
EL DERECHO A LA JUSTICIA IMPARCIAL

F. CARPINTERO – M. C. LONDOÑO (*coords.*)

EL DERECHO A LA JUSTICIA IMPARCIAL

EDITORIAL COMARES
GRANADA, 2011

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

Director de publicaciones:
MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO TORRES



COLECCIÓN

FILOSOFÍA, DERECHO Y SOCIEDAD

DIRECTOR: PEDRO SERNA

© de los autores

Editorial Comares, S.L.

C/ Gran Capitán, 10-Bajo, 18002, Granada

Tlf. 958 46 53 82 • Fax 958 27 27 36

E-mail: libriacomares@comares.com

<http://www.comares.com>

ISBN: ... • Depósito Legal: ...

Fotocomposición, impresión y encuadernación: EDITORIAL COMARES, S.L.

ÍNDICE

NOTA PRELIMINAR	XI
CAPÍTULO I. PERSONA, DERECHO, JUDICATURA. <i>Francisco Carpintero Benítez</i>	1
1. LA MODERNIDAD PROPUSO SUS EXPLICACIONES SOBRE LA PERSONA	6
1.1. La influencia del método científico moderno sobre la noción de la persona	8
1.2. Las tesis teológicas	12
2. LA NEGACIÓN MODERNA DE LAS PERSONAS	16
3. ¿QUÉ FUE DE ESTAS TEORÍAS?.	20
4. PERSONALISMO Y REALISMO JURÍDICO	20
4.1. Las objetividades personales en la determinación de la justicia	21
4.2. Las realidades (las cosas) y las personas	27
5. LAS PERSONAS EN SUS ENTORNOS POLÍTICOS	32
6. PERSONAS Y JUDICATURAS	34
CAPÍTULO II. TEXTOS AMBIGUOS Y ARGUMENTOS FLEXIBLES EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. <i>Manuel Jesús Rodríguez Puerto</i>	41
1. LOS LÍMITES DEL PROBLEMA	41
2. MÁS ALLÁ DEL POSITIVISMO JURÍDICO	46
3. UNA CUESTIÓN DE INTERPRETACIÓN	49
4. LA OTRA CARA DE LA MONEDA	59
CAPÍTULO III. SOBERANÍA Y ESTADO-NACIÓN: PERSPECTIVAS Y DEBATES POST-WESTFALIANOS. <i>Enrique V. de Mora Quirós</i>	67
1. LOS MODELOS CLÁSICOS	71
1.1. El planteamiento de Jean Bodin	72
1.2. Hobbes y la soberanía	81
2. EL ESTADO-NACIÓN Y SUS CONTESTACIONES	85
2.1. Posmodernidad y pluralismo jurídico	87
2.2. Crisis de la economía y crisis de los espacios: del Estado-Nación a la ciudad cosmopolita	93

3. ALTERNATIVAS: ¿DEFENSA Y RECONSTRUCCIÓN GLOBAL?	98
3.1. La crítica al globalismo: Danilo Zolo	98
3.2. Ariel François y el estado confederado	100
3.3. Teubner y la alternativa posmoderna a la teoría constitucional centrada en el Estado.	101
4. A MODO DE RECAPITULACIÓN	103
CAPÍTULO IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO ESTRATEGIA EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS. <i>María Carmelina Londoño Lázaro</i>	107
1. INTRODUCCIÓN	107
2. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS: DIRECTRICES FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO	108
2.1. La conducta atribuible al Estado	109
2.2. Las obligaciones del Estado en virtud de la Convención Americana.	113
3. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES A CARGO DE LOS JUECES NACIONALES.	116
3.1. Aproximación a la noción de control de convencionalidad.	117
3.2. El control de convencionalidad como tarea judicial en el orden interno	119
3.2.1. <i>El deber de garantía de los derechos humanos en la labor judicial: el contexto del caso Almonacid Arellano</i>	119
3.2.2. <i>El control de convencionalidad y las obligaciones generales de la Convención Americana</i>	121
3.2.3. <i>Los principios que subyacen a la noción de control de convencionalidad</i>	125
3.2.4. <i>Los parámetros legítimos del derecho interno: matices al control de convencionalidad</i>	127
3.2.5. <i>El control de convencionalidad de las normas constitucionales</i>	127
3.2.6. <i>El control de convencionalidad como deber de ampliar la normativa interna aplicable</i>	128
3.3. Claroscuros del control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales	129
4. BIBLIOGRAFÍA.	134
CAPÍTULO V. LAS GARANTÍAS DE AMPARO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. <i>Andrés Jiménez Ángel y Alexander Piñeros Aponte</i>	137
1. INTRODUCCIÓN.	137
2. LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES INTERNACIONALMENTE RECONOCIDAS	139
3. LAS GARANTÍAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO.	143
3.1. Problemas de definición: «garantías», «garantías judiciales», «garantías indispensables», «garantías mínimas»	144
3.1.1. <i>El término garantías en la Convención Americana</i>	144
3.1.2. <i>¿Hacia una definición jurisprudencial del concepto?: de «garantías» a «garantías judiciales»</i>	145
3.1.3. <i>«Garantías mínimas» y «garantías adicionales»</i>	149
3.2. El alcance de las garantías: procedimientos y titulares	150
3.3. «Garantías judiciales», «recurso judicial efectivo» y «deber de investigar»: bases para una protección efectiva de los derechos	154
4. BIBLIOGRAFÍA.	158

CAPÍTULO VI. LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS PROCESALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y LA TIPIFICACIÓN DE LAS VÍCTIMAS A LOS DERECHOS HUMANOS. <i>Wilson De los Reyes Aragón</i>	165
1. INTRODUCCIÓN.	165
2. INVOCACIÓN DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS JUDICIALES COMO ALGO MÁS QUE LA SATISFACCIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD PROCESAL INTERNACIONAL	168
3. FRECUENCIA DE INVOCACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE NATURALEZA PROCESAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	173
3.1. Casos contenciosos tramitados ante la Corte Interamericana hasta 2009.	174
3.2. Frecuencia de invocación judicial de violación a los derechos de naturaleza procesal.	175
4. CARACTERÍSTICAS TÍPICAS DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS DE NATURALEZA PROCESAL	189
5. CONCLUSIÓN	194
6. BIBLIOGRAFÍA	197

NOTA PRELIMINAR

«El procedimiento no sólo no era público, sino que también permanecía secreto para el acusado. Naturalmente, todo lo secreto que era posible, pero era posible en su mayor parte. El acusado tampoco tenía acceso a los escritos judiciales y deducir de los interrogatorios el contenido de ellos era muy difícil, sobre todo para el acusado, confuso y lleno de preocupaciones. Allí era donde debía actuar la defensa [...] Lo más importante eran las relaciones personales del abogado, en ellas consistía la calidad de la defensa» (Franz Kafka, El Proceso)

El presente libro es un esfuerzo conjunto entre España y Colombia, y se constituye en el primer producto tangible de un proceso investigativo centrado en identificar, compilar y divulgar los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la siempre compleja actividad de administrar justicia en un Estado de Derecho. Todo ello ha sido posible gracias al trabajo conjunto entre la Universidad de Cádiz y la Universidad de La Sabana (Bogotá), y al apoyo brindado por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo —AECID—, entidad a la que los autores extienden un saludo de agradecimiento.

Al tratarse de la primera de varias entregas sobre el tema, hemos considerado importante exponer al principio la perspectiva de la filosofía del derecho sobre varios aspectos cruciales para la administración de justicia. Por este motivo el presente libro cuenta con dos partes que el lector podrá distinguir nítidamente, y que los autores han siempre considerado complementarias. La primera parte del libro se centra en la ya anunciada perspectiva iusfilosófica sobre los actores que mueven la administración de justicia, el papel de la misma en los Estados contemporáneos y la creciente relevancia de los derechos humanos en la actividad judicial. La segunda parte del libro está escrita en clave de Derecho Internacional, concentrada en la praxis del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ambas perspectivas constituyen, en nuestro criterio, una aproximación más comprehensiva a un elemento tan

valioso como delicado en los Estados de Derecho contemporáneos, la administración de justicia y, en particular, la identificación de aquellos factores que al verificarse la consolidan como uno de los pilares de las sociedades democráticas, y que al desconocerse minan la confianza de las personas en el Derecho y sus instituciones.

La primera de las aproximaciones iusfilosóficas propone interrelacionar los conceptos de persona, Derecho y judicatura, bajo el entendido de que no es posible definir la judicatura, y mucho menos la dimensión de sus funciones, sin conocer previamente el concepto de persona, dado su rol principal en la administración de justicia, tanto en las decisiones proferidas como en la forma de materializarlas en la práctica.

Seguidamente se aborda el tema de la ambigüedad y flexibilidad subyacente a la redacción e interpretación de los derechos fundamentales. Lo anterior supone plantear los consecuentes interrogantes sobre las diferentes posibilidades de aplicación de dichas normas en casos concretos, las valoraciones morales subyacentes a la actividad judicial y las inevitables tensiones surgidas de los requerimientos de solucionar casos puntuales y salvaguardar simultáneamente la seguridad jurídica a través de la predictibilidad de las decisiones. Se resalta, entonces, la complejidad intrínseca a la labor del juez y la creciente importancia del mismo en los Estados de Derecho contemporáneos.

El tercer capítulo presenta un análisis acerca de las fuentes normativas que convergen en la administración de justicia, señalando la creciente dispersión del origen de las normas jurídicas que va de la mano con el proceso globalizador y la mayor interrelación de los Estados y sus instituciones. El debate sobre la vigencia del Estado-Nación, la evidencia de una mayor actividad interestatal y la progresiva influencia —no exenta de riesgos— de las organizaciones internacionales en el proceso de creación de normas y de la fijación de su contenido concentran, entonces, el objeto de dicho análisis.

En su segunda parte, el libro propone un vistazo a la administración de justicia desde una perspectiva centrada en el Derecho Internacional, particularmente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos dentro del contexto regional Interamericano. El capítulo cuarto realza el papel de los operadores judiciales, especialmente de los jueces estatales, al analizar el Control de Convencionalidad desarrollado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como un importante punto de confluencia entre el Derecho Interno de los Estados y el Derecho Internacional, particularmente en materia de Responsabilidad Internacional de los Estados por violación a normas sobre derechos humanos.

El capítulo quinto relata analíticamente los derechos de naturaleza procesal que se encuentran previstos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Esto es, aquellos derechos cuya efectividad recae de forma especial en la administración de justicia, creando así el marco normativo en el cual se centrará la labor

de identificación y compilación de los estándares fijados y prácticas recomendadas por el derecho internacional para el ejercicio de una administración de justicia que se corresponda con las expectativas fijadas en ella.

Finalmente, el último capítulo del presente libro busca señalar la importancia de la administración de justicia en la protección de los derechos humanos positivados por los Estados de Derecho a partir de una perspectiva empírica, analizando la frecuencia con la cual las violaciones a los derechos humanos de carácter sustantivo están acompañadas de violaciones concomitantes o subsecuentes a derechos de naturaleza procesal, con un énfasis especial en las características de las víctimas de tales violaciones y el trato recibido por parte de las instituciones de administración de justicia estatales.

Para los autores, en todo caso, el valor del trabajo sobre los estándares internacionalmente fijados respecto de la administración de justicia no se circunscribe al texto que el lector tiene ante sí, sino que se extiende incluso de mayor manera a la utilidad que pueda reportar a la actividad cotidiana de los operadores judiciales y a los usuarios de la administración de justicia en general. Este libro, los demás que han de venir, y las capacitaciones a operadores judiciales que los autores han venido adelantando dentro del presente proyecto de investigación, los consideramos nuestra pequeña contribución a una administración de justicia en la cual los procesos *kafkianos* pertenezcan exclusivamente al mundo de la literatura.

WILSON DE LOS REYES ARAGÓN

CAPÍTULO I
PERSONA, DERECHO, JUDICATURA
Francisco Carpintero Benítez*

El brocardo medieval que expresaba *Lex facit regem* muestra, aún hoy, que la aspiración a la justicia toma cuerpo en el orden social que se expresa ante todo en las leyes. Esta idea, en aquel tiempo, se refería al orden de la sociedad en el que los ciudadanos se distinguían según sus funciones sociales; pues era propio del pensamiento primitivo inordinar a los súbditos (del latín *subditus*, sometidos) funcionalmente. Esta desigualdad no expresaba injusticia sin más, ya que en tiempos pasados el oficio o *munus* tanto generaba derechos como deberes, y cada miembro de la sociedad encontraba en las cargas y derechos de su estamento los motivos para su orgullo; incluso Hegel mantenía esta opinión hacia 1830. Aquellos hombres apenas conocían la noción del derecho en el sentido que universalmente le atribuimos hoy, como derecho subjetivo, y se movían entre oficios, *officia*, que estaban formados por las situaciones más frecuentes reguladas legalmente, en las que cada derecho solía ser la cara inseparable de un deber. Es obvio que el conjunto de los derechos de una persona poseía una fuerte carga ética.

Aquellos tiempos ya han pasado porque la Revolución hizo desaparecer los estamentos y convirtió a todos los ciudadanos iguales ante las leyes; pero esta expresión es excesivamente imprecisa, y siempre podemos preguntarnos: iguales, ¿ante qué o para qué? Viene a colación esta pregunta porque corremos el peligro —un peligro que por lo general hoy es una realidad— de considerar únicamente las capacidades individuales para exigir, dejando en la sombra que un derecho se basa normalmente en una capacidad o en una competencia para hacer. No para hacer o para actuar según el arbitrio (lo que daría lugar a un dominio o derecho sin más), sino para obrar discrecionalmente porque existe una competencia: supondría des-

* Catedrático de Filosofía del derecho en la Universidad de Cádiz, España.

conocimiento de la realidad identificar arbitrio con discrecionalidad; aquel se basa en la voluntad inmotivada, y la discreción surge desde la prudencia que pondera lo mejor —normalmente lo menos malo— en cada situación humana regulada por el derecho. Este tema de la distinción —ya que no separación absoluta— entre simple derecho y una competencia viene a cuento para estar en condiciones de clarificar nuestro status en la sociedad, porque, en realidad, el hombre contemporáneo no ha superado su condición de *súbdito* para llegar a considerar sus derechos desde su condición de ciudadano, y trata de saturar su indeterminación existencial apelando a derechos que normalmente no superan el plano del simple arbitrio que se refugia en alguna formalidad. Este hecho es fácilmente observable: reclamamos libertad, pero la libertad no puede ser el fin de ella misma; lo procedente es repetir la pregunta anterior: ¿libertad ante qué o para qué?

La Edad Contemporánea ha ido derivando hacia este tipo de formalidades empujada especialmente por la mentalidad capitalista; en estas sociedades no se pregunta por lo que un hombre ha hecho como hombre, sino cuanto posee o sobre cuanto domina. El sentido del honor y de la eticidad inherente a la noción de *officium* se ha perdido en gran medida, y aumenta la triste realidad de la *pleonexia*, que Nietzsche tradujo como tener más y desear querer tener más. Desde esta realidad social, los deseos del individuo —como individuo, no como persona— encuentran un refrendo en el ambiente en el que se ha formado su individualidad, y la evocación de los deberes permanece normalmente en la remisión frecuente a ellos, con tintes declamatorios, que ante todo sirve para guardar públicamente las formas.

Como esta separación entre lo que yo quiero (cuestión de fuerza) y lo que yo puedo (competencia jurídica frecuentemente unida a deberes), no es posible en la vida cotidiana, lo normal es recurrir al discurso doble, y el profesor universitario niega en sus enseñanzas lo que él sí hace y vive en su vida cotidiana. De hecho, es elevado el número de libros —normalmente redactados por sociólogos y antropólogos— que han visto la luz en estos últimos años, que insisten el carácter ficticio de nuestra sociedad. Buena parte de los universitarios hacen realidad la frase de Plauto: «Vendí humo», *Fumum vendidit*.

Esta realidad recae pesadamente sobre la administración de justicia. Es lógico, porque jueces, fiscales o abogados han nacido y se han formado en este contexto: la administración pública no es mejor que la sociedad que crea a sus funcionarios: aunque los políticos sean elegidos mediante votaciones, ellos tendrán el nivel moral del medio que los forma. El régimen parlamentario sólo garantiza, si funciona bien, la alternancia de los partidos políticos; pero este régimen, por sí mismo, no asegura la superación de las ficciones sobre las que vivimos. La sociedad civil, los políticos y los profesionales del derecho se imbrican mutuamente, y la administración de justicia corre el peligro de vender el humo de su *pleonexia* insustancial bajo la veste de la defensa de las leyes o bajo el pretexto de hacer justicia.

Ante este estado de hechos podemos hacer apelaciones a la honradez de cada individuo, y lo normal —si procedemos de este modo— es entrar por el camino del discurso moralizante. Parece que, más bien, hay que volver a diseñar a la persona recordando que cada hombre porta en sí la dignidad de toda la humanidad. Cuando Platón pone en boca de Sócrates que no sentimos piedad por el engañado sino por el que miente, explicita esta realidad, porque la persona reúne en sí las exigencias más amplias de la política y las más estrictas del derecho, y se sabe sujeto de unas y otras. ¿Sujeto de una relación jurídica? Si el derecho es realmente un derecho básico, como es el de exigir justicia imparcial, se es sujeto de una relación y se es sujeto ‘en’ esa misma relación. La personalidad desborda estas simples formalidades que se concretan en derechos meramente formales, porque una persona simplemente formal, sin contenidos es una contradicción en sí misma; no una contradicción desde el punto de la vista de la lógica, sino desde la realidad vital de todos los días.

El acceso a una justicia imparcial no se consigue sólo con leyes bienintencionadas. Si los funcionarios que han de dar vida a las leyes están dominados por las exigencias y las consecuencias de su simple individualidad, recreada en la sociedad capitalista, la pretensión de hacer justicia provocará ante todo alguna sonrisa irónica. Los que se ocupan en la administración de justicia, desde los oficiales de los juzgados hasta las más altas magistraturas, han de ser conscientes de que es su humanidad, no los ideales sublimes, la que crea y fundamenta el momento del juicio. Hablo de las exigencias de la humanidad, no de ensueños elevados: los ideales sirven de poco, y los románticos alemanes del siglo XIX nos hicieron un flaco favor legándonos la figura del *Ideal*. Estas exigencias personales que surgen desde la vivencia profunda, interiorizada, de lo que ya es cada uno, lleva hacia la autoestima; un pensamiento vulgar puede entender que la autoestima consiste en no avergonzarse de lo que hace cada uno; pero no es digno quien no se arrepiente porque acepta lo que hace y porque supone —quizá justificadamente— que los otros harían lo mismo en su lugar. Esto es sólo estrategia que aturde a las personas hasta el abatimiento de la propia humanidad.

El acceso a la justicia ha de basarse en la aceptación de la propia dignidad; no sólo en las dignidades personales que se expresan externamente en los distintos tratamientos según los cargos públicos, sino en el respeto que expresa la humanidad universal que reside en cada persona; la dignidad de cada ser humano no tolera la venta de humo; frecuentemente, el reconocimiento del deber al propio respeto es una aceptación dolorosa, porque nos compromete. Pero únicamente un hombre en tanto que hombre puede reconocer a otro hombre; de poco sirven las teorías sobre la justicia, sean la de Habermas o la de Rawls; estas teorías sustituyen los derechos de las personas por los derechos de las argumentaciones.

Sören Kierkegaard dedicó buena parte de su obra a destacar el carácter sintético y dual del ser humano; porque todo hombre es una síntesis entre lo finito y lo

inmenso, y la conciencia de esta tensión hace que el hombre desespere; este autor danés dedicó una obra, conocida usualmente como el *Tratado de la desesperación*, a estudiar este tema. Un problema que también recogió Hegel, y del que dijo que estos dos polos de lo humano producen una tensión que ningún «ser natural» podría soportar. Obviamente andaba en juego la noción de persona, que es el único ser «no natural» que —según Hegel— puede soportar en su interior esta dualidad.

Estas explicaciones sobre la persona y su dignidad han de ser concretadas para estar en condiciones de ser operativas en el derecho. Engisch nos propuso esta empresa, hace ya 50 años, con su obra sobre la *Konkretisierung im Recht*, pues la mayor parte de los principios o reglas generales son inútiles si la jurisprudencia no discrimina los aspectos relevantes del problema que hacen al caso, si no analiza cada conflicto hasta determinar sus factores que han de ser aceptados en la creación del problema, y si no sintetiza posteriormente los elementos individuados —fácticos y legales— para formar constructivamente el ‘caso’. El razonamiento jurídico (como en general los discursos prácticos) suele tener una vertiente que —por acomodarnos a los usos lingüísticos— hemos de llamar constructivista y, sin duda, la conciencia exagerada de este construir es el factor que ha llevado desde el siglo XVII a hoy a proponer filosofías del derecho y éticas constructoras, constructivistas o construidas.

Si no procedemos así, sólo queda, por lo general, hablar en tono retórico de las personas y sus derechos. Al aludir a un estudio que ha de poseer un primer momento analítico —en el que predomina el estudio o el análisis de índole ontológica— y de un segundo paso más sintético en el que domina la vertiente constructora movida por la intuición para el valor, estamos declarando que el principio por sí mismo es únicamente un momento del discurso del juez, o del jurista¹. Esta exigencia de análisis y síntesis, en las que la exigencia general se combina con elementos aparentemente ‘de hecho’, no implica menoscabo en la apreciación de la calidad del principio: al contrario, afirma la naturaleza ontológica de esa exigencia, que es mucho más que un universal implícito en el lenguaje, o que una derivación de la exigencia universal de la igualdad (Apel o Habermas), o del egoísmo igualmente universal, como quiere Rawls en definitiva. ¿Se puede hablar hoy de ontología sin caer en el ridículo? Quién entienda que las razones que ha de dar a un policía que prevarica, a un ladrón corriente, o al que maltrata a otra persona, son *necesariamente* distintas, entrará físicamente por un buen camino para reconocer la dependencia del derecho desde la realidad.

¹ Álvaro d’Ors nos indicaba que por juez ha de entenderse no solamente al magistrado profesional, sino también al alumno que da su opinión en una clase práctica.

Los análisis y síntesis se expresan mediante el lenguaje: toda comunicación humana (salvo algunos casos especiales) se realiza mediante el lenguaje articulado, como lo llamaba Homero. Podríamos detener el estudio en este momento lingüístico y querer jugar con entidades simplemente lógicas; tal cosa la pretendió la filosofía analítica, pero el hundimiento del Círculo de Viena se llevó consigo no sólo las quimeras de las exactitudes científicas, sino que arrastró consigo igualmente a los juegos lógicos sobre el lenguaje. El simple hecho de estar en condiciones de analizar y reconstruir sintéticamente lo recogido en las palabras implica necesariamente la funcionalidad de instancias extralingüísticas. Estas instancias son tan diversas como los problemas que estudiamos, y los razonamientos en el derecho amplían, restringen, subliman, etc., los principios universales. Pero hoy es difícil reconocer este hecho porque este tipo de discursos no logra superar el espíritu de la Declaración Universal de Derechos de 1948. Como esta Declaración fue redactada ante los peligros que se manifestaron en la Guerra Fría, la propaganda occidental insistió en proclamar solamente ámbitos de individualidad de cada individuo, es decir, esferas de libertad *frente* al poder político. Quizá esto fuera lo más urgente en aquellos casos de emergencia, pero hoy exigimos no solamente estas libertades contra o frente, sino libertades más positivas que hagan honor a la complejidad del ser humano y de su derecho, a su capacidad para estudiar las realidades plurales procediendo más allá de enunciados inmatizados por generales; porque la cotidianidad humana no es posible atendiendo solamente a prerrogativas individuales absolutas, y los caracteres y las índoles de las relaciones que nos vinculan tanto otorgan derechos como obligaciones, y normalmente no cabe hablar de deberes ni de derechos: ante el estudioso del derecho se extiende también el inmenso campo de las competencias.

Al pretender concretar el discurso sobre las personas en el plano jurídico, hace al caso rastrear la formación histórica de ese concepto tan singular, el de persona. Nos espera una introducción histórica. Pues esta palabra es un término polisémico que ha designado simultáneamente realidades distintas. De hecho, el equívoco comienza cuando los teóricos de la justicia que hacen de la igualdad implícita en el lenguaje o en las situaciones ideales del habla el fundamento solitario de sus propuestas éticas, se ven a sí mismos como espíritus creadores y, en todo caso, recurren al espíritu del Iluminismo del siglo XVIII. Pero no son innovadores, como tampoco lo fue el siglo XVIII en este tema, y esta ignorancia de lo que ha aportado la historia conduce hacia una actitud algo simplista que se consume a sí misma girando reiterativamente en declaraciones poco operativas sobre la dignidad de cada persona o sobre las exigencias de la igual libertad. Porque, ¿quiere usted basar la justicia de todos en su propio egoísmo, es decir, en el egoísmo de usted si se encontrara en una situación determinada? Únase a Rawls. ¿Quiere fundamentar la justicia en un nómeno objetivo que habita en la estructura del lenguaje, llamada pragmática formal (del lenguaje) y que se reduce a las exigencias de la igual libertad? Tiene que

adherirse a Apel o a Habermas. La práctica totalidad de los sistemas teóricos —sería preciso subrayar el adjetivo teóricos— de las filosofías prácticas que han aparecido en los últimos cuarenta años han girado reiterativa y aburridamente sobre las afirmaciones de noúmenos imposibles que reposarían sobre la igualdad individual, o en la consideración del igual egoísmo de cada individuo, esto es, en la consideración de mi egoísmo si yo no supiera quien soy. Buena parte de estos alardes de imaginación se hubieran podido evitar si estos teóricos de la ética hubieran conocido las extrañas transformaciones de la noción de persona; entonces hubieran comprobado que ya tenían hecha buena parte de su trabajo.

1. LA MODERNIDAD PROPUSO SUS EXPLICACIONES SOBRE LA PERSONA

Los autores de la Edad Moderna trataron de simplificar el problema del hombre y ante todo redujeron el estudio de lo humano a la representación —más bien de naturaleza visual— de unos individuos aislados en el *status naturae* que, en un momento posterior forman una sociedad mediante un contrato societario; obviamente, estos *moderni* no pretendían explicar la génesis de la sociedad y del derecho en la historia, sino en la razón, y de la mano del complejo de superioridad propio de Iluminismo, este modo de explicar la sociedad humana y el derecho pasó a ser considerado el realmente científico. Hoy seguimos impertérritamente este esquema, como muestran los dos máximos teóricos actuales de la justicia, Habermas y Rawls. Habermas supone un diálogo ideal, llevado por individuos parlantes, que han de seguir las reglas del habla ideal; pues todo el que entra a formar parte de un diálogo acepta anticipadamente las reglas dialógicas, como es, ante todo, la simetría de los parlantes; desde esta exigencia de igualdad, Jürgen Habermas, del mismo modo que Karl-Otto Apel, extraen las reglas de la justicia.

El otro gran representante actual de la teoría de la justicia es John Rawls, que sigue más o menos este mismo esquema: unos individuos aislados, en situación de igualdad en la posición original, que desean para los demás y, por lo tanto, para sí lo menos malo en una sociedad futura. Estos autores (los de la Modernidad y los de hoy) parten desde las exigencias de los individuos aislados y, como es lógico, fundamentan sus explicaciones en las exigencias o derechos de estos individuos así entendidos. No desde los individuos o personas, sino desde estas notas tan intelectuales y teóricas (teóricas por parciales) de los seres humanos; ya indiqué que, en ellos, los derechos de las personas quedan sustituidos por los derechos de las argumentaciones. Por el contrario, la Fe cristiana (al menos la doctrina tomista) entiende que las tendencias naturales, iguales para todos por estar creadas por Dios, operan como causas segundas en la Creación ininterrumpida del mundo, y estas tendencias tanto fundamentan libertades o derechos individuales como instituciones que desbordan el pensamiento individualista y contractualista. Da que pensar que

desde que el pensamiento ético se emancipó de los moldes cristianos, no tiene otro cauce que la afirmación de la igualdad individual que llevará a algún tipo de contrato social. Esta afirmación del individuo, con su carácter autónomo e indeterminable, ha recorrido los intentos por explicar la sociedad política humana desde el siglo xvii a hoy. Solamente Niklas Luhmann se ha apartado de este esquema; pero Luhmann expone explicaciones que abarcan tanto la formación y estructura de las sociedades humanas como las de los insectos o las de las galaxias, y parece difícil —a pesar de la capacidad persuasiva de este autor— aceptar sin más, por un acto de fe científica este esquema omnicompreensivo.

Estas doctrinas simplificadoras pueden ser coherentes, agradables para leerlas, o convincentes intelectualmente desde el punto de vista de la lógica aún dominante; pero no dan cuenta del hombre ni de sus exigencias personales y sociales. El filósofo que trató de combinar este individualismo con la afirmación de instituciones sociales supraindividuales, fue John Locke. Este inglés, entusiasmado con el desarrollo económico de Holanda e Inglaterra, que habían sido las naciones que habían practicado el libre comercio, afirmó lo que él llamó la Ley Fundamental de la Propiedad; tal ley consistía en expresar que cada hombre tiene derecho a poseer —bajo el título de la propiedad— tantas cosas como sea capaz, y que sus hijos tienen derecho a heredar los bienes de su padre antes que cualquier otra persona. Habló extensamente de la libertad individual; pero un examen atento de su «Segundo ensayo sobre el gobierno civil» lleva a pensar que esta libertad es sólo una función o exigencia de la libertad que requieren el uso y la transmisión de las propiedades privadas. Locke no conoció la noción de *persona* tal como la habían diseñado los teólogos bajomedievales (pensemos en Juan Duns Scoto o en Juan de Gerson), y nos invitó a aceptar un sucedáneo que casaba mal con la lógica, pero que era el que necesitaba el capitalismo del incipiente siglo xviii. Hablo de contradicciones a propósito de la teoría de Locke (en quien ejemplifico todo un estilo de hacer doctrina ética y jurídica) porque es difícil entender cómo en un sistema filosófico como el suyo, que negaba tozudamente el conocimiento de lo que él llamaba las sustancias, y también el de las ideas innatas, afirmó sin embargo la existencia del derecho natural e individual a las propiedades privadas sin limitaciones. Es extraño: estos liberales de primera hora no creían «filosóficamente» en nada «sustantivo», pero sí en la propiedad privada.

Locke inauguró las incoherencias actuales. Apel y Habermas parten desde bases filosóficas exquisitamente materialistas y por ende puramente sensistas y fenomenistas, que solamente deberían admitir el protoelemento de la sensación que, continuamente reelaborado por la materia gris del cerebro de acuerdo con las regularidades aportadas por las mismas sensaciones, habría de dar origen a los contenidos y alcances del conocimiento. Pero como este tipo de filosofías fenomenistas llevaría a la negación de cualquier justicia más allá de reconocer sociológicamente (ya que

no normativamente) lo que existe², han de idear la existencia de un «cuasi-noúmeno» insito en el lenguaje. Ya indiqué que esta pragmática formal del lenguaje, como la llamaba Apel determina la situación de absoluta simetría de los que dialogan, y que desde esta situación permanente de igualdad surge la justicia de todas las reglas de un ordenamiento jurídico. Es una tesis difícil de admitir para los que hacemos profesión de juristas, porque uno es el momento de hacer donaciones, y otro el de cumplir las leyes de tráfico; pero la masa más bien informe de estas doctrinas filosóficas no tiene en cuenta estas matizaciones.

1.1. La influencia del método científico moderno sobre la noción de la persona

En las actitudes representadas por Locke o Habermas, las personas no existen; ellos únicamente reconocen individuos que deben su posición en la sociedad y que pueden exigir justicia gracias a las propiedades privadas o a la posición de igualdad individual en ese diálogo ininterrumpido en el que se basa la convivencia humana. Nadie duda de las ventajas de una actitud dialógica, porque todo el que entra a formar parte de un diálogo ideal ha de reconocer (teóricamente) la igualdad de todos los otros participantes, con lo que se dificultan o vuelven imposibles las prepotencias; pero estos representantes de las reglas del diálogo ideal pretenden extraer demasiadas normas desde un punto de partida demasiado magro³. Porque la vida ha de pasar a veces por el filtro del diálogo; y a veces, no. Los intelectuales son reacios a entender que los hombres, para ser hombres, hemos de comportarnos a veces como buenos animales. No somos esencias racionales puras, *vernünftige Wesen*, como nos llamaban los discípulos de Kant que expuse en «La Cabeza de Jano».

