho de que tal detención debe ser una medida excepcional de último recurso (CIDH, 2013, 191).

Segundo, el lugar donde se lleva a cabo el aseguramiento debe ser apto para el desarrollo integral de sus derechos humanos. Por ello, Naciones Unidas ha señalado que es toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública (AG, 1990,2).

Ahora bien, sobre menores solicitantes de asilo, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante “ACNUR”) ha señalado que los menores solicitantes de la condición de refugiado no deben ser detenidos por cuestiones de su estancia irregular, por lo tanto, no se les debe privar de su libertad (ACNUR, 1999,6). Si bien es cierto que la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados no señala expresamente sobre la detención de menores de edad, esta práctica no debería aplicarse a los menores solicitantes de la condición de refugiado en razón del sentido de la figura del asilo y de conformidad al enfoque de derechos humanos y derechos de la infancia.

4. Análisis de la detención de menores no acompañados solicitantes de asilo conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño

Si bien es cierto que en las actuales estaciones migratorias existe una separación de menores y adultos, también es innegable que el hecho de permanecer asegurados agrava el estado de vulnerabilidad de los primeros. Además, por las razones esgrimidas, esta práctica bien puede estar fuera del margen de la preceptiva constitucional, ya que la Constitución establece la obligación de respetar los derechos humanos, entre los que se encuentran los reconocidos por los instrumentos internacionales de los que México es parte, como la Convención sobre los Derechos del Niño¹, la cual establece principios como el de no discriminación, el de interés superior del niño y el de su derecho a la libertad personal. Todos ellos deben de ser interpretados a la luz de y contextualizados en las situación actual de los solicitantes de asilo menores de edad no acompañados.

Sobre el primero de aquellos principios, el artículo segundo de la Convención prohíbe todo tipo de discriminación y, en consecuencia, esta disposición debe aplicarse imparcialmente a todos los niños, niñas y adolescentes sin exclusión alguna, incluyendo a aquéllos que son requirentes de asilo, desplazados internos y retornados. Además, este principio general de no discriminación se complementa con la obligación específica de los Estados Parte de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los menores de edad solicitantes de asilo reciban la protección y asistencia

necesarias para el disfrute de sus derechos sin discrecionalidad alguna. Por lo tanto, la situación migratoria irregular de un menor no debe ser una excusa para la autoridad de no cumplir con su obligación de respetar los derechos del menor, muy especialmente el derecho a solicitar asilo y el de gozar de su libertad personal. Además, la detención de menores de edad no debe imponerse arbitrariamente de forma discriminatoria, ya que no debe ser en contra de grupos concretos.

En segundo lugar, el artículo tercero de la referida Convención dispone que en todas las medidas que involucren menores deba atenderse siempre el interés superior del niño. Es decir, este principio alcanza tanto a las decisiones que afectan a menores de edad individualmente como a las políticas generales relacionadas con el tema y a las decisiones y actividades que afectan a menores de edad (ACNUR, 2011, 399). Sobre este asunto, la Convención no establece una definición de qué debe entenderse como interés superior del niño y, por lo tanto, el concepto ha quedado abierto a la interpretación y a la aplicación de cada Estado Parte. En este sentido y tomando en consideración el contexto de los menores solicitantes de asilo que no se encuentran acompañados de un adulto que por ley o costumbre le corresponda su guarda, la determinación del interés superior del niño se vuelve aún más compleja. En este caso, el Estado mexicano es el encargado de interpretar y aplicar el alcance del interés superior del niño.

Sin embargo, la correcta interpretación de ese concepto por el Estado mexicano enfrenta varios desafíos. En primer lugar, precisar y justificar la noción del interés superior del niño de acuerdo con los estándares mínimos internacionales en materia de derechos humanos. Y, en segundo término, implementar este concepto en el contexto de la movilidad humana, el cual, por su naturaleza, ha de contemplar circunstancias y necesidades específicas.

Ante este panorama, el Estado mexicano ha hecho esfuerzos para establecer algunas interpretaciones que permitan discernir lo que implica y lo que debe entenderse por este principio. Sin embargo, no basta la sola referencia del interés superior del niño por parte del Estado para justificar una decisión que afecte a un menor, sino que, éste debe ajustarse a las necesidades de protección. Sobre todo cuando se trata

de menores solicitantes de asilo no acompañados quienes requieren una evaluación clara y a fondo sobre su identidad, su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección (CDN, 2005, 9).

En este sentido se puede citar como ejemplo uno de los motivos para la creación del artículo 112 de la Ley de Migración (antes expuesto), mediante el cual el legislador trató de dar una posible salida viable a su obligación internacional referida en este principio en comento, y de tal manera, brindar protección efectiva a los derechos de los menores no acompañados. Sin embargo, cumplir con aquel principio universal de la Convención del Niño difícilmente se agota en ese esfuerzo legislativo, ya que no sólo se limita a esa tarea sino a otras tantas como su interpretación y aplicación, la cual debe ser de acorde con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

En efecto, una correcta interpretación del principio también incluye una interpretación amplia y beneficiosa a favor de la niñez y que, además, abarque la creación de políticas públicas y otras acciones orientadas al desarrollo de una cultura respetuosa de los derechos humanos (Cillero, 1999, 2). De tal forma que el Estado no sólo debe conformarse con la existencia de un precepto legal sino también debe considerar criterios valorativos (Garrido, 2013, 125) que le permitan fortalecer su decisión y cumplir con el sentido amplio de este principio ya que, de faltar este último elemento, no estaría cumpliendo con los estándares de idoneidad y razonabilidad del mismo (Garrido, 2013, 128). En otros términos, para cumplir con este criterio las decisiones del Estado deben ser aptas y capaces para producir determinados efectos jurídicos para proteger la más amplia satisfacción de los derechos contenidos en la Convención de los Derechos del Niño; y, además, se requiere que la decisión sea lo más justa posible en relación con ésta.

Por este principio, el aseguramiento de los menores de edad no acompañados y solicitantes de asilo, como regla general, no corresponde al sentido y fin del principio del interés superior del niño. Como regla excepcional, la Comisión Interamericana ha señalado que la privación de la libertad o la detención migratoria de menores debe aplicarse como último recurso y, además, sólo ha de proceder por un período mínimo necesario

y deberá limitarse a casos estrictamente excepcionales (CIDH, 2008).

Paralelamente, el artículo 37 (b) de la Convención sobre Derechos de los Niños protege la libertad personal de los menores, la cual no es exclusiva de este instrumento internacional, el que es complementario a otras disposiciones internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. No obstante, éste artículo enfatiza los derechos específicos de los menores de edad, tales como prohibir que los niños, niñas y adolescentes puedan ser privados de su libertad de manera ilegal o arbitraria. Además, señala que en el caso de detención, ésta se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

Por otro lado, siendo la finalidad de esta investigación el caso de los menores solicitantes de asilo, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 22 señala que los Estados deben adoptar medidas adecuadas para garantizar que los menores que traten de obtener la condición de refugiado o que fueren ya refugiados reconocidos, sea que se encuentren acompañados o no, recibirán protección y asistencia apropiadas. De conformidad con este precepto, la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria en su artículo 20 señala que durante el procedimiento de asilo, la autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la asistencia institucional de los menores; y, en el caso de aseguramientos en estaciones migratorias, valorará las medidas que mejor le favorezcan, debiendo determinar además el interés superior del niño.

Aunque esta disposición parece estar acorde con los estándares de derechos humanos, también puede observarse que su implementación queda entregada al arbitrio de la autoridad ya que, aún desde su sola redacción legislativa, puede observarse que es una norma potestativa y no imperativa. Por lo tanto, esta medida, no resuelve la obligación contemplada en la Convención del Niño sino, más bien, resulta ser una opción entregada a la autoridad para aplicarla de manera discrecional, cuando lo considere pertinente. Podemos observar la aplicación de esta potestad en detrimento de menores adolescentes quienes, a pesar de ser solicitantes de asilo, no gozan de alternativas a la detención en estaciones migratorias tras encontrar obstáculos por algunos albergues.

Finalmente, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, que no hace distinción por cuestiones de edad y que se aplica a todas personas, en su artículo 31 establece que los Estados no aplicarán a los refugiados otras restricciones de circulación que las necesarias; y que tales condiciones únicamente serán aplicables hasta que se haya regularizado su situación u obtengan admisión en otro país. Aunque esta disposición señala que sólo podrá darse en casos de necesidad, la medida no debería aplicarse de manera directa y general, sobre todo en el caso de menores solicitantes de asilo, respecto a quienes la detención deberá evitarse o limitarse a circunstancias excepcionales. En consecuencia deberían aplicarse medidas sustitutorias o alternativas. En este sentido, el ACNUR se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en contra de la detención de menores solicitantes de asilo y a favor de alternativas a la detención (ACNUR, 1999, 6). Por lo tanto, la existencia de medidas alternativas significa una política de utilización de medidas menos represivas y proporcionadas a la finalidad que es alojar y proteger a los menores no acompañados en espacios adecuados a su condición. Además, implica que, también, pueda utilizarse la detención sólo como medida excepcional. Es decir, una vez que se hayan estudiado las circunstancias de cada caso individual y que debido a ello, amerite la detención como última opción.

Tres de las principales razones en favor de las alternativas a la detención son que respetan y protegen la integridad y libertad de los menores no acompañados. Además, esta situación alienta al desarrollo físico y emocional del menor de edad en espacios adecuados a su condición. Finalmente, éste influye para continuar y terminar el procedimiento de asilo, y no optar por otros procedimientos de regularización migratoria que pudieran ser más ágiles, pero que no contemplan derechos específicos a los refugiados.

5. Conclusión

En los últimos años, la actividad del Estado mexicano ha estado a favor del desarrollo progresivo de los derechos humanos. En esta tendencia siempre se requerirá el diseño e implementación de nuevas políticas y

prácticas respetuosas de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, sobre todo, de aquellos que son solicitantes de asilo.

La detención de menores no acompañados en situación irregular y solicitantes de asilo no debería aplicarse como regla general ya que, como vimos, esta práctica resulta contraria a la Convención sobre Derechos de los Niños, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967. Por lo tanto, el reconocimiento de la especial vulnerabilidad de los niños refugiados no acompañados requiere todos los esfuerzos posibles para asegurar que las decisiones relacionadas con ellos se adopten empleando las mejores prácticas internacionales para garantizar y proteger los derechos de la infancia. Sobre todo para respetar y garantizar derechos básicos como el interés superior del niño, la no discriminación y el derecho a la libertad de circulación de cada individuo. En este sentido, claramente, se deberían considerar alternativas a la detención de un solicitante menor no acompañado y fijar criterios claros y accesibles que posibiliten su acceso hasta que se determine la condición de refugiado.

6. Bibliografía

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). 2011.

La protección de los refugiados y la migración mixta: El Plan de los 10 Puntos en acción, Ginebra, ACNUR.

ACNUR. 2009. Directrices de Protección Internacional No. 8: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, ACNUR.

ACNUR. 1999. Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo, Ginebra, ACNUR.

ACNUR. 1997. Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo, ACNUR.

ACNUR. 2008. Manual del ACNUR para la Protección de Mujeres y Niñas, ACNUR.

ACNUR. 2003. Directrices sobre protección internacional no. 4: La "alter-

- nativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, ACNUR.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. 2000. Migración Internacional y Desarrollo. Resolución A/RES/54/21.
- Carbonell, Miguel. 2011. “Las obligaciones del Estado en el artículo 1° de la Constitución Mexicana”, La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.
- Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdoba y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús. 2012. Los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala, Tapachula.
- Centro Internacional para los Derechos Humanos de los Migrantes (CI-DEHUM). 2012. Diagnóstico: Desplazamiento forzado y necesidades de protección generados por nuevas formas de violencia y criminalidad en Centroamérica. ACNUR.
- Cillero Bruñol, Miguel. 1999. “El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre derechos del niño”, Justicia y Derechos del Niño, No. 1, Santiago.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2008. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas. Documento aprobado por la Comisión en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, Principio III.
- Coalición Internacional contra la Detención. 2013. Dignidad sin excepción: hacia la construcción e implementación de alternativas a la detención migratoria en México, México.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2013. Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, OEA/Ser. I/V/II.
- Comité de Derechos del Niño. 2005. Observación General n° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. CRC/GC/2005/6.

- Comité de los Derechos del Niño, 2009, Observación General No. 12: El derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.
- Convención sobre Derechos del Niño.
- Instituto Nacional de Migración, ¿Qué es el INM?, disponible en <http://www.inm.gob.mx/index.php/page/Que_es_el_INM>
- Garrido Álvarez, Ricardo. 2013. "El interés superior del niño en el razonamiento jurídico", Anuario de Filosofía del Derecho, No. 7, UNAM.
- Lara Ponte, Rodolfo. 1993. Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México.
- Ley de Migración.
- Ley General de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria.
- Naciones Unidas, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, resolución 45/113, 14 de diciembre de 1990, párr. 30.
- Protocolo de 1967 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990.
- Save the Children y ACNUR. 2004. Declaración de Buenas Prácticas, 4ª edición.

Los derechos de las niñas y niños huérfanos por situación de violencia: víctimas de la guerra en la frontera norte de México

Jesús Raúl Gutiérrez Amparán

Licenciado en Trabajo Social, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez (México).
Maestría en Derechos Humanos, Universidad Autónoma de San Luis Potosí (México).

Resumen: La situación de inseguridad y violencia que se vive en México, incrementada después de la declaración de guerra del gobierno federal en contra del crimen organizado, ha desatado una serie de violaciones a los derechos humanos en general. Se vive una situación alarmante con respecto a la población infantil, especialmente desde dos ámbitos: niñas y niños perdiendo derechos fundamentales como el de la vida en medio de esta guerra, y el abandono político y social de las y los niños huérfanos por situación de violencia. Esta situación contrarresta los esfuerzos de diversos pronunciamientos internacionales con respecto a salvaguardar los derechos de la infancia.

Palabras clave: Derechos humanos; Infancia; Violencia; Orfandad; Frontera norte.

Abstract: The situation of insecurity and violence existing in Mexico increased after the war declaration done by the federal government against organized crime. This has sparked a series of violations of human rights in general. An alarming situation exists with respect to children, especially from two areas: on the one hand, children losing fundamental rights, such as life, in the middle of this war; on the other hand, orphan children due to this violent situation are politically and socially abandoned. This scenario counteracts various international pronouncements with respect to safeguarding the rights of children.

Keywords: Human rights; Childhood; Violence; Orphanhood; Northern border.

Sumario

1. Introducción
2. La niñez dentro del contexto del derecho internacional de los derechos humanos
3. Vulneración de la infancia mexicana como efecto de “la guerra contra el narcotráfico”
4. Derechos de la infancia violentados por la situación de inseguridad en México y sus contrastes con la jurisdicción internacional y nacional
5. Conclusiones: ¿estamos destinados a repetir la historia una vez que nuestra infancia pase a la adultez?
6. Bibliografía

1. Introducción

El presente documento es un análisis de la situación de violación y vulneración de los derechos de las niñas y niños huérfanos víctimas de violencia en el Estado de Chihuahua, México, especialmente en la ciudad fronteriza de Juárez, una de las localidades mayormente afectadas por la “guerra contra el narcotráfico” dictada por el entonces Presidente de la República, Felipe Calderón. En el año 2008 se incrementa la violencia urbana en la localidad, afectando a miles de familias quienes perdieron seres queridos víctimas de las balaceras en la vía pública, masacres, desapariciones forzadas y fosas clandestinas. La infancia chihuahuense se torna de tristeza al no ser visibilizadas las problemáticas sociales que se desprenden de esta crisis de seguridad, siendo limitados los recursos monetarios y sociales para la intervención con esta población por parte del Estado y la sociedad civil.

Para Carbonell (2004), Ferrajolli describe los derechos como “las leyes del más débil” (p. 899), acotadas a nuestro contexto como las víctimas de las situaciones de ejecuciones, extorciones, robos, secuestros, etc., que se convirtieron en un gran monstruo que absorbió la seguridad, llenando de miedo y terror a la población, debilitando tanto las redes ciudadanas como al propio Estado. Si bien es cierto que todos fuimos vulnerados,

por su composición física y psicológica, los menores siempre fueron los más frágiles, especialmente ante el peligro de normalizar la violencia en nuestra sociedad, ya que puede tender a reproducirse por ellos mismos.

Este documento comienza con una breve descripción de los tratados internacionales que se dirigen directa e indirectamente a la protección de los derechos de las y los niños. Después, se hace mención sobre los tratados ratificados por México y las leyes hechas para la protección de la infancia. El siguiente punto analizado es la situación de violencia que se presentó en nuestro país a partir de la declaración de la guerra contra el crimen organizado, impactando de mayor manera en el Estado de Chihuahua, especialmente a la Ciudad Juárez. Y, antes de las conclusiones, se menciona específicamente algunos artículos que destinados a la protección de los derechos vulnerados de las y los niños huérfanos de la violencia.

2. La niñez dentro del contexto del derecho internacional de los derechos humanos

Durante los últimos años, el ámbito internacional se ha comenzado a preocupar un poco más por la cuestión de la protección a los derechos de las y los niños. A través de convenciones, pactos y tratados se ha acordado trabajar de manera conjunta para salvaguardar la integridad y seguridad de las y los menores. La Declaración de los Derechos del Niño surge el 20 de noviembre de 1959, pocos años después de la Declaración de los Derechos Humanos, en 1948. La Declaración de los Derechos del Niño se compone por 10 principios, teniendo como objetivo el desarrollo integral del menor, a través del reconocimiento de diversos derechos como: igualdad, alimentación, actividades recreativas, educación gratuita, nacionalidad, entre muchos otros.

No es hasta 30 años después cuando se lleva a cabo la Convención Internacional sobre los Derechos del niño, haciendo obligatoria la ejecución de los 54 artículos que la componen, consolidando a los Estados Parte como los principales promotores y protectores de manera local. Mary Bellof (2006), académica argentina, menciona de una manera muy clara la diferencia entre la Declaración de 1959 y la Convención de 1989:

La Convención Internacional...no es una Declaración como la firmada en 1959, que era una formulación de principios acerca de cómo el mundo de la posguerra se proponía a tratar a los niños. La Convención, en cambio, es un contrato en que toda la humanidad internacional - con excepción de Estados Unidos y Somalia - se ha puesto de acuerdo sobre el estándar mínimo de tratamiento de la infancia, y se obliga a respetarlo, de modo que cuando un país no cumple con el tratado, puede ser responsabilizado y sancionado internacionalmente por ello” (p. 92).

De esta manera, para Bellof, la Convención considera al niño como sujeto y titular de los derechos, tanto de los que nos conciernen a todas las personas por la cualidad de ser humanos, como los específicos a su condición de niño/a. Para la investigadora jurídica mexicana, Rosa María Álvarez (2003), esta convención “abarca la totalidad de los derechos humanos de los niños [...] provisión, participación y protección” (p. 82). De esta manera, se les provisionan derechos a las y los niños, no solo de manera interna en su país, sino que se cuenta con una jurisdicción internacional, tienen derecho a participar en las decisiones con respecto a su vida y son protegidos ante diferentes organismos del Estado y sociedad civil.

Nelia Bojórquez (2003) menciona la repercusión en materia de reconocimiento a la niñez que tuvo la Convención sobre los Derechos del Niño,

... cambia básicamente la relación entre el Estado y la niñez, así como la relación de los niños y niñas con los adultos. Los niños y las niñas dejan de ser vistos como propiedad de los adultos y empiezan a ser considerados como sujetos de derechos (p. 93).

Por lo tanto, el Estado tiene la responsabilidad de generar medidas para la protección de la integridad de los menores, así como formular alternativas para el respeto de sus derechos. González Espinoza (2006), especialista en derechos humanos, menciona que el origen de la responsabilidad del Estado recae no sólo en los actos a favor de los derechos del niño/niña, sino también en las omisiones de cualquiera de los poderes que

viole lo pactado ante la Convención. Para los organismos internacionales, no bastó la ratificación de los Estados Parte en la Convención sobre los Derechos del Niño (México ratifica en el año 1990), sino que le fue necesario implementar un Comité de los Derechos del Niño, el cual tiene como objetivo supervisar la aplicación de los artículos pactados en la Convención por sus Estados Parte. El Comité se integra por expertos independientes que también supervisan los dos protocolos facultativos (participación de los niños en conflictos armados y venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía)¹. El protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación de las y los niños en los conflictos armados, que entra en vigor en el año 2002, tiene como objetivo evitar la participación de las y los menores en los conflictos armados.

La Red por los Derechos de la Infancia en México (2011), durante su informe alternativo sobre el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la participación en conflictos armados, caracteriza a los conflictos armados no internacionales con las siguientes cualidades: grupos armados no pertenecientes al gobierno que luchan entre ellos o contra el Estado, tienen una organización colectiva y pueden ejercer control mínimo en un territorio (p.23). Como lo menciona Bojórquez (2003), la Convención de los Derechos del Niño les da un reconociendo e importancia humanamente y los visualiza ante las acciones de invisibilización en cuestión de derechos por parte de los adultos. Con estas acciones, es claro que las y los niños no solo están protegidos bajo los artículos de la Convención de los Derechos del Niño, sino también bajo los artículos pronunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, promulgados en 1966 y entrando en vigor el 3 de enero de 1977.

Adentrándonos al continente americano, en 1948 se crea la Organización de los Estados Americanos, cuyo objetivo se adscribe en el artículo 1: lograr en sus Estados Miembro un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, defender su soberanía, su integridad territorial y su inde-

1 Comité de los Derechos del Niño <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>

pendencia. Actualmente la constituyen 35 países². Para el objeto de este análisis, se utilizará la Convención Americana sobre Derechos Humanos, creada en 1969, también conocida como el Pacto San José, así como el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o también llamado Protocolo de San Salvador, en donde en su artículo 16 se dirige especialmente a los derechos de la niñez. Por último, dentro de este ámbito más general, se encuentra el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo, congregado en 1999 y titulado como “Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación”.

México ha sido partícipe en los diferentes convenios, pactos y convenciones para ratificar su contribución con el mejoramiento en la protección de los derechos de las y los niños. Tal vez sus acciones no han logrado los resultados de acuerdo a los objetivos planteados, y claro está al ver las condiciones en que vive la mayoría de la niñez en nuestro país. Con respecto a su participación en las ratificaciones, se encuentran los siguientes de manera cronológica: el 3 de febrero de 1981 ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual entró en vigor a partir del 18 de julio de 1978 para los Estados Parte que la firmaron³. El 23 de marzo de 1981, México de agrega al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado el 16 de diciembre de 1966⁴. Luego, el 21 de septiembre de 1990 se ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1988⁵. El Protocolo de San Salvador es ratificado el 3 de agosto de 1996⁶. El Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo se crea en 1999, y se ratifica por México el 30 de junio de 2000⁷.

2 Organización de los Estados Americanos <http://www.oas.org/es>

3 Organización de los Estados Americanos.

4 <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D50.pdf>

5 UNICEF

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

7 Organización Internacional del Trabajo.

Por último, el Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación en conflictos armados, se firma por México el 7 de septiembre de 2000, el cual había sido adaptado en la convención el 17 de noviembre de 1988.

Aparte de ser partícipe en estos tratados internacionales, México cuenta con sus propias normas jurídicas que, ya sea de manera directa o indirecta, se encargan de la protección de los derechos de las y los niños, tal es el caso de la Constitución Política Mexicana, en sus artículos primero, segundo, cuarto y sexto que se abordarán más adelante. El 29 de mayo de 2000 se publica la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, por el ex presidente Ernesto Zedillo y, un año previo, el 6 de enero de 1999 se publica la Ley del Instituto Mexicano de la Juventud con el fin de desarrollar políticas socioculturales dirigidas a la población de 12 a 29 años⁸. Ante el contexto actual de violencia que se vive en todo el país, el 9 de enero de 2013 se publica la Ley General de Víctimas teniendo como objetivo velar por la protección de las víctimas del delito y de violaciones de derechos humanos, así como brindar ayuda y reparación integral⁹.

3. Vulneración de la infancia mexicana como efecto de “la guerra contra el narcotráfico”

La violencia surgida en los últimos años en México ha tenido como resultado un clima de inseguridad, miedo y violaciones a los derechos humanos en gran parte de su población. Ante esto, Valeria Geremia (2011), especialista en justicia juvenil, menciona que:

... en México existe un clima de violencia generalizada; donde balas perdidas, fuego cruzado en zonas cercanas a escuelas, ataques directos, masacres juveniles, hacen que la paz y tranquilidad necesaria, para el desarrollo adecuado de niños y niñas se vea afectada, haciendo crecer el temor por su seguridad (p. 7).

8 Ley del Instituto Mexicano de la Juventud, artículo segundo.

9 Ley de Víctimas, artículo, parte I.

El gobierno no cuenta con datos precisos sobre la cantidad de niñas y niños heridos o víctimas de situaciones de violencia. Se estima que de diciembre del 2006 a octubre de 2010, 994 niños y niñas han perdido la vida en la llamada guerra contra la delincuencia organizada (p.25), misma que sigue en manos del actual Presidente de la República, Enrique Peña Nieto.

Aunque la violencia se ha extendido por la mayoría de las zonas de nuestro país, el noreste ha sido particularmente quienes han vivido más el clima de inseguridad y miedo. Chihuahua, estado con la extensión territorial mayor del país, cuenta con una población de 3, 406,465 habitantes, de las cuales el 34.5% tienen edades de los 0 a 17 años¹⁰. Cuenta con 67 municipios, siendo la Ciudad de Chihuahua la capital, y la fronteriza con Estados Unidos, Ciudad Juárez, la de mayor población en el Estado con 1.332.131 habitantes, según datos del INEGI 2010. El estado cuenta con grandes atrasos socioeconómicos, su ubicación geográfica y niveles de pobreza fueron definitivamente factores para que se desarrollara una de las más grandes guerras entre cárteles del narcotráfico. Estadísticas del CONEVAL¹¹ (2010) indican que el 6.6% de la población en el estado vive en condiciones de pobreza extrema, el 32.6% en pobreza moderada, dando un total de 39.2% en pobreza, 23.5% vulneración por carencias sociales, el 12.6% vulnerables por ingreso y únicamente el 24.6% se encuentra fuera de estos grupos.

Cerca del 10% de los jóvenes de edades entre los 12 a 17 años no estudian ni trabajan, siendo vulnerables a caer en manos de la delincuencia organizada para ser reclutados y trabajar para los cárteles de las drogas. Datos de la Secretaría de Gobernación indican que de enero de 2008 a julio de 2014, en Chihuahua se han cometido 16.274 homicidios dolosos, variando la tasa por cada 100 mil habitantes de 18.3 en el año 2007, incrementándose a 59.2 en el 2008, y llegando a su punto máximo en 2010 con 110.7. Este último año, el más violento en las últimas décadas en el Estado, se reportó una tasa de mortalidad por homicidio de 6.0 en niños de 0 a 4 años, y de 74.9 en adolescentes de 15 a 17 años, o lo que

10 Censo de Población y Vivienda 2010.

11 Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social.

equivale a 144 jóvenes asesinados¹². Ambas cifras rebasan por mucho las medias nacionales, ya que las muertes por homicidio en niños de 0 a 4 años en el 2010 es una tasa de 2.4, y de jóvenes de 15 a 17 años de 10.7

Según datos del Observatorio de Seguridad y Convivencias Ciudadanas del Municipio de Ciudad Juárez, del año 2008 al 2013, se cometieron poco más de 10.000 asesinatos, lo que indica que tan sólo en esta ciudad fronteriza se cometió poco más del 60% de homicidios de todo el Estado. Esta localidad ha sido la más golpeada por la ola de violencia que surge a través de la guerra declarada por el poder federal a los cárteles de la droga, en donde la población fue la que resulto con las mayores heridas físicas, psicológicas y sociales. Monárrez Fragoso (2010), investigadora social y especialista en feminicidios, hace una reflexión muy interesante sobre el proceso de inseguridad que se vive en esta ciudad:

La importancia creciente de la inseguridad que se experimenta en Ciudad Juárez es un reflejo de las conductas criminales y delictivas que priman en distintas partes del terreno nacional [...] Este es un problema que alcanza proporciones internacionales con referencia a los asesinatos de mujeres (feminicidios) y a la ejecución de hombres ligados al narcotráfico. Sin embargo, estos hechos no son los únicos que acontecen en esta ciudad fronteriza. Existen otros delitos que quizá pasen desapercibidos, o no convoquen a una reflexión y análisis para su prevención, tratamiento y erradicación, pero que son acontecimientos en donde está presente la violencia, y por consiguiente, la inseguridad pública y la ausencia de una vida digna para esta comunidad (p. 473).

Como lo indica Monárrez, Ciudad Juárez se convierte en un lugar vulnerable para mantener una vida digna para cualquiera de sus habitantes, pero especialmente para la niñez quienes ante su etapa de desarrollo crecen con miedo ante los hechos que suceden en sus comunidades. Monárrez, Flores y García (2010), identifican algunas características que la ciudad posee para ser un territorio violento e inseguro:

12 Dirección General de información en salud. Secretaría de salud.

... dadas las transformaciones que acontecieron en la ciudad-el proceso de industrialización en los años sesenta, el incremento de la pobreza urbana, las corrientes migratorias y la guerra entre los diferentes cárteles de la droga en los años noventa...(p. 68).

Esto quiere decir que la violencia no surgió de un día para otro, sino que esta se basa en cuestiones estructurales que por años fueron desatendidas con políticas de abandono.

Como se ha dicho anteriormente, todo este clima de inseguridad disminuye la calidad de vida de sus habitantes, generando miedo, incertidumbre, impunidad y problemas psicológicos. Monárrez (2010) menciona que:

... el narcotráfico y el crimen organizado- lavado de dinero, extorsión por intimidación, tráfico de personas y mercancía-, así como el robo de automóviles, afectan negativamente el desarrollo social de la comunidad y tienen efectos devastadores en la vida humana (p. 348).

A esto se le agrega el incremento de robo a casas, robo a transeúntes, robo de autos con violencia y secuestros, actividades que se desembocaron en todo el estado a falta de un control de seguridad por parte del Estado.

Las situaciones de violencia le han robado la seguridad ciudadana al estado de Chihuahua, al igual que muchas partes del país, considerando esta seguridad como algo:

... más allá de una vida libre de violencia y que lleva implícita el desarrollo de las naciones que respetan y garantizan otros derechos de la ciudadanía [...] derechos civiles, económicos, políticos y reproductivos de las mujeres y los hombres” (Monárrez, 2010, 475).

La autora afirma que hay un gran reto que esta población tiene, no solo para el gobierno, sino para la comunidad entera:

... la violencia y la inseguridad pública no solo atañe a quienes han sido víctimas, tampoco sólo a los responsables de prevenirla,

erradicarla, penalizarla y sancionarla, también corresponde a la ciudadanía que es o puede ser víctima de tales prácticas que lesionan el buen vivir en sus personas (Monárrez, 2010, 279).

Durante la etapa de violencia comprendida de 2008-2012, la fase más fuerte, muchos niños han quedado huérfanos por perder en este conflicto armado a uno, o en varios casos, a los dos padres. Poco más del 90% de las ejecuciones en el Estado de Chihuahua se dio contra personas del sexo masculino, lo que indica que la mayoría de los huérfanos por situaciones de violencia perdieron al padre. Al mencionar huérfanos por situación de violencia no me refiero únicamente a los menores que perdieron a uno o ambos padres en homicidios por ejecución, sino también a las víctimas de homicidio por robo a casa habitación, robo a automóviles con violencia, asalto, secuestro, robo a transeúntes o por haber estado en el momento erróneo entre balaceras o por asesinato al ser confundidos. Todas estas acciones, aunque en menor presencia, se vivieron en el Estado de Chihuahua durante una de sus mayores crisis de seguridad social.

Hasta la fecha, no se cuenta con datos exactos para determinar el número de huérfanos por situación de violencia, ni en Chihuahua ni en México. Geremia (2011), representante de la Red por la infancia en México proporciona los siguientes datos de la situación de los niños ante la violencia en nuestro país:

Además de la violencia directa, que resulta en la muerte o lesión de los niños y niñas de todo el país, la infancia mexicana está también afectada por el fallecimiento de uno o ambos de sus padres en la guerra del gobierno contra los cárteles de la droga. Estimaciones de la ONG hablan de unos 30 mil huérfanos [La jornada, 25 de julio de 2010], aunque se desconozca el número exacto, ni su paradero, ya que ningún órgano, está contabilizando o atendiendo los casos (p. 28).

A pesar de iniciar un fideicomiso para la atención de niñas y niños víctimas de violencia en el Estado de Chihuahua, no se conoce exactamente el número de huérfanos que ha dejado la guerra contra el narcotráfico

en los últimos años. José Luis Flores, representante de la Red por la Infancia en Ciudad Juárez, menciona que puede haber entre 8 mil y 14 mil huérfanos en el estado¹³, por su parte, la Comisión Estatal de Derechos Humanos habla de 10,000 menores huérfanos por situaciones de violencia¹⁴. El director general de Enlace y Marco Jurídico de la Fiscalía General del Estado de Chihuahua, Fausto Javier Tagle, incrementa la cantidad de huérfanos a 24 mil, mientras que diversas organizaciones civiles advierten que la cifra ronda los 30 mil niños huérfanos en el estado¹⁵.

A pesar de contar con gran número de niñas y niños víctimas por violencia, la Red por la Infancia en México (2010) critica al estado Chihuahuense por ser el único estado de la república en no actualizar la Ley de Protección a los Derechos de la Infancia y Adolescencia después de la reforma constitucional, teniendo una Ley para la Protección y Defensa del menor que no se actualiza desde hace 20 años. El primero de marzo del año 2011 el gobernador del Estado de Chihuahua implementó el fideicomiso para atender a los huérfanos por situación de violencia, llamado Fondo de Atención a Niños y Niñas Hijos de las Víctimas de la Lucha contra el Crimen (FANVI), mismo que se compone de 100 millones de pesos para brindar atención psicológica, asistencia educativa y apoyos alimentarios para las y los menores que perdieron a sus padres en asaltos, ejecuciones, levantones o balaceras. En este fideicomiso participara la Fundación del Empresario Chihuahuense, el gobierno federal (aun sin contribuir con los 100 millones que se comprometió a aportar), el DIF estatal y municipales, así como diferentes instancias de gobierno¹⁶.

13 El diario de Juárez, 27 de abril de 2014.

14 Arranca el fideicomiso para huérfanos en Chihuahua: <http://mexico.cnn.com/nacional/2010/11/23/10000-menores-han-quedado-huerfanos-en-chihuahua-por-la-violencia>

15 Huérfanos por la violencia en Chihuahua viven desamparados: <http://hilodirecto.com.mx/los-huerfanos-de-juarez/>

16 Excélsior digital, consulta del 2 de marzo de 2011.

4. Derechos de la infancia violentados por la situación de inseguridad en México y sus contrastes con la jurisdicción internacional y nacional

Hasta aquí hemos visto el panorama en que se encuentran las niñas y niños huérfanos por situaciones de violencia en Chihuahua; se desarrollan en un clima de inseguridad y miedo que pone en riesgo su integridad e incluso la vida, se cuentan con muy pocos apoyos gubernamentales, y los que existen, como el fideicomiso FANVI, no cuenta con los suficientes recursos para la atención integral de los miles de huérfanos. Pero ahora analizaremos los derechos que han sido violentados todos estos menores, y en donde no ha existido un órgano que los salvaguarde y proteja. El primer derecho fundamental es el derecho a la vida proclamado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), artículo 3: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Pacto de San José (1969), artículo 4: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”; y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), artículo sexto: “Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”.

Dentro del marco nacional, tenemos la Ley para la Protección de las Niñas, Niños y Adolescentes (1999) en su artículo 15: “Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida. Se garantizará en la máxima medida posible su supervivencia y su desarrollo”. Por su parte, la Constitución Mexicana (2014) en su artículo cuarto, párrafo decimo menciona: “Todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos”. Las Naciones Unidas (1999), adopta la concepción de víctima atribuyendo que

... es definida de manera amplia como la persona que individual o colectivamente ha sufrido un daño. El daño puede ser físico, mental, emocional, pérdidas económicas o deterioro sustancial de sus

derechos fundamentales, mediante actos de omisión [...] de las leyes [...] internacionales reconocidas como normas relacionadas con los derechos humanos”.

Por lo tanto, las y los niños huérfanos han sido víctimas del Estado y la sociedad al no garantizárseles su desarrollo integral, ya que están sumergidos en un ambiente de violencia e inseguridad e incluso ha costado la vida de varios menores, como se mostró en datos anteriormente analizados. Por su parte, La Ley de Víctimas (2013) del Estado Mexicano nombra el concepto de víctimas en su artículo cuarto de la siguiente manera:

Se denominaran víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional [...] como consecuencia de la comisión de un delito o violación a sus derechos humanos.

Ante la pérdida que sufren los menores, Varma (2001) menciona lo siguiente: “una pérdida significativa y que no se ha procesado puede consistir por sí misma, el antecedente de la violencia futura, se haya registrado o no el factor abuso” (p. 49). El autor menciona que de no tratarse los traumas en los niños que vivieron alguna situación de violencia, las reacciones pueden ser conductas violentas o agresivas. Estas acciones están lejos de cumplir diversos artículos que están destinados a la protección de la integridad del menor, tales como el Pacto de San Salvador, artículo quinto: “Toda persona tiene derecho a que se le respete su integridad física, psíquica y moral”, o el artículo 16 de la Convención de los Derechos del Niño:

Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias, o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

El Estado no solo falta a resguardar y proteger los derechos de las y los niños huérfanos por situaciones de violencia, sino que tampoco ejecuta las suficientes medidas para contrarrestar los efectos que resultan por

ser víctimas de estas situaciones, a pesar de lo mencionado en el artículo séptimo de la Ley de Víctimas:

Las víctimas tendrán derecho a [...] solicitar y recibir ayuda, asistencia y atención de forma oportuna, rápida, equitativa, gratuita y efectiva por personal autorizado en atención al daño sufrido desde la comisión del hecho victimizante.

Para Ved Varma (2001),

... la intervención inmediata para apaciguar y refrenar los sentimientos y salvar la situación pueden ser muy útil y contribuir a que disminuya el número de problemas (como sería el trastorno de la tensión postraumática), que podrían presentarse en el futuro (p. 191).

Otras jurisdicciones donde podemos encontrar la obligación del Estado a salvaguardar la integridad de los niños están en la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en su artículo 14 que habla de las políticas públicas que se deben ejercer para mejorar las condiciones de vida de los menores, el artículo 19 que trata el derecho al crecimiento sano, tanto físico como mental y el artículo 49, en donde se debe promover la participación de diferentes sectores civiles para realizar acciones a favor de la niñez. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece en su artículo 24 la implementación de acciones para reducir la mortalidad infantil, así como el artículo 27 que menciona el nivel de vida adecuado que debe llevar el menor y el 39 que promueve medidas para la recuperación del menor que ha sido víctima de violencia.

Durante la crisis de seguridad vivida en el Estado de Chihuahua, los medios de comunicación utilizaron las noticias amarillistas para generar mayor interés entre los espectadores. La televisión en general, se inclina actualmente hacia un contenido de violencia y poca restricción han tenido los menores a este tipo de programas. Los noticieros locales de la entidad federativa se llenaban con imágenes de personas asesinadas, sin tener un poco de sensibilidad ante las reacciones de la población. Los niños fueron

observadores de este tipo de contenido sin control, a lo que Varma (2010) menciona lo siguiente: “En absoluto ignoramos que la televisión puede cautivar, excitar y estimular a los niños” (p.159), y por lo regular los padres no ejercen un control sobre lo que ven los menores o, en palabras de Varma, desconocen las consecuencias.

Hay fundamentaciones jurídicas que protegen a los menores de este tipo de programas, pero que no han sido ejercidas correctamente. Tenemos a la Declaración sobre los Derechos del Niño en su artículo 17, menciona la protección al niño sobre información y material perjudicial para su bienestar, la Constitución Mexicana en su artículo sexto, apartado A II, se dirige a la protección de los datos personales, enfoquémoslo hacia la participación de menores en actos delictivos o víctimas de actos de violencia y su protección de datos personales ante los medios de comunicación. También La ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes menciona en su artículo 43 de restricciones sobre la información o publicaciones que perjudiquen el bienestar del menor, y por último, La Ley de víctimas en su artículo séptimo, habla sobre el derecho de las víctimas acerca de la información sobre los hechos en donde se les han violado sus derechos humanos.

5. Conclusiones: ¿estamos destinados a repetir la historia una vez que nuestra infancia pase a la adultez?

El tema de las niñas y niños huérfanos por situación de violencia en México es muy triste. Es común que carguen sentimientos de odio, agresión y pensamientos de venganza, aún más cuando fueron observadores de cómo asesinaban a sus padre/madre. Durante el documental “Mataron a mi papá”, creado por periodistas independientes, se hacen entrevistas a menores que quedaron huérfanos al perder a uno o ambos padres, en su mayoría por ejecuciones. Relatos como los siguientes, muestran los terribles resultados del abandono del Estado a los derechos de estas víctimas:

Yo fui sicario. Cuando tenía diez años vi como unos hombres mataron a mi padre y a mi madrastra. A mi padre lo apuñalaron, lo

quemaron y le volaron parte de la cabeza. A mi madrastra la quemaron. Mi infancia estuvo llena de odio. Fui muy violento con todos. Quería expresar mi dolor. Cuando tenía 17 años maté por primera vez. Solo buscaba la oportunidad para vengarme¹⁷.

En el Estado son emergentes las acciones de rescate, protección y promoción de los derechos de las niñas y niños huérfanos de la violencia, específicamente enfocadas a las áreas de tratamiento psicológico, apoyo de educación, actividades recreativas y culturales que les permita desarrollar habilidades donde manifestar los sentimientos reprimidos dentro de sí mismos. También es necesaria una educación para no categorizar a la violencia como algo normal en nuestra comunidad, no hay que dejar perder la capacidad de asombro social ante los actos de violencia y de injusticia, es necesario ser conscientes de que lo que vivimos no es algo que puede continuar en nuestra vida diaria. Hay que aprender de nuestro presente para poder prevenir nuestro futuro, sin dejar de analizar nuestro pasado.

6. Bibliografía

- Álvarez de Lara, R.M. 2003. La niñez y la violencia. *Los derechos de las mujeres y los niños Fascículo*. (Ed) Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México: IMPRESOS SA de CV.
- Bajórquez, N. 2003. Los derechos comienzan desde la infancia. *Los derechos de las mujeres y los niños Fascículo 2*. (Ed.) Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México: IMPRESO SA de CV, pp. 91-98.
- Beloff, M. 2006. Protección integral de derechos del niño vs. Derechos en situación irregular. *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*. Ed. J.C. Gutiérrez Contreras. México: Secretaria de Relaciones Exteriores.
- Carbonell, M. 2004. Los derechos fundamentales. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México.

17 Ciudad Juárez, huérfanos de infancia a sangre y tiro: <http://eltoque.com/texto/ciudad-juarez-huerfanos-de-infancia-sangre-y-tiros>

- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social.
Constitución Mexicana.
Declaración Universal de los Derechos Humanos.
Geremia, V. 2011. Infancia y conflicto armado en México. Informe alternativo sobre el protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados. México DF: Red por los derechos de la infancia en México.
González Espinoza, O. 2011. Obligaciones internacionales de los Estados respecto a los niños y niñas a la luz del sistema interamericano de protección de derechos humanos. *Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes*. Ed. J.C Gutiérrez Contreras. México: Secretaria de Relaciones Exteriores, pp.181-238.
INEGI, Censo de población y vivienda, 2010.
Ley del Instituto Mexicano de la Juventud, 1999.
Ley para la Protección de las niñas, niños y adolescentes, 2000.
Ley de Víctimas, 2013
Monárrez Fragoso, J. 2010. Violencia contra las mujeres e inseguridad ciudadana en Ciudad Juárez. México DF: Colegio de la Frontera Norte. Secretaría de Salud. Dirección General de Información en Salud.
Varma, V.2001. La violencia en niños y adolescentes. México DF: Trillas.

Sitios Web

- Duran Huerta, M. 2012. Ciudad Juárez: Huérfanos de infancia a sangre y tiros. <http://eltoque.com/texto/ciudad-juarez-huerfanos-de-infancia-sangre-y-tiros>
El diario de Juárez. 2013. Aun desprotegidos niños víctimas de la guerra antinarco. http://diario.mx/Local/2014-04-27_45c24cc8/aun-desprotegidos-ninos-victimas-de-guerra-antinarco/
Excélsior. 2011. Arranca fideicomiso para huérfanos de violencia en Chihuahua. <http://www.excelsior.com.mx/node/718896>
Hilo Directo. 2012. Los huérfanos de Juárez. <http://hilodirecto.com.mx/los-huerfanos-de-juarez/>
Naciones Unidas. 1995. Informe de la cuarta Convención Mundial sobre la Mujer Beijing. 4 al 15 de septiembre. <http://www.inmujer.migualdad.>

- es/mujer/politicas/docs/informe%de20%la%20IV%20Conf_Beijing.pdf
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. 2014. Comité de los derechos del niño. <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/>
- Orden Jurídico del Gobierno Mexicano. 2014. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D50.pdf>
- Organización de los Estados Americanos. 2014. Carta de la organización de los estados americanos. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm
- Organización de los Estados Americanos. 2014. Convención americana sobre derechos humanos. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm
- Organización de los Estados Americanos. 2014. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo San Salvador”. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>
- Organización Internacional del Trabajo. 2014. Ratificaciones de México. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102764
- Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional de Seguridad Pública. 2014. Tasas por cada cien mil habitantes. http://www.secretariadoejecutivosnsp.gob.mx/work/models/SecretariadoEjecutivo/Resource/1/1/Tasas_julio_2014.pdf
- UNICEF. 2014. La Convención sobre los derechos del niño. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>
- Tráiler documental “Mataron a mi papá” <http://www.youtube.com/watch?v=aHhtSQb0io4>

Artículos

El Garantismo y los otros

Johan Alejandro Aldana Rodríguez

Licenciado en Relaciones Internacionales por la
Universidad del Valle de México campus Querétaro (México).
Maestría en Derechos Humanos, Universidad Autónoma de San Luis Potosí (México).

Resumen: Entre las distintas concepciones sobre los derechos humanos que existen actualmente, la teoría garantista propuesta por Ferrajoli ha encontrado gran aceptación entre las instituciones legalistas de los Estados modernos y aquellos profesionales de la ciencia jurídica. Sin embargo, ¿es esta teoría suficiente para entender la complejidad de los derechos humanos como fenómenos sociales? Como todas las teorías, esta tiene límites que deben ser cuestionados, sobre todo por corresponder más al interés de una minoría que tiene garantizada de forma material el goce de sus derechos. Una forma de asegurar que el statu quo continúe es a través del uso legítimo de la fuerza que busca frenar las incomodidades sociales y la alteración de la línea vertical de aplicación de la Ley.

Palabras clave: Derechos humanos; Garantismo; Violencia; Derecho; Sociedad.

Abstract: Within the different human rights conceptions currently existing, the guarantees based (garantistic) theory proposed by Luigi Ferrajoli has found wide acceptance between both modern states legal institutions and law science professionals. However, is this theory enough to understand on its full the complexity of human rights as social phenomena? Like all theories, this one has its limits and those must be questioned, especially since it was created to protect the interests of a minority that has materially guaranteed the enjoyment of their rights. One way to ensure the continuity of the status quo is through the legitimate use of violence that seeks to break the social discomfort and alteration of the vertical line of law enforcement.

Keywords: Human rights; Guaranties based theory; Garantistic; Violence; law; Society.

Artículo recibido: 30/03/2016 Aceptado: 24/08/2016

Sumario

1. Introducción
2. La crisis del Estado de Derecho
3. El Estado violento
4. Bibliografía

*“No es saludable estar bien adaptado
a una sociedad profundamente enferma”.*

JIDDU KRISHNAMURTI

1. Introducción

En los últimos años el discurso de los derechos humanos ha tomado bastante fuerza, para bien o para mal, se ha convertido en un referente común en el vocabulario popular, las instituciones y los medios. Esto no quiere decir que se haya adoptado una congruencia entre lo que se dice y las acciones que llevamos a cabo para su cumplimiento. Sin embargo, hoy cualquier persona sabe que existen unos derechos que le pertenecen a todos los seres humanos y que, formalmente, impiden los abusos de poder y las injusticias sociales que aquejan a gran parte de la población. La realidad es que los derechos humanos están en boca de todos, pero realmente casi nadie sabe que son.

Como en todas las ciencias, existe una infinidad de teorías que buscan explicar y justificar el fenómeno social, y siempre una se alza por encima de las otras para convertirse en hegemónica, invisibilizando otros saberes que han tenido menos suerte en ser adoptados por la mayoría de los llamados expertos. La tradición hegemónica de derechos humanos que vivimos actualmente es importada a nuestra región de los grandes círculos de poder europeo y norteamericano (específicamente estadounidense) y es promovida por gobiernos, organismos internacionales y la mayoría de los profesionales.

En esta corriente la palabra “derechos” se lleva casi todo el peso, y “humanos” se queda relegado a una visión más romántica, en la que cabríamos todos pero no el derecho a través de su herramienta coactiva, la ley. Y como ésta es el instrumento de control social más eficaz, se han privilegiado las concepciones jurídicas de los derechos humanos sobre las más sociales, convirtiendo a estos, aún con el retraso que esto signifique, únicamente en garantías.

Esta corriente llamada garantista que tiene entre sus pensadores autores como Ferrajoli o Zaffaroni plantea mejoras en el sistema jurídico que rige al Estado y que deben repercutir en la población. Esta tiene aportes valiosos en el campo del derecho, sobre todo en la defensa de los miembros de la llamada sociedad, pues postula la función del derecho como un sistema artificial de garantías constitucionalmente pre ordenado a la tutela de los derechos fundamentales.

Sin embargo, uno de los autores más importantes de esta teoría, Luigi Ferrajoli reconoce una crisis, la cual se ve reflejada en una crisis de legalidad del Estado social y del Estado nación (Aguilera y López, 3), y es por esto que postula su sistema garantista. Este surge para remediar el caos normativo, la proliferación de fuentes, la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares del poder público, la ineficacia de los derechos y la incertidumbre e incoherencia del ordenamiento jurídico actual. Sin embargo, el Derecho que pretende mejorarse desde el Derecho sin pasar revisión a las ciencias políticas o sociales sufre de una ceguera de taller que le impide darse cuenta de las realidades que debería estar regulando, no coartando.

La teoría garantista busca reformar el sistema jurídico para erradicar los vicios que pudiera tener en aras de fungir como un mejor regulador político-social desde el ejercicio jurídico, sin embargo los derechos humanos no nacen en los libros, nacen en la lucha social por la reivindicación de la satisfacción de las necesidades sociales como veremos más adelante. Por lo que el foco de esta teoría, aun cuando pretenda serlo, se aleja del humanismo para centrarse en un sistema configurado de tal forma que solo tienen acceso unos pocos privilegiados.

Luigi Ferrajoli define los derechos fundamentales de la siguiente

forma:

...derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (Aguilera y López, 8).

Las expectativas sociales correspondientes a las nuevas funciones –la subsistencia, la asistencia sanitaria, el empleo, la vivienda, la educación– son reconocidos por las Constituciones de este siglo como ‘derechos fundamentales’: los así llamados derechos sociales a prestaciones positivas (el derecho al trabajo, a la vivienda, a la instrucción, la salud, la información y similares) que se colocan junto a los antiguos derechos individuales de libertad, concebidos, en cambio como derechos a prestaciones negativas (Ferrajoli, 68).

Sin embargo, esto únicamente por la lógica en la que han ido apareciendo los derechos en las luchas y transformaciones sociales, no es que los derechos políticos y civiles hayan aparecido primero, sería casi como decir que los seres humanos necesitaron primero votar y obtener una ciudadanía y solo después satisfacer necesidades como el alimento, el cobijo y el aprendizaje. Por ende no podemos hablar de nuevas funciones, y tampoco basta con que estén reconocidos en las constituciones.

Por otro lado, está perdida de efectividad del Estado de Derecho no compromete la estabilidad del sistema político, la crisis que de ella se deriva para las fuentes de legitimación legal del Estado resulta de hecho ampliamente compensada, en la fase de desarrollo del Estado de bienestar, por la mayor legitimación político–democrática. En primer lugar, por el alto grado de satisfacción material de las demandas sociales; en segundo lugar, por los procesos de integración política y consensual promovidos y canalizados por el sistema de partidos y por el conjunto de las instituciones representativas (Ferrajoli, 71).

Uno de los límites que se vislumbra en la teoría garantista es su concepción de los derechos humanos como normas. En un análisis amplio de los alcances se coarta el principio de los propios derechos. Sí, es cierto que es funcional en la preponderancia que proponen en comparación a los derechos patrimoniales, por ende es una ventaja dentro del sistema ya dado, pero pensar los derechos humanos desde el sistema es otorgarlos discursivamente y estandarizarlos como prestaciones sociales o barreras de protección de garantías individuales, no la posibilidad de ejercer plenamente un derecho ni de reconocer la necesidad inmediata de la realidad de la persona en su particularidad y colectividad.

Existen derechos humanos tan básicos que no necesitan recursos materiales para su reconocimiento, tales como el respeto a la dignidad humana, el derecho al matrimonio igualitario, a la identidad de género, a la lengua originaria, etc., muchos derechos solo necesitan voluntad para llevarse a cabo, y aun así se niegan excusándose en las normas jurídicas y en los supuestos constitucionales.

Una crítica rescatable que propone el garantismo, que no por eso significa que haya ofrecido una respuesta, es cuando expone que los procesos de globalización, integración mundial y fenómenos migratorios han puesto en contradicción los derechos de la persona y del ciudadano en la actualidad. Y habla de una internacionalización de los derechos fundamentales pasando de un estatus de ciudadano a un estatus de persona. Ya que para esta teoría la ciudadanía representa el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo pre moderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales.

Aquí otras teorías han hecho aportes más críticos de la universalidad de los derechos humanos, ya que se corre el riesgo de la ideologización y por ende la dominación de colectivos y pueblos a través de un ideal que no necesariamente corresponde a su realidad histórica. Incluso autores como David Sánchez Rubio propone una pluriversalidad, realidad que aceptaría las distintas concepciones de derechos fundamentales de acuerdo a la necesidad de cada pueblo con aceptación universal, la alteridad como eje de respeto y entramado de los derechos humanos desde sus muy variadas

complejidades.

Para Ignacio Ellacuría, filósofo nacionalizado salvadoreño, en nombre de los derechos humanos se puede establecer un manto de universalidad ideal que se sostiene sobre una particularidad real que solo es favorable para unos pocos y desfavorables para la mayoría (Sánchez Rubio, 50).

Tampoco podemos pretender que estas distinciones se hacen solo en las relaciones internacionales en fenómenos masivos como las migraciones, y menos la idea de la que habla Ferrajoli de un ser humano genérico en una sociedad estándar. Si la realidad fuera así de simple la respuesta sería tal como se enuncia, pues bastaría con otorgar a todas las personas los derechos que gozan los ciudadanos, pero ¿qué ciudadanos?, ¿cuáles derechos?

Habría que preguntarse sí; primero, todos los ciudadanos cuentan con los mismos derechos y tienen la capacidad de ejercerlos libremente y segundo, si la calidad de ciudadano como persona aceptada dentro de un pacto federal es la misma para los distintos grupos que conforman el Estado, o es que ni aún dentro de un Estado existe una garantía de derechos fundamentales. Ferrajoli habla como Platón denunciaba:

... del Estado que nosotros fundamos y discutimos y que no tiene realidad, más que en nuestros discursos, pues yo no creo que en la tierra se encuentre en ningún lugar (Platón, Diálogos).

Y es que cuando se trata de analizar la sociedad, en estos polos de poder que propician su escalonamiento y división, se da por sentado que la calidad del todo puede y debe medirse por la calidad promedio de sus partes y que si alguna de estas partes se encuentra muy por debajo del promedio, los perjuicios que pueda sufrir no afectarán la calidad, la viabilidad y la capacidad operativa del todo (Bauman, 10).

Incluso se crea una clase inferior, la “clase marginal” que Bauman define como personas despojadas de los derechos que poseen los miembros reconocidos y reputados de la sociedad. Esta “clase marginal” se convierte en un cuerpo extraño que no se cuenta entre las partes naturales e indispensables del organismo social.

La verificación ideal de los derechos humanos no se puede realizar meramente ni principalmente desde el análisis mismo del discurso, o desde las plasmaciones jurídicas que constituyen las declaraciones nacionales o internacionales de derechos humanos. Por esto hay que ir “más allá del enunciado ideal”, y verificarlo no desde lo que se dice sino desde las prácticas reales de los pueblos (Ellacuría, 251).

Los derechos sociales pueden considerarse como derechos a prestaciones en sentido estricto, que consisten en:

... derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtenerlo también de particulares;

en consecuencia, su reivindicación interesa a todas las personas, pero fundamentalmente a los miembros más vulnerables de la sociedad, cuyo acceso a dichos recursos suele ser escaso y a veces nulo o inexistente (Aguilera y López, 17).

Con esta premisa la teoría garantista podría pasar como social e incluyente, sin embargo el hecho de considerar a los derechos sociales como meras prestaciones o satisfacciones de aquello que se encuentra en el mercado hace que los programas o intentos del Estado de satisfacer estas demandas sociales se conviertan en sistemas clientelistas y paliativos que intentan llenar un hueco con un bien que no transforma la realidad del sujeto o la comunidad de forma permanente, lo único que hace es calmar la incomodidad que nace del pueblo para postergar su solución real.

Por ende, está claro que esta restricción de las prestaciones sociales del Estado tiene el efecto de acentuar el carácter selectivo e inevitablemente discriminatorio de las satisfacciones de las demandas y por el engendrar, a falta de una sólida estructura normativa y garantista, procesos degenerativos de las instituciones en sentido clientelar corporativo, bajo el signo de la desigualdad y privilegio (Aguilera y López, 5)

La llamada ciencia jurídica no ha logrado elaborar formas de garantías para los derechos sociales con eficacia y sencillez, a diferencia de las previstas para los demás derechos como el de la libertad, que por cierto es

uno de los más vulnerados por el Estado. Los derechos sociales imponen deberes de hacer, por lo que su violación no se manifiesta, no es visible y judicializable, y posiblemente exigible solo desde la ilegalidad de los actos. El Derecho al fallar en las garantías de los derechos sociales ha fallado también indiscutiblemente en la forma en que estos se pueden exigir.

Y, ¿desde dónde se debe exigir el reconocimiento y cumplimiento de los derechos humanos?, ¿desde la Ley que no los contempla y muchas veces los limita?

2. La crisis del Estado de Derecho

El diseño estratégico de una renovada ‘sociedad abierta’ basada en la revalorización ético-política del mercado y del Estado liberal de derecho corresponde en realidad a una simplificación del sistema político mediante la amputación de aquellas de sus funciones positivas que satisfacen demandas y necesidades ampliamente difundidas a nivel social (vivienda, asistencia sanitaria, seguridad social, instrucción, servicios públicos, garantía de los salarios reales, subsidios a los desocupados, etc.) y que los mecanismos competitivos y transaccionales del mercado no estarían nunca en condiciones de remplazar, de acuerdo con criterios siquiera mínimos de justicia distributiva (Ferrajoli, 1982).

Se reconoce una crisis del Estado de Derecho, pero vale la pena preguntarse, ¿qué tipo de crisis?, y ¿para quién existe una crisis? Podemos hablar desde dos perspectivas, por una parte la del propio Estado y aquellos que en él encuentran la continuidad de una forma de vida excluyente para privilegiar sus intereses propios, entendiendo que es el gobierno quien dicta a través de las normas que realiza las directrices.

Segundo, de la sociedad que busca un Estado más incluyente y participativo y que desde la pluralidad de sus componentes está pidiendo un cambio en las estructuras que sellan las oportunidades de inclusión por las que están abogando. Me abocaré a estas dos perspectivas porque ambas hablan de una crisis del Estado de Derecho y ambas coinciden en que el agotamiento del típico modelo de Estado está planteando la necesidad de nuevas estructuras y la creación de un nuevo paradigma, pero la

crisis que ambos ven pareciera distinta, aunque es la misma vista desde dos perspectivas, la de la sociedad y la que el Estado ve en sí mismo.

El carácter progresivo del modelo normativo del Estado de Derecho, que hace de este un elemento in suprimible de cualquier democracia, consiste precisamente en su doble valencia: hacia arriba, como sistema de límites jurídicos impuestos al poder, de otro modo absoluto, de los vértices políticos; hacia abajo, como técnica de generalización, y por ello, de igualación de las expectativas a través de su formalización como situaciones jurídicas y, en particular, como derechos subjetivos (Ferrajoli, 87).

El agotamiento del llamado Estado Benefactor trajo consigo una mayor participación privada en las tareas que típicamente recaían en el Estado, la privatización y concesión de varios servicios que se proveían a través de las estructuras públicas pasaron a ser parte de control de grupos de poder que, primeramente, eran capaces de pagar y que también pudieron acercarse a los grupos políticos para así beneficiarse de dichas concesiones.

Pero esto no es nuevo, recordemos que el surgimiento del Estado moderno nace por la apropiación del poder político de los grupos que ostentaban el poder económico, algunos nobles por una parte y la burguesía por otra, entonces la nueva estructura de gobierno se concibe en su esencia privada, legitimada popularmente sí, pero en realidad nunca ha habido una separación entre la forma de gobierno y los intereses particulares de producción y ostentación de poder económico.

Por ende la crisis que ve el Estado moderno de la superación de este por parte del mercado no es un fenómeno nuevo o que se haya producido por el interés del capitalismo para controlar los mercados que forman los territorios estatales. Es un juego de balanza donde siempre han existido los dos elementos y que con el paso del tiempo se ha inclinado a favor del mercado, pero siempre han coexistido como las dos caras de una moneda, moneda que ostenta una élite que se hizo con el poder político y económico.

También es por esto que hablar de élites que ostentan el poder respondería más a los distintos grupos de una única élite que controla estos rubros de la vida social.

Las diferenciaciones se explican antes por la concesión de privilegios a determinados grupos corporativos y por la necesidad del Estado

de atender a los negocios particulares a través de las reglas pactadas y transitorias, condicionadas por los cambios en la relación de fuerzas, más afines a categorías propias del derecho privado, como el contrato, que al sometimiento a las leyes ‘heterónomas’ con vocación de generalidad y permanencia (Pisarello, 5).

Y que por ende responde, tanto el mercado como el gobierno, a los intereses de la minoría, de una minoría que ha ido forjando una estructura ad hoc a su visión por ambos poderes y que se ha separado de la masa popular que no entraría en su campo de acción.

Transformada en uso ordinario, esa excepcionalidad corroe la relativa autonomía del Derecho y este termina subordinado casi por completo a la “normatividad de los poderes facticos”, es decir, la arbitrariedad de las burocracias políticas y de las oligarquías económicas (Ferrajoli, 1982).

Así, concebir al Estado moderno separado de aquellos poderes que lo coartan y decir que la crisis de este es producto de un nuevo poder podría ser impreciso. Ya que no se podría concebir la creación de este sin el poder económico y de aquellas minorías que ostentaban los medios de producción y que es a través de su llegada a la estructura del nuevo orden que logran esparcir su hegemonía en distintos ámbitos; ideológicos, políticos, económicos, y que continua hasta la estructura estatista actual.

Una de las principales deficiencias que tiene el modelo garantista es la fuerte visión vertical de la constitución que recuerda el pacto social clásico, donde la influencia se da de arriba hacia abajo únicamente. Para Ferrajoli, las constituciones deben ser entendidas como pactos de convivencia necesarios para regular los conflictos, tensiones y problemas de las distintas subjetividades heterogéneas que componen una determinada sociedad, meros pactos de no agresión, cuya razón social es la garantía de la paz y los derechos fundamentales de todos.

Es decir, simples instrumentos jurídicos y normativos que pretenden regular y amortiguar posibles tensiones, pero que olvidan lo más importante y significativo: lograr implicar a los ciudadanos en un Estado constitucional a través de una mayor legitimación social democrática. Sin embargo, esto puede estar disfrazado ya que el pacto que funda la democracia constitucional implica la renuncia al derecho de decidir autónomamente lo

que queremos hacer, renunciando a la democracia real por una democracia representativa corrupta que nos ata al constitucionalismo, donde el imperio de la Ley ejerce presión para intentar cohesionar unidades en un sistema vertical que responde a una lógica de preservación de los intereses de quienes ocupan los puntos más altos de esta verticalidad.

De acuerdo a esto y al nuevo paradigma de derechos humanos que han enarbolado los grupos privilegiados, no existe forma jurídica de reconocer y hacer cumplir los derechos humanos si no están contemplados en la Ley. Por lo que una teoría garantista se vuelve insuficiente cuando las nuevas subjetividades emergentes alzan la voz contra la opresión a la que han sido sometidas históricamente y las ha relegado de la construcción jurídico-política de la sociedad donde viven.

Haciendo un poco de historia, era ilegal la participación de afroamericanos en la vida política no solo en Estados Unidos, también en Europa y gran parte de América Latina, era ilegal el voto de la mujer, era ilegal que grupos indígenas en América aspirarán a los privilegios de las razas mestizas, era ilegal el matrimonio entre personas del mismo sexo, era ilegal que una persona decidiera su identidad de género, era ilegal cualquier acción por voluntad propia si no se ajustaba al canon de hombre-blanco-heterosexual-burgués. Si nos limitáramos a una concepción garantista basada en el ordenamiento jurídico y en únicamente perfeccionarlo, hoy todo eso seguiría siendo ilegal y debido a que de hecho si existe ese límite, todo lo que ejemplificamos aún no está garantizado y en nombre de la Ley se sigue coartando.

El sistema jurídico sigue siendo altamente elitista y ha provocado que el sistema de derechos en el que se basa se convierta en un sistema de privilegios, donde unos cuantos pueden tener la garantía de ver sus derechos reconocidos y exigibles. Por ejemplo, si solo un tipo de matrimonio es reconocido legalmente entonces no se trata de un derecho, es un privilegio. Y en una sociedad de privilegios el común denominador es la exclusión, por lo que el sentimiento latente de lucha es indispensable para lograr la equidad y los derechos humanos con su calidad de "humanos".

Los derechos humanos pueden ser ilegales, y deben serlo cuando reconocemos que estos deben ser el motor de fuerza que nos haga transitar

de un sistema injusto hacia la justicia. La Ley como herramienta de control social ha sido forjada por una parte de la población que no entiende, en muchos casos, lo que es vivir sin el reconocimiento de sus derechos fundamentales. Los derechos humanos deben ser en principio revolucionarios para combatir un sistema legal injusto basado en privilegios.

Ellacuría nos dice:

¿Cuándo unas estructuras son evidentemente injustas? ¿Cuándo esas estructuras representan la institucionalización de la violencia? La respuesta es clara: cuando atentan gravemente contra los derechos fundamentales de la persona y cuando dañan peligrosamente el bien común del país. Quiere esto decir que, cuando la situación estructural de un país, el conjunto de su organización económica, de su organización jurídica y de su organización política, llevan durante un tiempo prolongado a la negación de los derechos fundamentales de la persona, tales como el derecho a la vida, el derecho a la alimentación y a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la libertad, el derecho a un juicio justo, el derecho a no ser apresado injustamente y a no ser torturado, el derecho a la organización política, el derecho a la libertad de expresión, etc., entonces, estamos ante estructuras evidentemente injustas y ante la violencia institucionalizada (Rosillo, 152).

Al mencionar que los derechos humanos deben ser en principio revolucionarios no es otra cosa que la capacidad que tiene el ser humano de apropiarse de posibilidades y de generar acciones que afirmen su vida en virtud de su realidad histórica. Es el derecho de los pueblos a subvertir las relaciones sociales que producen y reproducen su muerte (Rosillo, 190), el derecho que posibilita el surgimiento y existencia de los otros derechos y que historiza el derecho básico a la vida.

Para Danilo Zolo,

... una estructura de poder global estaría, en la actualidad, inevitablemente destinada a reprimir las diferencias culturales del planeta, a penalizar a los sujetos más débiles y a reducir drásticamente la

complejidad de las estructuras políticas intermedias... provocaría, muy probablemente, reacciones más intensas del terrorismo internacional contra los países industriales, cuya hegemonía actuaría, inevitablemente, de soporte técnico militar de la nueva Cosmópolis (Aguilera y López, 32).