El único punto de partida que reconocen estos autores es el fenomenismo sensista tal como lo expusieron Hobbes, Hume o d'Holbach, o ya en el siglo xx, Carnap o Neurath. Este sensismo radical se basa ante todo en afirmar restricciones del conocimiento, y si el lector quiere conocer el alcance 'absoluto' de estas limi-

² Los teóricos del derecho coherentes fueron los empiristas del primer tercio del siglo xx agrupados en torno a Uppsala: Lunstedt, Olivecrona o Ross. Ellos reconocían regularidades en los comportamientos humanos y, por tanto las normaciones que cada sociedad imponía de hecho. Pero estas *normaciones* no eran normativas, esto es, no generaban ningún *deber* jurídico sino que sólo reconocían lo que existe de hecho.

³ Por otra parte, un diálogo ideal no puede existir, porque tal figura es contradictoria en sí misma. Lo propio de un diálogo es el ejercicio real de las voluntades, un ejercicio que es real precisamente porque cada uno de los dialogantes ha de dar su brazo a torcer renunciando a algunas de sus pretensiones. Si la figura del diálogo es sustituida por la de la justicia pura encarnada en un consenso ideal con el que ha de estar de acuerdo cualquier ser racional, está de sobre la categoría del diálogo; basta con que imponga su opinión la persona que conoce realmente lo que es justo. La figura del diálogo ideal, con su consiguiente consenso ideal, es altamente dogmática, y abre la vía para algún tipo de despotismo.

taciones, siempre tiene a mano el final del libro II del «Tratado de la Naturaleza Humana» de Hume. Fue tal la influencia de este modo de entender las relaciones del hombre con su entorno que los autores moderados de los siglos XVIII y XIX no se atrevieron a usar el término complejo de Experiencia (*Erfahrung*) sino el menos comprometedor de Empiria, *Empirie*.

Es preciso superar las restricciones epistemológicas propias del materialismo moderno, si entendemos por tal las tesis que algunos pensadores derivaron desde la teoría del método científico de Newton. No es que este inglés fuera él materialista; todo lo contrario: viendo el uso que algunos hacían de las bases de su propuesta metódica, él añadió un tratado de Teodicea (Teología natural), redactado por él mismo, a la segunda edición de sus *Principios*. Pero la mentalidad materialista típicamente moderna, basada en la imagen del mundo entendido como una máquina siempre movida por la inercia universal, fue consolidada en poco tiempo. Autores como Helvetius, d'Holbach, Hume o Priestley dieron fe de la nueva mentalidad materialista que respondía impecablemente al sentido común de entonces y también ahora dominante, a pesar de que ya han desaparecido sus bases teóricas. Fue tan grande su influjo que Kant entendió al nuevo «método científico» como la explicación definitiva del mundo; de ahí sus esfuerzos en la «Doctrina de los elementos» (primera parte de la *Crítica de la razón pura*) por explicar las leyes a priori que hacen posible la intuición de los cuerpos en el espacio; de ahí también su empeño por exponer un sistema de ética —el propuesto en la segunda parte de esta obra, la «Dialéctica trascendental»— para salvar a la moralidad propiamente humana de la voracidad del materialismo. Si alguien tiene dudas sobre la finalidad de estos esfuerzos de Kant, sólo tiene que leer el prólogo de la primera edición de la *Crítica de la razón pura*, que no constituye precisamente un monumento a la humildad. Como es patente, las doctrinas kantianas sobre la ciencia siguieron la misma fortuna que el método científico newtoniano.

Indicaba que es necesario superar estos prejuicios reduccionistas y limitadores del antiguo materialismo no porque sea preferible proceder desde las buenas intenciones que brotan desde una actitud humanista adoptada sin más explicaciones, sino ante todo porque la evolución de la física en el siglo XX ha mostrado sencillamente que el «método científico» es válido sólo sectorialmente; sirve para hacer tecnología cuando no falla por culpa de su poca adecuación a la realidad⁴. La mecánica cuántica nos ha enseñado que la física de Newton —ahora llamada simplemente

⁴ Permítaseme una anécdota. Cuando hacía mis prácticas como sargento de complemento —verano de 1973— en el CIR n.º 3, Santa Ana, en Cáceres, era el encargado de explicar la teoría del tiro a los reclutas. Al tratar de las propiedades de una pieza del calibre 155, expuse lo que encontraba en su tabla de tiro: que esa pieza lograba su mayor alcance a los 46 grados. Un recluta, estudiante de

mecánica clásica— no sirve para montar sobre ella un saber omnicomprendivo o filosófico. A pesar de sus insuficiencias, este método es útil para crear tecnología porque los movimientos no-mecánicos de las partículas atómicas son excesivamente minúsculos como para influir en el mundo de la corteza terrestre, y las explicaciones de Einstein —que más bien encuentran su terreno explicativo en las vidas de las galaxias— son demasiado grandes para afectarnos en el momento de dominar técnicamente nuestro entorno.

Se ha hundido la visión mecanicista del mundo comúnmente aceptada; esta mecánica nos ayuda en la tecnología, pero no en la explicación (ni siquiera fenomenista) de lo que hace al caso en la filosofía de la ciencia. Sin Newton nos hemos quedado huérfanos: ¿qué nos queda? Quedamos las personas con nuestras necesidades. Al hablar de las personas hay que suponer siempre sus necesidades, porque la persona es un ser carente, y esta carencia es la que justifica la existencia de la moral y del derecho; y, en planos más concretos, las necesidades puntuales determinarán los contenidos de las reglas jurídicas y morales. Las necesidades concretas y diversas de las personas constituyen los grandes datos a tener en cuenta porque las explicaciones sociologistas y holistas que encontraban su apoyo último en la representación imaginaria del todo universal, del modo mecanicista aludido, han quedado sin base. Estas explicaciones solían partir desde el conjunto del ordenamiento jurídico, y también desde el estudio del poder en sí mismo: da que pensar que desde Bodin a hoy las explicaciones de los politólogos han partido desde el poder, no desde las personas; incluso las teorías de los contractualistas modernos tienen en cuenta fundamentalmente a unos individuos cuyo destino racional es crear un poder único que será la fuente de las normas de la vida jurídica: Rousseau fue el autor más paradigmático de esta actitud.

La tarea más urgente, extraordinariamente facilitada hoy por la desaparición científica de las actitudes metódicas heredadas, es la afirmación del ser humano más allá de constituir un simple individuo integrante de una especie biológica o un componente de una sociedad; pertenecemos efectivamente a una especie biológica y formamos parte de diversas sociedades, pero este holismo no explica lo que es el hombre. Hay que vencer la inercia propia del materialismo, que no reconoció la cualidad de personas de los hombres. Esta inercia simplificadora se mostró ante todo en las explicaciones que cada cual proporcionó sobre lo que es la persona; para Locke, la persona era el «sujeto» (*subjectum* o sustrato) de las propiedades privadas; para Hume, el «sujeto» de relaciones de simpatía; para d'Holbach, un punto más del

ingeniería, me hizo notar que eso era absurdo. Efectivamente, esto es imposible desde las reglas más elementales de la mecánica clásica; pero sucede del modo indicado en las tablas de tiro.

devenir universal movido por la inercia eterna; para Kelsen, siempre dominado por su lógica férrea, una creación de la ciencia jurídica, inútil para explicar el derecho, porque la noción de persona, en su *Reine Rechtslehre*, no designaba otra cosa que un punto ideal de atribución (*Zuschreibung*) de un sector de las normas de las que se compone el derecho; resultaba así que los judíos en el III Reich eran precisamente eso: un punto ideal de atribución de un sector de las normas jurídicas, y con esta explicación, la Teoría Pura del Derecho quedaba satisfecha teóricamente gracias a su pureza lógica. Ciertamente, Kelsen nunca admitió personalmente la discriminación de los judíos, pero en su doctrina tan puramente formal no hay criterios para condenar aquellas discriminaciones y exterminios⁵.

Siguen existiendo hoy reticencias para otorgar al ser humano el rango de persona; estas resistencias no provienen desde actitudes doctrinales propiamente jurídicas, sino desde cosmovisiones al estilo antiguo, que desde el siglo XVII han vuelto a estar de moda tras el paréntesis del siglo XIX. Sucede que los teóricos del derecho que se declaran materialistas, no pueden admitir esa realidad máximamente metafísica que es el ser humano; ellos niegan la posibilidad de conocer la realidad y, por tanto, la capacidad de reconocer la cualidad personal del hombre. Si el lector ojea algunos de los tratados más al uso sobre los derechos humanos (existe uno especialmente conocido editado por J. Muguerza *et alii*), observará que sus autores suelen comenzar afirmando que «tras la crítica kantiana a la cosa en sí», nadie puede afirmar que cada hombre constituya una persona; es un tema del que me ocupé expresamente, y que denota ante todo desconocimiento de la filosofía de Kant⁶.

Estas referencias al profesor de Königsberg no implican que hayamos de aceptar enteramente las explicaciones kantianas sobre la persona humana. En su doctrina encontramos *aperçus* de calidad, de valor imperecedero, pero la realidad personal desborda los límites dentro de los que trabajó Kant, apremiado por las dificultades doctrinales que se derivaban desde el «método científico». Kant partió desde el ‘hecho’ del deber y trató de *postular* la realidad o personalidad humana desde la noción innegable del deber. Como separó el mundo personal, que es el de la racionalidad y el de la libertad, del mundo exterior a la persona, que es el natural, movido por leyes ciegas por necesarias, diseñó a un ser humano suprasensible, que nadaba en el líquido amiótico de la racionalidad pura. Pero ya indiqué que no podemos conocer a la persona si prescindimos de su carácter sintético: toda persona es una

⁵ Esta observación sobre las limitaciones y las excesivas posibilidades de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen se la debo a Álvaro d’Ors.

⁶ Véase mi estudio «Nuestros utilitaristas malentienden a Kant», en *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al Prof. Juan José Gil Cremades*, Zaragoza, El Heraldo de Aragón, 2008, págs. 141-166.

síntesis que se desdobra entre su índole finita e infinita, individual y social, intelectual y sensible, y estos desdoblamientos son un hecho tan objetivo como el de la existencia del deber. Kant no entendió estas distintas dimensiones del ser humano, y centró sus explicaciones en esa persona que ha de obrar por respeto al deber, y que ha de universalizar su máxima personal o *Triebfeder* (que puede pertenecer al mundo de lo empírico, material o *sinnlich*) para llegar a la universalización de esa máxima, a la ley o *Gesetz*, esto es, al mundo nouménico de la libertad o del deber. Como tras el impacto de las doctrinas de Einstein, y sobre todo de Planck, ya no creemos en la estricta separación cartesiana entre la «cosa extensa» y la «cosa pensante» —sobre la que está fundada la doctrina kantiana—, porque la mecánica cuántica ha mostrado que la *res extensa* es más pensante de lo que parecía, no estamos abocados a separar necesariamente el mundo «empírico» del mundo propiamente racional o humano.

1.2. Las tesis teológicas

La creación de la noción actual de la persona no fue empresa pagana, sino cristiana. Algunos Padres de la Iglesia tropezaron con la dificultad de explicar que Dios es Uno y Trino. Adoptaron un término existente, el de persona, pero dándole un sentido nuevo que, tal como explicaba tardíamente Boecio, consistía en afirmar a la persona como un ser individual de naturaleza racional; un ser que se afirmaba ante todo por su incomunicabilidad, por su soledad, y por su dignidad⁷. Un gran mérito de la teología cristiana fue extender esta noción de persona para designar a todos los seres humanos.

Hasta aquí fueron de acuerdo las dos grandes corrientes teológicas, la nominal y la tomista. Por corriente nominal entiendo la que se desarrolló tras la pluma de Juan Duns Scoto, seguida en el siglo xv por personajes que influyeron en gran medida en la Edad Moderna; estos autores fueron Conrado de Summenhart, Jacobo Almayn, o Gabriel Biel, aunque este último fue más ockhamista que no scotista; entre ellos destacó Juan de Gerson, no tanto por la originalidad de su pensamiento como por su capacidad pedagógica, que llevó a una extensión de su obra, especialmente fuerte e influyente hasta las puertas de la Edad Contemporánea. Los Nominales insistieron directamente, como base de muchas de sus explicaciones, en la noción de persona entendida ante todo como un ser independiente, superior al derecho humano, sólo atento a la *Prima Justitia Dei*. No procedieron así Tomás de Aquino y sus discípulos que, en lugar de mencionar continuamente a la persona como sinónima del hombre, hablaron del *homo*, del *virtuosus*, etc. Pero no hubo ruptura doctrinal de fondo en

⁷ Tomás de Aquino explicó que la persona conllevaba la nota de dignidad porque anteriormente había designado un cargo eclesiástico. Véase *Sum. Theol.* I, q. 29, art. 3.

la consideración de la persona: ambas corrientes estaban de acuerdo, aunque los nominales insistieran más en la libertad de los individuos, y los tomistas reservaran esta palabra ante todo para la explicación de la teología trinitaria.

Tomás de Aquino no admitió, como persona, a un ser simplemente autoconsciente y dotado de arbitrio: más bien, él entendió a la conciencia o consciencia del yo como un *Cum alio scientia*⁸, con lo que introducía el tipo del desdoblamiento ya aludido en el interior de su doctrina personalista; le resultaba patente que un ser racional necesitaba de otra instancia para reconocerse; si faltara este espejo del «otro» —por así decir—, no podría llegar ni a la consciencia de sí mismo. Pero esta corriente tomista fracasó en el transcurrir de nuestra cultura porque no se ajustaba al sentido común dominante, entonces y ahora, que pretende ver seres humanos dotados de sus potencias intelectuales y sensitivas, que en nada dependen, en su génesis como seres humanos, de su entorno. En cambio, en el pensamiento aristotélico y tomista, el hombre existe en función de su entorno, pues si no existiera previamente la comida, no podría haber apetito⁹.

Duns, normalmente opuesto de formas muy expresas a las tesis tomistas, diseñó a un ser humano puesto por Dios en el mundo, ya acabado, ya dotado de sus potencias; es un ser que no depende de su entorno, en el que él no se reconoce, y que más bien ha de dominarlo. Para él, la naturaleza es lo que «está ahí» o lo que está ya dado, que opone resistencia al esfuerzo humano, y no ve conexiones entre la persona y el medio en el que vive, porque le parece indigno que un ser racional deba depender de un entorno material. Al desarraigar al hombre de su entorno, el hombre queda solitario en el interior de un medio que le es extraño cuando no hostil. Desaparece la visión de lo natural como un conjunto de causas segundas en el proceso de la Creación, y las realidades naturales, en cuanto naturales, no nos crean *deberes*: la creación del deber es únicamente una prerrogativa de Dios. El gobernante político no crea deberes a sus súbditos a través de sus órdenes; existe el deber de obedecer las leyes civiles solamente por el consenso prestado por cada cual, un consenso que supone incluido en el «hecho de la comunidad»¹⁰.

⁸ Sobre la conciencia moral como *cum alio scientia*, véase *Sum. Theol.*, I, q. 79, art. 13, o *In IV Sent.*, L. II, dist. 29, q. 2, art. 4.

⁹ Véase mi estudio «Dos nociones históricas de libertad», en *Philosophica*, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, n.º 27, 2005, págs. 143-188.

¹⁰ La ciencia del derecho de la Baja Edad Media —conocida como *Jus Commune*— sostuvo, de acuerdo con las fuentes romanas, la doctrina de la obligación natural (*naturalis obligatio*), que mantenía que la única obligación verdaderamente adecuada al derecho natural es la que procede desde el propio consentimiento de cada individuo. De ahí que a Scoto, del mismo modo que a los demás autores contractualistas, le fuera especialmente fácil explicar que la sociedad existe por un acuerdo entre los hombres, y que existe el deber —en sentido estricto— de obedecer a los superiores políticos por el consentimiento

Según Duns, esta ausencia de reglas naturales es suplida por la ley del Amor de Dios y por las exigencias que *consonan* con esta ley. De ahí, por ejemplo, sus razonamientos alambicados para negar la licitud de la poligamia, porque ha de llegar a la conclusión de que la pluralidad de esposas atenta de alguna forma contra el Amor divino. De acuerdo con el carácter de Scoto —ante todo era un místico— el hombre, al vivir desligado de su entorno, se relaciona directamente con Dios, y esta relación directa fomenta la irreductibilidad de su personalidad frente a lo que es ‘natural’. ¿No obligan a nada las tendencias o inclinaciones naturales que forman la ley natural? En cuanto que simplemente constituyen las legalidades de la naturaleza, no poseen relevancia normativa. Para superar en lo posible esta dificultad, Scoto recurre a una vieja distinción escolástica y distingue en la ley natural dos vertientes: la *lex indicans* y la *lex imperans*. La ley indicativa expone lo que es, y la ley preceptiva ordena cumplir lo que ya hay. Luego la ley natural ha de ser vivida porque así lo ordena Dios. La doctrina ética de Duns, siempre compuesta por leyes descendentes desde Dios a los hombres, como destacó Michel Bastit, se encauzó por un camino decididamente voluntarista o normativista. Los fines naturales del hombre (pues el de Aquino mantenía que Dios no gobierna al mundo mediante mandatos, sino mediante fines) desaparecen hundidos en ese sentido común que entiende que únicamente puede existir una norma, con su correspondiente deber de ser obedecida, cuando esa norma ha sido originada por la orden o mandato de un superior.

De acuerdo con esta forma del pensamiento teológico, Gerson, Conrado y otros autores del siglo xv, entendieron que el hombre no se relaciona naturalmente con los otros hombres; cada persona dispone más bien de unas facultades (*facultates*), designadas también como dominios, que brotan directamente desde la *prima justitia* de Dios. Estos representantes más tardíos de los nominales entienden que la ley natural, en cuanto que natural, no obliga a nada, y que la ciencia jurídica carece de cualquier valor; porque distinguieron la *prima constitutio mundi* que genera dominios para todos los seres, la *prima lex*, la *lex evangelica*, la *lex naturalis*, etc. Esta escuela tiende a pensar más bien en un ser aislado que se defiende de los demás y de lo natural esgrimiendo sus propias facultades o dominios de acuerdo con la *prima justitia*. Estamos ante las puertas de la Edad Moderna.

Los jesuitas españoles que publican en el paso del siglo xvi al siglo xvii, mantuvieron actitudes parecidas; cosa extraña, porque los Estatutos de entonces de la Compañía de Jesús imponían a sus miembros seguir la doctrina de Santo Tomás.

presunto que cada sujeto ha prestado por el simple hecho de vivir en una sociedad. La tesis que expresa que el hombre es sociable naturalmente, y que por esto tiene el *deber* de vivir en sociedad y de obedecer a los gobernantes, porque la naturaleza opera a modo de una causa continuada en la Creación, es ajena, cuando no opuesta a estos planteamientos propios de los scotistas.

En quince años se suceden las publicaciones de las obras de Gabriel Vázquez de Belmonte, Luis de Molina y Francisco Suárez, y con ellos entramos plenamente en lo que hoy llamamos la Escuela Moderna del Derecho Natural. Molina y Suárez corrigen externamente a Scoto y Gerson, pero se quedan con ambos. De un lado afirmaron la existencia de un orden racional inmutable, al que, *manente natura rationali*, está sometido también Dios, y la existencia de una ley natural «concesiva» que determinaba la libertad de los individuos en todo aquello que no estuviera prohibido legalmente. Suárez no dudó en caracterizar a esta libertad natural como una *quasi qualitas moralis*, y Hugo Grocio, veinte años después, y nutrido por las doctrinas de estos teólogos españoles (a los que cita frecuente y expresamente), definió a la libertad como una *qualitas moralis personae competens*.

Éste fue un camino que siguió decididamente buena parte de la Modernidad. Pufendorf, al que Carl Schmitt llamaba el heredero de Suárez, siguió uno de los nervios del pensamiento suareziano —el representado en las *Disputaciones metafísicas*— y negó la posibilidad de calcular medidas de las conductas *reales* (de *res*, cosa humana o moral) desde los datos existentes, esto es, desechó la licitud de calcular deberes (tanto en su existencia como en su alcance) desde los hechos: en la ciencia jurídica no podía haber resultados de cálculos, lo que los tomistas llamaron el *medium rei*, y él solamente reconoció (de forma extremadamente confusa por contradictoria) los mandatos de Dios a los hombres y la existencia de personas, que son seres que no reconocen superior. Mantuvo que, de acuerdo con el derecho natural, existe libertad; las leyes, en cambio, constriñen la libertad: hizo suyo el lema medieval y hobbesiano de *Jus seu libertas, lex quae constringit*. Desde este punto de partida constituía una contradicción en los términos hablar de ley natural; pero si los hombres han abandonado el derecho natural o el *status naturae* —ambas expresiones eran sinónimas en él— para vivir en sociedad donde sólo están vigentes las leyes, ¿qué sucede con el derecho natural? Fue lógico que Otto von Gierke llamara *jus inutile* a la versión del derecho natural resultante, en última instancia, en la doctrina de Samuel Pufendorf.

Se abría una ancha vía para el contractualismo jurídico-político que implantaba un centro solitario del poder que dictaba lo justo mediante leyes generales. Las doctrinas de los nominales, que habían insistido en la soledad e incomunicabilidad de cada persona, que únicamente podían obligarse civilmente prestando su propio consentimiento, habían dado unos frutos que hubieran sido inesperados para Juan Duns o Juan de Gerson; pues los derechos de las personas quedaban ahora dependientes de lo que racionalmente se hubiera acordado en el contrato fundacional de la sociedad al mismo tiempo política y jurídica. Este consenso en la base de la sociedad, ¿habría de ser lo efectivamente convenido, o un consenso ideal? Los sucesos del siglo xx mostraron, de una forma más cruel que cualquiera otra de la historia, que ambos tipos de consensos, los de los liberales y los de los fascistas, lesionaban a las personas humanas.

2. LA NEGACIÓN MODERNA DE LAS PERSONAS

Indicaba que los materialistas no pueden admitir la noción inexplicable para ellos de la persona. Hobbes, a veces coherente, explicó que una persona «es lo que está detrás de un acto o acción», por lo que Jesús Ballesteros entiende que dejó reducida a la persona a la sombra trasera de sus acciones. Locke entendió cazar varios pájaros de un solo tiro siguiendo la filosofía sensista y fenomenista recordada por Hobbes pero estableciendo la Ley Fundamental de la Propiedad ya aludida. Algunos jusnaturalistas alemanes del siglo XVIII crearon lo que llamaron el *Staatsrecht* o Estado de Derecho, porque entendieron que el Estado (nueva forma de designar a la sociedad política) se había creado para defender los tres derechos naturales del hombre: la propiedad, la libertad y la igualdad. Como una sentencia del *Reichkammergericht* les prohibía usar la expresión «derechos del hombre», *Menschenrechte*, por sus implicaciones revolucionarias, usaron la más primitiva de *Urrechte*, o derechos originarios.

Pero normalmente estos nuevos jusnaturalistas eran materialistas. Lo que llamamos *Juris Naturalis Disciplina* o Escuela Moderna del Derecho Natural, tuvo un fuerte matiz confesional porque fue sacada adelante por protestantes¹¹, y los católicos permanecieron ajenos a este movimiento que insistía en los estados de naturaleza y en los contratos sociales. Pero el movimiento ateo, creciente desde mediados del siglo XVII, hizo suyo este nuevo saber, que acabó siendo —una observación valiosa de Javier Hervada— tanto una filosofía como una teoría sobre el derecho, o un plan de vida que abarcaba también los temas propiamente teológicos. Los protestantes creyentes se ampararon a la sombra del decreciente prestigio del *De juris belli ac pacis* de Grocio, mientras que los secularizadores mostraron más simpatías por el *De jure naturae et gentium* de Pufendorf. Las espadas estaban en alto, y las luchas militares que acabaron con la paz de Westfalia dieron paso a las batallas académicas.

Grocio y los conservadores perdieron con el tiempo la guerra. Los conservadores, normalmente creyentes, quisieron salvar a las nociones básicas para entender al hombre y a sus normas y, en un primer momento, un gran campo para la discusión fue el de la afirmación o negación del deber de obedecer al derecho¹². Pues ellos entendían que un ser racional sólo queda obligado jurídicamente cuando la norma que se le dirige posee un contenido racional (si es equitativa, si es posible, si no es

¹¹ Entre el medio centenar de jusnaturalistas relevantes, sólo encuentro un católico, el Barón von Ickstatt, que publicó a mediados del siglo XVIII una obra mediocre, *Meditationes praeliminares de studio juris ordine atque methodo scientifica instituendo*. Wirceburgi, 1731.

¹² Véase mi estudio ‘Deber y fuerza: la Modernidad y el tema del deber jurídico», en *Obligato-riedad y Derecho*, XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1991, págs. 151-181.

demasiado dura, etc.), de forma que el deber de obedecerla brotaba tanto desde su forma imperativa como desde la justicia de sus contenidos. Pero estas exigencias implican aceptar una metafísica, o al menos una actitud ontológica que permitiera conocer si las ‘cosas’ sobre las que versa la norma poseen las notas indicadas; la negación o la afirmación de la metafísica fue el signo externo más relevante para reconocer a los creyentes y a los ateos en la Edad Moderna. Estos últimos mantuvieron no sólo que la *jurisprudencia* no puede calcular lo debido —mediante la negación del *medium rei*, que era la consecuencia inmediata del rechazo de la ontología— sino que las normas jurídicas no generan el *deber* de ser obedecidas; no expresaron esta tesis tan directamente, sino que mantuvieron que existe deber jurídico cuando está prevista una pena para el caso de incumplimiento de la norma. Samuel Coccejus les objetó, a comienzos del siglo XVIII, cuando la cuestión era ya añosa, que solamente puede imponerse la pena cuando previamente se ha incumplido un deber. Pero ésta era una cuestión perdida ante el avance del materialismo.

En este nuevo planteamiento jusnaturalista emergió otra vez la figura medieval de la persona, aunque con una diferencia de matiz porque ahora tendía en mayor medida a designar a un ser que no reconoce superior y que no puede quedar obligado por hechos o ‘cosas’, o por datos simplemente materiales o naturales¹³. Toda persona es responsable, y para hablar de responsabilidad es preciso suponer la libertad. Pero esta forma de considerar al hombre casaba mal con el materialismo que se estaba imponiendo, y era preciso atacar la noción de persona oblicuamente: el punto más directo para impugnar la *qualitas personalis* fue negar la realidad del deber. Efectivamente, el ser humano entendido como persona exige la categoría del deber para que él pueda ser declarado culpable, y Christian Thomasius, activo en el primer tercio del siglo XVIII, atacó la cualidad personal del hombre negando la existencia del deber. Él explicó que la noción de deber o mérito era demasiado complicada, pues los escolásticos hablaban de mérito de condigno, de congruo, etc. Para esclarecer esta cuestión era preciso seguir el método de los comerciantes, que anotaban en sus libros que alguien les debía algo, sin especificar la causa: bastaba con hacer «constar en cuenta una deuda» en los libros, *auf Rechnung schreiben*, esto es, imputar un pago a alguien. Del mismo modo, una norma producía sus efectos

¹³ Un hecho tanto natural como «material» es el de ser padre: el padre, por ser padre, sin necesidad de que se produzca algún otro hecho, tiene deberes con sus hijos. Pero esto implicaba admitir que existen las realidades metafísicas de padre o hijo. Como era preciso a toda costa reconducir la noción de deber a lo pactado por las voluntades individuales, algunos autores del nuevo derecho natural llegaron a afirmar que los padres deben ocuparse de la *educatio* de sus hijos por un pacto concluido entre uno y otros. Uno de los autores más conocidos del siglo XVIII, Henricus Koehler, mantuvo que los padres tienen deberes con sus hijos por un pacto celebrado entre ambas partes. Vid. su *Juris socialis et Gentium ad jus naturale revocati specimina VII*. Francofurti ad Moenum, 1738, § 185.

porque imputaba una pena a alguna persona. Estas dos categorías, la latina *imputatio* y la alemana *Zurechnung* —sinónimas ahora— triunfaron inmediatamente¹⁴, y no fueron cuestionadas a lo largo del siglo XVIII; devinieron un patrimonio común del Iluminismo. Aparecieron las personas sin personalidades, reducidas a simples puntos terminales de un proceso intelectual de imputación.

Juan Jacobo Rousseau ayudó eficazmente en esta causa. Presentó a unos hombres en el estado de naturaleza que son indiferentes unos a otros, ni buenos ni malos; estos hombres pre-sociales carecen de la noción de la moralidad y han creado la propiedad privada, que es la causante en buena medida de la degradación humana que él observa. Rousseau tiene claro que la moral o la justicia han de ser creación social; pues si no fuera así, alguien viviría la justicia con los demás, pero los demás no la vivirían con él. Siguiendo una argumentación externamente parecida a la de los jusnaturalistas de su época (mediados del siglo XVIII), él entendió que es preciso salir del estado de naturaleza mediante un contrato de todos en el que todos han de darse íntegramente a todos; al ser las cargas iguales para todos, ningún gobernante puede causar injuria, pues tal injuria, gracias a la igualdad entre todos los ciudadanos, caería también sobre él: una argumentación lógicamente impecable. La voluntad recta surgida desde la igualdad es la verdadera justicia, la *volonté générale*, siempre incondicionalmente justa; la voluntad realmente manifestada en las urnas compone la simple *volonté de tous*, normalmente viciada por el dinero y por las influencias de las sociedades intermedias. Sus textos inducen a pensar que esta voluntad general es el rasgo igual e innegable que domina en el hombre y, por tanto, lo constitutivo en definitiva de su humanidad. Pero, como es lógico, no le fue posible diferenciar la justicia objetiva encarnada en la voluntad general de la mera empiria egoísta expresada en la voluntad de todos, y el *Du contrat social* acaba con un canto a la obediencia al Estado: no a cualquier poder político, sino al poder del Estado. Las personas desaparecen en la obra de este ginebrino, y ceden su lugar a las normas generales dictadas por el gobernante del Estado.

El mismo Kant, que llamaba a Rousseau el «Newton del mundo moral», también se vio envuelto en las dificultades que le lanzaba su época, que separaba tajantemente el mundo físico del mundo moral. Una persona, ¿qué era? ¿Una realidad físicamente reconocible en el espacio porque —entre otras cosas, posee carne y huesos—, que presenta exigencias también «naturales»¹⁵, o una realidad puramente

¹⁴ Los términos latinos de *imputatio* e *imputativitas* eran medievales. Pero Thomasius les dio un nuevo alcance, no conceptual sino ideológico.

¹⁵ La descripción que mejor se adecua a lo que normalmente se entiende por ser humano es la que expone Tomás de Aquino en *Sum. Theol.* I-II, q. 94, art. 2, cuando explica que el orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales del hombre. La primera inclinación, común

racional? Él estaba preso del planteamiento cartesiano, que era también el de Locke o Newton, que separaba (separaba, no sólo distinguía) la *res extensa* de la *res cogitans*¹⁶. Como él tenía también que separar radicalmente lo empírico (que proviene desde la empiria o *Empirie*, proporcionado por los sentidos), de lo racional proporcionado por la razón (*Vernunft*), que era la única instancia que originaba lo racional (*vernünftiges*), hubo de renunciar a la noción de persona tal como la entienden los hombres comunes; porque yo me capto como un ser físico que vive en el espacio y en el tiempo, con necesidades simultáneamente físicas, intelectuales y espirituales; si no me pensara a mí mismo y a los demás como *personas*, no mantendría que existe el deber de atender a estas necesidades tan distintas. Es cierto que los materialistas han de negar la realidad de las personas (porque no pueden explicarlas desde sus muy limitadas bases epistemológicas), pero si prescindimos de los prejuicios de los materialistas, nadie necesita elevarse a grandes alturas intelectuales para verse a sí mismo y a los demás bajo el prisma de sus personas. Pero Kant dependía del entramado intelectual propio de la física moderna, la de Descartes, Galileo y Newton, que en sus aspectos propiamente filosóficos había sido depurada por Hobbes, Locke y, sobre todo, por Hume, y en este entramado teórico-filosófico los derechos de las personas habían sido sustituidos por los derechos de las teorías. Pero Kant —ya indiqué que dominado por la estricta separación moderna entre *res extensa* y *res cogitans*— no tuvo la oportunidad de pensar como puedo pensar yo; pues cada cual se capta a sí mismo siendo simultáneamente razón, huesos, carne, vitalidad irreductible a cualquier elemento concreto. Kant hubo de «localizar» a la persona (entendida como una categoría a priori) en el Entendimiento, *Verstand*, mediante lo que llamó la «apercepción trascendental». Esto es, cada uno de nosotros se reconoce como individuo y persona porque el orden nouménico igual para todos hace que el

a todas las cosas que existen, es la de persistir en el ser o sobrevivir. Las segundas inclinaciones son las tendencias que tenemos en común con los animales, como es la unión del macho con la hembra. Las terceras son las inclinaciones propias de la naturaleza racional, como es el deseo de conocer, que en su grado máximo es el del conocimiento de Dios. Si esta descripción del ser humano es completada con la doctrina cristiana sobre la persona, aparece un cuadro alejado tanto de naturalismos como de racionalismos excesivos.

¹⁶ Recordemos que para este tipo de filosofía —que ya vemos en Scoto— la naturaleza es simplemente lo que ya está, producido al margen del hombre, por lo que es indiferente para enjuiciar moral o jurídicamente las conductas humanas. Scoto, que era cristiano, propuso la Ley del Amor de Dios como norma de nuestras conductas. Pero cuando el pensamiento filosófico-científico se secularizó, únicamente permanecieron dos instancias: la material, que había de ser estudiada por la Física (las ciencias «naturales»), y la moral o humana, que permanecía sin explicación. De ahí la profusión de teorías éticas en el siglo XVIII: Locke habló de las exigencias de las propiedades privadas, Hume y Adam Smith de la simpatía, Koehler y otros muchos de los pactos, Kant del desarrollo metafísico de la estricta razón pura, etc.

flujo de los fenómenos proporcionados por los sentidos se canalice también por el principio puro de la *apercepción trascendental*.

3. ¿QUÉ FUE DE ESTAS TEORÍAS?

Tras el fracaso momentáneo del espíritu de la Revolución en el siglo XIX, se desvanecieron momentáneamente los ideales que habían lanzado tanto el jusnaturalismo moderno como la doctrina de Rousseau sobre el Estado. Las Declaraciones francesas de derechos carecieron de prestigio en el Continente, y la norteamericana fue vivenciada como un evento remoto. Pero permaneció como una conquista adquirida el cuestionamiento de la cualidad personal del ser humano. Por esto, Marx no encontró dificultades especiales para negar la existencia real de las personas individuales y situar en su lugar al género humano. Las nociones nominales y tomista de la persona estaban perdidas. Frente a esta mentalidad sólo los kantianos podían oponer su noción de persona como una Esfera de Libertad (*Freiheitssphäre*) que ha de realizar un plan de vida personal y que dispone para ello de una libertad formal, negativa y vacía, y de absolutamente todas sus propiedades, ya que según Kant el único supuesto en el que era lícito imponer impuestos era cuando peligraba la integridad de la Patria. Marx condenó expresamente a la libertad, igualdad y propiedad como los tres grandes enemigos del hombre¹⁷; un texto crítico si no se conoce el contexto doctrinal de su momento.

Las experiencias vividas en la II Guerra Mundial hicieron necesaria la Declaración Universal de Derechos de 1948. Pero se gestó en un ambiente entre apasionado y anárquico, sin bases humanas ni filosóficas precisas: «Estamos todos de acuerdo a condición de que no se nos pregunte por qué». Desde un punto de vista más pragmático, esta Declaración se debió a la necesidad de luchar contra la Unión Soviética en la Guerra fría. Paradójicamente, Kelsen, que no reconocía la operatividad de la noción de persona en la descripción del derecho, fue elevado al rango de máximo defensor de la sociedad libre. Pero sucedía que los grandes directores de la sociedad libre también eran materialistas. Las filosofías morales dominantes hoy tampoco afirman personas. Las filosofías del diálogo ideal únicamente reconocen rostros iguales, sin fisonomías propias —como ha señalado especialmente Massini—, en el eterno diálogo en que consiste la convivencia.

¹⁷ Vid. *El capital. Crítica de la economía política*, trad. de V. Romano, Akal, México D.F., tomo I, pág. 236.

4. PERSONALISMO Y REALISMO JURÍDICO

Mounier inauguró la filosofía personalista más difundida en el siglo xx. Pero la afirmación abstracta de la personalidad humana tanto resuelve como crea problemas en la filosofía práctica y en el derecho. Como continuación de la intuición de los nominales sobre el carácter personal del ser humano, difundida en algunos sectores de la Edad Moderna, la persona tiende a presentarse como una realidad absoluta, dotada de derechos o facultades ejercitables *ad libitum*. Entonces tiene su lugar la denuncia de Luhmann: no podemos partir desde las personas porque el sujeto quiere llegar a serlo todo.

A veces es necesario partir directamente desde la noción de la persona: porque si está prohibido mentir, esta norma se basa en la defensa de la dignidad personal, y las grandes reformas sociales de la Edad Contemporánea, que han creado la Previsión Social entre otras cosas, se han basado en las necesidades más directas de los seres humanos, a los que han valorado más allá de las exigencias del mercado. Pero si seguimos alegando sistemática y directamente a las personalidades abstractas, perderemos los puntos de referencias que coordinan las conductas entre ellas, es decir, los factores que crean y delimitan las competencias jurídicas de acuerdo con las ‘cosas’ que las vinculan: pues el profesor puede exigir a sus alumnos que estudien, pero no que le hagan favores personales.

En el derecho es preciso distinguir el título último de la causa próxima: todos tienen derecho a comprar un automóvil porque son personas, y éste sería el título último que justifica esta compraventa; pero no cualquiera puede usar cualquier automóvil, sino sólo aquel que esté justificado jurídicamente para hacerlo: éste es el momento de la causa próxima. Toda relación jurídica presupone, directa o indirectamente, la personalidad humana como título último; pero no toda relación jurídica se funda inmediatamente en la personalidad. En el caso de la ciencia jurídica cotidiana, normalmente en el derecho privado, se observa en mayor medida esta distinción —ya que no separación— entre título y causa; desde este punto de vista, tenía razón John Austin cuando escribía que si tratamos con derechos innatos, invaluables y eternos, el derecho no tiene nada que decir sobre ellos¹⁸. El derecho penal tiene, desde este punto de vista, una naturaleza distinta, porque la mayor parte de sus prohibiciones tienden a defender directa o indirectamente los derechos de las personas.

¹⁸ «A sacred or unalienable right is truly and indeed “invaluable”: For, seeing that it means nothing, there is nothing with which it can be measured». *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, John Murray, 5.ª ed., Londres, 1911, pág. 119.

4.1. Las objetividades personales en la determinación de la justicia

La ‘realidad’ como vertiente de la personalidad entra en el derecho de la mano del criterio para discernir lo justo, al que Tomás de Aquino llamó *medium rei*, al que opuso el criterio del *medium rationis*, válido para la moral, pero no para el derecho. Entenderemos mejor ambos criterios con un ejemplo: lo que es demasiado comer para Flacus, está bien para Gordus; luego lo que es justo moralmente para cada uno de ellos depende de sus personas concretas, y así es como procede la indagación sobre la moral. El criterio jurídico, que viene introducido por el *medium rei*, es distinto, porque no se ajusta en tanta medida a las necesidades o a las posibilidades personales: si reitero una idea ya expuesta, la cosa o *res* que vincula al profesor con sus alumnos es la realidad —la ‘cosa’— de la docencia; por este hecho, el profesor puede exigir a sus alumnos que atiendan en clase y que estudien lo suficiente, pero no puede exigirles favores personales, porque los favores no vienen exigidos por la docencia; los alumnos, a su vez, podrán exigir al profesor que se ajuste al programa, que explique con claridad y que evalúe con imparcialidad; pero tampoco pueden exigirle conductas que no vengan exigidas por la docencia. La *cosa* de la docencia tanto une como separa: une a los profesores y alumnos, y delimita con cierta precisión sus competencias mutuas.

Esta referencia a las cosas determina el tono frío y marcadamente masculino de los razonamientos jurídicos. Sergio Cotta hacía notar que el derecho no usa verbos (vender, arrendar) sino sustantivos: la venta, el arriendo. Es comprensible que sea así, porque las acciones de vender o arrendar sólo pueden ser entendidas en el marco de un instituto jurídico que ha de expulsar de su interior lo que le haga perder objetividad. Pues el profesor y sus alumnos están vinculados por la realidad de la docencia, que en principio nada tiene que ver con la amistad o con las circunstancias personales.

Pero la filosofía dominante en la Modernidad —y que finalmente triunfó— negó la posibilidad de conocer ‘las cosas’; esto es, vemos que alguien está hablando ante un auditorio pero no podemos decir que ese acto constituye una clase universitaria, un mitin político o cualquier otro tipo de reunión. David Hume, acuciado por las restricciones que se derivaban desde algunos aspectos de la física de Newton, llevó hasta términos exasperantes este nominalismo que sólo reconoce la percepción de fenómenos y niega el conocimiento de las cosas. Lo preocupante para el teórico de las ciencias sociales —entre ellas el derecho— no es la negación general y abstracta de un orden nouménico del ser eterno e inmutable; ese orden así no lo observo siempre en las relaciones humanas, ni siquiera cuando son expuestas abstractamente; el verdadero problema comienza cuando se niega la posibilidad de conocer ese *medium rei*, que es un ‘medio’ que implica una ontología, normalmente una ontología de lo contingente. Pues el que se dedica al derecho suele ser poco aficionado a la filosofía,

pero sabe que las deudas que se derivan desde una hipoteca son *realmente* distintas de las que se derivan desde un préstamo personal. Igualmente, el que trabaja en el derecho sabe que no se pueden omitir algunas garantías procesales, y que esto es una exigencia elemental de la justicia. Estamos ante actitudes extrañas, porque la experiencia indica que los que son materialistas, y por ello fenomenistas, se resisten a admitir la posibilidad de cualquier ontología, pero razonan en el derecho como cualquier otro jurista. Igualmente, rechazan el carácter personal de cada ser humano; pero si se les agravia a ellos, responden como si cada uno de ellos portara en sí las exigencias de la dignidad de toda la humanidad¹⁹. Es patente que llevan una doble vida, la personal y la académica.

El criterio del *medium rei*, más allá de su utilidad en el derecho, es en buena medida un constitutivo del ser-ahí del hombre en la sociedad, ya que el ser humano, tanto en el plano moral como jurídico, obedece a realidades que le conforman a él mismo como ser racional, de modo que nadie puede reconocerse como siendo ‘él’ al margen de sus objetivaciones sociales. El lector puede hacer la prueba por sí mismo: si el investigador prescinde de sus condiciones de marido, padre, profesional, amigo, vecino, ciudadano, ¿qué queda de él? Solamente permanece una vaga sensación de un yo que no puede reconocerse ni siquiera personalmente; en un plano más pragmático, si alguien prescinde de estas determinaciones tuyas, aunque sólo sea momentáneamente, y se piensa como un ser ‘personal’ que no debe nada a los otros *institucionalmente*, se quedará sin criterios para sus actuaciones cotidianas: el derecho, y con él la identidad personal, se han volatilizado. Sobre este punto ha

¹⁹ El lector puede disculparme si propongo un ejemplo extremadamente sencillo, más propio para primeros cursos de la licenciatura que no para adultos; pero debe tener en cuenta que, en Europa, el relativismo impuesto dogmáticamente ha traspasado toda barrera racional, y en el Viejo Continente es preciso argumentar de este modo. Los teóricos que se han alineado en las filas del positivismo jurídico han mantenido que no existe la moral de validez objetiva; en todo caso, dejan reducida la moral a valores de validez momentáneamente intersubjetiva, o indican que determinadas reglas constituyen universales implícitos en el lenguaje.

En un libro que publiqué hace años (*Derecho y ontología jurídica*, Madrid, Actas, 1993) explicaba que Norberto Bobbio —por citar al autor más citado en España en ese tiempo— indicaba que no existe el deber moral de obedecer las leyes porque no existe una moral que un hombre pueda imponer a otro; que la ley sólo enuncia un «deber-ser» lógico porque su estructura responde al principio lógico-normativo del «deber ser», ya que captamos al Derecho como siendo un «deber-ser».

Pero si la hija de Bobbio es asesinada, ¿este hombre se indignará porque se ha incumplido el principio lógico del «deber-ser»? ¿Su indignación se deberá a la ruptura del principio de la legalidad, o al desconocimiento de un universal implícito en el lenguaje? Es patente que estas personas usan dos tipos de lenguajes: uno el de la cotidianidad, que les lleva a hablar, incluso en sus medios de comunicación, de inmoralidad; otro el académico, en el que no cabe el reconocimiento del deber objetivo de no asesinar a una mujer.

dejado observaciones interesantes A. MacIntyre. Las cosas —que reflejan este *medio* del que hablamos— constituyen el puente que nos une a los demás. Podría parecer que las relaciones directas con los demás, como son las del amor o la amistad, ocupan una importancia mayor en las relaciones humanas; pero la afirmación del amor como la relación humana superior a cualquier otra requiere necesariamente vivir estas otras relaciones institucionalizadas socialmente: no se puede decir que un hombre es un buen hombre si no realiza adecuadamente su trabajo.

Esta cuestión se ha vuelto paradójica a lo largo de estos últimos siglos y ha seguido caminos impensables desde un elemental sentido de la realidad. Efectivamente, al negar la posibilidad de una ontología —como han hecho la mayor parte de los filósofos desde el siglo XVIII a hoy— que nos permite reconocernos como padres o profesionales, solamente nos queda realzar el propio yo. Pero un yo a solas consigo mismo acaba en una autoidentidad necesariamente formal del sujeto en sí mismo; en tal caso, como habrá de admitir las existencias de los otros, que serían los irreductibles al propio yo, el ego individual se armará de derechos frente «a lo que no es él»: esto es cabalmente la negación del derecho. Recordemos que Tomás de Aquino nos proponía que consideráramos a la conciencia o consciencia²⁰ como *cum alio scientia*. Un sujeto que no reconozca a ese otro o a esas otras cosas, caerá en un ensimismamiento —la *Absonderung* alemana— en el que se pierde él mismo. Siempre nos comparamos con un *alius* o un *aliud*: incluso la moral exige que el individuo se compare consigo sí mismo y determine lo que le va bien a él: Flacus no puede comer tanto como Gordus; esto implica que, aunque se trate de un medio ajustado a cada persona, las personas se comparan con una objetividad que reside en ellos mismos y que no depende de su voluntad arbitraria.

Indicaba que la *Absonderung* subjetivista destruye a la persona, y que por esto es necesario distinguir entre persona e individuo, ya que no es lo mismo la subjetividad que la personalidad. Esta última se entiende encastrada en realidades diversas (recordemos las distintas *conditiones* nuestras y las exigencias *reales* que surgen desde las ‘cosas’), que a veces son irreductibles unas a otras, y que siempre forman parte de la persona; pues la cualidad personal no consiste únicamente en la afirmación directa de una subjetividad, sino que recibe en buena medida lo que ella es desde lo que son las cosas que componen su cotidianidad: *Ratio non est mensura rerum, sed potius e converso*²¹, que implica que esa racionalidad sobre la que descansa la consciencia de nuestro yo no es la instancia que mide o juzga a las cosas,

²⁰ Los latinos no distinguían entre conciencia moral y consciencia. El término «conciencia» designaba indistintamente ambas realidades.

²¹ Véase Tomás de Aquino, *In IV Sent.*, L. II, Dist. 24, q. 2, y *Sum. Theo.*, I, q. 79, art. 13.

sino al revés: la razón es medida por las cosas²². El hombre se sabe ser pensante, pero no sabe qué es pensar; sólo conoce las cosas que está pensando: conoce el 'qué' de su pensamiento, pero no su 'cómo'²³. Al pensar las cosas el hombre puede extraer, desde las operaciones comunes a sus pensamientos, pocas y breves reglas lógicas, y no puede aspirar a mucho más.

Si no admitimos el conocimiento de las cosas que miden a los actos que afirman la propia personalidad, el ser humano aparecerá, artificialmente, como una realidad inconmensurable, como una cualidad o *qualitas* que por definición no tiene medida²⁴. Esta artificiosidad ha llevado históricamente a dos actitudes políticas. Una, que ha sido a veces la de las culturas precristianas o poscristianas, entiende que las relaciones sociales están basadas en la prepotencia: la del conquistador, la del aristócrata, la de la raza superior, o la de los valores momentáneamente vigentes. La otra actitud, que se llama a sí misma *humanista*, quiere reconocer a los otros hombres como iguales, y para lograr este fin reconoce una pluralidad indefinida de sujetos indefinidos y sin formas propias que se agrupan en torno a las reglas del lenguaje²⁵.

²² Vid. *Sum. Theol.* I-II, q. 91, art. 3.

²³ La tesis más básica de Tomás de Aquino sobre este tema está expuesta en *Peri*, § 38, en donde explica que nuestras potencias son desproporcionadas para lo que han de conocer. En particular, sobre la razón, vid. *Sum. Gent.*, § 2310. Por eso, la razón, que es una simple forma lógica (*Sum. Theol.*, I, II, q. 50, art. 4), conoce sólo el «quia», no el «quid» del conocimiento. Véase *In Post.*, § 15. Es lógico que concluya que, cuando razonamos demostrando, conocemos las demostraciones, pero sin comprenderlas. Véase *Sum. Gent.* § 2323. Otras declaraciones interesantes en *Sum. Gent.*, §§ 2189 y 2235.

²⁴ El de Aquino explica que la *qualitas* es indefinible (*In IV Sent.*, L. I, Dist. 2, q. 1), y que no es posible calcular su medio. Vid. *Sum. Theol.*, I-II, q. 49, art. 1.

²⁵ Surge una cuestión incidentalmente: los que mantienen hoy teorías sobre la justicia basadas en diálogos y consensos ideales (Apel, Habermas) son empiristas que niegan la existencia de cualquier ontología, es decir, la existencia de las «cosas», ya que al ser humano sólo le llegarían *fenómenos* sin que hubiera tras de ellos, o bajo ellos, alguna cosa que los unificara. Esto es extraño porque los fenómenos nos llegan ordenados y nadie confunde el canto de un pájaro con el ruido de un camión. Este hecho provocó que Kant «descubriera» tardíamente un nuevo tipo de principios a priori en el Entendimiento (*Verstand*) humano, al que llamó los «esquemas», de modo que entre los fenómenos percibidos sensorialmente y los principios puros a priori del Entendimiento se interponen esos Esquemas que hacen que las sensaciones lleguen ordenadas a los seres humanos.

Por otra parte, está el problema del solipsismo inevitable: si cada sujeto recibe él los fenómenos, sin más garantía para constrastrar su veracidad que esos fenómenos mismos, cada hombre ha de agrupar (individualmente) los fenómenos que percibe, y no posee en absoluto ninguna garantía de que los restantes seres humanos agrupen las percepciones de las mismas formas. Esta dificultad llegó a ser tan evidente que Hegel descalificó al empirismo alegando únicamente este problema. Explicó que «Lo que yo siento solamente es mío, me pertenece a mí como individuo particular; pero como la lengua expresa siempre lo universal, yo no puedo expresar lo que es un sentimiento mío exclusivamente. Lo que no puede ser nombrado ni comunicado, es decir, las sensaciones y los sentimientos no es lo que hay de más importante ni más real; es, por el contrario, lo más insignificante y lo menos verdadero. Cuando yo digo:

Una posibilidad intermedia es la que ha ofrecido el positivismo jurídico que, a diferencia del positivismo sociologista, podemos llamar positivismo de Estado. Los positivistas afirmaron en un primer momento que los hombres crean, mediante sus voluntades, un único centro del poder político y jurídico; esta instancia solitaria del poder creará el derecho, que ha de componerse necesariamente de *normas*, esto es, de imperativos dictados por el poder así entendido. Como mantuvieron un Estado de Derecho en el sentido antes mencionado, esta sociedad política estaba constituida para la salvaguarda de los tres *Urrechte*: propiedad sin limitación, libertad e igualdad ciudadanas. El nominalismo que implicaban estas doctrinas procedió a una doble reducción: la de las personas a sus voluntades en el uso de estos tres derechos, y posteriormente a la creación de las reglas de la justicia mediante la normación de las voluntades individuales exclusivamente por las normas del Estado. Parece patente que el contractualismo llevaba en sí los gérmenes de su propia destrucción. En efecto, cuando el incipiente positivismo jurídico de comienzos del siglo XIX negó tanto esta versión del Estado de Derecho como la existencia de derechos ‘anteriores’ al Estado, la doctrina se limitó a exigir una «legislación cierta, única y universal». Antonio Rosmini-Servati (autor cristiano, activo a comienzos del siglo XIX) narraba que cuando comentaba a sus amigos que además de cierta, única y universal, la legislación había de ser justa, los otros sonreían y le respondían: «¿Tú crees que nosotros queremos leyes injustas?». El positivismo creó sus propias víctimas, y más tarde —es una idea de Michel Villey— trató de remediar a quienes había hundido, declarando los Derechos Humanos individuales.

Para reconocer los puntos de referencia de la justicia no hace falta una metafísica que exponga esencias eternas: basta reconocer, al menos, una ontología de lo contingente que nos lleve a entender, por ejemplo, que la esclavitud estuvo objetivamente justificada en el siglo IX, pero que hoy no es mantenible. El ser humano es una síntesis; desde el punto de vista ahora seguido, constituye una unidad sintética de su subjetividad con sus vertientes religiosas, morales o jurídicas. El olvido de este carácter sintético nos lleva a la advertencia de Sergio Cotta, a saber, que la negación de las realidades lleva a la persona tanto a su exaltación como a su aniquilamiento: ambas posibilidades son las consecuencias de la falta de puntos de referencia ontológicos que guíen las operaciones del propio yo. Si la persona es entendida siempre

lo individual, este individuo, aquí y ahora —todas estas frases son universalidades, y bien que por todos y cada uno, aunque se trate de *un aquí y ahora* sensibles, se quieren designar cosas individuales, todas estas palabras designan lo general». *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*. Zweiter Teil, p. 254. Cito por la edición de Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1970, pág. 20. La traducción es mía. Entre nosotros, García Suárez se ha ocupado recientemente de este problema. Vid. *La lógica de la experiencia*. Wittgenstein y el problema del lenguaje privado. Tecnos, Madrid, 1976, págs. 20 y ss.

como realidad absoluta, al *enfrentarse* con el mundo externo a ella solamente puede reconocer otros absolutos; en tal caso, al tratarse de una cuestión última no caben matizaciones. O afirmamos un mundo en el que estamos rodeados de amigos, esto es, de nuestras condiciones de marido, padre o profesional, o hay que afirmar que el mundo «está ahí» y que es lo que opone resistencia al esfuerzo. En el primer caso hay colaboración del ser humano con ‘su’ entorno, que le pertenece a él; en el segundo supuesto sólo cabe enemistad con una sociedad insuficientemente socializada y con una naturaleza que únicamente está destinada a ser manipulada.

4.2. Las realidades (las cosas) y las personas

Tenemos ante nosotros tres grandes equívocos sobre la naturaleza social de las personas. Uno arranca desde la imaginación de los individuos en un espacio sin relieves, en alguna de las variantes del «estado de naturaleza», que es el instrumento imprescindible (en la Edad Moderna y ahora: parece que no existe otra posibilidad intelectual) para imaginarse a los seres humanos como puntos aislados. El otro consiste en afirmar que el fundamento del derecho, en general (como si el derecho pudiera existir genéricamente) está en las voluntades individuales, que contratan las condiciones de la convivencia. Finalmente disponemos de la versión actual, que imagina un poder político general que es limitado parcialmente en cada caso por los derechos de los individuos, llamados derechos humanos.

Veamos: una realidad es la coexistencia, y otra la convivencia. Los discípulos de Kant que historié en *La Cabeza de Jano* propusieron, siguiendo a su maestro, una simple coexistencia: como cada persona constituye una voluntad²⁶ que ha de realizar autónomamente su plan de vida moral, el orden jurídico no puede ser otra cosa que la coordinación mutua de estas voluntades buscando que cada esfera personal de libertad (*Freiheitssphäre*) sea lo más amplia posible a fin de ganar más arbitrio (libertad, diríamos hoy) y estar en condiciones de mejorar la calidad moral de los actos, pues la sola realidad incondicionalmente pura es la buena voluntad personal. Hicieron suya una de las posibles acepciones de la filosofía del límite, ya que entendieron que lo que es verdad hasta el límite debe ser verdad más allá del límite. Para lograr doctrinalmente esta representación imaginaria idearon individuos fungibles sin identidad propia que vivían sobre y en un espacio plano que únicamente estaba constituido por la *res extensa* uniforme por amorfa. En este punto seguían el camino

²⁶ Los kantianos no hablaron de voluntad, sino de arbitrio, *Willkür*. La palabra voluntad se les aparecía demasiado cargada de resonancias de otras filosofías y prefirieron remitirse a la simple indeterminación de los propios actos de querer. Por la misma razón no hablaron de Experiencia (*Erfahrung*), sino de Empiria, *Empirie*. Estas simplificaciones acabaron pagando un precio alto en la historia posterior.

del contractualismo jusnaturalista de los siglos anteriores, sin ninguna originalidad. Pero esta descripción del derecho se basaba en ensoñaciones liberales, porque los hombres no nos limitamos a coexistir de este modo: Holland advertía, a mediados del siglo XIX, que un orden tal del derecho no podía dar razón del Ministerio de Educación, por ejemplo²⁷. Lo que nos indica más inmediatamente el fracaso de estas teorías es que la afirmación de la simple coexistencia social carece de sentido porque no tiene un referente adecuado en el mundo moral o jurídico: incluso el que quiere ignorar a su vecino por falta de amistad, o por egoísmo, sin embargo paga impuestos para satisfacer también las necesidades de ese vecino.

El espacio infinito y polarizado que divulgó Descartes ha desaparecido del horizonte de la geometría y de la física actuales²⁸: ya no disponemos de aquellas llanuras —los «estados de naturaleza»— en las que se encontraban puntos que eran los individuos sin más cargas o condiciones que ejercer su voluntad. Hegel hacía notar —en plena oposición a este planteamiento— que todo punto es la negación del espacio, por lo que podemos pensar, de acuerdo con el espíritu de Hegel, que estos puntos individuales en el estado de naturaleza reclamaban negar lo que ellos eran (naturalezas simplemente negativas por excluyentes de los otros individuos) para llegar a constituir un poder político meramente común, porque este poder poseía un solo fin pretendidamente igual para todos los ciudadanos. Pero, de hecho, este poder común se presentó tan llano y tan sin relieves como el estado de naturaleza anterior desde el que nació mediante un contrato. Esta falta de relieves —la ausencia de ‘las cosas’ humanas— determinó el desarrollo de un poder político igualmente amorfo y, en definitiva, tan sin límites como irreal. No pudieron entender —les faltaba experiencia— que su razón pura les encaminaba hacia un poder que, precisamente por ser común por estar dirigido hacia un solo trazo humano, portaba en sí los gérmenes del verdadero despotismo; el siglo XX hizo realidad esta denuncia porque el Estado asumió un solo fin: el de la defensa de la clase trabajadora, el de hacer realidad la hegemonía de la raza superior, etc. Sin llegar a estos extremos, buena parte de las teorías sobre el Estado de Derecho se han montado sobre el supuesto operativo subli-

²⁷ Este teórico del derecho y del Estado —quizá más teórico del Estado y de sus leyes que no del derecho— escribía que «This conception is purely negative, and a wider and positive conception is needed to embrace the operation of Public as well as of Private Law. The Kantian definition is wide enough to cover all rules which regulate the relations of individuals one to another, but it is too narrow to cover enactments providing, for instance, for the organisation of a ministry of education». *The Elements of Jurisprudence*, Oxford, 1924, pág. 80.

²⁸ Esta afirmación requiere ser matizada. Planck y Heisenberg parecen haber superado esta representación visual del espacio. Parece que Einstein no: el ejemplo de la cama elástica que él proporciona mostrando las deformaciones que forman los cuerpos en ella, parece seguir este esquema subliminalmente operativo.

minimalmente de una sola nota de la vida humana; estas doctrinas suponen o afirman individuos uniformemente adaptados a la Constitución y únicamente destacan en ellos su libertad e igualdad, sin que estén en condiciones de reconocer la existencia de la diversidad de las situaciones y consiguientes instituciones jurídicas²⁹.

Una subjetividad sin determinaciones únicamente se comprende a sí misma como una identificación y afirmación solipsista del propio yo. No hace falta recurrir a argumentaciones moralizantes para superar esta visión de los individuos: sabemos que las cosas propiamente humanas nos son tan necesarias como nuestra piel. No es la personalidad ya comprometida la que ha de justificarse frente al deseo de infinitud: es este deseo el que ha de comparecer ante el tribunal del derecho. No necesitamos órdenes o mandatos especiales para reconocer nuestras determinaciones personales y conocer el deber de seguir las. Una vez más comprobamos la precedencia de las realidades (no imperativas) en la filosofía práctica, porque no en vano Tomás de Aquino indicaba que la ética no usa el tiempo verbal imperativo (*Fac hoc!*), sino el tiempo de presente: «Esto está para que tú lo hagas»: *Hoc est tibi faciendum*³⁰. Tenemos fines, tantos como cosas hay que llevar a cabo, y no hacen falta órdenes para que un hombre haga lo que necesita hacer para desplegar su humanidad llevándola a su relativa plenitud. Por esta razón, el de Aquino llamaba a los que se desviaban de sus fines —los pecadores— *stulti*, esto es, tontos o necios, porque todo el que peca, peca ante todo contra sí mismo³¹.

El ser humano se constituye como hombre —y no solamente como marido o profesional— *asumiendo* sus condiciones; esto es, necesita amar sus determinaciones como profesional o padre. Indiqué que considerar al hombre radicalmente como individuo, implica que la subjetividad como tal, entendida como el punto sistemático de la filosofía práctica, sólo nos lleva a la *Absonderung* o ensimismamiento ya mencionado, como una autoidentidad simplemente formal en la que la persona no puede ni reconocerse a sí misma como individuo porque carece del contraste *cum alio*. Una mente simplista encontraría pronto la solución a este problema, porque afirmar que el hombre tiene una naturaleza constitutivamente relacional que desborda la simple coexistencia; de hecho, algunos autores hablan de «ser con los otros», pero esta tesis, sin ser falsa, es excesivamente insuficiente, porque nos relacionamos *directamente*

²⁹ La Constitución española declara que los principios rectores del ordenamiento jurídico nacional son los de la libertad, igualdad y justicia. Pero los magistrados del Tribunal Constitucional sólo aplican los dos primeros, y si hablan de injusticia es, normalmente, porque entienden que alguien ha roto las exigencias de la igualdad o de la libertad.

³⁰ Vid. *Sum. Theol.*, I-II, q. 17, art. 1.

³¹ Sobre el carácter no imperativo de la ética, véase mi estudio, ahora en prensa, en el libro-homenaje al Prof. Guzmán Brito, *El carácter no imperativo de la ética en Tomás de Aquino*.

con los otros únicamente en algunas relaciones que no suelen estar reguladas por el derecho; las exigencias de relacionarnos directa o personalmente con los otros sólo juegan alguna función en el derecho, a veces decisiva y a veces irrelevante, pero no exigibles siempre y universalmente; pues el juez ha de indagar en unos momentos si ha habido buena fe, pero en otros casos la buena o mala fe no juega ninguna función. No perdamos de vista que estamos estudiando algunas facetas del derecho, no los deberes propios del amor.