Y esto debido a que,

Una parte considerable de la población está constituida por verdaderos parias excluidos del mercado formal de empleo, condenados a la marginalidad socioeconómica, al hambre y, en ocasiones, a condiciones de trabajo esclavo. Esta condición prácticamente los excluye como sujetos de derechos encuadrados en las garantías fundamentales y en las libertades establecidas por el orden constitucional. Para ellos, no existe la seguridad jurídica ni el imperio de la ley, solo las dádivas y la protección discrecionales que les deparen los mecanismos de clientelismo político e incluso policial (Pisarello, 9).

Así, el Derecho se ha venido alejando de las ciencias sociales, y ha entrado en la categoría de las ingenierías, buscando tecnificar y estandarizar todos los procesos que regula. Por ende pocas veces hace política y cuando la hace, la entiende como la imposición de medidas destinadas a conservar el estado de las cosas, vemos por ejemplo como los campos de la política y la sociología son ocupados por profesionales del Derecho que buscan la continuidad de las normativas del orden y pretenden realizar la búsqueda de mejoras sociales y de amplitud de la negociación dentro de las leyes, dejando de lado las distintas realidades que no contemplan estas últimas.

El Estado de Derecho pasa a ser entonces la composición de las leyes escritas que imponen el orden social y relegan las necesidades y demandas de los grupos sociales que regulan, que es desde donde debieran nacer las motivaciones para dichas regulaciones. Existe entonces una inversión de la lógica procedimental, pues debiera venir en última instancia el Derecho a regular las transformaciones que desde la sociedad tienen lugar, ya que son estas quienes van moldeando las relaciones cotidianas y dando

forma a las nuevas composiciones que forman un Estado. Sin embargo, la realidad es que el Derecho por antelación quiere regular las posibles transformaciones políticas y sociales previniendo cualquier alteración al status quo que es funcional a ciertos grupos minoritarios, no es entonces tan positivo hablar de un imperio de la Ley.

Y justamente, Ferrajoli y el garantismo carecen de la pluralidad social que debe ser tomada en cuenta, propone varios puntos bastante interesantes, incluso podríamos hablar de un neo constitucionalismo que falla al aferrarse en determinados puntos al positivismo jurídico, aquel que presume que la justicia es ciega como si se tratara de un atributo y termina cayendo en un normativismo que no puede, ni quiere, dar cuenta de la enorme complejidad de las relaciones sociales y de la realidad histórica que se proclama cada vez más desde los derechos humanos y la pluralidad intrínseca de la heterogeneidad. Y, ¿cómo garantizar esta homogeneidad?, ¿cómo controlar las distintas voces que se alzan contra el estado de las cosas que propone el garantismo? Legitimando la violencia.

3. El Estado violento

Se puede caracterizar al Estado de Derecho como un sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio estatal del uso de la fuerza, con el fin de excluir o al menos minimizar la violencia en las relaciones interpersonales (Ferrajoli, 91). Para Ferrajoli, legitimar el uso de la fuerza con el pretexto de evitar una violencia mayor es válido, pero debemos partir del entendimiento del uso de la fuerza, ¿quién usa la fuerza?

Para la teoría garantista, los niveles legales de aceptación de la violencia del Estado son válidos, pero este podría estar usando la misma fuerza o incluso una mayor que los grupos que la utilizan para manifestar su incomodidad con el estado social de las cosas, la diferencia es que en estos últimos su uso es ilegal y por ende debería ser reprimido por la fuerza legal.

No existen consideraciones de la cantidad de fuerza siempre y cuando sea legal o ilegal, y es que bajo estos preceptos está perfectamente justificado un escuadrón de 300 policías reprimiendo una manifestación de 50 personas, porque esa manifestación que hace uso de la fuerza, al no tener

medios alternos para exigir sus derechos es ilegal, por ende puede resultar en una violencia mayor hacia el Estado, hacia el orden jurídico de paz por el que vela, no hablamos de una violencia que atente contra la sociedad.

La violencia de las penas, a su vez legítima solo en cuanto y en la medida en que sea capaz de prevenir violencias mayores producidas por los delitos y por las reacciones a los delitos que se cometerían en su ausencia (Ferrajoli, 91). Pero el delito abarca un gran número de prohibiciones que no necesariamente ocasionan más violencia, el garantismo acepta reprimir violentamente a un asaltante y a alguien que haya robado una hogaza de pan. Es cierto, dirán algunos, que robar un pedazo de pan no produciría mayor violencia y que entonces esta teoría guarda distintas medidas debido a la gravedad del delito, sin embargo, el delito considerado con alta probabilidad de volverse a cometer es penalizado por que al reincidir afectará a terceros.

La incapacidad del Estado de generar situaciones donde el derecho a la alimentación más básica sea cumplido, obliga a este a legitimar el arresto y procesamiento de dicha persona en aras de conservar la paz social, al final de cuentas, ¿cuál es la diferencia entre estos dos delincuentes?, ambos serán detenidos y procesados, si son condenados incluso terminarían en la misma celda.

La sola pretensión de ciertos derechos sociales fundamentales por parte de los miles de hombres y mujeres encarcelados por delitos menores contra la propiedad o provocados indirectamente por la carencia de bienes y servicios elementales, sería tomada como una petición inadmisibles, hasta insolente. Las garantías vinculadas a las libertades individuales, más baratas, solo se conceden en casos extremos, cuando su ausencia se ha cobrado ya un número excesivo –y por lo tanto poco funcional– de vidas humanas (Pisarello, 10).

Se habla de un principio de estricta legalidad que consiste en una técnica legislativa idónea para disciplinar y limitar lo más rígidamente posible la violencia institucional y, en general, el ejercicio de los poderes coercitivos, a través de la determinación normativa de sus presupuestos (Idem).

Pero entonces, aquellos que exijan la satisfacción de necesidades básicas, iguales a las de aquellos que ya las tienen satisfechas, son

delincuentes, pues se salen de la formalidad con la que unos cuantos pudieron acceder a ese derecho, entonces se reprimen las luchas sociales y se criminalizan las protestas (Rosillo, 14), pues bajo esta lógica, es ilegal obstruir el libre tránsito, es ilegal hacer daño a la propiedad privada, es ilegal alterar el orden público, es ilegal incomodarse, y mientras esto sea ilegal el uso de la fuerza de represión es legítimo.

El uso legítimo de la fuerza, por mínimo que sea, contra la alteración social evidencia el fracaso del Estado y de la democracia en satisfacer las necesidades de su población y en garantizar esa coexistencia pacífica sobre la que tanto basan sus ideales. No, no debe existir el uso legítimo de la fuerza, pues mientras esta siga existiendo se traduce en evidencia de todas las fallas del sistema capitalista, estatista, democrático y constitucional.

La existencia del crimen organizado o no, del terrorismo, de las violaciones de derechos humanos es prueba fehaciente de que el Estado ha fallado y no ha podido garantizar a todos lo necesario para su desarrollo íntegro, y al no poder ofrecerlo legitima la fuerza para contener a los inconformes. Pues si las oportunidades que tanto proclamaban el capitalismo y el orden democrático hubiesen sido para todos, hoy no habría delincuencia, terrorismo, delitos, violencia, porque no habría hambre, pobreza ni desigualdad. Ferrajoli al aceptar esta mínima violencia acepta que el Estado no es capaz de cumplir sus funciones cabalmente y la salida fácil es intentar meter a todos los actores sociales dentro de la línea vertical que ofrece el garantismo.

Para matizar el uso de la fuerza, Ferrajoli ofrece el concepto de mera legalidad, que es la técnica legislativa que –en derogación de las formas de la estricta legalidad propias del Estado de derecho y prescritas con alguna aproximación en nuestra Constitución– consiste en la autorización legal de poderes violentos no vinculados rígidamente por la ley misma (Ferrajoli, 95).

Se habla entonces de que la violencia puede ser legalmente legítima pero no lo es con respecto al Estado constitucional de derecho, sin embargo es el Estado a través de las leyes quien la legitima, entiendo que el ideal utópico del estado democrático y del pacto constitucional es precisamente un estado de paz social, pero es esquizofrénico e incluso algo hipócrita

hacernos creer que el Estado no está de acuerdo en sus ideales con lo que legitima a través de sus leyes, tenemos un estado policial más parecido a una legión imperial que a un verdadero Estado liberal.

No abordaré los poderes salvajes de los que habla Ferrajoli, pero haciendo una re interpretación o incluso corrección, propondría una legitimación de contención de la fuerza y no un uso legítimo de la fuerza, pues al combatir fuerza con fuerza se genera violencia y es evidente que el Estado ha fallado también en poder controlar esta. Sobre todo porque la estructura y poder que ostenta el Estado no puede ser comparado con el uso de la fuerza de la manifestación social, de los criminales de a pie, sin mencionar al narcotráfico o crimen organizado que ha sabido coexistir con el Estado como estructura alterna, podemos constatar que el uso de la fuerza en sociedades diversas y plurales no hace más que generar más violencia donde el Estado casi siempre ganará.

Sin embargo, resulta improbable pensar que las cosas seguirán tal cual están. El desvanecimiento del Estado de Derecho y, por lo tanto, del tejido social, representa una amenaza no solo para los sectores vulnerables..., sino también para los satisfechos, que ven peligrar su seguridad a manos de una violencia social a menudo incontrolada... De ese modo, las crisis del Estado de derecho en los países pobres ponen en cuestión su vigencia también en los países más ricos, que tienden a reaccionar blindando su entrada y oponiendo a los inmigrantes una noción restrictiva de ciudadanía (Ferrajoli, 1982).

A pesar que el garantismo y el Estado de Derecho son paradigmas teóricos de carácter general que componen un sistema de límites y vínculos para todos los poderes en garantía de los derechos fundamentales (Ferrajoli, 42), estos límites se están acotando a principios jurídicos, a lo ya dispuesto en la ley, a parchar con Derecho las deficiencias del Derecho, a positivar todos los reglamentos sociales y por ende a intentar unificar una sociedad que es diversa y desigual.

Se está intentando contener a todos sus detractores e inconformes dentro de la misma capsula de legalidad, he aquí la crisis del Estado de Derecho, la capsula no es suficientemente amplia y no resistirá, mientras que el mercado quite terreno al Estado, la sociedad demandará lo que este

no puede cumplir. El Estado se va haciendo más pequeño, insuficiente e incapaz y la respuesta no está en el garantismo, o completamente en él, está en la complejidad misma, en la complejidad que busca regular a través de las distintas ramas del conocimiento los varios matices que van formando una sociedad diversa y plural.

Por eso los derechos humanos deben nacer de la praxis revolucionaria, la que moldeará las leyes de una sociedad siempre cambiante y que va reconociendo su pluralidad y el respeto a la diversidad. Los derechos humanos no son, ni deben ser conceptos legales regulados por un sistema jurídico, pero este sí debe garantizar su observancia y cumplimiento, cuidando que no se conviertan en privilegios de unos cuantos.

Se debe entender que los derechos humanos son acciones (Salamanca, 12), lo que rompe con la concepción de valores abstractos o simples garantías jurídicas establecidas en las legislaciones nacionales e internacionales; son también acciones de poder, real, histórico y efectivo. “La producción y circulación de los derechos humanos solo es posible si existe la apropiación originaria de ellos, y las consiguientes. Es decir, los pueblos tienen que apropiarse de todos los momentos de producción, circulación y aplicación de los derechos humanos para asegurar su existencia...” (Salamanca).

Mientras se siga destinando la máxima de esfuerzos en la conformación de leyes, es decir del “deber ser”, y se siga obviando la materialidad de la injusticia social, seguiremos como Platón comentaba, creando una sociedad utópica basada en lo que creemos es mejor, y no en lo que materialmente es y menos en quienes supuestamente son los depositarios de esos esfuerzos.

La teoría garantista aporta en el mejoramiento del sistema jurídico que rige los Estados, pero debe reconocer que los derechos humanos no pueden ser configurados dentro de esta. Los derechos humanos son praxis revolucionaria y diversa de acuerdo a la heterogeneidad de las sociedades y deben ir contra la Ley cuando está sea injusta, privilegie a unos cuantos y oprima a otros. Sin embargo, la solución del descubrimiento de mejoras es progresiva y debe ser multidisciplinario, conformando día a día la aceptación de nuestra pluralidad. Dejando la discusión abierta y vigente.

4. Bibliografía

- Aguilera y López. Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli. UNAM Bibliojurídicas. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2977/4.pdf>
- Bauman, Zygmunt. 2011. Daños Colaterales. Ciudad de México, FCE.
- Ellacuría, Ignacio. 2012. La historización del concepto de propiedad como principio de desideologización. La lucha por la justicia. Selección de textos de Ignacio Ellacuría (1969–1989), Juan Antonio Senet (Ed.). Bilbao: Deusto.
- Ferrajoli, Luigi. 2000. El Garantismo y la Filosofía del Derecho. Fundación FES.
- Platón, Diálogos. FCE, Ciudad de México.
- Pisarello, Gerardo. 2002. Estado de Derechos y crisis de la soberanía en América Latina: Algunas notas entre la pesadilla y la esperanza. Universidad de Alicante.
- Rosillo, Alejandro. 2013. Fundamentación de derechos humanos desde América Latina. ITACA.
- Rosillo, Alejandro. 2008. Praxis de liberación y derechos humanos. Una introducción al pensamiento de Ignacio Ellacuría. San Luis Potosí: UASLP.
- Salamanca Serrano, Antonio. 2012. Hacia una teoría iusmaterialista de los derechos humanos de los pueblos y derechos de la Naturaleza. Otavalo: Universidad de Otavalo.
- Sánchez Rubio, David. Sobre el concepto de “historización” y una crítica a la visión sobre las (de)–generaciones de derechos humanos. REDHES, Año II.

La doctrina del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano

Eréndira Nohemí Ramos Vázquez

Licenciada en Derecho, Universidad de Colima (México).

Asistente de Investigación del Dr. Sergio García Ramírez (Ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, dentro del Programa del Sistema Nacional de Investigadores de CONACyT.

Resumen: Este artículo muestra un análisis concreto sobre la doctrina del control de convencionalidad, creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se presenta la dimensión internacional, ejercida por dicho Tribunal de forma natural desde su creación, así como su aspecto nacional –y novedoso–, llevado a cabo por las autoridades de los sistemas nacionales, especialmente sus jueces. Al mismo tiempo se exponen las certezas, dudas y desafíos que este instrumento jurídico presenta sus operadores.

Palabras clave: Derechos humanos; Control de convencionalidad; Instrumentos internacionales; Corte Interamericana; Autoridades nacionales.

Abstract: This article shows a concrete analysis about the doctrine of conventionality control, created by the Inter-American Court of Human Rights. It presents the international dimension, exercised by this Court in a natural way since it's creation, as well as its novel domestic dimension, carried out by the authorities of the national systems, especially Courts. At the same time, it shows the certainties, doubts and challenges that this legal theory presents to its operators.

Keywords: Human rights; Conventionality control; International treaties; Inter-American Court; National authorities.

Sumario

1. Introducción
2. Control de convencionalidad a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (control *stricto sensu*)
 - 2.2. Los votos del Juez Sergio García Ramírez
 - 2.3. Precisiones doctrinales
3. Control de convencionalidad ejercido por los Sistemas Nacionales (control *lato sensu*).
 - 3.1. Desarrollo jurisprudencial
 - 3.2. Precisiones doctrinales
4. Balance general: dudas y desafíos.
5. Bibliografía
 - 5.1 Jurisprudencia
 - 5.2 Votos particulares
 - 5.3 Tratados internacionales

1. Introducción

El contexto de la figura del control de convencionalidad gira en torno a la reciente e inevitable “internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional” (Albanese, 2008, 13 y ss.). Entendido desde su concepción más controversial y pudiéramos decir más importante –la ejercida en sede interna y no por la Corte Interamericana–, los Sistemas Nacionales, especialmente sus jueces, tienen la obligación de acatar los preceptos de los tratados internacionales de derechos humanos y, por supuesto, las decisiones jurisprudenciales que deriven de los órganos de control de aquéllos. Es un engranaje que funciona entendiendo a los derechos fundamentales como parte de las constituciones sin importar la fuente de la que surjan –sea esta constitucional o internacional– y, por tanto, no se conciben en términos de jerarquía.

El panorama descrito se ubica dentro de las preocupaciones del

neoconstitucionalismo¹, pues se comprende como un mecanismo jurídico que se erige para fortalecer la impartición de justicia. Lo anterior es así porque este paradigma jurídico constriñe al aparato estatal a dirigirse con respeto a los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción, por estar dotados de dignidad. Con ello se experimenta una especie de equilibrio entre la visión formalista y la naturalista del derecho, ya que por una parte no se prescinde de las disposiciones normativas y, por la otra, éstas son matizadas con interpretaciones que tienen como base una serie de principios de raigambre moral, mejor conocidos como derechos humanos.

Expresado lo anterior, este brevísimo estudio tiene como objetivo desarrollar el origen y contornos procesales de la doctrina del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano, en general. Para tal propósito hago una distinción entre lo que denomino el control de convencionalidad en sentido estricto, ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el control de convencionalidad en sentido *lato*, llevado a cabo por todas las autoridades de los Estados. En estos apartados se procura hacer una exposición cronológica de las resoluciones y los casos que fueron delineando las características esenciales de la doctrina que nos ocupa, no así la totalidad de las sentencias que contienen el tema.

Finalmente, planteo algunas de las dudas y desafíos que han surgido en la marcha de la implementación del control de convencionalidad en sede interna, o en los Estados que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, quien es la creadora de la figura que aquí se estudia. Me concentro en análisis de esta forma de control en las conclusiones porque el control entendido en sentido estricto no genera mayores problemas, cuestiones o contradicciones.

2. Control de convencionalidad a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (stricto sensu)

2.1. Los votos del Juez Sergio García Ramírez

Fue el ex Juez y ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos

1 Para un análisis general sobre la teoría del neoconstitucionalismo y sus implicaciones en la democracia, cfr. Ramos y Durán, 2012, 171–196.

Humanos, Sergio García Ramírez, quien utilizó por primera vez la expresión “control de convencionalidad” en varios de sus votos a casos de especial relevancia. Aunque habrá que llamar la atención en cuanto a que el mismo jurista ya había utilizado –en el año 2002– un término muy similar para referirnos a lo que hoy entendemos como control de convencionalidad hecho en sede interna o doméstica².

Dichos votos fueron fundamentales porque además de establecer los parámetros básicos de la naciente doctrina del control de convencionalidad, también representaron el rumbo que la Corte Interamericana ha seguido en la materia desde la aparición de los mismos.

El primer voto lo emitió en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, en el que expuso que cuando los Estados son responsables internacionalmente tienen que rendir cuentas a la Corte Interamericana como un todo, en su conjunto. Con lo que advirtió que no existe la posibilidad de que alguno de los órganos del Estado se sustraiga al control de convencionalidad que lleva a cabo la Corte³.

2 “Al control de constitucionalidad ha venido a añadirse lo que pudiéramos denominar –siempre en aras de los derechos humanos– *control de internacionalidad* en la medida en que se trata de valorar actos nacionales a la luz de actos internacionales: aquéllos de voluntad doméstica; éstos de voluntad regional e inclusive ecuménica. [...] En fin de cuentas, se trata de un *control de juridicidad* derivado de una triple idea, traducida en otros tantos planos de una realidad convergente: hay un proyecto humano universal por encima o por debajo –como se quiera– de particularidades admisibles y hasta plausibles; existe una cultura jurídica en la que ese proyecto se refleja, multiplica y difunde; y han surgido unos organismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales que tienen a su cargo servir a tal proyecto conforme a los principios y a las normas que derivan de esa cultura. Así las cosas nos hallamos ante un *higher law o supreme law of the land.*” (énfasis nuestro) (García, 2002, 435-436).

3 “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho Interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante

En el *Caso Tibi vs. Ecuador*, ya siendo presidente de la Corte, el jurista mexicano hizo una comparación interesante entre la labor de los tribunales internacionales y los nacionales. Señaló que la tarea de la Corte Interamericana era realizar el control de la convencionalidad, así como un Tribunal Constitucional hace un control de constitucionalidad, pues el Tribunal Interamericano analiza los actos que se someten a su conocimiento en relación con los tratados en los que funda su competencia⁴.

Más adelante, en el *Caso Yatama vs. Nicaragua* hizo referencia a que la jurisprudencia constante del Tribunal Interamericano es sumamente compatible con el quehacer de un “tribunal de convencionalidad” que aplica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el resto de instrumentos que le confieren competencia contenciosa⁵.

la Corte a sólo a uno o alguno de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio, sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto, y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional” (énfasis añadido). CorteIDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de noviembre 2003, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 27.

4 “En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados –disposiciones de alcance general– a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, *el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos*” (énfasis añadido). CorteIDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 7 de septiembre de 2004, voto razonado del Juez García Ramírez, párr. 3.

5 “Por lo demás, la idea de que la orientación jurisprudencial razonablemente formada, ponderada, reiterada –hasta constituir una ‘jurisprudencia constante’–, puede proyectarse sobre situaciones en las que aparecen las mismas condiciones de hecho

Finalmente, en el *Caso López Álvarez vs. Honduras*, el Dr. García Ramírez definió al control de convencionalidad como la verificación de la compatibilidad de la conducta del Estado con la Convención Americana, explorando las circunstancias de hecho y de derecho del caso concreto⁶.

Si bien es cierto que el Dr. García Ramírez no desarrolló la doctrina en estudio con los alcances que hoy le atribuimos, sí le dió origen al concepto y además colocó los rasgos esenciales que han sido la línea a seguir por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en posteriores casos.

2.2. Precisiones doctrinales

Digamos, pues, que en esta primera concepción se hizo alusión a la actividad jurisdiccional ordinaria llevada a cabo por la CorteIDH, órgano internacional responsable de la aplicación e interpretación de la

y de derecho que han determinado aquélla, es perfectamente consecuente con el quehacer de un *tribunal internacional de 'convencionalidad'*, como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada a aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos multilaterales que le confieren competencia material” (énfasis añadido). CorteIDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de junio de 2005, voto razonado del Juez García Ramírez, párr. 3.

6 “Al analizar la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención –es decir, *el órgano que practica el 'control de convencionalidad'*– debe explorar las circunstancias de jure y de facto del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia” (énfasis añadido). CorteIDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1 de febrero de 2006, voto razonado del Juez García Ramírez, párr. 30.

Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷, y de otros tratados que le confieren competencia contenciosa⁸. Dicha locución fungió como una forma novedosa de nombrar el ejercicio cotidiano u originario que la doctrina llama “control inter (o supra) nacional”, “concentrado” (Ferrer, 2011, 56), “propio, original, externo” (García, 2012, 6) o “desde arriba” (Sagués, 2012, 422).

Además, se entiende como una labor sustancialmente jurisdiccional que se encuentra a cargo del Tribunal Interamericano –como órgano supranacional–; trabajo que consiste en la comprobación de la debida compatibilidad entre los actos realizados en sede nacional y la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otras convenciones para resolver –a través de una sentencia– sobre la responsabilidad internacional del Estado llamado a juicio (García, 2012, 6–7). Justo esta actividad es la que se equipara al control de constitucionalidad ejercido por las cortes nacionales.

En otras palabras, la misión jurisdiccional de la CorteIDH consiste en el ejercicio de juzgar si un acto doméstico quebranta o no el Pacto de San José de Costa Rica. Si la Corte reputa que un acto determinado es violatorio, procederá a declarar la responsabilidad internacional del Estado infractor para que lleve a cabo las medidas de reparación que correspondan. Con ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos

7 El artículo 1° del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es “una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación y la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

8 El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

es reconocida como la interprete auténtica de la Convención, tanto en su tarea jurisdiccional como consultiva.

Cuando la CorteIDH resuelva que hubo conculcación de derechos o libertades contenidos en la Convención Americana, por parte del algún Estado miembro, dispondrá que se garantice a la víctima el goce de ese derecho o libertad violados, así como la reparación integral de las consecuencias generadas por los actos u omisiones contrarios a aquel instrumento internacional (CADH, art. 63). La sentencia que resulta es definitiva, inapelable y vinculante (CADH, arts. 67 y 68.1). Además, el Derecho internacional establece que las obligaciones que éste atribuye deben ser acatadas “de buena fe” y “no podrá(n) invocar(se) las disposiciones (...) de derecho interno como justificación (de) incumplimiento” (CVDT, 1969, arts. 26 y 27).

La facultad contenciosa de la CorteIDH obedece al viejo principio del Derecho Internacional Público por el que se instituyen órganos de supervisión –jurisdiccionales o administrativos– para el debido cumplimiento de las disposiciones acordadas en las convenciones o tratados internacionales que soberanamente adoptan los Estados (Becerra, 2013, 39 y ss). De ahí que la CorteIDH, como organismo jurisdiccional, haga lo propio con los Estados Parte del acto de San José, como su objetivo principal (Becerra, 2013, 121 y ss.).

En definitiva, el control de convencionalidad en esta concepción inicial, ejercido en sede internacional por la Corte Interamericana, no es una tarea nueva, pues ha sido desempeñada desde su primera decisión jurisprudencial. Es preciso señalar que dicho control le concierne oficialmente, puesto que actúa como el órgano supranacional facultado para supervisar la armonía entre la Convención y los actos desarrollados en sede interna (Rey, 2008, 46,167-171). Se insiste en esto porque, como veremos a continuación, el concepto adquirió un alcance amplísimo en el que las autoridades domésticas se encierran obligatoriamente implicadas.

3. Control de convencionalidad ejercido por los Sistemas Nacionales (lato sensu)

3.1. Desarrollo jurisprudencial

La concepción más destacada y al mismo tiempo más problemática del control de convencionalidad es la que surgió a partir del primer pronunciamiento jurisprudencial de la Corte como un todo institucional –no sólo de votos aislados–. En este caso, dicho control transitó de concebirse sólo como una atribución del Tribunal Interamericano, a ser un rol desempeñado por las autoridades nacionales –especialmente jueces– en el sentido de que tienen el deber de aplicar la Convención Americana y la interpretación que de ella haga la Corte.

Me refiero al *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. En él se determinó la inconventionalidad del decreto ley que amnistiaba los crímenes contra la humanidad –autoamnistía– que se perpetraron en la dictadura militar de Augusto Pinochet –1973–1979–, y advirtió que el Poder Judicial debería ejercer una “especie de control de convencionalidad” entre su derecho interno y la Convención. Para ese efecto, se ordenó que además de tomar en consideración a ésta última, se estimarían las decisiones jurisprudenciales de la Corte⁹.

9 “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad”* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (énfasis añadido). CorteIDH, *Caso Almonacid y otros vs. Chile*. Excep-

En esta oportunidad no se pasó por alto que el fundamento de la doctrina del control de convencionalidad, ejercido por los jueces de sede interna, se encuentra en el deber de garantizar los derechos, contenido en el artículo 1º del Pacto de San José, ante la falta de adopción de leyes acordes con la Convención por parte del legislador, de acuerdo con el artículo 2º. Con ello se precisó, además, que el Poder Judicial no debería de aplicar cualquier normativa contraria a la Convención Americana y a la interpretación que de ella hiciera la Corte¹⁰.

En el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* se afinaron los contornos procesales de la doctrina en estudio: primero, con la eliminación de la expresión “especie” para introducir como tal la voz control de convencionalidad; después, con el acuerdo de que los órganos del Poder Judicial realizaran ese control de manera oficiosa o *ex officio*, es decir, sin precisar la petición de las partes en el juicio; y por último, con la exigencia de tomar en cuenta los “presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de las acciones” –principio de legalidad–¹¹.

ciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

10 Cfr. *Ibidem*, párr. 123.

11 “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de *convencionalidad ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, *evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes*. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones” (énfasis añadido). CorteIDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

Consecutivamente, el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* amplió la esfera subjetiva de controladores o sujetos que tendrían a su cargo tan particular obligación, pues se dijo que además de ser un mandato para los jueces, lo era también para los “órganos vinculados a la administración de justicia”¹² –el Ministerio Público, por ejemplo–.

En el *Caso Gelman vs. Uruguay* fue más allá de las decisiones jurisprudenciales anteriores, ya que se ordenó que el control de convencionalidad debe ser ejercido –además de los jueces y sus órganos auxiliares– por “todas las autoridades” que componen el aparato estatal, con lo que se incorporan tanto las normas del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo¹³. De esta manera, se estableció con más precisión la obligación del

12 “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y *órganos vinculados a la administración de justicia* en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (énfasis añadido). CorteIDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010, párr. 225.

13 “La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales

Estado en su conjunto y no sólo de una fracción de sus representantes, como el Poder Judicial mencionado en el caso inicial *Almonacid Arellano*.

Los cuatro casos analizados hasta este momento marcan rasgos esenciales de la aplicación de la doctrina en estudio por los Sistemas Nacionales –que aún no está dotada de plena claridad, por supuesto–, pues con ellos se genera un “Derecho Procesal Transnacional Consuetudinario”, respecto de la aplicación del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano (Sagués, 2012, 423).

Además de lo anterior, la Corte se ha dado la tarea de precisar algunos puntos sobre lo ya dicho en este tema no sólo en otros casos contenciosos, sino que también a través de su función consultiva y de la supervisión de sus sentencias. Estoy haciendo alusión al *Caso Alibux vs. Suriname* en el que la Corte determinó que “la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad”¹⁴.

Asimismo, en la Opinión Consultiva 21 expresó que el control de convencionalidad debe aplicarse por todos los órganos del Estado –como se dijo en el *Caso Gelman vs. Uruguay*– tomando en cuenta las decisiones jurisprudenciales de la Corte Interamericana y sus *opiniones consultivas*, en el entendido de que la interpretación del *corpus juris* interamericano

de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de *cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial [...]* (énfasis añadido). CorteIDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239.

14 CorteIDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 124.

pretende ser un estándar para la correcta protección de los derechos humanos¹⁵.

En la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia al *Caso Gelman vs. Uruguay*, se definió por primera ocasión –de forma muy general– al control de convencionalidad: “institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Interamericana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal”¹⁶.

Al mismo tiempo, en este pronunciamiento la Corte observó que hay dos expresiones diferentes de la obligación de los Estados de llevar a cabo el control de convencionalidad, con dependencia de si aquellos fueron llamados a rendir cuentas a la jurisdicción internacional o no. Es decir, se explicó cuándo estamos ante la cosa juzgada (*res judicata*) y la cosa interpretada (*res interpretata*)¹⁷.

Respecto de la *res judicata* se dijo que una sentencia internacional emitida con carácter de cosa juzgada se refiere a que el Estado –en conjunto con los órganos que lo componen– que ha participado en el juicio, tiene la obligación de acatar la resolución pronunciada en su totalidad. Con ello, el efecto de la obligación es particular del Estado demandado¹⁸.

Finalmente, la *res interpretata* concierne a los Estados que no fueron llamados a un juicio internacional, pero que están obligados a respetar la interpretación que hace la Corte de la Convención en el cuerpo de las situaciones y los casos que emite, por el hecho ser parte del Pacto de San José. Queda claro que el efecto en esta manifestación de las obligaciones internacionales es de efectos *erga omnes*¹⁹.

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

16 CorteIDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución del 20 de marzo de 2013, párr. 65.

17 Cfr. *ibídem*, párr. 67.

18 Cfr. *ibídem*, párr. 68.

19 Cfr. *ibídem*, párr. 69. Tómese en cuenta que el Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor

3.2. Precisiones doctrinales

Con lo expuesto hasta aquí, queda claro que existe otra connotación del control de convencionalidad, en sentido lato, denominado por la doctrina como: “control de convencionalidad difuso”, “nacional” o “desde abajo”. A diferencia del primero, deriva de las decisiones jurisprudenciales de la CorteIDH y no de algún apartado de la Convención Americana (Sagüés, 2013, 347), por lo que se trata de “una interpretación mutativa por adición que ha hecho la Corte del Pacto, explicable para fortalecer el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos que incluye, a su vez, a la autoridad de la propia Corte”²⁰.

Dentro de esta variante, todas las autoridades de los Estados –especialmente jurisdiccionales– toman un papel preponderante en su aplicación y desarrollo con la obligación de verificar la adecuación de su derecho interno, en aras de evitar choques con las disposiciones de la Convención Americana –y otros tratados sobre derechos humanos aplicables en la región americana– y la interpretación jurisprudencial que hace el Tribunal Interamericano de la misma²¹. Así, pues, este tipo de control consiste en una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del *corpus juris* en materia de Derechos Humanos, respecto del cual la CorteIDH ejerce competencia material.

Ese *corpus juris*, además de contemplar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, está compuesto por el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos*

Poisot desarrolló ampliamente los alcances de la *res judicata* y la *res interpretata* en su Voto Concurrente a la Supervisión de Cumplimiento al *Caso Gelman vs. Uruguay*, del 20 de marzo de 2013.

20 “En la interpretación mutativa por adición, el texto normativo (en el caso el Pacto de San José de Costa Rica) permanece inalterado, pero su contenido se amplía por voluntad del intérprete–operador (en el caso, se le suma la obligación de los jueces nacionales de inaplicar el Derecho Interno opuesto al Pacto, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre el Pacto, y a interpretar el Derecho Interno conforme al Pacto y a esa jurisprudencia)” (Sagüés, 2012, 424).

21 Sobre el tema: Bazán, 2012, 15; Carbonell, 2013, 140 y Ayala, 2012, 119.

*Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y próximamente la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*²².

Se ha dicho que este conjunto de instrumentos internacionales –aunados a la interpretación que de ellos hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos– forman un “bloque de convencionalidad”²³. Al respecto, creemos conveniente denominar a este *corpus juris* regional de derechos humanos como “bloque de convencionalidad interamericano”, por ser una expresión que abarca con exactitud las disposiciones y normas aplicables en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Con ello, la obligación de las autoridades estatales de ejercer el control de convencionalidad, en el ámbito de sus respectivas competencias, se amplía más allá de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al incluir esos otros instrumentos internacionales –exclusivamente para Estados miembro– y, por supuesto, las interpretaciones que hace la Corte Interamericana sobre ellos. Cabe señalar que en este tipo de control no sólo es posible aplicar los tratados que forman parte del “bloque de convencionalidad interamericano”, pues se encuentran también las disposiciones y normas del Sistema Internacional de Protección de los Derechos

22 Aún pendientes de entrar en vigor internacional. Cfr. OEA, http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_texto_materia.asp#DEREHUM

23 Cfr. CorteIDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010, párrs. 44 y ss., voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Ayala, 2012, 124.

Humanos²⁴ –que denomino “bloque de convencionalidad universal”–.

Hay quienes opinan que no existe un control de convencionalidad por parte de las autoridades nacionales, pues argumentan que tal instrumento sólo pertenece a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por ser la única con competencia para interpretar el alcance de las disposiciones del Pacto de San José. Aducen, además, que las autoridades estatales en realidad hacen “sólo una interpretación de derechos y libertades acorde a tratados”, motivo por el que consideran que tal actividad carece de innovación, pues es una responsabilidad que el Estado asume desde que ratifica la Convención. Esta es una opinión que por su puesto merece reflexión en otro tipo de trabajo (Castilla, 2012, 97).

Es relevante agregar que algunos tribunales, cortes y salas constitucionales en América Latina²⁵ venían reconociendo la fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana, lo cual facilitó la adopción de la doctrina del control de convencionalidad a cargo de los Sistemas Nacionales. Además, cabe mencionar que la doctrina en estudio posee como novedoso un origen emanado de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –como un deber hacia todas las autoridades nacionales– y no de las disposiciones de la Convención (Ferrer, 2012, 136).

El control de convencionalidad en sede nacional obedece al criterio de la Corte Interamericana en el que –al no tener respuesta por parte de los Estados para realizar sus obligaciones internacionales a cabalidad– se hizo de aquél como una medida subsidiaria para garantizar la protección de los derechos humanos de forma directa e inmediata, a través de la actuación de los funcionarios estatales. Es una figura en la que los jueces juegan un papel fundamental en la salvaguardia de la convencionalidad de los actos y omisiones del sistema estatal, por lo que ellos se instituyen como “jueces interamericanos” (Ferrer, 2010, 186).

24 Para profundizar sobre el contenido y alcance de este Sistema, veáse Villán, 2004, 29.

25 Pueden consultarse los ejemplos de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Perú y República Dominicana en CorteIDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010, párrs. 226-232.

Finalmente, es muy interesante la definición integral que hace del control de convencionalidad un destacado estudioso sobre la materia, ya que en ella incluye prácticamente el contenido de todas las decisiones jurisprudenciales que la Corte Interamericana ha emitido –y que aquí hemos estudiado– para delinear los contornos de la materia, y por su particularidad me permito exponerla literalmente:

El control de convencionalidad es una obligación internacional (que también puede ser entendida como una ‘herramienta’ o una ‘técnica’) a cargo de todas las autoridades del Estado [...], pero esencialmente dirigida a los jueces; que requiere a las autoridades estatales interpretar todas las normas jurídicas nacionales de conformidad con el *corpus iuris* interamericano (el cual incluye como mínimo, la Convención Americana, otros tratados del Sistema Interamericano, y la jurisprudencia de la CorteIDH). Requiere también que las autoridades nacionales se abstengan de aplicar una norma nacional que no pueda ser interpretada de conformidad con el *corpus iuris*, para de esta forma evitar la responsabilidad internacional del Estado. La obligación de realizar control de convencionalidad debe ser cumplida de oficio. Pero las autoridades deben actuar siempre en sus respectivas competencias y de acuerdo a las regulaciones procesales correspondientes. El fundamento jurídico de la doctrina se encuentra en los artículos 2, 1.1, 29 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, de 1969 (González, 2014, 21).

4. Balance general: dudas y desafíos

La implementación de la doctrina del control de convencionalidad ha provocado cambios sustanciales en la comprensión del constitucionalismo de los sistemas nacionales, con lo que se crea una amalgama entre el Derecho Doméstico y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y por lo que se transita de un concepto de soberanía limitado o tradicional a uno flexible que es capaz de incluir los acuerdos internacionales que sean necesarios para proteger la dignidad humana (Bogdandy y Serna, 2014)²⁶.

26 “En este nuevo orden jurídico, la soberanía nacional ya no es absoluta sino que se

Como consecuencia natural de cualquier transformación, el control de convencionalidad también plantea desafíos y cuestionamientos sobre sus alcances y modo de operación, a los cuales les será imperioso que se lleven adelante con seriedad y profundidad para lograr un palpable fortalecimiento de los Estados y del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Con ello su concepción o preciso entendimiento aún presenta importantes limitaciones –y hasta confusiones–, pues aún no es un tema concluido por la Corte Interamericana.

Sin duda alguna, ésta pretende evitar o remediar los enfrentamientos entre el Derecho doméstico y el *corpus iuris* interamericano junto con su interpretación, dando preferencia –en cierta forma– al ámbito internacional, que generalmente resulta más favorecedor a la persona humana. Sin embargo, una de las principales preocupaciones consiste en la necesidad de armonizar las interpretaciones que de un mismo derecho humano haga la jurisdicción nacional –en sus diferentes niveles– y la internacional. Lo anterior debido a la importancia del respeto al principio de seguridad jurídica y de igualdad, pues las personas tienen derecho a que interpretaciones anteriores se apliquen en casos nuevos –con la salvedad de las interpretaciones *erga omnes* o *pro futuro*– (Ayala, 2012, 19).

Para resolver este inconveniente será pertinente implementar los mecanismos que resulten idóneos para permitir la “lubricación” de los cauces procesales de llegada de los casos concretos a los Máximos Tribunales, y con ello se pueda dar la solución más pronta posible; o bien, meditar sobre la pertinencia de implementar otras medidas que posibiliten la armonización del sistema jurídico²⁷.

encuentra limitada por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, especialmente por los tratados. De allí que estemos ante una nueva concepción democrática de la soberanía, que podemos denominar una *soberanía de los derechos*, la cual limita al poder de los estados, desde una doble fuente: la constitucional y la internacional, con el objeto y propósito de proteger universalmente a la persona humana” (Ayala, 2012, 18).

27 Como ejemplo el caso español en el que su Constitución –artículo 162– establece que “cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con

Asimismo, el control de convencionalidad ha contribuido al fortalecimiento de un diálogo jurisprudencial entre tribunales nacionales y las cortes internacionales²⁸, en el que comparten –mediante principios democráticos comunes– los criterios para dar soluciones a los diferentes conflictos sobre derechos; de ahí que sea sumamente pertinente que este fenómeno jurídico siga robusteciéndose para que a su vez permita el desarrollo integral de un *ius commune* interamericano²⁹, con base en la armonización jurisprudencial que provoca dicho diálogo.

Otra cuestión consiste en la conveniencia de definir con precisión quiénes son los sujetos estatales que están facultados para ejercer el control de convencionalidad. Esta duda tiene su origen a raíz del *Caso Gelman vs. Uruguay*, a través del cual se ordena que *todas* las autoridades del Estado deban llevarlo a cabo y ello incluye, por supuesto, a las de carácter administrativo. Justo de aquí deriva la duda, pues parece que en realidad este tipo de autoridades sólo hacen una observancia de los instrumentos internacionales, y de las interpretaciones que derivan de sus órganos de control.

rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”. Sobre el tema, cfr. Corzo, 1998,171 y ss. Esta figura jurídica también se puede trasladar al control de convencionalidad.

28 “Más allá de la decisión, sin duda importante, de los medios para la interpretación constitucional, se advierte que la disputa se refiere directamente a la legitimidad de la participación de las jurisdicciones constitucionales nacionales en la construcción de perspectivas jurídicas de orientación común, tendencialmente universales [...]. Basta una actitud de modestia al examinar las experiencias foráneas, respecto a nuestros propios problemas. Basta no creer que estamos solos en el propio camino y no presumir, como por el contrario hacen los chauvinistas de la Constitución, de ser los mejores [...] (el presupuesto para hacerlo es) la prudencia del empirista que quiere aprender, además de los propios, también de los errores y aciertos de los demás” (Zagrebelsky, 2007, 93–94). Véase, además, Ferrer y Herrera, 2013, 83 y ss.

29 En torno al *ius commune* interamericano es muy ilustrativa la reflexión de García, 2014, 459–500.

Eso es lo que parece ser después de una amplia revisión de la jurisprudencia de la Corte, ya que si bien ésta se ha centrado mucho más en los pormenores del control por parte de los juzgadores nacionales, no lo ha hecho así del resto de las autoridades que son parte de un Estado. Ante este silencio y las meras interpretaciones que se pueden derivar del análisis integral de todas las sentencias que ha emitido hasta el momento, relacionadas con el tema -57, de 291 sentencias publicadas-, se puede afirmar que, respecto de las autoridades con carácter administrativo, la Corte pretende que se haga una mera *interpretación conforme* y no la desaplicación -y mucho menos la expulsión- de normas internas³⁰.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso mexicano, ha respondido, a mi parecer, de manera pertinente a esta cuestión, ya que el control de convencionalidad como tal lo deja a cargo de los jueces por la implicación de la naturaleza de sus atribuciones; no así a las autoridades administrativas, a las que sólo -como se indicó *supra*-se les faculta para aplicar las normas que correspondan, “haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia”, sin la posibilidad hacer expulsión e inaplicación de normas, como sí lo hacen los órganos jurisdiccionales³¹.

Por otra parte, hay quienes proyectan la necesidad de que el Poder Legislativo intervenga con la emisión de leyes que instauren las atribuciones de los juzgadores y “los procedimientos para ventilar derechos y obligaciones [que] deben estar también regulados por la propia ley” (García, 2013, 25). Será imprescindible que el Legislativo sea cuidadoso con los contenidos que introduzca en estas leyes para evitar coartar, sobre todo, los mecanismos hermenéuticos y de protección que se encuentran inmersos en la mayoría de los sistemas constitucionales de América Latina, con la finalidad de fortalecer los derechos humanos reconocidos -v.gr. el principio *pro persona*-.

30 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Casos contenciosos*, <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/casos-contenciosos>

31 Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Expediente Varios 912*, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011

Con todo lo anterior, el desarrollo de la doctrina en los países que forman parte del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos presenta todavía fuertes retos y grandes dudas por aclarar, aunque ha tenido resultados plausibles de los que se puede percibir una seria disposición por observar los compromisos internacionales que han asumido en materia de derechos humanos.

Por supuesto que tales compromisos los han llevado a adecuar sus normas y actos internos, por los que ha tenido que crear determinadas instituciones –como la del control difuso de constitucionalidad, en el caso mexicano, por ejemplo³²– en aras de fortalecer un Estado Democrático de Derecho sólido, en el que la dignidad humana es el motivo principal de su razón de ser.

5. Bibliografía

- Albanese, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en Albanese, Susana, coord. 2008. *El control de convencionalidad*, Buenos Aires: Ediar.
- Ayala Corao, Carlos. 2012. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana.
- Bazán, Víctor, “Estimulando sinergias; de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo coord. 2012. *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México: FUNDAP.
- Becerra Ramírez, Manuel. 2013. *El control de la aplicación del Derecho Internacional. En el marco del Estado de Derecho*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Bogdandy, Armin von y Serna de la Garza, José María, coords. 2014. *Soberanía y Estado Abierto en América Latina y Europa*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Carbonell, Miguel. 2013. *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*. 2da. ed. México: Miguel Carbonell Sánchez.

32 Cfr. Idem.

- Castilla Juárez, Karlos, “El control de convencionalidad. Un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, coord. 2012. *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México: FUNDAP.
- Corzo, Edgar. 1998. *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso, coords. 2013. *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México: Tirant Lo Blanch.
- Ferrer Mac-Gregor, “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”, en Fix Zamudio, Héctor y Valadés, Diego, coords. 2010. *Formación y perspectiva del Estado Mexicano*, México: El Colegio Nacional/Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo coord. 2012. *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México: FUNDAP.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2011. *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México: Porrúa/UNAM.
- García Ramírez, “La ‘Navegación Americana’ de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, en Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela, coords. 2014. *Ius constitutionale commune: rasgos, potencialidades y desafíos*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Instituto Max Planck.
- García Ramírez. 2013. *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el control de convencionalidad*, México: Tribunal Electoral del Estado de Michoacán.
- García Ramírez, Sergio. 2002. *Temas de derecho*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- García Ramírez, Sergio. 2012. *El control judicial interno de convencionalidad*, Aguascalientes, México: Poder Judicial del Estado de Aguascalientes, t. I.

- González Domínguez, Pablo. 2014. *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: la doctrina del control de convencionalidad*, CEJA–JSCA, http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/bibliotecavirtual/doc_view/7408-implementaci%C3%B3n-de-la-convenci%C3%B3n-americana-sobre-derechos-humanos-en-los-sistemas-jur%C3%ADdicos-nacionales.html
- Ramos Vázquez, Eréndira Nohemí y Durán Pérez, Ángel. 2012. La reforma constitucional de derechos humanos como fruto del neoconstitucionalismo y como paradigma en el fortalecimiento de la democracia, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, México, vol. 1, no. 10, cuarta época, año 2012, pp. 171–196.
- Rey Cantor, Ernesto. 2008. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México: Porrúa.
- Sagüés, “El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos–sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en Ferrer Mac–Gregor, Eduardo coord. 2012. *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México: FUNDAP.
- Sagüés, Néstor Pedro. 2013. *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, México: Porrúa.
- Villán Durán, Carlos. 2004. “La protección internacional de los derechos humanos en el Sistema de las Naciones Unidas y sus organismos especializados”, en *Memorias del seminario instrumentos de protección regional e internacional de los derechos humanos*, México: Secretaría de Relaciones Exteriores.
- Zagrebel'sky, Gustavo, “Jueces constitucionales”, en Carbonell, Miguel, editor. 2007. *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid: Trotta.

5.1 Jurisprudencia

- CorteIDH, *Caso Almonacid y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124.
- CorteIDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones

preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010, párr. 225.

CorteIDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239.

CorteIDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución del 20 de marzo de 2013, párr. 65.

CorteIDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 124.

CorteIDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1 de febrero de 2006, voto razonado del Juez García Ramírez, párr. 30.

CorteIDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

CorteIDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de junio de 2005, voto razonado del Juez García Ramírez, párr. 3.

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

5.2 Votos particulares

CorteIDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de noviembre 2003, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 27.

CorteIDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 7 de septiembre de 2004, voto razonado del Juez García Ramírez, párr. 3.

CorteIDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento del 20 de marzo de 2013, voto concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

5.3 Tratados internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

La relevancia jurídica de la justicia como “voluntad constante y perpetua” desde el derecho humano a la tutela judicial efectiva

Frederico Bonaldo

Profesor Asistente de Lógica y Metodología Jurídica,
Pontificia Universidade Católica de São Paulo (Brasil).

Doctorando en Derecho, Pontificia Universidade Católica de São Paulo (Brasil).

Máster en Derecho, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Brasil).

Resumen: En este trabajo se pretende mostrar que la disposición interna o ética del juez a la hora de juzgar tiene importancia jurídica, y no sólo moral. Para ello, se examina en especial el carácter permanente del deber judicial correlato al derecho a la tutela judicial efectiva. La caracterización de tal disposición judicial interna parte del estudio de la clásica definición de la justicia de Ulpiano. Al final, se informan algunos medios concebidos en orden a que el juzgador adquiera la referida disposición interna de hacer justicia.

Palabras clave: Definición ulpiana de la justicia; Derecho a la tutela judicial efectiva; Deber jurídico judicial de tutelar efectivamente los derechos; Responsabilidad estatal de promover la ética judicial; Medios éticos para la adecuada administración de la justicia.

Abstract: The aim of this paper is to show that the judge's inner or ethical disposition while he is judging has a legal relevance, not only a moral one. To this purpose, the permanent character of judicial obligation correlative to the right to effective judicial protection is examined. The characterization of such inner judicial disposition starts from the study of Ulpian's classical definition of justice. At last, the paper notifies some means conceived in order that judges can obtain the mentioned inner disposition to do justice.

Keywords: Ulpian's definition of justice; right to effective judicial protection;

judicial legal obligation of protecting rights effectively; State responsibility of promoting judicial ethics; ethical means to the proper administration of justice.

Artículo recibido: 22/03/2016 Aceptado: 24/08/2016

Sumario

1. Introducción
2. Una inquietud suscitada por la definición de la justicia de Ulpiano
3. El derecho humano a la tutela judicial efectiva y el carácter permanente de su deber judicial correlativo
4. Por qué la justicia como “voluntad constante y perpetua” tiene relevancia jurídica
5. Algunos resortes éticos para el cumplimiento del deber judicial permanente de tutelar los derechos con efectividad
6. Conclusiones
7. Bibliografía

1. Introducción

En las discusiones que giran en torno a la relación entre Derecho y moral, muchas veces se intenta identificar el valor jurídico de elementos típicamente éticos. Lo propio se hace en este artículo, pero sobre un aspecto todavía poco explorado en la teoría jurídica: el talante moral o ético del juez. Concretamente, se pone en evidencia cómo la voluntad del juzgador es decisiva para que se lleve a cabo el trascendente derecho a la tutela judicial efectiva.

El itinerario de este trabajo se compone de los siguientes estadios: un examen de la fórmula de la justicia del jurisperito Ulpiano en que se destaca su dimensión ética; una breve caracterización del derecho a la tutela judicial efectiva conducente a poner de relieve su deber jurídico judicial correlato; la demostración de la relevancia jurídica de la dimensión ética de la fórmula ulpiana; y la presentación de algunas herramientas éticas dirigidas al juez para que el derecho a la tutela judicial sea realmente efectivo.

2. Una inquietud suscitada por la definición de la justicia de Ulpiano

La palabra “justicia” no pertenece exclusivamente al campo del Derecho. Con acepciones distintas, se encuentra también en los terrenos moral y religioso, pudiendo significar, respectivamente, el orden interno del individuo –entre sus dimensiones racional, volitiva y afectiva– y la actitud de incorporar y secundar los designios divinos. Cuando se habla de la justicia en las cuestiones jurídicas, el enfoque no incide sobre el ámbito interior de las personas, sino, por el contrario, en el espacio exterior de sus relaciones sociales.

En la Antigüedad, se elaboraron algunas definiciones célebres de esa justicia que se puede llamar jurídica¹. Por ejemplo, sabemos por intermedio de Platón que el poeta griego Simónides habría dicho que la justicia o lo justo consistía en “dar a cada uno lo que se le debe” (Platón, 1949, 9; I, 6, 331e). Por su parte, Aristóteles brindó al menos dos definiciones de la justicia. Una de ellas se halla en la *Retórica*, en estos términos: “La justicia es la virtud por la cual cada uno tiene lo propio, y según ley, y la injusticia cuando tiene lo ajeno, no según ley” (Aristóteles, 1985, 46; I, 9, 1366b). Ya en la *Ética a Nicómaco*, el Estagirita enuncia que “todos están de acuerdo en llamar justicia a la disposición en virtud de la cual los hombres practican lo que es justo, obran justamente y quieren lo justo” (Aristóteles, 2002, 70; V, 1, 1129a, 5). Pero la definición de justicia más conocida y de mayor uso hasta la actualidad es la del jurisconsulto romano Domicio Ulpiano (circa 170–224 d.C.): “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*” (“Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”) (Cuerpo del Derecho Civil Romano, 1889, 199; *Digesto*, I, I, 10).

Antes de analizar esta última definición, se da noticia de un dato obtenido a lo largo de la investigación llevada a cabo para la escritura de estas líneas. El romanista inglés Tony Honoré asevera que si uno quiere entender el punto de vista teórico de Ulpiano, “debe dejar a un lado los

1 Así la denomina, por ejemplo, Cunha (1990: 50), al examinar el sentido de la justicia particular de Aristóteles.

famosos ‘preceptos del Derecho’ atribuidos a él, incluso el de ‘dar a cada uno lo suyo’” (Honoré, 2002, 76), dado que, entre otros motivos, el recurso al asíndeton (es decir, la omisión de conjunciones coordinativas entre palabras, términos de la oración u oraciones de un periodo en orden a dar vigor a un concepto) –que es lo que ocurre en la formulación de los referidos preceptos del Derecho: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (*Digesto*, I, I, 10, 1)–, no es una característica de los escritos reconocidamente legítimos de este jurisprudente (Honoré, 2002, 216). Sin embargo, se advierte que la noción de justicia que se ha transcritto no se localiza en este último pasaje citado del *Digesto*, sino en el trecho inmediatamente anterior. No obstante, Honoré la juzga también como una máxima no escrita por Ulpiano (Honoré, 2002, 215). La justificación que ofrece viene en forma de pregunta: “¿Cómo dar a cada lo suyo puede ser tanto el criterio de la justicia como uno de los tres preceptos del Derecho?” (Honoré, 2002, 215, n. 129). Confieso que no entiendo el sentido de este cuestionamiento y menos aún por qué resultaría una objeción a la idea de que es Ulpiano el autor de *Digesto*, I, I, 10. Sea como fuere, aquello que más interesa en la fórmula del famoso jurisperito –o atribuida a él– es el hecho de que es más precisa que sus antecedentes y de haber conferido a la justicia “su más acabada dimensión jurídica, pues se matiza que lo suyo de cada uno es su derecho” (Hervada, 1991, 118).

Volvamos entonces al análisis de la definición ulpiana de la justicia. Hay por lo menos dos maneras de analizarla. En la primera, se examina el significado de cada uno de sus elementos. En la segunda, la definición de Ulpiano es dividida en dos partes: una estrictamente jurídica y otra de índole ética o moral.

Tomás de Aquino dedica un artículo de su *Suma de teología* al primer tipo de análisis, en orden a responder si la justicia está correctamente definida en la fórmula “es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho” (Tomás de Aquino, 2001, 475-6; II-II, q. 58, a. 1). Su respuesta es afirmativa:

[L]a definición predicha es una definición completa de la justicia, excepto que se pone el acto en lugar del hábito, el cual es especifica-

do por aquél, pues el hábito se dice para el acto. Y si alguien quisiera reducir la definición a su debida forma, podría decir que *la justicia es el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho* (Tomás de Aquino, 2001, 476; *respondeo*; cursivas del original).

A continuación el Aquinate efectúa algunas aclaraciones, de entre las cuales pueden destacarse: (i) en esta definición, “voluntad” no significa la potencia anímica de los seres humanos, sino el acto propio de esa potencia (Tomás de Aquino, 2001, 476; *ad* 1); (ii) el adjetivo “perpetua” no indica que la voluntad humana observa la justicia siempre e indefectiblemente, sino que el hombre puede y debe tener la voluntad de hacerlo en todas las circunstancias (Tomás de Aquino, 2001, 476; *ad* 3); (iii) la adición del calificativo “constante” no es superflua, porque si “perpetua” significa que la persona actúa en determinado momento con el propósito de realizar la justicia siempre, “constante” denota, a su vez, su firme perseverancia en ese propósito (Tomás de Aquino, 2001, 476; *ad* 4).

Como se constata, Tomás analiza sólo una parte de la definición ulpiana en el artículo referido, puesto que ahí no trata la continuación de la misma, es decir, la expresión “*ius suum cuique tribuendi*”. Pero lo hace de alguna manera en el artículo 11 de la misma cuestión 58, donde interroga: “El acto de la justicia, ¿es dar a cada uno lo suyo?” (Tomás de Aquino, 2001, 486; II-II, q. 58, a. 11). Como puede notarse, en ese artículo Tomás aborda la expresión “*suum cuique tribuere*”, que es el tercero de los preceptos del Derecho (*iuris praecepta*) incluidos en el *Digesto* y sinónima de “*ius suum cuique tribuendi*” (Hervada, 1991, 18). La respuesta del Aquinate es igualmente afirmativa:

Como ya se ha expuesto [...], la materia de la justicia es la operación exterior, en cuanto que esta misma, o la cosa que por ella usamos, es proporcionada a otra persona, a la que estamos ordenados por la justicia. Ahora bien: se dice que es suyo –de cada persona– lo que se le debe según igualdad de proporción, y, por consiguiente, el acto propio de la justicia no es otra cosa que dar a cada uno lo suyo

(Tomás de Aquino, 2001, 486; II-II, q. 58, a. 11, *respondeo*).

Pasemos ahora a una segunda manera posible de analizar la definición de la justicia de Ulpiano, consistente en dividirla en dos partes, que, por coincidencia, corresponden exactamente a las expresiones estudiadas por Tomás de Aquino en los dos artículos mencionados de la *Suma de teología*:

[1] *Constans et perpetua voluntas* (la constante y perpetua voluntad) y

[2] *Ius suum cuique tribuendi* (dar a cada uno su derecho)

La parte [1] puede ser llamada *ámbito moral* de la definición y [2], *ámbito jurídico*. Esta división puede justificarse en base a una tesis sobre la que tanto insistió en sus escritos el iusfilósofo francés Michel Villey y que condensó en una de sus últimas obras, como sigue:

Existe un arte que atañe a la virtud subjetiva del individuo; o que le prescribe conductas, incluso conductas justas, las del hombre justo [...]; podemos llamar a ese arte *la moral*. Pero de la moral se desprende otra disciplina que tiene por mira decir *lo* que es justo, lo que pertenece a cada uno. [...] Es decir, [el] Derecho. La misión del Derecho no es que el individuo sea justo, ni vigilar la virtud del individuo ni siquiera regular su conducta. Nada le importa al jurista que subjetivamente yo sea honesto y lleno de buenas intenciones hacia las finanzas públicas; únicamente le importa que pague mi impuesto; y todavía con más precisión [...]: le importa *definir* la parte de impuesto que me corresponde pagar. El mismo Derecho penal no tiene por función, aunque algunos lo pretendan, prohibir el homicidio, el robo, el adulterio o el aborto: estas prohibiciones competen a la moral. Un jurado o el Código penal reparten las penas, a cada uno la pena que le corresponde (Villey, 1979, 86-7; cursivas del original).

Esta tajante separación del Derecho respecto a la moral es lapidaria. Según Villey, en términos jurídicos, da igual si una acción justa (pagar un impuesto, imponer una pena, etc.) ha sido motivada o no por una intención justa, es decir, por una “constante y perpetua voluntad” de

hacerlo. Para el Derecho, lo único relevante es que la acción de “dar a cada uno su derecho” ocurra. En otras palabras, el Derecho se importa sólo con el *ámbito jurídico* de la definición de la justicia de Ulpiano; el Derecho es completamente indiferente en cuanto al *ámbito moral* de la misma definición.

En efecto, cuando Villey ofrece su respuesta a la pregunta acerca de aquello que los jurisconsultos del periodo clásico del Derecho romano entendían por justicia, alude a los *iuris praecepta* de *Digesto*, I, I, 10, 1 –vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo– y afirma que el conocimiento de la técnica romana de definir una actividad determinada muestra que se debe retener solamente el último elemento de la definición, que es el que señala la diferencia específica de la misma en relación con otras (Villey, 1979, 106). O sea, de acuerdo con este entendimiento, el único de los *iuris praecepta* que el Derecho debe tomar en consideración es “dar a cada uno lo suyo”; por consiguiente, en cuanto a la definición de la justicia de Ulpiano, el Derecho debe atenerse sólo a su *ámbito jurídico*, vale decir, a “dar a cada uno su derecho”. Consecuentemente, una vez que el Derecho se desprendió de la moral, los preceptos “vivir honestamente” y “no hacer daño a otro”, así como el *ámbito moral* de la definición ulpiana –“Justicia es la constante y perpetua voluntad”– poseen una relevancia jurídica escasa o aun inexistente. En este sentido, puede decirse que el pensamiento villeyano establece la tesis de la *irrelevancia jurídica de la justicia como “voluntad constante y perpetua”*.

Dentro de la riqueza de matices del fenómeno del Derecho, ocupa una posición privilegiada la relación jurídica procesal, es decir, las conexiones entre los justiciables y entre éstos y el juez dentro de un proceso judicial, en el que estos sujetos poseen poderes, derechos y facultades, así como los correspondientes deberes, obligaciones, sujeciones y cargas (Cintra et al., 2004, 282). Pues bien, la tesis de la irrelevancia jurídica de la justicia como “voluntad constante y perpetua” parece adecuada a una relación jurídica procesal individualizada e *in fieri*, en curso, tanto desde el punto de vista del juez como bajo la óptica de los justiciables. De hecho, el juez tiene que preocuparse únicamente si el demandado ha dado o no al autor de la acción lo que le era debido, más allá de sus motivaciones

de carácter psicológico, moral, etc.; asimismo, no hay razón para que los justiciables quieran inquirir los móviles internos del juez al decidir sobre sus pretensiones, dado que la constatación que les resulta decisiva es la de si el magistrado ha dado a cada uno aquello que les era debido.

Sin embargo, si miramos la relación jurídica procesal no desde una situación particular, mientras se desarrolla concretamente, sino de modo general y abstracto, como algo que puede suceder, no parece razonable que los potenciales justiciables de la misma apoyen la tesis de la irrelevancia jurídica de la justicia como “voluntad constante y perpetua” en lo que respecta al juez. Por el contrario, parece legítimo que se cuestionen: “Dado que, por fuerza de su oficio, tiene el juez que juzgar conflictos de intereses recurrentemente, ¿es posible que dé *siempre* a cada cual su derecho si no tiene la voluntad *constante y perpetua* de hacerlo?”. Esta es una inquietud plausible que suscita la definición de la justicia de Ulpiano.

3. El derecho humano a la tutela judicial efectiva y el carácter permanente de su deber judicial correlativo

Esta cuestión provocada por la definición ulpiana de la justicia se origina también del deber jurídico del Estado-juez resultante del hodierno derecho a la tutela judicial efectiva. Y es por este motivo que se sostiene aquí que la justicia como “voluntad constante y perpetua” adquiere relevancia jurídica en la actualidad.

Para desplegar este argumento, podemos seguir la doctrina del profesor argentino Fernando Toller, que es uno de los autores contemporáneos que ha tratado el derecho a la tutela judicial efectiva de modo más extenso, detallado y articulado².

Porque parte de una realidad particular, con la cual tenemos contacto frecuente, hacia la conceptualización general que engloba todas las realidades que poseen al menos un rasgo común, el razonamiento inductivo es una vía de conocimiento que facilita mucho nuestra comprensión de algo. Así,

2 Los trabajos en que Toller estudia temáticamente este derecho son: Toller, 1999, 427-84; 2006; y 2013.

acercándonos a él, el entendimiento del derecho a la tutela judicial efectiva puede empezar con este ejemplo:

[E]s distinto el derecho sustancial a que se pague el precio de un alquiler, al derecho general, procesal, a acceder al juez, y también al derecho de naturaleza procesal a que se obligue al inquilino a pagar el precio debido por el alquiler bajo apercibimiento de ejecución forzosa. De esta manera, el derecho a cobrar es distinto al derecho a obtener que el crédito se vea potenciado por una sentencia de condena, por la cual el juez ordena al moroso que pague (Toller, 2013, 497).

En la situación jurídica expuesta, se distinguen tres derechos de que es titular el propietario de un bien dado en alquiler, quien peticona a la autoridad judicial que el inquilino le dé la contraprestación debida: el derecho al crédito correspondiente al alquiler, el derecho a recurrir al Poder Judicial para el cobro del crédito retrasado y, cuando iniciado el proceso judicial, el derecho a que el juez decida que el inquilino moroso pague el crédito coercitivamente. Ahora bien, en el caso ejemplificado, el derecho a la tutela judicial efectiva es el tercero.

En el ejemplo que se ofrece, se supone que el titular del bien dado en alquiler demuestra a lo largo del proceso judicial que realmente es titular del derecho que reivindica; y es sólo por ello que tiene, además, el derecho a la tutela judicial efectiva, consistente en que el juez reconozca esa titularidad de forma apta a que la otra parte efectúe el pago del crédito debido. Pero si sucediese lo contrario, es decir, si el presunto deudor probase judicialmente que, en realidad, nada debe, entonces sería él, el demandado, quien tendría el derecho a la tutela judicial efectiva, consistente en que el decisor profiriera una sentencia favorable a su pretensión y empleara los medios oportunos para proteger su derecho a no pagar el crédito que se ha verificado inexistente. En efecto, “el derecho a una sentencia favorable o a una concreta tutela judicial no puede significar que todo actor debe ganar su pleito” (Toller, 2013, 498), puesto que “también el demandado que tiene razón posee un derecho a la sentencia favorable, a que no se tutele al actor si éste no tiene derecho a que se lo haga” (Toller,

2013, 498-9). Puede suceder también que tanto el autor de la acción como el demandado demuestren durante el proceso que sus pretensiones son parcialmente justas, supuesto en que el juez debe reconocer el derecho a la tutela efectiva de “ambos, en la parte de razón diferente que corresponda a cada uno” (Toller, 2013, 499). Finalmente, si las partes procesales no demuestran que sus pretensiones están amparadas por el(los) derecho(s) sustantivo(s) que invocan, ninguna de las dos tendrá el derecho a la tutela judicial efectiva (Toller, 2013, 499). Esto vale para procesos judiciales de cualquier naturaleza, sea civil, penal o de otros tipos, así como para una decisión definitiva o cautelar (Toller, 2013, 500).

Hay otras tres notas importantes para la comprensión del derecho a la tutela judicial efectiva: (i) desde una perspectiva jurídico-procesal, no puede considerarse efectiva una tutela judicial que, aunque dé razón a quien demuestra tenerla, lo haga en forma intempestiva, fuera de un plazo razonable; (ii) así como todo los demás derechos, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse frustrado, esto es, no ser reconocido cuando, a la postre, se verifica que existía en el caso concreto; esto debe atribuirse a la falibilidad de la justicia humana y a los obstáculos inherentes a la labor jurisdiccional (Toller, 2013, 492 y 506, respectivamente).

La tercera nota merece destaque especial. El derecho a la tutela efectiva por parte del Estado-juez se muestra absolutamente estratégico tanto para la eficacia de todos los demás derechos subjetivos reconocidos o estipulados por el ordenamiento jurídico como para la sustentación y buena marcha del mismo Estado de Derecho. En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva es una garantía de que todos los otros derechos e intereses legítimos de las personas sean atendidos adecuadamente (Toller, 2013, 492). De otra parte, este derecho funciona como sustentáculo y afianzamiento del seguro gobierno de las leyes por encima del claudicante gobierno de los hombres, toda vez que:

[n]o puede hablarse de Estado de derecho donde las personas no pueden recurrir a jueces imparciales para reclamar justicia y donde, pudiendo acceder a los tribunales, tal justicia les es negada” (Toller, 2013, 492).