Somos seres que vivimos según relaciones, y esta índole relacional —sabiendo que en la sociedad política nos relacionamos simultáneamente con ‘cosas’ y con personas— no tiene por qué justificarse ante la visión de quien se sitúa ante el campo infinito de lo posible y no quiere renunciar a ninguna posibilidad. El hombre que vive en la historia —esto es, en el compromiso con sus determinaciones— no es, sin residuos, un individuo ni un componente de su comunidad política. Es hora de abandonar las visiones políticas de quienes se sitúan ante espacios planos y únicamente contemplan puntos iguales, sea unidos como en las matemáticas de conjuntos (holismos sistémicos), sea distinguidos en tanto que puntos individualmente diversos (atomismo liberal), de forma que cada uno de estos puntos niega el espacio en el que es intuido: la afirmación de este individualismo reposa sobre una base de naturaleza negativa, porque sólo es posible (imaginativamente) negando la posibilidad de las instituciones jurídicas cuyas exigencias rebasan el arbitrio de los individuos; de esta forma, es fácil caer en los despotismos a los que aludía poco antes a propósito de los kantianos, porque ahora el ser humano no tiene instituciones en las que refugiarse cuando el poder político es *único*.

Como los individualismos reducen a las personas a sus voluntades y a éstas —en los regímenes parlamentarios— a sus votos, estas tendencias acaban en contractualismos sociales y políticos, y han de *suponer* que los ciudadanos están obligados a cumplir lo establecido por el derecho porque ellos han dado su consentimiento, de alguna forma, a las normas de su ordenamiento jurídico. Esto supone entrar descaradamente por el camino de las ficciones. Sucedería así que existe una sola protorealidad (las voluntades individuales siempre intercambiables porque son idénticas entre sí) que constituirían el fundamento uniforme de todos los institutos jurídicos. Como es patente, todas estas instituciones serían, en definitiva, iguales, porque su génesis es idéntica; o, más precisamente, podríamos afirmar que pertenecen al mismo género, porque han de ser idénticas genéricamente todas las ‘cosas’ que son realizadas por el mismo agente con los mismos materiales, ya que únicamente existen los individuos con sus voluntades que se afirman (teóricamente) como indeterminables desde el exterior de ellas mismas. Fue comprensible que Kelsen, tras los pasos de Otto Mayer o Hans Nawiasky, quisiera resolver este problema partiendo desde un mundo autónomo de normas, en el que la pluralidad de las voluntades desaparecía para dejar paso a la voluntad más fuerte en cada sociedad.

Este planteamiento es demasiado discutible porque carga el peso de las explicaciones en el momento genético personal-individual y desatiende las causas reales por las que actúan los seres humanos. De acuerdo con la terminología escolástica, esta forma de pensar solamente contempla causas eficientes uniformes, y las causas finales quedan sustituidas por las impulsiones representadas por las voluntades desnudas de los individuos. Fue propio de la Edad Moderna afirmar exclusivamente causas eficientes (al modo scotista y nominal) despreciando las causas finales; este hecho está claro en las «Disputaciones metafísicas» de Francisco Suárez, y quedó definitivamente entronizado por la mecánica cartesiana, para la que sólo existe el movimiento por impulsiones; la descripción de todo el mundo —también el mundo humano— quedó reducido al juego de la causa impelente—cosa impelida. Supusieron que en el ámbito del hombre la única causa que podía *mover* a las voluntades era otra voluntad superior, y el mundo del derecho se pobló de ‘normas’, esto es, de imperativos, por lo que el derecho adquirió necesariamente una naturaleza normativa. Ésta fue una consecuencia necesaria de haber perdido de vista las causas *reales* por las que actuamos las personas. Pero si seguimos a Kierkegaard, aunque sea remotamente, la voluntad —incluso la simplemente individual— solamente interviene cuando un ‘yo’ experimenta alguna necesidad que le origina una tensión entre lo que es o tiene, y entre lo que quiere ser o quiere llegar a tener, y este hecho es bastante más evidente cuando estudiamos la génesis de las necesidades colectivas. La génesis real de cualquier razonamiento práctico sólo puede ser teleológica, con tantos fines como determina la heterogenia de los principios que intervienen en nuestras deliberaciones. Desde el punto de vista de sus contenidos no existe ‘el’ ordenamiento jurídico nacional: existen multitud de instituciones jurídicas que pueden ser agrupadas superficialmente atendiendo a su cauce procesal y coercitivo común para el caso del incumplimiento de alguna de sus reglas.

Este tema no siempre es fácil de comprender porque la tradición política moderna nos ha acostumbrado a considerar directamente a las relaciones de las voluntades de las personas con el Estado, y parece que no queda más salida que afirmar *tout court* la subordinación de las personas al Estado, o afirmar los derechos individuales de cada ser humano frente al Estado. En el espíritu de la Declaración Universal de Derechos de 1948 se encuentran implícitas ambas afirmaciones, y el Estado que surgió después de 1945 ha tratado de compatibilizarlas. Sin duda hemos ganado en libertades individuales simplemente negativas, que suponen ‘mordiscos’ (según una terminología generalizada) a la fuerza del Estado; pero es dudoso que desde la protección que nos ofrecen estos derechos tengamos las posibilidades reales para desarrollarnos de formas propiamente humanas. Esta falta de posibilidades no responde a limitaciones necesarias de la vida política, o de la solidaridad, o de la justicia; sucede más bien que estos derechos son tan *planos* como el poder general del Estado al que se enfrentan, y un resultado final —entre otros— de esta uniformidad

es el desconocimiento de las vertientes personales necesarias a los seres humanos, que son más que voluntades que crean poderes comunes con sus votos.

5. LAS PERSONAS EN SUS ENTORNOS POLÍTICOS

No es difícil aludir a la naturaleza relacional de las personas; lo arduo es diseñar el alcance de las capacidades públicas de cada ser humano, esto es, el estatuto político de los ciudadanos; al llegar a este punto habría que hablar de la naturaleza pública de lo que es aparentemente privado; un tema del que me ocupado en otros momentos. Somos desiguales porque unos están casados y otros son solteros, unos trabajan y otros están parados. Pero somos iguales ante la instancia pública porque el poder político es ante todo la instancia igual de *mediación* entre los problemas suscitados por los ciudadanos. El dato radical desde el que hay que partir para ser fieles a la realidad de todos los días es doble: de un lado, el de la consideración y respeto del conjunto de las relaciones plurales (y de diversa índole) entre los ciudadanos; del otro lado, su igual protección y regulación por el poder público. Las nociones de lo público y de las necesidades son inescindibles: de modo muy impreciso, se puede decir que existen tantos derechos como necesidades, y que cada necesidad conlleva su legalidad propia. Partir desde el Estado para enfrentarle *después* derechos implica afirmar una *lex constrictiva et generalis originaria* que no existe, porque el poder surge desde la suma de nuestras carencias; las carencias se pueden unificar pero no homogeneizar.

(Si nos desviamos momentáneamente del tema, vemos que el poder posibilita, pero aún así, no puede asumir la tarea de la coordinación de todas las actividades porque, como destacó muy tempranamente Ludwig von Mises en su crítica a la economía comunista, una sola instancia no puede asumir la complejidad de la sociedad³². Ahora, el Estado ni siquiera puede hacerse cargo de la normación de buena parte de las empresas más recientes, y de ahí la nueva figura administrativa de la «autorregulación». Las teorías sistémicas que hablan de la función reductora de la complejidad que opera la dogmática jurídica (Luhmann), son equívocas, ya que el Estado tanto reduce la complejidad como la aumenta; de hecho, la «crisis del Estado» no ha venido tanto desde la influencia de las instancias liberales como desde las complicaciones producidas por un Estado que ha devenido excesivo, y por tanto insuficiente ante las complejidades nuevas).

³² Ludwig von Mises explicó, a comienzos de los años 20 del siglo pasado, que el comunismo que se intentaba hacer realidad en la Unión Soviética no era viable porque una sola instancia de mediación no era capaz de absorber la complejidad del mercado. Si sustituimos mercado por sociedad, la observación sigue siendo igualmente válida.

La negación más reciente de la diversidad de las dimensiones personales viene hoy de la mano de Niklas Luhmann; no es el único autor sistémico, pero sin duda es el más relevante y completo. El iniciador de este tipo de pensamiento fue Ludwig Bertalanffy, con obras sin duda inteligentes; pero los epígonos actuales de estas doctrinas han llevado las tesis de Bertalanffy hasta extremos extraños al espíritu original de esta teoría. La tesis más básica de las teorías sistémicas explica el derecho indicando que la dogmática jurídica existente procede a adjudicaciones abstractas de sentido para las conductas en el interior de la sociedad; si despojamos a esta palabrería de su carácter algo críptico, lo que afirman los autores sistémicos es la simple aleatoriedad de la producción y aplicación de las reglas jurídicas según la afirmación que ya contiene cada sistema, ya que ellos, materialistas concienzudamente, no pueden admitir operaciones «con sentido», esto es, orientadas teleológica o inteligentemente; solamente pueden admitir un juego entre el *input* y el *output* en el que cada nueva incisión en el sistema y cada nueva respuesta del sistema humano están condicionadas por la información que ya posee el género humano, que a su vez, ha sido formada fortuitamente por los juegos anteriores de *input/output* que se remontan al origen de las cosas. Ignoro los orígenes y los condicionantes últimos de los sistemas minerales, vegetales o animales que existen hoy, pero esta ignorancia no obsta a que todos sepamos con certeza que las reglas jurídicas y los decretos dictados por el poder político han de responder a necesidades *reales* y concretas de las personas que viven en este momento en esa sociedad política. Parece que hablar de «adjudicaciones abstractas de sentido» —es terminología de Luhmann— implica una tesis que ha de comparecer ante el jurado de la inteligencia. El *common sense* de los materialistas actuales ha de explicar la génesis y la formación de todos los sistemas a través de una información que posee cada sistema y que ha sido lograda casualmente; pero es necesaria la fe en estos sistemas de pensamiento, porque ningún método —físico, biológico o matemático— ha logrado probar nada en estos temas.

Si seguimos la intuición básica de Luhmann, que entiende que las personas no pueden ser consideradas como sistemas porque el sujeto aspira a serlo todo, habría que concluir que la sociedad política es el sistema único y primario en lo humano, que tendría como entorno a las personas. Esta tesis es aberrante y desde luego no responde a la mentalidad existente sobre la naturaleza del poder político.

Hay que comenzar a diseñar el estatuto público de las personas. No se puede seguir manteniendo la ficción de la existencia de una instancia pública (fundamentalmente el Estado) y de unas instancias privadas o particulares. Tampoco es cuestión, para defender a las personas contra los posibles abusos del poder, de establecer alguna teoría contractualista —cada feria del libro nos trae una nueva— porque el contractualismo tanto degrada la realidad del poder político como se opone a lo evidente. En una sociedad creada contractualmente sus miembros han de ingresar

voluntariamente y han de tener la oportunidad de salir del mismo modo; pero esta voluntariedad no es viable cuando el ciudadano ha de pagar sus impuestos. Frente a estos intentos tan extraños a la cotidianidad, hay que mantener que toda persona posee una vertiente necesariamente pública, y que esa faceta suya no se agota en ejercer la posibilidad de votar periódicamente a alguno de los partidos.

6. PERSONAS Y JUDICATURAS

El fundamento más inmediato para exigir la realización de esta vertiente pública de los seres humanos no es la simple igualdad biológica, ni la igualdad en las fuerzas físicas, u otra supuesta igualdad entre los hombres. Es más bien el carácter excéntrico que toda persona asume ante sí misma y ante los demás; pues la mujer casada tiene que desdoblarse, siempre en tensión entre los dos polos representados por su subjetividad y su condición de esposa; y el ciudadano ha de desdoblarse entre sus condiciones de propietario y de contribuyente. Las concreciones, al determinarnos, nos hacen activos y rompen el círculo que formaría esa autoidentidad únicamente formal del sujeto que únicamente se conoce a sí mismo y que considera a los demás como «unos otros» a los que no tienen por qué alcanzar las mismas competencias que él vive. Para evitar simplismos, notemos que no es el momento de hablar tanto de derechos como de competencias; porque un derecho es renunciable y utilizable *ad libitum*, mientras que una competencia genera derechos-deberes: alguien puede renunciar a la propiedad de su automóvil regalándolo, pero no puede renunciar al ejercicio de sus competencias ciudadanas o familiares.

La administración de justicia es excéntrica respecto de sí misma, bien sea porque administra justicia entre dos partes en conflicto, bien porque en el proceso penal la fuerza pública se divide en el ministerio fiscal y el juez; cualquier hombre que participa en un juicio, o en un proceso, se sitúa en una posición excéntrica respecto al tribunal y a las otras partes. Hablando con cierta radicalidad (aunque no ésa a la que recurren Luhmann y los autores sistémicos), vemos que la administración de justicia ofrece el paradigma para entender la personalidad jurídica, porque un ser humano solamente se entiende a sí mismo desde los demás; no sólo desde los demás hombres, sino también desde las demás cosas que le religan a él con las otras personas y consigo mismo; recordemos lo ya expuesto sobre las ‘cosas’ como puntos de encuentro entre los hombres. No únicamente entre hombres diversos, sino en el interior de cada persona consigo misma: de ahí el *cum alio scientia* tomista como condición imprescindible para formar la propia identidad.

Todos los seres humanos exigen su reconocimiento; a veces exigen su reconocimiento para sí mismos como sujetos³³. Pero también es normal que el trabajador pida su reconocimiento al filo de sus exigencias como trabajador en el tipo de trabajo que desarrolla, o que el padre exija respeto y ayuda para sus competencias como padre: estas situaciones operan a modo de espejos en los que el sujeto se reconoce a sí mismo como persona humana. En este sentido, el ciudadano sabe que lo es porque reconoce a los otros como ciudadanos, o como padres, o como seres que han de ser respetados, sea negativamente (sería el momento de la simple abstención o *Enthaltung*), sea positivamente, es decir, cooperando con los demás en lo que en definitiva es de los demás³⁴. La personalidad posee así un cierto carácter reflejo: sabemos que somos personas porque reconocemos a los otros como personas. El fundamento de la igualdad solamente es posible aludiendo a ese desdoblamiento tantas veces mencionado; un ser humano no dispone de ningún derecho para tratar a otro como si ese otro fuera distinto a él mismo. Si alguien cae en la actitud de exigir para él derechos que él deniega a los demás, esto indica ante todo que ese hombre está vulnerando la dignidad que él porta, porque todo hombre conlleva en sí la dignidad de toda la humanidad.

Éste es fundamento de su culpabilidad, saber que está desconociendo una universalidad de la que él no puede disponer libremente; pues al exigir en el delincuente, como condición para su imputación penal, que sea capaz de distinguir el bien del mal, no se le pide solamente que sea consciente de haber causado un daño a otra persona, o de haber transgredido una ley, sino también saber que ha violado una exigencia necesariamente universal que él *debe* portar en sí. Sin esta personalidad o autoconciencia radical del deber, no puede exigírsele a una persona que respete los derechos que él no reconoce para sí mismo.

Este proceso, cuando se extiende universalmente, forma el conjunto de las personalidades, y de los derechos y competencias que permiten hablar de una sociedad propiamente jurídica y política. Es preciso abandonar los psicologismos del tipo de Bentham o los juegos lógicos que hoy proponen los discípulos de Rawls. El ser persona y por tanto Sujeto del Derecho —una expresión que tomo de Georg Jellinek— no es cuestión de esas comprobaciones psicológicas a las que tan aficionados

³³ Esta amable exigencia del reconocimiento de las simples situaciones jurídicas, no alcanza, como es obvio, a las situaciones extremas.

³⁴ En cada comunidad política no existe un único público, sino varios públicos. Si perseveramos en la ficción que consiste en imponer dogmáticamente la existencia de un solo poder que abarca una multitud de ciudadanos iguales, cincelados uniformemente por la Constitución, permaneceremos efectivamente en el campo de las ficciones. Parecería que esta igualdad únicamente es afirmada hoy en los Estados totalitarios que aún quedan, como son Cuba o Irán. Pero también es afirmada —normalmente de forma hipócrita— en bastantes Estados democráticos.

fueron los norteamericanos de la posguerra: en este punto no tienen cabida los behaviorismos, que son útiles en la sociología y que pueden ayudar a entender mejor los condicionantes históricos de cada personalidad. Pero la justicia de los seres humanos ha de ser explicada a través del reconocimiento de una ley universal, que viene dada ante todo por el reconocimiento de los otros, gracias al cual cada sujeto puede reconocerse a sí mismo. La misma estructura del lenguaje manifiesta esta exigencia; si se dice otro, se quiere decir «otro como...». Si queremos referirnos a algo extraño hemos de añadir algo a ese otro, como cuando decimos «el automóvil del otro».

En última instancia, el derecho a exigirme a reconocer a los otros como Sujetos del Derecho, y el igual derecho a que me reconozcan a mí como tal, constituye la base principal del carácter personal del hombre, que conlleva tanto la incomunicabilidad como la sociabilidad. Desde su incomunicabilidad, la persona muestra la dignidad de quien ha de realizar un plan de vida personal, más allá de utilidades o intereses concretos; pues no expresan lo mismo el «me interesa» que el *me intereso*. Éste es un punto en el que siempre tropezarán los psicologismos utilitaristas. En este contexto, es obvio que la prepotencia proviene desde el que se ha reintroducido de tal manera en sí mismo, que su vida ha degenerado en un solipsismo existencial. El rechazo del prepotente no puede ser explicado mediante juegos lógicos (como pretendió en cierto modo Rousseau), ni mediante la buena conciencia que frecuentemente es confundida con la conciencia moral; este rechazo ha de provenir ante todo de la no aceptación de una persona que no sabe reconocerse a sí misma como persona, y que por este hecho se ha colocado en una situación hostil con los demás. Pues la personalidad, fragmentada por las relaciones concretas, es el universal que es realmente de todos; éste es el motivo por el que un hombre vicioso y envilecido puede recriminar una conducta a otro hombre que goza de una mejor salud moral.

Contra Juan Duns y la escuela de los nominales, hay que afirmar que no existe en primer lugar un yo que se afirme él a sí mismo, y que posteriormente reconozca a los demás gracias a su buena voluntad o a su capacidad para vivir la caridad. El de Aquino no aceptó este planteamiento de las relaciones entre las personas que, sin embargo, parece ser el que mejor se acomoda al sentido común; pero hay que temer que ese sentido común en el que apoyó Scotto ante todo mostraba su propia incapacidad comparada con la capacidad de percepción tomista. Tomás no pensó en un hombre que arrollara a su entorno, en el que podrían estar incluidas las demás personas; él más bien diseñó a un ser que posee la capacidad de la vista porque hay colores que ver, la del oído porque hay sonidos que oír, y la razón porque hay pensamientos que necesitan ser pensados. El ser humano es persona porque necesita ser persona, no porque él lo sea por derecho propio; si sucediera esto último, esta actitud caería bajo las observaciones de Hegel cuando criticaba lo que él llamaba las filosofías de las sustancias, en virtud de las cuales un hombre dice «soy una sustancia», y

dice también «Tú, Dios, eres otra sustancia», y de este modo el hombre —concluye Hegel— le hace el favor a Dios de reconocerle que Él existe.

La administración de justicia implica este autorreconocimiento de la propia personalidad de los llamados a enjuiciar en los otros. El juez ha de saber que él porta dignidad porque reconoce esa dignidad al que enjuicia: el enjuiciado —no necesariamente en un proceso penal— es el dato del que dispone la judicatura para conocer las posibilidades y los alcances de su propia humanidad. Si el juez fuera una ‘sustancia’ en el sentido denunciado por Hegel, podría hacer valer su autonomía y discriminar a las personas por la fuerza de su incomunicabilidad y de su autosubsistencia, porque entonces no tendría que dar razones sobre lo que decide. Pero el juez, del mismo modo que el conjunto de toda la sociedad, puede enjuiciar a los demás porque todos, los jueces y los enjuiciados, son personas sometidas al derecho: Pilato dijo a Cristo: «¿Tú callas. No sabes que tengo poder...?». Cristo le respondió: «No tendrías poder si no se te lo hubiera dado desde lo alto». Y Pilato entendió inmediatamente.

BIBLIOGRAFÍA

- APEL, K-O., *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. R. García Cotarelo, Península, Barcelona, 1985.
- AQUINO, Tomás, *In Aristotelis libros Peri Hermeneias et Posteriorum Analyticorum*, Marietti, Torino, 1964.
- AQUINO, Tomás, *In Primum et Secundum Sententiarum*, Tomus VI, «Opera omnia», Romae, 1570.
- AQUINO, Tomás, *Liber de veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium seu «Summa contra Gentiles»*, Marietti, Torino-Roma, 1961.
- AQUINO, Tomás, *Summa theologia cum commentariis Cardinalis Cayetani et elucidationibus litteralibus P. Saerafini Capponia Porrecta*, Roma, 1773.
- AUSTIN, John., *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5.ª ed., John Murray, Londres, 1911.
- AYER, A. J., *Problemas fundamentales de la filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1884.
- BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: ¿Resistencia o decadencia?*, Tecnos, Madrid, 1989.
- BASTIT, M., *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suárez*, PUF, Paris, 1993.
- BERTALANFFY, *Teoría general de los sistemas. Fundamentos, desarrollo, aplicaciones*, trad. J. Almela, FCE, México, 1989.
- BIEL, G., *Commentarii doctissimi in III Sent. Libros*, Brixiae, 1574.
- BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, G. Giappichelli, Torino, 1979. *Teoria della norma giuridica*, G. Giappichelli, Torino, 1958. *Teoria dell'ordinamento giuridico*, G. Giappichelli, 1960.
- CARPINTERO BENÍTEZ, F., «Deber y fuerza: la Modernidad y el tema del deber jurídico», en *Obligatoriedad y Derecho*, XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Universidad de Oviedo, 1991.
- CARPINTERO BENÍTEZ, F., «Dos nociones históricas de libertad», en *Philosophica*, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, n.º 27, 2005.
- CARPINTERO BENÍTEZ, F., «Nuestros utilitaristas malentienden a Kant», en *El pensa-*

- miento jurídico. *Pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al Prof. Juan José Gil Cremades*, El Heraldo de Aragón, Zaragoza, 2008.
- CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, Actas, 1993.
- CARPINTERO BENÍTEZ, F., *La Cabeza de Jano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1988.
- CARPINTERO, F., «La dimensión pública de las personas», en A. Aparisi (ed.), *Ciudadanía y persona en la era de la globalización*, Comares, Granada, 2007.
- COCCEJUS, S., *Tractatus juris gentium de Principio Juris Naturalis unico, vero et adaequato*, Francofurti ad Viadrum, 1702.
- CONRADO DE SUMMENHART, *De contractibus licitis atque illicitis*, Venetiis, 1580.
- COTTA, S. *El derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología*, trad. I. Pastor, Eunsa, Pamplona, 1987.
- DUNS SCOTO, J., *Johannis Duns Scoti Doctoris subtilis Ordinis Minorum Summa Theologiae. Ex universis operibus ejus concinnata, juxta ordinem et dispositionum S. Thomae Aquinatis per Fratrem Hieronymus de Montefortino*, Romae, 1728.
- FREY, G., *La matematización de nuestro universo*, trad. J. Barrio, Gregorio del Toro, Madrid, 1972.
- GARCÍA SUÁREZ, A., *La lógica de la experiencia. Wittgenstein y el problema del lenguaje privado*, Madrid, Tecnos, 1976.
- GERSON, J., *Tractatus de potestate ecclesiastica et de origine juris et legum*, en «Opera», vol. III, Antwerpiae, 1706.
- GIERKE, OTTO v., *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staats-theorien*, 7.^a ed., reproducción de Scientia (Aalen), 1981.
- HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa*, trad. M. Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1987.
- HEGEL, G. W. F., *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, en «Werke», vol. 8, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986.
- HEGEL, G. W. F., *Principios de Filosofía del Derecho o Derecho natural y Ciencia política*, trad. J. L. Vermal, Editora Suramericana, Buenos Aires, 1975.
- HEISENBERG, W. von., *Física y filosofía*, trad. F. de Tezanos, Ediciones la Isla, Buenos Aires, 1959.
- HOLLAND, Th. E., *The Elements of Jurisprudence*, Oxford, 1924.
- JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechten*, reproducción de W. B. Darmstadt, 1979.
- KANT, I., *Crítica de la razón pura*, trad. P. Ribas, Alfaguara, Madrid, 1988. *Crítica de la razón práctica*, trad. J. Rovira, Losada, Buenos Aires, 2.^a ed., 1968.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, F. Deuticke, Wien, 1960.
- KIERKEGAARD, S. *El concepto de la angustia*, no consta traductor, Espasa-Calpe, Madrid, 1982.
- KOEHLER, H., *Juris socialis et Gentium ad jus naturale revocati specimina VII*, Frankfurt am Main, 1738.
- LOCKE, J., *Two Treatises on Government*, en «The Works of John Locke», vol. V, London, 1823.
- LORIMER, J., *The Institutes of Law*, 2.^a ed., Edimburgh, 1880.
- LUHMANN, N., *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, trad. J. Beriain y J. M. Blanco, Editora Nacional, Madrid, 1983.
- *Fin y racionalidad en los sistemas. Sobre la función de los fines en las ciencias sociales*, trad. J. Nicolás Muñiz, Editora Nacional, Madrid, 1983.
- LUNDSTEDT, V., *Law and justice*, Almqvist and Wiksell, Stockholm, 1952.

- MACINTYRE, A., *Tras la virtud*, trad. Amelia Valcárcel, Crítica, Barcelona, 1987.
- MARX, C., *El capital. Crítica de la economía política*, trad. V. Romano, Akal, México D.F., tomo I.
- MASSINI CORREAS, C-I., *Filosofía del derecho*, tomo II, La Justicia, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.
- MAYER, O., vid. *Die Gleichheit vor dem Gesetze im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, y *Der Einfluss des Staatsrechts auf die Begriffsbildung der öffentlichen Rechts*, en las «Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtler zu Münster i. W. am 29. und 30. März 1926. Walter de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1927.
- MISES, Ludwig v., *La acción humana. Tratado de economía*, trad. J. Reig, Unión Editorial, Madrid, 1980.
- MOLINA, L., *De justitiae et jure opera omnia*, Venetiis, 1614.
- MOUNIER, E., *Manifiesto al servicio del personalismo. Personalismo y Cristianismo*, trad. D. González Campos, Taurus, Madrid, 1986.
- NAWIASKY, H., *Teoría general del derecho*, trad. J. Zafra, Editora Nacional, México, 1980.
- NOZICK, R., *Anarchy, State and Utopie*, Blackwell, London, 1974.
- OLIVECRONA, K., *El derecho como hecho*, trad. L. López, Labor, Barcelona, 1980.
- PRIESTLEY, J., *The doctrine of Philosophical necessity illustrated*, London, 1777.
- PUFENDORF, S., *De jure naturae et gentium libri octo*, Frankfurt-Lipsiae, 1759.
- RAWLS, J., *Liberalismo político*, trad. S. R. Madero, FCE, México, 1996.
- ROSMINI-SERVATI, A., *Filosofía del diritto*, vol I, Milano, 1841.
- ROSS, A., *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, trad. J. Barboza, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
- *On Law and Justice*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1974.
- SERNA BERMÚDEZ, P., *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México D. F., 2006.
- SUÁREZ, F., *Tractatus de Legibus ac legislatore Deo in decem libros distributus*, Conimbricae, 1612.
- THOMASIIUS, Chr., *Fundamenta juris naturae et gentium ex sensu communi deducta*, Halae et Lipsiae, 1718.
- VÁZQUEZ DE BELMONTE, G., *Commentariorum ac Disputationum in Primam Secundae Sancti Thomae*, Ingolstadt, 1611.

CAPÍTULO II
TEXTOS AMBIGUOS Y ARGUMENTOS FLEXIBLES
EN LA INTERPRETACIÓN
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
Manuel Jesús Rodríguez Puerto*

1. LOS LÍMITES DEL PROBLEMA

Los términos «globalización», «mundialización» y otros similares desempeñan actualmente un eficaz papel de palabras-válvulas útiles en múltiples contextos. Las transformaciones, incertidumbres y confusiones sociales del momento son colocadas automáticamente bajo el paraguas de la globalización, aunque frecuentemente no quede claro el significado preciso de la expresión; más bien parece nombrar los temores y preocupaciones habituales ante todo cambio. Los intentos de unir el derecho con la globalización también suelen adolecer de una indefinición parecida. No es sorprendente, porque tras la noción de un derecho supuestamente globalizado se ocultan realidades bastante diferentes, a veces desconectadas e incluso contradictorias entre sí. Uno de los aspectos de esa variedad es la crisis del concepto de derecho unido exclusivamente al aparato legislador del Estado moderno, aunque esa crisis no haya sido causada tan sólo —ni siquiera originariamente— por la denominada globalización.

La imagen moderna del derecho está basada en la existencia de una voluntad central desde la que emana una serie de mandatos legales vinculantes dentro de un territorio delimitado. La historia de esta teoría jurídica es larga, porque sus raíces están situadas en los debates teológicos bajomedievales acerca del derecho. Tras siglos de disputas, la doctrina triunfante la expresaba a principios del xvii Francisco Suárez cuando concebía la normatividad jurídica al modo de un movimiento de voluntades desde la voluntad suprema de una comunidad política. El derecho era un conjunto de imperativos ordenado por esa potestad política superior. Es cierto que Suárez y los teólogos contemporáneos añadían que esas órdenes debían ser justas

* Profesor titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Cádiz. España.

para poder ser consideradas jurídicas, pero esa justicia era sólo «causa extrínseca» de la ley: la «causa intrínseca», la que constituía verdaderamente derecho, era la voluntad legisladora, procedente del poder político¹. Es el camino que seguirá la mayor parte de la filosofía jurídica moderna hasta el siglo XIX, aunque a lo largo de esos años habrá numerosos añadidos al imperativismo escolástico². Como ha destacado Carpintero, la Escuela de Derecho Natural Moderno, por ejemplo, fundó el derecho en la libertad individual propia del «estado de naturaleza»; para evitar los choques entre libertades, los individuos pactaban y creaban una entidad política administradora de esas libertades mediante la cesión de sus derechos naturales; el Estado así constituido era la única fuente de derecho admisible. Ese monopolio procedía de la cesión previa de los poderes individuales. En efecto, el Estado estaba formado por la suma de las libertades o voluntades de los sujetos en el estado de naturaleza; para la mentalidad iusnaturalista moderna la libertad natural es igual a la manifestación irrestricta de la voluntad arbitraria; en consecuencia el Estado es una megavoluntad de la que emanan las normas jurídicas³. Cuando a principios del siglo XIX se hunde el predominio de las explicaciones individualistas basadas en el «estado de naturaleza», el Estado mantiene incólume el prestigio teórico adquirido. Los autores que escriben por entonces, y que suelen ser etiquetados como positivistas, identifican al derecho con las leyes garantizadas por la coacción efectiva del Estado con independencia de su contenido⁴.

¹ Cfr. SUÁREZ, Francisco, *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, ed. bilingüe de J. R. Eguillor, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967-1968, lib. III, cap. XX, 1-2, pág. 282, por ejemplo.

² Sobre la evolución desde la escolástica de esta mentalidad que sustenta una forma de entender el positivismo jurídico ver CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. «Voluntad, ausencias y normas: el sustrato histórico del positivismo en el Derecho», en *Dikaosyne*, n.º 15, 2005, per tórum.

³ Ver CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. «La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la «persona jurídica»», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 7, 1987, per tórum; CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. *Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pág. 40 y ss.; CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. *La cabeza de Jano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1988, per tórum; CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. *Historia breve del derecho natural*, Madrid, Colex, 2000, pág. 183 y ss.