No cabe duda de que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho humano. En efecto, diversos países lo incluyen en sus constituciones y se encuentra presente también en varios tratados internacionales de derechos humanos³. Sin embargo, más allá de su positivación y concreción, este es un derecho básico de la persona humana: el derecho a defenderse dentro de un cuadro institucional de veda de la violencia privada y del consecuente monopolio estatal de la fuerza, que incluye el monopolio de la garantía y actuación del Derecho (Toller, 2013, 490 y 505). Dada esta circunstancia político-jurídica de interdicción de la autodefensa, hay que atribuir a todas las personas el derecho que tienen de ser defendidas. Es en este punto que vemos el enlace del derecho a la tutela judicial efectiva con la definición ulpiana de la justicia. Realmente,

[e]ste derecho del justiciable al reconocimiento de su derecho sustantivo, con el consiguiente deber correlativo de reconocerlo por parte de la jurisdicción, no es más que una aplicación concreta del clásico concepto de justicia enunciado por Ulpiano: *ius suum cuique tribuendi* –hay que dar a cada uno lo que es suyo, su derecho– (Toller, 2013, 494).

Al fin, llegamos al punto álgido de esta breve exposición del derecho humano que se examina, que es el carácter de estabilidad de su deber jurídico correlato. Si el derecho a la tutela judicial efectiva no es un de-

3 En cuanto a las constituciones, véanse, por ejemplo, la portuguesa (art. 20, n. 1), la italiana (art. 24.1), la brasileña (art. 5º, XXXV) y, de manera más acabada, la española, que, en su art. 24.1, prescribe: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Con relación a los tratados internacionales, sean mencionados la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (art. 18), la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 8º y 10), el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (art. 13), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1967 (art. 2.3.a) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 25.1).

recho intermitente, es decir, que se interrumpe en algunos casos y luego prosigue en otros, sino que, por el contrario, con toda evidencia, es un *derecho permanente*, impasible de mutación, presente en todos los casos judiciales, sin excepción, hay que concluir necesariamente que el deber de la jurisdicción, que resulta ser la contrapartida a este derecho, tiene que ser igualmente permanente, exigible en cada proceso judicial. Y de ahí se infiere lo que ello implica para un juez determinado: en cada litigio con que se enfrente, ese juez tendrá el *deber jurídico* de tutelar eficazmente el derecho sustantivo de quien tiene razón en la litis. En este punto preciso, la inquietud suscitada por la definición de la justicia del jurisconsulto romano puede volver a formularse, ahora en otros términos: ¿puede tal juez cumplir con ese *deber jurídico* suyo sin que posea la voluntad constante y perpetua de hacerlo?.

4. Por qué la justicia como “voluntad constante y perpetua” tiene relevancia jurídica

Como cualquier actividad humana, la prestación jurisdiccional también es falible. Más aún cuando se trata de descubrir quién tiene razón en un proceso judicial. Para que uno se dé cuenta de esto, basta que se entere de las condiciones exigidas para la verificación de quién tiene razón en una disputa judicial de intereses –en otras palabras, para el descubrimiento *in casu* del justiciable que es titular del derecho humano a la tutela judicial efectiva–:

Ahora bien, ¿cuándo se tiene razón? ¿Cuándo existe ese derecho procesal con fundamento y naturaleza constitucional a una tutela jurisdiccional de un derecho sustancial? La respuesta es la siguiente:

existe un derecho procesal a la tutela jurisdiccional sobre el fondo del litigio cuando la pretensión de tutela puede apoyarse en el ordenamiento jurídico –ampliamente considerado, englobando no sólo la ley escrita, sino también las otras fuentes del derecho– y, en concreto, cuando la pretensión está fundada en que existen hechos o actos determinados y específicos que reconocen o confieren la titularidad de

un derecho operativo al que demanda su tutela (Toller, 2013, 496; cursivas del original).

Proceder prácticamente a diario –y, no raro, en ritmo frenético, ante la cantidad abrumadora de pleitos impetrados– a la identificación e interpretación de las fuentes del Derecho adecuadas a cada caso concreto, por un lado, y, por otro, al examen atento y selectivo de los sucesos jurídicamente relevantes narrados por las partes, por los testigos, por los informes periciales, etc., es un oficio ingente y no pocas veces engorroso. Pues esta es la tarea judicial. Por eso, no es de extrañar que ser juez es una profesión que requiere una serie de idoneidades a quien quiera ejercerla con éxito; por ejemplo, el juez debe ser idóneo desde el punto de vista físico–psicológico, técnico–jurídico, gerencial y ético (Vigo, 2006, 293–4). El cumplimiento de estas exigencias implica la posesión de aptitudes variadas, tanto teóricas como prácticas.

Pienso que la aptitud ética precípua es precisamente *querer resolutivamente* dar a cada uno su derecho, que el juez adquiera la *constante y perpetua voluntad* de identificar y asignar aquello que es jurídicamente debido a cada justiciable en toda controversia que le toca dirimir. Dicho de otro modo, el juzgador, ante todo, tiene que fomentar su apetito de emitir un *juicio recto*, en orden a contrarrestar la inclinación de no acometer todos los esfuerzos necesarios para el logro de su compromiso profesional, la cual fatalmente le alcanza a la vista de las dificultades ínsitas a los casos que se le someten⁴.

El proferimiento de un juicio recto no depende sólo de un ejercicio intelectual por parte del juez, de una razón bien formada en cuanto al Derecho positivo, a las circunstancias sociopolíticas, a las variables econó-

4 En este sentido, dice Nalini (2012, 196) que se necesitaría contar con un reclutamiento que tenga “condiciones de evaluar la *capacidad de trabajo* del candidato [a juez]. [...] Nada o muy poco se hace en términos de *educación judicial permanente* para enseñarle a trabajar. [...] El [Poder] Judicial es el peor de los empleos si no se lo encara como desafío vocacional y opción ética para servir al semejante” (cursivas del original).

micas del momento o a las vicisitudes de las personas que sufrirán directa o indirectamente los efectos de su decisión. Dicha preparación racional es una condición necesaria del juicio recto, pero no suficiente. Esto porque, además de ella, hace falta que el juez emprenda un fortalecimiento de su voluntad, que alcance una prontitud volitiva hacia el hacimiento de la justicia efectiva a quien se la pide.

En efecto, el planteamiento clásico de la teoría de la acción humana propugna que el juicio recto es fruto tanto de la razón perfeccionada por el hábito o virtud de la prudencia como de la voluntad potenciada por el hábito o virtud de la justicia. Tomás de Aquino clarifica esa imbricación de razón y voluntad en orden a la rectitud del juicio:

[P]ara un juicio recto, se requieren dos condiciones. Una de éstas es la virtud misma que profiere el juicio, y en este sentido el juicio es acto de la razón, pues decir o definir algo es propio de la razón. La otra, en cambio, es la disposición del que juzga, por la cual tiene la idoneidad para juzgar rectamente. Y así, en aquellas cosas que pertenecen a la justicia, el juicio procede de la justicia [...]. Así, pues, el juicio es acto de justicia, según ésta se incline a juzgar rectamente, y de prudencia, en cuanto esta virtud pronuncie el juicio (Tomás de Aquino, 2001, 492-3; II-II, q. 60, a. 1, *ad* 1).

El juez no se arrima a la meta de razonar sobre los casos y juzgarlos con acierto si únicamente se ocupa del incremento de sus conocimientos técnicos y humanísticos. Hace falta que también se aplique al perfeccionamiento de su voluntad, de su querer fallar correctamente. De otra manera, hasta podrá proferir sentencias ajustadas a las situaciones fácticas –siempre con arreglo a las fuentes del Derecho disponibles–, pero sólo de modo intermitente, esporádico; no logrará hacerlo de forma continua, permanente o habitual, tal y como lo requiere el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los justiciables, porque su voluntad inconstante o vacilante no cumplirá la función de movilizar permanentemente a su razón en el sentido de la búsqueda de la solución correcta del caso *sub iudice*, exponiéndole así, con gran probabilidad, al peligro de emitir juicios

torcidos y, por consiguiente, jurídicamente erróneos (Massini, 1982, 84).

En definitiva, esto es lo que explica la relevancia jurídica de la justicia como “voluntad constante y perpetua”, es decir, como pronta disposición interior del juez, a partir del examen del derecho humano a la tutela judicial efectiva, y más concretamente desde el carácter permanente de su deber judicial correlativo.

Conviene aclarar que ese robustecimiento de la voluntad del juez en orden a una prestación jurisdiccional máximamente correcta es una obligación de orden ético y no puede constituir un deber de índole jurídica, puesto que, si así fuera, los justiciables tendrían el derecho a exigirselo, bajo amenaza de sanción por incumplimiento. Y esto no es posible, porque la adquisición de rasgos de carácter que impliquen un mejoramiento ético personal es libre por definición y, por consiguiente, no puede sustituirse por la coacción. No obstante, dada la importancia estratégica para el Estado de Derecho, ya señalada *supra*, de que el derecho humano a la tutela judicial efectiva sea asegurado –valga la redundancia– efectivamente en los tribunales, parece no sólo oportuno, sino necesario que los Poderes Judiciales deliberen institucionalmente para encontrar canales adecuados en orden a que sus juzgadores puedan desarrollar personalmente esa “voluntad constante y perpetua”.

Hay en día, ya se cuenta con instrumentos en este sentido. Son los códigos de ética judicial, editados en nivel nacional e internacional⁵. De entre éstos, tiene particular relieve para el presente escrito el Código Iberoamericano de Ética Judicial, puesto que guarda conexión temática expresa con él al declararse un “estímulo para fortalecer la voluntad del juzgador” (Código Iberoamericano de Ética Judicial, Exposición de Motivos, IX). Fue elaborado por los profesores Rodolfo Luis Vigo y Manuel Atienza, publicado y aprobado en 2006 por la Cumbre Judicial Iberoamericana, y se redactó en base a múltiples códigos nacionales surgidos especialmente a partir del año 2002. Este Código está compuesto por dos grandes partes, que son los “Principios de Ética Judicial Iberoamericana” (Parte I) y la que

5 Véase el capítulo IV de Saldaña Serrano (2007, 55–76), titulado “Códigos de ética judicial y documentos análogos. Ámbito universal, europeo y americano”.

expone la organización y el funcionamiento de la “Comisión Iberoamericana de Ética Judicial” (Parte II), precedidas de una extensa “Exposición de Motivos”, cuya finalidad es brindar razones para el convencimiento racional de los jueces acerca de la necesidad del contenido expuesto en las dos grandes partes referidas. En la Parte I del Código, se glosan trece principios de la ética del juez, que son: independencia; imparcialidad; motivación; conocimiento y capacitación; justicia y equidad; responsabilidad institucional; cortesía; integridad; transparencia; secreto profesional; prudencia; diligencia; y honestidad profesional. La exposición de cada uno de ellos contiene un primer artículo en que se justifica la existencia del principio y un segundo en que se lo define. A continuación, en los demás artículos, se establecen reglas derivadas de los respectivos principios. La causa determinante de la elaboración de este Código fue la crisis de legitimidad del Poder Judicial observable en distintos países iberoamericanos, juntamente con la convicción de que el Derecho –incluido el disciplinario relativo a la judicatura– no es suficiente para recobrar la legitimidad perdida, debiéndose también recurrir a la ética personal de los magistrados judiciales para la reconquista de la confianza ciudadana en ellos (Código Iberoamericano de Ética Judicial, Exposición de Motivos, III y VI).

Sin embargo, los códigos de ética judicial son sólo un primer paso rumbo a la excelencia de la prestación jurisdiccional en el Estado de Derecho. Este es un camino muy largo y, de cierto modo, infinito, de suerte que nuevos medios deben ser vislumbrados, estructurados e implementados.

5. Algunos resortes éticos para el cumplimiento del deber judicial permanente de tutelar los derechos con efectividad

No parece conveniente dar por terminada esta sucinta investigación sin nombrar y explicar, ni que sea sumariamente, algunos intentos de la contemporánea teoría del Derecho –todavía no adoptados institucionalmente por los Poderes Judiciales– de proporcionar recursos específicamente dirigidos al fuero de la conciencia de los jueces, de modo que éstos desarrollen en su voluntad las cualidades de constancia y perpetuidad en orden

a la busca y consecución de la corrección jurídica en sus decisiones. En este sentido, se señalan tres planteamientos recientes, al parecer factibles y de sentido común.

El primero proviene de Manuel Atienza, en un texto dedicado a las virtudes judiciales en la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho (Atienza, 2004, 119–50). Como definición de virtud, adopta esto que dice el filósofo Alasdair MacIntyre: “es una cualidad humana adquirida, cuya posesión y ejercicio tiende a hacernos capaces de lograr aquellos bienes que son internos a las prácticas y cuya carencia nos impide efectivamente el lograr cualquiera de tales bienes” (MacIntyre, 1987, 237). Ahí, el profesor español propone que dichas virtudes pueden ser evaluadas mediante la inclusión en el temario de las oposiciones de reclutamiento de jueces y en los planes de estudios de las escuelas judiciales o de los cursos de formación para jueces de “las disciplinas que constituyen el núcleo de la teoría contemporánea del Derecho [, como] los problemas de interpretación, de argumentación o de ética jurídica” (Atienza, 2004, 147).

Amalia Amaya, investigadora del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Autónoma de México, también apuesta a las virtudes judiciales para que la sociedad obtenga jueces íntimamente comprometidos con la excelencia en la búsqueda de la justicia. Para la adquisición de tales cualidades de carácter, propone, por ejemplo, que la formación de los jueces se enriquezca con narrativas literarias en que haya personajes que desempeñen la judicatura, ya que “la literatura no sólo nos presenta un repositorio de modelos de jueces a imitar (o a evitar), sino que es también un vehículo a través del cual podemos construir versiones más ricas de las virtudes judiciales” (Amaya, 2013, 440) ⁶. Otro medio para el alcance de las virtudes judiciales que esta autora sugiere es la emulación de jueces reconocidamente ejemplares, porque

pese a que podemos ciertamente valernos de una descripción abstracta de las virtudes del juzgar, el considerar sobre [jueces] ejemplares contribuye a que desarrollemos de varios modos una explica-

6 En sentido similar, Atienza (2004, 144–5).

ción más penetrante y compleja de la excelencia en la adjudicación (Amaya, 2013, 437-8).

Por último, se consigna la propuesta del jurista polaco Mateusz Stepień, quien, nutriéndose de la ética de Confucio, ofrece cinco directrices para el proceso de madurez ético-judicial, como colofón de un trabajo sobre las etapas de autodesarrollo del juez (Stepień, 2013, 137-51). La primera es que el juez necesita saber que las virtudes judiciales son el resultado de un proceso lento, en que se toman numerosas decisiones, se enfrentan muchos dilemas morales y jurídicos y se adquiere poco a poco la experiencia de sopesar los valores jurídicamente tutelados de manera autorreflexiva. En segundo lugar, el juez tiene que comenzar a andar por el camino del autodesarrollo aquí y ahora, sin abandonarlo; un modo de desviarse de él es pensar: “Pondré mis mejores esfuerzos en el próximo caso; en otra ocasión, trataré de examinar con más detenimiento los valores en conflicto o los factores complicados del caso”. La tercera directriz es procurar tratar a jueces que sean personas ejemplarmente virtuosas, porque sin un apropiado ambiente de relaciones interpersonales, las condiciones institucionales de la judicatura contribuyen muy pobremente al autodesarrollo del magistrado. En cuarto lugar, está la necesidad de que el juez emplee esfuerzo, disciplina, autocontrol y concentración para adecuar sus opciones y móviles a la función de administrar la justicia de forma excelente, ya que el ejemplo de jueces virtuosos puede proporcionarle las líneas generales de cómo debe ser, pero no le confieren las cualidades de carácter que desea poseer. Finalmente, la quinta directriz consiste en que, ante una mala decisión que haya tomado, el juez busque dentro de sí mismo, en primer lugar, las causas de su malogro; en este sentido, necesita realizar un examen crítico de la metodología que ha utilizado, del conocimiento que poseía en aquella ocasión, de la intensidad de su interés y de sus motivaciones internas presentes en el caso concreto que ha juzgado de manera insatisfactoria; puede ocurrir que esas causas residan en factores externos –como, por ejemplo, en la estructura jerárquica de los tribunales, en el sistema de jurado, en la situación económica circundante, etc.–, pero, ante todo, hace falta que el magistrado se fije si no se hallan dentro de sí mismo (Stepień, 2013, 144-5).

6. Conclusiones

De lo expuesto, pueden extraerse las siguientes conclusiones principales:

Es enteramente razonable que, ante la frecuencia con que los jueces tienen que lidiar con pretensiones contrapuestas, los potenciales justiciables de una relación jurídica procesal duden –recurriendo a la definición de la justicia de Ulpiano– de la posibilidad de que los juzgadores logren dar siempre el derecho que toca a cada parte del proceso cuando no tienen la voluntad constante y perpetua de hacerlo;

Dado que el derecho humano a la tutela judicial efectiva es un derecho permanente, no intermitente, entonces su deber jurídico correlativo, a saber, el de que el juez garantice el triunfo del derecho sustantivo del justiciable que demuestra tener razón, es igualmente permanente. Así, desde la sistemática contemporánea de los derechos humanos también es legítimo cuestionar si el decisor de un pleito judicial puede solucionarlo habitualmente con justicia objetiva –*ius suum cuique tribuendi*– sin que posea la justicia subjetiva –*la constans et perpetua voluntas*–;

Sólo si adquiere la voluntad firme y perseverante de dar a todo justiciable aquello que le corresponde es que el juez será capaz de cumplir con su deber permanente de tutelar los derechos de manera efectiva, porque su voluntad así fortificada es el elemento clave que moviliza a su razón en orden a que emita juicios rectos, que efectivamente busquen y encuentren la solución jurídica correcta para los casos que juzga. A fin de cuentas, en esto es que se sitúa la relevancia jurídica de la justicia como “voluntad constante y perpetua” a partir de la consideración del derecho humano a la tutela judicial efectiva; Aunque la “voluntad constante y perpetua” del juez no pueda constituir el objeto de un derecho subjetivo de los justiciables, ella debe ser promovida institucionalmente por el Estado –y, dentro de éste, especialmente por el Poder Judicial– a causa de su neta función estratégica: el aseguramiento del derecho humano a la tutela judicial

efectiva, que, a su vez, es la garantía de eficacia de los demás derechos de las personas e incluso medio de sustentación del mismo Estado de Derecho. De este modo, existe la necesidad de ampliar y profundizar los instrumentos adecuados ya existentes en este sentido, como, por ejemplo, los códigos de ética judicial.

7. Bibliografía

- Amaya, Amalia. 2013. Exemplarism and Judicial Virtue, en del Mar, Maksimilian y Gordon, Randy (eds.). *Exemplary Narratives in Law and Legal Reasoning*, special issue of *Law and Literature* 25 (2013) 3, 428-45.
- Aristóteles. 2002. *Ética a Nicómaco*, trad. María Araujo y Julián Marías, 8ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aristóteles. 1999. *Retórica*, trad. Antonio Tovar, 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, Manuel. 2004. *Cuestiones judiciales*. México: Fontamara.
- Cintra, Antonio Carlos de Araújo, Grinover, Ada Pellegrini y Dinamarco, Cândido Rangel. 2004. *Teoria geral do processo*, 20ª ed. São Paulo: Malheiros.
- Código Iberoamericano de Ética Judicial.
- Cuerpo del Derecho Civil Romano. 1889. *Digesto*, trad. Ildefonso L. García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas Editor.
- Cunha, Paulo Ferreira da. 1990. *Pensar o Direito*. Do realismo clássico à análise mítica. Coimbra: Almedina.
- Hervada, Javier. 1991. *Lecciones de filosofía del derecho*. Teoría de la justicia y del derecho, t. I, 3ª ed. Pamplona: EUNSA.
- Honoré, Tony. 2002. *Ulpian*. Pioneer of Human Rights, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.
- MacIntyre, Alasdair. 1987. *Tras la virtud*, trad. Amelia Varcárcel. Barcelona: Crítica.
- Massini, Carlos Ignacio. 1982. *La prudencia jurídica*. Introducción a la gnoseología del Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Nalini, José Renato. 2012. *Ética da magistratura*. Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional – CNJ, 3ª ed. São Paulo: RT.

- Platón. 1949. *La República*, trad. José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Stepień, Mateusz. 2013. The Three Stages of Judges' Self-Development, en Amaya, Amalia y Lai, Ho Hock (eds.). *Law, Virtue and Justice*. Oxford: Hart Publishing.
- Toller, Fernando M. 1999. *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva*. Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones. Buenos Aires: La Ley.
- Toller, Fernando M. 2006. El derecho a la tutela judicial efectiva, en Ferrer McGregor, Eduardo (coord.). *Derecho procesal constitucional*, t. IV, 5ª ed. México: Porrúa, 3225 et seq.
- Toller, Fernando M. 2013. Fundamentos filosóficos y procesales del derecho a tutela judicial efectiva, en Vigo, Rodolfo L. e Gattinoni de Mujía (dirs.). *Tratado de Derecho Judicial*, t. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 485-512.
- Tomás de Aquino. 2001. *Suma de teología*, trad. José Martorell Capó, 4ª ed. Madrid: BAC.
- Vigo, Rodolfo Luis. 2006. Ética judicial e interpretación jurídica. *Doxa* 29, 273-94.
- Villey, Michel. 1979. *Compendio de filosofía del Derecho*. Definiciones y fines del Derecho, trad. Diorki. Pamplona: EUNSA.

Las leyes de desacato y la difamación criminal en América Latina¹

Luis Alejandro Gutiérrez Eklund

Abogado, Universidad de Belgrano (Argentina).

Miembro del departamento legal de la Human Rights Foundation (HRF).

Ian Miranda Sánchez

Abogado, Universidad Privada Santa Cruz de la Sierra (Bolivia).

Investigador de la Human Rights Foundation (HRF).

Carlos Andrés Peredo Molina

Abogado, Universidad Privada Santa Cruz de la Sierra (Bolivia).

Investigador de la Human Rights Foundation (HRF).

Camila Calvi Baldivieso

Estudiante de Abogacía, Universidad Privada Santa Cruz de la Sierra (Bolivia).

Investigadora de la Human Rights Foundation (HRF).

Resumen: Este trabajo tiene como objetivo exponer el estado de la regulación del desacato y la difamación criminal en los países latinoamericanos, específicamente el tratamiento que se le brinda a los discursos de interés público. En particular, el objetivo central es analizar la legislación penal que protege la honra o la reputación, su vinculación con las valoraciones críticas a los funcionarios públicos o instituciones públicas y su impacto en la libertad de expresión.

¹ El presente trabajo es realizado por el equipo de investigación de la Human Rights Foundation (HRF) en el marco del proyecto “Speaking Freely” (Hablando Libremente) que analiza los sistemas legales en todo el mundo, con el objetivo de promover una protección más robusta de la libertad de expresión. Más información sobre el proyecto en <https://humanrightsfoundation.org/programs/hrf-programs/speaking-freely-defending-and-promoting-a-more-protective-standard-for-free>

Palabras clave: Derechos humanos; Libertad de expresión; Vilipendio a las instituciones; Desacato; Delitos contra el honor.

Abstract: This paper aims to show the regulation of criminal defamation and desacato laws in Latin American countries, in particular the treatment given to the speech related to public interest issues. The main goal of the research is to analyze the usage of criminal law to protect the honor or reputation of public, its link to the criticism of officials or public institutions and its impact on freedom of speech.

Keywords: Human rights; Freedom of speech; Defamation; Desacato laws; Crimes against honor.

Artículo recibido: 15/02/2016 Aceptado: 24/08/2016

Sumario

1. Introducción.
2. Leyes de desacato
 - 2.1. De Argentina a Uruguay: reformas que derogaron el delito de desacato
 - 2.2. Bolivia, Honduras y Guatemala: la inconstitucionalidad del desacato
 - 2.3. Brasil, Cuba, El Salvador, República Dominicana y Venezuela: la persistencia de las leyes del desacato
 - 2.4. México y Costa Rica: la amenaza oculta.
3. El uso de la legislación penal para la protección de la “honra” o la “reputación” de instituciones públicas
4. Los delitos contra el honor y los discursos de interés público
 - 4.1. México: la despenalización de los delitos contra el honor
 - 4.2. Argentina, Panamá y Uruguay: protección especial a los discursos de interés público
 - 4.3. Chile, El Salvador, Guatemala y Nicaragua: una protección limitada a los discursos de interés público
 - 4.4. Países donde la regulación de la difamación criminal no protege ningún tipo de expresiones y/o discursos vinculados al interés público
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

El presente trabajo parte de la premisa que la libertad de expresión constituye uno de los pilares en una sociedad democrática. En principio basta reconocer que la libertad de expresión es necesaria tanto para la promoción de la autonomía personal como para enriquecer el debate colectivo.

En cuanto a la autonomía personal, la elección y materialización de planes de vida requiere la mayor amplitud informativa posible, el uso de instrumentos de comunicación para coordinar actividades y planes individuales, y la mayor variedad posible de expresión de ideas, actitudes

estéticas, inclinaciones religiosas, por no mencionar otros. En cuanto al debate colectivo, la discusión, que es central al debate democrático, exige el mayor pluralismo y las más amplias oportunidades de expresión de propuestas ideológicas, de intereses que deben ser tomados en cuenta por los principios a adoptar para guiar los cursos de acción política, y de críticas al modo en que los asuntos públicos son conducidos (Nino, 2005, 262-263).

A partir de tales supuestos, la libertad de expresión adquiere una dimensión especial y nos permite sostener que, por su centralidad para la vida democrática, merece una protección especial, en consecuencia, los discursos vinculados al interés público, la crítica política o sobre funcionarios públicos deben ser especialmente protegidos.

En este sentido, el compromiso por una protección robusta de la libertad de expresión se ve amenazado por las leyes de desacato y la difamación criminal que pueden habilitar la utilización del poder punitivo como un instrumento para impedir la crítica hacia quienes detentan ciertos grados de autoridad dentro del Estado.

En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CorteIDH")² ha señalado que: "La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública [...] Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada, no es plenamente libre"³.

2 Cfr. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La colegiación obligatoria de periodistas. párrafo 70. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

3 Estos criterios encajan con el fallo del caso "New York Times vs. Sullivan" una de las sentencias más importantes de la historia de la libertad de expresión. Donde el juez Brennan sostuvo que el caso debía ser evaluado "a partir del trasfondo de un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate de las cuestiones públicas debería ser desinhibido, robusto, y abierto, pudiendo bien incluir ataques vehementes, cáusticos, y a veces desagradables sobre el gobierno y los funcionarios públicos".

En este orden de ideas, a la hora de exponer el estado actual de la regulación del desacato y la difamación criminal en los países de América Latina⁴, cabe realizarse las siguientes interrogantes: ¿cuál es la vigencia actual de las leyes de desacato?, ¿las instituciones públicas tienen un derecho al honor o reputación?, ¿debe protegerse por la vía penal las ofensas a instituciones públicas?, ¿existe alguna diferencia en la difamación criminal entre personas públicas o privadas?, ¿establecen las legislaciones límites para la utilización de los delitos de difamación criminal por parte de funcionarios públicos o en casos de interés público?.

En este sentido, es importante señalar que el presente trabajo analizará en detalle: la existencia de leyes de desacato, vale decir, “a una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales”⁵. En esta categoría también se incluye las disposiciones penales que protegen la “honra” o “reputación” de instituciones públicas; y, la existencia de leyes penales que tipifican la difamación o delitos contra el honor –términos que en el presente trabajo se utilizarán como sinónimos– y que agrupan una multiplicidad de tipos penales, cuyas figuras principales son la injuria, calumnia, y difamación que protegen el honor o reputación de las personas, y que pueden ser aplicadas para procesar penalmente a quienes han hecho críticas sobre asuntos de interés público.

2. Las leyes de desacato

En 1995, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Comisión IDH”), produjo el Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos

4 Los países estudiados en el presente trabajo son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

5 Informe sobre la Compatibilidad de las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrafo 7. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm>

Humanos (en adelante la “Convención”).⁶ Para la Comisión IDH las leyes de desacato “les otorga injustificadamente [a los funcionarios públicos] un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad” y además “[e]l temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público”. Seguidamente, muchos países comenzaron a derogar sus leyes de desacato, a continuación realizaremos un breve repaso del estado del desacato en la región.

2.1. De Argentina a Uruguay: la derogación del delito de desacato

En la región, el primer avance en contra de las leyes de desacato se produjo en Argentina⁷, que en 1993 aprobó la Ley No. 24.198 que derogó el delito de desacato⁸.

El mismo camino de reformas legales fue proseguido correlativamente por países de la región, como Paraguay (1997)⁹, Costa Rica (2002)¹⁰, Perú (2003)¹¹, Panamá (2007)¹², Nicaragua (2007)¹³, Uruguay (2009)¹⁴ y Ecuador (2014)¹⁵. En Chile, se derogó de forma progresiva, primero, en 2001, se eliminó

6 El informe se produjo en cumplimiento de uno de los puntos del acuerdo de solución amistosa, que contemplaba además la derogación del delito de desacato, entre el Estado argentino y el periodista Horacio Verbisky. Ver Informe sobre la Compatibilidad de las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm>

7 Cabe mencionar, que en Colombia el delito de desacato (como ofensa a los funcionarios públicos) es ajeno a su tradición legal.

8 Cfr. ley 24.198. Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/596/norma.htm>

9 Derogado por ley 1.190 de 26 de noviembre de 1997.

10 Derogado por ley 8224 de 2002.

11 Derogado por ley 27.975 de 2003.

12 Derogado por ley 14 de 2007.

13 Derogado por ley 641 de 2007.

14 Derogado por ley 18.515 de 2009.

15 Derogado por Código Orgánico Integral Penal de 2014.

el desacato de la Ley de Seguridad del Estado y, posteriormente, en 2005, se expulsó el desacato del Código Penal y del Código de Justicia Militar¹⁶.

2.2. Bolivia, Guatemala y Honduras: la inconstitucionalidad del delito de desacato

En Bolivia, Guatemala y Honduras la expulsión del delito de desacato de sus códigos penales se produjo por declaraciones de inconstitucionalidad de sus máximos tribunales de justicia.

Primero, en Honduras el año 2005, la Corte Suprema de Justicia rechazó las leyes de desacato por considerarlas un privilegio especial para los funcionarios públicos que “quebranta el principio de igualdad ante la ley”. Asimismo, la Corte reconoció que su existencia constituye “un impedimento para la crítica y señalamiento público”, reconociendo la importancia de que el debate sobre asuntos públicos sea realizado de forma desinhibida¹⁷. Posteriormente, en el año 2006, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala bajo la premisa de que:

la persecución penal [...] debe ser prudente para que el establecimiento e imposición de sanciones penales, no menoscaben derechos fundamentales” declaró inconstitucional el delito de desacato y concluyó que en caso de “indebido ejercicio [de la libertad de expresión] para el caso de señalamientos dirigidos a funcionarios públicos por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos, sólo puede ser determinada y subsecuentemente sancionada a través de sanciones civiles”. Asimismo, señaló que las leyes de desacato brindan “una protección adicional respecto de críticas, imputaciones o señalamientos de la que no disponen los particulares y un efecto disuasivo en quienes deseen participar conforme una ley que carece de la debida certeza entre los hechos y los juicios de valor¹⁸.

16 Derogado, primero por ley 19.733 de 2001 y posteriormente por ley 20.048 de 2005.

17 Sentencia de fecha 19 de mayo de 2005. Corte Suprema de Justicia de Honduras. Sala de lo Constitucional.

18 Sentencia de fecha 1 de febrero de 2006. Expediente 1122-2005. Corte Constitu-

Por último, en Bolivia, el año 2012, el Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante la Sentencia 1250, señaló que la “protección excepcional en la vía penal del honor de un funcionario público” que brindan las leyes de desacato “no son justificación suficiente para restringir el derecho a la libertad de expresión” porque el honor de los funcionarios públicos:

se encuentra penalmente garantizada como la de todos los ciudadanos mediante los tipos penales ‘ordinarios’ de difamación, calumnia e injuria y otros dentro de los delitos contra el honor¹⁹.

De modo tal, que si bien se declaró la inconstitucionalidad del desacato, dejó abierta la posibilidad de utilizar los delitos contra el honor para el mismo fin.

2.3. Brasil, Cuba, El Salvador, República Dominicana y Venezuela: la persistencia de las leyes del desacato

Por otro lado, las leyes de desacato subsisten en Brasil, Cuba, El Salvador, República Dominicana y Venezuela. En muchos casos, las sanciones aumentan según la jerarquía del funcionario público. Verbigracia, en Brasil el desacato tiene una pena privativa de libertad de seis meses a dos años, siendo un agravante cuando estos delitos son cometidos en contra del presidente, jefe de estado extranjero o contra funcionario público²⁰.

En Cuba el desacato sanciona a quien “amenace, calumnie, difame, insulte, o de cualquier modo ultraje u ofenda” a “una autoridad, funcionario público o a sus agentes o auxiliares” y está sancionado con pena de privación de libertad de tres meses a un año y/o multa de cien a trescientas cuotas. Sin embargo, si el ofendido es el Presidente del Consejo del

cionalidad de Guatemala. Inconstitucionalidad General Parcial. Disponible: <http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>

19 Sentencia Constitucional 1250/2012, de fecha 20 de septiembre de 2012. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sala Plena. Disponible en: <https://buscador.tcpbolivia.bo/>

20 Cfr. Arts. 141 y 331 Código Penal brasileño.

Estado, el Presidente de la Asamblea Nacional, los miembros del Consejo de Estado o del Consejo de Ministros o los Diputados la pena máxima asciende a tres años²¹.

En El Salvador, la pena es de seis meses a tres años, y si se trata del Presidente, Vicepresidente, Diputados, Ministro, Subsecretario, Magistrado de la Corte Suprema, de la Cámara de Segunda Instancia o Jueces la pena aumenta hasta cuatro años²². En República Dominicana en caso de ofensas al Jefe de Estado la pena de prisión es de tres meses a un año, multa de diez a cien pesos y la inhabilitación absoluta y especial de los derechos civiles y políticos²³. En Venezuela la pena por ofender al Presidente es de cuatro meses hasta tres años de pena privativa de libertad²⁴.

2.4. Costa Rica y México: ¿sigue vigente el desacato?

En Costa Rica y México²⁵ existen normas de desacato formalmente vigentes en sus leyes de imprenta, que regulan algunos aspectos del ejercicio de la libertad de expresión, en particular se enfocan a la prensa escrita; este tipo de legislación, se remonta a principios del XX.

Se podría afirmar que se encuentran en desuetudo, es decir, que al no existir aplicación de dicha legislación se la deberían considerar derogadas. Empero, su vigencia formal es una amenaza latente a la libertad de expresión que podría reactivarse en cualquier momento.

En Costa Rica, la ley de Imprenta de 1902²⁶ tipifica el delito de ca-

21 Cfr. Art. 144. Código Penal cubano.

22 Cfr. Art. 339. Código Penal salvadoreño.

23 Cfr. Art. 222-224, 368-379 y 382. Código Penal dominicano.

24 Cfr. Art. 148-150, 223 y 226. Código Penal venezolano.

25 En México el delito de desacato no estaba contemplado expresamente en el Código Penal; sin embargo, contenía un agravante genérico en caso que un delito se cometa contra un funcionario público. Dicho agravante se podía utilizar en concurso ideal con los delitos contra el honor, entonces el desacato se encontraba tácitamente regulado en el Código Penal mexicano. No obstante en el año 2007 los delitos contra el honor fueron despenalizados. Vid. infra punto IV. A.

26 Ley de Imprenta No. 32 del 12 de julio de 1902, Disponible en: <http://www.pgrweb>.

lumnia o injuria por medio de la prensa con una “pena de arresto de uno a ciento veinte días”, y señala que en casos de “delitos de imprenta” contra miembros de los “Supremos Poderes” se podrá “requerir al Ministerio Público” que entable la acción.

En México, la ley sobre Delitos de Imprenta de 1917²⁷ tipifica como “ataque al orden o a la paz pública” a:

[t]oda manifestación o exposición maliciosa [...] que tenga por objeto desprestigiar, ridiculizar o destruir las instituciones fundamentales del país; o con los que se injuria a la Nación Mexicana, o a las Entidades Políticas que la forman.

En su extenso catálogo de sanciones a los “ataques al orden o la paz pública” se penaliza las injurias contra el Presidente la pena de prisión es de seis meses a un año y medio, mientras que a otros funcionarios públicos las penas de prisión oscilan entre quince días a un año, dependiendo de la jerarquía del funcionario. De modo tal, que en México y Costa Rica sus leyes de imprenta contienen, en realidad, normas de desacato.

3. El uso de la legislación penal para la protección de la “honra” o la “reputación” de instituciones públicas

Pese al retroceso del desacato en la región, aún existen disposiciones penales que protegen la honra o reputación de instituciones públicas²⁸. En esta categoría se puede mencionar a Bolivia, Costa Rica, Cuba, Guatemala, México, República Dominicana, y Venezuela.

go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=36288&nValor3=95544&strTipM=FN

27 Ley vigente desde el 12 de abril de 1917, última modificación en 2012. Cfr. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/40.pdf>

28 Cabe destacar que países como Chile, Ecuador y Panamá, los cuales abrogaron el “desacato institucional o vilipendio a las instituciones” al derogar el delito de desacato contra funcionarios públicos.

Las mismas objeciones contra la penalización de las ofensas contra funcionarios públicos pueden realizarse al “vilipendio a las instituciones”. En este sentido, la CorteIDH afirmó en el caso *Usón Ramírez Vs. Venezuela* que:

establecer sanciones desproporcionadas por realizar opiniones sobre un supuesto hecho ilícito de interés público que involucraba a instituciones militares y sus miembros, contemplando así una protección mayor y automática al honor o reputación de éstos, sin consideración acerca de la mayor protección debida al ejercicio de la libertad de expresión en una sociedad democrática, es incompatible con el artículo 13 de la Convención²⁹.

Ahora bien, la tipificación de este delito no es uniforme en todos los países. En México y República Dominicana las disposiciones de vilipendio a las instituciones se encuentran en –sus antiguas pero formalmente vigentes– leyes de imprenta o difusión del pensamiento y son una extensión a las normas que penalizan las ofensas a los funcionarios públicos.

En Bolivia y Costa Rica las disposiciones penales sancionan expresamente las ofensas contra el honor de las personas jurídicas en general –vale decir, públicas o privadas–. En Guatemala, si bien no existe un tipo penal específico de vilipendio a las instituciones, en el marco de los delitos contra el honor, el artículo 169 del Código Penal establece que serán de acción pública los delitos de calumnia, injuria o difamación cuando la ofensa se dirija contra “instituciones del Estado”.

Únicamente Cuba y Venezuela tienen delitos en sus códigos penales que expresamente castigan las ofensas contra instituciones públicas.

En Cuba, en el artículo 204 del Código Penal se establece:

El que públicamente difame, denigre o menosprecie a las instituciones de la República, a las organizaciones políticas, de masas o sociales del país, o a los héroes y mártires de la Patria, incurre en

29 Cfr. Caso *Usón Ramírez Vs. Venezuela*, Sentencia de 20 de febrero de 2009. Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 86. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf

sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.

En Venezuela, el artículo 150 del Código Penal establece:

Cualquiera que vilipendiare públicamente a la Asamblea Nacional, al Tribunal Supremo de Justicia o al Gabinete o Consejo de Ministros, así como a alguno de los Consejos Legislativos de los Estados o algunos de los Tribunales Superiores, será castigado con prisión de quince días a diez meses.

4. Los delitos contra el honor: la búsqueda de una protección más amplia para los discursos de interés público

En la región la regulación de los delitos contra el honor presentan una importante disparidad normativa y, en muchos casos, una vaguedad en sus términos. Por ello, pueden ser utilizados con la misma finalidad que las leyes de desacato y constituirse en restricciones a la libertad de expresión y, en particular, a la existencia de un debate público, robusto y desinhibido.

Existen muchas maneras posibles de entender y clasificar los delitos contra el honor. Una forma de diferenciarlos es en función de los delitos que tipifican y sus sanciones:

País	Calumnia	Injuria	Difamación
Argentina	Multa	Multa	
Bolivia	Privación de libertad	Multa	Multa
Brasil	Privación de libertad	Privación de libertad	Privación de libertad
Chile	Privación de libertad	Privación de libertad	
Colombia	Privación de libertad	Privación de libertad	
Costa Rica	Multa	Multa	Multa
Cuba	Privación de libertad	Privación de libertad	Privación de libertad
Ecuador	Privación de libertad		
El Salvador	Multa	Multa	Multa
Guatemala	Privación de libertad	Privación de libertad	Privación de libertad
Honduras	Privación de libertad	Privación de libertad	Privación de libertad
México			

Nicaragua	Multa	Multa	Multa
Panamá	Multa, salvo si se realiza por medios de comunicación	Multa, salvo si se realizada por medios de comunicación.	
Paraguay	Multa, salvo calumnia agravada	Multa	Multa, salvo la difamación agravada
Perú	Multa	Multa	Privación de libertad
República Dominicana		Multa	Privación de libertad
Uruguay		Privación de libertad	Privación de libertad
Venezuela	*	Privación de libertad	Privación de libertad
* En Venezuela el delito de calumnia no es una ofensa al honor sino consiste en la penalización de la falsa denuncia ante una autoridad judicial.			

Ahora bien, en cuanto a la tipificación de los delitos contra el honor la disparidad terminológica es evidente. Por ejemplo, en la mayoría de los países el delito de calumnia consiste en “imputar falsamente a otro la comisión de un delito”. En Argentina se precisa que la víctima debe ser una persona física, en otros países –Argentina, Chile, Guatemala y Honduras– se exige que se trate de un delito que pueda ser perseguido de oficio. En cambio, en Cuba la calumnia es “divulgar hechos falsos que redunden en descrédito de la persona”. Algo similar ocurre en Paraguay donde la calumnia es divulgar a un tercero “en contra de la verdad y a sabiendas [...] un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor”.

Aún mayor es la disparidad en la regulación del delito de injuria. En Argentina se considera injuria “deshonrar o desacreditar a una persona”, en Chile, Guatemala y Honduras incluyen también el “menosprecio” a una persona. En Colombia las “imputaciones deshonrosas”. Por su parte, en Bolivia, Brasil, Costa Rica, El Salvador y Panamá consiste en “ofender a otro en su dignidad o decoro”. En Cuba “ofender a otro en su honor”. En Nicaragua se incluye toda lesión a “la dignidad de otra persona, menoscabando su fama, imagen, reputación honor o atentando contra su propia estima”. En Paraguay es “atribuir a otro un hecho capaz de lesionar su honor” o expresar “a otro un juicio de valor negativo”. En Perú es “ofender o ultrajar”. En República Dominicana es “cualquier expresión afrentosa, cualquier invectiva o término de desprecio, que no encierre la imputación de un hecho preciso”. En Uruguay la injuria contempla la ofensa al “honor, la rectitud o el decoro de una persona”. Y en Venezuela es la ofensa al “honor, la reputación o el decoro de alguna persona”.

La difamación presenta mayores variantes, en Bolivia es “divulgar un hecho, una calidad, o una conducta capaz de afectar la reputación de una persona física o colectiva”. En Brasil es “imputar un hecho ofensivo a su reputación”. En Costa Rica es “deshonrar a otro o propalar especies idóneas para afectar su reputación”. En Cuba es imputar a otro “una conducta, un hecho o una característica, contrarios al honor, que puedan dañar su reputación social, rebajarla en la opinión pública o exponerlo a perder la confianza requerida para el desempeño de su cargo, profesión o función social.

En El Salvador la difamación consiste es “dañar la dignidad, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. En Paraguay es afirmar o divulgar “un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor”. En Perú es “atribuir a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación” y exige que se realice “ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia”. En República Dominicana es la “alegación o imputación de un hecho que ataca el honor o la consideración de la persona”. En Uruguay es “atribuir a una persona, un hecho determinado que [...] pudiera dar lugar contra ella a un procedimiento penal o disciplinario e exponerla al odio o al desprecio público” y exige que se realice “ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia”. En Venezuela es imputar a una persona, “un hecho determinado capaz de exponerlo al desprecio o al odio público” y exige que se realice “ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia”. En Guatemala y Honduras, la difamación es la injuria o la calumnia cuando se realiza “en forma o por medios de divulgación que puedan concitar en contra del ofendido el odio o el desprecio público”.

Este repaso general nos demuestra el panorama extremadamente diverso y ambiguo que caracteriza la regulación del honor en América Latina.

Ahora bien, uno de los ejes del presente trabajo es el tratamiento que le brindan los países latinoamericanos a los discursos de interés público. En principio, podemos incluir dentro de los discursos de interés público las expresiones vinculadas con el sistema democrático, su funcionamiento y la conformación de sus órganos, el discurso político; las expresiones, ideas, y

opiniones sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, sobre candidatos a ocupar cargos públicos; y, la información u opiniones sobre asuntos públicos o instituciones públicas.

La idea de que no deben criminalizarse las expresiones sobre asuntos públicos que afecten a funcionarios públicos se fundamenta en la importancia de crear sistemas jurídicos que promuevan –y no que dificulten– los debates sobre estos asuntos. Parte también de la premisa que los funcionarios están obligados a soportar un mayor escrutinio. En efecto, los funcionarios acceden a sus cargos de manera voluntaria y a sabiendas de que, por el enorme poder que administran, estarán sometidos a un escrutinio mucho más intenso (Botero; 2011, 282).

En lo que sigue haremos un repaso de la regulación de los delitos contra el honor y los avances en el tratamiento de los discursos de interés público.

4.1. México: la despenalización de los delitos contra el honor

En México, los delitos contra el honor fueron despenalizados totalmente. Primero, el delito de injurias fue derogado, en 1985, y, segundo, la difamación, la calumnia y el resto de disposiciones del capítulo de delitos contra honor fueron derogados completamente el 2007³⁰.

4.2. Argentina, Panamá y Uruguay: protección especial a los discursos de interés público

En Argentina, la ley 26.551, de fecha 26 de noviembre de 2009, modificó sustancialmente el capítulo de los delitos contra el honor del Código Penal.

Esta reforma se impulsó en cumplimiento de la sentencia del caso “Kimel Vs. Argentina” de la CorteIDH, que condenó al Estado argentino por violar la libertad de expresión del periodista Eduardo Kimel –condenado en 1991 por delitos contra el honor por la publicación en 1989 de un libro sobre el asesinato de un grupo de sacerdotes palotinos en el año

30 Sin embargo, se puede constatar que en 9 de las 32 entidades federativas de México se encuentran tipificados delitos contra el honor

1976, durante la dictadura militar, donde en un breve párrafo criticaba las actuaciones del juez que dirigió las investigaciones oficiales– y le impuso la obligación de adecuar su derecho interno³¹. En cumplimiento de la Sentencia, Argentina reformó su Código Penal.

Las modificaciones más relevantes fueron: i) exclusión de la protección penal al honor de las personas jurídicas; ii) prohibición expresa de penalizar como delitos las expresiones no asertivas –juicios de valor– y las vinculadas al interés público; iii) clarificación del tipo penal, establecimiento como requisitos del delito de calumnia que el delito falsamente imputado debe ser concreto y circunstanciado; y iv) supresión de penas privativas de la libertad y su reemplazo por multas.

En Uruguay, la ley 18.515, de fecha 26 de junio de 2009, modificó los delitos contra el honor en el Código Penal. En particular, introdujo una modificación del artículo 336 del Código Penal, que entre sus aspectos más importantes fueron: i) despenalización de las expresiones sobre asuntos de interés público, que están referidos tanto a funcionarios públicos como a personas que, por su profesión u oficio, tengan una exposición social de relevancia, o a toda persona que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público; ii) despenalización de la reproducción de cualquier clase de manifestación sobre asuntos de interés público, cuando el autor de las mismas se encuentre identificado; iii) protección expresa de las expresiones humorísticas o artísticas vinculadas a asuntos de interés público; iv) exención de pena, para los acusados de delitos de difamación o injuria que puedan probar la verdad de los hechos y la verosimilitud de las calidades atribuidas a la persona, excepto en lo referido a la vida privada o cuando no sea de interés público la divulgación de los hechos, salvo que hubiese empleado real malicia.

En Panamá, el 6 de marzo de 2007, se adoptó un nuevo Código Penal que modificó los delitos contra el honor. En cuanto a los delitos de calumnias e injurias estableció que: i) cuando “el delito” se “cometa través

31 Cfr. Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia 2 de mayo de 2008. Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 140. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf

de un medio de comunicación social oral o escrito o utilizando un sistema informáticos”, y los ofendidos sean servidores públicos, funcionarios de elección popular o gobernadores, no se aplicará la sanción penal, quedando únicamente la vía civil; y, ii) no constituyen delitos contra el honor, las discusiones, las críticas y las opiniones sobre los actos u omisiones oficiales de los servidores públicos, relativos al ejercicio de sus funciones, así como la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional.

4.3. Chile, El Salvador, Guatemala y Nicaragua: una protección limitada a los discursos de interés público

Chile, El Salvador y Nicaragua forman parte de una categoría de países que brindan una protección limitada o restringida, porque: i) la protección a los discursos de interés público se realiza de forma limitada o acotada; y, (ii) se exige determinadas condiciones para que los discursos de interés público estén protegidos.

En el Código Penal chileno no se protege ningún tipo de discurso en particular. Sin embargo, la Ley sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo protege ciertas expresiones (como la literaria, histórica, artística, científica, entre otras), y en materia de discursos de interés público únicamente menciona a la “crítica política” como exclusión del delito de injurias –no así del delito de calumnia–, y siempre bajo la condición que “su tenor [no] pusiere de manifiesto el propósito de injuriar, además del de criticar”.

En El Salvador, en los últimos años, se han realizado dos importantes reformas capítulo de delitos contra el honor en el Código Penal. En primer lugar, el Decreto Legislativo No. 499, de 22 de noviembre de 2004, reformó el artículo 191 del Código Penal, que entre sus aspectos más importantes estableció: i) no son punibles los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística histórica, científica, religiosa o profesional, ni los conceptos desfavorables expresados por cualquier medio por particulares que no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona; ii) no son punibles los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional ni los conceptos desfavorables expresados o

difundidos por quienes ejerzan el periodismo mediante noticias, reportajes, investigaciones periodísticas, artículos, opiniones, editoriales, caricaturas y notas periodísticas en general, publicados en medios periodísticos escritos, radiales, televisivos e informáticos, en cumplimiento del deber de informar, en virtud del derecho de información o en ejercicio de su cargo o función; y, iii) no incurrir en responsabilidad penal los medios de comunicación (ni sus propietarios, directores, editores o gerentes) que difunden los juicios o conceptos mencionados anteriormente.

En segundo lugar y con mayor claridad, el Decreto Legislativo No. 836, del 8 de septiembre de 2011, introdujo, entre otras reformas, las siguientes: (i) no son punibles los juicios desfavorables de la crítica política expresados por cualquier medio por particulares “que no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de la persona”; (ii) no son punibles los juicios desfavorables de la crítica política expresados o difundidos por quienes ejerzan el periodismo “en cumplimiento del deber de informar, en virtud del derecho de información o en ejercicio de su cargo o función”; y, (iii) la definición de criterios de ponderación que deberá utilizar el juez cuando se identifique una colisión de derechos, que involucre el derecho a la libertad de expresión.

En Guatemala, la Constitución establece en su artículo 35 que:

No constituye delito o falta las publicaciones que contengan denuncias, críticas o imputaciones contra funcionarios o empleados públicos por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos.

Dicha cláusula constitucional es desarrollada en la Ley de Emisión del Pensamiento de 1966 que establece:

No constituye delito de calumnia o injuria los ataques a funcionarios o empleados públicos por actos puramente oficiales en el ejercicio de sus cargos aun cuando hayan cesado en dichos cargos al momento de hacerseles alguna imputación.

En esta línea, el 1 de febrero de 2006, la Corte Suprema de Justicia, en

la sentencia que declaró inconstitucional el delito de desacato, estableció como línea jurisprudencial:

... el indebido ejercicio de ese derecho [la libertad de expresión] dimana responsabilidad, pero esta última, para el caso de señalamientos dirigidos a funcionarios públicos por actos efectuados en el ejercicio de sus cargos, sólo puede ser determinada y subsecuentemente sancionada a través de sanciones civiles.

Por lo tanto, en Guatemala, estaría vedado utilizar la vía penal para “los señalamientos dirigidos a funcionarios públicos por actos emanados en el ejercicio de sus cargos”. No obstante, dicha línea jurisprudencial no siempre es respetada, principalmente, porque su código penal no establece ninguna protección especial a los discursos de interés público, al contrario, en su artículo 169 señala que “cuando la ofensa se dirija contra funcionario, autoridad pública o instituciones del Estado” le corresponderá al Ministerio Público iniciar la acción penal³².

En Nicaragua, su Código Penal establece únicamente causales de exclusión del delito de injuria –no así del delito de calumnia–:

32 Verbigracia, el 21 de noviembre de 2013, el presidente de la República, Otto Fernando Pérez Molina presentó una querrela en contra de José Rubén Zamora Marroquín (periodista y presidente del diario el Periódico), ante el Juzgado Décimo de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Guatemala, por los delitos de coacción, extorsión, chantaje, violación a la Constitución y difamación a los presidentes de los organismos del Estado. La querrela tenía como fundamento las publicaciones realizadas por el periodista en el diario que dirige. El 18 de diciembre de 2013 el juez admitió la querrela y dictó, como medida cautelar, el arraigo de Zamora Marroquín con el objeto de evitar se ausentara del país. Sin embargo, el 10 de enero de 2014, el presidente presentó un desistimiento de su querrela. Cfr. Acoso judicial del Gobierno de Guatemala a el Periódico, de fecha 9 de enero de 2014. Disponible en: <http://periodistas-es.com/acoso-judicial-del-gobierno-de-guatemala-elperiodico-26902>

No existe delito de injuria, cuando: a) la imputación sea verdadera y está vinculada con la defensa de un interés público actual; b) la información sobre los hechos noticiosos haya sido realizada de acuerdo a la ética periodística; c) se trate de juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica o profesional, sin propósito ofensivo; d) las expresiones se dirijan contra funcionarios o empleados públicos sobre hechos verdaderos concernientes al ejercicio de sus cargos.

4.4. Países donde la regulación de la difamación criminal no protege ningún tipo de expresiones y/o discursos vinculados al interés público

En el caso de Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Honduras, Guatemala, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela la regulación se caracteriza porque no protege ningún tipo de expresiones y/o discursos vinculados al interés público³³.

Pese a ello, se puede destacar que en Colombia se han producido –tímidos– avances jurisprudenciales.

En Colombia, los delitos contra el honor están regulados en los artículos 220 al 228 del Código Penal. Los tipos penales son la calumnia e injuria. Las penas de dichos delitos son penas privativas de libertad cuya pena máxima puede ser hasta cuatro años y medio en la calumnia y seis años en caso de injuria.

En la Sentencia C-442/11, de 25 de mayo de 2011³⁴, la Corte Constitucional colombiana declaró constitucional los delitos de calumnia e injuria tipificados en el Código Penal, vale decir, no encuentra óbice constitucional que la redacción de los delitos contra el honor no proteja expresamente los discursos de interés público o vinculados a funcionarios

33 Sin embargo, en Brasil, Costa Rica, Perú y República Dominicana se protegen expresamente algunos discursos como el científico, la crítica literaria o histórica, entre otros no directamente vinculados al interés público o críticas a funcionarios públicos.

34 Cfr. Sentencia C-442/11, de fecha 25 de mayo de 2011, Corte Constitucional de Colombia. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-442-11.htm>

públicos, pero reiterando fallos anteriores, señala que en el marco de la libertad de expresión:

... gozan de mayor grado de protección el discurso político, el debate sobre asuntos de interés público, y los discursos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales adicionales que se vinculan necesariamente a la libertad de expresión para poder materializarse.

Sin embargo, pese a declarar que los discursos sobre asuntos de interés público gozan de mayor grado de protección la Corte colombiana también señala que:

El supuesto abuso que hacen ciertas personas de la denuncia penal como instrumento para restringir la libertad de expresión no es una razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de los tipos de injuria y de calumnia, [...] porque [...] hay muy escasas condenas penales en la materia y la eventual investigación y juzgamiento de los periodistas denunciados por este delito no constituye [...] una carga desproporcionada que estos deban soportar, y que conduzca a la intimidación y al bloqueo de la libertad de información y de expresión, sino simplemente impone un deber de cautela y de cuidado que no resulta excesivo en el ejercicio de su profesión por las profundas repercusiones que el ejercicio de estas libertades puede tener en la dignidad, la honra y reputación de las personas.

En el resto de los países: Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Honduras, Paraguay y Perú la regulación no protege los discursos de interés público ni menciona límites para su uso por parte de funcionarios públicos.

5. Conclusiones

En la presente coyuntura de los países de América Latina resulta esencial no descuidar el debate sobre los delitos contra el honor y su impacto en la libertad de expresión. Las consideraciones avanzadas hasta aquí, según esperamos, muestran el panorama diverso y conflictivo en la regulación de la difamación criminal.

Si bien el retroceso de las leyes de desacato es claro, Brasil, Cuba, El Salvador, República Dominicana y Venezuela se resisten a derogar la figura penal del desacato de su legislación. En la misma línea, preocupa la existencia del delito de vilipendio a las instituciones en Cuba y Venezuela. En Bolivia y Costa Rica la protección al honor de personas jurídicas en general (públicas y privadas) debería ser derogada o limitada para favorecer la existencia de un debate más amplio. Asimismo, Guatemala debería clarificar su ambigua legislación para impedir que se use los delitos contra el honor para proteger a las instituciones del Estado.

En México y República Dominicana debería derogar de sus antiguas leyes de imprenta y así, eliminar las amenazas dormidas a la libertad de expresión

En cuanto a los delitos contra el honor se debe involucrar una reflexión mayor acerca de la pertinencia del uso de la legislación penal para proteger el honor. En este sentido, se pueden identificar dos modelos en pugna en cuanto a la protección de los discursos de interés público o las críticas a funcionarios públicos o instituciones. El primer modelo amplio de despenalización completa realizada únicamente por México y la despenalización parcial realizada en Argentina, Panamá y Uruguay.

En el resto de los países en la mayoría de países se puede evidenciar: límites demasiados tenues o ambiguos –Chile, El Salvador, Guatemala y Nicaragua– o la ausencia total de límites al uso por parte de funcionarios públicos de los delitos contra el honor para silenciar críticas o voces disidentes –Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Honduras, Guatemala, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela–.

En definitiva, el desafío regional consiste en brindar un marco normativo que promueva la vitalidad del debate público, la deliberación so-

bre todos los asuntos de relevancia pública. Bajo la idea que las críticas, discursos o expresiones –incluso ofensivas, cáusticas o radicales– deben responderse con más debate, y que debe ser el ciudadano, y no los propios funcionarios criticados quienes deben decidir si una idea, opinión o información amerita atención y respeto o si, simplemente, debe ser descartada, aquello es condición imprescindible para asegurar un debate lo más amplio y robusto posible.

6. Bibliografía

- Bertoni, Eduardo A. 2015. Difamación por internet. Problemas sobre jurisdicción y ley aplicable. Editorial Ad – Hoc: Buenos Aires.
- Botero Marino, Catalina. 2015. Problemas persistentes y desafíos emergentes en materia de libertad de expresión en Rodríguez Garavito, César (coordinador). El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Editorial Siglo Veintiuno: Buenos Aires.
- Nino, Carlos Santiago. 2005 (3ra. Reimpresión). Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Editorial Astrea. Buenos Aires.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la Compatibilidad de las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm>

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-442/11, de fecha 25 de mayo de 2011,. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-442-11.htm>
- Corte Constitucionalidad de Guatemala. Inconstitucionalidad General Parcial. Expediente 1122-2005. Sentencia de fecha 1 de febrero de 2006. Disponible: <http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La colegiación obligatoria de periodistas. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia 2 de mayo de 2008. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela, Sentencia de 20 de febrero de 2009 Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia de Honduras. Sala de lo Constitucional. Sentencia de fecha 19 de mayo de 2005.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sala Plena. Sentencia Constitucional 1250/2012, de fecha 20 de septiembre de 2012. Disponible en: <https://buscador.tcpbolivia.bo/>

Instigación pública y libertad de expresión en Venezuela. El caso Leopoldo López Mendoza¹

Antonio Isaías Canova González

Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela).
Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid (España).
Director de la asociación civil “Un Estado de Derecho” (UED).
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela).

Luis Alfonso Herrera Orellana

Abogado y Licenciado en Filosofía, Universidad Central de Venezuela (Venezuela).
Magister en Derecho Constitucional, Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela).
Director de la asociación civil “Un Estado de Derecho” (UED).
Profesor de la Universidad Central de Venezuela (Venezuela).

Resumen: El objeto de este estudio es analizar el régimen legal del delito de instigación pública a delinquir en Venezuela, su reforma en el Código Penal de 2005, su interpretación judicial y uso como herramienta del gobierno de Nicolás Maduro para perseguir a ciudadanos y dirigentes de la oposición política y, por ende, la afectación a la libertad de expresión, otros derechos fundamentales y a los valores de la democracia. Como caso paradigmático se examina la condena impuesta en 2015 al líder del partido político Voluntad Popular, Leopoldo López Mendoza, por la supuesta comisión del delito de instigación pública a través de mensajes en redes sociales y discursos públicos contrarios a los intereses del gobierno, durante los primeros meses de 2014.

Palabras clave: Instigación pública a delinquir; Venezuela; Libertad de expresión; Leopoldo López Mendoza; Libertad personal.

¹ Este trabajo de investigación fue posible gracias al apoyo de la John Templeton Foundation a través del proyecto Speaking Freely del HRF Center for Law and Democracy en Nueva York. <https://hrf.org/programs/hrf-programs/speaking-freely-defending-and-promoting-a-more-protective-standard-for-free>.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the legal status of the crime of public incitement to delinquency in Venezuela, its reform in the 2005 Penal Code, its judicial interpretation and its usage as a tool to persecute citizens and leaders of the political opposition by Nicolás Maduro's government. As a consequence, it produces the undermining of freedom of expression and other fundamental rights and values of democracy. The 2015 conviction of Leopoldo Lopez Mendoza, leader of the political party Voluntad Popular, for the alleged commission of the crime of public incitement through messages in social networks and public speeches contrary to the government's interests during the first months of 2014, is analyzed as a paradigmatic case.

Keywords: Public incitement to delinquency; Venezuela; Freedom of speech; Leopoldo López Mendoza; Personal freedom.

Artículo recibido: 16/08/2016 Aceptado: 24/08/2016

Sumario

1. Introducción
2. El delito de instigación pública en el derecho venezolano
3. La condena por instigación pública a delinquir contra Leopoldo López Mendoza
 - 3.1. Antecedentes
 - 3.2. El proceso y la sentencia de condena a Leopoldo López Mendoza
 - 3.3. Violaciones de derechos fundamentales y rechazo nacional e internacional a la condena a Leopoldo López Mendoza por instigación pública
 - 3.4. Premios y castigos para algunos de los actores clave del juicio contra Leopoldo López Mendoza
 - 3.5. Otras condenas de instigación pública contra ciudadanos y miembros de la oposición venezolana
4. Violaciones a la libertad de expresión, libertad personal y a la democracia
5. Conclusiones y propuestas
6. Bibliografía

1. Introducción

En Venezuela, el Código penal prevé como delito la instigación pública a delinquir. Tradicionalmente, se ha tratado de un tipo penal poco usado, pero la relevancia actual de su análisis y denuncia se ha incrementado en la actualidad por las serias deficiencias institucionales y falta de independencia del Poder Judicial en ese país, que ha permitido al Presidente de la República, Nicolás Maduro, concentrar todos los poderes; ejercer su autoridad con el uso de la fuerza pública sin límites ni controles efectivos, aún a costa de los derechos fundamentales de los ciudadanos; negar los principios democráticos esenciales, como la libertad de expresión y la alternabilidad en el ejercicio de los cargos públicos; y, en definitiva, desatar una abierta persecución y encarcelamiento contra ciudadanos y dirigentes de la oposición (Canova, Herrera, Rodríguez y Graterol, 2014,

28)². De hecho, este delito de instigación pública se ha convertido en los últimos años en una de las herramientas más utilizadas desde el gobierno, por medio del Ministerio Público y los tribunales penales, para perseguir y aniquilar a la disidencia política de manera ejemplar, como ocurrió en el caso de Leopoldo López Mendoza y otros similares.

El esquema seguido es el siguiente: a) descripción y análisis de la regulación legal del delito de instigación a delinquir, en especial sobre la reforma ocurrida en el Código Penal de 2005; b) descripción del juicio penal y la sentencia condenatoria por el delito de instigación pública contra el dirigente político de oposición, Leopoldo López Mendoza; c) relato de otros casos de utilización, por el Estado venezolano, de este tipo legal para perseguir a dirigentes políticos y ciudadanos que expresen su opinión en contra del gobierno; d) análisis de las consecuencias prácticas para la libertad de expresión, otros derechos fundamentales y la democracia de la regulación e interpretación judicial actual sobre el delito de instigación pública; e) conclusiones y propuestas.

2 Sobre la situación lamentable de la democracia en Venezuela, la falta de independencia del Poder Judicial y la violación sistemática y generalizada de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos y dirigentes políticos que se oponen al gobierno de Nicolás Maduro puede verse los informes anuales que ha elaborado desde 2004, en Capítulo Especial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); así como diferentes denuncias e informes de organizaciones internacionales. De ello se da cuenta, entre otras, en varias investigaciones publicadas por la asociación civil Un Estado de Derecho y los autores; y, concretamente sobre el Poder Judicial venezolano, el libro publicado en 2014 que analizó el proceso de toma política del Tribunal Supremo de Justicia, las estadísticas de sentencias que durante 9 años dictaron Salas de ese alto tribunal en asuntos en los que tenía interés directo el gobierno, demostrando que nunca hubo sentencia a favor de los particulares y siempre ganó quien representó el interés del gobierno o el partido político en el poder; así como los criterios jurisprudenciales en temas como la democracia, los controles institucionales, los derechos civiles, entre otros, que sistemáticamente avalaron la concentración del poder y su ejercicio despótico por el gobierno.

2. El delito de instigación pública en el derecho venezolano

El delito de instigación pública a delinquir apareció por primera vez en el Código Penal venezolano de 1897, en el capítulo de los delitos contra el orden público. Se incluyó desde entonces la instigación específica o directa, es decir, para la comisión por el instigado de un delito en específico; y la instigación indirecta o genérica, referido a la inducción a la comisión de hechos indeterminados, como el desconocimiento de las leyes, la incitación al odio o la apología del delito.

La pena por la comisión de este delito era baja, llegando la instigación específica a la comisión de los delitos con pena de presidio, es decir, los más graves, hasta un límite máximo de treinta meses (30) meses; mientras que la instigación genérica tenía una pena máxima de seis (6) meses.

En las reformas del Código Penal de 1897 (ocurridas en 1904, 1912, 1915), así como en el nuevo Código Penal que fue promulgado en 1926, este delito de instigación pública mantuvo básicamente la misma formulación, alcance y severidad de la regulación original. Tampoco hubo variación que resaltar en las dos reformas del Código Penal de 1926, promulgadas en 1964 y 2000.

Para este último año 2000, los artículos 284, 285 y 286 del Código Penal, textualmente, establecían:

Artículo 284.– Cualquiera que instigare, públicamente, a otro a cometer una infracción determinada, por el solo hecho de la instigación será castigado:

1.– Si se trata de un delito para el cual se ha establecido pena de presidio, con prisión de diez a treinta meses.

2.– Si se trata de un delito cuya pena sea de prisión, con prisión de tres a doce meses.

3.– En todos los demás casos, con multa de cincuenta a mil bo-lívares, según la entidad del hecho instigado.

Artículo 285.– En los casos de los números 2 y 3 del artículo anterior, nunca podrá pasarse de la tercera parte de la pena señalada al hecho punible a que se refiere la instigación.

Artículo 286.– El que públicamente, excitare a la desobediencia de las Leyes o al odio de unos habitantes contra otros o hiciere la apología de un hecho que la ley prevé como delito, de modo que se ponga en peligro la tranquilidad pública, será castigado con prisión de cuarenta y cinco días a seis meses.

Sobre las características principales de este delito, la doctrina venezolana había sentado varias bases, con respaldo en la jurisprudencia. De estos artículos 284, 285 y 286, inalterados en el Código Penal de 2000, se concluía que la sola instigación es punible, siempre que: sea dolosa, dé lugar a la comisión del delito instigado, haya una relación de causalidad directa entre el instigador y el hecho cometido por el instigado y sea hecha, necesariamente, de manera pública. El experto penalista Vicente Mujica Amador (Mujica, 1985, 93-94) sostenía:

En primer lugar, es necesario señalar que la fuerza utilizada por el instigador debe ser lo suficientemente decisiva como para imponerse a la voluntad del autor directo y determinarlo a realizar los actos de ejecución correspondientes (concurso de voluntad y acción) [...]. En consecuencia, se impone [...] la exigencia de que el hecho punible se haya cometido, o al menos se haya intentado [...]. Es por esto que nos dice el Prof. Jiménez de Asúa: la instigación sin éxito no es punible [...].

La inducción debe ser también directa en cuanto a que debe existir una relación causal entre la acción instigada y la acción realizada, es decir, en términos de Manzini: para que el determinante sea imputable y punible es no solamente indispensable que haya determinado al delito, sino que además, el delito por él querido haya sido efectivamente cometido [...].

[...] la instigación debe ser dolosa, con la intención de que se ejecute el hecho [...].

Por último se exige el requisito de la publicidad; y en consecuencia la instigación privada, no es delito.

Otros autores venezolanos (Grisanti y Grisanti, 1998, p. 988) insisten, al analizar este delito en la regulación original, en la importancia del elemento de publicidad:

La publicidad es el elemento que torna punible el acto de instigación no acogida que, hecha sin el requisito de la publicidad, queda impune, por falta de principio de ejecución.

Fue en la reforma del año 2005 del Código Penal, realizada por la Asamblea Nacional que era dominada mayoritariamente por diputados de la coalición de partidos que apoyaban al Presidente de la República, Hugo Chávez, cuando se introdujo varios cambios de importancia en estos artículos relativos al delito de instigación pública a delinquir³.

Este delito quedó tipificado, como se mantiene actualmente, en los siguientes artículos:

Artículo 283.– Cualquiera que públicamente o por cualquier medio instigare a otro u otros a ejecutar actos en contravención a las leyes, por el solo hecho de la instigación será castigado:

1. Si la instigación fuere para inducir a cometer delitos para los cuales se ha establecido pena de prisión, con prisión de una tercera parte del delito instigado.

2. En todos los demás casos, con multas de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.), según la entidad del hecho instigado.

Artículo 284.– En el caso indicado con el numeral 1 del artículo 283, nunca podrá excederse de la tercera parte de la pena señalada al hecho punible a que se refiere la instigación.

Artículo 285.– Quien instigare a la desobediencia de las leyes o al odio entre sus habitantes o hiciere apología de hechos que la ley prevé como delitos, de modo que ponga en peligro la tranquilidad pública, será castigado con prisión de tres años a seis años.

3 Los datos biográficos de la vida de López fueron tomando del sitio web de Leopoldo López Mendoza, disponible en: <http://goo.gl/vQMDtX>

Los cambios en la confección del delito no pasan desapercibidos. Son varios y muy relevantes.

Primero, empezando por las formas, la redacción final de estos artículos pone en evidencia la pésima técnica legislativa de la reforma del Código Penal de 2005, que abona también a la discrecionalidad del Ministerio Público y los tribunales al momento de aplicarlos. Esta falta de técnica legislativa se ve claramente en los artículos 283 y 284, en cuanto a la instigación específica o directa.

Por un lado, en el artículo 283 se eliminó la referencia expresa a la instigación a cometer los delitos penados con presidio, que es la pena de más gravedad en el ordenamiento venezolano, incluso más que la prisión. Solo se contempló expresamente este supuesto, el de instigación a delitos con pena de prisión. Dado esta exclusión surge la duda si la instigación a cometer delitos sancionados con presidio ha de ser penada solo con multa, según el residual aparte 2.

Por otro lado, también en el delito de instigación específica o directa, en los numerales 1 y 2 del artículo 283, se establecen penas estáticas, es decir, no se establece un rango para dar juego al principio de dosimetría penal, que advierte la aplicación del término medio entre dos límites y la aplicación de atenuantes o agravantes.

Más sorprende todavía, en cuanto a las fallas de técnica legislativa, la total falta de utilidad del nuevo artículo 284, que prohíbe que la pena impuesta en los casos de instigación a la comisión de delitos de prisión (prevista en el aparte 1 del artículo 283) exceda la tercera parte de la pena del delito cometido por el instigado. Justamente el aparte 1 del artículo precedente establece que la pena al instigador será prisión por la tercera parte de la pena impuesta al instigado. El artículo 284, entonces, alude a un supuesto que no es posible que ocurra en ninguna ocasión.

Segundo, reparando ya en aspectos sustantivos, la reforma de 2005 amplió el ámbito de aplicación del tipo penal, al establecerse que será penada la instigación “pública” y también la realizada “por cualquier medio”, sin determinarse cuáles pueden ser esos otros medios, incluso si son privados, por lo que queda a discreción del Ministerio Público y los tribunales su determinación en cada caso concreto.

En tercer lugar, se cambió la redacción del primero de esos artículos 283 que hacía referencia a que la instigación penada era aquella para la comisión de una “infracción determinada”, es decir, de delitos tipificados. La norma actual abre el margen para perseguir la instigación a ejecutar cualquier acto “en contravención a las leyes”.

En cuarto lugar, sobre el artículo 285, que prevé la instigación indirecta o genérica, habría de mencionar la modificación del supuesto relativo a la generación de odio entre los habitantes, que por la redacción actual se amplía considerablemente. Antes, se penaba la instigación de odios “entre” las personas, vale decir, entre clases, razas, cultos o grupos de habitantes, de unos contra otros; ahora, además, se castiga cualquier mensaje que se considere incite, meramente, al odio “en” las personas.

Quinto, y también sobre este artículo 285 de instigación indirecta o genérica, se omitió la referencia a que la instigación ha de hacerse “públicamente”, dando pie a interpretar, en este caso, que puede existir algún tipo de instigación indirecta “privada”, lo cual atenta totalmente contra la esencia y naturaleza de este delito desde sus orígenes.

En sexto lugar, y seguramente este fue el principal objetivo de la reforma de 2005, hubo un aumento considerable de la pena para este delito, tanto la instigación directa como la indirecta. En el primer caso, el aumento de la severidad se ve cuando el instigado comete delitos penados con prisión, que la pena al instigador pasa de ser como máximo de doce (12) meses, a ser una tercera parte de la pena de prisión impuesta a aquél. Más sorprende la elevación de la pena en el artículo 285, sobre la instigación genérica, que pasa de un rango de entre cuarenta y cinco (45) días a seis (6) meses, a tener una pena de entre tres (3) años a seis (6) años. Este cambio en la penalidad, en términos reales, supone que el término medio de una condena de instigación genérica, es decir, cuando no hay atenuantes ni agravantes, pasó a ser de ciento doce días y medio (112,5) de prisión, a un total de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión, que equivale alrededor de un mil seiscientos cuarenta (1640) días de prisión. Hoy, la instigación pública genérica en Venezuela es, realmente, una pena rigurosa.

Sin duda, por su amplitud, ambigüedad, por los vacíos, y en especial

por la severidad de las penas, este régimen legal del delito de instigación pública constituye una seria amenaza para el ejercicio de la libertad de expresión en Venezuela, los derechos políticos y la democracia. En especial cuando no existe la debida independencia judicial y las instituciones son controladas por el gobierno.

No es de extrañar, entonces, que este delito, con la reforma del Código Penal de 2005, se haya hecho "popular". De prácticamente estar en desuso, pasó a ser utilizado repetidamente por los tribunales afines al gobierno para perseguir, criminalizar y encarcelar a todas aquellas personas que difundan ideas, críticas y propuestas que molesten, desagraden o resulten inconvenientes para quienes ejercen el poder. El caso paradigmático es el de Leopoldo López Mendoza, actualmente condenado a prisión por la comisión, principalmente, de este delito de instigación pública genérica.

3. La condena por instigación pública a delinquir contra Leopoldo López Mendoza

3.1. Antecedentes

Leopoldo López Mendoza es un connotado dirigente político venezolano, fundador y líder principal del partido político Voluntad Popular. Nació en Caracas el 27 de abril de 1971. Es de profesión economista, graduado en 1993 en Kenyon College, en Ohio, Estados Unidos de América; con Master en Políticas Públicas (1996) en la Universidad de Harvard, en Boston, Massachusetts.

Su carrera política comenzó a tener trascendencia al ser electo Alcalde del Municipio Chacao, del Estado Miranda, en el año 2000. Fue reelecto en 2004. Su postura frontal contraria al gobierno de Hugo Chávez fue detonante para que, desde las diferentes instancias del poder, fuera amenazado, perseguido y atacado. El Ministerio Público inició en su contra diversas investigaciones penales, que nunca prosperaron por falta de argumentos. La Contraloría General de la República, a través de diferentes actos, en 2006, le impuso una sanción de inhabilitación política hasta por nueve años, por lo que no pudo acceder a ningún cargo de elección popular

desde entonces, a pesar de tener gran apoyo popular, como lo reflejaban las encuestas⁴.

Esta inhabilitación política fue impuesta contrariando la Constitución venezolana y la Convención Americana de Derechos Humanos. Así lo declaró definitivamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica, en sentencia de fecha 1° de Septiembre de 2011⁵.

A pesar de la inclemente persecución, continuó Leopoldo López Mendoza en su campaña pública en contra del gobierno de Hugo Chávez, primero, y Nicolás Maduro, luego, cuando a principios de 2014, junto con otros líderes de diversos partidos y organizaciones políticas de oposición, y respaldando las manifestaciones de estudiantes universitarios en varias ciudades del país, convocó a una protesta popular en la ciudad de Caracas, el día 12 de febrero de 2014. Ese día, al finalizar la concentración que se dirigía a la sede del Ministerio Público, en Caracas, donde se pretendía consignar un escrito pidiendo la liberación de varios estudiantes universitarios detenidos en manifestaciones públicas semanas atrás, ocurrió una serie de hechos violentos en los alrededores de esa entidad pública, aún no esclarecidos por los órganos oficiales⁶, que condujo al asesinato de dos personas que estaban en la manifestación, enfrentamientos, lesiones personales y el incendio y daños de algunos vehículos y edificios públicos.

4 Disponible en: <http://goo.gl/Fcf1qs>. No pudo nunca ejecutarse porque el Tribunal Supremo de Justicia lo impidió, en sentencia de fecha 17 de octubre de 2011, disponible en: <http://goo.gl/xXzPbw>. El gobierno venezolano, dos años después, denunció el Pacto de San José, retirándose de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5 Así se encuentra reseñado en el diario oficialista Correo del Orinoco. Disponible en: <http://goo.gl/HxZNYX>

6 Periodistas del diario Últimas Noticias consiguieron “establecer la responsabilidad del gobierno en las dos primeras muertes de las protestas que estallaron en Caracas el 12 de febrero de 2014.”, de acuerdo con el jurado del Premio Gabriel García Márquez de Periodismo otorgado por el FNPI en la categoría Cobertura, premio que recibió la investigación. Disponible en: <http://goo.gl/Xt4RnE>.

Sin ninguna evidencia, pero de inmediato, diferentes voceros del gobierno, culparon a Leopoldo López Mendoza por los asesinatos y esos hechos, a pesar de que no se encontraba en el lugar⁷. Horas después, en la madrugada del 13 de febrero de 2014, el Ministerio Público emitió una orden de captura en contra de Leopoldo López Mendoza. El 18 de febrero, se entregó voluntariamente para enfrentar el absurdo cargo en su contra.

3.2. El proceso y la sentencia de condena a Leopoldo López Mendoza

El Ministerio Público imputó a Leopoldo López Mendoza la comisión de los delitos de instigación pública, daños a la propiedad, incendio y asociación para delinquir. El principal Fiscal de la acusación pública fue el abogado Franklin Nieves, quien previamente venía fungiendo de fiscal en otros casos de interés político⁸. También actuó como fiscal principal la abogada Narda Sanabria.

El juicio penal se llevó en primera instancia en el Juzgado Vigésimo Octavo de Primera Instancia del Circuito Judicial del Área Metropolitana, a cargo de la abogada Susana Barreiros. Esta abogada ingresó en el Poder Judicial en fecha 1° de Marzo de 2003 como juez provisoria. Esto significa que no entró a la carrera judicial por medio de concurso público de oposición, sino que fue designada como juez por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, absolutamente controlado por el gobierno. Tampoco gozaba la juez Barreiros de la garantía de estabilidad y permanencia en su cargo, pudiendo ser removida por el mismo alto tribunal en cualquier momento sin razón o motivo cierto, sin necesidad de una motivación o explicación, ni siquiera siguiendo un procedimiento administrativo previo⁹. Antes de ser la juez en el caso contra Leopoldo López Mendoza,

7 Así se encuentra reseñado en el diario oficialista Correo del Orinoco. Disponible en: <http://goo.gl/HxZNYX>

8 Nieves fue el fiscal en el caso conocido como la "Masacre de Kennedy", en la que murieron tres estudiantes, y en el caso llevado contra Leocenis García, presidente del grupo de medios de comunicaciones 6to Poder, crítico del gobierno de Hugo Chávez, por presunta legitimación de capitales. Disponible en: <http://goo.gl/cr9fTs>.

9 Esta política de nombramiento y remoción libre y discrecional de los jueces en

había sentenciado otros asuntos de relevancia política, como el caso del hermano del ex ministro Jesse Chacón, a quien le concedió la libertad. En el proceso contra Leopoldo López Mendoza fueron evacuados 108 medios de pruebas y 30 experticias. Transcurrió el proceso durante 72 audiencias, al cabo de 57 semanas. En fecha 10 de septiembre de 2015, se dictó la sentencia condenatoria, que abarcó no solo a Leopoldo López Mendoza, sino, también, a otros tres ciudadanos, Cristian Holdack, Ángel González y Demián Martín, a quienes se les acusó de ser los autores materiales de los daños y el incendio en los alrededores de la sede del Ministerio Público.

Según se lee en la sentencia de condena, la juez Barreiros consideró “acreditado” que un grupo de personas se quedó en zonas aledañas al Ministerio Público luego de la manifestación de protesta convocada para el 12 de febrero de 2014. También, dio por probado que después del discurso dado por Leopoldo López Mendoza y de que éste, efectivamente, se retirara del lugar, los otros imputados:

... procedieron a realizar una serie de actos violentos, ocasionando serios daños a dicha sede, a siete unidades del Cuerpo de Investigaciones Científicas y Criminalísticas, y a la Plaza Carabobo...

Como Leopoldo López Mendoza no estaba presente el 12 de febrero de 2014 en los alrededores de la sede del Ministerio Público cuando ocurrieron esos hechos, más aún, como para ese entonces ya había hecho llamados públicos dando por concluida la concentración y para que los manifestantes volvieran a sus hogares ante el inminente peligro de enfrentamientos con bandas armadas del gobierno, la acusación del Ministerio Público en su contra se basó principalmente en el delito de instigador,

Venezuela ha sido censurado como lesivo de derechos humanos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en varias oportunidades. Una de ellas en su informe del año 2009. En dicho informe expresa su preocupación “por los altos porcentajes de jueces y fiscales en situación de provisionalidad y el incumplimiento de algunos de los procedimientos legales y constitucionales en el proceso para su designación y destitución”. Disponible en: <https://goo.gl/okNg9D>.

indirecto o genérico, conforme con el artículo 285 del Código Penal.

Para ello, el Ministerio Público trajo al juicio el testimonio de dos expertos: Mariano Alfonzo Alí y Rosa Amelia Azuaje León, quienes analizaron, respectivamente, los tuits publicados por Leopoldo López Mendoza desde enero hasta el 18 de marzo de 2014; y cuatro discursos de Leopoldo López Mendoza en ese lapso, incluido el que dirigió a los manifestantes el mismo 12 de febrero de 2014.

La defensa de Leopoldo López Mendoza aduce que no tuvo permitido hacer un control pleno de los testimonios de estos expertos, en violación de su derecho a la defensa y al debido proceso¹⁰. Sin embargo, fueron tales informes los medios probatorios claves para la condena. La juez Barreiros, en la sentencia de 10 de septiembre de 2015, afirmó que Mariano Alfonzo Alí especificó: “distintos criterios en torno a los parámetros que un líder debe tomar en cuenta al momento de emitir sus mensajes y transmitir sus discursos...”. Sostuvo que los mensajes de Leopoldo López Mendoza: “como líder sirven para establecer patrones de conducta”. Y que: “Leopoldo López utilizó el Twitter como un poder fáctico, toda vez que hay aceptación del receptor [...] lanzando mensajes en contra del actual gobierno, desconociendo su legitimidad...”. Los mensajes incluyen, según la sentencia, calificar al estado como “delincuente, asesino, narcotraficante...”. Estos mensajes, y sumados a hablar “en nombre de todos los venezolanos y venezolanas, no solamente [...] en primera persona”, causaron, a decir de la juez, acogiendo el criterio del experto, “en el ánimo de sus seguidores una conducta agresiva, poniendo en peligro la tranquilidad pública...”.

La sentencia de la juez Barreiros incluye como base, también, la opinión de Rosa Azuaje León, lingüista de profesión, quien analizó los discursos de Leopoldo López Mendoza. Según Azuaje León:

Es evidente que a través de sus discursos envió mensajes descalificativos que desencadenaron las acciones violentas y eminentes

10 Según Roberto Marrero, abogado de la defensa, “No hubo ningún respeto a los derechos de Leopoldo López”. Disponible en: <http://goo.gl/qNww2U>.

daños a la sede Fiscal y cuerpo de investigaciones, en virtud de los discursos emitidos por los medios de comunicación...

Estos dos testimonios expertos sobre las palabras, mensajes y expresiones de Leopoldo López Mendoza en redes sociales y en sus discursos públicos, junto con el resto de las pruebas, llevaron a la juez Barreiros a concluir:

Claramente se determina que el ciudadano Leopoldo López, no utilizó los medios apropiados establecidos en la Constitución, para que sus demandas fueran atendidas, sino que utilizó el arte de la palabra, para hacer creer en sus seguidores que existía una salida constitucional, cuando no estaban dadas las condiciones necesarias que pretendía...

Insistió en esta idea la juez Barreiros, en su sentencia condenatoria, Leopoldo López Mendoza:

... determinó a través de los medios de comunicación convencionales y alternativos, sus discursos de contenido violento, pues su único propósito era desaparecer la tranquilidad pública, al llamar a un grupo de personas en correspondencia con su alocución, para desconocer las autoridades legítimas y las leyes.

La condena contra Leopoldo López Mendoza fue de prisión, por los delitos de instigación pública genérica a delinquir (artículo 285 del Código Penal), daños a la propiedad (artículo 473 del Código Penal), incendio (artículo 343 del Código Penal) y asociación para delinquir (artículo 37 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo), por un tiempo de 13 años, 9 meses y 7 días de prisión, más la pena accesoria de inhabilitación política¹¹.

11 Véase, la sentencia de 10 de septiembre de 2015, en: <http://bit.ly/29PNq2J>.

3.3. Violaciones de derechos fundamentales y rechazo nacional e internacional a la condena a Leopoldo López Mendoza por instigación pública

No hay duda que la condena contra Leopoldo López Mendoza es injusta. El Ministerio Público no probó la comisión por parte de aquél de delito alguno, y en concreto del delito instigación pública a delinquir. Su encarcelamiento tiene por finalidad un resultado distinto al castigar la comisión de un hecho punible, como es el de impedir que continuara la difusión de ideas políticas indeseables, inconvenientes y contrarias para los intereses y fines del gobierno de Nicolás Maduro, por lo que el fraudulento proceso penal sustanciado contra el condenado tenía entonces como uno de sus fines impedir el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión en el marco de sus actividades como dirigente político. No se probó en ese amañado juicio penal, de acuerdo con los estándares respetuosos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que dicho dirigente político venezolano hubiere cometido el delito de instigación pública.

Ante esto, a saber, los vicios en el proceso y la violación de los derechos de defensa y proceso debido, y la sesgada interpretación y aplicación en el caso concreto de las normas sobre el delito de instigación pública, la condena contra Leopoldo López Mendoza de fecha 10 de septiembre de 2015 ha sido rechazada por abogados, catedráticos, expertos y organizaciones venezolanas y extranjeras. Ya el propio abogado defensor de Leopoldo López Mendoza, Juan Carlos Gutiérrez, días antes de que fuera emitida esa sentencia condenatoria, señaló:

Leopoldo está preso por ejercer la política como modo de vida, y presentar críticas al gobierno nacional [...] pero en su discurso no van a conseguir ninguna frase y ninguna expresión donde él haga un llamado a cometer actos de violencia y eso se ha demostrado y se ha exhibido durante el proceso. Los hechos de violencia nunca ocurrieron bajo su influencia, sino que se originó por la muy lamentable muerte de venezolanos¹².

12 Días antes de que Barreiros dictara sentencia, la defensa de López presentó públicamente, a través de una rueda de prensa, los alegatos de la defensa. Disponible

La experta venezolana en Derecho Penal y ex magistrada de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Blanca Rosa Mármol, señaló que lo ocurrido con el señor López no debería siquiera de calificarse de “juicio”. Sostuvo:

Este no ha sido el juicio justo ni imparcial que establece la Constitución y el Código Orgánico Procesal Penal, ni siquiera debería llamarse juicio, porque ha sido un show...¹³.

El reconocido abogado Ramón Escovar León, experto en Derecho Procesal, argumentación jurídica y análisis del discurso, destacó:

Resulta un atentado a la libertad de expresión el hecho de que por medio del análisis de un discurso se pueda privar a alguien de su libertad. Se trata de la represión del discurso oral y escrito de los hablantes. Y especialmente porque este dictamen no pudo ser refutado por otras opiniones de especialistas en la materia y, además, porque la autora de esta curiosa opinión no fue repreguntada por la representación legal de López...

En efecto, según el dictamen,

López “pudo haber transferido este sentimiento [de ira] a su público”, lo cual simplemente son especulaciones de la autora. El basamento de la sentencia de López es en realidad un análisis hipotético de las consecuencias del discurso político de un venezolano [...]

Supongo que de ahora en adelante no se podrán utilizar en el discurso político venezolano ni la ironía, ni la paradoja, ni la

en: <http://bit.ly/2aaOpwC>

13 La opinión de la ex magistrada es compartida por otros juristas, entre ellos el profesor de la Universidad Central de Venezuela, José Luis Tamayo: “En Venezuela no hay debido proceso como tal, sino una simulación”. Disponible en: <http://bit.ly/29IwPLX>

metáfora, ni la hipérbole y mucho menos el humor. ¡Estamos ante la criminalización del lenguaje!¹⁴.

Son muchas las expresiones internacionales de solidaridad y apoyo a Leopoldo López Mendoza ante su injusta detención y condena. Entre otras, la ONU, a través del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Parlamento Europeo, el Congreso de Diputados de España, los ex presidentes Felipe González (España), Fernando Henrique Cardoso (Brasil), Ricardo Lagos (Chile), Julio María Sanguinetti (Uruguay) y Belisario Betancourt (Colombia), la organización Club de Madrid, Amnistía Internacional, el ex presidente de Polonia y Premio Nobel de la Paz, Lech Walesa, han emitido comunicados denunciando el carácter de preso político o de conciencia de Leopoldo López Mendoza y abogando por su liberación¹⁵.

3.4. Premios y castigos para algunos de los actores clave del juicio contra Leopoldo López Mendoza

Un elemento llamativo a considerar, y que da indicios claros de las irregularidades y motivaciones políticas en el juicio y la condena de Leopoldo López Mendoza es la dirección que han experimentado la vida de tres de los actores claves para la condena. La juez provisoria que sentenció el caso en primera instancia, Susana Barreiros, fue premiada por el gobierno de Nicolás Maduro. En contraposición, el principal Fiscal acusador, Franklin Nieves, y la experta en lingüística cuya declaración sobre los discursos de Leopoldo López Mendoza fue clave en la condena, Rosa Azuaje León, han sufrido severas presiones y castigos por acceder a esa farsa procesal.

Susana Barreiros, después de sentenciar a Leopoldo López Mendoza el 10 de septiembre de 2015 ha recibido los mayores halagos de altos

14 “Lingüística y Derecho: el caso de Leopoldo López”, publicado como columna de opinión en el diario El Nacional. Disponible en: <http://bit.ly/2aexyHt>

15 Estas manifestaciones están recogidas, con varias otras, en un documento cargado en el sitio web: www.leopoldolopez.com, disponible en: <http://bit.ly/29OYhNc>

personeros del gobierno venezolano. A las pocas semanas, el 12 de diciembre de 2015, fue designada por la Asamblea Nacional aún controlada por el gobierno, y con una premura inusitada debido a que las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre de 2015 la mayoría de la Asamblea pasaría a los partidos de oposición, como Defensora Pública General de la Defensa Pública venezolana. Designada en ese alto cargo, entonces, con el solo voto de los diputados oficialista, gozará aún de las mieles del poder por los próximos siete años¹⁶.

Franklin Nieves, en cambio, de las presiones ante las dudas que le trajeron su actuación fraudulenta, huyó a los Estados Unidos de América desde donde confesó que el caso de Leopoldo López Mendoza fue “un montaje”, aduciendo que había recibido órdenes del alto gobierno para que fuera acusado, que no había actuado apegado al Derecho y que todo estaba basado en pruebas forjadas y mentira¹⁷.

Rosa Azuaje fue la lingüista experta cuyo testimonio fue fundamental para la condena de Leopoldo López Mendoza. Desacreditada ante el mundo por su papel, en una entrevista publicada por el diario español El Mundo, en julio de 2016, la experta Azuaje León declaró que: “la Jueza Barreiros manipuló mi declaración para inculpar a López”¹⁸.

3.5. Otras condenas de instigación pública contra ciudadanos y miembros de la oposición venezolana

Además del caso de Leopoldo López Mendoza, solo en los últimos años ha habido varias personas perseguidas, imputadas y encarceladas por

16 La sesión de la Asamblea Nacional en la cual fue designada se transmitió por cadena de radio y televisión, entre aplausos y vítores de los diputados del gobierno. Obviamente, su designación fue protestada por la oposición. Disponible en: <http://goo.gl/65aUGT>

17 Para profundizar este punto puede verse: <http://bit.ly/29VhqdM>, <http://cnn.it/29IwpoN> y <http://bbc.in/1NbZUis>

18 En la entrevista también expresa su sorpresa al enterarse que se condenó a Leopoldo López Mendoza usando un análisis lingüístico como única prueba.

Disponible en: <http://goo.gl/TqlPvs>

expresar sus opiniones, acusándoseles de cometer el delito de instigación pública y genérica a delinquir.

Una de ellas es Inés González Arraga. Su supuesto delito fue expresar sus opiniones contrarias al gobierno de Nicolás Maduro a través de la red social Twitter, donde tenía unos varios cientos de seguidores. Fue detenida en su casa por el cuerpo de policía política del gobierno el 4 de octubre de 2014. Se le imputó el delito de instigación pública a delinquir, previsto en el artículo 285 del Código Penal, por incitar genéricamente al odio. Después de poco más de un año en encarcelada preventivamente, fue liberada el 17 de noviembre de 2014 como una medida humanitaria debido a problemas de salud. Sigue sometida a juicio y medidas cautelares¹⁹.

Otro caso de imputado por instigación a delinquir, ya mutado a un delito genérico de instigación al odio, es el de Villca Fernández, dirigente estudiantil y ex candidato a la Asamblea Nacional por el Estado Mérida. Fernández fue detenido en la ciudad de Mérida el 31 de enero de 2016. Está siendo sometido a un juicio penal por la comisión del delito previsto en el artículo 285 del Código Penal, por publicar mensajes contra Diosdado Cabello en su cuenta de twitter. Desde entonces está recluido en calabozos de la policía política en Caracas²⁰.

Finalmente, los militantes de la oposición al gobierno de Nicolás Maduro acusados más recientemente por la comisión del delito de instigación a delinquir, el artículo 285 del Código Penal, fueron Francisco Márquez y Gabriel San Miguel. El 19 de junio de 2016 se trasladaban hacia el Estado Portuguesa, al sur oeste del país, con el propósito de colaborar con el proceso de convocatoria a un referéndum revocatorio contra Nicolás Maduro. Fueron detenidos por militares en la vía pública. Después de dos días incomunicados, fueron presentados frente a un juez el 21 de junio de 2016, cuando el Ministerio Público les imputó el delito instigación

19 Al ser liberada, Inés González afirmó: “Hay que liberar tanto a los encarcelados injustamente como a los carceleros. Estos últimos presos del terror”. Disponible en: <http://goo.gl/w9dkop>

20 Fue detenido mientras promocionaba el referéndum revocatorio. Disponible en: <http://goo.gl/Z0Qnei> y <http://goo.gl/X3WbKB>.

pública a delinquir, del artículo 285 del Código Penal, junto con el delito de legitimación de capitales. Actualmente se encuentran encarcelados²¹.

No hay dudas, en fin, que en estos momentos el delito de instigación genérica a delinquir, del artículo 285 del Código Penal, se ha convertido en una herramienta común en la persecución de oposición política venezolana, gracias al control que el gobierno de Nicolás Maduro tiene del Ministerio Público y de los tribunales penales. Los cambios realizados a este delito en la reforma del Código Penal de 2005, que ampliaron las condiciones para la ocurrencia de este delito, lo desnaturalizaron por completo. Hoy ha sido un tipo delictual muy conveniente para el gobierno, gracias a la gran discrecionalidad de los jueces en su aplicación y su severidad, en desmedro de los derechos fundamentales de la ciudadanía y la democracia.

4. Violaciones a la libertad de expresión, libertad personal y a la democracia

El uso extendido y con fines políticos del delito de instigación pública a delinquir en Venezuela, actualmente, afecta directamente el derecho fundamental a la libertad de expresión.

El artículo 57 de la Constitución de Venezuela señala que:

Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura...

Este derecho fundamental es expresión de la libertad individual, del libre desenvolvimiento de la persona humana y esencial para la democracia

21 Ambos son, además, trabajadores de la Alcaldía del Hatillo, actualmente en manos de David Smolansky, miembro del partido político Voluntad Popular, fundado y liderado por Leopoldo López Mendoza. Disponible en: <https://goo.gl/KU90kJ> y <https://goo.gl/vw0SMj>.

y la alternabilidad en el poder. Sin duda, la libertad de expresión, en una sociedad democrática, debe prevalecer por encima del temor a que unas personas instiguen a otras para que cometan delitos.

No puede perderse de vista el carácter personalísimo que siempre debe tener la responsabilidad penal. Quien aprecie su libertad y entienda que la única manera de vivir en civilización es respetando las reglas y no cometiendo hechos tipificados como delitos, difícilmente podrá ser influenciado por otros para cometer delitos.

Toda persona debe ser responsable por sus actos, y en caso de recibir, escuchar o leer los mensajes de otras personas abogando para que cometa delitos, ha de tomar la decisión volitiva y por sí mismo de decidir si apoya o rechaza esas ideas y si cometerá el delito inducido. De este modo, quienes dobleguen su propio entendimiento ante influencias externas y se decanten en la comisión de delitos deberán correr personalmente con las consecuencias de su debilidad.

Como premisa, entonces, toda persona debería ser libre de expresar sus ideas y sentimientos, por criticables que puedan ser. Expresas tales opiniones difícilmente podrá considerarse una instigación a delinquir. Este delito choca claramente con el derecho a la libertad de expresión.

En la medida en que el delito de instigación pública se amplía y utiliza con fines políticos, para perseguir a la oposición o a las posturas y opiniones contrarias al gobierno, como ha ocurrido en Venezuela a partir de la reforma del Código Penal de 2005 y la interpretación que hacen de los artículos 283, 284 y 285 el Ministerio Público y los tribunales penales, la libertad de expresión queda claramente menoscabada.

También afecta la previsión y aplicación actual en Venezuela del delito de instigación pública a delinquir a la libertad personal y los derechos fundamentales contra detenciones arbitrarias.

En Venezuela, tanto la Constitución como la ley acogen el principio de legalidad penal, según el aforismo "*nullum crimen, nullapoena sine praevialege*". El artículo 49 de la Constitución venezolana, aparte 6, dispone: "Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes". Mientras que el artículo 1º del Código Penal reza: "Nadie podrá ser castigado por un

hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente [...]”.

Este principio de tipicidad estricta de la legislación penal se ve severamente violado por la regulación de la instigación pública a delinquir del Código Penal desde 2005. Como se ha dicho, se ha ampliado drásticamente el ámbito de aplicación de la ley, al hablar de la comisión de este delito “por cualquier medio” y por “contravención a las leyes”, sin mencionar si se trata de cualquier ley o de la ley penal; hay amplia discrecionalidad en cuanto a la determinación del sujeto, la conducta, las condiciones, los medios, modalidades y la consecuencia jurídica, que pueden dar lugar a la condena del delito de instigación, en especial de la instigación genérica o indirecta del artículo 285.

Asimismo, se han eliminado elementos como el dolo en la instigación; la publicidad de la instigación, para que sea penada efectivamente; así como la necesaria relación de causalidad directa entre las manifestaciones del instigador y los hechos que constituyan delitos del instigado. La manera como se encuentran redactados esos artículos del Código Penal da lugar a que pueda interpretarse que la sola instigación es punible, sin importar si se verifica o no el delito instigado.

Por ello, prácticamente en Venezuela, hoy en día, este delito de instigación pública procede a discreción del Ministerio Público y los tribunales, para sancionar cualquier opinión de los ciudadanos. Politizada como está la justicia, opinar en contra del gobierno ha pasado a ser un delito. El caso de Leopoldo López Mendoza, y los otros relatados previamente, son evidencia dramática de esta relajación de los elementos de ese tipo penal.

Por último, debe rescatarse que la libertad de expresión, por reprochables que puedan parecer ciertas ideas y opiniones, junto con la libertad de información, el pluralismo político y la protesta pacífica a través del rechazo pacífico, público y fundado de las ideas de quienes ejercen el poder, son todos pilares fundamentales de la vida en democracia.

Es autoritaria y antidemocrática aquella visión de que los gobernantes puedan tener el poder coactivo para perseguir penalmente ideas, opiniones y juicios de los ciudadanos que puedan no agrardarle o servir en contra de sus fines. Al igual que la censura previa ha de estar proscrita,

también la persecución penal a las personas por sus opiniones políticas es inaceptable en una sociedad democrática. A lo sumo, el poder estatal debe condicionarse o limitarse únicamente para exigir la responsabilidad ulterior, por daños, a quienes abusen de algunos de aquellos derechos, luego de un juicio imparcial y justo.

En Venezuela, con la aplicación indiscriminada y con intenciones de persecución a la disidencia del delito de instigación pública ha quedado claro, con casos como la condenatoria penal contra Leopoldo López Mendoza, que los valores esenciales de la democracia, como la alternancia en el poder y el pluralismo político han quedado suprimidos.

Este proceder del Estado venezolano afecta igualmente al resto de los venezolanos a recibir contenidos e ideas de otros, para que cada quien libremente pueda analizar, debatir, aceptar o rechazar ideas y opiniones, como parte del proceso de formación de la opinión pública. Esto es propio de una sociedad democrática, y no puede estar controlado por ninguna autoridad gubernativa. El encarcelamiento de las personas que expresen opiniones contrarias al gobierno priva a la ciudadanía en general de conocer a fondo y por el tiempo que lo eligiesen diversas ideas políticas, concretamente aquellas que el gobierno de turno no quiera que se difundan o instalen en la sociedad. Emitir opiniones públicas en contra de un determinado gobierno, sus políticas y gestión, promover protestas ciudadanas, exigir cambios políticos, no es, en modo alguno, instigar a la sociedad a delinquir.

Como lo muestra el caso de Leopoldo López Mendoza, este tipo penal desde 2005 ha servido para perseguir, amenazar y, definitivamente, callar a la disidencia y prohibir la difusión de ideas políticas indeseables, inconvenientes y críticas para los intereses y fines del gobierno venezolano, presidido por Nicolás Maduro. Ha impedido que los ciudadanos puedan formarse una opinión veraz respecto de esas ideas diferentes y alternativas, dificultando que estos mensajes calen en la opinión pública y que los ciudadanos puedan apoyar otras corrientes políticas

De este modo, y en contra de los valores democráticos, este delito de instigación pública en Venezuela se pretende erigir, con su aplicación en casos como el de Leopoldo López Mendoza, en un medio decisivo para

enterrar ideas contrarias a los gobernantes, ante el riesgo cierto de que serán condenados quienes las expongan (Arteaga, 2014, 123).

5. Conclusiones y propuestas

Como conclusión, no hay lugar a dudas que la reforma del Código Penal venezolano de 2005 a los artículos que contemplan el delito de instigación pública tuvo una intencionalidad política. Claramente, buscó construir medios jurídicos para disuadir, perseguir y, de ser necesario, aniquilar a la oposición política. La interpretación y aplicación abusiva de ese tipo penal por el Ministerio Público y los tribunales venezolanos en los últimos años, que ha llevado a las condenas contra Leopoldo López Mendoza y otros ciudadanos y dirigentes políticos de oposición, son evidencia de dicho uso con fines políticos de la instigación para delinquir, contrario a los derechos fundamentales y a los valores democráticos.

De este modo, en Venezuela, como en cualquier país donde exista el delito de instigación pública a delinquir, es necesaria una profunda revisión de este tipo penal.

Realmente, como delito aporta muy poco, pues siempre que haya un acuerdo entre varias personas para delinquir, existen otras figuras en el Derecho Penal, tales como la complicidad, la coautoría, la asociación para delinquir, entre otras, que permiten perfectamente imputar y penar a quienes son verdaderos responsables de delitos. Al mismo tiempo, este delito representa un riesgo muy grande para derechos y valores fundamentales. El costo de tenerlo, es mucho mayor que los beneficios que apareja.

Creemos, por tanto, innecesario que la instigación pública permanezca en el Código Penal venezolano como delito. Ni siquiera debería permanecer haciéndose un esfuerzo por tipificar estrictamente este delito, como estaba en Venezuela antes de la reforma del Código Penal de 2005, y disponer penas coherentes, no excesivas ni violatorias de principios del derecho penal. Incluso así, limitado, siempre habrá margen a arbitrariedades y, tal delito, nunca dejará de ser un medio para censurar y coartar la libertad de expresión. Cuando no, el delito prácticamente quedará en desuso.

Este delito de instigación pública, como la experiencia venezolana viene a comprobar, ha servido de herramienta capital para el gobierno para criminalizar la disidencia política, eliminar jurídicamente a los adversarios políticos y violar varios de sus derechos humanos, entre ellos el de libertad de expresión. Se ha comprobado dramáticamente esto en el caso del dirigente político Leopoldo López Mendoza.

La despenalización del delito de instigación pública sería una verdadera muestra de evolución del Derecho Penal, un paso adelante en la garantía de la libertad individual y de expresión, así como un peligro menos para la, siempre en riesgo, democracia.

6. Bibliografía

- Arteaga Sánchez, Alberto. 2014. Leopoldo López Preso de Maduro. El caso López un ejemplo típico de derecho penal del enemigo. Caracas: Circulo Editorial Visión Progresista.
- Arteaga Sánchez, Alberto. 1985. Derecho penal venezolano: Parte general. Caracas: Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela.
- Canova González, Antonio; (et. al). 2014. El TSJ al servicio de la Revolución. La toma, los números y los criterios del Tribunal Supremo de Justicia venezolano (2005-2013). Caracas: Galipán.
- Febres Cordero, Héctor. 1969. Curso de Derecho Penal: Parte especial. Mérida: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.
- Grisanti Avelado, Hernando; Grisanti Franceschi, Andrés. 1998. Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Caracas: Vadell Hermanos Editores.
- Mujica Amador, Vicente. 1986. La instigación a delinquir. En Revista de Derecho UCAB, N° 35.
- Mendoza Troconis, José Rafael. 1991. Curso de derecho penal venezolano: compendio de parte especial. Caracas: Empresa El Cojo.
- Mendoza Troconis, José Rafael. 1960. Curso de derecho penal venezolano. Caracas: Empresa El Cojo.
- Tamayo Rodríguez, José Luis. 2012. La Codificación Penal Venezolana. Análisis Histórico Jurídico. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Los casos sobre fecundación in vitro ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un análisis de sus argumentos de fondo y posibles efectos

Ligia De Jesús Castaldi¹

Profesora de Derecho Internacional, Ave Maria School of Law (Estados Unidos). LL.M., Harvard Law School, (Estados Unidos). Amicus curiae en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* junto a antiguo Juez de la CorteIDH, Rafael Nieto Navia, entre otros.

Resumen: En el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (“fecundación in vitro”), la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Costa Rica a legalizar la reproducción artificial y a subsidiarla con fondos públicos por medio de la Caja Costarricense del Seguro Social, concluyendo que el embrión humano no es persona, que la concepción comienza en la implantación del mismo en el útero materno, no de la fertilización del óvulo humano, y que el artículo 4(1) de la Convención Americana de Derechos Humanos permite amplias excepciones a la vida del no nacido, incluyendo al menos algunas formas de aborto.

Este artículo refuta las conclusiones de la Corte en el caso *Artavia* y señala las debilidades del fallo, primero respecto a la interpretación del artículo 4(1) de la Convención Americana sobre el derecho a la vida desde el momento de la concepción y segundo respecto a una supuesta obligación internacional de legalizar y facilitar las técnicas de reproducción artificial. También describe la reciente controversia sobre la ejecución del fallo de la Corte en jurisdicción interna, que tiene especial relevancia actualmente debido a que, cuatro años después de la sentencia, los legisladores costarricenses y su Corte Suprema continúan sin aprobar la legalización de la FIV en el país y enfrentan ahora una segunda demanda ante la Corte Interamericana.

Palabras clave: *Artavia*; In vitro; Concepción; No nacido; Embrión.

1 Las traducciones de documentos en otro idioma son de la autora.

Abstract: In *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica* (“in vitro fertilization” case), the Inter-American Court of Human Rights struck down the Costa Rican ban on artificial reproduction and ordered public funding of in vitro fertilization through its Social Security system. It held, among others, that the human embryo is not a person, that conception occurs at implantation in the maternal womb, not fertilization and that article 4(1) of the American Convention on Human Rights allows ample exceptions to the unborn’s right to life, including at least some forms of abortion.

This article refutes the Court’s conclusions in *Artavia* and critiques the judgment’s interpretation of article 4(1) of the American Convention on the right to life from conception as well as its creation of supposed international obligations to legalize and facilitate artificial reproduction. It also describes the recent controversy on the execution of the judgment in domestic jurisdiction, which is specially relevant now due to the fact that, four years after the judgment, both Costa Rican legislators and Costa Rica Supreme Court have yet to authorize IVF in their country and face a second lawsuit before the Inter-American Court.

Keywords: *Artavia*; In vitro; Conception; Unborn; Embryo.

Artículo recibido: 25/01/2016 Aceptado: 24/08/2016

Sumario

1. Introducción
2. Algunos argumentos contra los errores de fondo en las conclusiones del fallo Artavia
 - 2.1. La redefinición del término “concepción” y la declaración de que el embrión humano no es “persona”
 - 2.2. La supuesta gradualidad del derecho a la vida del no nacido y la permisibilidad del aborto según la CorteIDH en el caso Artavia
 - 2.3. La supuesta obligación de legalizar y facilitar la reproducción artificial en la Convención Americana y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
3. Cumplimiento de la sentencia de la Corte en el caso Artavia
4. Conclusión
5. Bibliografía
6. Jurisprudencia

1. Introducción

En el Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (“fecundación in vitro”), cuya sentencia fue emitida en el 2012,² la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte o CorteIDH) condenó a Costa Rica a legalizar la reproducción artificial y a subsidiarla con fondos públicos por medio de la Caja Costarricense del Seguro Social, concluyendo que el embrión humano no es persona, que la concepción comienza en la implantación del mismo en el útero materno y que el artículo 4(1) de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención

2 CorteIDH, 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, párr. 223 (en adelante, “Caso Artavia”), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Americana) permite amplias excepciones a la vida del no nacido, incluyendo al menos algunas formas de aborto³.

La prohibición de la fecundación in vitro (en adelante FIV) en Costa Rica se basaba en objeciones éticas y morales a la muerte y destrucción de embriones humanos en dichos procedimientos, cuya estimada tasa de mortalidad es de alrededor de 90%⁴. Además de la muerte embrionaria, los procedimientos de FIV presentan otros dilemas éticos como aquel relativo al aborto selectivo–eufemísticamente llamado “reducción embrionaria”, mediante el cual se sacrifica la vida de uno o más fetos en casos embarazos múltiples con el objetivo de maximizar la viabilidad de otros y minimizar los riesgos de salud a la madre⁵.

Costa Rica, un país de profundas raíces católicas (Constitución Política de la República de Costa Rica, art. 75)⁶, reconoce al embrión humano como persona, titular de un derecho a la vida desde el momento de la concepción en su Código de la Niñez (Código de Niñez y la Adolescencia de Costa Rica, art. 2, 12). A nivel internacional, Costa Rica fue principal promotora de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana⁷, que llama

3 CorteIDH, Caso Artavia, *ibidem.*, párr. 182.

4 Ver MP3 Audio: Audiencia Pública del Gobierno de Costa Rica, Período de sesiones 133, Caso 12.361 y peticiones 1368/04, 16/05, 678/06, 1191/06 – Fertilización in vitro, Costa Rica, (Oct. 28, 2008), min. 33:17–33:20 & 1:25:20–1:26:27, <http://www.cidh.org/Audiencias/133/A27FecundacioninvitroCostaRica.mp3>.

5 CorteIDH, Caso Artavia, *cit.*, párr. 213.

6 El artículo reza: “La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres”.

7 Declaración de las Naciones Unidas sobre Clonación Humana, G.A. Res. 59/280, U.N. Doc. A/RES/59/280 (Mar. 8 2005), Disponible en http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/59/280&Lang=E Véase su precursor la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos adoptado en la UNESCO 29 Conferencia General el 11 de noviembre de 1997, lo cual prohíbe reproducción solo de clonación. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos, 11 de noviembre de 1997, <http://portal.unesco.org/en/ev.php>–

a los Estados a prohibir técnicas de clonación e ingeniería genética sobre embriones humanos, ya sea con fines reproductivos o terapéuticos, las cuales la Declaración denuncia como incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana (Declaración de las Naciones Unidas sobre Clonación Humana, 2005).

En el año 2000, en un fallo redactado por Rodolfo Piza Ecalante, antiguo Juez de la CorteIDH (1979–1989), la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica había declarado inconstitucional un Decreto Ejecutivo que autorizaba la práctica de la fertilización in vitro (FIV) debido a la previsible destrucción y pérdida embrionaria inherente al procedimiento, que encontró violatorio de la Constitución Nacional⁸.

A partir del 2004, dos peticiones fueron presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión o CIDH) por un grupo de parejas infértiles que alegaban violación de sus derechos humanos por parte del Estado de Costa Rica, Caso Ana Victoria Sánchez Villalobos vs. Costa Rica (Petición 12.361)⁹ y Caso Daniel Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros vs. Costa Rica¹⁰, alegando que Costa Rica estaba violentando los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos al prohibir la fertilización in vitro.

Inicialmente, el grupo de peticionarios incluía también a dos empresas proveedoras de fertilización in vitro, Costa Rica Ultrasonografía S.A. y el Instituto Costarricense de Fertilidad, que solicitaban ser consideradas como víctimas en el caso, alegando daños materiales y exigiendo reparaciones pecuniarias por parte del Estado¹¹. La Comisión correctamente rechazó tener competencia *ratione personae* sobre estas empresas, “por no ser personas físicas y por lo tanto no estar protegidas por la Convención

[URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html](http://www.revistaidh.org/URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

8 CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Caso Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), párr. 2, 17 & 30.

9 Id., párr. 69.

10 CIDH, Informe No. 156/10, Petición 1368–04 (Admisibilidad), Caso Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros, Costa Rica, 1º. de noviembre (2010).

11 Id., párr. 27–28.

Americana”¹². Sin embargo, la Corte posteriormente recibió declaraciones y peritajes de dos empleados de dichas empresas “a título informativo”¹³, a pesar de las objeciones presentadas por el Estado de Costa Rica debido a un posible conflicto de interés¹⁴. Predeciblemente, el testimonio ofrecido por dichos empleados promovía las técnicas de reproducción artificial, y sus supuestos altos porcentajes de efectividad¹⁵.

En el 2008, Ana Victoria Sánchez Villalobos y su esposo Fernando Salazar Bonilla, pareja representativa de las víctimas de la prohibición de la FIV, se retiraron de la petición, indicando que se habían informado sobre el procedimiento y habían comprendido que el embrión es un ser humano desde el momento de la concepción y que la FIV violenta su derecho a la vida, recomendando a otras parejas infértiles adoptar en lugar de producir nuevas vidas humanas en tubos de ensayo (ACIPRENSA, 2008). La Comisión cambió el nombre de la petición a Petición 12.361 y luego a Caso Gretel Artavia Murillo vs. Costa Rica, sin hacer mención alguna de este hecho en posteriores informes o comunicados de prensa.

En el 2004 y 2010 respectivamente, la Comisión declaró ambas peticiones admisibles¹⁶, y en agosto del 2010, emitió un informe de fondo sobre la petición 12.361. Un año después, en agosto del 2011, remitió el caso ante la Corte Interamericana, alegando que la prohibición constitucional contra la fertilización in vitro en Costa Rica constituiría una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia al igual que una violación del derecho a la igualdad de las víctimas,

12 CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Caso Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), párr. 49.

13 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de agosto (2012), párr. 33.

14 Id., párr. 19, 21.

15 Id., párr. 9, 11.

16 Ver CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Caso Ana Victoria Sanchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), Conclusiones, párr. 1 &3 e Informe No. 85/06, Petición 225-04, Admisibilidad, James Demers, Canadá, 21 de octubre de 2006, OEA/ Ser. L. /V/II. (Oct 21, 2006), Conclusiones, párr. 1&2.

cuyo efecto tendría un impacto desproporcionado en las mujeres¹⁷. Previo a la emisión del informe, la CIDH había recomendado a Costa Rica legalizar y subsidiar la práctica de la FIV (Murillo, 2011). De acuerdo a la prensa nacional, la CIDH estableció varios plazos límite para aprobar que el Congreso costarricense aprobara una ley que legalizara la FIV y otras técnicas de reproducción artificial y proveyera fondos públicos para la práctica de la misma, con los cuales este habría incumplido (Avendaño, 2011; Insidecostarica, 2011).

El 28 de noviembre del 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró a Costa Rica en violación de los siguientes artículos de la Convención Americana: 5(1) (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 11 (2) (protección de la privacidad), 17(2) (derecho a fundar una familia) en relación con el artículo 1(1) (obligación de respetar los derechos) y condenó al Estado a varias medidas de reparación, entre otras, hacer pagos por daño material e inmaterial a las parejas infértiles y sus representantes legales, a legalizar la práctica de la FIV en Costa Rica y subsidiarla través de la Caja Costarricense del Seguro Social y a realizar una campaña sobre los derechos de las personas infértiles a utilizar dichas tecnologías¹⁸.

El 18 de enero del 2016, la Comisión presentó el caso 12.798, denominado Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica and la CorteIDH (Organización de los Estados Americanos, 2016)¹⁹, indicando que presentaba este nuevo caso sobre fecundación in vitro porque “el Estado de Costa Rica no cumplió con las recomendaciones contenidas en el Informe de Fondo” y la sentencia del Caso Artavia, es decir, la orden de levantar la prohibición de la práctica de la FIV en el país y de reparar a las víctimas por daño moral y material (Organización de los Estados Americanos, 2016)²⁰. El 29 de enero

17 CIDH, Comunicado de Prensa No. 91/11, CIDH presenta caso sobre Costa Rica ante la CorteIDH. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/91-11sp.htm>

18 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 317-380.

19 <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/013.asp>

20 Id.

del 2016, la CIDH emitió una medida cautelar a favor de los peticionarios en dicho caso, solicitando al Estado de Costa Rica:

... que adopte las medidas necesarias para hacer accesible la técnica de FIV, de manera inmediata, a las parejas identificadas [...] y que concierte las medidas a adoptarse con los beneficiarios y sus representantes (Organización de los Estados Americanos, 2016)²¹.

Este artículo refuta las conclusiones de la corte en el caso Artavia y señala las debilidades del fallo, primero respecto a la interpretación del artículo 4(1) de la Convención Americana sobre el derecho a la vida desde el momento de la concepción y segundo respecto a una supuesta obligación internacional de legalizar y facilitar las técnicas de reproducción artificial. También describe la reciente controversia sobre el cumplimiento del fallo de la Corte y los informes de la Comisión por parte de Costa Rica, lo cual tiene especial relevancia actualmente debido a que los legisladores costarricenses y su Corte Suprema, continúan, al menos hasta febrero del 2016, sin aprobar la legalización de la FIV en el país y enfrentan ahora una segunda demanda ante la CorteIDH (Organización de los Estados Americanos, 2016)²².

2. Algunos argumentos contra los errores de fondo en las conclusiones del fallo Artavia

La Convención Americana sobre el derecho a la vida establece expresamente un derecho a la vida del no nacido en los términos del artículo 4(1):

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

21 <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/MC617-15-Es.pdf>

22 <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/MC617-15-Es.pdf> párr. II (C)-(E)

Antiguos jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y miembros de la Comisión han interpretado dicho artículo como un reconocimiento inequívoco del no nacido como persona y de su derecho a la vida antes del nacimiento. Por ejemplo, el Juez Augusto Cançado Trindade, durante su mandato, se refirió a los no nacidos como “niños” en su voto separado en el caso del Penal Castro Castro contra Perú, al lamentar la “extrema violencia pre-natal” a que fueron sometidos estos y sus madres²³. Además, el antiguo juez de la Corte Julio Barberis señaló que los términos de dicho artículo son claros y pueden ser objeto de un análisis textual, en cuanto a que implican una obligación de los Estados parte de garantizar la vida desde el momento de la concepción (Barberis, 2005). Igualmente el antiguo juez Rafael Nieto Navia afirmó que una interpretación de buena fe, de acuerdo al sentido ordinario de los términos llevaría a la evidente conclusión de que el artículo 4(1) de la Convención reconoce al embrión humano como persona sujeto del derecho a la vida (Nieto Navia, 2005). Asimismo, el Comisionado Marco Gerardo Monroy Cabra durante su gestión en la CIDH señaló que también la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “Declaración Americana”) protege al embrión humano desde el momento de la fertilización y le reconoce como “persona” o “ser humano”²⁴. Tampoco puede olvidarse que fue un antiguo juez de la Corte Interamericana, posteriormente a su gestión en la Corte, Rodolfo Piza Escalante, quien redactó el fallo de la

23 CorteIDH, Caso Prisión Miguel Castro–Castro vs. Perú, Fondos, Reparaciones, y Costas, Sentencia de 25 de Noviembre de 2006, Serie C, No. 160, Párr. 61. (Cançado Trindade lamentó “la extrema violencia pre-natal, puesta en evidencia en las brutalidades en la cual mujeres embarazadas fueron sometidas en la prisión Castro–Castro,” mientras se preguntaba sobre “las consecuencias de esta situación de extrema violencia en la mente o la subconsciencia de los niños nacidos del vientre de la mamá tan irrespetada y violada, aún antes de su nacimiento”). Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

24 Véase CIDH, Resolución 23/81, Caso 2141(Estados Unidos), 6 de marzo (1981), Voto Negativo del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; OEA/Ser.L/V/II.54 (1980–1981). Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141b.htm>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica declarando inconstitucional la práctica de la FIV en el país debido a sus inherentes riesgos de mortalidad embrionaria²⁵.

El hecho de que la fertilización in vitro necesariamente produce la muerte de embriones humanos no fue tema importante de debate en el caso Artavia, pues la Corte misma admitió que:

[la prueba en el expediente indica que], hasta el momento, no existe una opción para practicar la FIV sin que exista alguna posibilidad de pérdida embrionaria²⁶.

Por ello, el análisis de la Corte no se centró en el tema de si existe mortalidad embrionaria en los procedimientos de FIV, que fue reconocido que sí la hay, sino en la cuestión de si el embrión humano tiene derecho a la vida o no bajo la Convención Americana.

La respuesta de la CorteIDH a dicha interrogante, y tal vez su error de interpretación más grave en este caso particular, fue que el embrión humano no es sujeto del derecho a la vida bajo la Convención, al menos antes de la implantación, y posteriormente sólo de manera gradual²⁷. Para llegar a esta conclusión la Corte realizó una redefinición del término “concepción” como “implantación”, términos que a simple vista pueden resultar claramente distintos, y declaró que el embrión humano no es “persona”, a pesar de los términos explícitos del artículo 4(1).

2.1. La redefinición del término “concepción” y la declaración de que el embrión humano no es “persona”

Si bien el sentido corriente del término “concepción” es el equivalente a la “fertilización”, es decir, la unión del óvulo y el espermatozoide que produce un embrión humano (Diccionario Mosby de Medicina, 2010;

25 CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), párr. 2, 17 & 30.

26 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 159.

27 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 189 et seq., 223, 264.

Moratalla e Iraburu, 2004, 19)²⁸ en el fallo Artavia, la CorteIDH redefinió la concepción como equivalente a la “implantación” o embarazo, previo a la cual no habría lugar a la aplicación del derecho a la vida²⁹.

Ninguno de los países que suscribieron de la Convención Americana definía la “concepción” como “implantación” en ninguna de sus leyes, códigos, o Constitución nacional, ni al momento de suscribir la Convención ni posteriormente hasta el año en que fue decidido el fallo Artavia. Sin embargo, sí existían varias leyes nacionales que definían los términos “fertilización” y “concepción” como sinónimos, como el Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, por ejemplo. Además, las cortes de última instancia de 5 países latinoamericanos (Argentina, Chile, Ecuador, Honduras y Perú) habían confirmado la definición de “concepción” como “fertilización”, declarando constitucional la prohibición de la denominada anticoncepción de emergencia, que está diseñada para impedir la implantación del embrión humano en el útero materno³⁰, como señaló el amicus curiae presentado por el antiguo Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Rafael Nieto Navia (quien fue identificado en la

28 Declaración de la Dra. Maureen L. Condit citada en Artavia, para. 182

29 Caso Artavia, cit., Párr. 186, 264.

30 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo, 3/5/2002, Fallos 2001–D–1. Corte Suprema de Justicia de Chile, Caso Philippi Izquierdo c. Laboratorio Chile S.A., 30 de agosto 2001, Rol de la causa: 2186–2001; Tribunal Constitucional de Chile, Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad,” aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, Rol de la causa: 740–2007, 18 abril 2008.; Corte Suprema de Justicia de la República de Honduras, Dictamen Decreto 54–2009, 21 de junio 2012). Tribunal Constitucional de Ecuador, Caso José Fernando Roser Rohde c. Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Leopoldo Izquieta Pérez y el Ministro de Salud S/ Acción de Amparo, Caso No. 0014–2005–RA, 14 de Junio 2006; Tribunal Constitucional de Perú, Caso ONG Acción de Lucha Anticorrupción, Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. No. 02005–2009–PA/TC, 16 de Octubre de 2009, párr. 12.

sentencia simplemente como “profesor”) en el Caso Artavia³¹.

Las cortes constitucionales y de última instancia del Perú, Chile, Argentina y Honduras aplicaron el principio pro homine³² en la protección del embrión humano, invocando la Convención Americana, la Corte Interamericana debió haber aplicado aplicado también este principio, como lo hizo anteriormente en cuanto a niños e inmigrantes ilegales³³. Una decisión coherente con anteriores decisiones sobre el derecho a la vida habría validado la sentencia de la Sala Constitucional costarricense, pues la CorteIDH ha dicho anteriormente que “los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida”³⁴, que es justamente lo que

31 Caso Artavía, cit., Párr. 13.

32 Véase CorteIDH, Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C, No. 191, Párr. 11; CorteIDH, Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, No. 133, Párr. 12; CorteIDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 157, Párr. 283; CorteIDH, Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98, Párr. 143.

33 Véase CorteIDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC–18/03 de 17 de Septiembre de 2003, Serie A, No. 18, en 37, 78; CorteIDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC–17/02, Corte Interamericana H.R. (Serie. A) No. 17, en 30 (28 de agosto de 2002).

34 Véase CorteIDH, Baldeón–García v. Peru. Merits, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de Abril de 2006, Serie C, No. 147, Párr. 83–85. Véase también CorteIDH, Pueblo Bello Massacre, Párr.120; Mapiripán Massacre v. Colombia, Mérito, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de Setiembre de 2005, Serie C, No. 134, Párr. 232; CorteIDH, Huilce Tecse v. Peru, Mérito, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de Marzo de 2005, Serie C, No. 121, Párr. 66; CorteIDH, Juvenile Reeducation Inst. v. Paraguay, Objeciones Preliminares, Méritos, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de Setiembre de 2004, Serie C, No. 112, Párr. 158; CorteIDH, Gómez–Paquiyauri Brothers v. Peru, Mérito, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de Julio de 2004, Serie C, No.

la prohibición temporal de la fertilización in vitro hacía, pues limitaba la práctica únicamente mientras la técnica presentara un riesgo de pérdida o muerte embrionaria.

2.1.1. Peritaje de Fernando Zegers y uso de una edición particular del Diccionario de la Real Academia

A falta de mejores fuentes, la Corte basó su redefinición del término concepción como embarazo en un solo peritaje y en una sola definición del Diccionario de la Real Academia Española de 1956.

La Corte recibió distintas pruebas periciales de profesionales internacionalmente reconocidos que confirmaron el significado del término “concepción” como fertilización; sin embargo, optó por dar crédito al único perito que definió la concepción como equivalente al término “implantación” o “embarazo”: Fernando Zegers Hoschild, un médico chileno con posible conflicto de interés, pues laboraba como proveedor de la FIV en ese país, y manejaba una clínica privada de reproducción artificial al momento del juicio³⁵, la cual, en la práctica, podría obtener un beneficio económico directo del resultado del fallo, al abrir Costa Rica las puertas a las clínicas de reproducción asistida del extranjero.

110, Párr. 129; CorteIDH, 19 Merchants v. Colombia, Mérito, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de Julio de 2004, Serie C, No. 109, Párr. 153; CorteIDH, Myrna Mack–Chang v. Guatemala, Mérito, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de Noviembre de 2003, Serie C, No. 101, Párr. 153; CorteIDH, Juan Humberto Sánchez v. Honduras, Excepción Preliminar, Mérito, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de Junio de 2003, Serie C, No. 99, Párr. 110; CorteIDH, Bámaca–Velásquez v. Guatemala, Mérito, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de Noviembre de 2000, Serie C, No. 70, Párr. 172; CorteIDH, “Street Children” Niños de la calle (Villagrán–Morales et al.) v. Guatemala, Mérito, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de Noviembre de 1999, Serie C, No. 63, Párr. 144–46, citados por CorteIDH, Sawhoyamaya Indigenous Community v. Uruguay, Mérito, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de Marzo de 2003, Serie C, No. 146, Párr. 153.

35 ICMART – Fernando Zegers–Hochschild, MD, Int’l Comm. Monitoring Assisted Reprod. Tech. Disponible en <http://www.icmartivf.org/zegers-hochschild.html>.

Zegers había afirmado, con anterioridad al caso Artavia: “estamos convencidos de que una nueva vida comienza con la fecundación”, en un artículo escrito por él y otro autor sobre la anticoncepción de emergencia (Croxatto y Hochschild, 2004). Sin embargo, afirmó lo contrario en el caso Artavia: “el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces de su vida humana es su implantación en el útero”³⁶. Dichas afirmaciones contradictorias podrían llevar a cuestionar seriamente su credibilidad como perito.

Uno de los notables peritos fue Marco Gerardo Monroy Cabra, ex miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien explicó que la palabra concepción es “un término médico científico y que ha sido interpretado en el sentido de que se produce [con] la fusión entre óvulo y el espermatozoide”. En términos parecidos, la perito Maureen L. Condic, profesora de neurobiología y anatomía en la Universidad de Utah, con doctorado en la Universidad de Berkeley, señaló que “la vida humana inicia en la fusión espermatozoide-óvulo, un ‘momento de concepción’ observable”³⁷.

Sin embargo, la Corte descartó estos testimonios sin mayor justificación, sin hacer siquiera un apartado para la ponderación de la prueba y escogió dar crédito únicamente al testimonio del perito Zegers, quien señaló que “la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión”, alegando que la concepción equivale al inicio del embarazo, no a la fertilización³⁸. Asimismo, a sugerencia del perito Zegers, la Corte utilizó una sola edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (la de 1956) que definiría la “concepción” como el inicio de la preñez o embarazo y daría un significado distinto al término “fecundación”³⁹.

Dicho uso de una edición particular del Diccionario de la Real Aca-

36 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 183 (cita Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2846)).

37 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 182

38 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 181.

39 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 181.

demia de la Lengua Española resulta problemático, por una parte, porque la edición de 1970 era más cercana que la edición de 1956 a la fecha de adopción de la Convención en 1969, y porque esa sí contemplaba los términos concepción y fertilización como sinónimos⁴⁰. Por otra parte, los diccionarios no son fuentes de Derecho Internacional ni puede ser la única fuente de interpretación sobre el sentido ordinario del término “concepción” en la Convención⁴¹.

Igualmente problemático resulta el hecho señalado por el Juez Vio Grossi, de que la Corte realiza una lectura distorsionada de las definiciones mencionadas, pues la referencia a la implantación o inicio del embarazo se encuentra solamente en una acepción de la palabra “concebir”, mas no de la palabra “concepción” como la sentencia misma señala⁴². Vio Grossi señala que la Corte asume que la existencia de dos definiciones separadas equivale a la diferenciación de los conceptos de concepción y fecundación entre sí, a pesar de que el Diccionario en ningún momento descarta que “concepción” y “fecundación” sean sinónimos, pues este no contiene sinónimos de ninguno de sus términos, sino exclusivamente definiciones.

2.1.2. Abundancia de contradicciones sobre la definición del término “concepción”

La sentencia misma contiene esa y otras contradicciones. Por ejemplo, la Corte afirma que la concepción se definía como implantación en el mencionado diccionario de 1956, pero admite en la misma sección del fallo que la definición de ‘concepción’ que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado ya que antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer⁴³. Dicha afirmación implicaría que los redactores sí intentaron definir la concepción como fertilización.

40 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Pág. 19.

41 Véase objeciones del Estado costarricense al uso del Diccionario de la Real Academia Española en CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 168.

42 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 181.

43 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 179.

Igualmente, la sentencia reconoce que existen diferentes perspectivas respecto a cuándo comienza la vida humana, algunas de las cuales reconocen al embrión como “una vida humana plena”⁴⁴, y expresa que “coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida”⁴⁵. Si no existe una definición consensuada, la Corte debería entonces haber adoptado una postura intermedia o neutral, al menos en teoría. Sin embargo, decidió adoptar una de las dos posturas propuestas, aquella que favorece la definición de concepción como embarazo⁴⁶, sin mayor justificación que su propia preferencia.

El argumento de que el artículo 4(1) la Convención Americana no está destinado a proteger al no nacido como individuo sino únicamente a través de la protección a la mujer⁴⁷, como indicó el juez Vio Grossi, deja desprotegido al no nacido y se aleja del espíritu de la Convención Americana, que buscó protegerle específicamente y no en relación a la voluntad de la madre⁴⁸, como indica el artículo 4(5) de la Convención que prohíbe la aplicación de la pena de muerte en una mujer embarazada, con el evidente objetivo de proteger a su hijo no nacido, y únicamente a él, de una ejecución legal.

2.1.3. Interpretación restrictiva del término “persona”

El artículo 1(2) de la Convención Americana, que la sentencia del caso Artavia no analizó independientemente⁴⁹, define el término “persona” declarando que “persona es todo ser humano”. Respecto a esta definición, el antiguo juez de la Corte Julio Barberis declaró que “la Convención no

44 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 184-85.

45 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 185.

46 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 186

47 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 186.

48 Véase CorteIDH, Caso Artavia, cit., Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi.

49 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 73 (la sentencia dejó sin analizar la pregunta de si el embrión humano es ser humano, a pesar de que indica que así lo haría en este párrafo).

deja lugar a dudas de que ‘persona’ es todo ser humano desde la concepción. Esta tesis consiste en aceptar en el plano jurídico la realidad de la naturaleza” (Barberis, 2005).

El embrión humano ha sido reconocido como ser humano incluso en las cortes internacionales más liberales en cuestiones morales. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el que la CorteIDH frecuentemente encuentra inspiración, ha reconocido que existe un consenso entre los Estados sobre el hecho de que el embrión o feto humano pertenece a la especie humana⁵⁰. Por ello, resultaría difícil a la CorteIDH negar la humanidad del embrión, ya sea antes o después de la implantación.

Sin embargo, la CorteIDH adoptó la posición de que el significado de la palabra persona es contingente al del término concepción⁵¹, y de que debido a ello “no es procedente otorgar el estatus de persona humana al embrión”⁵². Dicha postura violenta el objeto y fin de la norma, “que fue establecida para que realmente alcanzara lo por ella perseguida y no para que quedara sin contenido”⁵³, como observó el juez Vio Grossi.