⁴ Las bases filosóficas de este primer positivismo decimonónico en Alemania no son claras. Sobre ellas ver CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. *Los inicios del positivismo en Centroeuropa*, Madrid, Actas, 1994, pág. 125 y ss. Carpintero destaca la relevancia que estos autores conceden a lo real-concreto frente a la abstracción de la filosofía crítica kantiana dominante hasta entonces en Alemania; lo real en esos momentos en el Estado centralizado que se difunde por Europa. En el caso de los positivistas anglosajones como Jeremy Bentham sí desempeñó su papel el empirismo que ya habían elaborado los ingleses Thomas Hobbes y John Locke. En cualquier caso, esas referencias filosóficas eran un sustento traído a posteriori para justificar el imperativismo dominante desde principios del XVII. Por otra parte, la construcción de los Estados no sólo estuvo impulsada por aspiraciones teóricas sino por la necesidad

Este modelo, que ha seguido dominando la mentalidad jurídica durante el siglo XX, parece no responder a determinadas exigencias del tiempo presente. Manuel Castells ha llamado sociedad-red al entrecruzamiento de informaciones y comportamientos que con frecuencia saltan fronteras de todo tipo y que caracteriza nuestra época. En ella, el Estado ha perdido el control de sectores importantes de su política tradicional; los flujos de capital e información, por citar sólo dos aspectos significativos, discurren en buena medida por vías ajenas a la potestad política⁵. Castells se preocupa por matizar su descripción de la disminución del poder estatal. Por ejemplo, indica que las empresas multinacionales no son indiferentes a las políticas nacionales, ya que la economía globalizada está influida por los Estados. Es frecuente que los Estados regulen ciertos aspectos de la globalización para proteger sus propios intereses, aunque esa regulación lleve a la disminución de influencia, porque esa pérdida consentida es compensada con otros beneficios⁶. En este entorno social se ha producido, a juicio de Castells, una nueva situación de reparto del poder, que se caracteriza ahora por la pluralidad de fuentes; el Estado no ejerce ya el monopolio, aunque siga desempeñando un papel destacado⁷.

Esta multiplicidad de instancias conduce a la aparición de formas de organización que a veces no están controladas por el Estado; esa pluralidad provoca complejidad, una de las características más destacadas de la globalización. Karl-Heinz Ladeur, a partir de una peculiar alianza de filosofía sistémica, racionalismo crítico y doctrinas liberales, explica que nuestra sociedad está compuesta por una serie de subsistemas que brotan mediante autopoiesis desde sus propios presupuestos; cada uno de ellos genera procedimientos, redes de colaboración, efectos diversos y un orden propio dotado de las reglas correspondientes. La clave del subsistema es el cierre recursivo: desde sus características brota una racionalidad exclusiva que lo diferencia de los demás; esta situación es denominada policontextualidad⁸. El derecho también depende de esa estructura reticular y policontextual. Según Ladeur, existe una diversidad de órdenes jurídicos en la que también está integrada

técnica de ordenar, clasificar, centralizar y organizar frente a la fragmentación caótica en la que había degenerado el llamado Antiguo Régimen.

⁵ Cfr. CASTELLS, Manuel. *La era de la información. Vol. 2: El poder de la identidad*, trad. de C. Martínez y P. de Lora, Madrid, Alianza, 2003, pág. 336 y ss., pág. 353.

⁶ Cfr. CASTELLS, Manuel. *La era de la información. Vol. 1: La sociedad-red*, trad. de C. Martínez y J. Albores, Madrid, Alianza, 2005, pág. 152 y ss., págs. 174 y 179.

⁷ Cfr. CASTELLS, Manuel. *La era de la información. Vol. 2: El poder de la identidad*, cit., págs. 390-391.

⁸ Cfr. LADEUR, Karl-Heinz. «The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law – From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships», en *Law*, n.º 99/3, *EUI Working Paper*, European University Institute, 1999, págs. 9-13.

la regulación procedente del Estado. Pero ya no tiene sentido negar la juridicidad de las reglas nacidas de formas autorreguladas, agencias cuasipúblicas o prácticas jurídicas concretas⁹. También bajo la influencia de la filosofía sistémica Günther Teubner mantiene la existencia de múltiples subsistemas sociales dotados cada uno de su propio derecho; éste se basa en la racionalidad propia del sistema y posee sus propios criterios de legitimación; el modelo de producción jurídica centrado en el Estado ha sido superado por la sociedad policéntrica globalizada¹⁰. Desde esta posición, autocalificada de postmoderna por Ladeur y Teubner, el derecho de la época globalizada no estaría formado por los ordenamientos jurídicos estancos de cada uno de los Estados soberanos, sino por órdenes específicos erigidos en torno a comportamientos y prácticas que pueden ser transnacionales. En este supuesto, el positivismo jurídico de Estado habría sido desbancado por la policontextualidad, que, por otra parte, es tan refractaria a consideraciones iusnaturalistas o a ontologías derivadas de la existencia de bienes objetivos como son el positivismo de corte kelseniano y demás relativismos. En cambio, otras propuestas abogan por un Derecho Global que ya no girará en torno de la soberanía estatal, sino de la noción de persona. Es la línea que sigue Rafael Domingo cuando explica que la comunidad global estará formada por personas que se interrelacionarán mediante múltiples formas de organización armonizadas y a veces superpuestas entre sí. El hecho de que las personas se relacionen globalmente es la causa de que deba existir un derecho global. Como nos recuerda Domingo, *ex persona ius oritur*; por eso los fundamentos de este derecho están en la dignidad, igualdad y libertad de la persona y en principios como el de justicia, racionalidad o solidaridad, entre otros¹¹.

Desde luego, es preciso reconocer que las descripciones postmodernas poseen una parte de razón, más allá de su terminología a veces algo oscura. No hace falta recurrir a expedientes filosóficos muy sofisticados para advertir que el desarrollo tecnológico en el sector de las comunicaciones (pensemos en Internet), o que la evolución de la investigación científica y de la economía, por citar ejemplos significativos, ha generado un entorno altamente complejo. Su regulación demanda unas capacidades y una celeridad que ya no suelen estar al alcance de los legisladores en

⁹ Cfr. LADEUR, Karl-Heinz, óp. cit., págs. 33-40. Del mismo autor: «Globalisation and the Conversion of Democracy to Polycentric Networks: Can Democracy Survive the End of the Nation State?», en *Law*, n.º 4, *EUI Working Paper Law*, European University Institute, 2003, pág. 4 y ss.

¹⁰ Cfr. entre otras publicaciones suyas: ««Global Bukowina»: Legal Pluralism in the World Society», en TEUBNER, Günther (ed.). *Global Law Without a State*. Aldershot, Dartmouth, 1992, pág. 7; «Des Königs viele Leiber. Die Selbtsdekonstruktion der Hierarchie des Rechts», en *Soziale Systeme*, n.º 2, 1996, págs. 7, 16 y ss.

¹¹ Cfr. DOMINGO, Rafael. *¿Qué es el derecho global?*, Cizur Menor, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2008, págs. 146, 159 y ss., 189 y ss.

sentido tradicional. En consecuencia, es necesario abrir paso a procedimientos de autorregulación que tampoco pueden ya remitirse a la noción clásica de autonomía de la voluntad autorizada por el Estado; la autorregulación que se produce en los sectores antes mencionados afecta también a cuestiones propias del derecho público, sector que el Estado habrá de compartir ahora con otros sujetos reguladores¹². No obstante, el papel preciso que el poder político ha de desempeñar en estos supuestos es un asunto discutido. Conviene advertir, en primer lugar, contra algunas exageraciones en las que puede incurrir un acercamiento precipitado a las teorías de la globalización. Y es que a pesar de todas las llamadas de atención sobre la crisis del Estado, una cantidad considerable de la vida jurídica del ciudadano sigue estando regulada por el ordenamiento vigente en ese país. La mención de la complejidad a la hora de describir la nueva situación nos debe alertar de los peligros de un modelo explicativo unidimensional; en lo que respecta al derecho, la complejidad obliga al abandono de una teoría simplificadora. Por eso ni el Positivismo de Estado, ni la disolución posmoderna, por separado, reflejan certeramente la realidad. Entre otros motivos, porque el papel de los diferentes sujetos reguladores dependerá del sector jurídico del que estemos tratando. Esta cuestión merece cierta atención, porque a veces olvidamos que el derecho dista de ser una realidad homogénea. El afán clarificador —loable desde otros puntos de vista— propio del pensamiento moderno intentó encuadrar la pluralidad de reglas, principios, decisiones, valores, ideales, etc., que conforman el derecho en una estructura simple y descriptible desde un concepto supremo unificador. No obstante, una mirada sobre la cotidianidad jurídica muestra una diversidad refractaria a la uniformidad conceptual. No es lo mismo, por ejemplo, la regulación de las obligaciones y contratos civiles que la del sistema tributario, o la del organigrama funcional de la Administración Pública. Consciente de esta situación, Francisco Carpintero ha delineado tres planos diferentes en lo que llamamos ordenamiento jurídico. El primero está formado por las normas políticas que establecen el acceso y ejercicio del poder político; el segundo es el de la legislación pública, compuesto por normas administrativas en sentido amplio, y abarca el espectro amplísimo de actividades organizativas a cargo de los gobiernos: desde la construcción de escuelas a la normación de las telecomunicaciones. Finalmente, el tercer plano comprende el tradicional derecho privado y posee menor dependencia de la voluntad del poder público¹³. Esta distinción, pensada inicialmente para los ordenamientos jurídicos ceñidos a las fronteras de un Estado, tiene también

¹² Ver ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación. Génesis y efectos*, Cizur Menor, Madrid, Aranzadi, 2002, per tórum.

¹³ Ver CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, Actas, 1994, págs. 109-140.

relevancia para la descripción del derecho globalizado. En los ámbitos del derecho privado (en sentido tradicional) resulta más fácil crear reglas jurídicas que trasciendan los límites estatales; el derecho de la navegación, el comercio internacional y el electrónico, etc., encuentran sin dificultad fuentes jurídicas en instancias tales como las condiciones generales de contratación o las prácticas empresariales, aunque la legislación tampoco falte en estos ámbitos. En cambio, resulta más complicada la aparición de fuentes alternativas en las legislaciones política y administrativa. Más arriba advertí de la existencia de ejemplos autorregulatorios en materias propias del Derecho público: en ellas determinados aspectos técnicos se dejan en manos de los interesados, porque a causa de su complejidad (pensemos en los vertidos contaminantes o las telecomunicaciones) el legislador carece de conocimientos suficientes para afrontarlos. Por otra parte, ciertas actividades objeto de regulación administrativa exigen atención transnacional, porque sus efectos abarcan territorios de varios Estados. En estos supuestos es posible optar también por la internacionalización del derecho: en tal caso estamos ante un derecho de creación estatal, aunque delegado en entidades internacionales que acogen a un grupo de Estados: es el caso de la Unión Europea¹⁴. Claro está que la transnacionalización de las normas más puramente políticas es aún más complicada, porque son las que afectan de manera más directa a la soberanía¹⁵. En este campo de acción entra el llamado derecho de los derechos humanos.

2. MÁS ALLÁ DEL POSITIVISMO JURÍDICO

En el entorno de complejidad normativa que suele considerarse típico de la globalización, los derechos humanos representan un papel tan destacado como dificultoso. Entre otros motivos, porque su juridicidad sigue siendo asunto polémico tanto para la teoría como para la práctica. En la ortodoxia positivista el asunto estaba razonablemente claro. La juridicidad estaba garantizada si eran acogidos por la normativa estatal (normalmente la Constitución); en tal caso pasaban a denominarse derechos fundamentales; si no era así, permanecían en el ámbito evanescente de las exigencias que la ética lanzaba al derecho (si esas exigencias eran consideradas

¹⁴ Manuel Castells ha señalado que la integración europea no busca la supranacionalidad, sino la reconstrucción del poder estatal basado en la nación, aunque en un nivel más elevado para ejercer mayor influencia en los flujos de riqueza, poder e información: no es un supuesto de gobernanza global. Cfr. CASTELLS, Manuel. *Vol. 2: El poder de la identidad*, cit., pág. 362.

¹⁵ Es necesario diferenciar entre los términos «internacional» y «transnacional». El primero hace referencia a regulaciones acordadas entre Estados. En cambio, el segundo implica regulaciones y comportamientos que escapan a la delimitación estatal, tanto la realizada por uno solo como por varios mediante tratados y convenios.

objetivas o sólo relativas a una mentalidad dada, dependía del tipo de positivismo adoptado, porque no todos los positivistas han defendido el relativismo moral). Ese proceso de positivación no quedó recluido en el interior de los Estados, sino que ha experimentado una internacionalización progresiva, sobre todo porque la defensa de los derechos humanos implica el reconocimiento de su universalidad. Era previsible, por tanto, la tendencia a recogerlos en instrumentos de derecho internacional. A lo largo del siglo xx han surgido instrumentos diversos para establecer declaraciones de derechos y se han establecido mecanismos de protección supraestatales; su carácter jurídico depende del instrumento en cuestión que los regule, asunto no siempre pacífico¹⁶. En líneas generales, podemos decir que tanto en el plano interno como en el internacional estaríamos ante una regulación estatal de los derechos humanos, ya que los mecanismos internacionales sólo adquieren validez jurídica en la medida en que el Estado acepte las decisiones de la institución o tribunal internacional; de ahí que dichas decisiones no resulten ajenas a la voluntad estatal. En cualquier caso, la remisión exclusiva a la voluntad estatal para juridificar estos derechos ha ido relajándose paulatinamente. Un ejemplo claro es la integración de los derechos humanos en el *ius cogens*, aunque esta afirmación tampoco resuelve del todo los problemas, porque la naturaleza y contenido del *ius cogens* también está aquejada de algunas incertidumbres en el derecho internacional. Los derechos humanos forman parte de ese conjunto de normas imperativas que no pueden ser vulneradas ni obviadas por los tratados y acuerdos internacionales. Más dudoso es si esas normas afectan también a los actos individuales de los Estados. Además, la doctrina internacionalista no se pone de acuerdo en la lista de derechos humanos acogidos bajo el paraguas del *ius cogens*. En cualquier caso, la doctrina y el Convenio de Viena correspondiente parecen afirmar que hay reglas jurídicas que no dependen de la voluntad estatal y entre ellas está el núcleo de derechos incorporados al conjunto de «principios admitidos por las naciones civilizadas» que vinculan a los Estados con independencia de su acogimiento en un tratado internacional¹⁷. Junto a este acogimiento en

¹⁶ Sobre esta evolución ver NIKKEN, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas, 1987, per tórum.

¹⁷ Sobre el *ius cogens* y los derechos humanos ver GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *El ius cogens internacional. Estudio histórico crítico*. México, UNAM, 1982 (reimpr. 2003), pág. 166 y ss. Recordemos que el artículo 53 de la Convención de Viena sobre tratados recoge la existencia de estas normas que no pueden ser derogadas por los tratados internacionales. P. Nikken destaca que los tratados sobre derechos humanos no están destinados a equilibrar recíprocamente las relaciones entre Estados sino a establecer un orden público común cuyos beneficiarios son los seres humanos, no los Estados; de ahí que ciertos aspectos del derecho de los tratados no sea aplicable en esta materia: el incumplimiento de una parte, por ejemplo, no implica la terminación o suspensión del tratado por otra (artículo 60.5 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados). Cfr. NIKKEN, Pedro, óp. cit., págs. 90-91.

el listado de normas imperativas es perceptible desde hace algún tiempo un cambio en la orientación de la protección de esos derechos hacia medios no ya en manos de instancias internacionales, sino directamente independientes de los Estados. Según Andrea Bianchi, el sistema basado en las relaciones puramente interestatales y, por tanto, centrado en la creación formal de derecho desde el punto de vista positivista-estatalista, está puesto en cuestión. A su lado, empieza a desplegarse el papel de actores no estatales en la elaboración de doctrinas internacionales sobre derechos humanos; entre las novedades figura la participación de ONG o el reconocimiento de la capacidad de recurrir ante los tribunales a individuos particulares. Al desarrollo de esos derechos ha contribuido la labor de grupos, asociaciones, juristas, etc., que han elaborado un cierto derecho global sobre los derechos humanos que poco a poco se abre paso al lado de los ordenamientos jurídicos sustentados en la soberanía estatal. En el fondo late el reconocimiento de medios de creación jurídica menos formales que los admitidos hasta ahora: para los nuevos planteamientos, la juridicidad de una acción (incluyendo las de los funcionarios estatales) depende no sólo de criterios formales de validez, sino también de su adecuación a ciertos valores humanos básicos que son entendidos como fundamentales, aunque no estén positivizados en sentido estricto¹⁸. Sin embargo, las desconfianzas de los Estados frente a este derecho difuso son patentes, y su juridicidad es discutida desde planteamientos cercanos al Positivismo.

Con independencia de las precisiones teóricas y conceptuales, parece sensato solicitar la presencia de una autoridad encargada de proteger el derecho, y actualmente esa capacidad sólo está en manos del Estado. Por eso, los sistemas más eficaces buscan coordinar la labor estatal con el establecimiento de normativas supraestatales de carácter internacional. En tales casos, la defensa del derecho viene primariamente de la actuación de alguna comisión o tribunal que atienda las reclamaciones de Estados contra otros Estados y sobre todo de particulares contra Estados¹⁹. En el sistema europeo de protección de los derechos humanos esas sentencias son obligatorias para los Estados que integran el Convenio, pero el procedimiento para lograr su efectivo cumplimiento se deja en manos de esos mismos Estados. Hay otro aspecto de la efectividad de esas sentencias que merece

¹⁸ Cfr. BIANCHI, Andrea. «Globalization of Human Rights: The Role of Non-State Actors», en TEUBNER, Günther (ed.). *Global Law Without a State*, óp. cit., pág. 179 y ss.

¹⁹ Los sistemas europeo y americano pertenecen a ese modelo. Sobre las similitudes y diferencias entre ambos ver VIANA, André. «Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos. Coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias», en REVENGA, Miguel, VIANA, André. *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, per tótom.

ser destacado, y que tiene un carácter más débil, aunque al mismo tiempo resulta enormemente enriquecedor. Me refiero a la eficacia interpretativa *erga omnes* de este tipo de sentencias. Para un sector de la doctrina (minoritario por ahora), la interpretación procedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contribuye al desarrollo del derecho europeo de los derechos humanos y ha de ser vinculante para los jueces de los diferentes Estados nacionales cuando interpreten los derechos fundamentales contenidos en sus propias constituciones; dicho de otra forma, ese tribunal proporciona estándares obligatorios para la aplicación del derecho constitucional interno²⁰. En España esa obligatoriedad puede venir facilitada por el artículo 10.2 de la Constitución, que contiene el mandato de interpretar los derechos y libertades de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales relativos a esa materia²¹. Pero, al lado de estos preceptos expresos, la idea que late tras la validez como criterio hermenéutico de esas sentencias es el carácter de *ius cogens* que poseen los derechos humanos. A partir de esos argumentos, Víctor Bazán (escribiendo desde Argentina) defiende la aplicación de los pronunciamientos de la Corte y de la Comisión Interamericana en las sentencias de la Corte Suprema Argentina, porque esos pronunciamientos tienen el valor de cosa juzgada y validez interpretativa para todos. El fundamento de esa validez es el mencionado carácter de *ius cogens* que tienen los derechos humanos como práctica generalizada de las naciones civilizadas conformadora de un derecho internacional de los derechos humanos; esa instancia exige la apertura del marco de interpretación constitucional²².

3. UNA CUESTIÓN DE INTERPRETACIÓN

Como acabo de indicar, para la mentalidad del Positivismo ortodoxo la defensa más sencilla para los derechos humanos parece provenir de su constitucionalización en un Estado dispuesto a dotarlos de garantías suficientes; los contornos de esos derechos llamados ahora «fundamentales» serían relativamente nítidos, ya que se hallan recogidos en un texto escrito y son aplicados por los tribunales estatales

²⁰ Sobre estas cuestiones ver QUERALT, Argelia. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pág. 63 y ss., pág. 71 y ss.

²¹ Argelia Queralt señala que el problema ahora planteado no es la aplicación directa del Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de la jurisdicción española, porque no forma parte de su competencia, sino la obligación que tiene esta jurisdicción de tener en cuenta las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al aplicar el derecho español. Cfr. QUERALT, Argelia, óp. cit., pág. 90.

²² Cfr. BAZÁN, Víctor. «La Corte Suprema de Justicia Argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno», en *Revista de Derecho Político*, n.º 73, 2008, págs. 318-319, 324, 354 y ss., págs. 364-365.

competentes. Nos movemos en tal caso en el ámbito de un derecho positivo presentamente más claro que los principios jurídicos globales. A pesar de la innegable eficacia que pueda tener la protección estatal de estos derechos, el problema de este tipo de planteamientos es que la precisión de los textos que recogen los derechos fundamentales es bastante discutible. Desde luego, no se trata de una característica típica sólo del derecho constitucional.

Una visión ingenua de la ciencia jurídica, difundida cuando surgió el Positivismo jurídico, consideraba al derecho como un conjunto de leyes que contenían ya fijadas y prestas para su aplicación las soluciones jurídicas. Esta mentalidad (que aquí resumo de forma un tanto simple) chocó muy pronto con las reticencias de muchos juristas, conscientes de la imposibilidad de regular todas las particularidades de un caso desde un plano general. De esta característica de lo jurídico —en realidad, de todo lo práctico— eran ya conscientes Aristóteles, santo Tomás de Aquino, los juristas romanos y los civilistas europeos desde el renacimiento del Derecho Romano en la Edad Media. En realidad, incluso en la época de expansión del Positivismo de Estado encontramos muchos juristas que niegan la posibilidad de una deducción formal a partir de la ley²³. A lo largo de los siglos XIX y XX, numerosas corrientes iusfilosóficas han expuesto cada una a su modo la tensión existente entre el plano de lo general y el de lo concreto en el derecho²⁴. Incluso el Positivismo jurídico reconoce desde hace tiempo la inadecuación de una imagen mecanicista de la aplicación de las normas²⁵.

²³ Ver OGOŘEK, Regina. *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justizlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt del Meno, Vittorio Klostermann, 1986, per tórum. Ogorek explica que el origen de ese deductivismo se debió a motivaciones políticas: el juez tenía que ser mero apéndice del poder legislativo del Estado. Pero la teoría jurídica no aceptó casi nunca que las sentencias fueran extraíbles silogísticamente desde la ley.

²⁴ Son conocidas las ideas expuestas por la Escuela de Derecho Libre, la Jurisprudencia de Intereces, la Jurisprudencia Sociológica de Roscoe Pound, el Realismo Jurídico Americano, por ejemplo. Pero a lo largo del siglo XIX expusieron teorías metodológicas sumamente flexibles autores ahora menos conocidos como Oskar Bülow, Erich Danz o Franz Adickes que no son menos interesantes que los «iusliberistas». Cfr. sobre esas relaciones ver LOMBARDI, Luigi. *Saggio sul Diritto giurisprudenziale*, Milán, Giuffrè, 1975, pág. 229 y ss. Reparemos en que casi todas estas corrientes plantean sus problemas desde el ámbito del derecho privado.

²⁵ Hans Kelsen no se engañaba al respecto. Ver, por ejemplo, «Zur Theorie der Interpretation», en *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, n.º 9, 1929, pássim. También Herbert L. A. Hart había desechado la identificación del Positivismo con la defensa de una aplicación mecánica de las leyes, ver «Positivism and the Separation of Law and Morals», en *Harvard Law Review*, n.º 71, 1958, págs. 601-602, nota 25. Él mismo afirma que los jueces crean derecho cuando las normas no resuelven con claridad un problema jurídico dado. Cfr. HART, Herbert L. A. «Positivism and the Separation of Law and Morals», cit., pág. 607 y ss.; y HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*, trad. de G. S. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pág. 159 y ss.

Como ya advirtió Aristóteles, esta incapacidad para controlar completamente la decisión desde la ley no es un defecto de los legisladores, sino un carácter esencial del derecho. En épocas recientes, la denominada Hermenéutica jurídica ha ahondado en esta cuestión y quizá sea interesante recordar ahora algunas de sus aportaciones. Entre otras cosas, nos ha mostrado que la realidad del derecho sólo aparece en el momento de la aplicación de la regla general al caso; el texto redactado en un plano general siempre ha de ser interpretado a la luz de los diferentes contextos en los que se desenvuelve la decisión. La primera consecuencia de esta peculiaridad de la interpretación es que el derecho depende tanto del texto legal como de las características, exigencias y peculiaridades presentes en el caso o problema real que reclama una solución al jurista. Por otra parte, esta interacción entre la regla y el caso dista mucho de ser un proceso discernible mediante un método exacto; en numerosas ocasiones requiere que el intérprete lleve a cabo valoraciones acerca tanto del sentido presente en el texto como de las acciones humanas que conforman el caso enjuiciado. Los representantes de la Hermenéutica jurídica han elegido el término filosófico «precomprensión» para nombrar el horizonte valorativo desde el que trabaja el jurista y que puede ser entendido bien como el mundo de principios y valores en el que se mueve, bien como la anticipación de solución del asunto a la luz de las exigencias que éste presenta. Se trata desde luego de un planteamiento enormemente complejo, porque estos autores quieren evitar tanto la irrealidad del deductivismo como el subjetivismo irracional del intérprete. La solución jurídica deberá surgir de una alquimia sutil en la que se mezclen el proyecto de regulación contenido en la ley, los principios estructuradores del ordenamiento jurídico, la historia y tradición de la institución jurídica de la que se trate o las construcciones de la dogmática jurídica; además, no vale cualquier solución que al jurista le parezca interesante, porque es necesario integrarla en los principios y valores que sustentan el ordenamiento jurídico positivo²⁶. Es preciso reconocer que el grado de compleji-

²⁶ Una presentación detallada de la determinación del derecho concreto según esta filosofía jurídica es el libro de ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Fráncfort del Meno, Athenäum, 1972. Ver también la recopilación de estudios de Arthur Kaufmann, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen)*, Colonia, Carl Heymanns, 1984. Ver igualmente OLLERO, Andrés. *¿Tiene razón el Derecho?* Madrid, Congreso de los Diputados, 1996. ZACCARIA, Giuseppe. *Razón jurídica e interpretación*, comp. de A. Messuti, Madrid, Civitas, 2004. ZACCARIA, Giuseppe, VIOLA, Francesco. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di Teoria ermeneutica del diritto*, Roma, Bari, Laterza, 2001. Antes de mostrar influencias expresas de la filosofía hermenéutica de pensadores como Hans-Georg Gadamer, Esser y Kaufmann ya habían dedicado varias publicaciones a la defensa de un saber jurídico que traspasara los límites de la textualidad literal. Ver, entre otras, el libro de ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. de E. Valentí, Barcelona, Bosch, 1961.

dad de la aplicación no es siempre el mismo. Depende en cierta medida del sector e institución de los que se trate. Es mayor en el derecho civil que en el administrativo, por ejemplo. Los asuntos jurídicos más técnicos pueden resolverse muchas veces aplicando la norma general sin necesidad de muchas ponderaciones y valoraciones (por ejemplo, en la aplicación de criterios cuantitativos para la concesión de una beca de estudios). No obstante, sí es posible afirmar que un ordenamiento compuesto de normas generales no es capaz de regular por completo todas las variedades que puede presentar un problema jurídico.

Es discutible hasta qué punto es trasladable esta teoría al ámbito constitucional²⁷. Sin embargo, las llamadas a reconocer la necesaria apertura del texto jurídico a elementos externos, ha encontrado eco en ese sector del derecho. No es sorprendente, porque, al menos en lo que respecta a los derechos fundamentales, los textos constitucionales son enormemente vagos; en ellos, la aludida tensión entre lo general y lo particular es particularmente acuciante y la intervención de elementos extratextuales muy considerable. En consecuencia, la conciencia de esos problemas está muy difundida entre los constitucionalistas, y aunque las teorías interpretativas surgidas para solventarlos sean demasiado numerosas para analizarlas aquí, me interesa destacar algunos planteamientos teóricos sobre interpretación constitucional que resultan especialmente favorables al empleo de principios y estándares ajenos al propio texto constitucional.

En esa línea, Martin Kriele ha resaltado la imposibilidad de la subsunción automática de la solución jurídica en una regla: tal cosa implicaría que la premisa mayor le viene dada al juez, porque el legislador y el constituyente fueron capaces de formular de forma clara y unívoca todos los casos reales posibles²⁸. Tampoco es posible zanjar la cuestión acudiendo a un método exacto que garantice la solución correcta; no existe ningún algoritmo que establezca los pasos precisos para encontrar la única respuesta correcta²⁹. Frente a estas dos posibilidades que considera erradas, Kriele propone una práctica judicial basada en una razón argumentativa que tenga en cuenta las peculiaridades del caso o problema que reclama solución; en esos razonamientos la interacción de la norma y del caso ayudan a proporcionar una respuesta razonable. Para evitar la disolución del orden jurídico en un vasto casuismo, Kriele

²⁷ Es interesante recordar que Josef Esser, uno de los impulsores de la Hermenéutica jurídica, se había mostrado poco favorable a la juridicidad de los listados de derechos fundamentales contenidos en las Constituciones. Cfr. ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, cit., pág. 419. Sin embargo, otros representantes de esta corriente como Andrés Ollero sí han vertido sus aportaciones en el estudio de esos derechos.

²⁸ Cfr. KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsin-terpretation*, Berlín, Duncker & Humblot, 1976, págs. 50-51.

²⁹ Cfr. ibíd., págs. 84-85.

señala dos cautelas básicas. En primer lugar, la prerrogativa del poder constituyente a la hora de establecer el contenido de la norma, aunque esa prerrogativa no sea un monopolio. En segundo lugar, la obligatoriedad presunta del precedente judicial: el abandono de una línea de decisiones requiere justificación³⁰.

El abandono de una metodología sedicentemente exacta también ha sido defendido por Horst Ehmke. Él explica que el ordenamiento no es un sistema cerrado de normas jurídicas aplicables sin más y desde las que se deriva la solución para el caso. La realidad es que esa solución brota a partir de la ponderación de todos los puntos de vista relevantes para el caso; tales puntos de vista son muy variados: principios, normas, etc.³¹. A partir de estas ideas Ehmke niega que exista un método único para interpretar la Constitución; existe una pluralidad metódica, refractaria a la jerarquización y que actúa como conjunto de puntos de vista parciales que entran en juego ante el caso³². La clave de esta tarea interpretativa se encuentra en la aceptación del carácter tópico de la ciencia jurídica y en la relevancia de una precomprensión adecuada para sustentar la teoría constitucional; esa precomprensión no la determina el Tribunal Constitucional, sino «el consenso de todos los pensantes racionales y justos»³³.

Pero quizá sea Peter Häberle quien haya defendido con más ahínco esta apertura metodológica en el ámbito constitucional. Ha mantenido que el «contenido esencial» de los derechos fundamentales (que protege el artículo 19.2 de la Ley Fundamental) no puede ser extraído sin más desde el texto; el derecho fundamental depende tanto de éste como del contexto, y cabe decir que el poder constituyente sólo crea parcialmente el derecho, ya que su contenido depende finalmente de una interpretación que habrá de contar con elementos diversos. Häberle advierte que los derechos fundamentales no dependen de la noción de soberanía popular sino de la dignidad del Hombre³⁴. Y precisamente esta comprensión de la soberanía es una de las claves de su exposición de los problemas interpretativos. Él entiende que la interpretación de las normas constitucionales en una democracia no puede estar sólo en manos de un tribunal constitucional, ni siquiera sólo a cargo de los órganos estatales; el abanico de intérpretes es más amplio e incluye no sólo a todos

³⁰ Cfr. *ibíd.*, pág. 159 y ss., págs. 165, 243 y ss.

³¹ Cfr. EHMKE, Horst. «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en EHMKE, Horst. *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, Königstein, Athenäum, 1981, pág. 331. Esta recopilación está a cargo de Peter Häberle.

³² Cfr. EHMKE, Horst, *op. cit.*, págs. 333-335.

³³ Cfr. EHMKE, Horst, *op. cit.*, págs. 336, 345. Es interesante observar que al estudiar este problema Ehmke cita a Josef Esser.

³⁴ Cfr. HÄBERLE, Peter., *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19.2 Grundgesetz*, Heidelberg, C.F. Müller, 1983, pág. 345 y ss.

los poderes públicos, sino también a ciudadanos, grupos, asociaciones, etc. Häberle justifica esa apertura en la inadecuación de la «ideología de la subsunción» debida a la imposibilidad de identificar la interpretación con el sometimiento pasivo a un mandato político. Para apoyar su opinión recurre a autores como Josef Esser y Martin Kriele, insertos en la corriente crítica del Positivismo de Estado, como acabamos de ver³⁵. Sin embargo, Häberle añade a las consideraciones de estos autores acerca de la inviabilidad de la aplicación mecanicista de la ley ideas procedentes del racionalismo crítico propugnado por Karl Popper. A partir del modelo de sociedad abierta de Popper, dispuesta al libre intercambio de propuestas sobre la organización social y ajena a la imposición dogmática, Häberle propugna una «sociedad abierta de intérpretes de la Constitución». Frente a la democracia de corte rousseauiano, que unifica los procesos decisorios públicos en el órgano estatal, él abre el número de intérpretes de la Constitución. Afín a la tradición liberal, Häberle explica que el pueblo no es una entidad unitaria que se manifiesta sólo el día de las elecciones, sino una interacción plural de ciudadanos, y esa pluralidad y diversidad de visiones, actitudes y doctrinas deben reflejarse en la interpretación de la Constitución en una democracia verdadera³⁶. Esta exigencia liberal de pluralismo se plasma también en el concepto de derecho en general y del constitucional en particular: el derecho no puede estar ceñido únicamente a un texto interpretable metódicamente; su significado surge mediante la apertura de fuentes, métodos y principios destinados a la aplicación³⁷. Desde esa apertura metodológica, Häberle justifica su negativa a establecer un número cerrado de métodos o una jerarquía entre ellos. Esta idea no es, desde luego, original de Häberle; ha sido popularizada en las últimas décadas, sobre todo por la Hermenéutica jurídica, aunque ha aparecido con insistencia a lo largo de la historia del pensamiento jurídico occidental³⁸.

³⁵ Cfr. HÄBERLE, Peter. «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», en *Juristenzeitung*, 1975, págs. 297-300.

³⁶ Cfr. HÄBERLE, Peter. «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», cit., págs. 301-302. Cfr. también HÄBERLE, Peter. «Demokratische Verfassungstheorie im Lichte der Möglichkeitsdenken», en HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus*. Königsberg, Athenäum, 1980, pág. 5 y ss.

³⁷ Cfr. HÄBERLE, Peter. «Rechtsquellenprobleme im Spiegel neueren Verfassungen – Ein Textstufenvergleich», en HÄBERLE, Peter. *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik. Ausgewählte Studien zur vergleichenden Verfassungslehre im Europa*, Baden-Baden, Nomos, 1996, pág. 513 y ss.

³⁸ La bibliografía sobre esta cuestión sería inabarcable, ya que se identifica con los estudios dedicados a la dificultad de establecer una jerarquía rigurosa entre métodos. Una mención del problema ceñida al desarrollo del Positivismo está en mi estudio, «Notas históricas sobre la elección del método interpretativo», en ELÓSEGUI, María, GALINDO, Fernando (eds.), *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectivas. Libro homenaje al Prof. Juan José Gil Cremades*. Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008, per tótum.

Pero la flexibilidad plural de la Constitución, según Häberle, se extiende aún más, porque ésta no es sólo una realidad técnico-jurídica, sino también una realidad cultural nacida en el pensamiento liberal. La remisión a ese ámbito cultural situado más allá de la ciencia jurídica resulta imprescindible en el momento de la interpretación, porque la exposición del sentido del texto mediante los instrumentos metodológicos habituales (como el histórico o el teleológico, por ejemplo) se topa al final con un sustrato cultural³⁹. Específicamente, los derechos fundamentales requieren un ambiente cultural favorable para su protección. Su contenido, funciones y dimensiones no están ahí como algo acabado y disponible, sino que existen y se desarrollan mediante la interpretación en la sociedad abierta, que en sentido amplio es una realidad cultural⁴⁰. Una de las consecuencias de ese carácter cultural aparece en la interpretación. Junto a los cuatro métodos interpretativos expuestos por Savigny, Häberle añade un quinto: el comparativo entre derechos fundamentales; según este método, el contenido de esos derechos también ha de ser determinado estudiando las regulaciones existentes en otros Estados constitucionales pertenecientes a la misma familia⁴¹. Esta posibilidad comparativa presenta perspectivas interesantes para la determinación de los derechos, y Häberle las ha analizado desde el punto de vista de la existencia de un derecho constitucional común europeo. Matiza inmediatamente al advertir que no hay un derecho constitucional europeo, porque Europa como tal no es un Estado constitucional, pero sí hay un conjunto creciente de principios constitucionales comunes a los diferentes Estados constitucionales que forman Europa⁴². Häberle esboza un «inventario» de los principios que forman ese derecho. Entre ellos destacan los derechos humanos, la democracia, la idea de Estado de Derecho y de Estado social. Estos principios se manifiestan de tres modos. En primer lugar, en los textos y documentos de las instituciones y organismos europeos en los que se citan y enuncian principios constitucionales. En segundo lugar, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que forma una reserva de principios para este derecho común. En tercer lugar, mediante la ciencia del derecho europea,

³⁹ Cfr. HÄBERLE, Peter. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlín, Duncker & Humblot, 1982, pág. 18 y ss., pág. 27 y ss. No queda del todo claro si esa interpretación completamente abierta realizada por los ciudadanos y basada en el sustrato cultural general es verdaderamente jurídica para Häberle; en algunos momentos parece diferenciarla de la que considera verdaderamente jurídica, realizada por los juristas aunque influida y contextualizada en lo cultural.

⁴⁰ Cfr. HÄBERLE, Peter. «Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode», en HÄBERLE, Peter. *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlín, Duncker & Humblot, 1992, pág. 24 y ss.

⁴¹ *Ibid.*, pág. 36 y ss.

⁴² Cfr. HÄBERLE, Peter. «Gemeineuropaisches Verfassungsrecht», en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, n.º 18, 1991, pág. 262.

que a veces de forma consciente y otras inconsciente ha colaborado en la creación de este derecho constitucional común. Los órganos que expresan esos principios son los constituyentes nacionales, los tribunales constitucionales nacionales y los tribunales europeos, junto con la ciencia del derecho; en este punto, Häberle recuerda su idea sobre la sociedad abierta de intérpretes constitucionales, que también está presente en el plano europeo⁴³. A partir de esta estructura abierta, queda claro que este derecho constitucional común está formado sobre todo por principios y elaboraciones jurisprudenciales en las que la interpretación desempeña un papel muy destacado⁴⁴.

Parece claro que para una teoría interpretativa como la de Häberle la inclusión de principios y argumentos jurídicos extraestatales, lejos de ocasionar un problema, es una necesidad. En efecto, el derecho constitucional propio de una sociedad liberal no puede estar limitado a la voluntad política de un Estado, sino que pertenece a un contexto mucho más amplio que el situado dentro de las fronteras estatales. El empleo de ese tipo de estándares es más sencillo en ámbitos culturales relativamente homogéneos, como el que actualmente forma la Unión Europea, pero también es pertinente recordar que el modelo puede ser exportable. La clave reside en el cambio de perspectiva iusfilosófica. Observando las justificaciones aportadas para el empleo de criterios, principios y estándares de procedencia variada para interpretar las normas de un ordenamiento dado, es fácil advertir que nos encontramos ante una crítica que va más allá de la metodología: implica el rechazo a la vinculación estricta, exclusiva y excluyente del derecho con la voluntad política estatalizada. Las causas para ese rechazo son variadas. Häberle se remite al pluralismo que ha de caracterizar toda sociedad abierta y liberal. Una actitud parecida, aunque con añadidos procedentes de la filosofía sistémica y la filosofía del lenguaje posmoderna, adopta Karl-Heinz Ladeur al estudiar el derecho globalizado. Desde otra orilla filosófica, la Hermenéutica jurídica sostiene que el derecho es una práctica interpretativa en la que los textos normativos se concretan constantemente ante las incitaciones nuevas de las situaciones sociales que reclaman solución jurídica; para la Hermenéutica, el Estado participa de manera muy destacada en la elaboración del derecho al crear los textos iniciales mediante la legislación, pero el derecho sólo aparece, propiamente hablando, al contextualizar las normas legales.

Si el derecho sólo aparece al unir el precepto general con las peculiaridades del caso, resulta plausible afirmar que ese conjunto de características que influyen en la determinación del derecho no pueden ser completamente ajenas al ámbito de la juridicidad. En el sector de los derechos fundamentales la irrupción de los elementos

⁴³ Cfr. *ibíd.*, págs. 263-267.

⁴⁴ Cfr. *ibíd.*, págs. 271-272.

externos es especialmente complicada. La determinación concreta del contenido de estos derechos procede en buena medida de una interpretación a la luz de exigencias morales, culturales, etc.; la aparición de la moral es inevitable, porque discernir comportamientos adecuados a la dignidad, la igualdad y la libertad de las personas supone realizar valoraciones morales. Como sabemos bien, la separación estricta entre derecho y moral ha sido una de las características definitorias del Positivismo jurídico, pero la manera de entender lo jurídico de este constitucionalismo supone replantear esa noción de positividad. Como explica Andrés Ollero, no parece haber otro derecho que el derecho positivo, el que existe realmente. Ahora bien, no está tan claro qué es la positividad; la historia del Positivismo jurídico muestra la pluralidad de criterios ideados para exponerla: la norma válida para Kelsen, el hecho y la conducta social para los realistas, etc. La característica común a todas las tendencias positivistas es la diferencia entre el derecho que es y el que debe ser; sólo el primero es derecho —el positivo⁴⁵. Pero la experiencia jurídica muestra que esa distinción se hace tenue en ocasiones. El empleo de principios, cláusulas generales, o conceptos jurídicos indeterminados, por ejemplo, exige al jurista determinar el derecho que es (el positivo) a partir de valores y estándares de conducta, es decir desde presupuestos acerca de cuál es el comportamiento que «debe ser» dadas ciertas circunstancias. Este problema tiene difícil solución teórica mientras queramos ver la juridicidad positiva como algo dado y prefijado que descubramos gracias a unas notas teóricas o a unos métodos precisos. Ollero nos recuerda que el derecho no es una realidad que se aplique sin más, sino una dimensión del sentido humano que se desvela paulatinamente mediante una tarea existencial que va más allá de lo cognoscitivo; el texto legal es sólo una parte de ese proceso, que ha de contar también con el momento contextual de la comprensión⁴⁶. Este planteamiento presupone una ontología jurídica que no puede estar reducida a la mera existencia de imperativos procedentes del poder político; la comprensión del derecho como actividad práctica implica su inserción en un mundo de necesidades y bienes que el ser humano necesita para su despliegue vital. Es cierto que muchos representantes de la Hermenéutica jurídica rechazarían la existencia objetiva de tales bienes, pero parece complicado mantener su propuesta sin admitir su presencia⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. OLLERO, Andrés. *¿Tiene razón el Derecho?*, cit., págs. 54-55.

⁴⁶ Cfr. *ibíd.*, pág. 211 y ss.

⁴⁷ No todas las teorías partidarias de una visión más compleja de lo jurídico que he citado hasta ahora admiten la existencia de bienes humanos que sirvan de baremos objetivos para el derecho. Karl-Heinz Ladeur y Günther Teubner lo niegan. La postura de Häberle es más ambigua, aunque rechaza la idea de un «derecho natural dogmático» y parece exigir sólo un consenso para formar la ética liberal. Los integrantes de la Hermenéutica también muestran cierta ambigüedad, aunque entre ellos sí hay partidarios de la referencia a ese tipo de bienes y necesidades, como Andrés Ollero y Giuseppe Zaccaria

Dejando de lado la conformación de esa ontología básica, no es extraño que los representantes de la Hermenéutica jurídica califiquen su teoría de «postpositivista»⁴⁸. Para ellos, el Positivismo es una teoría que remite el derecho inexcusablemente a un centro unitario de imputación política, cuya voluntad, expresada en normas, constituye la única realidad jurídica. En cambio, el reconocimiento del papel jurídico de los contextos supone introducir elementos jurídicos que ya no dependen de la voluntad estatal⁴⁹. En realidad, buena parte de los positivistas actuales (los autodenominados «incluyentes») también defiende una atención a esos contextos para conocer el derecho prescrito en un ordenamiento dado; reconocen, incluso, que la moral (cierta moral, al menos) puede formar parte del derecho, en la medida en que la determinación del derecho precisa a veces de ciertas valoraciones morales. A pesar de las proclamas positivistas cabe preguntarse hasta qué punto una teoría como esta puede reclamar aún su pertenencia al campo del Positivismo⁵⁰.

Estas reflexiones acerca de la interrelación entre derecho y moral resultan particularmente interesantes en el derecho constitucional porque, como acabo de indicar, el recurso a estándares valorativos basados en nociones morales es frecuente en la interpretación de los derechos fundamentales⁵¹. Como nos recuerda Ollero, si el derecho ha de ser una actividad que ajuste las relaciones sociales mediante criterios razonables, debemos admitir la presencia de esos derechos fundamentales y reconocer que tienen un fundamento objetivo. Sobre todo, porque sin ellos (es decir, sin la referencia a la dignidad de la persona y sus exigencias esenciales), el derecho deviene una mera fuerza socialmente organizada. Y dado que el derecho fundamental no puede ser acogido en todas sus manifestaciones dentro del texto constitucional, es preciso reconocer también que el tribunal constitucional habrá de referirse a conte-

y Francesco Viola aunque no empleen estos términos. Sobre el papel que en el derecho puede desempeñar una ontología de lo humano basada en necesidades ver CARPINTERO BENÍTEZ, FRANCISCO. «La dimensión pública de las personas», en APARISI, Ángela (ed.). *Ciudadanía y persona en la era de la globalización*. Granada, Comares, 2007, per tórum.

⁴⁸ Cfr. por ejemplo, ZACCARIA, Giuseppe. «Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica», en *Razón jurídica e interpretación*, óp. cit., p. 94.

⁴⁹ Sobre este aspecto de la Hermenéutica ver mi estudio, «Textos legales y casos concretos», en RAMOS, José Antonio, RODILLA, Miguel Ángel (eds.). *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006.

⁵⁰ Sobre las incoherencias de este Positivismo tardío ver SERNA, Pedro. *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, México, Porrúa, 2006, pág. 45 y ss.

⁵¹ Parte de la doctrina constitucionalista más reciente reconoce la inadecuación del Positivismo normativista para entender el nuevo papel del derecho constitucional al incorporar criterios valorativos, que a veces son morales, y que sirven para identificar las normas válidas. Ver como ejemplo, ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995.

nidos objetivos previos a ese texto⁵². En caso contrario, disolveríamos el derecho en el arbitrio judicial, que no es sino otra forma de poder y fuerza. Como sabemos, hay numerosos teóricos que no ven inconveniente alguno en entender que el derecho no es más que fuerza organizada. Pero debemos preguntarnos si realmente estamos dispuestos a aceptar que el derecho sea una simple palabra que encubre la imposición de la voluntad del más fuerte. De hecho, la práctica internacional con sus frecuentes llamadas a la defensa de los derechos de las personas no parece ir por ese camino, a menos que asumamos la existencia de una hipocresía universal.

4. LA OTRA CARA DE LA MONEDA

Esta flexibilidad de la aplicación constitucional, entreverada de valoraciones morales, no ha quedado exenta de críticas. Ernst Forsthoff, por ejemplo, entendía que la existencia de un Estado de Derecho exige ineludiblemente el respeto al carácter formal de la ley, lo que requiere aplicarla mediante subsunción y conclusión silogística. La interpretación deberá realizarse sólo mediante los cuatro métodos expuestos por Savigny, ya que la traslación al derecho de procedimientos procedentes de las «ciencias del espíritu» basados en consideraciones de tipo ético, religioso, etc., impiden el empleo del silogismo y destruyen el formalismo de la ley, su estabilidad y su previsibilidad; cuando eso ocurre, el contenido del derecho es determinado por el juez a partir de los valores que pretende introducir en la ley⁵³. Para Forsthoff la Constitución es una ley más que deberá ser interpretada con el mismo rigor formal.

La postura de Ernst-Wolfgang Böckenförde es más matizada. Por una parte, considera que la teoría interpretativa de Forsthoff es inadecuada para la Constitución en general y para los derechos fundamentales en particular, ya que el carácter enormemente abierto de su plasmación textual impide esa interpretación formalista⁵⁴.

⁵² Cfr. OLLERO, Andrés. *¿Tiene razón el Derecho?*, cit., pág. 390. Ollero no olvida las dificultades que puede plantear el conocimiento de esa objetividad; es preciso, por tanto, reconocer la importancia del consenso y la discusión intersubjetiva. Pero una cosa es defender la verdad argumentativamente y otra afirmar que la verdad se construye exclusivamente mediante el consenso; más en torno a esto en págs. 333, 397, entre otras. Cfr. también OLLERO, Andrés. «Derecho natural y sociedad pluralista», en OLLERO, Andrés. *Interpretación del derecho y positivismo legalista*. Madrid, Edersa, 1982, pág. 223 y ss. En ese mismo libro, cfr. también «Consenso: ¿fundamentación teórica o legitimación práctica?», pág. 110.

⁵³ Cfr. FORTSHOFF, Ernst. «Die Umbildung der Verfassungsgesetzes», en FORTSHOFF, Ernst. *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen*, Múnich, C. H. Beck, 1976, págs. 135, 140 y ss.

⁵⁴ Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. «Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica», en BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de I. Villaverde, Baden-Baden, Nomos, 1993, págs. 15-19. Böckenförde afirma además que la Constitución

Pero también rechaza el que denomina «método tópico orientado al problema» y que adscribe a autores como Kriele, Ehmke y Häberle; este último sería el defensor más conspicuo de esta metodología. Böckenförde considera que la propuesta de Häberle destruye la idea de la Constitución como norma. La ampliación del abanico de intérpretes y la apertura de la Constitución al consenso entre sus variados intérpretes supone la destrucción de la vigencia de la misma Constitución, ya que la vigencia implica cierta expectativa fija de comportamiento. Al final la teoría interpretativa de Häberle no sería sino una teoría sobre la mutación constitucional de carácter abiertamente político⁵⁵.

Ante estas polémicas, Böckenförde reconoce que el problema no puede solucionarse en el plano exclusivamente metodológico, sino con el recurso a una teoría previa de la Constitución. Esta solución resulta especialmente necesaria, a su juicio, en la interpretación de los derechos fundamentales, contenidos en disposiciones constitucionales a la manera de fórmulas lapidarias y principios que no reclaman una interpretación sino un auténtico desciframiento⁵⁶. El contenido de los derechos dependerá de que sean interpretados desde una teoría liberal-individualista, institucional o propia del Estado social, por ejemplo. La elección entre esas teorías puede llevar a la misma apertura disolvente que la contenida en el método tópico, pero Böckenförde cree poder salvar ese obstáculo acudiendo a la teoría constitucionalmente adecuada. En efecto, sostiene que un estudio preciso de la Ley Fundamental puede aportar datos suficientes para conocer cuál es la teoría sobre los derechos defendida por esa Constitución; a partir de ahí será posible llevar a cabo una interpretación que no se base en la arbitrariedad electiva de los jueces sino en la elección realizada por el constituyente⁵⁷. Pero la seguridad que parece aportar esta teoría quizá sea más aparente que real. Porque las apreciaciones sobre la teoría implicada en la misma Constitución obligan también a realizar valoraciones, de orden moral y político, que llevan a su vez a la utilización de principios, valores y estándares ajenos al propio texto, entre ellos también principios procedentes del marco político inter-

no puede ser asimilada estructuralmente a la ley ordinaria, porque la primera no contiene una programación normativa tan clara como la segunda; requiere, por tanto, medios específicos de interpretación.

⁵⁵ Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. «Los métodos de la interpretación constitucional», cit., pág. 19 y ss., esp. 24-26. A pesar de la denominación elegida por Böckenförde («método tópico»), me parece que Häberle no ha diseñado ningún método. La apertura de la interpretación constitucional propugnada por Häberle no puede ser ceñida por un instrumental técnico: el método tópico es la ausencia de método.

⁵⁶ Cfr. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales», trad. de I. Villaverde, en BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., pág. 44 y ss.

⁵⁷ Cfr. *ibíd.*, pág. 47 y ss.

nacional al que pertenezca el Estado en el que suscita la controversia. Finalmente, discernir la teoría sobre los derechos fundamentales contenida en una Constitución resulta ser una tarea menos metódica de lo que aparenta.

Este tipo de críticas nos sitúa ante uno de los problemas de fondo que plantea la interpretación de los derechos fundamentales: la seguridad jurídica. Y probablemente se trate de una cuestión que difícilmente tendrá una solución definitiva. En efecto, el rechazo de teorías interpretativas que pueden ser consideradas demasiado abiertas, como la de Häberle, obedece al temor no injustificado de que las garantías constitucionales se disuelvan en la ideología de los jueces que han de decidir una controversia. Recordemos que en el Estado constitucional la validez de una ley puede depender de su adecuación al contenido esencial de un derecho fundamental. Si la determinación de ese contenido obedece sólo a ponderaciones y elucubraciones evanescentes y tocadas de subjetividad, la confianza ciudadana en una legislación clara es sustituida por la lotería de valoraciones impredecibles. El Estado de Derecho podría desaparecer a manos de una justicia material supuestamente encarnada en la Constitución, pero en realidad dependiente de la ideología del juez⁵⁸. Este riesgo ha sido advertido no sólo en la interpretación constitucional, porque la Hermenéutica jurídica de Esser y sus seguidores ha sido objeto del mismo tipo de críticas. Hay una parte de razón en estos temores. Conviene recordar que el Estado de Derecho surge —entre otros motivos— con la finalidad de asegurar la presencia de leyes claras que permitan prever al ciudadano con ciertas garantías cual sería la decisión judicial, pero también es preciso tener presente que la erección de Constituciones normativas dotadas de derechos fundamentales obliga a realizar ese tipo de valoraciones⁵⁹. Por otra parte, la pretendida seguridad y firmeza de las leyes emanadas del Estado de Derecho también resulta ilusoria en muchas ocasiones. Todos los sectores del ordenamiento contienen normas necesitadas de interpretación y emplean principios, estándares, cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados que

⁵⁸ Un ejemplo de esa desconfianza en LAPORTA, Francisco. «Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley», en *Doxa*, n.º 22, 1999, pág. 326 y ss.

⁵⁹ Es muy conocida la concepción de Robert Alexy sobre los derechos fundamentales como principios, que exigen un tratamiento más complejo que el de las normas. Ver ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Esta textura propia de los derechos fundamentales obliga, según Alexy, a una racionalidad particular centrada en la ponderación de los bienes protegidos en los diferentes derechos. Ver ALEXY, Robert. «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», en *Ratio Juris*, n.º 16, 2003, pássim.

obligan a los jueces a ponderaciones no muy diferentes de las propias del derecho constitucional e impiden la certeza rígida en el derecho⁶⁰.

Lo cierto es que nos encontramos ante una cuestión iusfilosófica central. La historia del derecho muestra la permanente tensión entre la flexibilidad fronética que demanda la solución de los problemas jurídicos y los afanes por asegurar soluciones predecibles mediante directrices fijas⁶¹. El derecho de los derechos humanos no puede escapar a esa tensión, acrecentada desde luego a causa de su carácter complejo y transnacional (o global). En él no parece posible impedir el recurso a los principios, valores, etc., de variada procedencia para determinar el contenido de los derechos fundamentales. La pregunta, entonces, girará alrededor de la posibilidad de regular ese empleo. Paradójicamente, el recurso a los criterios procedentes de tribunales internacionales puede servir a esa finalidad aseguradora. Es cierto que esos criterios entran en escena a causa de la apertura interpretativa del ordenamiento jurídico estatal y en la cual la multiplicación de fuentes argumentativas produce una potencial incertidumbre. Sin embargo, la referencia a las soluciones establecidas por organismos y tribunales consolidados internacionalmente puede servir como argumento de autoridad positivizado para embridar una argumentación metódicamente incontrolable.

⁶⁰ Una referencia breve, pero enjundiosa, de la pluralidad de elementos acogidos bajo la palabra derecho, incluyendo ideales valorativos, es la de POUND, Roscoe. «The Theory of Judicial Decision (I-III)», en *Harvard Law Review*, n.º 36, 1923, pág. 643 y ss.

⁶¹ Una muestra de esa continuidad es la forma en que santo Tomás de Aquino (un autor poco sospechoso de Positivismo) reclamaba juzgar siempre mediante leyes. La razón para él estaba clara: decidir sólo a partir del caso requiere un sentido de la justicia difícil de encontrar; por tanto, es mejor confiar en las soluciones generales ya previstas en las leyes. Cfr. *Summa Theologiae*, 1.2, q. 95, a. 2, ad 2. Ed. Madrid, B.A.C., 1963-1985. Pero el mismo santo Tomás afirmaba que la ley es sólo «cierta causa del derecho» por su carácter general; el derecho, en cambio, sólo puede ser conocido en el seno de un problema concreto. Sobre esta manera de entender el razonamiento jurídico en Tomás y en los juristas del *ius commune* ver CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. «Norma y principio en el «Jus commune»», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 27, 2005, per tórum. Recordemos también la existencia de «leyes de citas» desde el Imperio Romano hasta los inicios de la Modernidad; en ellas, los gobernantes intentaban disciplinar el uso del argumento de autoridad en los pleitos de una época en la que no existía el monopolio legislador del Estado de Derecho, pero sí la permanente necesidad de cierta seguridad en la aplicación de las normas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», en *Ratio Juris*, n.º 16, 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AQUINO, Tomás de. *Summa Theologiae*, Madrid, B. A. C., 1963-1985.
- BAZÁN, Víctor. «La Corte Suprema de Justicia Argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno», en *Revista de Derecho Político*, n.º 73, 2008.
- BIANCHI, Andrea. «Globalization of Human Rights: The Role of Non-state Actors», en TEUBNER, Günther (ed.). *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1992.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. «Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica», trad. de I. Villaverde, en BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales», trad. de I. Villaverde, en BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. «La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la «persona jurídica»», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 7, 1987.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. *La cabeza de Jano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1988.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, Actas, 1994.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. *Los inicios del positivismo en Centroeuropa*, Madrid, Actas, 1994.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. *Historia breve del derecho natural*, Madrid, Colex, 2000.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. «Norma y principio en el «Jus commune»», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 27, 2005.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. «Voluntad, ausencias y normas: el sustrato histórico del positivismo en el Derecho», en *Dikaio syne*, n.º 15, 2005.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. «La dimensión pública de las personas», en APARISI, Ángela (ed.). *Ciudadanía y persona en la era de la globalización*, Granada, Comares, 2007.
- CASTELLS, Manuel. *La era de la información. Vol. 1: La sociedad-red*, trad. de C. Martínez y J. Albores, Madrid, Alianza, 2005.
- CASTELLS, Manuel. *La era de la información. Vol. 2: El poder de la identidad*, trad. de C. Martínez y P. de Lora, Madrid, Alianza, 2003.
- DOMINGO, Rafael. *¿Qué es el derecho global?*, Cizur Menor, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2008.
- EHMKE, Horst. «Prinzipien der Verfassungssinterpretation», en EHMKE, Horst. *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, Königstein, Athenäum, 1981.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. de E. Valentí, Barcelona, Bosch, 1961.
- ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungen*

- spraxis*, Fráncfort del Meno, Athenäum, 1972.
- ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación. Génesis y efectos*, Cizur Menor, Madrid, Aranzadi, 2002.
- FORTSHOFF, Ernst. «Die Umbildung der Verfassungsgesetzes», en FORTSHOFF, Ernst (ed.). *Rechtstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen*, Múnich, C. H. Beck, 1976
- HÄBERLE, Peter. «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», en *Juristenzeitung*, 1975.
- HÄBERLE, Peter. «Demokratische Verfassungstheorie im Lichte der Möglichkeitsdenken», en HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus*, Königsberg, Athenäum, 1980.
- HÄBERLE, Peter. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlín, Duncker & Humblot, 1982.
- HÄBERLE, Peter. «Gemeineuropaisches Verfassungsrecht», en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, n.º 18, 1991.
- HÄBERLE, Peter. «Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter« Auslegungsmethode», en HÄBERLE, Peter. *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlín, Duncker & Humblot, 1992.
- HÄBERLE, Peter. «Rechtsquellenprobleme im Spiegel neueren Verfassungen – Ein Textstufenvergleich», en HÄBERLE, Peter. *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik. Ausgewählte Studien zur vergleichenden Verfassungslehre im Europa*, Baden-Baden, Nomos, 1996.
- HART, Herbert L. A. «Positivism and the Separation of Law and Morals», en *Harvard Law Review*, n.º 71, 1958.
- HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*, trad. de G. S. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.
- KAUFMANN, Arthur. *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik (sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen)*, Colonia, Carl Heymanns, 1984.
- KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlín, Duncker & Humblot, 1976.
- LADÉUR, Karl-Heinz. «The Theory of Auto-poiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law – From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships», en *Law*, n.º 99/3, *EUI Working Paper*, European University Institute, 1999.
- LADÉUR, Karl-Heinz. «Globalisation and the Conversion of Democracy to Polycentric Networks: Can Democracy Survive the End of the Nation State?», en *Law*, n.º 4, *EUI Working Paper Law*, European University Institute, 2003.
- LAPORTA, Francisco. «Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley», en *Doxa*, n.º 22, 1999.
- LOMBARDI, Luigi. *Saggio sul Diritto giurisprudenziale*, Milán, Giuffrè, 1975.
- NIKKEN, Pedro. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas, 1987.
- OGOREK, Regina. *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justizlehre im 19. Jahrhundert*, Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann, 1986.
- OLLERO, Andrés. *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982.
- OLLERO, Andrés. *¿Tiene razón el Derecho?*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996.

- POUND, Roscoe. «The Theory of Judicial Decisión (I-III)», en *Harvard Law Review*, n.º 36, 1923.
- QUERALT, Argelia. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- RODRÍGUEZ, Manuel. «Textos legales y casos concretos», en RAMOS, José Antonio, RODILLA, Miguel Ángel. (eds.). *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006.
- RODRÍGUEZ, Manuel. «Notas históricas sobre la elección del método interpretativo», en ELÓSEGUI, María, GALINDO, Fernando (eds.). *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectivas. Libro homenaje al Prof. Juan José Gil Cremades*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008.
- SERNA, Pedro. *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, México, Porrúa, 2006.
- SUÁREZ, Francisco. *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, ed. bilingüe de J. R. Eguillor, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967-1968.
- TEUBNER, Günther. ««Global Bukowina»: Legal Pluralism in the World Society», en TEUBNER, Günther (ed.). *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1992.
- TEUBNER, Günther. «Des Königs viele Leiber. Die Selbdekonstruktion der Hierarchie des Rechts», en *Soziale Systeme*, n.º 2, 1996.
- VIANA, André. «Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos. Coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias», en REVENGA, Miguel, VIANA, André. *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- ZACCARIA, Giuseppe. *Razón jurídica e interpretación*, trad. y comp. de A. Messuti, Madrid, Civitas, 2004.
- ZACCARIA, Giuseppe, VIOLA, Francesco. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di Teoria ermeneutica del diritto*, Roma, Bari, Laterza, 2001.
- ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995.