Asimismo, la idea de que el reconocimiento del embrión humano como persona es condicional a su habilidad para ejercer todos los derechos enumerados en la Convención Americana, atribuidos a las personas⁵⁴, es igualmente violatoria de la Convención, pues, nunca se ha condicionado el derecho a la vida a la capacidad civil para otros grupos de personas en tal situación, como los niños o incapaces, que tampoco pueden ejercer todos los derechos de la Convención, e.g. los derechos civiles y políticos. Dicha afirmación es contradictoria con previas decisiones de la CorteIDH, donde esta ha señalado que negar la existencia legal de las personas simplemente en base a su incapacidad civil es una violación del artículo 3 de

50 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Vo v. France*, 2004-VIII Eur. Ct. H.R. 1, Párr. 84.

51 CorteIDH, *Caso Artavia*, cit., Párr. 176.

52 CorteIDH, *Caso Artavia*, cit., Párr. 222-223, 264

53 CorteIDH, *Caso Artavia*, cit., Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Pág. 5.

54 CorteIDH, *Caso Artavia*, cit., Párr. 222

la Convención relativo al derecho a la personalidad jurídica⁵⁵.

Los Estados parte de la Convención Americana han reconocido, posteriormente a la adopción de la Convención, en sus Códigos Civiles que la vida del no nacido está protegida por la ley a pesar de que no dispone de la capacidad legal o personalidad jurídica a efectos del Derecho Civil⁵⁶. Los códigos civiles de Bolivia (Código Civil de 1975, arts. 1, 663 y 1008), Brasil (Código Civil de 2002, art. 2), Chile (Código Civil de 1857 actualizado al 2009, arts. 74 y 75), Colombia (Código Civil de 1873 actualizado al 2006), Ecuador (Código Civil de 1982, arts. 60 y 61), El Salvador (Código Civil de 2004, arts. 72 y 73), Honduras (Código Civil de 1906 actualizado a 1989, arts. 51 y 52), México (Código Civil Federal de 1928 actualizado al 2010, art. 22), Nicaragua (Código Civil de 1929, arts. 7 y 13), Panamá (Código Civil de 1916, arts. 41 y 43), Paraguay (Código Civil de 1988, arts. 28 y 37) y Perú (Código Civil de 1991, art. 1), indican específicamente que la ley protege la vida del no nacido a pesar de su falta de personalidad jurídica o capacidad civil, que comienza en el nacimiento. El Código Civil Federal de México establece que la capacidad jurídica se adquiere en el nacimiento, pero desde el momento en que es concebido un individuo, está protegido por la ley (Código Civil Federal Mexicano de 1928 actualizado al 2010, art. 22). El Código Civil Peruano declara que la vida humana comienza desde la concepción, que el no nacido está sujeto a todos los derechos que puedan beneficiarle y que sólo los derechos de propiedad pueden ser contingentes al nacimiento (Código Civil de Perú de 1991, art. 1).

55 CorteIDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, de 28 de Agosto de 2002, Serie A, No. 17.

56 Los códigos civiles de Bolivia (1975), Ecuador (1982), Venezuela (1982), Paraguay (1988), Perú (1991), Brasil (2002) y El Salvador (2004) fueron adoptados después de la aprobación de la Convención Americana. Los Códigos Civiles de Chile (1857) Argentina (1871), Colombia (1873), Panamá (1916), México (1928), Nicaragua (1929) y Honduras (1906) preceden a la firma o la adopción de la Convención Americana, sin embargo, sus disposiciones relativas a los niños no nacidos aún están en vigor, es decir, no han sido derogadas o modificadas sustancialmente.

2.2. La supuesta gradualidad del derecho a la vida del no nacido y la permisibilidad del aborto según la CorteIDH en el caso Artavia

En el caso Artavia, los términos “y, en general, a partir del momento de la concepción” del artículo 4(1) de la Convención fueron reinterpretados; su significado ahora sería que el derecho a la vida del no nacido contempla excepciones “debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional”⁵⁷, las cuales podrían incluir la legalización del aborto, y que la protección del derecho a la vida del no nacido “es gradual e incremental, según su desarrollo”⁵⁸. Según el Juez Vio Grossi, esa interpretación despojaría de su *effet utile* a la disposición expresa de la Convención Americana, que buscó dar amplia protección al no nacido⁵⁹.

Antiguos jueces de la Corte han interpretado los términos “en general” de manera no restrictiva y con aplicabilidad al derecho a la vida en general, no particularmente a la vida del no nacido. Por ejemplo, el antiguo Juez Julio Barberis señaló que dicha expresión tiene un sentido claro, que surge del lenguaje corriente, pues escasamente es empleada en el plano jurídico:

Según esta disposición, los Estados parte deben garantizar, en la mayoría de los casos, el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Esta expresión autoriza también a un Estado parte a dictar leyes que, en algunos casos o excepcionalmente, no garanticen el derecho a la vida desde aquel momento [...] pero cabe señalar que la Convención Americana no determina el plazo dentro del cual un Estado podría excepcionalmente no garantizar el derecho a la vida,

refiriéndose posteriormente al derecho a la vida después del nacimiento (Barberis, 2005). También el Juez Augusto Cançado Trindade entendía estos términos como sinónimos de “in principle”, términos en inglés que se podrían traducir como “en principio” (Tanner, 2010) y que

57 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 188

58 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 264

59 Véase CorteIDH, Caso Artavia, cit., Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, pág. 8.

permitirían únicamente excepciones muy limitadas al derecho a la vida, las cuales probablemente excluirían la legalización del aborto, principal razón por la que Canadá y Estados Unidos no habían todavía ratificado la Convención Americana, según Cançado Trindade (Ibíd.)

Asimismo, existen en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos e internacionales excepciones no restrictivas al derecho a la vida en general como la legítima defensa, el homicidio culposo y excepciones creadas por el derecho internacional humanitario para situaciones de conflicto armado.

Existen también en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos excepciones relativas a la vida prenatal, por ejemplo, para el aborto espontáneo o el aborto involuntario. Ninguna ley penal latinoamericana o caribeña penaliza a una mujer por el aborto involuntario o espontáneo de su hijo por nacer, es decir, la muerte natural del feto, incluso cuando la conducta de la madre pudo haber causado o contribuido a él⁶⁰. Los Códigos Penales de El Salvador (Código Penal, art. 137), Guatemala (Código Penal, art. 139), México (Código Penal Federal, art. 333) y Nicaragua (Código Penal art. 145), por ejemplo, establecen específicamente que un aborto involuntario causado por la propia mujer embarazada no es punible. Asimismo, un aborto involuntario causado de manera indirecta e involuntaria por un tratamiento médico adecuado no es punible bajo ningún código penal de la región, entendiéndose que no se trate de mala práctica médica. Los Códigos Penales de Guatemala, Paraguay, Dominica y Grenada, por ejemplo, eximen explícitamente a un médico de responsabilidad penal por aborto espontáneo ocurrido a causa de un tratamiento médico terapéutico en una mujer embarazada (Código Penal de Guatemala, art. 137).

En todo caso, un enfoque restrictivo del derecho a la vida únicamente autorizaría excepciones al mismo, pero en ningún caso obligaría a los Estados a crear dichas excepciones. La interpretación dada por la Corte en el caso *Artavia*, dirigida a suprimir ampliamente el goce y ejercicio del derecho a la vida del no nacido, reconocido en la Convención, y limitarlo

60 Ver, por ejemplo, el aborto imprudente en Nicaragua: Código Penal art. 145 (Nicar.), http://www.oas.org/juridico/mla/sp/nic/sp_nic_Nuevo_Codigo_Penal_%20Nicaragua_2007.pdf

en mayor medida que la prevista en ella podría por lo tanto violentar el artículo 29(c) de la Convención Americana sobre reglas de interpretación, que estipula lo contrario.

2.2.1. Interpretación restrictiva basada en los travaux préparatoires de la Convención

La Corte señaló que los travaux préparatoires de la Convención Americana reflejan, entre otros, que no prosperaron propuestas para eliminar la protección de la vida “a partir del momento de la concepción” en favor de la legalización del aborto⁶¹, lo cual indica que no hubo apoyo por parte de los Estados parte de la Convención para crear dicha obligación, mucho menos un derecho al aborto. Resulta contradictoria la afirmación del caso Artavia de que, por una parte los trabajos preparatorios de la Declaración Americana y la Convención Americana no ofrecen una respuesta definitiva sobre el asunto de la fertilización in vitro, por otra estos sugieren que los Estados podrían haber tenido la intención de permitir excepciones al derecho a la vida para al menos algunas formas de aborto⁶². Una respuesta no definitiva no puede lógicamente producir una conclusión definitiva sobre los mismos.

Este razonamiento, copiado del informe no vinculante de la CIDH en petición *Baby Boy vs. Estados Unidos* (1986), que sirvió de inspiración para la Corte en cuanto a la interpretación de la expresión “en general” contenida en el artículo 4(1)⁶³, ha sido criticado por ex miembros de la Corte y la Comisión, como Julio Barberis, antiguo Juez de la Corte, que criticó la interpretación dada por la Comisión a estos términos (Barberis, 2005), y Dinah Shelton, antigua Presidenta de la Comisión, quien indicó que las conclusiones de *Baby Boy* parecían estar basadas en “un razonamiento cuestionable, análisis defectuoso y poco o ningún respeto a las reglas ordinarias de interpretación de documentos internacionales” (Shelton, 1981).

61 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 200–221.

62 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 194–221.

63 Véase CIDH, Resolución 23/81, Caso 2141(Estados Unidos), 6 de marzo (1981), OEA/Ser.L/V/II.54 (1980–1981), Párr.25.

2.2.2. Interpretación restrictiva de otros instrumentos de derechos humanos

El deliberado esfuerzo de la Corte por restringir y limitar el alcance del derecho a la vida del no nacido en el corpus juris del Derecho Internacional de los derechos humanos levanta serias dudas sobre la imparcialidad ideológica de la Corte en este caso, y podría violentar el artículo 29 (b) y (d) que prohíbe interpretaciones restrictivas de la Convención que limiten el alcance de los derechos reconocidos en otros tratados e instrumentos internacionales.

La Corte aplicó el controversial “argumento sistemático” de interpretación, esbozado en casos anteriores⁶⁴, que le permite utilizar otros tratados internacionales y sistemas regionales de derechos humanos, para interpretar la Convención Americana.

El Juez Vio Grossi, en su voto disidente, cuestionó el uso de tratados que no contienen protección específica del no nacido, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) para interpretar la Convención Americana, que sí contiene dicha protección explícita, como violatorio del principio *lex specialis derogat legi generali* de acuerdo al cual la específica deroga a la ley general⁶⁵.

Asimismo, las normas de interpretación de los tratados internacionales de la Convención de Viena establecen que la Corte puede ciertamente utilizar “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, lo cual no incluiría tratados en los cuales ni Costa Rica ni ningún otro Estado latinoamericano son partes, como la Convención Europea de Derechos Humanos o el Protocolo de Maputo, por ejemplo. En todo caso, las referencias a todo el corpus juris de los derechos humanos podrían ser relevantes si se tratara de probar la existencia

64 Véase CorteIDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, No. 205, Párr. 43. Citado en CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 191.

65 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, pág.18.

de una norma de derecho consuetudinario, pero no fue este el caso en la sentencia del caso Artavia.

Aún si fuera válido el uso de todo el corpus juris de los derechos humanos para interpretar la Convención Americana, que no lo es a menos que se esté tratando de probar la existencia de una norma de derecho consuetudinario, la interpretación de la CorteIDH en el caso Artavia distorsionó el significado de algunos tratados internacionales a favor de la legalización del aborto y excluyó, ignoró y limitó el alcance de aquellos tratados que protegen al no nacido, lo cual podría violentar las reglas de interpretación de la Convención Americana. Por ejemplo, la Corte procedió a la interpretación de instrumentos internacionales cuyos textos otorgan protección implícita o explícita a la vida del no nacido, negando dicha protección basándose en medios subsidiarios de interpretación e ignorando el texto mismo de dichos tratados y declaraciones.

Por ejemplo, la Corte intentó despojar al no nacido de sus derechos bajo la Declaración Universal de Derechos Humanos, afirmando que la omisión de una referencia específica al no nacido en el documento como evidencia de la falta de intención legislativa de protegerle. Concluyó que según los trabajos preparatorios de dicho instrumento, el término “nacén”, del artículo 1 de la Declaración, se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la misma y fue más allá de cualquier interpretación por cualquier órgano de monitoreo de los tratados al afirmar que, por lo tanto, la expresión “ser humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido⁶⁶.

Un examen más acucioso de los trabajos preparatorios de la Declaración Universal⁶⁷, demuestra que en ningún momento manifestaron los Estados tal interpretación, pues rechazaron el segundo párrafo del respectivo artículo del borrador de la Declaración que reconocía posibles excepciones al derecho a la vida para abortos de niños de padres discapacitados. Chile y Uruguay, en particular, se opusieron a la inclusión de dichos términos,

66 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 224.

67 E/CN.4/SR/35 (1947) citado en CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 224.

los cuales fueron finalmente rechazados⁶⁸. Si bien admitieron que el silencio sobre el tema de aborto era un compromiso político para lograr la adhesión de Estados como Reino Unido, en ningún momento expresaron que los derechos humanos se reconocen a partir del nacimiento, como afirmó la Corte.

La CorteIDH se pronunció también respecto a la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concluyendo que de este no puede derivarse una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión humano debido a que, durante sus trabajos preparatorios fueron rechazadas las propuestas de Líbano y un grupo de 5 Estados (Bélgica, Brasil, El Salvador, México y Marruecos) que proponían la protección del derecho a la vida desde la concepción, aunque admitió que igualmente fue rechazada la propuesta de Reino Unido de reconocer un derecho al aborto⁶⁹. Asimismo, la Corte justificó su interpretación del Pacto en las Observaciones Generales No. 6 y 17 del Comité de Derechos Humanos, en las que al Comité no sólo no se ha reconocido el derecho a la vida del no nacido sino que se ha señalado que la prohibición o restricción del acceso al aborto viola el derecho a la vida de la madre⁷⁰. La Corte ignoró, curiosamente, el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prohíbe la imposición de la pena de muerte en mujeres embarazadas en su artículo 6 (5), otorgando así protección a la vida del no nacido. Similar prohibición contra la ejecución de mujeres embarazadas puede encontrarse en el artículo 4(5) de la Convención Americana.

Curiosamente, la CorteIDH hizo referencia al el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África (Protocolo de Maputo), del Sistema Africano de Derechos Humanos, para interpretar el artículo 4 de la Convención Americana. El Protocolo autoriza el aborto sólo bajo ciertas circunstancias, en ausencia de los cuales el procedimiento sería ilegal, y no enuncia ningún derecho a abortar (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 2000;

68 E/CN.4/SR/35 (1947) pág. 12–14.

69 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 225.

70 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 226.

Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África, 2005). Vale la pena mencionar que sólo la mitad de los miembros de la Unión Africana se han adherido a dicho instrumento y que varios países, como Uganda, han formulado reservas que rechazan el aborto como un derecho humano (Byamukama, 2010). Los Artículos de San José señalan que “Este tratado es altamente polémico y de ninguna manera tiene aceptación universal. Solo alrededor de la mitad de las naciones africanas han adherido al Protocolo de Maputo y la razón más a menudo citada para la no adhesión es la provisión sobre el aborto” (Artículos de San José, notas al art. 6).

Sin embargo, en su análisis del sistema universal de los derechos humanos, la Corte omitió mención a instrumentos no favorables a su causa, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana⁷¹, promovida por Costa Rica y apoyada por la mayoría de Estados latinoamericanos en la Asamblea General de Naciones Unidas⁷², que llama a los Estados a prohibir técnicas de clonación e ingeniería genética

71 Declaración de las Naciones Unidas sobre Clonación Humana, G.A. Res. 59/280, U.N. Doc. A/RES/59/280 (Mar. 8 2005), Disponible en http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/59/280&Lang=E Véase su precursor la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos adoptado en la UNESCO 29 Conferencia General el 11 de noviembre de 1997, lo cual prohíbe reproducción solo de clonación. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos, 11 de noviembre de 1997, http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

72 La Declaración fue apoyada por votos afirmativos por parte de Bolivia, Chile, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Surinam, y Trinidad y Tobago, entre otros. Las delegaciones de la República Dominicana, Perú, y Venezuela estuvieron ausentes del voto. Argentina, Barbados, Colombia y Uruguay se abstuvieron. Brasil y Jamaica votaron en contra. Véase Press Release, General Assembly, General Assembly adopts United Nations Declaration on Human Cloning by Vote of 84-34-37, U.N. Press Release GA/10333 (Aug. 3, 2005). Disponible en <http://www.un.org/News/Press/docs/2005/ga10333.doc.htm>

sobre embriones humanos, ya sea con fines reproductivos o terapéuticos, las cuales la Declaración denuncia como incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana⁷³.

2.2.3. Interpretación restrictiva de la Convención sobre Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) y la Declaración sobre los Derechos del Niño⁷⁴, por ejemplo, afirman el deber de los Estados parte de proteger al niño por nacer, quien, “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especial, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” (énfasis añadido)⁷⁵. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁷⁶, artículo 31(2), el preámbulo de un tratado es una parte esencial del texto del tratado. Además, los artículos 6 (2) y 24 (2) (d) de la Convención sobre los Derechos del Niño⁷⁷, así como el principio 4 de la Declaración de Derechos del Niño reconocen el derecho a la vida, salud y desarrollo del no nacido, incluyendo “el adecuado cuidado prenatal [...]”⁷⁸.

73 *Ibíd.*

74 Convención de los Derechos del Niño, Nov. 20, 1989, GA res. 44/25, annex, 44 UN GAOR Supp. (No. 49), U.N. Doc. A/44/49, 1577 U.N.T.S. 3 (Sept. 2, 1990); Declaración de la Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1959, AG res. 1386, Doc. ONU. A/4354 (10 de diciembre, 1959).

75 Véase Declaración de la Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1959, AG res. 1386, Doc. ONU. A/4354 (10 de diciembre, 1959).

76 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 UNTS 331, 8 ILM 679, art.31 (2).

77 Convención de los Derechos del Niño, Nov. 20, 1989, GA res. 44/25, annex, 44 UN GAOR Supp. (No. 49) arts. 6 (2), 24 (2) (d), U.N. Doc. A/44/49, 1577 U.N.T.S. 3 (Sept. 2, 1990).

78 La aplicación a nivel mundial de la Convención sobre los Derechos del Niño al niño por nacer, ha sido explorada por varios estudiosos. A pesar de que los registros preparatorios del tratado de trabajo son limitados, algunos han demostrado que la Convención fue escrita para abarcar a los niños durante todo el periodo prenatal.

No obstante la claridad del Preámbulo de la CDN, que hace referencia a la necesidad de brindar al niño “protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento”, la Corte afirmó que los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida ya que en ellos se acordó que el Preámbulo no determinaría la interpretación del artículo 1 de la Convención, que define al niño como toda persona menor de 18 años, sin establecer una edad mínima o el nacimiento como requisito para la protección⁷⁹.

Esta conclusión fue fundamentada únicamente en la solicitud de un Grupo de Trabajo integrado por Alemania, Irlanda, Italia, Holanda, Polonia, Suecia y Estados Unidos, que pidió se añadiera el siguiente párrafo a los

Véase Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la historia legislativa de la Convención sobre los Derechos del Niño (07 de octubre, 2007), http://www.sclat.org/web/uploads/publicaciones/archivos/eng/history_crc_1184387042.zip. Los primeros borradores de trabajo del proyecto, que establecían el disfrute de los derechos “desde el momento del nacimiento”, fueron descartados rápidamente. De acuerdo a los trabajos preparatorios de la Convención, una de las razones para eliminar esa frase era para dar cobertura “desde el momento de la concepción” en adelante. Véase Bruce Abramson, la violencia contra los bebés: protección de los niños pre-natal y post-natal bajo el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, 57-60, (World Family Policy Center 2006), disponible en cuestiones [http://www.law2.byu.edu/wfpc/policy~~HEAD=NNS / Violencia contra BABIES.pdf](http://www.law2.byu.edu/wfpc/policy~~HEAD=NNS/Violencia%20contra%20BABIES.pdf). Abramson, un ex consultor del Comité de la ONU sobre la Convención, señala que en su primera reunión en 1980, el Grupo de Trabajo aprobó en Polonia el “proyecto revisado de convención sobre los Derechos del Niño”, como documento básico de trabajo. El proyecto de artículo 1, inicialmente declaró: “De acuerdo con la presente Convención entiende por niño todo ser humano desde el momento de su nacimiento...”. Id. 59 n.63. En la tercera reunión, “ se generó un movimiento para su eliminación y la restricción se eliminó”, id., lo cual sugiere que los Estados parte de la ONU tenían la intención de que la Convención sobre los Derechos del Niño protegiera a los niños durante la etapa pre-natal de la vida.

79 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 231-232

trabajos preparatorios: “Al aprobar este párrafo del preámbulo, el Grupo de Trabajo no pretende dar un juicio previo sobre la interpretación del artículo 1 o de cualquier otra disposición de la Convención por los Estados parte”⁸⁰, El objetivo de este grupo de países, de los cuales ninguno ha ratificado la Convención Americana, dicho sea de paso, era claramente el de disminuir la protección que el Preámbulo da al no nacido, como indicó luego el doctor Carl August Fleschnauer, Consejero Jurídico de las Naciones Unidas⁸¹. La solicitud encontró oposición por parte de la delegación de Senegal, por lo que el representante de Reino Unido solicitó al Consejero Jurídico, Carl August Fleischnauer, que confirmara si dicha frase podría ser tomada en cuenta en una futura interpretación del artículo 1 de la Convención⁸².

La falta de valor de dicha declaración en una eventual interpretación del preámbulo de la CDN fue claramente establecido por la respuesta del Consejero Jurídico al representante británico, que consta también en los trabajos preparatorios y que la sentencia del caso *Artavia*, faltando a la honestidad intelectual, omite mencionar. En ella, el Consejero manifiesta que, si bien no existe ninguna prohibición contra la inclusión del mencionado párrafo en los trabajos preparatorios, su valor para propósitos interpretativos en cuanto al artículo 1 es dudoso, ya que éste busca despojar al Preámbulo de su objetivo ordinario de constituir un elemento de base para la interpretación del tratado⁸³. También señala que es incierta la conclusión a que llevará dicha declaración en futuras interpretaciones que de la Convención realicen los Estados parte⁸⁴.

El Consejero Jurídico advierte al representante británico que el buscar establecer el significado de un término del tratado a través de una frase en los trabajos preparatorios podría ser inefectivo, ya que el artículo 32

80 UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 43 (1989) citado en CorteIDH, Caso *Artavia*, cit., Párr. 232.

81 *Ibíd.* Annex, Párr. 1.

82 *Ibíd.*

83 *Ibíd.* Annex.

84 *Ibíd.*

de la Convención de Viena establece que los trabajos preparatorios son solamente medios complementarios de interpretación que únicamente pueden ser utilizados si los términos del tratado carecen de claridad o especificidad⁸⁵. La Corte IDH, sin embargo, utilizó esa sección particular de los trabajos preparatorios como única fuente de interpretación del artículo 1 de la CDN, ignorando el texto del tratado, el Preámbulo del mismo y otras secciones de los trabajos preparatorios que reafirmaban la protección del no nacido por la CDN.

2.2.4. Uso selectivo e interpretación inadecuada de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El uso selectivo y la distorsión de las decisiones del TEDH que la Corte presenta como favorables a sus argumentos y la omisión o distorsión de aquellos que pudiera resultar desfavorables parece demostrar la parcialidad ideológica de la Corte en este caso.

La Corte realizó una lectura selectiva de varias decisiones, mencionando únicamente aquellas secciones que le favorecían en su interpretación restrictiva de la Convención Americana, llegando a conclusiones incorrectas sobre las mismas. Por ejemplo, la Corte citó incorrectamente el caso *Evans vs. Reino Unido*, pero este no creó a una regla general estableciendo que los embriones carecen de derechos humanos, como sugirió la sentencia de *Artavia*, sino limitándose a casos donde los embriones no son sujetos de derechos en el derecho nacional⁸⁶.

Asimismo, la Corte ignoró que en *Vo vs. Francia*, el Tribunal Europeo claramente reconoció que la Convención Americana otorga mayor protección a la vida del no nacido que el Convenio Europeo: “Contrariamente al artículo 4 del Convenio Americano de Derechos Humanos que enuncia que el derecho a la vida debe ser protegido «en general a partir de la concepción», el artículo 2 del Convenio no hace referencia a los límites

85 *Ibíd.*

86 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Evans v. United Kingdom*, App. No. 6339/05, 43 Eur. H.R. Rep. 21, Párr. 54 (2007). Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80046>.

temporales del derecho a la vida y, en particular, no define quién es la «persona» cuya «vida» está protegida por el Convenio⁸⁷.

La Corte afirmó que en el caso *Caso de S.H. y otros vs. Austria* el TEDH ni siquiera se refirió a un derecho propio del embrión humano⁸⁸, pero omitió mencionar que en el *Caso de S.H. y otros vs. Austria*, la Segunda Cámara del Tribunal Europeo enfatizó que ningún estado europeo está bajo la obligación de permitir la fertilización in vitro ya sea parcialmente o totalmente (párrafo 74 de la decisión), indicando que los Estados gozan de un “margen de apreciación” para establecer límites a ciertas prácticas, especialmente la fertilización in vitro, que implica “serias consideraciones éticas y morales”, reconociendo que “los riesgos asociados con las técnicas de reproducción asistida deben ser tomados en serio y que es la obligación de los legisladores europeos, a nivel nacional, el evaluar estos riesgos, sopesando los intereses públicos y privados que puedan estar en juego”⁸⁹.

Sin embargo, al solicitar Costa Rica a la CorteIDH que aplicara dicha doctrina del margen de apreciación en este caso, similar al otorgado por el Tribunal Europeo, especialmente en vista de que su ordenamiento jurídico interno otorgaría mayor protección a la vida del embrión humana que aquella aplicada por la Corte en la sentencia⁹⁰, la Corte se rehusó a hacerlo, alegando que no se puede dar al derecho a la vida una protección absoluta⁹¹, a pesar de que el artículo 29(b) de la Convención Americana manda diferir a la ley nacional cuando esta otorga mayor protección a los derechos humanos, lo cual sería el caso en cuanto al derecho a la vida del embrión humano, de acuerdo a la interpretación de la Corte. No hubiera sido tampoco una práctica sin precedentes en el Sistema Interamericano, pues la Corte ya ha concedido cierto margen de discreción al Estado en al menos un caso anterior

87 Ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Vo v. France*, Sentencia del 8 de Julio, 2004, Párr. 75. Disponible en base de datos de la Corte, HUDOC.

88 CorteIDH, *Caso Artavia*, cit., Párr. 242.

89 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of S.H. and Others v. Austria*, Application No. 57813/00, HUDOC Database (Eur. Ct. H.R., Nov. 3, 2011).

90 CorteIDH, *Caso Artavia*, cit., Párr. 169–170, 259.

91 CorteIDH, *Caso Artavia*, cit., Párr. 259.

relacionado con comunidades indígenas (García-Sayán, 2011).

Asimismo, en *A, B y C vs. Irlanda*, a pesar de que el Tribunal resolvió que, bajo el art. 8 de la Convención Europea sobre privacidad, Irlanda debía proveer el aborto en la medida en que fuera legal, también concluyó que no existe un derecho a abortar⁹², reconoció que aun cuando dicho derecho es reconocido a nivel nacional, este puede ser sopesado contra el derecho a la vida del no nacido reconocido en el derecho irlandés⁹³.

Igualmente, la CorteIDH hizo caso omiso del contenido sustantivo de la sentencia judicial del Tribunal Europeo de Justicia contraria al supuesto patrón de falta de reconocimiento del no nacido como sujeto de derechos que trató de identificar en el Sistema Europeo. El 10 de octubre de 2011, en el caso 34/10 *Oliver Brüstle vs. Greenpeace*⁹⁴, el Tribunal Europeo de Justicia, dependiente de la Unión Europea y con sede en Luxemburgo, dictó una decisión unánime de trece jueces, donde declaró que una tecnología de creación de células madre embrionarias no puede ser objeto de patente comercial si el proceso requiere la destrucción previa de embriones humanos o su uso como material de base. La demanda fue presentada por Greenpeace, la conocida ONG ambientalista, que, preocupada por la comercialización del cuerpo humano y el abuso de éste para objetivos comerciales, buscó protección para el embrión humano.

El Tribunal Europeo de Justicia defendió el status jurídico del embrión humano como radicalmente distinto de una cosa, aplicando la prohibición a todas las etapas de desarrollo embrionario, ya sea a partir de la fertilización o incluso la clonación (reproducción asexual), rechazando la idea de que sea necesario alcanzar cierto nivel de desarrollo para que sea debido garantizar su protección⁹⁵. Así, el Tribunal dio una amplia acogida a la protección del embrión humano, en todas las etapas de su vida⁹⁶. La

92 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *A., B. and C. v. Ireland*, App. No. 25579/05, Eur. Ct. H.R. 2032, Párr. 214 (2010).

93 *Ibid.*, Párr. 213, 214, 216, 233.

94 *Ibid.* Párr. 53.

95 Tribunal Europeo de Justicia, Caso C-34/10, *Brüstle v. Greenpeace*, Párr. 26.

96 *Ibid.*, párr. 6.

decisión categóricamente afirmó que el Parlamento Europeo quiso excluir la posibilidad de patentes que afecten la dignidad humana y se refirió a la fertilización como el comienzo del proceso de desarrollo del ser humano. Sin embargo, la CorteIDH deliberadamente escogió ignorar estas conclusiones y simplemente indicó que la sentencia no establece que los embriones humanos sean “personas” o que tengan un derecho subjetivo a la vida⁹⁷.

2.2.5. Interpretación evolutiva

La interpretación evolutiva de la Convención Americana realizada en el caso Artavia, en virtud de la cual “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”⁹⁸, es una de las partes más defectuosas de toda la sentencia, al menos técnicamente, pues en lugar de citar evidencia de dichas premisas en el derecho latinoamericano, como correspondería según el artículo 31 la Convención de Viena, la Corte cita principalmente decisiones judiciales de países europeos (Alemania, España), de Estados Unidos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa para fundamentar su decisión⁹⁹.

No pudiendo encontrar más práctica regional que 3 decisiones judiciales de Argentina, México y Colombia legalizando el aborto, la Corte se apoya así en decisiones de otro sistema regional de derechos humanos, el europeo, y en el de Estados Unidos, para concluir que no puede darse en Latinoamérica una “protección absoluta” al embrión humano¹⁰⁰, tema que fue fuertemente criticado por el juez Vio Grossi en su voto disidente¹⁰¹.

Las referencias a cortes nacionales de países fuera del Sistema Interamericano de derechos humanos al interpretar los términos “en general” del artículo 4 de la Convención Americana ilustran de manera singular las imprecisiones y omisiones de la CorteIDH. Por ejemplo, la sentencia cita el

97 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 250.

98 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 245.

99 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 245-253.

100 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 263.

101 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, p.18-19.

caso *Roe v. Wade* de la Corte Suprema de Estados Unidos de América¹⁰², que encuentra un “interés” y no un derecho a la vida prenatal. La referencia resulta irrelevante e inapropiada no solo debido a que Estados Unidos no es parte de la Convención Americana, sino a que la Corte Suprema de Estados Unidos ha decidido más de veinte casos sobre aborto después de *Roe*, donde, como *Casey v. Planned Parenthood*, donde disminuyó el nivel de escrutinio constitucional al que se someten las restricciones legales al aborto, o *Gonzales v. Carhart*, donde declaró constitucional la prohibición del procedimiento abortivo denominado *partial-birth abortion*, aun frente a un supuesto riesgo a la salud de la madre, y donde también se refirió al no nacido como “niño” y “bebé”¹⁰³.

También cita a la Corte Constitucional Alemana¹⁰⁴, sin citar que en la misma sentencia en cuestión, la Corte reconoció un derecho constitucional a la vida prenatal al menos después del momento de la implantación en el útero materno¹⁰⁵. La Corte añadió que el nivel de protección constitucional otorgado al feto es independiente del momento de la gestación¹⁰⁶. Asimismo declaró que esta protección es válida independientemente de creencias religiosas sobre las cuales el Estado debe conservar neutralidad¹⁰⁷. Tampoco mencionó la sentencia del caso *Artavia* la Ley alemana de Protección del Embrión que define al embrión humano como el “el ovulo fertilizado, capaz de desarrollo” (Ley sobre Protección de Embriones, 1990, § 8(1)).

Irónicamente, ambas cortes han sido más benevolentes frente al embrión humano que la CorteIDH en el caso *Artavia*, a pesar de que ninguna de ellas aplica la Convención Americana, que contiene un explícito reconocimiento del derecho a la vida desde el momento de la concepción.

102 CorteIDH, Caso *Artavia*, cit., Párr. 262.

103 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Gonzales v. Carhart*, Sentencia de 2007, 550 U.S. 124.

104 CorteIDH, Caso *Artavia*, cit., Párr. 261.

105 Tribunal Constitucional Federal de Alemania, 28 de Mayo de 1993, 88 BVerfGE 203, Pág. 251–252.

106 *Ibíd.*, Pág. 254.

107 *Ibíd.*, Pág. 252.

2.3. La supuesta obligación de legalizar y facilitar la reproducción artificial en la Convención Americana y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En la sentencia del caso Artavia, la CorteIDH no llegó a crear un “derecho a tener hijos” ni un “derecho a acceder a la fertilización in vitro”, y específicamente negó esta conclusión¹⁰⁸. Sin embargo, concluyó que la prohibición de la FIV en Costa Rica violaba la Convención Americana debido a que constituía una “interferencia arbitraria” y “desproporcionada” en “decisiones sobre la vida privada, familiar”¹⁰⁹, es decir, en la “decisión autónoma” de las parejas de producir hijos biológicos a través de técnicas de reproducción artificial¹¹⁰.

Contra esta interpretación de la Convención Americana, se puede argumentar que, de acuerdo a las normas internacionales de interpretación de los tratados reconocidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Corte debió haber examinado primero el texto del tratado, luego su contexto, la “práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado” y otra evidencia sobre la “intención de las partes” y por último los trabajos preparatorios de la Convención¹¹¹ y en busca de algún criterio interpretativo respecto a las técnicas de reproducción asistida.

2.3.1. El texto y contexto de la Convención Americana

El texto de la Convención Americana no contiene ningún artículo ni término que establezca directa ni indirectamente una obligación de autorizar las técnicas de reproducción asistida, por lo tanto la Corte no debió haber creado tal obligación. La primacía del texto como fuente in-

108 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 326 (“El Tribunal ha señalado que el presente caso no se relaciona con un presunto derecho a tener hijos o un derecho a acceder a la FIV.”).

109 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 326

110 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 161.

111 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31&32, U.N. Doc A/ CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigencia 27 de enero de 1980.

terpretativa de los tratados ha sido ampliamente reconocida en el Derecho Internacional y también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el pasado. Otras cortes internacionales se han rehusado a crear obligaciones que no se encuentran explícita o implícitamente incluidas en los tratados, por ejemplo la Corte Europea de Justicia, que recientemente se negó a crear una categoría de discriminación por razón de obesidad, debido a que ningún tratado o Directiva europea contenía tan categoría (Nadakavukaren Schefer, 2015).

La Corte encontró una obligación internacional de permitir la fertilización in vitro que derivaría implícitamente de una combinación de distintos derechos reconocidos en la Convención y el Protocolo de San Salvador (derecho a privacidad, a la libertad personal, a la integridad personal, a la salud y derechos de la familia)¹¹², así como de nuevos principios no definidos, como el de “autonomía reproductiva” y “libertad reproductiva”¹¹³.

Por una parte, la Convención reconoce el derecho de las parejas casadas a “fundar una familia” (Convención Americana, art. 17(2))¹¹⁴, lo que en este caso fue un punto obsoleto de discusión, pues varios demandantes habían formado familias y tenido hijos ya sea naturalmente¹¹⁵ o a través de la adopción¹¹⁶, y otros tenían hijos biológicos de matrimonios anteriores¹¹⁷. La Corte reconoció igualmente que aunque no existiera una prohibición de a FIV, el Estado no podría garantizar un derecho a fundar una familia biológica: “pues aún si hubieran podido acceder a la técnica de la FIV, no es posible determinar si [el] objetivo [de tener hijos] se hubiera podido alcanzar”¹¹⁸. Por ello, la Corte concluyó que “la injerencia en el presente

112 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 143.

113 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 146, 150.

114 “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas [...]”.)

115 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 111, 115.

116 *Ibíd.* Párr. 100, 105, 111.

117 *Ibíd.*, Párr. 89, 101, 116.

118 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 161.

caso no se encuentra relacionada con el hecho de que las familias hayan o no podido tener hijos [sino] se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos”, siendo así la privacidad el objeto principal del análisis de la Corte¹¹⁹.

Asimismo, la Convención Americana reconoce un derecho a la protección de la honra y la dignidad que incluye un deber estatal de respetar la vida privada; sin embargo, el texto claramente indica que tal derecho no es absoluto, pues se prohíben únicamente las injerencias “arbitrarias” o “abusivas” en la vida privada (Convención Americana, art. 11(2))¹²⁰ siendo permisibles otras injerencias no arbitrarias ni abusivas. La protección del derecho a la vida de unos podría ser el mejor ejemplo de limitaciones no arbitrarias al derecho a la privacidad de otros, pues la Corte ha señalado que de la salvaguarda del derecho a la vida, depende la realización de los demás derechos¹²¹. Por ello, aquellas injerencias destinadas a proteger la vida humana frente a una práctica que en este caso la Sala Constitucional encontró falta de ética e inconstitucional¹²², podrían ser admisibles bajo las excepciones del artículo 11(2) de la Convención.

Ninguna corte internacional ha reconocido un derecho absoluto a la privacidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, en *A, B y C vs. Irlanda*, reconoció que la prohibición casi completa del aborto en Irlanda constituía una legítima restricción del derecho al respeto de la vida privada¹²³. El Tribunal declaró que aun cuando se reconociera un derecho al aborto a nivel nacional, este debe ser sopesado con el derecho

119 CorteIDH, Caso *Artavia*, cit., Párr. 145–161.

120 “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”

121 CorteIDH, Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*”. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

122 CorteIDH, Caso *Artavia*, cit., Párr. 76–77.

123 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *A, B & C v. Ireland*, 2010–VI Eur. Ct. H.R. Párr. 185, 259.

a la vida del no nacido¹²⁴, y no encontró violación alguna del derecho a la privacidad, a pesar de que así lo solicitaban las aplicantes¹²⁵. Asimismo, en el caso *Brueggemann y Scheuten vs. Alemania*, de 1975, la Comisión Europea de Derechos Humanos estableció que “no puede decirse que el embarazo pertenezca únicamente a la esfera de la vida privada. Cuando una mujer está embarazada, su vida privada se vuelve estrechamente relacionada con la del feto en desarrollo”¹²⁶.

Al determinar que el Estado de Costa Rica había violado la Convención Americana al prohibir la FIV, debido a que dicha prohibición era una “interferencia severa” en la “decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida”¹²⁷, la Corte magnificó el alcance de la prohibición en cuanto al derecho a la privacidad, pues la Sala Constitucional de Costa Rica no prohibía a las parejas costarricenses decidir sobre practicarse o no practicarse la FIV, sino únicamente prohibía la práctica de la FIV en territorio costarricense.

Si se hubiese sancionado o penalizado el viajar fuera del país para hacer uso de la FIV, si la práctica de la FIV en cualquier jurisdicción hubiera sido convertida en causal de extradición, como es el narcotráfico, por ejemplo, entonces sí se podría decir que la prohibición interfiere con la decisión personal de utilizar la reproducción asistida. Sin embargo, la decisión de la Corte Suprema de Costa Rica únicamente establecía una prohibición de practicar la FIV en jurisdicción costarricense, que afectaba directamente a clínicas y hospitales públicos y privados que quisieran ofrecer servicios de reproducción artificial¹²⁸. El efecto en los individuos era

124 *Ibíd.*, Párr. 255–56.

125 *Ibíd.*, Párr. 263.

126 Comisión Europea de Derechos Humanos, *Caso Brüggemann v. Germany*, App. No. 6959/75, 3 Eur. H.R. Rep. 244, Párr. 59 (1981).

127 *CorteIDH, Caso Artavia*, cit., Párr. 272, 277, 284.

128 La magnitud de los intereses económicos de la industria de la reproducción artificial en el caso se ilustra por el hecho de que, inicialmente, el grupo de peticionarios incluía también a dos empresas proveedoras de fertilización in vitro, Costa Rica Ultrasonografía S.A. y el Instituto Costarricense de Fertilidad, que solicitaban

mediato, no inmediato. De hecho, varios demandantes en el caso utilizaron la fecundación asistida en países vecinos, sin ninguna consecuencia legal o penal en su contra¹²⁹.

Finalmente, el derecho a la salud establecido en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador enumera específicamente las medidas que deberán tomar los Estados parte para garantizar este derecho, que incluyen el acceso a la atención primaria de la salud, la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más pobres y de más alto riesgo, pero no enumera entre ellas el acceso a las tecnologías reproductivas (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 1992).

La idea de que la fertilización in vitro debe ser autorizada o subsidiada por el Estado como parte del derecho a la salud¹³⁰ es muy debatible, especialmente debido a los efectos negativos que esta puede provocar en la salud de la mujer y los niños concebidos artificialmente, los cuales fueron ampliamente documentados por los peritos del Estado durante el juicio (e.g. riesgos de embarazos múltiples y síndrome de hiperestimulación ovárica en mujeres, riesgos de nacimiento prematuro y de defectos genéticos en niños)¹³¹. Los riesgos de salud que conlleva la FIV son tales, que durante las audiencias públicas, el Comisionado Paolo Carozza sugirió la posibilidad de que la Corte aplicara el principio precautorio, en vista de la duda respecto a los posibles efectos de la práctica en mujeres y

ser consideradas como víctimas en el caso, alegando daños materiales y exigiendo reparaciones pecuniarias por parte del Estado (CIDH, Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), párr. 27–28.).

129 Véase MP3 Audio: Audiencia Pública del Gobierno de Costa Rica, Período de sesiones 133, Caso 12.361 y peticiones 1368/04, 16/05, 678/06, 1191/06 – Fertilización in vitro, Costa Rica, (Oct. 28, 2008) (Testimonio de Andrea Bianchi). Disponible en <http://www.cidh.org/Audiencias/133/A27FecundacioninvitroCostaRica.mp3>

130 Artavia, párr. 146–150.

131 Artavia párr. 128.

niños, antes y después del nacimiento. Sin embargo, la Corte se rehusó a examinar la evidencia en este sentido bajo una excusa procedimental¹³², tal vez porque un verdadero análisis de los mismos la hubiera llevado a una conclusión diferente.

2.3.2. Los trabajos preparatorios de la Convención

En cuanto a los trabajos preparatorios de la Convención, no es posible que los Estados parte reconocieran derechos en torno a las tecnologías reproductivas al momento de la adopción de la Convención por parte de los Estados parte, ya que estas todavía no existían en 1969, como indicó el perito Fernando Zegers¹³³. Tampoco existe evidencia alguna de que los Estados reconocieran, ya sea de manera implícita o explícita una obligación más general de garantizar hijos biológicos a quienes los deseen como parte de otras obligaciones de derechos humanos reconocidas en la Convención (Asociación para la Defensa de la Vida and El Centro Iberoamericano de Estudios para la Familia, 2004). La sentencia del caso Artavia no cita ninguna evidencia en este sentido ya que no existe.

2.3.3. La práctica ulterior a la adopción de la Convención

La práctica estatal posterior a la adopción o ratificación del tratado fue evaluada selectiva y superficialmente por la Corte, un punto débil de la sentencia que el Juez disidente Hugo Vio Grossi señaló, observando que solamente 11 de los 24 Estados parte de la Convención permitían la fertilización in vitro de hecho y únicamente 3 de éstos la permitían legalmente al momento de la sentencia, lo cual demuestra que no existía una práctica a favor de la reproducción asistida, sino lo contrario¹³⁴. Además, los 3 Estados que autorizaban legalmente la FIV le imponían toda clase de restricciones y no existía evidencia alguna de que su regulación hubiera sido adoptada en virtud de la Convención Americana¹³⁵.

132 Artavia párr. 134–135.

133 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 179, nota 265.

134 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, Pág. 21.

135 *Ibíd.*, Pág. 20

El hecho de ser Costa Rica el único país donde estaría prohibida la FIV en forma expresa tiene solamente un peso relativo en cuanto a la práctica posterior de los Estados, ya que, como la sentencia misma señala, varios Estados latinoamericanos prohíben la clonación humana, la utilización de las técnicas de reproducción asistida para fines diferentes de la procreación humana y limitan la crioconservación de los embriones humanos¹³⁶.

La sentencia de Artavia reconoció que varios Estados latinoamericanos prohibían la clonación humana, el uso de la reproducción artificial para propósitos no reproductivos, la reducción embrionaria o abortos selectivos en embarazos múltiples, y limitan el congelamiento de embriones humanos¹³⁷, pero no dio ningún peso a dichas leyes latinoamericanas en sus conclusiones.

Otro punto que la Corte omite mencionar, es que los tribunales de última instancia de varios países latinoamericanos se han acogido a la Convención Americana a la hora de proteger al embrión humano de fármacos que ocasionan su muerte o destrucción, prohibiendo la “anticoncepción de emergencia”. Por ejemplo, la Corte Suprema de Chile se acogió al artículo 4 de la Convención (1) y a otras obligaciones de los tratados internacionales, al prohibir la anticoncepción de emergencia en el 2008¹³⁸. En el 2009, el Tribunal Constitucional de Perú invocó la Convención Americana al prohibir la distribución gratuita de mecanismos de anticoncepción de emergencia¹³⁹. Igualmente, en el 2011, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Honduras aprobó como constitucional un Proyecto de Ley prohibiendo la anticoncepción de emergencia, debido a sus efectos

136 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 255

137 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 255.

138 Corte Suprema de Justicia de Chile, Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad,” aprobadas por el Decreto Supremo No. 48, de 2007, del Ministerio de Salud, (2008) Rol de la Causa: 740–2007, 131–32.

139 Ver Tribunal Constitucional, Acción de Lucha Anticorrupción: Sentencia del Tribunal Constitucional, (2009) EXP. No. 02005–2009–PA/TC ¶ 12 (Perú).

abortivos en el embrión humano¹⁴⁰. Esta importante evidencia de la interpretación del término concepción en el derecho comparado latinoamericano fue selectivamente omitida por la Corte.

2.3.4. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En lugar de seguir los cánones tradicionales de interpretación en este aspecto, la Corte examinó el Derecho Internacional de Los Derechos Humanos en general, encontrando evidencia muy cuestionable de una supuesta obligación estatal de autorizar la FIV. Se refirió, por ejemplo, a varios documentos como la Observación General No. 19 del Comité de los Derechos Humanos y la Observación General No. 14 del Comité del ECOSOC, que se refieren únicamente a la planificación familiar y no a la fecundación in vitro ni la reproducción asistida, las cuales no se mencionan ni directa ni indirectamente en ninguno de estos documentos¹⁴¹, como indicó el Comisionado Paolo Carozza durante las audiencias ante la CIDH¹⁴².

El lenguaje de los instrumentos de derechos humanos citados fue presentado por la Corte como favorable a la reproducción asistida de

140 Corte Suprema de Justicia de la República de Honduras, Sala de lo Constitucional de la Honorable, Dictamen, Tegucigalpa, Municipio del Distrito Central, 28 de noviembre 2011.

141 Véase CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 145; ver Comité de los Derechos Humanos, Observación General No. 19, Comentarios, Artículo 23 – La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990) <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom19.html>. Véase Comité de los Derechos Humanos, Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm>

142 Véase MP3 Audio: Audiencia Pública del Gobierno de Costa Rica, Período de sesiones 133, Caso 12.361 y peticiones 1368/04, 16/05, 678/06, 1191/06 – Fertilización in vitro, Costa Rica, (Oct. 28, 2008), min. 1:34:25–1:35:03. Disponible en <http://www.cidh.org/Audiencias/133/A27FecundacioninvitroCostaRica.mp3>.

manera incondicional, lo cual dista de la realidad. Por ejemplo, si bien la Conferencia del Cairo recomienda el acceso a la fecundación in vitro, especifica que el mismo debe ser proporcionado “de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas”¹⁴³, lo cual no excluiría la prohibición temporal de la FIV hasta que ésta presente un mínimo riesgo a la vida de los embriones humanos, como había ordenado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica¹⁴⁴.

Asimismo, la Corte se refirió al Caso de S.H. y otros vs. Austria indicando que en esta “el TEDH ni siquiera se refirió a una presunta violación de un derecho propio de los embriones”¹⁴⁵, lo cual es cierto de la Sentencia del 3 de noviembre de 2011, pero no de la sentencia de la Segunda Cámara del 2010, donde el Tribunal Europeo enfatizó que ningún Estado europeo está bajo la obligación de permitir la fertilización in vitro ya sea parcialmente o totalmente¹⁴⁶, contemplando así la permisibilidad de una prohibición total de la FIV bajo la Convención Europea de Derechos Humanos. Dicha sentencia indicó que los Estados gozan de un margen de apreciación para establecer límites a ciertas prácticas, especialmente la fertilización in vitro, que implica “serias consideraciones éticas y morales”, reconociendo que “los riesgos asociados con las técnicas de reproducción asistida deben ser tomados en serio y que es la obligación de los legisladores europeos, a nivel nacional, el evaluar estos riesgos, sopesando los intereses públicos y privados que puedan estar en juego”¹⁴⁷.

2.3.5. El cálculo de proporcionalidad y efectividad

143 Véase Fondo de Población de las Naciones Unidas, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, [en adelante, la CIPD] UN Doc. A/CONF.171/13/Rev.1 (1994) cap.V, para. 7.27. Disponible en http://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd_spa_2.pdf

144 CorteIDH, Caso Artavía, cit., Párr. 159.

145 CorteIDH, Caso Artavía, cit., Párr. 242.

146 Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, S.H. v. Austria, App. No. 57813/00, Eur. Ct. H.R. párr. 74 (2010).

147 *Ibíd.* Párr. 69, 76.

Al declarar que “el ‘derecho absoluto a la vida del embrión’ como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana”¹⁴⁸, la Corte imposibilitó efectivamente un verdadero cálculo de proporcionalidad entre la prohibición de la FIV y el derecho a la vida del embrión humano bajo la Convención, como expresó el Voto Disidente del juez Vio Grossi: “obviamente, en tal comparación el resultado no puede ser otro que el que indica la Sentencia”¹⁴⁹.

Sin embargo, la Corte caracterizó equivocadamente dicha protección del embrión humano en Costa Rica, la cual no era absoluta, pues preveía circunstancias bajo las cuales la fertilización in vitro podría ser constitucional, siendo estas que la técnica evolucionara en el futuro de manera que la fertilización in vitro no implicara muerte embrionaria, ya sea de manera previsible o deliberada¹⁵⁰. No obstante, la Corte encontró que el efecto práctico de esta condición fue el de imposibilitar la práctica de la FIV por el momento, reconociendo que, hoy en día, “no existe una opción para practicar la FIV sin que exista alguna posibilidad de pérdida embrionaria”¹⁵¹.

En cuanto a la efectividad de la medida en la protección del embrión humano, la Corte llegó a la extraña conclusión de que la prohibición de la FIV era inefectiva, pues no protegía al embrión humano de la muerte durante la concepción natural, únicamente durante la reproducción artificial¹⁵². La comparación es obviamente inapropiada debido a las importantes diferencias entre la concepción natural y la fertilización in vitro, señaladas por la sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, como ser las altas tasas de muerte embrionaria en la FIV (90–92% según

148 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 264, 273.

149 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, pág. 23.

150 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 76. Además, Costa Rica no da una protección absoluta al embrión, pues permite el “aborto terapéutico”, ni prohíbe todas las técnicas de reproducción artificial, pues permite la inseminación artificial, entre otros (Véase CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 270, 312.).

151 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 190.

152 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 315.

peritajes presentados por el Estado), que es muchísimo menor en la concepción natural¹⁵³, y los elementos de intencionalidad y previsibilidad de las muertes de embriones y fetos humanos durante la reproducción artificial, que no existe en la procreación natural¹⁵⁴. Otros autores han señalado también lo inapropiado de dicha analogía, indicando que si la Convención mandara tolerar cualquier violación del derecho a la vida simplemente porque la muerte natural existe, cualquier homicidio o asesinato debería ser permitido (Carranza Latrubesse, 2012).

2.3.6. La prohibición de la FIV y la discriminación contra los discapacitados, las mujeres y los que no tienen recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero

Tres miembros de la CIDH habían rechazado el argumento de que prohibir la FIV constituía discriminación contra las mujeres y los discapacitados debido a que afectaba individuos y parejas infértiles, hombres y mujeres, no individuos de las categorías anteriormente citadas¹⁵⁵. En su voto en disidencia, estos Comisionados señalaron que “el objetivo del Estado, que en opinión de la Comisión es legítimo, es más bien proteger a los embriones humanos y no regular el derecho a tener hijos”¹⁵⁶.

El lenguaje feminista utilizado por la CIDH en el Informe de Fondo convierte en irrelevante el rol del padre biológico en el proceso de reproducción artificial, concluyendo que el uso de la reproducción asistida recae especialmente en el cuerpo de las mujer y por lo tanto, su prohibición “incide directamente en la autonomía de las mujeres respecto de su cuerpo”, de “lo que una mujer desea y decide hacer con su propio cuerpo” y por lo tanto “son cuestiones que en principio corresponden a la mujer, a ella en consulta con su médico”¹⁵⁷.

153 *Ibíd.*, Párr. 308.

154 Véase CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 305, 308.

155 Véase CIDH, Informe No. 85/10 30 (Explicación del Voto en Disidencia) (2011), <https://www.cidh.oas.org/demandas/12.361Esp.pdf>

156 Véase *Ibíd.* Párr. 3 (Explicación del Voto en Disidencia).

157 Véase *Ibíd.* Párr. 131.

De manera similar, se dieron varias contradicciones en la sentencia de la Corte respecto a sus conclusiones sobre discriminación. Por ejemplo, al declarar que la prohibición de la FIV constituía discriminación contra la mujer porque “la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres”¹⁵⁸, la Corte reforzó los estereotipos culturales de género que pretendía rechazar. Asimismo, la proposición incoherente de la Corte de que los principios de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre los del no nacido¹⁵⁹, contradice los principios enunciados, que exigirían dar igual trato, no discriminatorio, a ambos grupos, especialmente en vista de que ambos presentan condiciones de vulnerabilidad.

Además, al clasificar a los individuos infértiles que desean la FIV como discapacitados la Corte transformó el concepto de discapacidad en una definición subjetiva, basada en criterios no objetivos ni científicos, pues la Corte misma admitió que no existe un consenso científico sobre la definición de la infertilidad como una discapacidad¹⁶⁰. Dicha noción promueve también la percepción de la FIV como tratamiento médico, a pesar de que no cura ni trata la condición de esterilidad de la persona infértil, como señaló uno de los *amicus curiae* en el caso, sino simplemente produce artificialmente un niño o niña (Asociación para la Defensa de la Vida and El Centro Iberoamericano de Estudios para la Familia, 2004).

En cuanto a la discriminación en relación a “las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero”, existe una incompatibilidad frente a la Convención, pues esta únicamente prohíbe la discriminación en base a la “posición económica” (artículo 1(1)), como ser la pobreza o extrema pobreza. Sin embargo, la evidencia evaluada por la Corte en este caso únicamente reflejaba que las parejas en cuestión no tenían los recursos económicos para realizarse exitosamente la FIV en el extranjero¹⁶¹, no que pertenecían a un grupo de

158 CortelDH, Caso Artavia, cit., Párr. 143.

159 Véase *Ibíd.* Párr. 227.

160 CortelDH, Caso Artavia, cit., Párr. 271, 288–291.

161 CortelDH, Caso Artavia, cit., Párr. 303–305

individuos pertenecientes al grupo de “los hogares más pobres” a los que se refirió el Juez García Sayán en su Voto Concurrente¹⁶².

Obviamente, el no contar con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero no es una posición económica en sí misma, pues si lo fuera, sería una categoría tan amplia que probablemente incluiría a los pobres, los de clase media o media alta en el país, ya que el costo de las tecnologías reproductivas es tan alto que resulta inaccesible para la mayor parte de habitantes de la región. Aun asumiendo que este grupo de personas tuviera una misma posición económica, no todos los peticionarios del caso Artavia pertenecían a dicha categoría, pues algunos sí viajaron a practicarse la FIV en el extranjero, en más de una ocasión¹⁶³.

La Corte cambió el término “posición económica” utilizado en la Convención por el de “situación económica”¹⁶⁴, que es mucho más amplio y subjetivo, y que luego le permitió declarar que el Estado de Costa Rica debía pagar reparaciones de \$5,000 dólares a cada uno de los individuos que viajaron al extranjero para practicarse la FIV, a pesar de que dichos individuos no pertenecían al supuesto grupo discriminado¹⁶⁵.

Se vislumbra en la lectura de la sentencia la idea incipiente de que la FIV debería ser una práctica subsidiada por el Estado, al menos en opinión de los peticionarios y del Juez García Sayán¹⁶⁶. Los peticionarios inicialmente sugirieron reparaciones de alrededor de 20 millones de euros para la creación de una clínica nacional de fertilización in vitro, que debería luego ser subsidiada por el Estado¹⁶⁷. Se vislumbran asimismo una serie

162 CorteIDH, Caso Artavia, Voto Concurrente del Juez Diego García-Sayán, Párr.11(c).

163 Véase MP3 Audio: Audiencia Pública del Gobierno de Costa Rica, Período de sesiones 133, Caso 12.361 y peticiones 1368/04, 16/05, 678/06, 1191/06 – Fertilización in vitro, Costa Rica, (Oct. 28, 2008) (Testimonio de Andrea Bianchi). Disponible en <http://www.cidh.org/Audiencias/133/A27FecundacioninvitroCostaRica.mp3>.

164 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 303–305, 314.

165 Véase CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 355, 363.

166 *Ibid.*, Párr. 338.

167 MP3 Audio: Audiencia Pública del Gobierno de Costa Rica, Período de sesiones 133, Caso 12.361 y peticiones 1368/04, 16/05, 678/06, 1191/06 – Fertilización in

de expectativas pecuniarias por parte de los peticionarios, que en cierta medida fueron satisfechas por la Corte. En la última etapa del trámite ante la CIDH, los representantes legales de los peticionarios solicitaron 2.3 millones de dólares en reparaciones para las víctimas¹⁶⁸. La peticionaria Bianchi solicitó compensación por sus gastos en tecnologías reproductivas fuera de Costa Rica¹⁶⁹. La CorteIDH simpatizó con estas ideas y solicitudes y finalmente ordenó a Costa Rica no solamente pagar reparaciones a las supuestas víctimas, sino subsidiar la fertilización *in vitro* por medio de la Caja Costarricense de Seguro Social, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación¹⁷⁰.

2.3.7. El subsidio público de la FIV en Costa Rica como una forma de reparación

La orden de subsidiar la FIV en Costa Rica a través de la Caja Costarricense del Seguro Social fue quizás la más caprichosa de las reparaciones dispuestas por la CorteIDH en el caso Artavia, especialmente en vista de que ni los demandantes ni la Comisión habían solicitado esta medida en la demanda, pero sobretodo porque Costa Rica es, después de todo, un país en desarrollo con necesidades de salud más apremiantes. La medida sugiere un incipiente intento de convertir una supuesta obligación negativa de permitir o autorizar la reproducción artificial en una obligación positiva de proveerla y subsidiarla a través del uso de fondos públicos.

Otras cortes internacionales ya han advertido que crear un derecho a servicios públicos de reproducción asistida, o un derecho al acceso económico a las mismas sería difícilmente justiciable, por no decir poco práctico

in vitro, Costa Rica, (Oct. 28, 2008), min. 55:25–56:55. Disponible en <http://www.cidh.org/Audiencias/133/A27FecundacioninvitroCostaRica.mp3>.

168 Véase CorteIDH, Caso Artavia, 346–47, 358.

169 Véase MP3 Audio: Audiencia Pública del Gobierno de Costa Rica, Período de sesiones 133, Caso 12.361 y peticiones 1368/04, 16/05, 678/06, 1191/06 – Fertilización *in vitro*, Costa Rica, (Oct. 28, 2008), min. 13:10–13:25, 34:27–34:57. Disponible en <http://www.cidh.org/Audiencias/133/A27FecundacioninvitroCostaRica.mp3>.

170 CorteIDH, Caso Artavia, cit., Párr. 338.

en la realidad. El TEDH, por ejemplo, nunca ha declarado que los Estados europeos tengan la obligación de subsidiar las tecnologías reproductivas, a pesar de que estos cuentan con recursos mucho mayores que Costa Rica. De hecho, el Tribunal Europeo ha señalado que la Convención Europea de Derechos Humanos no garantiza el derecho a un nivel específico de salud en ninguna área¹⁷¹.

La creación de un derecho a la FIV subsidiada podría no tener mayor apoyo ni siquiera entre académicos pro-choice, algunos de los cuales han admitido que no existe un deber estatal de subsidiar o pagar procedimientos de FIV, los cuales han comparado con la cirugía estética en el sentido de que podrían ser clasificados como “medicina de lujo” (Cook et al, 2003). Estos autores han indicado, razonablemente, que “no existen fondos públicos para apoyar la concepción natural [...] por lo que los Estados pueden coherentemente rechazar el dar fondos para la reproducción artificial.” (Ibíd). La Corte aplicó la analogía entre la concepción natural y la reproducción artificial en otro sentido, pero podría también aplicarse en este.

3. Cumplimiento de la sentencia de la Corte en el caso Artavia

La sentencia del caso Artavia ha tenido efectos limitados en Costa Rica, que a pesar de haber cumplido con las reparaciones materiales ordenadas por el fallo¹⁷², cuatro años después de la sentencia aún no ha cumplido con la orden de legalizar la fertilización in vitro en el país y menos con la orden de proveer de servicios gratuitos de FIV a través de su sistema de Seguridad Social, a pesar de ser el país sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y muy respetuoso del Sistema Interamericano de derechos humanos en general. La orden que dio la CorteIDH en el fallo

171 Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Glass v. United Kingdom*, 2004-II Eur. Ct. H.R. 25, 46-49; *Affaire Yardimci c. Turquie*, Req. No. 25266/05, Eur. Ct. H.R., párr. 55-56 (2010).

172 Véase, por ejemplo, decisión en Artavia publicada en la página web de la Corte Suprema de Costa Rica <http://www.csjn.gov.ar/data/cidhfa.pdf>

Artavia de modificar el ordenamiento jurídico interno para permitir y regular la FIV ha ilustrado lo que ocurre cuando una Corte internacional trata de imponer una sentencia que una buena parte de la sociedad civil y los legisladores nacionales consideran moralmente ilegítima.

Durante 4 años se presentaron varios proyectos legislativos sobre la FIV en el Congreso Nacional costarricense, que los legisladores no han logrado reunir el consenso necesario para aprobar, debido a las objeciones éticas que todavía persisten en torno a la reproducción asistida (Hubert). En septiembre del 2015, bajo presión de la CorteIDH¹⁷³, el Presidente de la República Luis Guillermo Solís Rivera publicó un Decreto Ejecutivo autorizando y regulando la FIV (Observatorio Internacional de Políticas Públicas y Familia)¹⁷⁴ contra el cual un grupo de ciudadanos presentó un recurso de amparo (Ibíd.)¹⁷⁵ basados en violaciones de los principios de separación de poderes, reserva de ley, participación ciudadana y debido proceso, entre otros. La Procuraduría General de la República apoyó esta solicitud emitiendo un Informe sobre la cuestión de si el Decreto Ejecutivo 39210 era el procedimiento válido para adaptar el ordenamiento jurídico interno a lo exigido por el fallo del caso Artavia, a lo cual responde que no lo es, citando sus leyes nacionales y el artículo 30 de la Convención Americana, entre otros (Ibíd.)¹⁷⁶.

El 3 de febrero del 2016, la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense declaró inconstitucional con base en el artículo 2 de la

173 Véase Audiencia Pública de Cumplimiento. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, <https://vimeo.com/album/3554165/video/138362028> (donde se informa a la CorteIDH sobre la adopción del Decreto Ejecutivo y los jueces insisten sobre la celeridad de su entrada en vigencia).

174 Observatorio Internacional de Políticas Públicas y Familia, disponible en <http://observatoriointernacional.com/?p=2160>

175 Ibíd., disponible en <http://observatoriointernacional.com/?p=2199>

176 Ibíd., disponible en <http://observatoriointernacional.com/?p=2340>. Véase Artículo 30 de la Convención Americana: Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Convención Americana, que establece que cualquier cambio en el Derecho interno de los Estados parte deberá darse a través de medidas legislativas, invocando el principio de legitimación democrática en las decisiones que respecto afectan derechos fundamentales, donde es necesaria la intervención de la Asamblea Legislativa, por lo que la Sala Constitucional emplazó al Poder Legislativo para emitir legislación sobre el tema (Ibíd.)¹⁷⁷.

La decisión se basa en el texto de la Convención misma, que establece que únicamente “[l]a parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”, lo cual indicaría que el Estado no tiene una obligación de dar implementación inmediata, a través de sus cortes nacionales o Poder Ejecutivo a todas las disposiciones del fallo en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, como aquellas que ordenan la legalización de la fertilización in vitro en el país y su subsidio público.

Santiago Cantón, antiguo Secretario Ejecutivo de la CIDH, ha reconocido que únicamente las asambleas legislativas nacionales pueden prever el cumplimiento automático y completo de las sentencias de la CorteIDH, y ha llamado a los Estados parte de la Convención a “aprobar legislación interna para garantizar el cumplimiento de las decisiones de la Comisión y la Corte”, reconociendo que el Estado de Costa Rica (junto con Perú y Colombia), así lo han hecho en el pasado (Cantón). Estudiosos del Sistema Interamericano han entendido que únicamente el Poder Legislativo tiene la atribución de implementar las sentencias de la Corte en su totalidad (Thury Cornejo). Asimismo, la Corte Suprema de Costa Rica ha establecido a través de precedente judicial, que solamente el Congreso y no las cortes nacionales tiene la facultad de ordenar el cumplimiento de los fallos de la CorteIDH¹⁷⁸.

Sin embargo, durante el proceso ante la Corte Suprema costarricense, la Comisión Interamericana emitió medidas cautelares el 29 de enero del

177 Ibíd., disponible en <http://observatoriointernacional.com/?p=2392>

178 Ver Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 05274 de 4 de Mayo de 2005, Sistema Costarricense de Información Jurídica.; Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia 14953 de 2 de Noviembre de 2011, Sistema Costarricense de Información Jurídica.

2016, exigiendo al Estado de Costa Rica que autorice la FIV de manera inmediata para las seis parejas demandantes y que concierte las medidas a tomar con estas personas y sus abogados¹⁷⁹.

Al día siguiente a la decisión de la Sala Constitucional, el 4 de febrero del 2016, la CorteIDH parece haber entrado en pánico, y reaccionó con inusual agresividad a una decisión judicial interna, emplazando al Estado costarricense para que, en un plazo de 7 días, anule la sentencia de la Sala Constitucional y permita la regulación de la FIV a través del Decreto presidencial que declaró como inconstitucional (Observatorio Internacional de Políticas Públicas y Familia)¹⁸⁰. Doce días después, la CIDH presentó la nueva demanda contra el Estado costarricense en el caso *Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*, a través de la cual se busca esencialmente la ejecución del fallo del caso *Artavia*.

Las reacciones de la Comisión y la CorteIDH en los casos de la FIV parecen estar destinadas a forzar al Estado de Costa Rica a ejecutar el fallo del caso *Artavia* a través del Poder Ejecutivo y de manera inmediata, lo cual contrasta con la prudente apreciación de la Sala Constitucional, que basada en la Convención, en sus propios precedentes y los de la CorteIDH, busca reservar la función legislativa al Congreso Nacional, de conformidad con sus procedimientos constitucionales.

En cualquier caso, de acuerdo a la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, el gobierno costarricense no tiene una obligación de legalizar la FIV de manera absoluta, y son permisibles restricciones a dicha práctica.

La Comisión sugirió anteriormente que Costa Rica podría autorizar la FIV con varias restricciones, mientras no se tratase de una prohibición absoluta. Dichas restricciones, de acuerdo a la CIDH, podrían, por ejemplo, establecer “formas de regulación que podrían asimilarse más al proceso natural de concepción, tal como una regulación que disminuya el número de óvulos fecundados”¹⁸¹, prohibir la fecundación heteróloga

179 Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/MC617-15-Es.pdf>

180 Observatorio Internacional de Políticas Públicas y Familia, disponible en <http://observatoriointernacional.com/?p=2392>

181 Véase CorteIDH, *Caso Artavia*, cit., Párr. 110.

(con el uso de donantes de gametos), limitar el uso de la FIV a parejas casadas infértiles, prohibir el congelamiento y almacenamiento de embriones humanos, o adoptar otras medidas para prevenir la destrucción arbitraria de embriones, su comercialización o tráfico, como se ha hecho en otros países latinoamericanos, incluyendo Chile, México y Brasil¹⁸². Los Comisionados Dinah Shelton, Felipe Gonzales y Rodrigo Escobar Gil, en su voto disidente ante el Informe de la CIDH en el caso, sugirieron también que el Estado costarricense podría establecer una edad mínima y máxima para mujeres que se someten a la FIV, ya que “los riesgos del embarazo aumentan con la edad y el Estado bien puede fijar una edad máxima (así como una mínima para proteger a las niñas contra cualquier abuso)”¹⁸³.

El Estado probablemente carece de los recursos económicos necesarios para proveer la FIV de manera gratuita y universal en el futuro cercano, como ya lo han reconocido las autoridades (Arias, 2012). El cumplimiento de esta reparación no debería ser exigido de manera inmediata, pues el juez García Sayán, en su voto concurrente en la sentencia Artavía, indicó que el Estado tiene únicamente una obligación “gradual” de incluir dicha técnica “dentro de los programas contra la infertilidad que ya se brindan”, lo cual “no sugiere que una porción desproporcionada de los recursos institucionales y presupuestales de la seguridad social sea destinada a este propósito en perjuicio de otros programas o prioridades”, es decir, teniendo el Estado la libertad de dar prioridad a otros servicios de salud sobre la FIV¹⁸⁴.

4. Conclusión

En el fallo Artavía, la CorteIDH violentó las normas de interpretación establecidas por el artículo 29 de la Convención Americana al redefinir el término “concepción” como “implantación” o embarazo, declarando que

182 Ver CorteIDH, Caso Artavía Murillo v. Costa Rica, Caso 12.361, Inter-Am. Comm'n H.R., Informe de Fondo No. 85/10 Párr. 100–110 (2011). Ver también Id. Párr. 31 (Explicación de Voto Disidente), <https://www.cidh.oas.org/demandas/12.361Esp.pdf>

183 Ver *Ibíd.* Párr. 6 (Explicación de Voto Disidente).

184 Ver CorteIDH, Caso Artavía, cit., Párr. 11(c).

el embrión humano no es “persona” y que el derecho a la vida del no nacido tiene únicamente un carácter gradual, realizando una interpretación restrictiva del derecho a la vida del no nacido. Asimismo, al crear una supuesta obligación de legalizar y facilitar la reproducción artificial, la CorteIDH parece haber estado basada más en un afán de “innovación jurisprudencial”, como indicó el Juez García Sayán (García-Sayán, 2014), autor de la sentencia, que en una interpretación de los términos mismos de la Convención o de la voluntad o interpretación de la misma por los Estados parte.

Sin embargo, el fallo de la CorteIDH y los informes de la Comisión no pusieron fin a la controversia ética sobre el tema de la FIV en Costa Rica, por el contrario, causaron mucha resistencia a nivel doméstico, al menos entre un significativo número de legisladores, la Sala Constitucional de la Corte Suprema y la ciudadanía en general. Dicha controversia ha ilustrado las consecuencias que puede tener la imposición de una sentencia que una buena parte de la sociedad civil y los legisladores nacionales consideran como ilegítima moralmente y su efecto sobre la autoridad misma de la Corte.

5. Bibliografía

ACIPRENSA. 2008. Mujer comprende que vida comienza en concepción y retira demanda contra Costa Rica. Disponible en <http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=23767>

Arias, L. 2012. Human Rights Court Orders Costa Rica to Legalize In Vitro Fertilization, Tico Times. Disponible en <http://www.ticotimes.net/2012/12/21/human-rights-court-orders-costa-rica-to-legalize-in-vitro-fertilization>.

Asociación para la Defensa de la Vida and El Centro Iberoamericano de Estudios para la Familia as Amici Curiae Supporting Respondents, at 6-7, Sanchez Villalobos v. Costa Rica, Case 12.361, Inter-Am. Comm’n H.R. 2004. Decision on Admissibility, Report No. 25/04, OEA/Ser.L./V/II.122, doc. 5 rev. (2004).

Avendaño, Carlos. 2011. CIDH Extends Deadline For Approval Of Law

- For In-Vitro Fertilization In Costa Rica” en <http://insidecostarica.com/dailynews/2011/february/24/costarica11022402.htm>
- Avenidaño, Carlos. 2011. Fecundación in vitro: trámite exprés, <http://www2.diarioextra.com/2011/marzo/15/opinion04.php> y
- Barberis, Julio A. 2005. El derecho a la vida en el pacto de San José de Costa Rica en *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos; Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade: Liber Amicorum Cançado Trindade 20* (Renato Zerbini Ribeiro Leão et al. eds.) Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/22962.pdf>
- Byamukama, Dora. 2010. África del Este: región debe ratificar el Protocolo de Maputo Ahora. *Allafrica.com*. 11 de agosto de 2010, <http://allafrica.com/stories/201008120629.html>.
- Cantón, Santiago. To Strengthen Human Rights, Change the Organization of American States (Not the Commission), <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?Article=1836&context=hrbrief> pag. 3
- Carranza Latrubesse, Gustavo. 2012. Las perplejidades de los Derechos Humanos (A propósito del fallo de la CorteIDH en el caso Artavia Murillo y Otros c. Costa Rica) (manuscrito no publicado), <http://bicentenario.unc.edu.ar/acaderc/las-perplejidades-de-los-derechos-humanos-a-proposito-del-fallo-de-la-corte-idh-en-el-caso-artavia-murillo-y-otros-vs.-costa-rica>.
- Cook, Rebecca J. et al. 2003. Reproductive health and human rights: integrating medicine, ethics, and law 312.
- Croxatto, Horacio B. y Hochschild, Fernando Zegers. 2004. Anticoncepción de emergencia, Ciencia y Moral, en *Anticoncepción de emergencia: Antecedentes del debate*, 95 Chile: Estudios Públicos [CEP]. Disponible en http://www.cepchile.cl/dms/archivo_3400_1687/r95_dossier_pildoradia-despues05.pdf (arguing that levonorgestrel prevented fertilization, not implantation of the human embryo).
- Diccionario Mosby de Medicina. 2010. Elsevier. Barcelona, España 2010.
- García-Sayán, Diego. 2011. The Inter-American Court and Constitutionalism In Latin America, 89 *Tex. L. Rev.* 1835, 1857.
- García-Sayán, Diego. 2014. Mirando al horizonte: Interamericano logros y retos, *Aportesdplf*. Disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/aportes_19_web_0.pdf

- Hubert, May. El Estado incumple la sentencia FIV, La Nación (Costa Rica), http://www.nacion.com/opinion/foros/incumple-sentencia-FIV_0_1360263964.html
- López Moratalla, Natalia y Iraburu Elizalde, María J. 2004. Los quince primeros días de una vida humana. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- Murillo, Alvaro. 2011. La Costa Rica Católica se atasca con la fertilización in vitro. Diario El País (San José, Costa Rica), 12 de julio, 2011, http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Costa/Rica/catolica/atasca/fertilizacion/invitro/elpepuintlat/20110712elpepusoc_12/Tes
- Nadakavukaren Schefer, Krista. 2015. The European Court of Justice Rules on Obesity Discrimination [La Corte Europea de Justicia emite sentencia sobre discriminación en base a obesidad], American Society of International Law Insights.
- Nieto Navia, Rafael. 2005. Aspectos Internacionales de la demanda contra la penalización del aborto, 9 Revista Persona y Bioética, (Colombia), No. 1, 21-42. Disponible en <http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/download/904/985>.
- Tanner, Lauri R. 2010. Interview with Judge Antônio A. Cançado Trindade, A Court of Human Rights, Xvi Ann. Surv.Int'l & Comp. L. 165, 177.
- Thury Cornejo, Valentín. Revisión del Control de Convencionalidad Difuso y la Identidad Institucional de la Corte Interamericana, UCA/ CONICET, <http://cedecu.edu.uy/uploads/media/mdCategory/beb-f264aa42b3aa85e5afdcd20370855.pdf>

Jurisprudencia

Comisión Europea de Derechos Humanos

Brüggemann v. Germany, App. No. 6959/75, 3 Eur. H.R. Rep. 244, Párr. 59 (1981).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comunicado de Prensa No. 91/11, CIDH presenta caso sobre Costa Rica ante la CorteIDH. Disponible en <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/91-11sp>

Informe No. 156/10, Petición 1368-04 (Admisibilidad), Caso Gerardo Gómez, Aída Marcela Garita y otros, Costa Rica, 1º. de noviembre (2010).
Informe No. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), párr. 2, 17 & 30
Informe No. 85/06, Petición 225-04, Admisibilidad, James Demers, Canadá, 21 de octubre de 2006, OEA/ Ser. L. /V/II. (Oct 21, 2006), Conclusiones, párr. 1&2.
Resolución 23/81, Caso 2141(Estados Unidos), 6 de marzo (1981), Voto Negativo del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; OEA/Ser. L/V/II.54 (1980-1981). Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141b.htm>

Comité de los Derechos Humanos

Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm>
Observación General No. 19, Comentarios, Artículo 23 – La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990) <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom19.html>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

19 Merchants v. Colombia, Mérito, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de Julio de 2004, Serie C, No. 109, Párr. 153;
Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, No. 157, Párr. 283;
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, párr. 223 (en adelante, “Caso Artavia”), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
Baldeón-García v. Peru. Merits, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de

- Abril de 2006, Serie C, No. 147, Párr. 83–85.
- Bámaca–Velásquez v. Guatemala, Mérito, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de Noviembre de 2000, Serie C, No. 70, Párr. 172;
- Cinco Pensionistas Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, No. 98, Párr. 143
- Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC–18/03 de 17 de Septiembre de 2003, Serie A, No. 18, en 37, 78, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf
- Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC–17/02, Serie. A, No. 17, en 30 (28 de agosto de 2002) disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf
- Gómez–Paquiyauri Brothers v. Peru, Mérito, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de Julio de 2004, Serie C, No. 110, Párr. 129;
- González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, No. 205, Párr. 43.
- Huilce Tecse v. Perú, Mérito, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de Marzo de 2005, Serie C, No. 121, Párr. 66;
- Juan Humberto Sánchez v. Honduras, Excepción Preliminar, Mérito, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de Junio de 2003, Serie C, No. 99, Párr. 110;
- Juvenile Reeducation Inst. v. Paraguay, Objeciones Preliminares, Méritos, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de Setiembre de 2004, Serie C, No. 112, Párr. 158;
- Myrna Mack–Chang v. Guatemala, Mérito, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de Noviembre de 2003, Serie C, No. 101, Párr. 153;
- Niños de la calle (Villagrán–Morales et al.) v. Guatemala, Mérito, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de Noviembre de 1999, Serie C, No. 63, Párr. 144–46,
- Prisión Miguel Castro–Castro vs. Perú, Fondos, Reparaciones, y Costas, Sentencia de 25 de Noviembre de 2006, Serie C, No. 160, Párr. 61
- Pueblo Bello Massacre, Párr.120; Mapiripán Massacre v. Colombia, Mérito, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de Setiembre de 2005, Serie C,

No. 134, Párr. 232;

Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, No. 133, Párr. 12;

Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Uruguay, Mérito, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de Marzo de 2003, Serie C, No. 146, Párr. 153.

Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C, No. 191, Párr. 11;

Corte Suprema de Justicia de Chile

Philippi Izquierdo c. Laboratorio Chile S.A., 30 de agosto 2001, Rol de la causa: 2186–2001;

Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad,” aprobadas por el Decreto Supremo No. 48, de 2007, del Ministerio de Salud, (2008) Rol de la Causa: 740–2007, 131–32.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional

Sentencia 05274 de 4 de Mayo de 2005, Sistema Costarricense de Información Jurídica, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=335617&strTipM=T&strDirSel=directo;

Sentencia 14953 de 2 de Noviembre de 2011, Sistema Costarricense de Información Jurídica, http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=525680&strTipM=T&strDirSel=directo

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo, 3/5/2002, Fallos 2001–D–1. Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Arg.), disponible en <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=516601>

Corte Suprema de Justicia de la República de Honduras

Dictamen Decreto 54–2009, 21 de junio 2012). <http://providahn.org/>

dictamen-de-la-pildora-del-dia-siguiente-pae/ o http://www.womens-linkworldwide.org/wlw/new.php?modo=observatorio&id_decision=438;
Tegucigalpa, Municipio del Distrito Central, Dictamen de 28 de Noviembre 2011.

Suprema Corte de los Estados Unidos

Gonzales v. Carhart, Sentencia de 2007, 550 U.S. 124.

Tribunal Constitucional de Chile

Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad,” aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, Rol de la causa: 740-2007, 18 abril 2008, disponible en http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=34407;

Tribunal Constitucional de Ecuador

José Fernando Roser Rohde c. Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Leopoldo Izquieta Pérez y el Ministro de Salud S/ Acción de Amparo, Caso No. 0014-2005-RA, 14 de Junio 2006, disponible en http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1994#anchor330581;

Tribunal Constitucional de Perú

ONG Acción de Lucha Anticorrupción, Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. No. 02005-2009-PA/TC, 16 de Octubre de 2009, párr. 12. disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html>

Tribunal Constitucional Federal de Alemania

88 BVerfGE 203, Sentencia de 28 de Mayo de 1993, Pág. 251-252.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A., B. and C. v. Ireland, App. No. 25579/05, Eur. Ct. H.R. 2032, Párr. 214 (2010). Disponible en <http://www.echr.coe.int>.

Evans v. United Kingdom, App. No. 6339/05, 43 Eur. H.R. Rep. 21, Párr. 54 (2007). Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search>.

aspx?i=001-80046.

Glass v. United Kingdom, 2004-II Eur. Ct. H.R. 25, 46-49; *Affaire Yardimci c. Turquie*, Req. No. 25266/05, Eur. Ct. H.R., párr. 55-56 (2010) disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96540>;

P. v. Poland, App. No. 57375/08, Eur. Ct. H.R., párr. 96 (2013), disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-114098>.

S.H. and Others v. Austria, Application No. 57813/00, HUDOC Database (Eur. Ct. H.R., Nov. 3, 2011).

Vo v. France, Sentencia del 8 de Julio, 2004, Párr. 75. Disponible en base de datos de la Corte, HUDOC <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/>

Tribunal Europeo de Justicia

C-34/10, *Brüstle v. Greenpeace*, Párr. 26. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-34/10>

La maternidad subrogada¹

Albert Mengual

Abogado, Universidad de Valencia (España).
Actualmente asistente de investigación en la
Universidad de Navarra (España), trabajó en el artículo
en calidad de Advocacy Fellow de World Youth Alliance (WYA).

Nadja Wolfe

Abogada (Estados Unidos). Director of Advocacy
at the World Youth Alliance (WYA).

Resumen: El análisis jurídico de la maternidad subrogada presenta varios problemas tanto a nivel teórico, sobre todo en lo referente al encuadre de estos contratos dentro de una parcela del Derecho, como a nivel práctico, especialmente en la drástica diferencia que existe entre las distintas regulaciones nacionales, que puede ir desde favorecer esta práctica hasta penalizarla con la cárcel. Todo ello plantea una clara contradicción con algunos de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos. Además, la brecha de ciertas presunciones básicas del Derecho supone un menoscabo de la seguridad jurídica y una complicación añadida en la atribución de derechos. Tanto los padres y madres como los hijos gozan, de entrada, de un marco de protección que se difumina hasta incluso desaparecer en el contrato de maternidad subrogada. En consecuencia, tal contrato queda muy en entredicho tanto en su versión remunerada como en la altruista.

1 Nota de la editora: el presente artículo ha sido publicado originalmente en su versión en inglés en *White Paper World Youth Alliance*, November 2015 < www.wya.net/wp-content/uploads/2014/04/WYA_White_Paper_Surrogacy_Final-US-Letter.pdf >. La RIDH dispone de la autorización expresa de los autores para publicar su versión en español.

Palabras clave: Maternidad subrogada; Derechos humanos; Derechos del niño; Derecho internacional; Dignidad humana.

Abstract: Legal analysis of surrogate motherhood possess several problems both at the theoretical level, especially because of the difficulties to set those contracts in a specific field of law, as well as at the practical level, mainly due to the drastic difference between national regulations which may either favor the practice or punish it with prison. Hence, surrogacy clearly stands in contradiction to certain regionally and internationally recognized human rights. Moreover, the breach of some basic law presumptions entails the undermining of legal certainty and the difficulty to assert human rights. A priori both parents and children are entitled to a protection framework that dilutes to the extent that it could even vanish in the case of surrogacy contracts. As a result, such contracts, whether altruistic or commercial, are widely open to question.

Keywords: Surrogacy; Human rights; Rights of the child; International law; Human dignity.

Artículo recibido: 21/03/2016 Aceptado: 24/08/2016

Sumario

1. Introducción
2. Análisis legal de la maternidad subrogada
 - 2.1. La naturaleza legal de los contratos de maternidad subrogada
 - 2.2. La maternidad subrogada como parte del derecho de familia
 - 2.3. Implicaciones para los derechos humanos
3. Panorama de las leyes sobre maternidad subrogada
 - 3.1. Jurisdicciones nacionales
 - 3.2. Mecanismos regionales
 - 3.3. Mecanismos internacionales
4. Conclusiones

1. Introducción

La maternidad subrogada ha resultado ser una de las prácticas más controvertidas de nuestro tiempo². Un contrato sobre esta materia puede ser bienvenido en algunos países y penalizado con la cárcel en otros, pudiendo esto ocurrir incluso dentro del mismo país. Por este motivo, se necesita un marco unificado para evitar controversias que, a su vez, acarrearán múltiples consecuencias en el plano de los derechos humanos³. El derecho contractual general podría controlar la maternidad subrogada en tanto que actividad comercial, pero en la práctica genera varios pro-

2 Royal Commission on New Reproductive Technologies, *Proceed with Care: The Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies* 683-84 (1993); *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States 12*, European Parliament (2013).

3 Ergas, Y., "Thinking 'Through' Human Rights: The Need for a Human Rights Perspective With Respect to the Regulation of Cross-border Reproductive Surrogacy", *International Surrogacy Agreements: Legal Regulation at the International Level* (TRIMMINGS & BEAUMONT, eds. 2013).

blemas relacionados con los derechos humanos debido a que el sujeto del contrato es, de hecho, un ser humano⁴. La maternidad subrogada también origina serios debates en lo que se refiere a la familia, el estatus legal y los derechos de nacionalidad, entre otros. Tal y como reconoce la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la dignidad humana está en la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo⁵. Así pues, debería estar también en el centro de las discusiones sobre esta materia.

Históricamente se ha distinguido entre maternidad subrogada tradicional y aquélla que incluye únicamente la gestación. La primera consiste en que la mujer, además de gestar el bebé, aporta su propio material genético, mientras que la segunda no guarda ninguna relación genética con el mismo: su labor se limita al embarazo y al parto⁶. La maternidad subrogada existía ya en antiguas civilizaciones humanas, aunque en la actualidad su práctica presenta nuevos elementos y controversias de índole tecnológica y ética⁷. El primer acuerdo de maternidad subrogada a través de inseminación artificial tuvo lugar en 1976⁸. Sin embargo, la primera decisión judicial sobre la cuestión apareció en la escena en 1988 en los Estados Unidos⁹. Tales decisiones sostenían que los contratos de maternidad subrogada eran nulos por distintas razones, y con frecuencia vieron un paralelismo entre esta práctica y la trata de niños¹⁰. No obstante,

4 Ferguson, S.A., “Surrogacy Contracts in the 1990’s: The Controversy and Debate Continues”, 33 *Duquesne Law Review* 903 (1995)

5 Declaración Universal de los Derechos Humanos, A.G. Res. 217A, Preámbulo, Doc. ONU A/810 (12 de diciembre de 1948).

6 Lodomato, D., “Protecting traditional surrogacy contracting through fee payment regulation”, 23 *Hastings Women’s Law Journal* 245, 247 (2012).

7 Fenton-Glynn, C., “Human Rights and Private International Law: regulating international surrogacy”, 10 *Journal of Private International Law* 157, 157 (2014).

8 López Guzmán, J. & Aparisi Miralles, A., “Aproximación a la problemática ética y judicial de la maternidad subrogada”, 23 *Cuadernos de Bioética*, 253, 257 (2012).

9 Margalit, Y., “In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perceptive”, 20 *William and Mary Journal of Women and Law* 423, 428 (2014).

10 Id. en 429.

esa tendencia cambió en los años siguientes, y la maternidad subrogada fue aceptada legalmente como práctica tanto en distintos lugares de los Estados Unidos y en otras partes del mundo, pese a que muchos ordenamientos consideran nulos tales contratos¹¹.

2. Análisis legal de la maternidad subrogada

2.1. La naturaleza legal de los contratos de maternidad subrogada

La formalización de la maternidad subrogada suele apoyarse en el derecho contractual. Debido a que se trata de un acuerdo entre dos partes, en el cual una de ellas se compromete a satisfacer una obligación positiva ya sea libremente (altruista) o a cambio de una prestación económica (retribuida), parece lógico que tenga que aplicarse el clásico principio de la autonomía de la voluntad. No obstante, este principio, uno de los más importantes del derecho de los contratos, posee varias limitaciones derivadas de la naturaleza del mismo derecho contractual.

2.1.1. La maternidad subrogada retribuida

Los contratos de maternidad subrogada retribuida presentan varias diferencias con respecto a otros acuerdos privados estándares (*e.g.* compraventa). En primer lugar, la parte *compradora* ostenta normalmente una posición de más poder y privilegio que la mujer que gesta el bebé¹², lo cual puede llevar a la manipulación de la primera sobre la segunda¹³. Ello es particularmente preocupante en aquellos países en vías de desarrollo, en los que la maternidad subrogada es legal y extendida¹⁴.

En segundo lugar, es relativamente común que surjan cambios respec-

11 Id.

12 Suter, S. M., "Giving in to baby markets: regulation without prohibition", 16 Michigan Journal of Gender and Law, 217, 236 nn. 93-97 (2009).

13 Walker Wilson, M. J., "Pre-commitment in free-market procreation: surrogacy, commissioned adoption, and limits on human decision making capacity", 31 *Journal of Legislative Studies*, 329, 341 (2004-05).

14 Margalit, Y., *supra nota* 8, en 431.

to de las condiciones iniciales que motivaron el contrato¹⁵. Un cambio de circunstancias puede incluir la muerte o complicaciones de salud del feto, problemas de salud de la mujer embarazada, divorcio, pérdida de la capacidad legal, etc. Estas dificultades han llevado ya a que los contratos sean inejecutables¹⁶. El caso de Baby Gammy es un buen ejemplo de la dificultad de ejecución de estos contratos: después de un diagnóstico prenatal con síndrome de Down, los padres intencionales (australianos) pidieron a la madre portadora (tailandesa) que lo abortara y que sólo gestara su hermano mellizo¹⁷. Ella lo rechazó, y los padres intencionales dejaron a Gammy con ella en Tailandia mientras se llevaron a su hermana melliza a Australia¹⁸.

2.1.2. La maternidad subrogada altruista

La maternidad subrogada altruista evita cuestiones relativas a incentivos económicos, pero sigue eludiendo un principio fundamental del derecho contractual, a saber el principio *contra bonos mores*, según el cual un contrato es nulo si vulnera el orden público. Esta noción proviene del derecho romano y se refiere a aquellos términos o cláusulas del contrato que pueden erigirse en contra del bien común (*e.g.* incentivo al crimen, obligación perjudicial de los derechos de un tercero, ofensa a la decencia o moralidad)¹⁹. Un contrato de maternidad subrogada conlleva, al menos, una de esas premisas. Sin embargo, no hay consenso acerca de si las prácticas de maternidad subrogada deberían considerarse como vulneración del orden público. Aquéllos que basan sus objeciones en este principio general del derecho se basan en que las partes tratan al niño recién nacido como una mercadería²⁰.

15 Id. *en* 436.

16 Id. *en* 437.

17 *Calls for clearer surrogacy rules after Thai Down's case*, BBC News (3 de agosto de 2014), disponible en <http://www.bbc.com/news/world-asia-28627374> (consultado por última vez el 21 de marzo de 2016).

18 Id.

19 Garner, B. A. (ed.), *Black's Law Dictionary*, West (2009).

20 Vid., *e.g.*, Ferguson, *supra* nota 3, en 906; Lascarides, D. E., "A Plea for the Enfor-

Algunos expertos legales han esgrimido que el contrato de maternidad subrogada no pertenece al grupo de contratos de compraventa sino que constituye un contrato de prestación de servicios²¹. Este enfoque toma en consideración el hecho de que una mujer gesta un bebé durante nueve meses y, en consecuencia, presta efectivamente un servicio. Pero no alcanza a aprehender el cuadro general en el cual, de hecho, un intercambio tiene también lugar. El contrato de maternidad subrogada no se basa sólo en una prestación de servicios, sino que también supone una entrega: el niño pasa a estar en manos de los padres intencionales procedente de la madre portadora.

2.2. La maternidad subrogada como parte del derecho de familia

Algunos han puesto el énfasis en la relación entre contratos de maternidad subrogada y leyes de adopción. La mayoría de estos contratos presentan una clara analogía con la adopción, ya que la *madre portadora* –la mujer que da a luz, que puede o no coincidir con su *madre genética*– da a su hijo en adopción. En este caso, la maternidad subrogada retribuida sería ilegal puesto que la intención verdadera y primaria del padre biológico y su esposa (en caso de que no sea la madre genética) es que la madre portadora renuncie a sus derechos parentales a cambio de dinero²². No obstante, aunque la analogía parezca correcta de entrada, la maternidad subrogada es esencialmente distinta a la adopción, ya que da a su hijo antes de que hubiera sido concebido. Así las cosas, las leyes internacionales de adopción prohíben que se pueda dar en adopción a un niño antes de su nacimiento²³. Por lo tanto, si la maternidad subrogada fuera catalogada bajo la adopción, iría en contra de la regulación prevista para esta última.

ceability of Gestational Surrogacy Contracts”, 35 *Hofstra Law Review* 1221, 1240 (1997).

21 Cohen, B., “Surrogate mothers: whose baby is it?”, 10 *American Journal of Law and Medicine* 243, 250 (1984).

22 *Sees c. Baber*, 74 N.J. 201, 217 (1977).

23 *Convención de La Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional* (29.05.1993), art. 4(c)(4).

Además, los procedimientos de adopción incluyen el examen previo de los padres intencionales, mientras que en el caso de la maternidad subrogada eso no suele ocurrir²⁴. Los padres naturales no pasan ningún examen para determinar su idoneidad como tales. Finalmente, muchas veces la maternidad subrogada separa intencionalmente al niño de uno o ambos padres biológicos, lo que implica una violación del derecho del niño “a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos²⁵”.

La maternidad subrogada se erige igualmente en contra de la máxima legal *mater semper certa est* (la madre es siempre conocida) que procede también del derecho romano²⁶. Este principio establece una presunción según la cual no puede existir duda acerca de la maternidad, ya que la madre es necesariamente la persona que da a luz al bebé²⁷. Ello otorga ciertos derechos a la madre portadora, basados en la presunción de que la maternidad por gestación es el más claro indicador de la maternidad biológica. Sin embargo, un contrato de maternidad subrogada puede conllevar que el niño pertenece genéticamente a una madre distinta de aquella que ha dado a luz, o bien que la sustituta es tanto donante de gametos como portadora, rompiendo así el antes mencionado principio, y poniendo a ambas madres en una situación difícil en relación con el derecho. Una vez se rompe la relación genética, la ley no alcanza a proteger completamente ni a la madre portadora ni a la genética, sino que sus derechos dejan de estar sujetos a una presunción legal y pasan a tener que *crearse* por una legislación o decisión judicial.

Este principio es tan fuerte que algunas jurisdicciones han decidido que los contratos de maternidad subrogada tradicional no sean ejecutables. En esta línea, hay jurisprudencia que afirma el principio de que la madre

24 Vid. Julie Shapiro, J.D., *Qualifying for Parenthood*, Related Topics Blog, <https://julieshapiro.wordpress.com/2011/08/21/qualifying-for-parenthood/> (consultado por última vez el 21 de marzo de 2016).

25 Id.

26 K. Zweigert & K. Drobniq, eds., *International Encyclopedia of Comparative Law* 28 (1991).

27 Id.

es siempre conocida hasta el punto de que no permiten que la misma pueda comprometerse a dar al niño hasta que éste haya nacido²⁸. Algunos expertos han reconocido que no es conforme a derecho el obligar a la madre a entregar a su hijo sólo por el hecho de que se comprometió a hacerlo antes de dar a luz, ya que, en el caso de la maternidad subrogada tradicional, la madre portadora o biológica es también la madre genética del niño²⁹. La cuestión es menos clara cuando la mujer que da a luz no es la madre genética, como es el caso de la maternidad subrogada únicamente por gestación. Los legisladores normalmente no quieren posicionarse en este punto y dejan la decisión a los tribunales³⁰.

2.3. Implicaciones para los derechos humanos

Tal y como se ha señalado previamente, no hay tratados internacionales ni convenciones que traten directamente sobre la maternidad subrogada. Sin embargo, sí hay algunos textos que se refieren a derechos humanos que están estrechamente relacionados con las prácticas de maternidad subrogada.

2.3.1. Derecho a adquirir una nacionalidad, a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos y a la preservación de la identidad

La Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas dice explícitamente que cada niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a los padres y ser cuidado por ellos³¹,

28 *Surrogate Parenting Association c. Commonwealth of Kentucky ex rel. Armstrong*, 704 S.W.2d 209, 213 (1986).

29 Stark, B., “Transnational Surrogacy and International Human Rights Law”, 18 *ILSA Journal of International and Comparative Law* 369, 374 (2012).

30 Vid., e.g., Mary L. Shanley, *Making babies, making families: what matters most in an age of reproductive technologies, surrogacy, adoption, and same sex and unwed parents* 111 (2001); Debora L. Spar, *The baby business: how money, science, and politics drive the commerce of conception* 85 (2006).

31 *Convención de los derechos del niño*, art. 7(1), abierta para la firma el 20 de noviembre de 1989, 1577 U.N.T.S. 3.

así como a preservar su identidad³². La Convención también afirma que:

... [l]os Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma...³³

y establece una cláusula general según la cual los Estados asegurarán los derechos de la Convención a cada niño independientemente, entre otros, de los impedimentos físicos o del nacimiento³⁴.

En el caso de la maternidad subrogada retribuida, el Consejo de Europa redactó el *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina*, el cual fue ratificado por 29 Estados. Conocido como el *Convenio de Oviedo*, prohíbe el uso del cuerpo humano para obtener beneficios económicos³⁵. No obstante, incluso la maternidad subrogada altruista plantea serios problemas graves en relación con los derechos del niño, en la medida de lo posible, a conocer a los padres y ser cuidado por ellos³⁶, así como a preservar su identidad³⁷.

Los niños nacidos a través de la maternidad subrogada, especialmente la maternidad subrogada internacional, corren un alto riesgo de ver estos derechos vulnerados. El caso de *Baby Manji* ilustra algunos de estos riesgos. Una pareja japonesa había acordado con una mujer india para que ésta fuera madre portadora con el esperma del hombre y óvulos

32 Id. art. 8(1).

33 Id. art. 35.

34 Id. art. 2(1).

35 El Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina: *Convenio sobre derechos humanos y biomedicina* (Convención de Oviedo) art. 21, abierto para la firma el 21.04.1977, C.E.T.S. 164.

36 *Convención de los derechos del niño*, supra nota 30, art. 7(1).

37 Id. art. 8(1).

donados³⁸. Pero sus padres intencionales se separaron antes del nacimiento del bebé³⁹. La madre intencional, la cual no estaba genéticamente relacionada con la recién nacida, no tenía ningún interés en ella⁴⁰. No obstante, el padre intencional –y genético– quería hacerse cargo de ella⁴¹. Así pues, la neonata se encontró que tenía tres madres distintas (la madre intencional, la madre portadora y la madre genética, donante de óvulos) y una nacionalidad indeterminada⁴². Según el derecho internacional, un niño tiene el derecho a una nacionalidad⁴³, lo cual le proporciona protección legal. Los acuerdos internacionales de maternidad subrogada, unidos a la precariedad de los registros o la anonimidad de los donantes, pueden llevar a la violación de este derecho.

Otros casos demuestran que hay problemas que pueden aparecer durante el embarazo y después del nacimiento, hasta el punto de que pueden menoscabar los derechos más fundamentales del niño, como la prohibición de discriminación establecida en el artículo 2.1 de la Convención de los Derechos del Niño⁴⁴. Tal y como se ha explicado anteriormente, el caso de Baby Gammy es un ejemplo de ello, ya que los padres intencionales pidieron a la madre portadora que abortara a uno de los mellizos cuando fue diagnosticado con síndrome de Down⁴⁵. La pareja dejó al niño discapacitado, Gammy, el cual padecía también otras enfermedades, con la madre

38 Venkatesan, J., *SC grants custody of Manji to grandmother*, The Hindu Newspaper, 15 de agosto de 2008, <http://www.thehindu.com/todays-paper/tp-national/sc-grants-custody-of-manji-tograndmother/article1316830.ece> (consultado por última vez el 21 de marzo de 2016).

39 Id.

40 Id.

41 Id.

42 Points, K., *The Kenan Institute for Ethics at Duke University*, “Commercial surrogacy and fertility tourism in India: the case of Baby Manji” (2009), en 2.

43 *Convención de los derechos del niño*, supra nota 30, art. 8(1).

44 Id. art. 2(1).

45 Id.

portadora en Tailandia, pero se llevaron a su hermana melliza sana⁴⁶.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye un artículo íntegramente dedicado a los derechos del niño, el cual establece previsiones similares a las de la Convención de los Derechos del Niño relacionadas con la no discriminación, el registro del nacimiento y el derecho a la nacionalidad⁴⁷. Más allá de los tratados, el derecho consuetudinario integra también el cuerpo de derecho internacional vinculante. La maternidad subrogada, especialmente la retribuida, plantea un gran problema en relación con las normas imperativas del derecho internacional, también conocidas como *ius cogens*⁴⁸. La esclavitud y la trata de personas están prohibidas según estas normas⁴⁹, pero no hay consenso en si la maternidad subrogada se incluye en dicha prohibición. Está claro que algunos elementos de esta práctica comparten importantes conexiones con esas dos categorías, aunque la maternidad subrogada no las incluye todas, porque la intención de las partes es la de que el niño sea criado y educado en el seno de una familia⁵⁰.

En relación con la trata de personas, la Convención de los Derechos del Niño prohíbe la venta de niños⁵¹, y su Protocolo Facultativo define esa venta como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de re-

46 Id.

47 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 24, abierto para la firma el 19 de diciembre de 1966, 999 U.N.T.S. 171.

48 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 53, abierto para la firma el 23.05.1969, 1155 U.N.T.S. 331.

49 *Convención sobre la esclavitud*, abierto para la firma el 25.09.1926, 212 U.N.T.S. 17; Protocolo, abierto para la firma el 07.12.1953, 182 U.N.T.S. 51; Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos, e instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, abierto para la firma el 07.09.1956, 226 U.N.T.S. 3 [en adelante Convención suplementaria sobre la esclavitud].

50 *Convención suplementaria sobre la esclavitud*, supra nota 48, art. 1(d).

51 *Convención de los derechos del niño*, supra nota 30, art. 35.

muneración o de cualquier otra retribución⁵²”. Esta definición no pertenece al cuerpo de *ius cogens* ni se integra tampoco en la parte principal del derecho internacional de los derechos humanos. No obstante, los operadores jurídicos no pueden ignorarlo, porque proporciona un marco según el cual los actores internacionales han interpretado la venta de niños.

2.3.2. No existe el “derecho al hijo” en derecho internacional

El derecho internacional no contempla el derecho a tener un hijo. Algunas leyes apoyan la tesis de que existe un derecho a cuidar y educar al hijo que ya ha nacido⁵³ pero eso no incluiría un hipotético derecho *a concebir* o *a traer al mundo* a un nuevo ser humano⁵⁴. El derecho internacional menciona el derecho a casarse y a formar una familia⁵⁵, pero ello se entiende como libertad de la intervención del Estado en la reproducción⁵⁶. El derecho más próximo al de tener un hijo que existe en derecho internacional está en la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, y se trata del mantenimiento de la fertilidad en igualdad de condiciones con los demás, pero no es un *derecho al hijo*⁵⁷.

La *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* establece que los Estados Parte asegurarán los “derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos⁵⁸”. Ello

52 *Protocolo Facultativo a la Convención de los derechos del niño*, art. 2(a), abierto para la firma el 25 de mayo de 2000, 2173 U.N.T.S. 222 [en adelante *Protocolo Facultativo CDN*].

53 Stark, B., “The Women’s Convention, Reproductive Rights, and the Reproduction of Gender”, 18 *Duke Journal of Gender Law & Policy* 261, 274-78 (2011).

54 Stark, *supra* nota 28, en 372

55 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, *supra* nota 46, art. 23.

56 Stark, *supra* nota 28, en 372.

57 *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, art. 23(1)(d), abierto para la firma el 30 de marzo de 2007, 46 I.L.M. 433.

58 *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mu-*

constituye un reconocimiento de la libertad de las mujeres para decidir *cuándo* y *cuántos* hijos quieren tener, pero no es un *derecho a tener hijos*.

3. Panorama de las leyes sobre maternidad subrogada

3.1. Jurisdicciones nacionales

La mayoría de países no tienen ni leyes ni jurisprudencia sobre maternidad subrogada. Entre los que sí han regulado la cuestión, algunos permiten tanto la altruista como la remunerada, como India y Rusia, mientras que otros sólo permiten la altruista, como Brasil, Países Bajos o Reino Unido. También hay naciones que prohíben ambos tipos, como Francia o Alemania. Y, por último, existen también países que tienen una regulación descentralizada, como Australia o Canadá.

El caso más complejo es probablemente el de Estados Unidos. Según la *Full Faith and Credit Clause* de la Constitución, cada Estado debe respetar “the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State⁵⁹”. No obstante, existe una excepción para el derecho de familia, basada en el orden público, a través de la cual los Estados no pueden dar pleno reconocimiento y crédito (“full faith and credit”) a aquellas decisiones que no están en consonancia con el orden público⁶⁰. Esto significa que los Estados no están obligados a reconocer ninguna decisión de ningún otro Estado que tenga relación con la maternidad subrogada. Cada Estado tiene su propio enfoque en relación con esta cuestión, muchas veces un enfoque que es muy distinto de los demás. Hay Estados que la prohíben explícitamente, como Nueva York o Michigan, Estados que sólo permiten la altruista, como Nueva Jersey o Virginia, y Estados que permiten ambas, como California, Florida o Texas. También hay Estados que tienen una

jer, art. 16.1(e), abierta para la firma el 18 de diciembre de 1979, 1249 U.N.T.S. 13 [en adelante CEDAW, sus siglas en inglés]. Algunos Estados Parte han introducido reservas hacia este artículo. Además, otros países no han ratificado la Convención, como Estados Unidos, Irán o Sudán.

59 *Constitución de los Estados Unidos de América*, art. IV, §1.

60 Ellman, I. M., et al., *Family Law: Cases, Text, Problems* 175 (5ª ed. 2010).

regulación débil, ya sea estatutaria o jurisprudencial, y que por lo tanto pueden aún bascular en relación con su permisividad o prohibición, como Massachusetts, Pennsylvania o Wisconsin.

3.2. Mecanismos regionales

3.2.1. Europa

El marco legal de la Unión Europea (UE) no regula directamente la maternidad subrogada⁶¹. Algunos autores opinan que es posible construir un *derecho a reproducirse* alrededor de los artículos 7 y 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁶². Sin embargo, dicha interpretación no se deduce del redactado de la Carta⁶³. Además, la misma Carta prohíbe convertir el cuerpo humano y sus partes en fuente para el beneficio económico⁶⁴.

El Tribunal de Justicia de la UE no ha dictado ninguna sentencia que tenga la maternidad subrogada como cuestión principal. El tema está presente en algunas decisiones, pero en todas ellas en un lugar secundario. Sin embargo, en una de ellas el Tribunal afirmó que una mujer que tiene un hijo a través de la maternidad subrogada no ha sufrido discriminación en el caso de que no se le otorguen los beneficios propios de la baja de maternidad o adopción⁶⁵.

Mientras tanto, en el marco del Consejo de Europa, el Tribunal

61 *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, European Parliament (2013), supra nota 11, p. 140.

62 Id. p. 141.

63 Millns, S., "Reproducing inequalities; assisted conception at the challenge of legal pluralism", 24:19 *Journal of Social Welfare and Family Law* 19, 32 (2002); *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, arts. 7 y 9, 7 de diciembre de 2000 [en adelante *Carta de derechos fundamentales*] (reconociendo el derecho a la privacidad y el derecho a casarse y a formar una familia).

64 *Carta de derechos fundamentales*, supra nota 62, en 3.2.

65 *Z c. A Government Department and the Board of Management of a Community School*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-363/12, 18 de marzo del 2014, §§48, 62-65, 68.

Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la maternidad subrogada. El Tribunal ha reconocido que, puesto que no hay una ley europea en esta cuestión, los Estados gozan de un amplio margen de apreciación, pero también afirmó que tal margen es relativo a las circunstancias⁶⁶. En ese caso, una pareja con dos hijos nacidos vía maternidad subrogada en los Estados Unidos alegaron que el hecho de que Francia no los reconociera como hijos suyos violaba su derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos)⁶⁷. El Gobierno francés otorgó efecto a los documentos de Estados Unidos para que se permitiera a los niños de quedarse con sus padres intencionales, pero rechazó registrarlos como ciudadanos franceses o en los registros de nacimiento de Francia⁶⁸.

El TEDH concluyó que el derecho de los padres al respeto a la vida privada y familiar no había sido violado⁶⁹. Sin embargo, sí encontró que los derechos del artículo 8 *de los niños* habían sido violados, ya que la falta de padres legales ponía en cuestión otros derechos, como el de ciudadanía o de herencia, pese a ser los hijos biológicos de los maridos en los matrimonios⁷⁰. Según el Tribunal, el hecho de que la identidad de los hijos estuviera en juego justificó la reducción del margen de apreciación⁷¹. Esto significa que el Tribunal no tiene un criterio específico a la hora de abordar la maternidad subrogada, sino que aplica la doctrina del margen de apreciación de una forma flexible.

Además, el TEDH ha dictado recientemente una sentencia en *Paradiso y Campanelli c. Italia*, en el cual este último fue condenado en razón del artículo 8 del Convenio⁷². Un niño nació en Rusia siguiendo un procedi-

66 *Mennesson v. France*, no. 65941/11 §§75-80, Tribunal Europeo de Derechos Humanos [en adelante TEDH], 24 de junio de 2014.

67 Id. §43.

68 Id. §71.

69 Id. §§91-94.

70 Id. §§96-101.

71 Id. §80.

72 *Paradiso and Campanelli v. Italy*, nº 25358/12, §§86-87, TEDH, 27 de enero de 2015.

miento de gestación subrogada y fue registrado en ese país como hijo de sus padres intencionales, ambos italianos. No obstante, al hijo no se le permitió el registro en Italia a causa de información falsa contenida en el certificado de nacimiento⁷³. Según la ley italiana, el niño se consideraba abandonado, porque sus padres intencionales no se podían calificar como tales según este marco legal⁷⁴. Así pues, las autoridades italianas sustrajeron el hijo a los demandantes y lo pusieron bajo custodia⁷⁵.

Según el Tribunal, las autoridades italianas no habían preservado el equilibrio necesario entre las leyes italianas en adopción internacional y maternidad subrogada y, a su vez, los intereses del niño. Específicamente, el Tribunal concluyó que el mejor interés del niño es más importante que las previsiones de esas leyes⁷⁶. Esta sentencia no fija pues un análisis legal en la cuestión de la maternidad subrogada, sino que sólo determina una violación de un artículo del Convenio una vez el procedimiento de gestación subrogada ya había tenido lugar.

También en el ámbito del Consejo de Europa, su Asamblea Parlamentaria está llevando a cabo acciones en relación con la cuestión de la maternidad subrogada. Después de años de trabajo y debate, el Comité de Asuntos Sociales ha rechazado un informe preparado por la Dra. Petra de Sutter –la cual trabaja en la industria de la maternidad subrogada y fue nombrada Relatora sobre esta cuestión–⁷⁷ que recomendaba la permisión de la maternidad subrogada entre los 47 Estados miembro del Consejo de Europa⁷⁸.

3.2.2. América y África

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos no ha tratado ningún caso relacionado con la maternidad subrogada. Este órgano de la

73 Id.

74 Id.

75 Id.

76 Id. §75.

77 APCE AS/Inf (2015) 10, en 26.

78 *Vid. APCE, Human rights and ethical issues related to surrogacy*, AS/Soc (2016) 05rev.

Organización de Estados Americanos no ha dictado ninguna sentencia en ese terreno por el momento⁷⁹. Del mismo modo, la recientemente creada Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos tampoco se ha pronunciado en ningún documento sobre esta cuestión⁸⁰.

3.3. Mecanismos internacionales

3.3.1. El sistema de tratados sobre derechos humanos de la ONU

La maternidad subrogada aparece sólo una vez en el contexto de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas y lo hace en el contexto de un informe del Comité de Derechos del Niño sobre la situación de los *derechos de maternidad subrogada* en Estados Unidos. La referencia es meramente incidental: el Comité se refirió a la necesidad de que Estados Unidos prestara atención a aquellas prácticas relativas a la venta de niños, estando especialmente atento con los *costes razonables* que los contratos de maternidad subrogada llevan consigo⁸¹.

3.3.2. La Conferencia de La Haya de derecho internacional privado

Algunos han defendido la necesidad de redactar una convención internacional sobre maternidad subrogada con el fin de regular los contratos internacionales. Argumentan que los problemas reales no se derivan propiamente de los contratos sino de la falta de protección asociada con algunas de sus consecuencias. La regulación que proponen se basa en la

79 Puede accederse a la base de datos de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos en <http://www.bjdh.org.mx/BJDH/>.

80 Puede accederse a la base de datos de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en <http://africancourt.org/en/index.php/2012-03-04-06-06-00/all-cases-and-decisions>.

81 Observaciones finales del segundo informe periódico de los EE.UU., presentado bajo el artículo 12 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, adoptado por el Comité en su 62ª sesión, 2 de julio de 2013, nº 30 (b), CRC/C/OPSC/USA/CO/2.

regulación de la industria de la maternidad subrogada⁸². No obstante, algunos riesgos son intrínsecos a la misma naturaleza del contrato. La única manera de evitarlos es no concluir tal contrato⁸³. Además, estos riesgos guardan una fuerte conexión con serias violaciones de derechos humanos.

La Conferencia de La Haya de derecho internacional privado está trabajando en un proyecto de instrumento multilateral en maternidad subrogada internacional⁸⁴. Desde 2011, la Oficina Permanente de la Conferencia busca intensificar el trabajo en esta materia⁸⁵, y la misma recomendó al Consejo de Asunto Generales y Política de convocar a un Grupo de Expertos para explorar la viabilidad del proyecto⁸⁶. En febrero de 2016, se presentó un informe que afirmaba que no se podían sacar conclusiones y se debía seguir trabajando para la armonización internacional en esta materia⁸⁷.

No obstante, la Conferencia de La Haya busca desarrollar e implementar reglas comunes de derecho internacional privado⁸⁸. Su rol no

82 Hale, B., "Regulation of International Surrogacy Arrangements: do we regulate the market, or fix the real problems?", 36 *Suffolk Transnational Law Review* 501, 506 (2013).

83 Cohen, G., *Patients With Passports: Medical Tourism, Law, And Ethics* (2014) 376-77.

84 Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, *The private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements (Mandate)*, disponible en http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=179 (consultado por última vez el 21 de marzo de 2016).

85 Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, *Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, 5-7 abril 2011.

86 Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, *The desirability and feasibility of further work on the Parentage / Surrogacy Project*, Doc. prel. n° 3 B, de marzo de 2014.

87 Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, *Report of the February 2016 Meeting of the Experts' Group on Parentage / Surrogacy*, Doc. prel. n° 3, de febrero de 2016.

88 Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, *Vision, Mission, Strengths*

consiste en ponderar cuestiones de derechos humanos, sino en armonizar distintas legislaciones nacionales. No analiza, por tanto, su compatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Eso significa que es posible que la Conferencia pueda presentar provisiones legales contrarias a uno o más derechos humanos reconocidos internacionalmente.

4. Conclusiones

Tanto la maternidad subrogada altruista como remunerada plantean serios problemas en relación con las normas existentes del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente cuando se confrontan con las normas del *ius cogens*. Los contratos de maternidad subrogada que se concluyen hoy en día no sólo parecen ignorar estas normas básicas, sino que también plantean problemas y contradicciones con instrumentos de derechos humanos ya establecidos. Ello subraya las incompatibilidades fundamentales de la maternidad subrogada con el principio de dignidad humana, y la necesidad de establecer claros principios rectores para abordar esta cuestión en los planos nacional e internacional.

La dimensión global de la maternidad subrogada, así como la creciente práctica de los contratos en los que se mezclan legislaciones de varios Estados, hace crecer la necesidad de la colaboración regional e internacional y el desarrollo de principios que orienten normas legales. Los principios establecidos en los instrumentos de derechos humanos nacionales e internacionales, surgiendo de la centralidad de la dignidad humana, necesitan informar y guiar el desarrollo de derecho contractual y de familia.

Los padres que luchan contra la infertilidad necesitan cuidado y apoyo, pero la práctica de la maternidad subrogada no es un medio apropiado para proporcionárselo, habida cuenta de que no se respeta la dignidad humana del niño ni de la madre portadora. La cantidad de problemas que han surgido de las disputas alrededor de los contratos de maternidad

subrogada señalan al problema fundamental de maternidad subrogada: convertir el cuerpo humano en el sujeto o medio de un contrato trata al ser humano como un objeto. Además, las mujeres tampoco deben ser reducidas sólo a sus capacidades reproductivas a través de acuerdos que funcionan prácticamente como contratos de alquiler para sus órganos. El potencial para la explotación, como sucede con el turismo de maternidad subrogada, es también alto, y en consecuencia una seria preocupación. Tal y como algunos grupos feministas han señalado, la maternidad subrogada es análoga al tráfico de personas, vulnera tanto los derechos de las mujeres y de los niños y pone en riesgo su salud física y mental⁸⁹. Por estos motivos, deben fomentarse las alternativas que respeten la dignidad de todos, para así poder ayudar a las parejas que luchan contra la infertilidad. Para aquellos que tienen condiciones de salud que dificultan los tratamientos médicos exitosos, la adopción es una solución que favorece tanto al niño en necesidad como a los futuros padres. Esas soluciones no son una panacea para la infertilidad, pero evitan los peligros de la maternidad subrogada.

89 Vid., e.g., European Women's Lobby, Stop Surrogacy Now, 13 mayo 2015.

Sistemas de garantías de los derechos fundamentales y protección multinivel en Europa

María Olaya Godoy Vázquez

Letrada ejerciente del Iltre. Colegio de Abogados de Vigo (España)

Profesora Asociada, Universidad de Alcalá (España)

Doctora en Derecho, Universidad de Vigo (España)

Resumen: El presente trabajo pretende exponer los mecanismos de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales en el marco regional europeo empleando para ello dos hilos conductores: la evolución de las Instituciones de la Unión Europea hacia un reconocimiento cada vez más extenso e intenso de los derechos fundamentales y el diálogo entre los Altos Tribunales.

Palabras clave: Comunidad de Derecho; Derechos fundamentales; Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE); Diálogo jurisdiccional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH); Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ); Protección multinivel.

Abstract: This paper aims to clarify the mechanisms of recognition and guarantee of fundamental rights in the field of European institutions through two main argumentative lines: the evolution of the institutions of the European Union towards an increasingly widespread and intense recognition of fundamental rights and the dialogue between the different High Courts.

Keywords: Community of right; Fundamental rights; European Convention of Human Rights (ECHR); Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU); Dialogue between European Courts, European Court of Human Rights (ECHR); Court of Justice of the European Union (CJEU); Multilevel protection.

Sumario

1. Consideraciones previas
2. Sistemas europeos de garantía de los derechos fundamentales: fuentes, etapas de reconocimiento e influencias recíprocas
 - 2.1. Etapas iniciales: del rechazo por el TJ a un reconocimiento expreso de los Derechos fundamentales, a su aceptación como Principios Generales del Derecho comunitario
 - 2.2. Etapa intermedia: diálogo jurisdiccional entre Altos Tribunales
 - 2.3. Etapa final: configuración del sistema de protección de Derechos fundamentales propio de la UE
3. Cuestionamiento por el TJ de la tutela multinivel de los derechos fundamentales en la UE
4. Síntesis conclusiva
5. Bibliografía

1. Consideraciones previas

El objetivo del presente estudio es realizar una aproximación a los mecanismos de reconocimiento y garantía de los Derechos fundamentales en el ámbito europeo desde una doble perspectiva: la evolución que han presentado las Instituciones de la actual Unión Europea hacia un reconocimiento cada vez más extenso e intenso de los Derechos fundamentales; y el diálogo que de forma progresiva se ha entablado entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y entre éstos y los respectivos Tribunales Constitucionales de los distintos Estados.

Con carácter previo procede recordar que la protección de los Derechos fundamentales en el ámbito europeo no tiene su origen en un sistema perfectamente definido sino que, como señala el Profesor TENORIO¹, “es un precipitado histórico conformado por dos impulsos parciales: el *Convenio*

1 Tenorio Sánchez, P. (2013:73).

Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950) y la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Niza, 2000)". Por tanto, sólo a partir de las construcciones jurídicas analógicas llevadas a cabo por la doctrina y la jurisprudencia se puede hablar de "sistemas" de garantía de los Derechos fundamentales en el marco regional europeo. En consonancia con lo expuesto cabe afirmar que, actualmente, coexisten en Europa dos sistemas de protección de los Derechos fundamentales: el del Consejo de Europa (CE) y el de la Unión Europea (UE). Entre ambos sistemas se aprecian influencias mutuas y recíprocas² a través de sus respectivos órganos de garantía: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ). La tensión que en ocasiones se ha apreciado entre estos dos Altos Tribunales ha hecho que la doctrina subraye la importancia del llamado "diálogo entre tribunales" en el proceso de formación del Derecho europeo y, en especial, en la consolidación de sus mecanismos de protección de los Derechos fundamentales³.

2. Sistemas europeos de garantía de los derechos fundamentales: fuentes, etapas de reconocimiento e influencias recíprocas

De los dos sistemas de protección de Derechos fundamentales que coexisten en el viejo continente, el del CE parte de una fuente muy clara: el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*⁴ (CEDH), y sus *Protocolos*.

2 Bustos Gisbert, R. (2009: 147-168); Chueca, A. (1999), que analiza las relaciones entre CEDH y Unión Europea: por una parte, desde la perspectiva del CEDH, en las pp. 241 y ss, y por otra, desde la perspectiva de la Unión Europea, pp. 263 y ss; y Rodríguez Iglesias, G. C., y Valle Gálvez, A. (1997: 329-376).

3 En sentido crítico v. Vergottini, G. (2010).

4 El CEDH es un texto con más de cincuenta años que contiene los Derechos más elementales de la persona, básicamente Derechos de autonomía. Los Protocolos adicionales contienen Derechos democráticos, como el Derecho a las elecciones libres; Derechos económicos, como el Derecho a la propiedad; Derechos sociales, como el Derecho a la educación; y también Derechos procesales, como el Derecho de doble instancia en la jurisdicción penal. Tres rasgos son de destacar en el sistema

El sistema de protección de Derechos fundamentales de la UE resulta, en comparación, mucho más complejo en cuanto a sus fuentes. Así, destacan en primer lugar, el elenco de Derechos fundamentales plasmados en la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (CDFUE); en segundo lugar, los Derechos humanos proclamados en el CEDH, de conformidad con el art. 6.2 del *Tratado de la Unión Europea*; en tercer lugar, los Derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales de los Estados miembro de la UE, de acuerdo con el art. 6.3 del *Tratado de la Unión Europea*; y, en cuarto lugar, los Derechos fundamentales que han sido recogidos como disposiciones de los Tratados de la UE.

Asimismo es importante señalar que el sistema de protección de Derechos fundamentales de la UE es el resultado de una evolución y conformación por etapas sucesivas, puesto que si bien el Derecho de las Comunidades Europeas siempre tuvo como presupuesto⁵ que los Estados miembro fuesen democráticos, nunca tuvo como objeto explícito directo, ni el reconocimiento de los Derechos fundamentales⁶, ni su enumeración en un catálogo⁷. Los Derechos fundamentales fueron, por tanto, reco-

del CE que lo abren al diálogo: el TEDH, como intérprete del CEDH, considera que el mismo debe interpretarse como un “instrumento vivo” y sus sentencias producen efecto más allá de las partes en conflicto, lo que se llama el efecto de “cosa interpretada”. RIPOLL CARULLA, S. (2009:59 y ss).

5 Tenorio Sánchez, P. (2013:80-83).

6 Todos los Estados miembro del Consejo de Europa están obligados a reconocer “el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los Derechos humanos y de las libertades fundamentales” (Art. 3 del Estatuto del Consejo de Europa). Ahora bien, la democracia postulada carecía de un contenido explícito a priori, por ausencia de Derechos fundamentales tipificados en el Derecho comunitario. No existía un sistema articulado y completo de Derechos fundamentales de la persona y de la ciudadanía. MANGAS MARTÍN, A. (2006:553-584).

7 Algunos autores han señalado que las hipótesis barajadas para explicar la ausencia de declaración de Derechos en los tratados iniciales han sido: el buen resultado que había dado la CECA sin declaración de Derechos, el recelo de los Estados, o

nocidos de forma muy paulatina tanto por el TJ como por el Derecho originario, pudiendo distinguirse cuatro etapas muy diferenciadas en este devenir⁸. En la primera, se aprecia un cierto rechazo del reconocimiento de los Derechos fundamentales por parte del TJ. En la segunda, el TJ los acepta como Principios Generales del Derecho comunitario. En la tercera se observa una internacionalización de las fuentes, un progresivo reconocimiento de los Derechos fundamentales por parte del Derecho originario y se inicia el diálogo entre el TJ y el TEDH. Y en la cuarta, se consolida la aplicación de la CDFUE y adquiere firmeza la configuración del sistema de garantías propio de la UE.

2.1. Etapas iniciales: del rechazo por el TJ a un reconocimiento expreso de los Derechos fundamentales, a su aceptación como Principios Generales del Derecho comunitario

Como ya se ha apuntado, en la conformación del sistema de protección de los Derechos fundamentales de la UE se observa una primera fase de rechazo a su reconocimiento por el TJ, que se argumentó invocando la prevalencia del Derecho comunitario sobre todas las normas nacionales, incluyendo, por tanto, las que reconocen y proclaman los Derechos fundamentales (Sentencias del TJ de 4 de febrero de 1959, *Friedrich Stork v. Alta Autoridad CECA*⁹, y de 15 de julio de 1960, *Comptoirs de Vente de la Ruhr v. Alta Autoridad CECA*¹⁰). Cabe destacar que en esta época los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no se pronunciaban acerca de los Derechos fundamentales y, por ello, esta resistencia, rechazo

simplemente que no estuvo en la mente de los fundadores. En la introducción a su libro Alonso García, R. y Sarmiento, D. (2006:18 y ss).

8 Ofrecen una periodificación Gómez Sánchez, Y. (2012:92 y ss.), distinguiendo entre la elaboración de los Tratados, el Acta Única, el Tratado de la Unión Europea y la aprobación de la CDFUE; y Mezzetti, L. (2013:98 y ss.), que distingue tres fases en la actitud del TJ (rechazo, aceptación, e internacionalización) y analiza a continuación la incorporación de los Derechos fundamentales al Derecho originario.

9 Causa 1/58.

10 Causas 36-38 y 40/59.

u oposición del TJ debe interpretarse no hacia los Derechos fundamentales en sí mismos, sino hacia que éstos pudiesen ser esgrimidos por las autoridades nacionales para negar la primacía del Derecho comunitario.

La opción escogida por el TJ para suplir este silencio que en materia de Derechos fundamentales guardaban los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, fue la de acogerlos por la vía de su incorporación a los Principios Generales del Derecho comunitario. Con la Sentencia del TJ de 12 de noviembre de 1969, *Stauder v. Ciudad de Ulm*¹¹ se inició la incorporación de los Derechos fundamentales a los Principios Generales del Derecho comunitario que el propio TJ debía garantizar¹².

Solventado este escollo se planteó la necesidad de concretar el elenco de Derechos fundamentales optando el TJ, inicialmente, por la vía de asumir como tales los principios fundamentales de los ordenamientos nacionales y las tradiciones constitucionales comunes. Así, en la Sentencia del TJ de 17 de diciembre de 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*¹³ se incluyó de modo explícito la tutela de los Derechos fundamentales como parte integrante de los Principios Generales del Derecho comunitario cuya protección está garantizada por el TJ, al estar inspirada en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembro, y en el marco, en la estructura y en el ámbito de los objetivos de la Comunidad.

La vía escogida fue criticada por los Tribunales Constitucionales (TTCC) de algunos Estados miembro que cuestionaron la suficiencia de este mecanismo para garantizar los Derechos fundamentales en el ámbito de las Comunidades Europeas. Los TTCC encontraron aquí un baluarte para salvaguardar la soberanía nacional que permitiría a los Estados reservarse la posibilidad de no aplicar el Derecho comunitario en los casos en que no respetase los Derechos fundamentales proclamados en sus respectivas Constituciones. (TC italiano, Sentencia asunto *Frontini*, de 27 de diciembre

11 Causa 29/69.

12 Arnulf, A. (2006:286), señala que el punto inicial y fundamental del proceso de reconocimiento de los Derechos fundamentales es la Sentencia del TJ asunto Stauder.

En la misma línea Hermida Del Llano, C. (2005:131); y Castillo Daudí, M. (2005:125).

13 Causa 11/70.

de 1973 y TCF alemán, Sentencia asunto *Solange I*, de 20 de mayo de 1974). Aunque en la praxis jurisprudencial estas reservas apuntadas por los TTCC no comprometiesen ni la primacía ni el efecto directo del Derecho comunitario, si abrieron una brecha muy bien argumentada que obligó a las Comunidades Europeas a avanzar en el reconocimiento de los Derechos fundamentales para neutralizar un posible obstáculo en el proceso de construcción de una Europa unida¹⁴.

2.2. Etapa intermedia: diálogo jurisdiccional entre Altos Tribunales

2.2.1. Internacionalización de las fuentes e inicio del diálogo jurisdiccional: el TJ como receptor del diálogo con el TEDH

Ante la situación de conflicto teórico planteada por los TTCC alemán e italiano el TJ prosiguió la búsqueda de una fuente para catalogar los Derechos fundamentales en el ámbito de las Comunidades Europeas y asumió como parámetro de referencia el CEDH¹⁵. Este desarrollo se concibe en la Sentencia del TJ de 14 de mayo de 1974, *Nold v. Comisión de las Comunidades Europeas*¹⁶ y se concreta en otros pronunciamientos posteriores. Así, en la STJ de 28 de octubre de 1975, asunto *Rutili*¹⁷, y en la Sentencia del TJ de 13 de diciembre de 1979, asunto *Hauer*¹⁸, el CEDH se convirtió definitivamente en fuente de Derechos fundamentales en el ámbito de las Comunidades Europeas.

14 Tenorio Sánchez, P. (2013:81).

15 En el memorándum de la Comisión de 4 de abril de 1979 sobre los Derechos fundamentales en la creación y aplicación del Derecho comunitario, que fue elaborado a raíz de la decisión *Solange I*, la Comisión se inclinaba por el mantenimiento del sistema de protección jurisprudencial de los Derechos fundamentales pero planteó dos soluciones al asunto: la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo de Derechos Humanos, o la elaboración de un catálogo de Derechos fundamentales. (*Informe sobre los Derechos Fundamentales en la creación y aplicación del Derecho comunitario*, 4 de febrero de 1976).

16 Causa 4/73.

17 Causa 36/75.

18 Causa 44/79.

Al tiempo que el TJ reconoce la aplicación del CEDH en el ámbito de las Comunidades Europeas se convierte en receptor de la interpretación que del mismo hace el TEDH¹⁹. Por primera vez, un Alto Tribunal en su orden (TJ), que impone sin discusión sus sentencias, se aviene a seguir la jurisprudencia de otro Tribunal que, aunque también es Supremo en su orden (TEDH), estaba encontrando grandes dificultades para que los Estados europeos acatasen sus resoluciones²⁰.

A partir de este momento, el TJ invocará la jurisprudencia del TEDH tanto frente a la actuación de la Comisión como frente a la actuación de los Estados miembro²¹. Esto puede observarse de forma evidente en el ámbito de la libertad de expresión. Así, el TJ frente a la Comisión, adoptó una interpretación próxima a la del TEDH en su Sentencia de 6 de marzo

19 En cualquier obra acerca de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia podemos constatar que los Derechos después reconocidos en la CDFUE venían recibiendo la influencia de las Sentencias del TEDH. Por todos v. Alonso García, R., y Sarmiento, D. (2006).

20 La doctrina jurisprudencial de las dos últimas décadas viene aceptando que las sentencias del TEDH carecen en España de efecto anulatorio, esto es, no privan de validez al acto interno causante de la vulneración del Convenio y que las referidas sentencias tienen carácter declarativo, careciendo de la eficacia ejecutiva propia de una sentencia genuina. La Sentencia básica es STC 245/1991, de 16 de diciembre, en el caso Bultó. Ahora bien, en la Recomendación (2000) del Comité de Ministros, de 19 de enero de 2009, se solicita a los Estados firmantes del Convenio adoptar medidas legislativas que consientan y regulen fórmulas de reapertura de los procedimientos internos ante una Sentencia favorable, especialmente cuando sea la única forma de modificar las consecuencias negativas muy graves para la parte lesionada que resultan de la decisión interna. En este contexto ha aparecido la tesis del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, Auto del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013, según la cual la regulación actual del incidente de nulidad de actuaciones establecida por la LO 6/2007, lo hace adecuado para encajar la pretensión de reposición de actuaciones cuando sea necesaria para llevar a cabo la ejecución de una sentencia estimatoria del TEDH, conforme a una resolución recientemente dictada.

21 Ripol Carulla, S. (2009:69-70).

de 2001, asunto *Connolly*²². Y frente a los Estados miembro, el TJ aplicó directamente la jurisprudencia del TEDH en su Sentencia de 18 de junio de 1991, asunto *ERT*²³, y ello pese a que la discusión versaba sobre una medida adoptada por un Estado miembro en aplicación del Derecho comunitario.

En la década de los ochenta de la pasada centuria, el sistema de las Comunidades Europeas acogió pues, a través del TJ, los criterios hermenéuticos del TEDH en materia de Derechos fundamentales, al objeto de intentar superar la barrera que habían levantado frente al Derecho comunitario los TTCC alemán e italiano. No obstante, por si esta medida resultase insuficiente, se empezó a plantear la inclusión de los Derechos fundamentales en el Derecho originario para reforzar el Derecho comunitario y vaciar de contenido las reservas planteadas por los Estados a través de sus TTCC²⁴.

2.2.2. Reconocimiento de los Derechos fundamentales en el Derecho originario: el TJ como parte activa del diálogo con el TEDH

El siguiente hito en el avance del reconocimiento de los Derechos fundamentales en el ámbito de las Comunidades Europeas fue la aparición de referencias expresas a los mismos en el Derecho originario: *Acta Única Europea*²⁵ (Luxemburgo, 1986) y *Tratado de la Unión Europea*²⁶ (Maastrich,

22 Causa C 274/99.

23 Causa C 260/89.

24 Ripol Carulla, S. (2009:72).

25 Que en su Preámbulo indica la decisión de los Estados signatarios de “promover conjuntamente la democracia, basándose en los Derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembro, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular, la libertad, la igualdad y la justicia social”.

26 Tenorio Sánchez, P. (2013:79 y ss.), señala que “el carácter aparentemente normativo del texto del AUE no desarmaba, sin embargo, a quienes criticaban el exceso de economicismo y el déficit democrático, que veían en las afirmaciones del AUE una mera declaración de intenciones, más que una norma jurídica en sentido estricto.