CAPÍTULO III
SOBERANÍA Y ESTADO-NACIÓN:
PERSPECTIVAS Y DEBATES POSWESTFALIANOS
Enrique V. de Mora Quirós*

Los derechos humanos, entre ellos el de la impartición de justicia imparcial o igual, pueden ser entendidos —cuestión de hecho— de formas distintas. No me refiero a las discriminaciones que puedan producirse en el interior de un mismo Estado, sino a los complejos nudos de relaciones que plantea hoy la sociedad globalizada; pues los derechos del hombre han sido contemplados durante mucho tiempo de una forma negativa, especialmente cuando son considerados como derechos frente al Estado, pero aún está por diseñar el estatuto jurídico del ciudadano universal; y por este hecho carecemos de los suficientes derechos con contenidos más positivos que superen la pretensión de dotar al ciudadano de prerrogativas individuales frente a su Estado nacional.

El problema histórico ha consistido en que los estudios de teoría política han partido, desde Bodin a hoy, desde el análisis y fundamentación del poder del Estado. Es pretencioso hablar de fundamentación y análisis porque buena parte de los ensayos más importantes e influyentes en la práctica han arrancado simplemente del poder estatal; es cierto que la Escuela del derecho natural de la Edad Moderna partió desde individuos aislados en el estado de naturaleza que, mediante su voluntad, crean el poder político persiguiendo alguna utilidad común; pero las figuras de los individuos en el estado de naturaleza constituían simples expedientes cómodos para explicar el surgimiento del Estado, de forma que una vez creado éste, los estudios se centraban en las formas de ejercer el poder político, que era considerado el poder por antonomasia. Las teorías de Vázquez de Menchaca, Pufendorf o Gundling suponían como dato evidente este planteamiento, que para ellos era un hecho más. Los liberales que parten desde Locke continúan hoy impertérritos este planteamiento

* Doctor en Derecho, profesor ayudante de Filosofía del Derecho, Universidad de Cádiz, España.

inicial: John Rawls declara ante todo que él supone un Estado nacional al que hay que ‘ordenar’ para conseguir convertirlo en «una sociedad bien ordenada».

Cuando los reyes dominaban en un territorio determinado, los ciudadanos eran considerados ‘súbditos’ (del latín *subditus*, sometidos), y los ciudadanos de obediencia a otro rey o a otra república estaban confusamente asistidos por el Derecho de Gentes; pero este esquema no es suficiente hoy porque no da cuenta de las relaciones humanas que vivimos ahora. El progreso técnico ha conllevado una ampliación del horizonte de cada persona: basta sentarse ante el televisor para saber lo que ocurre en todo el mundo, e Internet sirve para que cualquiera contacte fluidamente con otras personas que no son los vecinos. Las antiguas empresas multinacionales se regían hace años por el derecho internacional público y privado, pero aquellas antiguas firmas se han convertido actualmente en empresas transnacionales que conllevan su discurrir por varios ordenamientos jurídicos en principio indeterminables: nadie sabe si la caja de cambios de un automóvil Ford será fabricada en México, en España o en el Reino Unido y, en cualquier caso, las piezas que finalmente ensamble una planta final de montaje son —por así decir— apátridas que han recorrido posiblemente varios continentes.

El derecho a la igual justicia está montado sobre este esquema trasnochado del Estado nacional. La Declaración de 1948 presupone subliminalmente este sub-suelo. La doctrina de Rawls —¡tan de moda hoy!— desde este punto de vista que nos ocupa, no da un paso más allá. Solamente Habermas propone una pragmática formal del lenguaje que está montada sobre la igualdad universal que poseen por definición todos los que participan en un diálogo; pero seguir a Habermas implica partir desde bases estrictamente fenomenistas, sin aceptar que cada ser humano constituye una persona, y más tarde (un *posterius* racional) mantener la existencia y operatividad de un cuasi-noúmeno que lanza normas universalmente vinculantes... Habermas y los que le siguen se encuentran lastrados por sus bases materialistas, y son precisamente estas bases las que les impiden reconocer que cada ser humano es más que un individuo de una especie biológica. Si alguien, por creer en el materialismo —pues tras Heisenberg, Planck y Gödel el materialismo es más tema de fe que no de ciencia— no puede traspasar el plano de los fenómenos y se ve forzado a contradecirse *toto coelo* manteniendo la existencia de un noúmeno o cuasi-noúmeno, ése es un problema suyo cuyo tratamiento o esclarecimiento no puede imponer a los demás investigadores.

Estamos ante un doble problema: de un lado hay que afirmar que todo ser humano es una persona que posee derecho a ser juzgado equitativamente; de otro, por las exigencias nuevas que recaen sobre nosotros, hay que reconsiderar quienes son los ciudadanos que tienen derecho a tal justicia. Este tema dista de estar zanjado. Si lo comparamos con el de la sanidad, en algunos Estados existe un derecho a la asistencia sanitaria sin importar nacionalidades; en otros no es así. Una vez

que Francisco Carpintero ha estudiado en el primer capítulo de este estudio las formas personales del «ser-humano» y después que Manuel J. Rodríguez Puerto haya aludido a la importancia del momento hermenéutico en la vida de los derechos fundamentales, quedaba pendiente el problema de la universalización del derecho (entre otros) a la administración de justicia. Como ha quedado patente, esta universalización tropieza con las fronteras del antiguo Estado nacional. Si este tipo de Estado fuera aún una realidad férrea, sin fisuras, este ensayo no sería más que una exposición de buenas intenciones; pero trato de mostrar que precisamente este punto de partida ya no es mantenible hoy. El antiguo Estado está enfermo, y los ciudadanos han dejado de ser simples súbditos de un gobernador local para convertirse en ciudadanos del mundo. Los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos muestran especialmente este hecho. Es el momento de aludir someramente a la sepultura del Estado clásico a la vista de los distintos órdenes jurídicos que están válidos simultáneamente en diversos territorios nacionales.

El debate actual sobre la crisis del modelo de Estado-Nación y su posible superación por nuevos modelos político-constitucionales, supone abordar a su vez el tratamiento de muy diversas cuestiones conectadas con tal polémica. Sin dejar de percibir la sensación de que tal debate tenga mucho o alguna parte de construcción intelectual un tanto alejada de la praxis política cotidiana, la sensación que puede embargar al estudioso que se sumerge en las aguas de tal polémica es que asistimos en los últimos tiempos a un auténtico fuego cruzado entre partidarios y detractores del modelo que, sin desmerecer de otras aportaciones históricas, podríamos llamar westfaliano; la Paz de Westfalia fue ese momento en el que desapareció la autoridad universal del Emperador y el Papa porque los reinos nacionales tomaron el protagonismo del ejercicio del poder. Tal protagonismo no se refería al derecho de cada monarca para imponer impuestos, a legislar o a mantener su propio ejército, sino al hecho de que fueron rechazadas las instancias supranacionales que permitían cuidar mejor los derechos de las personas. Pues en la Baja Edad Media existía un dicho en Castilla que expresaba que «Donde no hay, no hay justicia»; efectivamente, cuando los particularismos toman las riendas de la convivencia se abre un camino ancho para ejercer la prepotencia gracias a la ausencia de poderes superiores que puedan tomar decisiones sin estar tan influidos por los intereses locales.

Pero hoy, tal paradigma político de la modernidad, en palabras de Tenorio Rivera¹, es contestado en la teoría académica desde diversas perspectivas, todas ellas

¹ TENORIO RIVERA, Juan Leonardo. *El Estado-Nación: entre la voluntad y la pasión* [en línea]. [consulta mayo 27 de 2009]. Disponible en Web: <<http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/010723105238-El.html>>.

perfectamente ubicables en esa proteica y multiforme legión de sensibilidades que conforman la posmodernidad, entendida desde el pluralismo jurídico².

Desde las distintas visiones globalizadoras, sus efectos tales como la idea del Estado transnacional, la crisis de la ciudadanía y su correlato en la ciudadanía cosmopolita, el análisis del surgimiento de las llamadas identidades restringidas, las tesis del contitucionalismo mundial o el impacto de las nuevas manifestaciones del llamado derecho posmoderno³, tales como el impacto de la *lex mercatoria*, representan los diversos y a la vez conexos frentes donde se intenta el rendimiento del Estado-Nación. No faltan, sin embargo, en este panorama, los que abogan aun por la eficacia del modelo estatalista, por la garantía que éste puede desplegar en la defensa y protección de los derechos humanos, frente a un orden internacional carente de verdaderos y eficaces mecanismos de coerción⁴. Tampoco debemos olvidar a quienes, sin afirmar que el Estado-Nación haya concluido su papel hegemónico en la sociedad, estiman que tal tipo de Estado, o bien requiere una revisión de su tratamiento como modelo de organización a fin de conocer mejor las condiciones que deberá afrontar en el futuro⁵, o puede seguir jugando un papel nada secundario, debido a la importancia que, hoy por hoy, desempeñan las instituciones estatales, y al hecho de que la comunidad internacional sigue siendo comunidad de Estados⁶.

² Con relación al pluralismo jurídico ver, entre otros, SUÁREZ LLANOS, María Leonor. «La cultura jurídica y el pluralismo jurídico. Problemas de definición», en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, n.º 24, 2004, págs. 15-57; JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. «Globalización, pluralismo jurídico y ciencia del derecho», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, serie v, año LXXXII, n.º 1, 2005, págs. 47-84; CASANOVAS, Pompeu. «Pluralismo político-jurídico: ciudadanía y evolución tecnológica», en *Erytheis*, n.º 1, 2005, págs. 1-12; FARÍA, José Eduardo. «Pluralismo jurídico y regulación. (Ocho tendencias en el derecho contemporáneo)», en JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de (coord.). *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, Madrid, Junta de Andalucía-Dykinson, 2007, págs. 115-129.

³ En referencia al Derecho posmoderno ver, entre otros muchos, SOUSA SANTOS, Boaventura de. «La transición posmoderna: derecho y política», en *Doxa*, n.º 6, 1989, págs. 223-233; ALMOGUERA CARRERES, Joaquín. «La legitimación en la era de la postmodernidad», en *Doxa*, n.º 15-16, 1994, págs. 293-306; GRÜN, Ernesto. «El derecho posmoderno. Un sistema lejos del equilibrio», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 1, 1997, págs. 16-25; GARCÍA INDA, Andrés. «Cinco apuntes sobre derecho y posmodernidad», en *Doxa*, n.º 24, 1999, págs. 235-248.

⁴ Ver al respecto, ZOLO, Danilo. «Una crítica realista del globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 36, 2002, págs. 197-218.

⁵ Cfr. MEZA BAZÁN, Mario Miguel. *Estado-Nación, identidades y globalización* [en línea]. [Lima, Perú]: Universidad Nacional Mayor San Marcos, II Encuentro Metropolitano de Jóvenes Investigadores Sociales, Jovis 2, 2002 [consulta mayo 04 de 2009]. Disponible en Web: <http://www.enfasisperu.com/Textos/mm_archivos_pdf/mm_globaliestado.pdf>.

⁶ Cfr., en este sentido, MERCADO PACHECO, Pedro. «Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?», en JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de (coord.), op. cit., pág. 145.

Pero indiqué que no faltan, empero, quienes en la línea del suma y sigue a visiones superadoras de algunas de las tradicionales funciones estatales, afirman nuevas visiones del derecho basadas en el reconocimiento de normatividades jurídicas ajenas al Estado. Tal sería el caso de autores como Günther Teubner y Karl-Heinz Ladeur⁷.

Es obvio que debemos aludir a la presunta crisis del modelo estatalista hoy tradicional desde las diferentes voces que tercián en el debate, y con un afán lo más clarificador posible de todo este actual y a veces ensordecedor encuentro de disparidades. Sólo desde una exposición lo más amplia posible del marco de discusión estaremos en condiciones de poder formular un diagnóstico real. Para un empeño tal, primero es necesario examinar los antecedentes históricos, que no son otros que las construcciones filosófico-políticas que fueron estructurando la idea moderna del Estado como centro de poder, hasta llegar a su realidad actual. Con esta labor de aproximación histórica, las tesis contrarias al mantenimiento o reformulación de la soberanía estatal pueden ofrecérsenos con una diafanidad más transparente. Para proceder a esta reconstrucción es necesario aludir —y sólo aludir— a dos de los nombres insustituibles en la teoría política moderna acerca del Estado: Jean Bodin y Thomas Hobbes. Con todo, deben citarse al menos también los planteamientos de autores que, como Luis de Molina o Francisco Suárez, contribuyeron a resaltar la figura del gobernante como fundamental a la hora de conferir validez a los mandatos⁸.

1. LOS MODELOS CLÁSICOS

En el siglo XVI tuvieron lugar las batallas por imponer la respectiva visión religiosa. Católicos, arminianos, hugonotes, calvinistas o luteranos entendieron que el pueblo ha de seguir la religión de su rey. Este planteamiento no fue propio de la Edad Media ni surgió en este tiempo: era el vivido desde los primeros tiempos históricos, y llevó ineludiblemente hacia la formación de formas de convivencia en la que aunaban los poderes religiosos y políticos; era preciso dividir las naciona-

⁷ Un acercamiento sucinto pero muy bien trazado de las tesis de Teubner y Ladeur puede encontrarse en el artículo: RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús. «La regulación de Internet y la teoría jurídica», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXIV, 2007, págs. 441-464, especialmente las páginas 449 a 458.

⁸ Francisco Carpintero manifiesta con respecto a estos autores: «no admitieron la validez de los ordenamientos jurídicos que no procedieran desde la voluntad o el reconocimiento del gobernante político o eclesiástico: ellos situaron ese único contexto de validación de los mandatos (la voluntad de los legisladores) y rechazaron en cierto modo el pluralismo jurídico existente hasta entonces». «Voluntad, ausencias y normas: el sustrato histórico del positivismo en el derecho», en *Dikayosine*, n.º 15, 2005, pág. 31.

lidades según sus confesiones religiosas y, si esto no era posible, dictar edictos de convivencia religiosa, como el de Nantes. Pero estas normaciones no reconocían el derecho de cada ser humano a defender sus creencias en nombre de su libertad de conciencia, sino que se apoyaban en la figura de la *tolerancia*; la tolerancia implica que quien tiene el derecho o la razón permita que otros puedan convivir sin ajustarse a los cánones correctos. La pregunta fundamental se nos impone perentoriamente: ¿Quiénes han de *permitir* a los otros esas conductas desviadas de la ortodoxia? El Estado westfaliano, que es el que conocemos, parece prolongarse hoy, y se nos aparece como evidente, por ejemplo, que el Estado haya de ocuparse directamente de la enseñanza, de modo que las enseñanzas que no son dirigidas inmediatamente por la administración pública pueden ser toleradas, pero al margen de los recursos sociales. Vivimos al filo de muchas nociones de derecho público; pero el investigador está en su derecho de preguntarse si tales nociones, ya fuera de su contexto genético, han de prevalecer sobre el derecho a la libertad y a la dignidad que porta cada persona; pues si no se afirma la libertad, la dignidad compone una multitud de frases francamente poco eficaces.

1.1. El planteamiento de Jean Bodin

En su obra *Los seis libros de la República*⁹ Bodin se ocupa de la cuestión de la soberanía, llamada también suprema autoridad, en dos capítulos diferentes: en el capítulo VIII del Libro I, al tratar de la suprema autoridad en general, y en el capítulo X del mismo libro, al ocuparse de las que él denomina verdaderas señales o manifestaciones concretas de aquélla.

Bodin comienza definiendo la suprema autoridad de un modo muy genérico, al decirnos que «La suprema autoridad es el poder absoluto y perpetuo de vna República»¹⁰. Puesto que anteriormente ya ha conceptualizado la república como un justo gobierno de muchas familias y de lo común a ellas con suprema autoridad, entiende que debe procederse a aclarar qué significa este concepto. Para Bodin esta autoridad es perpetua, y se diferencia de aquéllas que, aunque absolutas, se otorgan por tiempo limitado. Por el contrario, esta suprema autoridad no es limitada ni en poder, ni en cargo ni en tiempo, y no está obligada a dar cuenta sino a Dios¹¹. Puesto que esta suprema autoridad nos remite también para su comprensión al término autoridad absoluta, Bodin prosigue su explicación explicando qué significan las

⁹ BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*, edición y estudio preliminar por José Luis Bermejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992. Ésta es la edición que manejamos, en la que se sigue la ortografía que usa.

¹⁰ *Ibíd.*, Libro I, capítulo VIII, pág. 267.

¹¹ *Ibíd.*, págs. 268-269.

palabras autoridad absoluta. Ésta significa que no es dada con cargos y condiciones, pues entonces no sería propiamente suprema autoridad ni poder absoluto, con la única excepción de que las condiciones puestas en la creación de un príncipe sean de la Ley de Dios o de la Natural. Es decir, es autoridad absoluta y suprema aquélla que no tiene otra condición que obedecer lo que la ley de Dios y la Ley Natural mandan¹². Bodin es conciente de un aspecto que puede no quedar muy claro, y él se apresura a aclararlo. Si vemos que existe un límite en la suprema y absoluta autoridad, cual es el de la Ley de Dios y la Ley Natural, puede llegar a pensarse que en realidad no se halla en el mundo un príncipe que sea supremo, «visto que todos los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios y a las naturales y a muchas leyes humanas comunes a todos los pueblos. Y al contrario, puede acontecer que uno de los súbditos sea esento de todas las leyes, ordenaciones y costumbres de su República, y no por esto será príncipe ni señor supremo»¹³. Con respecto a esta segunda cuestión, Bodin deja claro que la exención de las leyes que alcance a un súbdito no deja a éste fuera de la obediencia y sujeción a los que tienen la suprema autoridad. Del mismo modo, considera muy necesario «que los que son señores supremos no estén de ninguna manera sujetos al Imperio de otros, sino que puedan dar ley a los súbditos y anular o deshacer las leyes inútiles para formar otras. Y esto no lo puede hazer el que está sujeto a las leyes o a otros que le pueden mandar»¹⁴. Pero esta facultad del príncipe la posee sin ningún tipo de vinculación ni limitación en el tiempo, y ni siquiera con respecto a sí mismo: es decir, comprende no sólo el no estar vinculado por las leyes de sus predecesores sino incluso por las leyes y ordenaciones que él hace. La única limitación, repetimos, de la autoridad absoluta de los príncipes y señores supremos lo es con respecto a las leyes de Dios y a las naturales¹⁵. Como esta cuestión merece una explicación más detenida, Bodin nos la dará unas páginas más adelante, cuando trata el apartado de las cláusulas de las leyes perpetuas.

Toda ley del príncipe supremo, explica el autor, toca al público o al particular, es decir, depara consecuencias generales y particulares. Tanto en uno como en otro caso, andan presentes en los efectos de las leyes las cuestiones referidas a la honestidad y utilidad de las mismas. Cuando Bodin utiliza la categoría de lo honesto se refiere a aquello que es honesto de derecho natural, no introducido por la convención o interés de los hombres. A esta natural honestidad están sujetos todos los príncipes:

¹² *Ibíd.*, pág. 273.

¹³ *Ibíd.*, pág. 274.

¹⁴ *Ibíd.*, pág. 275.

¹⁵ *Ibíd.*, pág. 276.

«Atento que tales leyes son naturales, aunque el príncipe las hace publicar»¹⁶. Si la ley es útil, el príncipe no tiene porque estar sujeto a ella, es decir, puede anularla o cambiarla, con dos condiciones: que no contravenga la justicia natural y que tal derogación, siendo provechosa para unos, no haga daño a otros sin justa causa¹⁷. Se entiende que el provecho debe ser público, mientras que el daño debe ser siempre particular. En todo caso, el súbdito no tiene el derecho de contravenir las leyes del príncipe, a pesar de que esta contravención pueda tener apariencia honesta y justa. En cuanto a las leyes que obedecen a determinadas circunstancias concretas, o se refieren a una parte de los súbditos, o son hechas por cierto tiempo y para cierto lugar, los príncipes están obligados a las mismas en cuanto permanece la causa que las motivó. Cesando ésta, cesa la obligación del príncipe, pero no así la del súbdito, que se mantiene en tanto se produzca la derogación¹⁸.

Otra cuestión que Bodin plantea es si el príncipe está sujeto a las leyes del país que él ha jurado guardar. En primer lugar establece una norma general, para luego entrar en una cierta casuística. La norma general establece que «es cosa cierta que las leyes, ordenaciones, patentes, preuilegios y concesiones de los príncipes no tienen fuerza ni vigor sino durante la vida dellos, si no son retificados con el espreso consentimiento o tácito del príncipe sucesor, mayormente los privilegios»¹⁹.

En la casuística se distinguen varias situaciones: en primer lugar, si el príncipe jura a sí mismo observar su ley, no está obligado a ella ni al juramento que se hizo a sí mismo, al igual que los súbditos tampoco están obligados a los juramentos que prestan en las convenciones, en los casos en los que la ley permite que se aparte, aunque sean justas y razonables. En segundo lugar, se plantea la hipótesis del príncipe que promete a otro príncipe guardar las leyes que él o sus predecesores han hecho. En esta circunstancia debe distinguirse si al príncipe a quien se dio palabra tiene algún interés, en cuyo caso el que prometió está obligado a guardarlas. Si el príncipe a quien se dio palabra en cambio no tiene interés, ni la promesa ni el juramento pueden obligar al que prometió. Esta misma regla se observa cuando la promesa es hecha del príncipe supremo al súbdito, «Porque en este caso no ay diferencia, como muchos piensan»²⁰. La medida de todo este entramado de hipótesis viene presidido por dos principios: la justicia y el interés de los súbditos. Aunque

¹⁶ *Ibíd.*, pág. 292.

¹⁷ «Porque el príncipe bien puede anular una buen ordenación por dar lugar a otra menos buena o mejor, atento que lo útil, lo honesto y la justicia tienen sus grados de más y menos. Pues, si es lícito al príncipe entre las leyes viles escoger las mas vtilis, lo mismo será entre las leyes justas y honestas escoger las más razonables y más pihonestas, aunque los unos interesen provecho y los otros daño», *ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*, págs. 278 y 293.

¹⁹ *Ibíd.*, pág. 275.

²⁰ *Ibíd.*, pág. 292.

el príncipe, como ya vimos, no quede vinculado por las leyes de sus predecesores ni por las suyas propias, ello no debe entenderse como la consagración de la arbitrariedad. Él queda siempre obligado, explica Bodin, por las que denomina «justas conuenciones y promesas que ha hecho, sea con juramento o sin él»²¹. En esto no hay diferencia tampoco entre príncipe y particular, y del mismo modo que una persona puede librarse de la promesa injusta e irrazonable, el príncipe puede ser restituido en la disminución de su dignidad y majestad, si es príncipe supremo. Con esta explicación Bodin entiende completa la máxima, a saber, que el príncipe no está sujeto a sus leyes ni a las de sus predecesores, sino a las convenciones justas y razonables y en cuanto pueda haber interés de los súbditos a los que ha prometido²². Si en cambio cesa la causa de las leyes que ha prometido y jurado guardar, puede el príncipe derogarlas sin consentimiento de los súbditos. Si no tiene justa causa de anular la ley que prometió, ni puede ni debe ir contra ella, como tampoco puede ir contra las convenciones y juramentos de sus predecesores en cuanto haya quedado como heredero de los mismos²³. Conviene destacar cómo en Bodin el juramento se produce siempre desde el vasallo al señor, desde el menor al mayor, «Porque el juramento trae siempre consigo reuerencia y respeto a aquél a quien (o en nombre de quien) se haze, que es la causa por la cual el señor no deue juramento al vasallo, con ser la obligación recíproca entre el uno y el otro»²⁴.

Bodin insiste también en que es necesario en toda esta explicación no confundir los conceptos de ley y de contrato. La ley depende del que tiene la suprema autoridad, que puede obligar a todos los súbditos y no puede obligarse a sí mismo. En cambio el contrato es el instrumento natural de vinculación entre el príncipe y el súbdito, mediante el cual se obligan las dos partes recíprocamente, no pudiendo una de ellas contravenir con perjuicio y sin consentimiento de la otra. En este caso el príncipe no tiene más que el súbdito «sino que, cesando la justicia de la ley que él a jurado guardar, no está más obligado a su promesa... Lo cual no pueden hazer los súbditos entre ellos, si el príncipe no lo consiente»²⁵, es decir, como ya vimos, a través de la derogación. Del mismo modo, tampoco deben confundirse los conceptos de derecho y ley. Él mantiene que el derecho no contiene sino equidad, en cambio la ley consiste fundamentalmente en un mandato del supremo señor que usa de su autoridad. Aquí vuelve a insistir en la conformidad de la ley civil con la ley natural, como causa de vinculación del gobernante. De ahí que, por ejemplo, no sea lícito

²¹ *Ibíd.*, pág. 277.

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*, pág. 285.

²⁵ *Ibíd.*, pág. 278.

tomar los bienes de los súbditos sin causa justa y razonable, «la qual es, por compra o trueque o confiscación, ligítima»²⁶, pues la autoridad absoluta «no puede atreverse en cosa alguna contra la ley de Dios que claramente a pronunciado en sus leyes que no es lícito tomar ni tampoco desear los bienes de otros»²⁷.

Una vez que Bodin ha dejado trazados los rasgos generales de la soberanía o suprema autoridad, procede a concretar las específicas características o «señales» de la misma. A esta cuestión le dedica el capítulo x del Libro I. Las señales de la suprema autoridad son cinco. La primera es la de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular. «Y no basta esto, sino que es necessario añadir: sin el consentimiento de mayor, ni de ygual, ni de menor que él»²⁸. Las razones de esto son bien claras: si el príncipe dependiera para hacer la ley del consentimiento de uno que estuviese por encima de él, ya no sería sino un súbdito. Si fuera un igual tendría su mismo poder, es decir, compartiría la suprema autoridad, lo cual quiere decir que ya no sería suprema. Y si para dar ley dependiese de algún órgano o asamblea, senado o pueblo, ya no sería tampoco el gobernante supremo²⁹. Debe además recalcar una cuestión, que Bodino se presta a aclarar. Cuando él se ha referido a dar ley en general y a cada uno en particular, «estas vltimas palabras comprehenden los preuilegios que tocan a los príncipes supremos. Yo llamo preuilegio vna ley hecha por vno, o por pocos particulares sea en provecho o en daño de aquél por quien es hecha»³⁰.

Bodin se plantea a renglón seguido la cuestión de la costumbre, y sus diferencias con la ley. Es un hecho que los particulares hacen costumbres, dice, lo mismo que los magistrados pueden hacer ordenanzas y decretos, cada uno en proporción a la autoridad que tiene. Estas costumbres, tanto generales como particulares, puede pensarse que pueden tener a veces el mismo vigor que la ley. Para Bodin, las diferencias, no obstante, son claras en beneficio de la ley, de la supremacía de ésta en definitiva. Mientras las costumbres van tomando su fuerza poco a poco, la ley despliega su efectividad con mucha más rapidez, pues toma su fuerza de quien tiene autoridad sobre todos. Mientras que las costumbres no poseen el rasgo de la coactividad, la ley posee autoridad, lo que permite imponerse a veces contra la voluntad de los súbditos. Y lo que es más importante, en definitiva, como cuestión básica de jerarquía normativa: la ley puede anular las costumbres pero no viceversa. Queda claro que para Bodin la costumbre está siempre supeditada en su efectividad a la autoridad del príncipe, pues es éste en definitiva quien le otorga su reconocimiento

²⁶ *Ibíd.*, pág. 297.

²⁷ *Ibíd.*, pág. 296.

²⁸ *Ibíd.*, Libro I, capítulo x, págs. 354-355.

²⁹ *Ibíd.*, pág. 355.

³⁰ *Ibidem.*

y su fuerza de obligar. Dicho de otro modo: la competencia exclusiva en la creación del derecho, representado por la ley, descansa en la autoridad política. La costumbre sólo alcanza a ser derecho si el soberano la autoriza³¹.

Bodin entiende esta autoridad para dar y anular la ley como la máxima y capital de las señales, de modo tal que en ella se comprenden los otros derechos. Ello le permite afirmar que, hablando con propiedad, puede incluso decirse que sólo existe esta señal de suprema autoridad, pues todas las demás prerrogativas de la misma estarían comprendidas en ella³². No obstante, como el término ley es muy general, el autor considera que deben especificarse los otros derechos y señales de la autoridad comprendidos bajo la ley suprema. En este sentido, la segunda señal de majestad consiste en declarar la guerra o hacer la paz, «que es el vno de los mayores puntos de la majestad, porque trae consigo muchas vezes la pérdida o la seguridad de un Estado»³³. Por esto el signo de distinción de que el Estado es gobernado por lo que Bodin denomina una monarquía pura, es decir, una monarquía donde el príncipe para hacer la ley no depende de asambleas mudables, es que la resolución de la paz y la guerra dependa del príncipe supremo³⁴.

La tercera señal de la suprema autoridad consiste en «instituir los principales oficiales, sin que en esto aya duda»³⁵. Bodin se refiere con ello a la institución de los magistrados principales, cuyo poder emana del príncipe que los nombró, «pues ya que el mandar a todos los súbditos de vna República toca al que tiene suprema autoridad, razón es que todo el poder que tienen los magistrados le reconozcan del»³⁶.

La cuarta señal «es conocer de las últimas apelaciones, que es y ha sido siempre vno de los principales preuilegios della»³⁷. Esta prerrogativa se extiende no solamente a la apelación sino también a lo que Bodin denomina «el camino de la demanda ciuil», o sea, todo el procedimiento desde su inicio. El gobernante supremo no puede quitar a un súbdito su derecho al recurso, lo que Bodin denomina como suplicación civil. Puede o bien admitirla y conocer de la misma, junto con todo el

³¹ Cfr. *ibíd.*, pág. 356; cfr. además, con relación a esta cuestión, RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús. *La Modernidad discutida. Jurisprudencia frente a iusnaturalismo en el siglo XVI*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1998, pág. 130, nota 237. Para este autor, en Bodin no aparecen referencias a la racionalidad de las normas, sólo a su preceptiva creación por quien ejerza la soberanía, lo que significa que aquella ha sido expulsada del mundo del derecho.

³² BODIN, Jean, op. cit. pág. 357.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibid.*, pág. 360.

³⁵ *Ibid.*, pág. 361.

³⁶ *Ibid.*, pág. 363.

³⁷ *Ibidem*.

pleito, para anular todo lo hecho si lo considera, o bien rechazar dicha apelación, no conocer de ella y remitirla a otros jueces. Esto, según Bodin, «es la verdadera señal de suprema autoridad y de último conocimiento de las causas. Los magistrados no poseen el derecho a mudar o corregir sus sentencias, si el príncipe supremo no lo permite. Con respecto a la frase *con suprema autoridad*, que algunos jueces introducen en sus sentencias, Bodin afirma que es usar mal de la palabra, pues ya hemos visto que aquélla no corresponde sino al príncipe supremo. Por ello «lo mas espedito para la conservación de vn Estado es no conceder al súbdito señal de suprema autoridad»³⁸.

La quinta señal se refiere al ejercicio del derecho de gracia frente a los condenados, para mitigar o anular el rigor de las leyes, «sea en la vida o en la honra o en los bienes...»³⁹. Importa destacar que si esta prerrogativa es ejercida por quienes tienen menos autoridad que el supremo gobernante, no la ejercen en razón de una autoridad inherente a su oficio, ni tampoco por privilegio, sino, en todo caso, comisionados. No obstante, esta no es una situación deseable para Bodin, y por ello añade a renglón seguido que «en el Estado de vna República bien ordenada, esta autoridad no se deue dar, ni por comisión, ni por título de officio», salvo las siguientes excepciones: regencia, cautividad del príncipe, incapacidad o minoría de edad⁴⁰.

Con respecto a este derecho de gracia, se plantea la cuestión de su ejercicio con relación a aquellos delitos más graves, como puede ser el homicidio. Bodin alude al mal uso que algunos príncipes pueden hacer de su prerrogativa de gracia con relación a determinados delitos graves «creyendo que la gracia que dan es tanto más agradable a Dios quanto el delito es más aborrecible»⁴¹. El parecer de Bodin es que el príncipe no puede ejercer la gracia con respecto a las penas establecidas por la ley de Dios, en alusión a lo establecido para el homicidio en el Antiguo Testamento, concretamente en los libros de Samuel⁴². Se plantea entonces la siguiente pregunta. Si el príncipe no puede ejercer la prerrogativa de gracia de la pena establecida por la ley de Dios, ¿cómo podrá ejercer la misericordia? Bodin responde que existen otros medios de ejercicio de esta señal de autoridad, como por ejemplo las infracciones (Bodin los llama delitos) contra las leyes civiles, «o bien si por la ley ciuil la pena del latrocinio (hurto, robo o fraude de los intereses de los demás) es capital,

³⁸ *Ibíd.*, pág. 366.