1992). De forma paralela, el carácter esencial de los Derechos fundamentales en el ámbito de la Comunidad europea quedó plasmado definitivamente en el reconocimiento de la misma como una “Comunidad de Derecho” en la Sentencia del TJ de 25 de febrero de 1988, *Parti écologiste Les Verts v. Parlamento Europeo*²⁷, que destacó la pertinencia de subrayar “que la Comunidad Económica Europea es ante todo una Comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembro ni sus Instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la Carta Constitucional fundamental que constituye el Tratado”.

En 1994, el CE dio un paso más y solicitó un dictamen al TJ sobre la posible adhesión de la UE al CEDH. El TJ, basándose en que las Comunidades Europeas tenían sólo competencias de atribución, expuso que la propuesta formulada era una operación de naturaleza constitucional que implicaba necesariamente una reforma de los Tratados constitutivos, y concluyó que en el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al CEDH²⁸. En paralelo a este proceso,

Es el TUE (Maastricht) el que significará un paso de mucha más relevancia. En efecto, el art. F.2 TUE dirá que: “la Unión respetará los Derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembro como principios generales del Derecho comunitario”. Está clara la naturaleza plenamente normativa de este precepto, que se encuentra en la parte dispositiva, no en el Preámbulo, es más, en el frontispicio del texto. El ámbito al que se refiere el vigor del Convenio es la Unión Europea en su conjunto: las tres Comunidades, más las acciones comunes. Además, el art. K.2 del mismo TUE dirá que las cuestiones relativas a la cooperación de justicia e interior “se tratarán en el respeto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre 1950, y de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 y teniendo en cuenta la protección concedida por Estados miembro a las personas perseguidas por motivos políticos”.

27 Causa 190/84.

28 Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1996, “Adhesión de la

y tras su apertura al TEDH como mero receptor de su interpretación del CEDH, el TJ empezó a comportarse como un verdadero sujeto dialogante al atreverse a defender una concepción propia de los Derechos fundamentales²⁹. En esta línea, el TJ anticipa ya en sus resoluciones que las libertades básicas de los Tratados constitutivos imponen límites a los Estados, y que es esta circunstancia la que determina la existencia de una doctrina propia de protección de los Derechos fundamentales en el ámbito de la UE³⁰.

Así nos encontramos con que ante supuestos en los que no existe jurisprudencia del TEDH, el TJ empieza a defender una posición propia. En el caso de la Sentencia del TJ de 3 de febrero de 1983, asunto *Soc. Van Luipen*³¹, opta por una posición garantista al considerar que el Derecho de asociación incluye el Derecho a no afiliarse a una asociación profesional. Y,

Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, en Recopilación de Jurisprudencia 1996 p. I-01759.

29 Castillo Daudí, M. (2005:127).

30 El TJ fue reconociendo diversos Derechos antes del aprobación de la CDFUE. Sin ánimo de exhaustividad, cabe recordar el principio de igualdad (SSTJ de 8 de abril de 1975, caso Defrenne II, causa 43/75, y de 15 de junio de 1978, caso Defrenne III, causa 149/77), el Derecho de propiedad (STJ de 18 de octubre de 1979, caso Sirena, causa 40/70), el libre ejercicio de las actividades económicas y profesionales (STJ de 14 de mayo de 1974, caso Nold, causa 4/73), el respeto de la vida privada y familiar (STJ de 12 de noviembre de 1969, caso Stauder, causa 29/69), del domicilio (STJ de 21 de septiembre de 1989, caso Hoechst, en causa 46/87) y de la correspondencia (STJ de 5 de marzo de 1980, caso Ferweda, causa 265/78), la libertad de asociación (STJ de 15 de diciembre de 1995, caso Bosman, causa C-415/93), el Derecho de defensa (STJ de 13 de febrero de 1979, caso Hoffmann-La Roche, causa 85/76), la libertad religiosa (STJ de 27 de octubre de 1976, caso Prais, causa 130/75), la libertad de expresión (STJ de 13 de diciembre de 1989, caso Oyowe e Traore, causa C-100/88), el principio de irretroactividad de las normas penales (STJ de 11 de junio de 1987, caso Pretore di Salò, causa 14/86), la prohibición de discriminación por razón de sexo (STJ de 13 de junio de 1977, caso Defrenne, causa 149/77), el Derecho a un recurso judicial efectivo (STJ de 15 de octubre de 1987, caso Heylens, causa 222/86).

31 Causa 29/82.

en sentido contrario, en el caso de la Sentencia del TJ de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst AG v. Comision*³², se inclina por una posición restrictiva al concluir que no se extiende a las empresas el Derecho a la inviolabilidad del domicilio³³.

A partir de 1996 el TJ adopta ya en sus Sentencias posturas abiertamente distintas a las del TEDH. Un ejemplo destacado lo constituye la Sentencia del TJ de 30 de abril de 1996, en el asunto *P. c. S. y Cornwall County Council*³⁴, donde el TJ condena la discriminación por razón de sexo que venían padeciendo los transexuales; frente a la posición más conservadora defendida por el TEDH, en su Sentencia de 27 de septiembre de 1990, *Cossey v. Reino Unido*³⁵, en la que había reconocido al Reino Unido el margen de apreciación.

2.3. Etapa final: configuración del sistema de protección de Derechos fundamentales propio de la UE

2.3.1. Influencia de la CDFUE en la interpretación del CEDH: el TEDH como receptor del diálogo con el TJ

A partir de la aprobación de la CDFUE³⁶ en el año 2000, se considera

32 Causa 46/87.

33 El TJ, en Sentencia de 21 de septiembre de 1989, asunto *Hoechst AG c. Comisión* decidió negar tal Derecho a las empresas, cuando todavía no había una postura al respecto del TEDH. Con posterioridad, este último se pronunció a favor de la concesión de este Derecho a las empresas: Sentencia del TEDH de 16 de febrero de 1992, asunto *Niemitz v. Alemania*, y de 16 de abril de 2002, asunto *Colas Est, y otros v. Francia*. A raíz de esta postura del TEDH, el TJ acercó posiciones. Así en su Sentencia de 22 de octubre de 2002, asunto *Roquette Freres* el TJ matizó su postura señalando que “si el Derecho nacional reconocía tal Derecho, también lo hacía el Derecho de la UE”.

34 Causa C-13/94.

35 Causa C-24/88.

36 Pi Llorens, M. (1999:127 y ss.), señala que a finales de los años 90, “la necesidad de un catálogo de Derechos en la Unión Europea era muy reconocida y ya no se podía sostener que no era necesario por el objetivo de la Unión Europea”.

plenamente configurado el sistema de protección de los Derechos fundamentales propio de la UE y, en consecuencia, se refuerza la posición del TJ que adquiere una mayor autonomía en su diálogo con el TEDH³⁷ al ser la CDFUE más detallada y reciente que el CEDH³⁸.

El TJ pasa así de una posición de indiferencia inicial mostrada hacia los Derechos fundamentales, a involucrarse en la resolución de conflictos entre Derechos fundamentales y libertades económicas, posicionándose a favor de los primeros³⁹. En este sentido, en la Sentencia del TJ de 12 de junio de 2003, asunto *Schmidberger*⁴⁰, resuelve un conflicto pronunciándose a favor del Derecho a la libertad de expresión y reunión, frente a la libre circulación de mercancías; y en la Sentencia del TJ de 14 de octubre de 2004, asunto *Omega*⁴¹, afronta el conflicto entre la libre prestación de servicios y la libre circulación de mercancías, desde la exigencia de respetar la dignidad humana; en la Sentencia del TJ de 11 de diciembre de 2007, asunto *Viking*⁴² y en la Sentencia del TJ de 18 de diciembre de 2007, asunto *Laval*⁴³, se recoge una clara afirmación de los Derechos sociales como Derechos fundamentales que constituyen Principios Generales del Derecho comunitario.

En consonancia con lo expuesto, el TJ amplía su esfera de influencia sobre el TEDH⁴⁴ porque el propio TEDH va a conferir una importancia decisiva a la CDFUE para interpretar el CEDH. Circunstancia que resulta

37 En diciembre de 2000, la CDFUE es proclamada solemnemente por el Parlamento, la Comisión y el Consejo. Aunque la Carta no autoproclamaba su carácter normativo, el TJ empezó a aplicarla antes de ser vinculante.

38 La aprobación de la Carta “is undoubtedly a turning point, considering the quality and quantity of the Court of Justice’s interventions on fundamental rights”. Carabia, M. (2009:8).

39 Sarrión Esteve, J. (2011:81 y ss.).

40 Causa C-112/00.

41 Causa C-36/02.

42 Causa C-438/05.

43 Causa C-341/05.

44 Bustos Gisbert, R. (2009:150-151).

expresamente constatable en el tratamiento de los efectos jurídicos de la transexualidad y del matrimonio homosexual⁴⁵.

Como ya se ha señalado en el punto anterior, en la Sentencia del TJ de 30 de abril de 1996, asunto *P. c. S. y Cornwall County*⁴⁶, el TJ había reconocido determinados Derechos a los transexuales. Con posterioridad a la publicación de la misma, el TEDH mantiene su criterio conservador y en su Sentencia de 30 de junio de 1998, asunto *Sheffield y Horseham v. Reino Unido*, incluye una referencia a la Sentencia del TJ, pero no comparte su argumentación. Sin embargo, cuatro años más tarde, en su Sentencia de 11 de julio de 2002, asunto *L. v. Reino Unido y Christine Goodwin*⁴⁷, cambia de criterio y acepta el argumento del TJ, invocando casos de Nueva Zelanda, Australia y el art. 9 de la CDFUE.

Con relación al matrimonio homosexual cabe destacar dos Sentencias, una del TJ y otra del TEDH⁴⁸.

La Sentencia del TJ de 1 de abril de 2008, asunto *Tadao Maruko*⁴⁹, resolvió una cuestión prejudicial que tenía por objeto la interpretación de una Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en el marco de un litigio entre el Sr. *Maruko* y la Caja de Pensiones de los Teatros Alemanes, relativo a la negativa de ésta a reconocerle el Derecho a una prestación de supervivencia, establecida por el régimen obligatorio de previsión profesional al que estaba afiliado su pareja. El TJ resolvió que la Directiva se oponía a la normativa controvertida cuando en el Derecho nacional la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en

45 Conviene hacer referencia a la divergencia en la regulación del matrimonio que existe entre el art. 12 del CEDH y el art. 9 de la CDFUE. Mientras el art. 12 del CEDH concede el Derecho a casarse al hombre y la mujer, el art. 9 de la CDFUE establece que “el Derecho a casarse y el Derecho a fundar una familia se garantizan en los términos que establezcan las leyes nacionales que regulan su ejercicio”.

46 Causa C-13/94.

47 Causa C-27/98.

48 Sobre el tema v. Tenorio Sánchez, P. (2015:133-164).

49 Causa C-267/06.

una situación comparable a la de los cónyuges, en lo relativo a la citada prestación de supervivencia.

La Sentencia del TEDH de 24 de junio de 2010, *Schalk y Kopf v. Austria*⁵⁰ hubo de pronunciarse abiertamente sobre la cuestión de si dos hombres homosexuales tienen Derecho a casarse el uno con el otro⁵¹. La jurisprudencia del TEDH había establecido que el art. 12 del CEDH garantiza a un hombre y a una mujer el Derecho a casarse y fundar una familia, pero nunca había afrontado la cuestión de si dos personas del mismo sexo podían o no contraer matrimonio⁵². En su resolución el TEDH reconoce que el art. 12 del CEDH excluye literalmente el matrimonio homosexual, cita el art. 9 de la CDFUE señalando que no existe consenso a nivel europeo sobre la consideración como matrimonio de una relación homosexual, no hace referencia a la STJ, y concluye que el art. 12 del CEDH, regulador del Derecho a casarse, ya no debe limitarse en todo caso a personas de distinto sexo; y que serán las leyes nacionales las que decidirán la cuestión, reconociendo a Austria el margen de apreciación⁵³. Por otra parte, considera el TEDH que, a efectos del art. 8 del CEDH, puede entenderse que la pareja homosexual puede tener “vida familiar” y concluye que, aunque en el último decenio la consideración como matrimonio de la relación homosexual se ha extendido rápidamente, corresponde a los Estados la decisión de aceptarlo o no.

50 Causa C-301/04.

51 *Schalk y Kopf* eran dos homosexuales que pidieron a la Oficina del Estado de Civil del Ayuntamiento de Viena que los casara. Se les denegó administrativa y judicialmente su pretensión. El Tribunal Constitucional de Austria también se la denegó, aduciendo el art. 12 del CEDH y la jurisprudencia del TEDH que avalaba el concepto tradicional del matrimonio.

52 El 24 de junio de 2010 (fecha de la Sentencia *Schalk y Kopf c. Austria*), de los 47 Estados miembro del Consejo de Europa, sólo seis abrían el matrimonio a las personas homosexuales: Bélgica, España, Países Bajos, Noruega, Portugal y Suecia. Trece regulaban las parejas homosexuales como parejas registradas y dos más estaban en vías de hacerlo, siendo las consecuencias jurídicas variables.

53 Tenorio Sánchez, P. (2015:159).

2.3.2. Respeto y observancia del CEDH en la UE: el TEDH como órgano de control

La aprobación del *Tratado de Lisboa* en el año 2007 tuvo una doble relevancia en el ámbito de la protección de los Derechos fundamentales al dotar a la CDFUE de carácter jurídico vinculante, y disponer la adhesión de la UE al CEDH⁵⁴. Desde su entrada en vigor, la adhesión de la UE al CEDH deja de ser una cuestión sujeta a discusión doctrinal al estar expresamente prevista por el TUE. Estas referencias al CEDH incluidas en el art. 6 del TUE han provocado un incremento de demandas contra actos de Estados miembro realizados en ejecución del Derecho de la UE⁵⁵. El TEDH vio así

54 En efecto, tiene gran importancia la nueva redacción del art. 6 TUE, que pasa a decir lo siguiente: “1. La Unión reconoce los Derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los Derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones. 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. 3. Los Derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembro formarán parte del Derecho de la UE como principios generales.

55 Una cuestión que plantea Tenorio Sánchez, es la de si un Estado parte del CEDH puede pretender exonerarse de responsabilidad por vulneración del CEDH aduciendo que el acto vulnerador se dictó en cumplimiento de un Tratado internacional. En estos casos, el TEDH considera que el Estado no queda exonerado de cumplir el CEDH. Este criterio lo sostuvo ya la Comisión Europea de Derechos Humanos en Decisión de 16 de enero de 1995, asunto *Gestra c. Italia*, y luego la ha sostenido el TEDH en su Sentencia de 12 de julio de 2001, *asunto Hans-Adam II de*

reforzada su posición al ser el órgano que tiene atribuida la competencia para controlar la adecuación al CEDH de todos los actos de los Estados miembro dictados en aplicación del Derecho de la UE⁵⁶.

En el ejercicio de esta función de control, el TEDH en su Sentencia de 19 de abril de 1999, asunto *Van der Hark v. Países Bajos*, ha sostenido que las resoluciones deben estar motivadas, sin que baste para ello la remisión a la normativa comunitaria. En su Sentencia de 16 de abril de 2000, asunto *Dangeville v. Francia*, el TEDH se considera competente para controlar infracciones del Derecho comunitario con motivo de la trasposición de una Directiva comunitaria. Y en su Sentencia de 30 de junio de 2005, *Bosphorus v. Irlanda*, el TEDH declaró que los Estados también están obligados a cumplir el CEDH cuando actúan en ejecución de un Reglamento de la UE que no deja margen de apreciación. En esta resolución el TEDH consideró que el sistema de la UE, desde la perspectiva de la protección de los Derechos fundamentales, se podía considerar, globalmente, equivalente al del CEDH, salvo en algún caso concreto que podría determinar el TEDH cuando detectase “insuficiencia manifiesta”. Esta Sentencia fue confirmada por otra similar, la Sentencia del TEDH de 17 de abril de 2006, asunto *Aristimuño Mendizábal v. Francia*.

En opinión de la doctrina especializada⁵⁷, con esta línea jurisprudencial el TEDH queda, de alguna manera, configurado como un órgano superior en el ámbito europeo para la protección de los Derechos fundamentales;

Liechtenstein c. Alemania. Otra cuestión que a su juicio podría resultar dudosa es la del sometimiento o no de los actos de las organizaciones internacionales y de sus agentes realizados en el territorio de los Estados parte a la jurisdicción del TEDH. Las organizaciones internacionales, que suelen tener reconocida inmunidad en los Estados, si no son parte en el Convenio, no están sometidas a la jurisdicción del TEDH: STEDH de 10 de diciembre de 2002, asunto *Waite y Kennedy c. Alemania*, y ya antes, aunque desde una perspectiva distinta, en STEDH de 27 de abril de 1995, asunto *Piermont c. Francia*. Tenorio Sánchez, P. (2013:71-89).

56 Vergottini, G. (2010:20-21); Y Tenorio Sánchez, P. (2013:85-86).

57 Bustos Gisbert, R. (2009:79); Sarrión Esteve, J. (2011:85); Ripol Carulla, S. (2009:113 y ss.); y Morgades Gil, S. (2008:123-148).

el CEDH alcanza rango super-constitucional; y se reconoce que el sistema de protección de los Derechos fundamentales de la UE alcanza un nivel de protección similar al del CEDH, reservándose el TEDH la facultad de detectar casos particulares en que los Derechos fundamentales puedan no estar suficientemente garantizados.

2.3.3. Consolidación del sistema de protección de Derechos fundamentales propio de la UE: posición del TJ ante el caso *Melloni*

El caso *Melloni*⁵⁸ tiene su origen en un Recurso de amparo, por vulneración del Derecho a un proceso con todas sus garantías recogido en el artículo 24 de la Constitución Española, presentado contra un Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en relación con la ejecución de una condena impuesta por un delito juzgado por el *Tribunale de Ferrara*⁵⁹.

58 Sentencia del TJ de 26 de febrero de 2013, caso *Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal*, C-399/11 España. Por su sistematización y claridad expositiva se seguirá la síntesis que ha realizado Tenorio Sánchez, P. (2013:79 y ss.).

59 En octubre de 1996 la Audiencia Nacional declaró procedente la extradición a Italia del Sr. Stefano Melloni para que fuera juzgado por los hechos incluidos en las órdenes de detención emitidas por el *Tribunale di Ferrara* (Italia). Tras ser acordada su libertad bajo fianza de 5.000.000 de pesetas (unos 30.000 euros), que prestó el día siguiente, el Sr. *Melloni* se dio a la fuga, de modo que no pudo ser entregado a las autoridades italianas.

En 1997 el *Tribunale di Ferrara* declaró el estado de rebeldía del Sr. *Melloni* y acordó que las notificaciones fueran efectuadas en lo sucesivo a los abogados que ya había designado. Por sentencia del *Tribunale di Ferrara* del año 2000, confirmada en apelación y en casación, el Sr. *Melloni* fue condenado en rebeldía como autor de un delito de quiebra fraudulenta a la pena de diez años de prisión.

A raíz de su detención por la policía española, el Sr. *Melloni* se opuso a su entrega a las autoridades italianas aduciendo, en primer lugar, que en la fase de apelación había designado otro abogado y había revocado el nombramiento de los dos abogados anteriores, a pesar de lo cual se continuaron dirigiendo las notificaciones a estos últimos. En segundo lugar, alegó que la ley procesal italiana no establece la posibilidad de recurrir las condenas dictadas en rebeldía, por lo que la orden de

La argumentación del recurrente en amparo subrayaba que había sido condenado en rebeldía, lo cual es posible conforme al Derecho italiano, pero es considerado inconstitucional en el Derecho español. El objeto del recurso pretendía, por tanto, hacer prevalecer el Derecho español sobre el Derecho de la UE, en concreto, sobre un acto comunitario conforme con la *Decisión-marco relativa a la orden de detención europea*⁶⁰. En la exposición argumentativa se omitía señalar que el Sr. *Melloni* había designado

detención europea debería, en su caso, condicionarse a que Italia garantizase la posibilidad de interponer un recurso contra la sentencia que le condenó.

En septiembre de 2008 la Audiencia Nacional acordó la entrega del Sr. *Melloni* a las autoridades italianas para la ejecución de la condena que le fue impuesta por el *Tribunale di Ferrara*, por no considerar acreditado que los abogados que el Sr. *Melloni* había designado hubieran dejado de representarle. La Audiencia Nacional estimó que el Derecho de defensa de éste se había respetado, puesto que era conocedor de la futura celebración del juicio, se había situado voluntariamente en rebeldía y había designado a dos abogados para su representación y defensa, los cuales intervinieron, en esa calidad, en primera instancia, en apelación y en casación, agotando así las vías de recurso.

El Sr. *Melloni* interpuso ante el Tribunal Constitucional un recurso de amparo contra esa decisión. Este tribunal pregunta al Tribunal de Justicia si la Decisión marco permite que los tribunales españoles subordinen la entrega del Sr. *Melloni* a la posibilidad de que se revise su condena, según exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

60 *Decisión-marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembro*, en su versión modificada por la *Decisión-marco 2009/299/JAI del Consejo*, de 26 de febrero de 2009, destinada a reforzar los Derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado tiene por objeto sustituir el sistema de extradición multilateral entre Estados miembro por un sistema de entrega entre autoridades judiciales de personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de sentencias o de diligencias Ripol Carulla, S. y Ugartemendía, J. I. (2013:151-198).

un abogado en Italia para que lo defendiera. El Tribunal Constitucional Español hizo suyos los argumentos del recurrente y decidió elevar cuestión prejudicial ante el TJ⁶¹.

La cuestión prejudicial planteada pivotó, esencialmente, en torno a la interpretación de la “cláusula de salvaguardia” contemplada en el artículo 53 de la CDFUE que dispone: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los Derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la UE, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la UE o todos los Estados miembro, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembro”.

El TJ señalando que, en principio, los Estados miembro están obligados a ejecutar una orden de detención europea, fue metódico y sistemático en la resolución de la cuestión planteada: en primer lugar, contrastó la pretensión ejecutiva con el acto comunitario; en segundo lugar, analizó la conformidad del acto comunitario con el contenido de la CDFUE; y, en último lugar, valoró el grado de protección del Derecho invocado y la prevalencia de los ordenamientos en conflicto.

Al hacer el análisis de contraste, el TJ hace referencia directa al artículo 4 bis, apartado 1, letras a y b de la *Decisión-marco, relativa a la orden de detención europea*, que impide que la autoridad judicial deniegue la ejecución de una euroorden de detención, emitida para el cumplimiento de una pena, “cuando el interesado no compareció en el juicio pero tuvo conocimiento de la celebración prevista de éste y otorgó mandato a un letrado para que le defendiera, siendo efectivamente defendido por éste” (situación del Sr. *Meloni*). E interpreta que, con esta disposición, el legislador de la UE “ha optado por prever de forma exhaustiva los supuestos en los que debe considerarse que la ejecución de una orden de detención europea, emitida para ejecutar una resolución dictada en rebeldía, no vulnera el Derecho de defensa”. Concluyendo que, a su juicio,

61 Revenga Sánchez, M. (2012:139-150); y Donaire Villa, F.J. (2015:63-78).

la solución legislativa adoptada “es incompatible con el mantenimiento de una facultad de la autoridad judicial de ejecución, para someter la ejecución interesada a la condición de que la condena pueda ser revisada, con objeto de garantizar el Derecho de defensa del interesado”.

Al efectuar el análisis de legalidad del artículo 4 bis, apartado 1, letras a y b de la “Decisión–marco, relativa a la orden de detención europea”, el TJ estima que la disposición citada “es compatible con el Derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo, y con el Derecho de defensa reconocidos por la CDFUE; puesto que la propia disposición enuncia las condiciones en las que se considera que el interesado ha renunciado voluntariamente y de forma inequívoca a comparecer en su juicio”. Y aclara que “aunque el Derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del Derecho a un proceso equitativo, dicho Derecho no es absoluto, ya que el acusado puede renunciar a él con ciertas garantías”.

Al examinar el grado de protección del Derecho invocado, y la prevalencia de los ordenamientos en conflicto el TJ formula las siguientes interpretaciones. En primer lugar, que el artículo 53 de la CDFUE no limita los Derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de los Estados miembro, “pero tampoco permite que un Estado miembro someta la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar que se lesionen el Derecho a un proceso con todas las garantías y el Derecho a la defensa protegidos por su Constitución”. En segundo lugar, que cuando un acto del Derecho de la UE requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los Derechos fundamentales, “siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la UE”. Y, En tercer lugar, que según jurisprudencia asentada, “en virtud del principio de la primacía del Derecho de la UE, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la UE, la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun de rango

constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la UE en el territorio de ese Estado”.

En consonancia con las mismas concluye, que la argumentación invocada por el Tribunal Constitucional Español en la cuestión prejudicial (acerca del alcance del artículo 53 de la CDFUE) no puede ser estimada, puesto que “menoscararía el principio de primacía del Derecho de la UE, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la UE plenamente conformes con la Carta, si tales actos no respetaran los Derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado”. Y, al poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los Derechos fundamentales definido por esa Decisión-marco, “conduciría a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que la Decisión-marco pretende reforzar, y llevaría a enervar la efectividad de la referida Decisión-marco”.

Con esta Sentencia el TJ entiende que el sistema de garantías de los Derechos fundamentales de la UE está plenamente consolidado, y establece que no es posible aplicar un doble estándar de protección para los Derechos fundamentales cuando ya existen garantías comunes suficientes en el ámbito de la UE admitiendo, no obstante, que los Estados puedan aplicar un grado de protección diferente al señalado en la CDFUE si concurren dos requisitos: que se trate de enjuiciar medidas nacionales de ejecución de un acto de la UE; y que la aplicación de ese grado de protección diferente no afecte ni al nivel de protección previsto para el Derecho en la CDFUE, según su interpretación por el TJ, ni a la primacía y efectividad del Derecho de la UE⁶². Esta solución adoptada por el TJ resulta cuestionable por su difícil encaje en el art. 52.4 de la CDFUE que dispone que “en la medida en que la presente Carta reconozca Derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembro, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”.

62 Sobre las conclusiones de la Sentencia realizan un análisis crítico Martín Rodríguez, P.J. (2013:63-97); y Bachmaier Winter, L. (2015:153-180).

3. Cuestionamiento por el TJ de la tutela multinivel de los derechos fundamentales en la UE

La protección de los Derechos fundamentales en el sistema europeo multinivel⁶³ exige de criterios hermenéuticos que posibiliten la delimitación del contenido y extensión del Derecho fundamental en juego. Deben considerarse, pues, los Derechos fundamentales reconocidos a nivel nacional (Constituciones), a nivel internacional (CEDH) y a nivel de la UE (CDUE). Asimismo, es necesario delimitar los lazos de interconexión más adecuados para fijar los criterios de interpretación que definan las exigencias y garantías de los Derechos fundamentales. En el marco de los países miembros de la UE, que son a su vez parte del CE, es donde se presenta este sistema multinivel a tres bandas y, por tanto, donde es necesario delimitar estos criterios⁶⁴.

Desde la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa*, el Derecho de la UE consagra el criterio del máximo nivel de protección aplicable a los Derechos fundamentales; criterio que, a su vez, es plenamente compatible con los límites constitucionales consagrados en la doctrina de los Estados miembro y en la del CEDH, puesto que implica que a la hora de tutelar los Derechos fundamentales habrá que buscar siempre el nivel más alto de protección de los mismos⁶⁵. Conforme a esta concepción del mecanismo de protección multinivel, el Derecho de la UE en el ámbito de los Derechos fundamentales, al amparo de los artículos 52.3 y 52.4 en relación con el art. 53 de la CDFUE, estaría informado siempre por el principio del estándar más elevado⁶⁶. Es decir, si hubiese que optar entre el grado de protección

63 Sobre el mecanismo de protección multinivel v. Bilancia, P. y Marco, E. (2004); Balaguer Callejón, F. (2008); Cascajo Castro, J. L. (2011); y Gómez Sánchez, Y. (2012).

64 Freixes Sanjuan, T. (2013:37-50).

65 Sarrión Esteve, J. (2014:155-184).

66 El art. 52.3 de la Carta establece que en la medida en que la Carta contenga Derechos que correspondan con los garantizados por el CEDH “su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la UE conceda una protección más extensa”; y el apartado

que un Estado otorga a un Derecho fundamental y el que ofrece otro Estado, el TJ siempre debería decantarse por el Derecho constitucional del Estado que reconoce el nivel de protección más alto. De esta manera, el Derecho de la UE iría evolucionando cada vez hacia niveles más elevados de reconocimiento de los Derechos fundamentales.

Esta metodología del constitucionalismo multinivel ha sido criticada por la doctrina especializada⁶⁷ por ser excesivamente generalizadora: al no tener en cuenta que la comparación entre el régimen de un Derecho en dos países no puede realizarse de forma aislada respecto del sistema de Derechos en su conjunto; y al obviar que, con frecuencia, un estándar más elevado en la protección de un Derecho conlleva necesariamente uno más

cuarto del mismo artículo, dice que en la medida en que la Carta reconozca Derechos resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembro, se interpretarán en armonía con las mismas. De esta manera, se razona, se está estableciendo la vinculación de los Derechos contenidos en la Carta con el CEDH y con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembro, que son las fuentes de los Derechos fundamentales que han sido reconocidos por parte del Tribunal de Justicia como principios generales de Derecho de la UE. Se trata de excluir cualquier tipo de conflicto entre estándares de protección de los Derechos fundamentales, introduciendo un criterio de armonización de los Derechos, principios y libertades contenidos en la Carta en relación con el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes. Además, se considera que el art. 52 hay que interpretarlo en conexión con el art. 53 de la Carta, que dispone que “ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los Derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación (...)”; por lo que no sólo establece una limitación al ámbito de aplicabilidad de la Carta, impidiendo una reducción en el nivel de protección de los Derechos fundamentales o estableciendo un suelo, sino que una interpretación del art. 52.3 y 4 en conexión con el art. 53 implica la consagración del criterio del máximo estandar o nivel de protección de los Derechos fundamentales. Sarrión Esteve, J. (2014: 94 Y Ss Y 130 Y Ss.).

67 Freixes Sanjuan, T. (2013:41-42); Sarrión Esteve, J. (2014:163-165); Cascajo Castro, J. L. (2011:155-157); y Gómez Sánchez, Y. (2012:59-60).

bajo en la protección de otro. Así, un estándar más elevado del Derecho a la libertad de expresión implica uno más bajo del Derecho al honor o a la intimidad de otra persona.

La posición mantenida por el TJ en la Sentencia que resuelve el caso *Melloni*, parece cuestionar también esta teoría del sistema de protección multinivel o más exactamente su aplicación práctica.

En el asunto enjuiciado el TJ se encuentra ante un supuesto de ejercicio del Derecho fundamental a la defensa con distintos niveles de protección en los Estados: más elevado (España) y más bajo (Italia). Debe destacarse que no se planteaba conflicto alguno con otro Derecho fundamental que pudiese contraponerse al reconocimiento del estándar más alto de protección a favor del Derecho de defensa. Se trataba, pues, de un caso idóneo para que el TJ concretase la aplicación del sistema de protección multinivel, sin embargo, a pesar de la concurrencia de las circunstancias descritas, el TJ adopta una postura contraria a la interpretación del art. 52.4 de la CDFUE, que sustenta la aplicación de la metodología multinivel al ámbito de los Derechos fundamentales, y concluye que el estándar de un Derecho fundamental en la UE es autónomo y, por tanto, su grado de protección no depende del nivel otorgado por los distintos Estados miembro.

4. Síntesis conclusiva

1. El sistema de protección de Derechos fundamentales propio de la UE ha recibido durante su proceso de formación una gran influencia del CEDH y, por tanto, de la jurisprudencia del TEDH.
2. A finales del Siglo XX el TJ inicia un diálogo con el TEDH, reivindicando en sus resoluciones una concepción propia de los Derechos fundamentales.
3. La aprobación de la CDFUE se revela como el paso decisivo para consolidar plenamente el carácter autónomo de los Derechos reconocidos en la UE, y propicia que el TJ amplíe su esfera de influencia sobre el TEDH.
4. En las Sentencias *Bosphorus c. Irlanda* y *Aristimuño Mendizábal c. Francia* el TEDH reconoce que el sistema de protección de los

Derechos fundamentales de la UE alcanza un nivel de protección similar al del CE (*ex. CEDH*).

5. El *Tratado de Lisboa* afianza de forma definitiva el sistema de protección de Derechos fundamentales de la UE, al disponer su adhesión al CEDH, y dotar a la CDFUE de fuerza jurídica vinculante.
6. En la resolución de la cuestión prejudicial planteada por el TC español, caso *Melloni*, el TJ explica que no es posible aplicar un doble estándar de protección cuando existen garantías comunes en el ámbito de la UE; admitiendo, no obstante, un estándar de protección diferente cuando se trate de enjuiciar medidas nacionales que tengan por objeto la ejecución de un acto de la UE, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: que la aplicación no afecte al nivel de protección previsto en la CDFEU, ni a la primacía o efectividad del Derecho de la UE.
7. Desde la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa*, el Derecho de la UE en el ámbito de los Derechos fundamentales, al amparo de los artículos 52.3 y 52.4 en relación con el art. 53 de la CDFUE, estaría informado siempre por el principio del estándar más elevado de protección, conforme a la concepción de la metodología del constitucionalismo multinivel.
8. En la resolución de la cuestión prejudicial planteada por el TC español, caso *Melloni*, el TJ adopta una postura contraria a la interpretación del art. 52.4 de la CDFUE, que sustenta la aplicación de la metodología multinivel al ámbito de los Derechos fundamentales, y concluye que el estándar de un Derecho fundamental en la UE es autónomo y, por tanto, su grado de protección no depende del nivel otorgado por los distintos Estados miembro en sus Constituciones.

5. Bibliografía

- Alonso García, R. y Sarmiento, D. 2006. *La carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Madrid.
- Arnulf, A. 2006. *The European Union and its Court of Justice*, Oxford.

- Bachmaier Winter, L. 2015. “Más reflexiones sobre la Sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de Derechos fundamentales en juicios in absentia en el Derecho europeo”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56.
- Balaguer Callejón, F. 2008. “Constitucionalismo multinivel y Derechos fundamentales en la Unión Europea”, en *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces Barba*, Vol. 2.
- Bilancia, P. Y Marco, E. 2004. *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problema aperti, momento di stabilizzazione*, Milán.
- Bustos Gisbert, R. 2009. “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los Derechos”, en García Roca, J. y Fernández Sánchez, P.A. (Coords.): *Integración europea a través de Derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid.
- Cartabia, M. 2009. “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously”, *European Constitutional Law Review*, núm. 5.
- Cascajo Castro, J. L. 2011. “Interpretación constitucional y constitucionalismo multinivel”, en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Madrid.
- Castillo Daudí, M. 2005. “La protección internacional de los Derechos humanos en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea”, en Vilata Menaras, S. (Coord.), *El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del Derecho Europeo*, Valencia.
- Chueca, A. 1999. *Los Derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Barcelona.
- Donaire Villa, F.J. 2015. “El diálogo del Tribunal Constitucional español con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la Euroorden y los Derechos fundamentales: asunto Melloni”, en *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho*, núm. 174.
- Freixes Sanjuan, T. 2013. “Constitucionalismo multinivel e integración europea”, en Gómez Sánchez, Y. y Rovira Viñas, A. (Coords.) *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos: Parlamento europeo, Parlamentos nacionales y Parlamentos regionales con competencias legislativas*, Madrid.

- Gómez Sánchez, Y. 2012. *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, Madrid.
- Hermida Del Llano, C. 2005. *Los Derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona.
- Mangas Martín, A. 2006. “Derechos humanos y libertades fundamentales”, en Mangas Martín, A., y Liñán Nogueras, D. J. (Coords.) en *Instituciones y Derecho de la UE Europea*, Madrid.
- Martín Rodríguez, P.J. 2013. “Crónica de una muerte anunciada: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013 (Stefano Melloni C-399/11) en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 30.
- Mezzetti, L. 2013. “Storia dei diritti umani”, en *Diritti e doveri*, Torino.
- Morgades Gil, S. 2008. “Influencia del posicionamiento del TEDH respecto del control del Derecho de la Unión en la presentación de cuestiones prejudiciales ante el TJCE por parte de los órganos judiciales nacionales: Reflexiones en torno a la sentencia *Bosphorus* del TEDH de 30 de junio de 2005”, en Ripol Carulla, S., (Dir.) y Ugartemendía Eceizabarrena, J. I., (Coords.), *España ante los Tribunales europeos. Cuestiones de política judicial*, Oñati.
- Pi Llorens, M. 1999. *Los Derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona.
- Revinga Sánchez, M. 2012. “Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm 41.
- Ripol Carulla, S. 2009. “Las interacciones entre el sistema europeo de protección de los Derechos Humanos y el sistema comunitario de protección de los Derechos Fundamentales”, en Beneyto Pérez, J. M., (Dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo II, Derechos Fundamentales.
- Ripol Carulla, S. y Ugartemendía, J. I. 2013 “La euroorden ante la tutela de los derechos fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm, 46.
- Rodríguez Iglesias, G. C., y Valle Gálvez, A. 1997. “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades

Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 2. Sarrión Esteve, J.:

2011. “En búsqueda de los límites constitucionales a la integración europea”, *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho*, núm. 131.

2013. *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los Derechos fundamentales*, Madrid.

2014. “Sobre la necesidad de buscar el estándar o nivel más alto de protección de los Derechos fundamentales en el sistema de tutela multinivel en la Unión Europea”, en *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho*, núm. 162.

Tenorio Sánchez, P.:

2013. “Diálogo entre tribunales y protección de los Derechos fundamentales en el ámbito europeo”, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31.

2015. “El matrimonio, Derecho constitucional e institución de Derecho Civil”, en María J. Roca (Coord.), *Derecho público y Derecho privado. Diferencias de régimen jurídico y cuestiones actuales de recíproca influencia*, Madrid.

Vergottini, G. 2010. *Más allá del diálogo entre tribunales*, Madrid (Traducción del italiano por P. J. Tenorio Sánchez).

A (R)evolução (Bio)tecnológica e a (Nova) Condição do Ser Global: Vias e reflexões*

Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues

Doutorando em Ciências Jurídico-Económicas,
Universidade de Coimbra (Portugal).

Licenciado em Direito, Universidade Lusíada do Porto (Portugal).

Mestre em Direito, Universidade Lusíada do Porto (Portugal).

Resumo: O presente estudo apresenta como objeto as potencialidades de impacto evidenciadas pela (r)evolução biotecnológica, suarepercussão no indivíduo, na sociedade e no meio ambiente e consequentes desafios impostos à ética, à bioética e ao biodireito.

Palavras-chave: Biotecnologia; Ética; Bioética; Biodireito.

Abstract: this paper will focus on the potential impact encountered in the biotechnological (r)evolution, its repercussion on each individual, on the society and the environment. As well as the consequent challenges imposed to Ethics, Bioethics and BioLaw.

Keywords: Biotechnology; Ethics; Bioethics; BioLaw.

Artículo recibido: 16/03/2016 Aceptado: 24/08/2016

* N. de la E.: el presente artículo ha sido publicado en la versión Impresa de este número (RIDH VI, 2016, ISSN 2250-5210) con el título *Dos novos desafios à ética, à bioética e ao biodireito na (nova) era da (r)evolução biotecnológica: vias e reflexões*.

Sumario

1. Introdução
2. Metodologia
3. Evidências
4. Plano de discussão
5. Conclusões
6. Referências

1. Introdução

A economia e o sistema financeiro ocuparam, desde sempre, um papel preponderante no desenvolvimento, positivo ou negativo, das estruturas sociais.

A par e em intensa articulação com a ciência e a tecnologia operam profundas mutações na vida das pessoas e no seu habitat, implementando, o mais das vezes, sem qualquer tipo de legitimidade, ideias, impondo sistemas, restringindo direitos e garantias naturais e historicamente conquistadas.

A revolução biotecnológica veio intensificar esse paradigma com as suas extraordinárias potencialidades de impacto.

2. Metodologia

Numa primeira fase procedemos ao levantamento e análise de documentos que nos permitiram confirmar o iter evolutivo da ciência e da tecnologia ao longo dos tempos. A par dessa análise, o apuramento, por cruzamento, das consequências daquela evolução, preocupações, reais e potenciais, associadas e os correspondentes desfechos a curto, médio e longo prazo.

Numa segunda fase discorremos sobre as principais implicações no domínio da ética, bioética e biodireito, partindo, de seguida, para as construções jurídicas associadas.

Numa última fase projetamos, a par de uma solução prática inevitável,

a fórmula jurídica inviolável que salvaguarda os bens jurídicos fundamentais do Homem Solo, do Homem Mundo e do Homem Cidadão.

3. Evidências

Constatamos nos últimos 100–200 anos um descomunal progresso científico e tecnológico – que em muito se deveu à criação das leis de Mendel [1865–1866]¹, à sua redescoberta anos mais tarde^{2,3,4} e integração na teoria cromossômica ou do cromossomo/a (francês e inglês: Chromosome)^{5,6,7} de Thomas Hunt Morgan [1910–1915]^{8,9,10,11,12,13,14} com a introdução, desenvolvimento e aplicação a todos os seres vivos (firme-se, humanos e não humanos) das ciências da manipulação.

Dado que dever-nos-ia alegrar e, simultaneamente, retrair e fazer refletir pelas potencialidades positivas, mas também, ilimitadas formas de lesão de direitos fundamentais¹⁵.

Aquela evolução positiva teve consequências práticas no exercício da medicina, como a produção e introdução de novos fármacos e no desenvolvimento da indústria agropecuária. A biotecnologia é, verdadeiramente, uma realidade do presente e do futuro:

Em termos científicos, reúne, em si, um conjunto de conhecimentos técnicos e métodos, práticos e científicos, através dos quais faz uso de sistemas biológicos, organismos vivos, parte deles, e análogos moleculares para –como parte integrante e ativa– a produção ou modificação de produtos, mas também em processos para um dado desiderato, assim como, para a criação de novos produtos e serviços a aplicar na dinâmica industrial, mas, também, para uso e fruição da comunidade em geral¹⁶.

Trata-se de uma área científica multidisciplinar que resulta da integração de diversas, outras, áreas do conhecimento, nomeadamente, das ciências da vida e da engenharia, tendo, assim, em vista a criação de novos saberes e práticas¹⁷.

Abrange um conjunto enorme de realidades: a manipulação genética; a utilização de enzimas; a engenharia de proteínas; a tecnologia de cultura de tecidos; os biossensores (e nanomarcadores); a tecnologia de processos bioquímicos¹⁸.

Para compreender a importância prática e projeção / impacto da biotecnologia no mundo bastará atentar, nomeadamente, a ampla utilização, pelos cientistas da atualidade, de seres micro e macroscópicos, geneticamente modificados. Cujos resultados científicos, produtos biotecnológicos, são aplicados, in crescendo, no tratamento de numerosas doenças e, quando aplicados nas indústrias, nomeadamente, na agropecuária, amplamente distribuídos no mercado do consumo, seja direta ou indiretamente.

Paulatinamente, os produtos das investigações levadas a cabo no domínio das ciências da manipulação têm disseminado os seus efeitos pela população global e por todo o meio ambiente.

Até os dias de hoje temos conseguido controlar as alterações que induzimos no ecossistema provocado pela constante reconfiguração ou reprogramação da criação original na natureza. Temos conseguido manter, dentro dos limites de domínio do conhecimento técnico e científico, a estabilidade da vida, a dinâmica regular do ecossistema.

No entanto, hoje experienciamos tempos, vidas e mundos a uma velocidade (pluridimensional) não antes vista, a realidade é palco de enormes avanços tecnológicos e científicos, nomeadamente, na área da biotecnologia médica.

Sérias questões no domínio da ética, da segurança e do direito se levantam. Urge, nestes domínios, operar uma séria reflexão. Urge pensar, refletir, debater o eu, o hoje e o futuro como realidades fluídas. O que nós somos e o que seremos num futuro próximo dependem de exclusivamente de nós.

4. Plano de discussão

Os avanços consideráveis da biotecnologia têm sido acompanhados e debatidos pluridisciplinarmente na comunidade científica.

Muitas questões de natureza ética, valorativa e jurídica têm sido levantadas no decurso dos tempos¹⁹:

Seja pelos riscos associados à constante de inovações tecnológicas e científicas a que temos assistido e a sua aplicação no campo da medicina que por sua vez alteram o modus operandi da intervenção médica dos

profissionais de saúde e reconfiguram a base da relação profissional de saúde-utente;

Seja pela desenfreada produção e introdução de novos fármacos no mercado, sem a necessária análise científica, reflexão e debates plurais (atento as implicações multidisciplinares), bem como, o fundamentíssimo debate informativo e formativo alargado a toda a comunidade (fatores materiais de legitimação científica, social e política). Reflita-se, mormente, sobre as implicações –diretas e/ou indiretas– nefastas que a desinformação ou ausência informativa podem ter nas concretizações do direito à autodeterminação pessoal do indivíduo (materialização do valor dignidade da pessoa humana), nomeadamente, a afetação do princípio do consentimento informado que pressupõe um conhecimento informado, em contexto clínico; e no amplo mercado de consumo de bens e serviços, os efeitos diretos e indiretos da aquisição e utilização, respetivamente, pelo distribuidor e consumidor final;

Mas, também, pelas potencialidades nefastas que um dado conhecimento científico sobre a realidade pode ter quando mal aplicado ou mal gerido (ex.: uso de microrganismos [v.g. bactérias, vírus] ou toxinas [naturais ou modificadas] letais como armas de guerra [biológica e química]); bem como, pelos perigos e riscos, para a saúde e para o ambiente, associados às alterações –sejam elas conscientes, inconscientes, diretas ou indiretas– operadas pelo Homem no ecossistema (ex maxime: formas ou vias de manipulação científica da natureza); e finalmente, pelas consequências sociais e económicas associadas a uma dada evolução ou sentidos de evolução económica, financeira e política, em conjugação com os avanços ou progressos da técnica, da ciência, da tecnologia e da inovação (veículos interconectados), entre outros aspetos que direta ou indiretamente são convocados e implicados.

De facto, os desenvolvimentos técnicos e científicos não podem decorrer foram de certo e determinado enquadramento ético e jurídico, sob pena de se permitirem violações a bens jurídicos fundamentais (nomeadamente: atentados à vida, à integridade física e moral, à liberdade física e mental [ex maxime de autodeterminação], à confiança nos bens transaccionáveis [ex maxime consumíveis], ao bem jurídico ambiente) sem quaisquer

consequências para o infrator. O desenvolvimento científico e tecnológico é uma consequência da modernidade e das novas sociedades hodiernas e não pode, nem deve ser parado, mas sim orientado ou reorientado.

Não podemos esquecer que os avanços técnicos deverão ter sempre como objetivo o progresso da humanidade. Quando se fala em temas como o do aumento da longevidade dos seres humanos e da sua qualidade de vida, no seu ciclo vital, bem como o preservar da biodiversidade, ou reduzir o impacto da poluição no meio ambiente, no fundo o que se pretende é garantir um melhor futuro ao Homem, garantir a existência da humanidade, nos séculos, dos séculos.

Decorre do exposto que deve-se procurar garantir uma evolução tecnológica e científica que seja humana, social, económica, financeira e culturalmente sustentável.

Fala-se, nestes domínios, de realidades como a ética^{20,21}, a bioética^{22,23,24} e o biodireito^{25,26}:

A ética visa a reflexão sobre o agir, através do debate plural na comunidade. Abrange todo um conjunto de valores morais e princípios que norteiam, ou devem nortear, a conduta do Homem na sociedade, conducentes à realização do bem.

Enquanto ciência define a conduta moral do Homem, traduz uma forma particular de comportamento humano, que padroniza valores e meios práticos fitando garantir a integridade física, psíquica e espiritual das pessoas, tendo em vista a felicidade do Homem.

Deste modo, promove a previsibilidade do comportamento moral e proporciona a aquisição de saber, através do respetivo método científico.

A bioética revela-se entre o conjunto das reflexões éticas, isto porque compreende um vastíssimo leque de questões relacionadas com a manutenção e a qualidade de vida. Constitui, por efeito, um amplo espaço de debate, onde se entrecruzam saberes técnicos e científicos, tais como a medicina, a enfermagem, a biologia, a física, a química, a psicologia, a antropologia, a sociologia, o direito, a filosofia, a teologia etc.

A bioética enquanto ciência multidisciplinar que é promove o estudo sistemático e a análise dos aspetos relevantes, em concreto, as posições, as condutas, as decisões a acolher no mundo da ciência, da técnica, na e para

a defesa da vida, tendo por base aspetos de natureza moral, articulando saberes no espaço da comunidade científica, fitando encontrar respostas suficientemente criativas e humanamente sustentáveis e responsáveis.

Sublinhe-se, a natureza não dogmática da bioética que permite, tão-só, a discussão –livre, aberta, plural e multidisciplinar (elementos estruturantes)– das problemáticas e a pluralidade de soluções para cada caso ou situação concreta²⁷. Factos que não reduzem a sua importância, antes enriquecem, engrandecem, em particular, pela consequente horizontalização das opiniões e perspectivas (dentro e fora da comunidade), por sua vez, potenciadora do envolvimento unionista das comunidades, promovendo-se, assim, o comparatismo doutrinário, técnicos e científicos tão fundamentais à edificação consciente de respostas eficientes.

A bioética –nas suas dimensões micro e macro– encontra-se edificada sobre três pilares (valores ou princípios) base ou estruturantes: o princípio de beneficência, o princípio da autonomia ou autodeterminação e o princípio da justiça ou da equidade^{28,29,30,31,32}.

Os três princípios reguladores foram enunciados no Relatório Belmont, no ano de 1978³³ [1974–1979]^{34,35,36}. Sublinhamos a importância de determinados marcos históricos – nomeadamente, a publicação de relevantíssimos documentos no domínio da experimentação científica em doentes: o Código de Nuremberga de 1947; a Declaração de Helsínquia de 1964; a Declaração de Tóquio de 1975; e a Declaração de Hawai de 1977 –no assinalar do abandono duma pura preocupação material ou intenção utilitarista pelo bem estar geral do indivíduo– cidadão, entendido na intrínseca conexão com a comunidade, grupo de pertença, não obstante a sua autodeterminação, que deu lugar a uma visão realista – humanista global do Ser Pessoa Humana, sem menosprezar, na sua dignidade, o bem estar geral, relevando, na pessoa do doente, as suas vontades e necessidades, passando este a participante ativo e com poder decisório na sua gestão racional e emocional do vital (falamos, claro está, no contexto socio democrático).

Partimos, ora, à análise individual de cada princípio:

Princípio de beneficência (que inclui, por inerência, o princípio da não maleficência): princípio que é valor universal, aplicável à humanidade

e às gerações futuras. Quando falamos em generosidade, caridade, filantropia e, mesmo, otimização da qualidade do saber fazer para o bem geral/ comum, estamos perante manifestações de beneficência. Podemos condensar este princípio num expressão: “Faz aos outros o que é bom para eles”³⁷. Desde Hipócrates este valor constitui o primeiro princípio ético das atuações dos profissionais de saúde. Este princípio ético básico constitui uma exigência ético–funcional ou operativa. Decorre dela um profundo comprometimento ou entrega, numa atitude e comportamento pró–ativos. Deste modo, os profissionais de saúde devem aplicar–se no acolhimento/ atendimento do utente de serviços de saúde e fazer, dentro do que considere mais adequado –para os profissionais de saúde e sociedade, grupo de pertença–, tudo o que esteja ao alcance, visando a melhoria do seu estado de saúde. Este princípio tem como foco essencial o utente e todas as pessoas que poderão vir a beneficiar de um novo avanço médico. O sentido etimológico de beneficência deverá ser nestes domínios adaptado para que não seja exigido o inexigível, no respetivo contexto clínico, nem implicar uma atuação inócua.

Princípio da autonomia ou autodeterminação: tem como fundamento a convicção de que todo o ser humano deve ser aceite e respeitado nas suas decisões / opções básicas vitais, isto sem, qualquer controlo externo. Isso significa olhar o ser humano (seja ou não utente dos serviços de saúde) como um sujeito na sua liberdade decisória, e não como um mero objeto. Numa frase: “[n]ão faças a outrem aquilo que ele não teria feito a si mesmo e faz–lhe o que te comprometeste a fazer–lhe” tendo, sempre, em linha de conta o acordado³⁸, Podemos constatar a necessária destrição entre as convicções do Eu que analisa e executa e o Eu do qual promana a vontade. Daí ser insuficiente ou não bastante o empenhamento em não fazer ao outro o que não desejaria que fosse feito a mim. Neste sentido, quando um doente qualifica certo tratamento (e os seus efeitos) – que aos olhos do profissional de saúde, de acordo com as *leges artis*, considera necessário e favorável –como indigno e violador da sua autodeterminação, razão pela qual o recusa, deve o médico respeitar a sua decisão; do mesmo modo um médico não poderá ser obrigado a realizar atos médicos quando violam valores ou princípios do círculo do seu Eu pessoal e/ou profissional

(que incluem convicções éticas e/ou religiosas) que o impele a lançar mão do instituto da objeção de consciência, ainda que contra a vontade livre, esclarecida e ponderada do doente (ex. interrupção voluntária da gravidez; eutanásia³⁹; execução das Diretivas Antecipadas de Vontade). O reconhecimento deste princípio, não significa, no entanto, permitir-se uma decisão desconsiderando os seus efeitos, reais ou potenciais. O mesmo é dizer que o princípio não permeabiliza qualquer conduta moral. Em contexto clínico, o princípio tem o seguinte significado: o utente deverá ser corretamente informado do seu diagnóstico, estado de saúde e das alternativas de tratamento aplicáveis (natureza, meios e objetivos do tratamento, riscos e benefícios, avaliação económica, etc.); por outro lado, significa, que devem ser respeitadas as decisões dos doentes –considerados capazes– se e quando adequadamente instruídas com as informações essenciais. Finalmente, como pilar estrutural da relação entre o utente e os profissionais de saúde, umas das mais preciosas manifestações do princípio, o denominado conhecimento informado (para um consentimento informado). Nestes domínios urge lembrar os dois elementos que estão na base da solidez decisória do utente, a razão e a liberdade: a primeira envolve, necessariamente, a competência/legitimidade (ativa e passiva), comunicação/transmissão eloquente e compreensão/assimilação do conteúdo transmitido; já, a segunda, voluntariedade/libre arbítrio e consentimento material/expressão da vontade.

Conflitos entre o princípio da beneficência e da autodeterminação (em contexto clínico):

Pode acontecer o profissional de saúde, em concreto, o médico titular pensar que a decisão do utente (capaz) não é a que melhor satisfaz ou suprirá o seu estado clínico. Por um lado temos a decisão autodeterminada de um utente que, em princípio, deverá –de acordo com as suas convicções pessoais, morais, religiosas– querer o que melhor é para si (em todas as dimensões do Eu), por outro, o profissional, com conhecimentos técnicos, que coloca em causa a idoneidade do seu utente, já que este deseja algo que não corresponde aos efeitos da sua opção. Se absolutizarmos o princípio da autodeterminação respeitamos, de facto, as opções do utente que poderão ser contrárias às normas que disciplinam a prática profissional,

e, mesmo, à ética profissional médica, e poderemos, também, chegar a admitir a exigência de recursos inadmissíveis. Se absolutizarmos o princípio da beneficência podemos assegurar, dentro dos padrões relativos de sucesso clínico, o bom estado de saúde e mesmo a longevidade do utente, sacrificando, todavia, a vontade real ou hipotética do sujeito (capaz), restringindo, no plano da sua autoprojeção pessoal na vida e no mundo, a sua dignidade enquanto Ser pessoa humana. Decorre do exposto que a solução é articular ou conjugar, sem suprimir ou absolutizar princípios, já que a sua característica elasticidade permite, o mais das vezes, uma solução ético-jurídica suficientemente congruente e satisfatória.

Princípio da justiça ou da equidade^{40,41}: Em termos nocionais o princípio da justiça não tem acolhimento universal, o que se percebe pela amplitude de conteúdo que a expressão justiça encerra. A justiça tem sido identificada, diversas vezes, com a equidade no seu respetivo critério genérico de dar a cada um aquilo que, em concreto, lhe deve ser atribuído ou lhe corresponde (justiça comutativa). Todavia, justiça pode ser, também, perspetivada segundo o prisma decorrente da seguinte fórmula: tratar igual aquilo que é igual e diferente aquilo que é diferente na medida da diferença (justiça geométrica ou distributiva). Não querendo firmar um conteúdo nocional preciso sobre o princípio de justiça a aplicar nestes domínios, mas transpondo o substrato essencial da sua substancia, temos a dizer que se impõe a garantia pelas estruturas sociais das diversas comunidades dum acesso generalizado de toda a população aos serviços de saúde adequados, dignos e básicos. Não se exige um serviço completo e de alta qualidade, mas, pelo menos um serviço que seja essencial e razoavelmente apropriado à situação e ao sujeito (pessoa humana). Procura-se assegurar a tutela da vida, da integridade física dos seres humanos indiscriminadamente. Reconhecer o princípio de justiça é reforçar as qualidades intrínsecas do ser humano enquanto sujeito com dignidade, o que implica garantir a igualdade de tratamento e oportunidades, a equidade na (re)distribuição dos bens, dos serviços e dos riscos sociais, envolve a liberdade de opinião, o respeito pela diferença do outro e uma resposta adequada à diferença apresentada (justiça distributiva em articulação com a justiça social), exige uma visão pluridisciplinar e multidimensional dos

problemas, soluções pactuadas, soluções pró-ativas. O princípio da justiça, na verdade, opera como critério de gestão ótima (gerador de eficiência) da coisa pública na relação com os direitos, interesses e necessidades individuais e coletivos, encontrando o equilíbrio, muitas vezes difícil, entre a (re)distribuição equitativa dos bens de saúde (em geral, nomeadamente: os recursos técnicos, os recursos humanos, o financiamento) e o valor absoluto o Ser Pessoa Humana, em contexto, o doente, na sua dignidade. Dialoga, deste modo, numa lógica de equidade (sentido amplo) funcional geral-concreta. Pretendendo, assim, imprimir qualidade às decisões, que se pretendem as mais adequadas às especificidades de cada situação ou caso concretos.

Como ficou claro recorrendo aos três princípios supramencionados não será possível obter respostas éticas concretas iguais para todos os problemas, visto ser, muitas vezes, difícil identificar qual o princípio que merece supremacia sobre os restantes. Não obstante fica pelo menos a sensação de alguma comunhão de consensos numa dada terminologia, pontos de referência e discrepâncias.

Como princípio consolidador da estrutura dos princípios, princípio integrador de consensos e densificador –numa linha ética da responsabilidade– das crescentes necessidades de prevenção e antecipação do dano, sobretudo, no âmbito do atual modelo de sociedade –global de risco– caracterizado pelos notáveis avanços tecnológicos e científicos com as correspondentes repercussões universais, muitas vezes, flagrantemente indefiníveis (qualitativa e quantitativamente). Em concreto, a tecnologia aplicada às ciências da vida, tendo em linha de conta todos os efeitos, reais e potenciais, diretos e indiretos, sobre o Homem e o meio. Em contexto clínico, as necessárias mudanças de paradigma relacional e assistencial decorrentes da dependência técnica e pessoal da tecnologia, mormente, os dispositivos tecnológicos e os veículos de informação e comunicação.

Falamos, pois, do princípio da precaução⁴², instrumento de avaliação ética e de gestão de riscos da sociedade, na sua atual e futuras configurações. Trata-se, pois, dum princípio/ critério que trabalha sobre a incerteza antecipando-se a ela, conservando, assim, a integridade dos bens jurídicos expostos ao dano. Não significa, com isto, que nutramos a

ideia de que a tecnociência seja mais negativa que positiva, já que revela pontos extremamente vantajosos ao Ser. Mas que convoca e envolve, nas suas projeções e aspirações, múltiplos perigos e, em muitos casos, sérios riscos, com consequências difíceis de circunscrever, no tempo e no foco, e de superar, na vida ou vidas que, direta ou indiretamente, os medeiam⁴³.

A presente estrutura principialista, não pode, nem deve ser entendida por forma absoluta, nem, tão pouco, isolada dos respetivos contextos, mas permeável a formas materiais de superação do formal, no fundo, aberta a outros modos e padrões éticos e estéticos de compreensão da realidade, com o desiderato fundamental de garantir respostas adequadas (eficientes) aos factos, situações e necessidades emergentes do Homem, da vida e do mundo, ora, mundializados e globalizados. Deste modo urge a adoção dum principialismo semiaberto, cuja estrutura (de partida) deverá ser equacionada dentro de modelos ou padrões éticos –articulação funcional entre uma ética de intenções morais concretas, éticas de responsabilidade e ética das consequências– e estéticas –ex.: eficiência económica, financeira, técnica, científica e profissional duma certa e determinada atividade ou função–, não totalitários dirigidos a um aprimoramento da moral geral, do cuidado (geral⁴⁴ e assistencial) em especial, com valências de concretude. Assim sendo, a ética moral (das virtudes ou qualidades do Ser); a ética do cuidado exímio e solícito (edificada segundo premissas morais específicas, por sua vez, erigidas e modeladas a partir duma base fundamentante de valor, da qual destacamos o princípio da vulnerabilidade^{45,46,47,48}; o profissionalismo⁴⁹ decorrente de compromisso assumido para com a sociedade, os doentes/ utentes/ clientes e a comunidade académica/ científica e profissional. Por sua vez convoca temas e questões de natureza educativa, técnica, científica e profissional-laboral. De salientar a importância da formação –que deverá ser contínua– do atual e futuro profissional, a qualidade da formação e dos seus docentes, o estímulo ao desenvolvimento de relevantes atributos cognitivos e humanísticos⁵⁰; e a ética casuísta crítica, construída a partir de casos análogos⁵¹.

De facto, assuntos como a natureza e fins da medicina, a missão dos profissionais de saúde e a função social da medicina são temas do passado, mas, seguramente, do presente e, cada vez mais, do futuro. É temas

a refletir, a repensar, quanto mais, quando realidades como a medicina preditiva⁵², a medicina regenerativa, com as altas potencialidades eugênicas, a telessaúde (seja na vertente acadêmica e profissional, de diagnóstico e assistencial⁵³) –com a introdução das novas tecnologias da comunicação e informação– e, em especial, a conseqüente reconfiguração do método relacional –assistencial dos profissionais de saúde– entre outros, são tão reais –e em exponencial crescimento– entre nós.

À bioética deverá ser reconhecido o papel preponderante na reflexão e discussão de todas aquelas temáticas no sentido de, aproveitando os aspectos positivos, esbater os efeitos nefastos e operar mudanças conducentes à alteração positiva do paradigma geral.

Entendemos que as grandes opções e decisões no domínio da bioética baseadas numa estrutura principialista universal de cariz semiaberto superam, pelas importantes qualidades autopoieticas, o ceticismo e o pseudo-ceticismo de alguns –na garantia da sua subsistência, consubstanciada, em parte, na habilitação para gerar soluções adequadas e eficientes– agudizado pelos efeitos aglutinadores e facilitadores da mundialização e da globalização.

Na verdade falamos, hoje, dum Homem novo, inserido numa sociedade dinâmica com estilos de vida extremamente complexos e diversificados.

Experimentamos, em contexto, o reflexo social e cultural do fascínio exacerbado pela tecnologia, baseado num cientismo cego, muitas vezes, doentio que, sem freio, pode conduzir ao progresso do retrocesso pela exposição do Ser Pessoa Humana, na sua dignidade, ao perigo e ao risco de lesão.

Os novos avanços e progressos advenientes da atual sociedade –em rede (fortemente conectada)– plural e multidimensional (sociedade moderna), frutos da mundialização e da globalização, exigem, assim, pelas potencialidades de lesão de bens jurídicos, uma tutela cada vez mais abstrata, uma tutela mais ampla, mais abrangente, sempre in progress.

Aliás, já, no ano de 1970, Van Rensselaer Potter, oncologista americano, a quem é atribuída a paternidade da expressão “Bioética”^{54,55,56}, dando conta, por um lado, do galopante progresso científico, em especial, no domínio da biologia, e o exponencial aumento populacional e, por

outro lado, a ausência de reflexão crítica sobre a utilização do conhecimento científico e a destruição dos espaços vitais globais, adverte para a necessidade de articulação lógica e funcional do saber biológico com os valores e princípios (morais) humanos, com o simples desiderato de criar uma ciência que desenvolveria uma sistema geral de prioridades médicas e ambientais para uma sobrevivência verdadeiramente aceitável. Nasce, assim, a bioética, uma ciência de sobrevivência e sustentabilidade, que, segundo o autor, deverá abranger domínios com implicação direta e indireta na sobrevivência do Homem e sustentabilidade do meio –numa perspectiva de responsabilização solidaria pelo futuro– como sejam: a paz, a pobreza, o controle populacional, a ecologia, a vida animal, o bem estar humano e animal.

Segundo Guy Durand⁵⁷, a doutrina maioritária acabaria por limitar a expressão bioética, tão-só, às problemáticas das ciências biológicas, em particular, as correspondentes aplicações no medicinal.

A bioética deverá, deste modo, ser entendida sob uma perspectiva global ou universal –abarcando domínios, como, a deontologia médica, a ética médica, a ética ambiental, numa estreita articulação funcional– focando, sempre, como objeto, o Homem, enquanto Ser Pessoa e o Homem enquanto Ser Mundo ou Meio, numa comunhão de sentido e reciprocidade de ação⁵⁸.

Nesta linha de entendimento, o objeto de estudo da bioética compreende, de facto, uma multiplicidade de temas tão abrangentes, quão relevantes. Expomos alguns exemplos chave: a relação entre profissional-paciente; a saúde pública; as questões sociopolíticas em bioética; o campo da saúde; a fertilidade e reprodução humana; a pesquisa biomédica e comportamental; a saúde mental e questões comportamentais; a sexualidade e género; a morte e morrer; a genética; a ética da população; a doação e transplante de órgãos; o bem-estar e tratamento de animais; o meio ambiente; os códigos, juramento e outras diretrizes.

A bioética do presente e do futuro procurará, assim, “encontrar o justo equilíbrio entre a ciência que cresce” – garantindo a sustentabilidade desse processo – “e o Homem que a entende, usufruindo cientificamente o lado humano que o progresso trouxe.” No fundo procurará, sempre,

garantir o aperfeiçoamento bioético (possível) da ciência e das suas aplicações concretas⁵⁹.

A nova bioética global ou universal, na verdade, revela-se como expressão do humanismo do novo mundo procurando a otimização da gestão do ser Pessoa Humana –em todas as suas dimensões e perspectivas–, da sua dignidade, nos seus corolários fundamentais, antes, durante e após a vida.

Dentro e através do seu próprio sistema moral evidenciamos, a título essencialíssimo, o papel propulsor dum novo racionalismo humanista, tendencialmente substituído pelos denominado equipamentos inteligentes (com as mais profundas ressalvas à infelicidade da expressão); duma formação de especialistas na assistência de pessoas (no seu sentido global: com as suas virtudes e limitações) com patologias humanas, ao invés de técnicos no tratamento de patologias humanas, com a conseqüente alteração do paradigma relacional entre o profissional de saúde, a equipa e o doente / utente / cliente; de relações profissionais de proximidade, através das quais se estabeleçam importantes laços de confiança (procurando “na relação clínica uma explicação definidora da vida e também a maneira mais certa para essa vida decorrer, assim projetando o Homem relativamente à Humanidade. O médico intervém [...] para procurar e encontrar a saúde perdida, mas também para entender e para contribuir [...] para o melhor entendimento do conjunto humano”⁶⁰), ao invés de relações de tipo estritamente técnico (formal, distante), desenvolvidas em ambiente hostil ao estabelecimento de laços (numa frígida configuração de unidade fabril); do uso generalizado das potencialidades oferecidas pelas variáveis biográficas, fitando a melhor verdade, de acordo com o profissionalismo do segredo médico⁶¹.

Os avanços e progressos tecnológicos e científicos redimensionam o debate centralizando-o no Homem (nas mais diversas projeções), quando este se torna objeto de estudo, de manipulação e de exposição.

Esgotados os limites científicos dos anteriores saberes cabe-nos, porque imperioso, focar o modus operandi e respetivas implicações ético-jurídicas, das relações existentes entre três realidades distintas: a ciência, o Estado e a comunidade.

O biodireito –a expressão foi utilizada como título de revista científica

norte-americana desde 1986 (biolaw); em particular na Europa destacamos a primeira obra sobre a temática, com a data de 1994⁶² – resulta da necessidade da comunidade enquanto sociedade politicamente organizada de criar mecanismos legais, limites a práticas, condutas, violadoras de bens jurídicos fundamentais.

Enquanto ciência jurídica analisa, estuda e cria (direta e indiretamente) todo um conjunto de critérios, regras e princípios jurídicos sobre temas relevantes da Bioética (que abrangem as dimensões do Homem enquanto ser pessoa e do Homem enquanto ser do Mundo ou Meio).

Constitui o instrumento de regulação das consequências sociais dos avanços e progressos tecnológicos e científicos⁶³. Transporta para a lei as preocupações éticas trabalhadas pela doutrina, pela jurisprudência, pelas vozes do mundo⁶⁴.

Particularizando para as questões que dizem, flagrante e diretamente, respeito ao Homem enquanto ser pessoa (temas mais gritantes): a natureza jurídica do embrião, o aborto, o testamento vital, a eutanásia, a clonagem humana, a doação de órgãos, o transplante de órgãos e tecidos entre seres vivos e não vivos, a eugenia, o genoma humano, a manipulação e o controlo genético, o consentimento informado; o segredo profissional e os níveis de confidencialidade dos dados etc. Sem descuidar outras questões, concernentes ao Homem, enquanto Ser do Mundo ou do Meio, com repercussões, diretas ou indiretas, no corpo, psique e percurso vital, tais como: a saúde pública; o bem-estar e tratamento de animais; o meio ambiente, etc.

A construção dogmática dos comandos jurídicos direta ou indiretamente aplicáveis ou com meras implicações sobre o conteúdo de todas as questões mencionadas (abarcando, necessariamente, aqueles normativos que autorizam a investigação, desenvolvimento, conceção e introdução de certo fármaco, de certa terapia ou intervenção) dependem, sob pena de um total desfasamento entre a realidade e a abstração, não apenas de uma sólida legitimação parlamentar (formal), mas de um profundo esclarecimento alargado, diga-se, difusão de conteúdos, o mais ampla possível (a toda a população), com carácter informativo, mas, também, formativo, antecedida de uma séria e profunda análise, reflexão e um intenso debate extensível a toda a comunidade científica (entenda-se numa perspetiva multidisciplinar).

Da cooperação entre todos os saberes resultará, certamente, uma solução técnica e cientificamente ajustada (direta, objetiva e eficiente) às necessidades de tutela dos bem jurídicos a salvaguardar, isto sem os subverter através de uma proteção excessivamente ampla ou indireta.

O biodireito pauta-se por valores e princípios base, transversais a todo os ramos do direito. A dignidade da pessoa humana é um deles: constitui um valor base ou de referência (mas também princípio) de matriz constitucional⁶⁵ (entre nós, o art. 1.º e a al. a) do n.º 1 do art 13.º, ambos da Constituição da República Portuguesa (mais adiante CRP), respetivamente: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”; e “[t]odos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”. Na ordem jurídica espanhola, o art. 10.º/ 1 da Constituição Espanhola, “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social.” Na ordem Jurídica brasileira, o art. 1.º, III da Constituição democrática de 1988, “[a] República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”: III- “a dignidade da pessoa humana”. Na ordem jurídica francesa a dignidade da pessoa humana – “contra toda a forma de escravidão e degradação” – foi elevada à qualidade de princípio constitucional pela jurisprudência do Conselho Constitucional número 94-343/344 DC de 27 julhos de 1994. Tendo-se baseado no conteúdo da alínea a) do preâmbulo da Constituição de 1946 segundo o qual: “... em consequência da vitória alcançada pelos povos livres sobre os regimes que tentaram escravizar e degradar a pessoa humana, o povo francês proclama novamente que todo ser humano, sem distinção de raça, religião, crença, conta com direitos inalienáveis e sagrados. Ele reafirma solenemente os direitos e liberdades do homem e do cidadão consagrados pela Declaração de Direitos de 1789 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.”. Na ordem jurídica italiana, a 1.ª parte do artigo 3.º da Constituição da República italiana (47) “Todos os cidadãos têm a mesma social e são iguais perante a lei sem distinção de

sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais”. Finalmente, na ordem jurídica alemã, no artigo 1.1, da Lei Fundamental da Bonn (49) “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.”) e supra constitucional (a título de exemplo: o 2.º parágrafo do preâmbulo da Carta das Nações Unidas de 1945, “[n]ós, os povos das Nações Unidas, decididos”: “a reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas”; o art. 1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade;” mas também: parágrafos 1.º e 2.º do preâmbulo e o art. 10 do Pacto das Nações Unidas relativo aos Direitos Cívicos e Políticos; parágrafos 1.º e 6 do preâmbulo e os arts. 1.º, 2.º, 3.º, 6.º, 10.º, 11.º, 12.º, 15.º, 21.º, 24.º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos [apelidado de património da humanidade]; parágrafos 3.º, 7.º e 12.º do preâmbulo e as alíneas. c) e d) do art.2.º, o n.º 1 do art. 3.º, os arts. 10.º, 11.º, 12.º, 28.º, da Declaração Universal sobre a Bioética e os Direitos dos Homens; parágrafos 10.º, 11.º e 18.º do preâmbulo e art. 1.º da Convenção de Oviedo (“Convenção para a [Proteção] dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina”); 2.º parágrafo do preâmbulo e o art. 1.º, ambos da Carta dos Direitos Fundamentais da União europeia (00), respetivamente, “Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de Direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua acção [...]. A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.”) de natureza ampla que legitima e, simultaneamente, limita a intervenção do direito, que permite, e simultaneamente, proíbe certas e determinadas condutas dos seres sociais.

A pessoa humana e a sua dignidade constituem o vetor fundamental

da estrutura basilar da comunidade. São fundamento e fim último da sociedade e do Estado, correspondendo, de facto, a valores que predominam e predominarão sobre qualquer tipo de avanço científico e / ou tecnológico (art.º 6.º. A Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, feita pela ONU em 10 de novembro de 1975).

A dignidade da pessoa humana constitui um valor/ princípio máximo, supremo, que se materializa moral, ética e espiritualmente, revelando-se, em termos relacionais, no sentimento de solidariedade interindividual^{66,67,68,69}.

Deste modo, a bioética e o biodireito, enquanto densificações daquele valor, não podem admitir quaisquer condutas tendentes a reduzir a pessoa humana à condição de coisa –a pessoa humana é considerada sujeito e não objeto, e deve ser um fim e não um mero meio de relações jurídico sociais⁷⁰– retirando-lhe a sua dignidade e o direito a uma vida condigna.

A dignidade da pessoa humana não é, claramente, um valor/ princípio fácil de definir pelo seu caráter pluridimensional e ambíguo, sendo porque revela uma natureza temporal e espacialmente variável (não obstante a existência de uma conceção ou aspetos nocionais objetivamente transversais).

Entendemos, de entre as diversas perspetivas existentes, que deverá ser sempre perspetivada / analisada segundo dois pontos de vista distintos⁷¹, mas complementares: a dignidade enquanto proteção/tutela da posição jurídica do indivíduo; e a dignidade como autonomia do indivíduo (autodeterminação).

Sendo o primeiro característico da cultura jurídica norte-americana e o segundo o que se mantém na Europa continental^{72,73}.

A dignidade da pessoa humana corresponde a uma ideia/valor força –que deverá ser respeitada (o) e protegida (o) de todos os ataques/perigos– acolhida(o) na atual civilização ocidental^{74,75}, surgindo, por efeito, e como vimos, explícita e implicitamente em diversos textos fundamentais sobre Direitos Humanos.

Partamos do conteúdo geral do preâmbulo da Carta das Nações Unidas de 1945, bem como, do preâmbulo da Declaração Universal dos

Direitos do Homem (de 1948), em conjugação com o artigo 1.º do mesmo diploma. Uma análise integrada dos preceitos permite-nos, por forma lapidar, concluir que^{76,77,78}:

“Os direitos humanos são a expressão direta da dignidade da pessoa humana. A obrigação dos Estados de assegurarem o respeito decorre do próprio reconhecimento dessa mesma dignidade”.

A dignidade da pessoa humana, nas suas dimensões e projeções ético-jurídicas, enquanto matriz estatutária fundamental/ fundamentante e reduto intangível tem as suas implicações não apenas ao nível dos direitos civis e políticos (direitos primários)⁷⁹.

Entre nós e a título exemplificativo⁸⁰:

Direitos Civis: o direito à informação (art. 20.º, n.º 2 da CRP) o direito à vida (art. 24.º da CRP); o direito à propriedade (art. 62.º da CRP); o direito à liberdade e à segurança (art. 27.º da CRP); direito à integridade física e psíquica (art. 25.º da CRP); o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito à identidade pessoal, o direito à identidade genética, à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26.º da CRP);

Direitos políticos: a liberdade de associação (art. 51.º da CRP); o direito de petição e direito de ação popular (art. 52.º da CRP);

Mas, também, ao nível dos direitos económicos, sociais, culturais (outros níveis –dinâmicos– de cristalização), corolários dessa mesma dignidade,

Direitos económicos: o direito ao trabalho (art. 58.º da CRP) (2.ª geração); os direitos dos consumidores (no art. 60.º da CRP) (3.ª geração);

Direitos sociais: o direito à saúde (art. 63.º da CRP) (2.ª geração); o direito ao ambiente e qualidade de vida (no art. 66.º da CRP) (3.ª geração);

Direitos culturais: o direito à educação, cultura e ciência (art. 73.º da CRP) (2.ª e 3.ª gerações).

Finamente, entre outros aspetos, ela, também, dá dimensão ao conteúdo do princípio da igualdade e da não discriminação (art. 13.º da CRP) e o princípio da confiança, corolário do princípio do Estado de direito democrático (art. 2.º da CRP).

A dignidade da pessoa humana justifica, assim, a imposição de deveres públicos e comunitários de defesa contra todos os ataques que possam

ferir/ agredir– nos diversos planos/ sentidos da constelação ético–jurídica –os bens jurídicos fundamentais ou coloca–los em risco ou perigo. Com especial enfoque, os respetivos núcleo essenciais.

No fundo, proteger a dignidade da pessoa humana é garantir a vida e a sua condignidade, é garantir o direito, sendo nesse limbo que se entrecruzam–se os saberes. Quando falamos em dignidade humana reclamamos justiça para a humanidade.

Com o reconhecimento da importância atribuída à dignidade da pessoa humana, à ética, à bioética e ao biodireito, em todas as suas dimensões, a evolução científica e tecnológica ganha um novo sentido, verdadeiramente humanista⁸¹.

5. Conclusões

Não há dúvida que a introdução de certos e determinados avanços tecnológicos e científicos na medicina e nas indústrias envolve perigos e, muitas vezes, riscos reais para a saúde e para o meio ambiente. Exigindo–se uma profunda avaliação tão criteriosa quanto possível.

É fundamental o debate informativo e formativo alargado. Não apenas circunscrito à micro comunidade, mas aberto a todo o globo, tendo em linha de conta os efeitos, tendencialmente, mundiais de certos avanços (decorrentes da sua difusão e aplicação), principalmente, no domínio da biotecnologia, e a imprevisibilidade dos fluxos migratórios no decurso do devir social.

Uma análise científica profunda, uma intensa reflexão, um debate plural, e uma ampla difusão informativa e formativa são fundamentais à consciencialização alargada dos efeitos positivos e negativos (qualidade e níveis) que dado avanço no domínio da biotecnologia implica, nomeadamente, os perigos e riscos biológicos e sociais, sejam eles reais ou potenciais.

O debate plural alargado e conseqüente massificação do conhecimento neste domínio assegura a prevenção do tecido social, seja no domínio da vida prática ou da vida cívica / política. Permitindo, em primeiro lugar, que os agentes sociais (direta ou indiretamente implicados ou afetados) façam

boas escolhas. Uma decisão sana, equilibrada, objetiva, concisa, carece, sempre, de um sustentáculo prévio, o conhecimento ou o saber. Uma boa decisão não pode ser baseada somente em impulsos, movidos por emoções perfeitamente condicionáveis. Uma decisão racional e conscienciosa necessita, a par de um conhecimento esclarecido da realidade, uma sólida base de sustentação, o chamado conhecimento técnico informativo (ou conhecimento técnico massificado). Não obstante, a necessária informação assistencial em contexto. Todavia, também esta carece de informação e formação técnicas prévias. Finalmente permite àqueles agentes acionar, com a antecedência necessária, os meios legítimos à garantia concreta e abstrata dos direitos e interesses real ou potencialmente expostos. O conhecimento esclarecido e informado sobre a realidade permite antever as potencialidades de certa medida, método ou aplicação. Este juízo crítico de prognose articulado com a participação cívica intensificará o controlo sobre as ações concretas, bem como, o controlo sobre o controlo institucional concreto e abstrato –o grande dilema das comunidades.

Certamente que o nível educacional e instrutivo (e a transversal visão errática do que deve ser o ensino, a instrução e a educação), a tendencial estrutura comercial ou mercantil (auto e hétero condicionada) da média e todo um quadro de limitações burocráticas (veículos dramáticos do controlo da informação) poderão constituir um obstáculo de difícil superação. Todavia, o agudizar da autonomia do sentido crítico constituirá o primeiro pilar da transmutação do atual paradigma informativo e formativo da população. O despertar do veículo de emancipação do Homem, pelo Homem.

Decorre do exposto a inevitabilidade prática –com conteúdo preventivo, conservatório ou antecipatório– do debate plural alargado como garantia da boa gestão pessoal do indivíduo e correspondente percurso vital (autodeterminação), bem como, do exercício efetivo dos direitos e liberdades políticos e de cidadania.

A dignidade da pessoa humana constitui um valor/ princípio –prévio à comunidade e ao Estado– enformador das várias dimensões da vida social, com imensas projeções dogmáticas, conforme já tivemos oportunidade de delinear, e revela, o mais das vezes, por si, densidade suficiente para se auto projetar na realidade ontológica e operar os seus efeitos jurídicos.

Uma visão auto e hétero projetada (no tempo e no espaço) deste poderoso fundamento/ limite, acolhida e trabalhada pela comunidade científica e pelos centros legítimos e paralelos de poder (grupos), garantirá a sustentabilidade –humana, social, política, económica, financeira e cultural– do progresso da civilização em todos os domínios e alcances. Permitirá reclamar e impor um verdadeiro sentido humanista num globo –coabitado por Homens e outros seres vivos– inserido numa galáxia (via láctea) de um universo em muito intangível e incognoscível. Permitirá, no fundo, institucionalizar este valor supremo em todas as dimensões da vida humana e social, designadamente: existência humana até à barreira da experiência social, familiar e assistencial, académica / científica e profissional, económica e financeira, política / administrativa / executiva, legislativa e judiciária. Garantindo, assim, a devolução do atual paradigma, consequentemente, a reposição da pirâmide de valores que, meia volta, sofre uma inversão potenciada, o mais das vezes, por impulsos económicos e financeiros dos mercados, que se movem por cotizações e flutuações, atentos, no fundo, bens tangíveis e não valores estruturantes e nuclearmente constantes.

A dignidade da pessoa humana concebida e aplicada segundo estes moldes assegurará, no hoje e no amanhã, quando confrontada com as realidades emergentes da evolução dos tempos, a tutela dos bens jurídicos fundamentais, real ou potencialmente, expostos.

Protegendo-se, deste modo, a esfera inviolável ou intangível, porque estritamente fundamental, do Homem Solo, do Homem Mundo e do Homem Cidadão.

6. Referências

Notas

- 1 Gregor Mendel [1822-1884] foi o pai instituidor das bases científicas da Genética, tendo designado “os elementos celulares responsáveis pela transmissão da informação entre as gerações como “factores” e definiu a natureza dominante e recessiva dos caracteres. Pelas suas descrições, é possível verificar como estabeleceu que os alelos de cada par se separam um do outro durante a meiose, recebendo cada

- gâmeta apenas um dos alelos (1ª lei de Mendel, “law of segregation”). Para as suas experiências, Mendel escolheu fenótipos determinados por um único gene (donde a designação de hereditariedade mendeliana como sinónimo de hereditariedade monogénica). Por sua vez, os genes encontrava-se em cromossomas diferentes ou tão distantes que não estavam em ligação génica. Pôde assim verificar a segregação independente e deduzir que a transmissão de um gene não influencia a probabilidade de transmissão de outro gene (2º lei de Mendel, “law of independent assortment”). Cf. Fernando J. Regateiro. *Manual de Genética Médica*. Coimbra; 2013: p. 2.
- 2 Prostradas no vácuo, desconhecidas, de todo, na sua importância, regressam a público, através de Bateson, no ano de 1901, data que marca o início da Genética Médica. A propósito, “Darwin, um contemporâneo de Mendel, descreveu em 1859, a sua teoria da evolução. Também contemporâneo de Mendel e primo de Darwin, Francis Galton estudou a influência da hereditariedade na determinação de traços humanos, recorrendo sobretudo aos gémeos. Já no princípio do século XX, em 1902, Garrod percebeu que a alcaptonúria é uma condição hereditária devida a alterações num único gene, de natureza autossómica recessiva. Também a Garrod se deve a designação de “erros inatos do metabolismo” para caracterizar esta e outras situações monogénicas.” In *ibidem*.
- 3 Cf. *Encyclopedia International*. Grolier Incorporated. Stratford Press. Vol.11; 1970. p. 520.
- 4 Em 1903, de forma independente, Sutton e Boveri, terem estabelecido “que os “factores” de Mendel envolvidos na transmissão das características hereditárias se localizam nos cromossomas, assentando as bases que explicam as leis de Mendel no comportamento dos cromossomas durante a meiose. Já anteriormente, em 1868, Haeckel identificara o núcleo como a sede dos factores hereditários. Em 1909, Johannsen utiliza o termo “gene” para referir a unidade básica da hereditariedade. Em 1914, Theodor Boveri enuncia a teoria cromossómica do cancro (...).” Fernando J. Regateiro. *Manual de Genética Médica*. Coimbra; 2013. p. 3-4
- 5 Cf. *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa*, Academia das Ciências de Lisboa e da Fundação Calouste Gulbenkian. Vol. I A-F. Verbo. 2001. p. 1031. Na língua espanhola cromossoma. Cf. *Dicionário de Portugues e Espanhol*. Porto Editora; 2000. p. 338.
- 6 “A designação “cromossomas” foi escolhida por Waldeyer, em 1888. A proposta de localização de elementos responsáveis pela hereditariedade nos cromossomas, foi

- prevista por Roux, de Vries e Weissmann, também nesta década de 80.” Fernando J. Regateiro. *Manual de Genética Médica*. Coimbra; 2013. p. 3.
- 7 É uma “[e]strutura celular muito corável por corantes básicos, que é suporte de informação genética, sendo constituída por nucleofilamentos condensados, que se tornam visíveis durante a mitose e a meiose.” Cf. *Dicionário da Língua Portuguesa: Novo*. Porto Editora; 2010: p. 446. Os cromossomas são, deste modo, “portadores dos factores determinantes dos caracteres da hereditariedade.” Cf. *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa, Academia das Ciências de Lisboa e da Fundação Calouste Gulbenkian*. Vol. I A-F. Verbo. 2001. p. 1031. Na sua estrutura encontram-se “os cerca de dois metros de DNA de um genoma diplóide humano. Além do DNA, são constituídos por múltiplas proteínas históricas e não históricas. Cf. Fernando J. Regateiro. *Manual de Genética Médica*. Coimbra; 2013. p. 461. “Em qualquer espécie, o número de cromossomas é constante. Par de cromossomas” Cf. *Dicionário da Língua Portuguesa: Novo*. Porto Editora; 2010. p. 446. “A espécie humana tem um número diploide de cromossomas constituído por 46 cromossomas agrupados em 23 pares. Os cromossomas dividem-se em autossomas (22 pares de cromossomas homólogos numerados de 1 a 22 por ordem decrescente de comprimento, embora o 22 seja maior do que o 21) e heterocromossomas ou cromossomas sexuais (cromossomas X e Y).” Fernando J. Regateiro. *Manual de Genética Médica*. Coimbra; 2013. p. 244. “A descrição do número de 46 cromossomas, como complemento normal na espécie humana, data de 1956, em artigo da revista *Heredita* por Tijo e Levan, o mesmo tendo feito Ford e Hamerton na revista *Nature*, no mesmo ano.” Fernando J. Regateiro. *Manual de Genética Médica*. Coimbra; 2013. p. 4.
- 8 Thomas Hunt Morgan [1866-1945], pai da genética experimental moderna, foi o cristizador dos edifícios teóricos desenvolvidos até então, por Darwin e Mendel e Boveri e Sutton, não obstante o seu patente ceticismo. Partindo do material de estudo consegue, contra as suas convicções, provar, de um modo geral, a base cromossómica da hereditariedade. Morgan foi, de facto, “o primeiro observador de um crossing over genético na mosca das frutas.” Robert I. Nussbaum; Roderick R. McInnes; Huntington F. Willard. *Thompson & Thompson Genética Médica*. Elsevier; 2008: p 221. Morgan, acabaria assim, por permitir a conciliação saudável entre as teses de Darwin e Mendel. Por ordem cronológica deixamos os contributos mais relevantes: *The Development of the Frog’s Egg* (1897); *Regeneration*(1901); *Evolution*

- and adaptation (1903); *Experimental Zoology* (1907); *Heredity and Sex* (1913); *The Mechanism of Mendelian Heredity* (1915); *A Critique of the Theory of Evolution* (1916); *The Physical basis of Heredity* (1919); *Evolution and Genetics* (1925); *The Theory of the Gene* (1926); *Experimental Embriology* (1927); *The Scientific Bases of Evolution* (1932); e *Embriology and Genetics* (1933-1934). Em 1933 Morgan recebe prêmio nobel da genética “pelas suas descobertas relativas ao papel desempenhado pelos cromossomas na hereditariedade”. Fernando J. Regateiro. *Manual de Genética Médica*. Coimbra; 2013. p. 8.
- 9 Vide Cf. T. H. Morgan, A. H. Sturtevant, H. J. Muller, C. B. Bridges. *The Mechanism of Mendelian Heredity*. Henry Holt and Company; 1915.
- 10 Vide, também, estudo anterior. Cf. T. H. Morgan. *Heredity and Sex*. Columbia University Press; 1913.
- 11 Vide. Cf. T. H. Morgan. *A Critique of the Theory of Evolution*. Louis Clark Vanuxem Foundation. Princeton. Princeton University Press; 1916.
- 12 Vide Cf. T. H. Morgan. *The Physical basis of Heredity*. Philadelphia and London. J. B. Lippincott Company; 1919.
- 13 Vide Cf. T. H. Morgan. *Evolution and Genetics*. Princeton, NJ. Princeton University Press; 1925.
- 14 Vide Cf. T. H. Morgan. *The Theory of the Gene*. New Haven. Yale University Press; 1926.
- 15 Sobre a ineficácia da técnica - dependente dos usos e costumes - nas sociedades tradicionais em contraposição com a operacionalidade atual. Cf. Maria L. P. Silva. *Autonomia da pessoa e determinismo genético*. In: Rui Nunes, Helena Melo, Cristina Nunes. *Genoma e dignidade humana*. Coimbra: Gráfica de Coimbra; 2002. p. 11.
- 16 Cf. N. Lima, M. Mota. *Biotecnologia: fundamentos e aplicações*. Lidel Ed. Técnicas; 2003.
- 17 In idem, in ibidem.
- 18 Cf. Armando Venâncio, Ângela C. Macedo, Francisco Malcata. *Biotecnologia dos Alimentos*. In: *Biotecnologia: Fundamentos e Aplicações*. Lidel. Cap. XX; 2003. Na nossa opinião, conteúdo in progress.
- 19 Cf. T. R. Vieira. *Bioética e Direito*. Jurídica Brasileira; 1999. p. 15 e ss.
- 20 Cf. J. P. Machado. *Ética em Cuidados de Saúde*. Porto: Porto Editora; 1998. p. 7.
- 21 Cf. R. Nunes, D. Serrão. *Ética em Cuidados de Saúde*. Porto: Porto Editora; 1998. p. 9.

- 22 Cf. Jr HT. Engelhardt. Fundamentos Da Bioética. Loyola; 1998. p. 52-56.
- 23 Cf. G. Hottois, MH. Parizeau. Dicionário Da Bioética. Coleção Atlas e Dicionários. Instituto Piaget; 1993. p. 58-64.
- 24 Cf. L. Pessini, C. de Paul Barchifontaine. Problemas atuais de Bioética. Centro Universitário S. Camilo. Edições Loyola; 2002. p. 32 – 33.
- 25 Cf. Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. S. Paulo. Ed. Revista dos Tribunais; 2001. pp. 283-305.
- 26 Cf. Reinaldo Pereira Silva. Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. S. Paulo: LTr; 2002. p.12.
- 27 Cf. C. Beckert. O Conceito Bioético de Pessoa: Entre o Indivíduo Biológico e o Sujeito Ético-jurídico. 15-32. In J. Ribeiro da Silva, A. Barbosa, F. Martins Vale. Centro de Bioética. Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa. Contributos para a Bioética em Portugal. Lisboa: Edições Cosmos; 2002. p. 28-31.
- 28 Cf. J. Gafo. Fundamentación de la Bioética y Manipulación Genética. Universidad Pontificia Comillas; 1988.
- 29 Cf. D. Gracia. Fundamentos de Bioética. Eudema; 1989.
- 30 Cf. D. Gracia. Procedimientos de decisión en Ética clínica. Eudema; 1991.
- 31 Cf. G. H. Kieffer. Bioética. Alhambra. Universidad; 1983.
- 32 Cf. P. Laín Entralgo. El médico y el enfermo. Guadarrama; 1969.
- 33 NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. The Belmont Report. Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research. Washington DC: DHEW Publication OS 78-0012; DC 1978.
- 34 Para mais desenvolvimentos sobre os trabalhos. Cf. P. Requena Meana. El Principialismo y la Casuística como Modelos de Bioética Clínica Presentación y Valoración Crítica. Tese de Doutoramento. Pontificia Universidade da Santa Cruz - Faculdade de Teologia; 2005. p. 39-43.
- 35 No ano de 1979 surge a primeira edição [de 7] do livro - Principles of Biomedical Ethics – dos autores Beauchamp e Childress, que decidem dar continuidade ao importante trabalho desenvolvido. Importante de referir será o uso da expressão “biomedical ethics” no intuito de ampliar o objeto de estudo do relatório Belmont a todos os temas e questões éticas no âmbito biomédico. Neste sentido. Cf. P. Requena Meana. El principialismo y la casuística como modelos de bioética clínica Presentación y valoración crítica. Tese de Doutoramento. Pontificia Universidad de

la Santa Cruz Facultad de Teología; 2005. Sublinhamos, todavia, o caracter mais abrangente da expressão “bio”.

- 36 Beauchamp e Childress acrescentam um quarto princípio – o da não maleficência. Não obstante, Beauchamp, em estudos posteriores, fazer menção, tão só, aos três enunciados no relatório Belmont. Cf. T. L. Beauchamp. *Principi della bioetica: autonomia, beneficencialità, giustizia*. In Ed. G. Russo. *Bioetica fondamentale e generale*, Torino: SEI; 1995. pp. 83-91
- 37 Cf. H. T. Engelhardt. *The Foundations of Bioethics*. Nova Iorque – Oxford: Oxford University Press; 1986. p. 87.
- 38 Cf. H. T. Engelhardt. *The Foundations of Bioethics*. Nova Iorque – Oxford: Oxford University Press; 1986. p. 72.
- 39 Na Ordem Jurídica Portuguesa a eutanásia é uma prática proibida. Está, no entanto, a ser discutida a sua admissibilidade.
- 40 Sobre o princípio em geral. Cf. Oliveira Ascensão. *O Direito. Introdução e Teoria Geral*. Almedina; 2005. p. 159-216.
- 41 Ver também sobre o princípio em geral. Cf. António dos Santos Justo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra Editora; 2012. p. 94-135.
- 42 Neste sentido. Cf. ASSEMBLEIA PARLAMENTAR DO CONSELHO DA EUROPA. *Recomendação n.º 1468*; 2000.
- 43 Para mais desenvolvimentos. Cf. E. Luiz Bonamigo. *El Principio de Precaución: Un Nuevo Principio Bioético y Biojurídico*. Tese de Doutoramento. Departamento de Ciências da Educação, Linguagem, Cultura e Arte – Faculdade de Ciências do Turismo. Universidade Rei Juan Carlos; 2010
- 44 Cf. COMISSÃO NACIONAL JUSTIÇA E PAZ. *Da Globalização da Indiferença a uma Ética do Cuidado*. Reflexão da CNJP para a Quaresma de 2015. CNJP; 2015.
- 45 Uma perspectiva interpessoal. Cf. E. Zoboli. *Ética do cuidado: uma reflexão sobre o cuidado da pessoa idosa na perspectiva do encontro interpessoal*. Saúde Coletiva; 2007. p. 158-162.
- 46 E. Batoca Silva, Daniel Silva. *Reflexão Ética Sobre Cuidados Paliativos em Neonatologia a Partir do Livro um Filho para a Eternidade*. Millenium. 47. Junho/ dezembro; 2014. p. 61-68.
- 47 Para mais desenvolvimentos. Cf. W. T. Reich *History of the Notion of Care*. In: REICH, Warren T. (ed.). *Encyclopedia of Bioethics*. New York: Simon & Schuster Macmillan; 1995. p. 349-361.

- 48 Cf. E. Zoboli. A redescoberta da ética do cuidado: o foco e a ênfase nas relações. *Rev Esc Enferm. S. Paulo: USP*; 2004. p. 21-27
- 49 Cf. J. Martins e Silva. *Educação Médica e Profissionalismo*. Lisboa: Acta Médica Portuguesa; 2013.
- 50 Cf. A. Flexner. *Medical education in the United States and Canada: a report to the Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching*. New York: Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching; 1910.
- 51 Cf. P. Requena Meana. *El principialismo y la casuística como modelos de bioética clínica Presentación y valoración crítica*. Tese de Doutoramento. Pontificia Universidad de la Santa Cruz Facultad de Teología; 2005. p. 207-332.
- 52 Para mais desenvolvimentos. J. C. Simões Gonçalves Loureiro. Adeus a Delfos? Saber, não saber e medicina preditiva in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Coimbra Editora. Grupo Wolters Kluwer Coimbra. A. 8, n.º 15; 2011.
- 53 Em particular sobre a telemedicina e farmácia online. Alexandre Libório Dias Pereira. *Telemedicina e farmácia online: aspetos jurídicos da ehealth*. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 75. Vol. I/ II. Jan/jun.; 2015.
- 54 Cf. V. Rensselaer Potter. *Bioethics, the science of survival*; 1970.
- 55 Cf. V. Rensselaer Potter. *Bioethics: bridge to the future*, Englewoods Cliffs. New Jersey: Prentice-Hall; 1971.
- 56 Cf. V. Rensselaer Potter. *Global Bioethics, Building on the Leopold Legacy*. Michigan: Michigan State University Press; 1988.
- 57 G. Durand *Introduction générale à la bioéthique*. FIDES/Cerf; 1999.
- 58 Neste sentido. Cf. C. Beckert. O Conceito Bioético de Pessoa: Entre o Indivíduo Biológico e o Sujeito Ético-jurídico. 15-32. In J. Ribeiro da Silva, A. Barbosa, F. Martins Vale. *Centro de Bioética. Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa. Contributos para a Bioética em Portugal*. Lisboa: Edições Cosmos; 2002. p. 28-31.
- 59 Cf. J. Ribeiro da Silva. *Perspectivas da Bioética. Bioética Contemporânea III*. Lisboa : Edições Cosmos e João Ribeiro da Silva; 2003. p. 105.
- 60 J. Ribeiro da Silva. *Perspectivas da Bioética. Bioética Contemporânea III*. Lisboa : Edições Cosmos e João Ribeiro da Silva; 2003. p. 10.
- 61 Cf. J. Ribeiro da Silva. *Perspectivas da Bioética. Bioética Contemporânea III*. Lisboa : Edições Cosmos e João Ribeiro da Silva; 2003. p. 10.
- 62 Cf. Ch. Lavalie. *De la Bioéthique au Biodroit*. Paris: Ed. Droit et Sociétés; 1994.
- 63 Cf. Ch. Lavalie. *De la Bioéthique au Biodroit*. Paris: Ed. Droit et Sociétés; 1994.

- 64 Neste sentido. Cf. J. Miller. Is legislation in Bioethics desirable? An Exploration of aspects of the intersection of Bioethics and Biolaw” in *Bioethics and Biolaw*. Vol.I. *Judgement of life*. Ed. Peter Kemp, Jacob Rendtorff, and Niels Mattsson Johanssen; 2000.
- 65 Neste sentido. Paulo Ferreira da Cunha. *O ponto de Arquimedes*. Coimbra. Almedina; 2001. p. 212.
- 66 Sobre a dignidade da pessoa humana. Cf. J.J. G. Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina; 2003. pp. 225-226 e in *passim*.
- 67 Ver também sobre a dignidade da pessoa humana. Cf. J.J. G. Canotilho, V. Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada: Volume I - Artigos 1º a 107º*. Coimbra: Coimbra Editora; 2007. pp. 198-200 e in *passim*.
- 68 Ver também sobre a dignidade da pessoa humana. Sobre a mesma temática. Cf. Maria Helena Diniz. *O Respeito À Dignidade Humana Como Paradigma da Bioética e do Biodireito*. 967-971. In: Jorge Miranda, Marco António Marques da Silva. *Tratado Luso- Brasileiro da Dignidade Humana*. S. Paulo: Quartier Latin do Brasil; 2008.
- 69 A dignidade da pessoa humana e as raízes fundamentantes do direito. Cf. Santos Justo, A. *Nótulas do Pensamento Jurídico: História do Direito*; 2005. p. 81-82.
- 70 Neste sentido. Barbara Freitag. *A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas*, *Revista de Sociologia da Iniversidade de S. Paulo*. *Tempo Social*. Vol. 1. N.º 2; 1989. p. 10.
- 71 Cf. I. Sarlet. *As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Aberta e Compatível com os Desafios da Biologia*. In: *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*, S. Paulo: Ed. Método; 2008. p. 30 ss.
- 72 Cf. Frédérique Dreifuss-netter. *La Protection Pénale de l'Être Humain avant la Naissance* In : *La Personne Juridique dans la Philosophie du Droit Pénal*. Panthéon Assas ; 2001. p. 95.
- 73 Cf. Bjarne Melkevik. *Les Concepts de Personne et de Dignité: La Question de Droit*. In : *La Personne Juridique dans la Philosophie du Droit Pénal*. Paris: Editions Panthéon Assas ; 2001. p. 85-87.
- 74 Uma voz discordante. Cf. Vera Lúcia Raposo. *O Direito à Vida na Jurisprudência de Estrasburgo*. *Jurisprudência Constitucional*. n.º 14 Abril-Junho; 2007. p. 85-87.
- 75 Outra voz discordante. Cf. C. A. Gomes. *Risque Sanitaire et Protection de l'Individu Contre Soi-Même. Quelques Topiques pour un Débat*. *Rev. do M. P.*; nº 116; 2008. p. 133 ss.

- 76 O artigo 1.º: “Les droits de l’homme sont l’expression directe de la dignité de la personne humaine. L’obligation pour les Etats d’en assurer le respect découle de la reconnaissance même de cette dignité que proclament déjà la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l’homme. Cette obligation internationale est, selon une formule utilisée par la Cour internationale de Justice, une obligation erga omnes; elle incombe à tout Etat vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble, et tout Etat a un intérêt juridique à la protection des droits de l’homme. Cette obligation implique au surplus un devoir de solidarité entre tous les Etats en vue d’assurer le plus rapidement possible une protection universelle et efficace des droits de l’homme”. “Human rights are a direct expression of the dignity of the human person. The obligation of States to ensure their observance derives from the recognition of this dignity as proclaimed in the Charter of the United Nations and in the Universal Declaration of Human Rights. This international obligation, as expressed by the International Court of Justice, is erga omnes; it is incumbent upon every State in relation to the international community as a whole, and every State has a legal interest in the protection of human rights. The obligation further implies a duty of solidarity among all States to ensure as rapidly as possible the effective protection of human rights throughout the world. “ INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL. La protection des droits de l’homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures de l’Etat. 1.ª resolução adoptada a 13 setembro de 1989 – Em Santiago de Compostela (Giuseppe Sperduti (Relator)). Anuário. v. 63-II; 1990. p.338. INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL. La compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux/ Universal civil jurisdiction with regard to reparation for international crimes. (Andreas Bucher (relator)). Relatório final;2015. p. 6.
- 77 Cf. Jean Marie Crouzatier. Droit International de la Santé. Paris: Éditions des archives contemporaines ; 2009. p. 97.
- 78 Cf. Lenoir, N., Mathieu, B. Les normes internationales de la bioéthique. Paris: PUF; 1998. p. 100.
- 79 Em sentido próximo. António Junqueira de Azevedo. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista trimestral de direito civil. Ano 2. Vol. 9. Jan./ Mar.; 2002. Vide também. Nuno Manuel Pinto Oliveira. Dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética. Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 8. N.º 15; 2011.

- 80 Atente-se a concepção de Ser e da sua dignidade enquanto fluxo contínuo integrado na realidade universal.
- 81 Muito oportunas são as reflexões de Sloterdijk no livro Regras para o parque humano, com as correspondentes projeções ético-jurídicas. Cf. Peter Sloterdijk. Regras para o parque humano. Angelus Novus. Tradução de Manuel Resende; 2008.

Bibliografía

- A. Flexner. Medical education in the United States and Canada: a report to the Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching. New York: Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching; 1910.
- A. Gomes. Risque Sanitaire et Protection de l'Individu Contre Soi-Même. Quelques Topiques pour un Débat. Rev. do M. P. n° 116; 2008.
- Alexandre Libório Dias Pereira. Telemedicina e farmácia online: aspetos jurídicos da ehealth. Revista da Ordem dos Advogados. Ano 75. Vol. I/ II. Jan/jun. 2015.
- António dos Santos Justo. Introdução ao Estudo do Direito. Coimbra: Coimbra Editora; 2012.
- António Junqueira de Azevedo. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista trimestral de direito civil. Ano 2. Vol. 9. Jan./ Mar.: 2002.
- Armando Venâncio, Ângela C. Macedo, Francisco Malcata. Biotecnologia dos Alimentos. In: Biotecnologia: Fundamentos e Aplicações. Lidel. Cap. XX; 2003.
- Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. Recomendação n.º 1468; 2000.
- Barbara Freitag. A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas, Revista de Sociologia da Iniversidade de S. Paulo. Tempo Social. Vol. 1. N.º 2; 1989.
- Batoca Silva, Daniel Silva. Reflexão Ética Sobre Cuidados Paliativos em Neonatologia a Partir do Livro um Filho para a Eternidade. Millenium. 47. Junho/ dezembro; 2014.
- Bjarne Melkevik. Les Concepts de Personne et de Dignité: La Question de Droit. In: La Personne Juridique dans la Philosophie du Droit Pénal.

- Paris: Editions Panthéon Assas; 2001.
- C. Beckert. O Conceito Bioético de Pessoa: Entre o Indivíduo Biológico e o Sujeito Ético-jurídico. 15-32. In J. Ribeiro da Silva, A. Barbosa, F. Martins Vale. Centro de Bioética. Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa. Contributos para a Bioética em Portugal. Lisboa: Edições Cosmos; 2002. p. 28-31.
- C. Simões Gonçalves Loureiro. Adeus a Delfos? Saber, não saber e medicina preditiva in *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Coimbra Editora. Grupo Wolters Kluwer Coimbra. A. 8, n.º 15; 2011.
- Ch. Laviaille. De la Bioéthique au Biodroit. Paris: Ed. Droit et Société; 1994.
- Comissão Nacional Justiça e Paz. Da Globalização da Indiferença a uma Ética do Cuidado. Reflexão da CNJP para a Quaresma de 2015. CNJP; 2015.
- D. Gracia. Fundamentos de Bioética. Eudema; 1989.
- D. Gracia. Procedimientos de decisión en Ética clínica. Eudema; 1991.
- Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa, Academia das Ciências de Lisboa e da Fundação Calouste Gulbenkian. Vol. I A-F. Verbo; 2001.
- Dicionário da Língua Portuguesa: Novo. Porto Editora; 2010.
- Dicionário de Português e Espanhol. Porto Editora; 2000. p. 338.
- E. Luiz Bonamigo. El Principio de Precaución: Un Nuevo Principio Bioético y Biojurídico. Tese de Doutoramento. Departamento de Ciências da Educação, Linguagem, Cultura e Arte – Faculdade de Ciências do Turismo. Universidade Rei Juan Carlos; 2010.
- E. Zoboli. A redescoberta da ética do cuidado: o foco e a ênfase nas relações. *Rev Esc Enferm. S. Paulo: USP*; 2004.
- E. Zoboli. Ética do cuidado: uma reflexão sobre o cuidado da pessoa idosa na perspectiva do encontro interpessoal. *Saúde Coletiva*; 2007.
- Encyclopedia International. Grolier Incorporated. Stratford Press. Vol.11; 1970. p. 520.
- Fernando J. Regateiro. Manual de Genética Médica. Coimbra; 2013.
- Frédérique Dreifuss-netter. La Protection Pénale de l'Être Humain avant la Naissance In: *La Personne Juridique dans la Philosophie du Droit Pénal*. Panthéon Assas; 2001. p. 95.

- G. Durand. Introduction générale à la bioéthique. FIDES/Cerf; 1999.
- G. Hottois, MH. Parizeau. Dicionário Da Bioética. Coleção Atlas e Dicionários. Instituto Piaget; 1993. p. 58-64.
- H. Kieffer. Bioética. Alhambra. Universidad; 1983.
- H. T. Engellhardt. The Foundations of Bioethics. Nova Iorque – Oxford: Oxford University Press; 1986.
- I. Sarlet. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Aberta e Compatível com os Desafios da Biologia. In: Direitos Fundamentais e Biotecnologia, S. Paulo: Ed. Método; 2008.
- Instituto de direito internacional. La compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux/ Universal civil jurisdiction with regard to reparation for international crimes. (Andreas Bucher (relator)). Relatório final; 2015.
- Instituto de direito internacional. La protection des droits de l’homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures de l’Etat. (Giuseppe Sperduti (Relator)). Anuário. v. 63-II; 1990.
- J. Gafo. Fundamentación de la Bioética y Manipulación Genética. Universidad Pontificia Comillas; 1988.
- J. Martins e Silva. Educação Médica e Profissionalismo. Lisboa: Acta Médica Portuguesa; 2013.
- J. Miller. Is legislation in Bioethics desirable? An Exploration of aspects of the intersection of Bioethics and Biolaw” in Bioethics and Biolaw. Vol.I. Judgement of life. Ed. Peter Kemp, Jacob Rendtorff, and Niels Mattsson Johanssen; 2000.
- J. P. Machado. Ética em Cuidados de Saúde. Porto: Porto Editora; 1998.
- J. Ribeiro da Silva. Perspectivas da Bioética. Bioética Contemporânea III. Lisboa: Edições Cosmos e João Ribeiro da Silva; 2003.
- J.J. G. Canotilho, V. Moreira. Constituição da República Portuguesa Anotada: Volume I - Artigos 1º a 107º. Coimbra: Coimbra Editora; 2007.
- J.J. G. Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina; 2003.
- Jean Marie Crouzatier. Droit International de la Santé. Paris: Éditions des archives contemporaines; 2009.

- Jr HT. Engelhardt. Fundamentos Da Bioética. Loyola; 1998.
- Lenoir, N., Mathieu, B. Les normes internationales de la bioéthique. Paris: PUF; 1998.
- Lima, M. Mota. Biotecnologia: fundamentos e aplicações. Lidel Ed. Técnicas; 2003.
- Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. S. Paulo. Ed. Revista dos Tribunais; 2001.
- Maria Helena Diniz. O Respeito À Dignidade Humana Como Paradigma da Bioética e do Biodireito. 967-971. In: Jorge Miranda, Marco António Marques da Silva. Tratado Luso- Brasileiro da Dignidade Humana. S. Paulo: Quartier Latin do Brasil; 2008.
- Maria L. P. Silva. Autonomia da pessoa e determinismo genético. In: Rui Nunes, Helena Melo, Cristina Nunes. Genoma e dignidade humana. Coimbra: Gráfica de Coimbra; 2002.
- National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. The Belmont Report. Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research. Washington DC: DHEW Publication OS 78-0012; DC 1978.
- Nuno Manuel Pinto Oliveira. Dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 8. N.º 15; 2011.
- Oliveira Ascensão. O Direito. Introdução e Teoria Geral. Almedina; 2005.
- P. Laín Entralgo. El médico y el enfermo. Guadarrama; 1969.
- P. Requena Meana. El Principialismo y la casuística como modelos de bioética clínica Presentación y valoración crítica. Tese de Doutoramento. Pontificia Universidad de la Santa Cruz Facultad de Teología; 2005
- Paulo Ferreira da Cunha. O ponto de Arquimedes. Coimbra. Almedina; 2001.
- Pessini, C. de Paul Barchifontaine. Problemas atuais de Bioética. Centro Universitário S. Camilo. Edições Loyola; 2002.
- Peter Sloterdijk. Regras para o parque humano. Angelus Novus. Tradução de Manuel Resende; 2008.
- R. Nunes, D. Serrão. Ética em Cuidados de Saúde. Porto: Porto Editora; 1998.

- Reinaldo Pereira Silva. Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. S. Paulo: LTr; 2002.
- Robert I. Nussbaum; Roderick R. McInnes; Huntington F. Willard. Thompson & Thompson Genética Médica. Elsevier; 2008.
- Santos Justo, A. Nótulas do Pensamento Jurídico: História do Direito; 2005.
- T. H. Morgan, A. H. Sturtevant, H. J. Muller, C. B. Bridges. The Mechanism of Mendelian Heredity. Henry Holt and Company; 1915.
- T. H. Morgan. A Critique of the Theory of Evolution. Louis Clark Vanuxem Foundation. Princeton. Princeton University Press; 1916.
- T. H. Morgan. Evolution and Genetics. Princeton, NJ. Princeton University Press; 1925.
- T. H. Morgan. Heredity and Sex. Columbia University Press; 1913.
- T. H. Morgan. The Physical basis of Heredity. Philadelphia and London. J. B. Lippincott Company; 1919.
- T. H. Morgan. The Theory of the Gene. New Haven. Yale University Press; 1926.
- T. L. Beauchamp. Principi della bioetica: autonomia, beneficencialità, giustizia. In Ed. G. Russo. Bioetica fondamentale e generale, Torino: SEI; 1995.
- T. R. Vieira. Bioética e Direito. Jurídica Brasileira; 1999.
- V. Rensselaer Potter. Bioethics, the science of survival. 1970.
- V. Rensselaer Potter. Bioethics: bridge to the future, Englewoods Cliffs. New Jersey: Prentice-Hall; 1971.
- V. Rensselaer Potter. Global Bioethics, Building on the Leopold Legacy. Michigan: Michigan State University Press; 1988.
- Vera Lúcia Raposo. O Direito à Vida na Jurisprudência de Estrasburgo. Jurisprudência Constitucional. n.º 14 Abril-Junho, 2007.
- W. T. Reich History of the Notion of Care. In: REICH, Warren T. (ed.). Encyclopedia of Bioethics. New York: Simon & Schuster Macmillan; 1995.

Notas

La fuerza del pasado en el derecho

Livio Perra

Dottore in Giurisprudenza,
Università degli Studi di Cagliari (Italia)

Resumen: El presente trabajo versa sobre el poder de la memoria en la ley, es decir, la importancia que tiene para cada individuo la búsqueda de la memoria histórica, la memoria de sus antepasados. En particular, se analizarán dos fenómenos: el testimonio y el testamento como una herramienta para la reconstrucción de la memoria (histórica).

Palabras clave: Memoria histórica; Testimonio; Testamento; Herencia.

Abstract: This paper deals with the power of memory in law, in other words, the importance of historical memory to each individual, the memory of their ancestors. In particular, two phenomena will be analyzed: testimony and will as a tool for the reconstruction of the (historical) memory.

Keywords: Historical memory; Testimony; Will; Heritage.

Artículo recibido: 18/11/2015 Aceptado: 24/08/2016

El objeto de este trabajo consiste en indagar sobre la memoria en la ley. En particular, los dos fenómenos que se examinan son: el testimonio y el testamento como una herramienta para la reconstrucción de la memoria (histórica). El testimonio, tomado como prueba “principal” en el ordenamiento jurídico italiano, tiene algunas limitaciones. Es una tarea difícil para discernir la verdad.

El juez responde a estos problemas creyendo como testimonio veraz cuando se demuestre que no es falso “y si dos testigos no se llevan bien, uno de los dos debe ser un mentiroso” (Carnelutti, 1931, IX). Así que no sorprende cuando Francesco Carnelutti advierte que alguien diga: “la fe en los testigos no es más que la superstición” (Carnelutti, 1931, IX).

Según Carnelutti, entre las “enfermedades de la pruebas” lo más peligroso es el llamado “falso testimonio [testimonianza fallace]”. Escribe Carnelutti (1931, IX):

En cuanto al testigo no poner una pizca de mala voluntad, incluso mientras nos esforzamos por ser fieles, poco o mucho que no llega a distorsionar la verdad.

En este punto es necesario aclarar, lo que se entiende por la palabra “testimonianza”. Se le pide al testigo que informe de lo mucho que experimentó directamente, que percibe de primera mano. De ello se desprende que el testimonio es el resultado de los valores como la honestidad, la memoria, la objetividad y la sensibilidad de percepción del testigo.

El testimonio es, en el proceso, una fuente de conocimiento, donde el conocimiento es a menudo entendido como creencia verdadera justificada.

Se considera que el testimonio, en palabras de Giovanni Tuzet, es “fuente cognitiva genuinamente social [fonte conoscitiva genuinamente sociale]”, por lo tanto, “enviamos el conocimiento por el testigo”.

Pero estamos seguros de que esta entrega es válida sólo para el testimonio en el proceso o tenemos un alcance cada vez que hablamos de la memoria de un suceso pasado, y en particular en el testamento?

El Ab. Giuseppe Jacopo dice que para cada individuo existe una

... deuda para hacer su testamento en perfecta serenidad de mente con el apoyo de la razón y la religión, no sin algo de memoria de los testadores más meritorios.

Giuseppe Jacopo define el testamento como “el precioso privilegio que el derecho civil acuerda al hombre” (Jacopo, 1854, 6); además, refiere cómo juristas y filósofos también lo definen (Jacopo, 1854, 5):

El testamento es la moral, el detector espejo de un hombre (Pli-
nio). Es el más alto sentido de la soberanía de la voluntad humana
(Benedez). Es el trabajo de mayor libertad. Es el triunfo de la voluntad
de un alma inmortal libremente promulgado (Troplong). El testamen-
to, ya que es el más solemne e importante, también es el último de
todos los actos de la sociedad civil (D’Aguesseau). Es una especie de
dulce consuelo para nuestra fugacidad: nos permite casi revivir en la
persona de nuestros sucesores, y nos da una imagen y una sombra de
la inmortalidad (D’Aguesseau). Es un corolario del dogma consolador
de nuestra inmortalidad espiritual (Leibniz).

Probar la verdad o falsedad de los hechos históricos narrados en un
testamento es una probatio diabólica. Más allá del hecho si lo que está es-
crito en un testamento, sobre la memoria histórica, es cierto o no, genuino
o espuria, el testamento es la herramienta utilizada para la reconstrucción
de la memoria (histórica).

El testamento se presta a ir más allá del guión, para buscar la his-
toria personal de la de *cuius*¹, pero no sólo, para descubrir la memoria
colectiva, la memoria de los acontecimientos, es decir, la realidad histórica
de los acontecimientos. El testamento es el instrumento catalizador del
redescubrimiento de la memoria, es el instrumento mediante el cual se
va en busca del pasado.

1 En el lenguaje jurídico italiano el término de *cuius* se utiliza para indicar la persona
del difunto en referencia a los acontecimientos de la sucesión. En particular, es
una elipse de la frase latina *is de cuius hereditate agitur* [uno cuya herencia es].

Hay muchos autores que han tratado sobre el papel central de la herencia, el pasado en la vida del hombre. Martin Heidegger, en particular, en la interpretación de la poesía de Friedrich Hölderlin, profundiza la definición del hombre como el que debe dar testimonio con la palabra en una herencia.

En este sentido, Jacques Derrida dice (Derrida, 1997, 28):

... el lenguaje se ha dado a presenciar lo que somos la herencia. No es la herencia que tenemos o recibimos, pero la herencia que estamos plenamente. Quienes somos, heredamos. Y nosotros heredamos la lengua tenemos que testimoniar el hecho de que estamos en lo que heredamos.

En otras palabras, heredar no es obtener un objeto, sino responder a una disposición fundamental (Derrida, 1994, 73): “el siendo de lo que somos es primera herencia”. Es por eso que la investigación de los conjuntos de memoria, despertado por el testamento, no es un recuerdo simple, pero trata un poco de sí mismos en los asuntos de sus antepasados, porque la memoria nos ayuda a entendernos a nosotros mismos. Por tanto, la investigación de la memoria histórica es muy importante para toda la humanidad, sin distinción de raza, étnica o social.

La película *Everything is illuminated* de Liev Schreiber pone el énfasis en la importancia de la investigación de la memoria y el poder del pasado: “todo está iluminado por la luz del pasado”. El personaje de Alexander Perchov, en el final de la película, se dirige al protagonista y una vez hecho el punto sobre la investigación llevada a cabo de la memoria histórica obtiene sugerentes conclusiones (Schreiber, 2005):

He reflexionado a menudo en nuestra búsqueda rígida. Me mostró que todo está iluminado por la luz del pasado. Es siempre a lo largo de nuestro lado [...]. Jonfry, de esta manera, siempre voy a estar en el lado de tu vida y que siempre estaré a lo largo del lado de mi, nuestras familias estarán con nosotros y las familias de nuestras familias, tu abuelo y tal vez, de alguna manera, incluso mi abuelo.

Bibliografía

- Carnelutti, Francesco. 1931. Prefazione. In Cesare Musatti, *Elementi di psicologia della testimonianza*. Padova: Cedam.
- Derrida, Jacques. 1993. *Spectres de Marx. L'Etat de la dette, le travail du deuil et la nouvelle Internationale*. Paris: Galilée.
- Derrida, Jacques. 1994. *Spettri di Marx. Stato del debito, lavoro del lutto e nuova internazionale*. Milano: R. Cortina.
- Derrida, Jacques et Stielger, Bernard. 1996. *Echographies de la télévision. Entretiens filmés*. Paris: Galilée / Institut national de l'audiovisuel.
- Derrida, Jacques. 1997. Artefactualità. In: Jacques Derrida e Bernard Stiegler, *Ecografie della televisione*. Milano: R. Cortina.
- Halbwachs, Maurice. 1925. *Les cadres sociaux de la mémoire*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Halbwachs, Maurice. 1950. *La mémoire collective*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Heidegger, Martin. 1988. *Hölderlin e l'essenza della poesia*. In: La poesia di Hölderlin. Milano: Adelphi.
- Jacopo, Ab. Giuseppe. 1854. *Memoria. Del debito di fare testamento in perfetta serenità di mente sull'appoggio della ragione e della religione non senza qualche ricordo de' più benemeriti testatori*. Bassano: tipografia Baseggio.
- Musatti, Cesare. 1931. *Elementi di psicologia della testimonianza*. Padova: Cedam.
- Rizzo, Francesca (ed.). 2005. *Filosofia e storiografia. Studi in onore di Girolamo Crotono*. Soveria Mannelli: Rubbettino.
- Safran Foer, Jonathan. 2002. *Everything is illuminated*. Boston: Houghton Mifflin.
- Schreiber, Live. 2005. *Everything is illuminated*. [película tracta de l'homónimo libro de Jonathan Safran Foer].
- Tuzet, Giovanni. 2013. *Filosofia della prova giuridica*. Torino: Giappichelli.

NOTICIA DE LOS AUTORES

Sergio Alejandro Rea Granados

Doctorando en la Universidad de Chile (Chile). Maestría en Derecho Internacional Público, Universidad de Melbourne (Australia). Licenciado en Derecho, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México (México). Trabajó como Oficial de Protección en la Oficina de México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y como Jefe de Departamento de Investigación Internacional, Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados.

Jesús Raúl Gutiérrez Amparán

Licenciado en Trabajo Social por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez (México). Maestría en Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (México). Experiencia laboral en asociaciones civiles sobre temas de desarrollo comunitario, prevención de trata de personas, migración y perspectiva de género. Actualmente labora en Educación y Ciudadanía A.C., y pertenece al observatorio de CeroTrata en San Luis Potosí (México). Co-autor de los artículos “Memorias de Braceros. Olvido y abandono en el norte de México” y “Migraciones pobladas en Ciudad Juárez”. Colaborador en investigaciones enfocadas a la urbanización de la pobreza, poblaciones indígenas en zonas urbanas y participación política de la mujer en el estado de Chihuahua.

Johan Alejandro Aldana Rodríguez

Licenciado en Relaciones Internacionales por la Universidad del Valle de México campus Querétaro (México). Maestría en Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (México). Estudios en Alemania, estancias en Panamá y varios estados de México, trabajando en asuntos vinculados a los derechos humanos, migración y ayuda humanitaria. Actualmente, colabora con Naciones Unidas en temas de derechos humanos y educación.

Eréndira Nohemí Ramos Vázquez

Licenciada en Derecho, egresada con mención honorífica, por la Universidad de Colima (México). Se encuentra cursando la Maestría en Derechos

Humanos y Derecho Constitucional en la Universidad Panamericana (México). Es autora, coautora y colaboradora de diversos trabajos de investigación publicados en México y en otros Estados. Ha impartido conferencias en varios foros sobre temas relacionados a los Sistemas Internacional e Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Actualmente se desempeña como Asistente de Investigación del Dr. Sergio García Ramírez –Expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, dentro del Programa del Sistema Nacional de Investigadores de CONACyT.

Frederico Bonaldo

Profesor Asistente de Lógica y Metodología Jurídica en la Pontificia Universidade Católica de São Paulo (Brasil). Doctorando en Derecho, Pontificia Universidade Católica de São Paulo (Brasil). Máster en Derecho por la Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Brasil).

Luis Alejandro Gutiérrez Eklund

Abogado por la Universidad de Belgrano (...). Miembro del departamento legal de la Human Rights Foundation (HRF). Actualmente, dirige la investigación sobre la difamación criminal en América y Europa en el proyecto “Speaking Freely” de la HRF.

Ian Miranda Sánchez

Abogado por la Universidad Privada Santa Cruz de la Sierra (Bolivia). Docente invitado de Derecho Internacional Público en la Universidad Privada Santa Cruz de la Sierra (Bolivia). Investigador de la Human Rights Foundation (HRF).

Carlos Andrés Peredo Molina

Abogado por la Universidad Privada Santa Cruz de la Sierra (Bolivia). Actualmente, cursa el diplomado “Marketing Certificate with Concentration in Social Media and Web Analytics” en la University of California, Los Angeles (Estados Unidos). Investigador de la Human Rights Foundation (HRF)

Camila Calvi Baldivieso

Estudiante de Abogacía en la Universidad Privada Santa Cruz de la Sierra (Bolivia). Investigadora de la Human Rights Foundation (HRF)

Antonio Isaías Canova González

Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Diploma de Estudios Avanzados por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela (Venezuela). Profesor de pregrado y postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). Director de la asociación civil “Un Estado de Derecho” (UED). Premio Nacional de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1997). Autor de diversos libros y artículos jurídicos. Participante en diversos foros nacionales e internacionales sobre temas de Derecho Constitución, Administrativo y Procesal. Ha sido asesor y perito experto sobre violación generaliza del derecho de propiedad y libre empresa en la última década en Venezuela y la falta de independencia del Poder Judicial venezolano, en diferentes tribunales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y tribunales civiles estadounidenses, donde han cursado demandas ejercidas contra la República Bolivariana de Venezuela. Ha asesorado a las partes en procesos arbitrales a ser llevados en Venezuela, o internacionalmente, en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Socio del escritorio jurídico Araquereyna.

Luis Alfonso Herrera Orellana

Abogado y Licenciado en Filosofía por la Universidad Central de Venezuela (Venezuela). Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). Director de la asociación civil “Un Estado de Derecho” (UED). Profesor de la Universidad Central de Venezuela (Venezuela).

Ligia De Jesús Castaldi

Maestría en Leyes (LL.M.), Harvard Law School, Cambridge, MA (Estados Unidos), tesis: “Jurisprudencia sobre Derechos del Niño de la Calle

en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Maestría en Derecho Internacional y Organismos Internacionales (LL.M.), Universidad de Groningen (Holanda). Especialidad en Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Tegucigalpa (Honduras). Coordinadora Académica de Maestría en Educación en Derechos Humanos, Universidad Pedagógica Nacional Francisco Morazán, Tegucigalpa (Honduras). Asesora de la Comisión Ordinaria de Educación, Congreso Nacional de la República, Tegucigalpa (Honduras). Consultora, Unidad de Políticas Públicas, UNICEF TACRO, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, (Panamá). Actualmente Profesora de Derecho Internacional en Ave Maria School of Law, Naples, FL (Estados Unidos). Amicus curiae en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* junto a antiguo Juez de la CorteIDH, Rafael Nieto Navia, entre otros. Entre sus publicaciones más destacadas se encuentran: *The Cross v. the Court*, *The Washington Times* (2010); Reseña: Rita Joseph, *Human Rights and the Unborn Child*, *Humanitas*, No. 59, Año XV, Pontificia Universidad Católica de Chile (agosto, 2010); *Homosexual marriage now legal in Argentina*, *South Florida Sun Sentinel.com*, 28 de julio (2010); *Homosexual Marriage:the Road to the Supreme Court*, *Fort Myers News Press*, 17 de febrero (2010).

Albert Mengual

Abogado por la Universidad de Valencia (España). Realizó intercambios de estudios con la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona) y la Universidad de Ginebra (Suiza). En esta última, junto con el Institut de Hautes Études Internationales et du Développement (IHEID), obtuvo el Certificat de Droit Transnational (CDT). Posteriormente, realizó una pasantía en el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, del que fue consultor para el Fórum de las Minorías unos meses después. También fue pasante para el Institut International de Droit Humanitaire en la sede de Naciones Unidas en Ginebra, después de lo cual realizó un programa Fellowship con la organización World Youth Alliance en la sede de la ONU en Nueva York, entidad con estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social. Allí participó activamente en las negociaciones de la Agenda Post-2015 de Desarrollo.

Nadja Wolfe

Director of Advocacy at the World Youth Alliance (WYA). She majored in Theatre and Russian Area Studies and minored in Poverty & Human Capability at Washington & Lee University, where she also served as an AmeriCorps volunteer. After working as an English teacher in Russia for two years, she returned to the U.S. to attend William & Mary Law School, where she focused on international and comparative law, before joining WYA as an advocacy fellow after graduation. She represents WYA at the United Nations and directs its global advocacy activities. She is a member of the Massachusetts Bar.

María Olaya Godoy Vázquez

Licenciada en Derecho por la Universidad de Vigo (España), desde 1997, habiendo obtenido la calificación de Sobresaliente en el Examen de Grado. Doctora en Derecho por la Universidad de Vigo (España), desde 2013, habiendo recibido la calificación de Sobresaliente Cum Laude y el Premio Extraordinario. Profesora Asociada adscrita al Departamento de Derecho Público de la Universidad de Vigo (España), desde 2005 hasta 2013. En la actualidad, y desde 2014, Profesora Asociada adscrita al Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Alcalá (España). Abogado en ejercicio desde 1998 adscrito al Ilustre Colegio de Abogados de Vigo (España).

Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues

Doutorando em Ciências Jurídico-Económicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto e Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas (com especialização em arbitragem e contratação internacional) pela Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto. Investigador-membro do Observatório de Economia e Gestão de Fraude (OBEGEF) [2016], da Associação Portuguesa de Direito do Consumo (apDC), do Centro de Investigação, Desenvolvimento e Inovação da Academia Militar (CINAMIL)[2014], do Centro de investigação Interdisciplinar – Direitos do Homem (DH – CII) [2014], do Instituto Jurídico Portucalense (IJP) [2012]. Investigador-Bolseiro no projeto BII-CEJEA-FM / UL-FCT-Fundação Minerva-Centro de Estudos Jurídicos, Económicos e Ambientais (CEJEA) – com o tema: Medidas Anticrise

da Política Laboral [2009–2010]. Docente–Explicador–Formador em direito e similares (com Certificado de Competências Pedagógicas), tendo desenvolvido atividades formativas [formação contínua] na Câmara dos Solicitadores [2011]. Autor e revisor de literatura científica, sendo atual revisor permanente da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), do Journal of Arts and Humanities (JAH) e da Acta Médica Portuguesa (AMP). Relator pro bono no Observatório dos Direitos Humanos (ODH). Jurista pro bono da Amnistia Internacional (AI) – Portugal, da SERES VIH, SIDA, da Fundação Portuguesa “A comunidade Contra a SIDA” (FPCCSIDA) e da Associação Portuguesa se Linfomas e Leucemias (APLL).

Livio Perra

Specializzazione in Professione Legale, indirizzo Giudiziario – Forense, Università degli Studi di Cagliari (Italia). Laurea Specialistica in Giurisprudenza, Università degli Studi di Cagliari (Italia).

PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE COLABORACIONES EN



Sistema de selección de trabajos

Los trabajos que a juicio del Comité Científico Editorial respondan a la temática de la publicación propuesta y reúnan los requisitos formales previstos, serán enviados para su evaluación a dos miembros del Comité de Evaluación (especialistas en la materia), quienes los juzgarán. Si ambos asesores emiten opinión favorable, se incluirá el trabajo en el plan de publicación. Si las opiniones resultan divergentes, se consultará a un tercer miembro del Comité de Evaluación.

El Comité Científico Editorial se reserva el derecho de realizar invitaciones especiales a personalidades destacadas.

El envío de los trabajos para esta obra implica una autorización de los autores para su publicación en la versión impresa y su permanencia en la publicación en línea por tiempo indefinido. Los autores cuyos trabajos sean aceptados deben completar y enviar el Formulario de autorización para publicar.

Pautas para la presentación de trabajos

Los trabajos deben ser inéditos y referidos a la temática propuesta. 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 Científico 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; Derechos Humanos; América Latina; desigualdad; Unión Europea. *Keywords: migration; Human Rights; 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.

Deben ser enviados dos archivos adjuntos a contacto@revistaidh.org. El primero, correspondiente al documento del trabajo y, el segundo, con los datos personales, de contacto, un currículum abreviado y la filiación institucional del autor. El remitente recibirá una confirmación de la recepción del envío por la misma vía.

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 responderé 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.**



Se terminó de componer e imprimir en
diciembre de 2016 en Editorial Qellqasqa,

Toso 411, San José de Guaymallén

Mendoza, República Argentina.

editorial@qellqasqa.com.ar

www.qellqasqa.com.ar

Para esta edición se ha utilizado una impresión de bajo impacto ambiental, con insumos reciclados a partir del procesamiento industrial de soja, banana y maní.

Georgina Alejandra Guardatti

Editorial

Dossier

Sergio Alejandro Rea Granados

Menores refugiados no acompañados en México: ¿Cómo proteger sus derechos y principios en caso de detención?

Jesús Raúl Gutiérrez Amparán

Los derechos de las niñas y niños huérfanos por situación de violencia: víctimas de la guerra en la frontera norte de México

Artículos

Johan Alejandro Aldana Rodríguez

El Garantismo y los otros

Eréndira Nohemí Ramos Vázquez

La doctrina del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano

Frederico Bonaldo

La relevancia jurídica de la justicia como "voluntad constante y perpetua" desde el derecho humano a la tutela judicial efectiva

Luis Alejandro Gutiérrez Eklund, Ian Miranda Sánchez,

Carlos Andrés Peredo Molina, Camila Calvi Baldivieso

Las leyes de desacato y la difamación criminal en América Latina

Antonio Isaías Canova González y Luis Alfonso Herrera Orellana

Instigación pública y libertad de expresión en Venezuela.

El caso Leopoldo López Mendoza

Ligia De Jesús Castaldi

Los casos sobre fecundación in vitro ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un análisis de sus argumentos de fondo y posibles efectos

Albert Mengual y Nadja Wolfe

La maternidad subrogada

María Olaya Godoy Vázquez

Sistemas de garantías de los derechos fundamentales y protección multinivel en Europa

Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues

Dos novos desafios à ética, à bioética e ao biodireito

Notas

Livio Perra

La fuerza del pasado en el derecho

www.revistaidh.org / www.cladh.org



CLADH | Centro Latinoamericano
de Derechos Humanos



Universidad
Zaragoza

v|lex
vlex.com