³⁹ *Ibíd.*, pág. 367.

⁴⁰ *Ibíd.*, pág. 369.

⁴¹ *Ibíd.*, pág. 370.

⁴² «Y si es así que el magistrado merece la pena capital quando dispensa de la ordenanza de su rey, ¿cómo será lícito al príncipe supremo dispensar con su súbdito de la ley de Dios? Y si el príncipe supremo no puede perdonar el interés de la deuda de su súbdito, ¿cómo podrá librar a otro de la pena que Dios ha ordenado por su ley?», *ibídem*.

el príncipe clemente la puede reducir al quatro tanto, que es la pena de la ley de Dios y del derecho común»⁴³. También refiere Bodin que, entre las gracias que el príncipe puede dar destaca la que se refiere al perdón de la injuria hecha contra su persona, del mismo modo que, entre las penas capitales, «ninguna es mas agradable a Dios que la establecida por la injuria hecha a su diuina magestad»⁴⁴. Esta injuria no puede nunca ser perdonada por el príncipe, so pena de quedar en entredicho ante sus gobernados y menoscabar su autoridad⁴⁵.

Estas serían las cinco principales e irrefutables señales de la suprema autoridad. A continuación, Bodin se ocupa también de otras señales, o bien derivadas de éstas, o bien sobre las que ha habido discusión y no han tenido tanta continuidad en el tiempo. Así subraya, con respecto al privilegio de acuñación de moneda, que es de la misma naturaleza que el de poder hacer y dictar la ley, ya que sólo quien tiene autoridad de dar la ley la tiene para dar curso legal a las monedas. Por eso afirma que «no ay cosa de mayor consecuencia después de la ley que el título, valor y peso de las monedas...Y en toda República bien ordenada sólo el príncipe supremo tiene esta autoridad»⁴⁶. Interesa destacar también que este derecho y señal de majestad no se debe comunicar al súbdito de ninguna manera, y en todo caso, si se ha comunicado, la regulación legal y el precio de las monedas dependen siempre del supremo señor⁴⁷. Lo mismo en cuanto señal de autoridad puede decirse de las medidas y pesos, «aunque por costumbre ya no ay señoria tan pequeña que no pretenda este derecho»⁴⁸, y del derecho de establecer imposiciones a los súbditos y declarar exenciones, puesto que depende asimismo de la autoridad de dar ley y privilegios. Es siempre el gobernante supremo quien tiene la autoridad para establecerlos o extinguirlos, y no otro, no existiendo tampoco obligación de especificar los casos en los que dicho gobernante puede hacerlo, si la autoridad de hacerlo la tiene él sólo⁴⁹. Del mismo modo, «ninguno que no sea supremo señor puede conceder a otro la esención de las imposiciones»⁵⁰.

También son prerrogativa del príncipe los derechos referidos al mar, los derechos de amarre de una nave («los derechos que se lleuan por hechar el áncora en tierra solamente») y la licencia que sólo se permite al príncipe supremo de venir

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 371.

⁴⁵ «¿Qué cosa Buena se puede esperar del príncipe que toma cruel vengança de sus injurias y perdona las hechas a otro y las que son hechas contra el honor de Dios», *ibíd.*

⁴⁶ *Ibid.*, pág. 372.

⁴⁷ Cfr. *ibíd.*, págs. 372-373.

⁴⁸ *Ibid.*, pág. 375.

⁴⁹ *Ibid.*, págs. 374-375.

⁵⁰ *Ibid.*, pág. 375.

a sus puertos y tomar el derecho de naufragio, aunque, con respecto a este último, Bodin explica que «antiguamente no era vsado entre los príncipes supremos, aunque en nuestros tiempos es común a todos los que tienen puertos de mar»⁵¹.

Entre las señales discutidas de la suprema autoridad está la de ocupación y posesión de los bienes vacantes. Dicha señal tropieza con un obstáculo para su reconocimiento como tal: la práctica de la Europa en la que rige el derecho de los feudos, por la que los señores pueden tomar los dos tercios de los muebles dejados, dando el tercio restante a aquél que halló la cosa, cuando el dueño no aparece «dentro de cuarenta dias de la publicación. Y por consiguiente diremos que el derecho del fisco no es señal de suprema autoridad, porque es común al príncipe supremo y a todos los señores de la justicia; y también el príncipe supremo tiene su fisco en calidad de particular, separado del público, y su patrimonio particular distinto también del público»⁵². No obstante, entre los derechos del fisco existen algunos cuya competencia es del príncipe, «como las confiscaciones por crimen de lesa majestad, en las cuales se comprehenden la heregia y moneda falsa»⁵³. En cuanto a la autoridad para otorgar derecho de ferias debe incluirse como señal de autoridad en el derecho de los privilegios, pero no en los del fisco. Y en cuanto al llamado derecho de marca y de embargos, aunque antiguamente no lo tenían los príncipes y la dieron a gobernantes y magistrados, ha revertido ahora a aquéllos por motivos de seguridad⁵⁴. Por lo que respecta al que Bodin llama derecho de regales, entendido como regalías, es propio de los príncipes supremos que usan de él, aunque como son pocos los que lo tienen, entiende el autor que no debe ponerse en el número de las señales de suprema autoridad⁵⁵. También se podría incluir razonablemente entre las señales de la suprema autoridad el forzar a los súbditos a cambiar de lengua⁵⁶.

Finalmente, Bodin se refiere al poder juzgar según conciencia, entendiendo que el príncipe puede hacerlo a pesar de que haya ley o costumbre, salvo que haya ley de Dios expresa⁵⁷.

⁵¹ Bodin se refiere aquí a una disputa habida en 1556 entre un embajador de Carlos V y el Consejo de Estado del Rey Enrique II de Francia, referida a dos galeras tomadas que llegaron a las tierras de Córcega, y escribe: «El condestable le mostró que lo que da en tierra por tormenta es confiscado para el supremo señor, y que esta es costumbre general en todo el mar de Leuante y de Poniente», *ibíd.*, págs. 375-376.

⁵² *Ibíd.*, pág. 376.

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.*, págs. 375-376.

⁵⁵ *Ibíd.*, pág. 377.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ *Ibíd.*, págs. 377-378.

1.2. Hobbes y la soberanía

Thomas Hobbes se ocupa de la soberanía en la parte segunda, capítulos 17 a 20 del *Leviatán*⁵⁸. Al tratar la cuestión acerca de las causas, generación y definición de un Estado, explica cómo el fin de éste es particularmente la seguridad, razón por la que los hombres, que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás, introducen una restricción sobre sí mismos a través de la formación de Estados, para el cuidado de su propia conservación y el logro de una vida más armónica: «es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que, tal como hemos manifestado, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete»⁵⁹. Para establecer esta necesaria seguridad es necesario, pues, un poder común. Y el único camino para erigir semejante poder común y generar así un Estado pasa por la conocida tesis hobbesiana: «conferir todo su poder a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad. Esto equivale a decir: elegir un hombre o una asamblea de hombres que represente su personalidad»⁶⁰. Mediante este sistema se logra que cada ciudadano considera como producto de su propia voluntad todo aquello que haga aquel que representa a su persona, sometiendo sus voluntades y juicios particulares a la voluntad y juicio del gobernante. A esto lo llama Hobbes «una unidad real de todo ello en una y la misma persona»⁶¹. A continuación Hobbes enuncia la conocida fórmula de transferencia: «*autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarne a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizareis todos sus actos de la misma manera. Hecho esto, la multitud así unida en una persona se denomina Estado*»⁶². Para Hobbes, la esencia del Estado consiste esencialmente en doblar las voluntades a través del elemento del terror que inspira su poder y fortaleza, y dicho Estado puede definirse así: «una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y

⁵⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatán, o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, traducción y prefacio de Manuel Sánchez, México, Fondo de Cultura Económica, 1940. Ésta es la edición que hemos utilizado para este trabajo y por la que citaremos.

⁵⁹ HOBBS, Thomas, op. cit., pág. 137.

⁶⁰ *Ibíd.*, pág. 140.

⁶¹ *Ibíd.*, pág. 141.

⁶² *Ibíd.*

defensa común»⁶³. El titular de esta persona se denomina Soberano, y se dice que tiene el poder soberano; cada uno de los que le rodea es súbdito suyo.

Dicho poder soberano se alcanza por dos conductos: por la fuerza natural, en los casos del sometimiento que un hombre puede imponer a sus descendientes, o bien o como resultado del sometimiento de enemigos en caso de guerra; en este caso, «los hombres, singularmente o unidos por la pluralidad de votos, por temor a la muerte o la servidumbre, autorizan todas acciones de aquel hombre o asamblea que tiene en su poder sus vidas y su libertad»⁶⁴. El otro procedimiento ocurre por la vía consensual, y ocurre «cuando los hombres se ponen de acuerdo entre sí para someterse a algún hombre o asamblea de hombres voluntariamente, en la confianza de ser protegidos por ellos contra todos los demás». En este caso hablamos de Estado por institución, y en el anterior de Estado por adquisición⁶⁵. La diferencia entre ambos radica en que en el Estado por adquisición la razón de la elección es el temor mutuo. Pero tanto en uno como en otro caso, los derechos y consecuencias de la soberanía son los mismos⁶⁶.

A continuación, Hobbes advierte que va a referirse al Estado por institución. Comienza explicando qué es el acto de instituir un Estado: «cuando una multitud de hombres convienen y pactan, *cada uno con cada uno*, que a un cierto *hombre* o *asamblea de hombres* se le otorgará, por mayoría, el *derecho* de *representar* a la persona de todos (es decir, de ser su *representante*)»⁶⁷. Por este acto de institución se autorizan las acciones y juicios de ese hombre o asamblea, tanto por los que han votado a favor como por los que han votado en contra, pues a través de este procedimiento se consigue la finalidad básica de la vida pacífica y la protección frente a terceros. Esto es así porque de la institución de este Estado «derivan todos los *derechos* y *facultades* de aquél o de aquellos a quienes se confiere el poder soberano por el consentimiento del pueblo reunido»⁶⁸.

De esta institución, además, se derivan las siguientes consecuencias:

1) *Los súbditos no pueden cambiar la forma de gobierno*. En efecto, Hobbes argumenta que puesto que los súbditos pactan, se comprende que no están obligados por un pacto anterior que contradiga al presente. Y si por este pacto deben considerar como propias las acciones y juicios del soberano o la asamblea, «no pueden hacer

⁶³ *Ibíd.*, interesa destacar que la actuación de este soberano instituido no está sometida a control ni legitimación alguna, siendo absolutamente arbitraria, como lo denota la expresión *como lo juzgue oportuno*.

⁶⁴ *Ibíd.*, pág. 162.

⁶⁵ *Ibíd.*, pág. 141.

⁶⁶ *Ibíd.*, pág. 162.

⁶⁷ *Ibíd.*, pág. 142.

⁶⁸ *Ibidem*.

entre sí un nuevo pacto para obedecer a cualquier otro, en una cosa cualquiera, sin su permiso»⁶⁹. Cada uno, pues, debe considerarse como autor de todo aquello que el soberano considere que puede llevar a cabo.

2) *El poder soberano no puede ser enajenado*. El derecho de representar la persona de todos se otorga a quien todos constituyen en soberano, pero Hobbes aclara que tal pacto lo es de todos al soberano «y no del soberano en cada uno de ellos»⁷⁰, razón por la que no puede existir quebrantamiento de pacto por parte del soberano y ninguno de los súbditos puede ser liberado de la sumisión fundándose en una infracción⁷¹.

3) *Nadie sin injusticia puede protestar contra la institución del soberano declarada por la mayoría*. En tal caso, se entiende que el individuo retorna a una condición preestatal, condición de guerra en la que cualquiera puede eliminarlo sin injusticia⁷².

4) *Los actos del soberano no pueden ser, con justicia, acusados por el súbdito*. Ya Hobbes ha explicado cómo cada súbdito, en virtud de la institución, es autor de todos los actos y juicios del soberano instituido. De ello resulta para Hobbes que cualquier cosa que el soberano haga no puede constituir injuria para ninguno de sus súbditos, pues quien hace una cosa por autorización de otro no comete injuria alguna contra aquél por cuya autorización actúa. Al ser cada particular autor de todo cuanto hace el soberano, se hallaría en la contradicción de que al quejarse de la injuria de aquél, «protesta contra algo de que él mismo es autor, y de lo que en definitiva no debe acusar a nadie sino a sí mismo; ni a sí mismo tampoco, porque hacerse injuria a uno mismo es imposible»⁷³. Para Hobbes, aquél o aquéllos que tienen el poder soberano pueden cometer iniquidad, pero no injusticia o injuria, en la auténtica acepción de estas palabras.

5) *Nada que haga un soberano puede ser castigado por el súbdito*. Es una consecuencia de lo anterior. Si cada súbdito es autor de los actos de su soberano, sería como castigar a otro por las acciones cometidas por él mismo⁷⁴.

6) *El soberano es juez de lo que es necesario para la paz y la defensa de sus súbditos, y juez respecto de qué doctrinas son adecuadas para su enseñanza*. Hobbes recalca la discrecionalidad del soberano en este punto relativo a la paz y defensa, cuando utiliza la expresión «hacer cualquier cosa que considere necesario... para

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Ibíd.*, pág. 143.

⁷¹ Cfr. *ibíd.*, págs. 143-144.

⁷² Cfr. *ibíd.*, págs. 144-145.

⁷³ Cfr. *ibíd.*, pág. 145.

⁷⁴ Cfr. *ibídem.*

conservar la paz y la seguridad...»⁷⁵. Con respecto al examen de doctrinas, se haya en íntima relación con lo anterior, pues tal poder del soberano lo es en cuanto tales doctrinas sean o no conducentes a la paz⁷⁶.

7) *El derecho de establecer normas en virtud de las cuales los súbditos puedan hacer saber lo que es suyo propio, y que ningún otro súbdito puede arrebatarse sin injusticia.* Es la propiedad, dependiente del poder soberano y necesaria para la paz pública⁷⁷.

8) *El derecho de judicatura y la decisión de las controversias.* Son un mismo derecho, pues en el derecho de judicatura se comprende la audiencia y decisión de cuantas controversias surjan respecto a la ley, bien sea civil o natural, con respecto a los hechos. Hobbes muestra cómo este derecho es inherente al fin para el cual se ha instituido el Estado, que es el de asegurar la paz pública y evitar la guerra de todos contra todos. Si el soberano no ostenta el poder de decisión de las controversias no existe protección para el súbdito contra las injurias de otro. En este caso, puesto que a cada hombre competiría su propia conservación, se arbitraría para cada cual un derecho de autotutela, que sería condición de la guerra⁷⁸.

9) *Hacer la guerra y la paz como consideren más conveniente.* Hobbes lo considera también un derecho inherente a la soberanía, pues el poder de defensa del pueblo radica en el Ejército, y su potencialidad radica en la unión bajo un mando único, que compete al soberano instituido⁷⁹.

10) *La elección de todos los consejeros y ministros, tanto en la guerra como en la paz,* también como derecho inherente a la soberanía, y como medios para proveer la guerra y la paz⁸⁰.

11) *Poder de recompensar y castigar.* Las recompensas consisten en riquezas y honores, y las penas pueden ser corporales, pecuniarias o bien la de ignominia. Tales recompensas y castigos deben sujetarse a la ley previamente establecida por el soberano. Pero si no existe norma, el soberano puede actuar arbitrariamente, esto es, «de acuerdo con lo que... considera más conducente para estimular los hombres a que sirvan al Estado, o para apartarlos de cualquier acto contrario al mismo»⁸¹.

⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁶ «Y aunque en materia de doctrina nada debe tenerse en cuenta sino la verdad, nada se opone a la regulación de la misma por vía de paz. Porque la doctrina que está en contradicción con la paz, no puede ser verdadera, como la paz y la concordia no pueden ir contra la ley de la naturaleza», cfr. *ibíd.*, pág. 146.

⁷⁷ *Ibidem.*

⁷⁸ *Ibid.*, pág. 147.

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ Cfr. *ibídem.*

⁸¹ *Ibid.*, pág. 148.

12) *Honores y preeminencias*. Las leyes de honor establecen módulos oficiales de respeto y consideración entre los hombres. Las de preeminencia se basan en un «módulo oficial para la capacidad de los hombres que han servido o son aptos para servir bien al Estado»⁸².

Éstos son los derechos que para Hobbes constituyen la esencia de la soberanía, comunicables e inseparables del poder. Existen también otros poderes que pueden ser transferidos por el soberano, aunque no obstante éste se reserva el poder de proteger a sus súbditos. Son tales como el de acuñar moneda, disponer de la persona y el patrimonio de los infantes herederos o tener opción de compra en los mercados.

En cuanto a lo dicho sobre la inseparabilidad y esencialidad de los derechos constitutivos de la soberanía, se sigue de ello que toda cesión de los mismos es nula, salvo que el mismo soberano haya realizado la cesión en términos directos o el nombre del soberano se haya manifestado por los cedentes al cesionario. Y ello porque la soberanía ejerce un poder de atracción y restauración que es inherente a ella misma⁸³.

2. EL ESTADO-NACIÓN Y SUS CONTESTACIONES

La articulación doctrinal de la soberanía como poder incontestable en manos del gobernante, que es a su vez el centro de producción de toda la normatividad jurídica existente, y el conjunto de signos o consecuencias que se derivan en forma de poderes y competencias, cobran realidad histórica y política en la paulatina conformación del llamado Estado-Nación moderno. Hay que señalar que no se escapa a quien se ocupa de este concepto la relativa complejidad de significado de al menos uno de los términos que engloba, cual es el de nación. Así, C. Yturbe alude a esta cuestión cuando alude a la problemática que se deriva del intento de definir este concepto escurridizo, pero dotado al mismo tiempo de un extraordinario poder de sugestión⁸⁴. Para esta autora, la paradoja se produce al ser a la vez la «nación» el punto de referencia fundamental para la historia política, social y cultural de los dos últimos siglos, y un objeto conceptualmente fluido, y por lo mismo altamente controvertido. Pero, teniendo que obviar este debate por razones de su no procedencia en estas líneas, sí resulta procedente para nuestra exposición fijarnos en aquella fase precisa de la existencia de naciones en la que empiezan a entrar en relación con una forma determinada de estado territorial moderno, o sea, el Estado-Nación que,

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Esto es lo que quiere decir Hobbes con la expresión. «aunque el soberano haya cedido todo lo posible, si mantiene la soberanía, todo queda restaurado e inseparablemente unido a ella», *ibíd*, pág. 149.

⁸⁴ Cfr. YTURBE, Corina. «Sobre el concepto de nación», en *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 22, 2003, pág. 56 y ss.

conformándose en el transcurso de un proceso histórico que se inicia en la Alta Edad Media⁸⁵, comienza a configurarse para algunos como dotado de identidad fuerte y sujeto histórico de primera importancia a partir de la segunda mitad del siglo xviii⁸⁶. Otras voces, en cambio, señalan más atrás en la concepción del Estado como actor central, fijándose en el momento histórico de la Paz de Westfalia⁸⁷.

En el transcurso de los últimos tiempos, asistimos a una serie de procesos y concepciones que intentan trascender la conformación histórica del Estado-Nación, bien como consecuencia de la propia dinámica de algunos de estos procesos (globalización, pluralismo jurídico...), bien como resultado de una distinta visión de las relaciones políticas y comunales (ciudadanía cosmopolita). Este trascender puede entenderse también como redefinición de las competencias dentro de un nuevo orden global. Reyes Romo señala al respecto que el esquema weberiano de la estatalidad, como conjunción de, al menos tres, elementos fundamentales, población, territorio y gobierno, unidos por una comunidad que ha desarrollado su propia identidad y percepción particularista e interna de «lo nacional», se encuentra fuertemente debatido en la actualidad, precisamente por impedir la evolución de la naturaleza histórica, y por ser opuesto a una concepción más amplia de la nación⁸⁸. Meza, por su parte, insiste en que el papel actual del Estado-Nación frente a la globalización, tanto en Europa como en las sociedades asiáticas, viene determinado por su papel de rescate cultural de memorias locales y de minorías supervivientes, a fin de reconstituir y reforzar su acervo común⁸⁹.

⁸⁵ Cfr., entre otros, FRANÇAIS, Ariel. *El crepúsculo del Estado-Nación. Una interpretación histórica en el contexto de la globalización*, Programa MOST, París, Unesco, 2000, pág. 9.

⁸⁶ En este sentido, YTURBE, Corina, op. cit., pág. 62. Para Français, en cambio, el Estado-Nación propiamente dicho surge a principios del xix, alcanzando su apogeo en el xx, cfr. FRANÇAIS, Ariel, op. cit., pág. 9.

⁸⁷ En este sentido, Cfr. ROJO, Patricia, BENEDETTO, Sabrina. «¿Crisis del Estado-Nación o cambios estructurales?» [en línea]. *Revista Inter-Forum*, 2002 [consulta mayo 04 de 2009], pág. 1. Disponible en Web: <<http://www.revistainterforum.com/espanol/articulos/051202artsoc.html>>; para estas autoras, aludiendo a la centralidad en el plano interno «fue concebida por la corriente contractualista como la resultante de un acuerdo social que daba base a la legitimidad del Estado. El Estado, para esta corriente del pensamiento político, aparece como árbitro ante los conflictos sociales; a través del uso legítimo de la fuerza goza del poder suficiente para ejercer un poder de policía necesario para salvaguardar las garantías individuales y la paz social», op. cit. pág. 1.

⁸⁸ «El carácter particularista al que se refieren diversos analistas, supone la idea de que los territorios de los Estados se conciben como unidades absolutas y fijas, en un espacio reservado exclusivamente para sí, negando de este modo la historia y la geografía de la formación histórica de las naciones y las comunidades», REYES ROMO, Felipe. «Ciudadanía y Estado-Nación» [en línea]. *Crisol Plural*, 2009 [consulta mayo 30 de 2009]. Disponible en Web: <<http://crisolplural.com/2009/05/30/ciudadania-y-estado-nacion/>>, pág. 3.

⁸⁹ Cfr. MEZA BAZÁN, Mario Miguel, op. cit. pág. 16.

Precisamente este doble frente contradictorio de la emergencia y reforzamiento de lo local y lo transnacional como consecuencia de la globalización, no alivia sino que incrementa el sentimiento de agotamiento del modelo estatal-nacional, acuciado aún más por la pérdida progresiva de la soberanía en beneficio de instituciones y organismos internacionales, así como por las crecientes reivindicaciones de los distintos grupos activos en las actuales sociedades multiculturales.

Pero la crisis o el debilitamiento del Estado-Nación, su pérdida de simbolismo, puede sistematizarse de modo más preciso mediante la exposición de los distintos caminos y acontecimientos que han llevado a la situación actual. Tema complicado, porque los análisis que se han venido realizando en torno a esta cuestión, ponen de manifiesto que, al menos, podríamos encontrarnos con dos grandes grupos de causas, con múltiples conexiones entre ellas, de tal modo que sería casi imposible deslindarlas y compartimentarlas. Un primer grupo tiene que ver con lo que podríamos denominar la transformación de las certidumbres acerca de los modelos jurídicos, y viene representado por el amplio hecho del pluralismo jurídico, inserto en las concepciones y comprensiones posmodernas del derecho. El otro grupo que marcaría el declive/crisis del Estado-Nación incluiría causas político-económicas.

2.1. Posmodernidad y pluralismo jurídico

El pluralismo jurídico es una de las manifestaciones de una realidad más amplia, que se ha denominado comprensión posmoderna del derecho. ¿Cuándo comienza el movimiento hacia esta comprensión del derecho? Si seguimos al Prof. De Sousa Santos⁹⁰, dicho movimiento arranca en los años sesenta, con los estudios acerca del modo de producción de las normas jurídicas en sociedades que se han vuelto fuertemente complejas y heterogéneas (piénsese, a título de ejemplo, en una sociedad como la norteamericana), así como con los estudios acerca de lo que podríamos llamar *justicia informal*, es decir, todo el complejo mundo de las decisiones jurídicas reales producidas día a día. En definitiva estos estudios muestran la discrepancia entre el que podemos llamar *derecho de los libros* y el *derecho en acción*⁹¹, con el

⁹⁰ Hay que aclarar que este seguimiento al que nos referimos no equivale a la comunión con sus planteamientos y puntos de vista, excesivamente anclados en un posmodernismo devastador barnizado de marxismo conceptual. En este sentido, y pese a nuestra carencia de perspectiva más global de la obra de De Sousa, nos parecen acertadas las críticas que Alfonso de Julios-Campuzano suscribe, procedentes de Twining. Cfr. JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. «Globalización...», cit., págs. 67-68, nota 24 y págs. 74-75.

⁹¹ La expresión *law in action* (derecho en acción) fue acuñada por el jurista Roscoe Pound como contraposición a *law in the books* (el derecho libresco), y a menudo es usada simplemente para designar una práctica judicial que discrepa del derecho «oficial». Cfr. ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. de E. V. Fiol, Barcelona, Bosch, 1961, pág. 25.

propósito de contribuir positivamente a una mayor eficiencia del sistema jurídico oficial.

Se ha señalado con relación a estos estudios el desequilibrio existente entre sus dos dimensiones, esto es, la crítica y la positiva. Explícita o implícitamente tales estudios contenían una crítica devastadora del sistema jurídico oficial. Y a través de ellos se fueron descubriendo las principales grietas en los modelos jurídicos oficiales.

Indiqué que estos problemas emergen en el marco de las teorías políticas posmodernas. Pero sería enormemente prolijo, y desbordaría los cauces de este estudio, presentar una exposición siquiera sucinta del heterogéneo mundo de la llamada posmodernidad⁹². De modo muy esquemático, podemos decir que la posmodernidad significa, entre otras cosas, la emergencia de nuevos estilos y comprensiones: sensualismo y desestructuración (deconstrucción), hedonismo de lo cotidiano, fin de los metarrelatos o grandes interpretaciones de la historia... Se trata de un estilo trágico, plural, politeísta y complejo. Ya no se trata de la reducción a la unidad, de la eliminación de los conflictos a través de la supresión de lo diferente. Se trata ahora de lo heterogéneo, de lo diverso, de lo múltiple, de lo plural. En definitiva, y genéricamente, de la coexistencia de la pluralidad. Michel Maffesoli expresa estas tendencias cuando considera el gozo, lo lúdico, el politeísmo de valores como los ejes fundantes de la sociedad que emerge: «vida compleja y barroca —nos dice—, hecha de pliegues organizándose ellos mismos»⁹³. Es preciso referirse al nacimiento de una nueva ontología cuyos principios pueden esquematizarse así: todo ser es una organización donde orden y desorden se entremezclan de manera inextricable, relacionándose en jerarquías entreveradas y generando nuevas formas de ser. Pues, como indica Carpintero desde una perspectiva más amplia, al desaparecer el paradigma científico del mundo unidimensionalmente mecánico, las demás tendencias del pensamiento han seguido esta crisis del modelo científico⁹⁴. Perelman ya puso de manifiesto que el pensamiento moderno estuvo dominado por las metáforas

⁹² La bibliografía sobre la posmodernidad es excesivamente prolija. Bástenos citar, a título de ejemplo, algunas obras que ofrecen un panorama general de dicho fenómeno: BALLESTEROS, Jesús. *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1990; ANDERSON, Perry, *Los orígenes de la posmodernidad*, trad. de L. A. Bradlow, Barcelona, Anagrama, 2000; JAMESON, Fredric. *Teoría de la posmodernidad*, Madrid, Trotta, 2001; LYOTARD, Jean-François. *Moralidades postmodernas*, Madrid, Tecnos, 1988; FOSTER, Hal (ed.). *La posmodernidad*, 4.ª ed., Barcelona, Kairos, 1998; QUEVEDO, Amalia. *De Foucault a Derrida*, Pamplona, Eunsa, 2001.

⁹³ Citado por PINO DE CASANOVA, Malín. «El derecho y la posmodernidad (o de lo jurídico, el mal y el sentimiento trágico de la vida)», en *Dikayosine*, n.º 5, 2000, pág. 125.

⁹⁴ Vid. al respecto, CARPINTERO, Fco. «Métodos científicos y método del derecho: una historia superada», en *Persona y Derecho*, n.º 62, 2010, págs. 29 a 58.

temporales (progreso, evolución, desarrollo...). Por el contrario, la transición posmoderna implica una revalorización de las metáforas espaciales que ya dominaron el pensamiento clásico⁹⁵. Esto se plasma, por ejemplo, en la importancia de lo local, nacional y transnacional. Por ello, estamos ante una revisión de los presupuestos jurídicos sobre los que descansaba el entendimiento moderno del derecho.

Según E. A. Russo⁹⁶, el paradigma de la modernidad tenía las siguientes líneas de actuación: a) rechazo de la metafísica; b) exigencia de verificación; c) lógica formal interna; d) pensamiento sistemático; e) construcción de lenguajes técnicos; f) utilización del método analítico; g) creencia en el progreso indefinido; h) fe en la utilidad de la cultura técnica. El Estado Moderno se fue formando a través de la eliminación y la absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores existentes, por medio de un proceso que podríamos denominar *monopolización de la producción jurídica*. La tendencia a identificar el derecho con el derecho estatal, que todavía existe, es la consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coactivo, que caracterizó el surgimiento del Estado Nacional Moderno. Pero desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial a nuestros días se viene observando una desjerarquización del concepto de Estado Nacional, como consecuencia, por un lado, de la aparición de entidades supranacionales gubernamentales y, por otro, del fortalecimiento de centros de poder infranacionales. Por esto algún autor como De Sousa apunta la existencia de un tópico sobre el cual reflexionar en esta coyuntura: la absorción del derecho moderno por el Estado moderno fue un proceso histórico contingente que, como cualquier otro proceso histórico, tuvo un inicio y ha de tener un fin.

Esto conduce a la consideración del pluralismo jurídico. Para comprender mejor este hecho debemos realizar antes unas consideraciones previas:

La cultura jurídica moderna ha estado representada por varios grandes paradigmas: si tuviéramos que ponerles nombre y apellido diríamos: Hans Kelsen y la «Teoría Pura del Derecho». En una línea algo parecida, Bobbio y Hart. Tienen en común creer en el positivismo jurídico entendiéndolo como una teoría del derecho que lo presenta como un sistema acabado que da solución a todos los problemas⁹⁷. ¿Qué ha sido en realidad este positivismo? Como decía el Prof. Elías de Tejada en

⁹⁵ Cfr. al respecto, DELGADO-OCANDO, José Manuel. «Hacia una comprensión posmoderna del derecho», en *Dikayosine*, n.º 1, 1998, pág. 21.

⁹⁶ Cfr. RUSSO, Ángel. *Teoría general del Derecho. En la modernidad y la posmodernidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, págs. 334-335.

⁹⁷ Una crítica nueva a este planteamiento, en F. CARPINTERO, «¿Norma de reconocimiento o contexto de reconocimiento», en *El positivismo jurídico a examen*. Estudios en Homenaje al Profesor José Delgado Pinto, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, págs. 171 a 195.

1977, la decisión de ponerse de acuerdo acerca de lo que sea el positivismo jurídico es sobremanera embarazosa. Baste con decir que, en sustancia, *el positivismo jurídico es la reducción del saber jurídico a norma escrita*⁹⁸, consagrando, de una parte, el voluntarismo estatal y, de otra, cierto relativismo axiológico.

Pero esta concepción ha entrado abiertamente en crisis. Resulta muy ilustrativo el recorrido que por éstas y otras cuestiones realiza el Prof. A. de Julios. En su análisis del pluralismo jurídico y el cambio en la ciencia del derecho como consecuencia de los fenómenos de globalización, se refiere a la ineficiencia del recurso a la estructura piramidal del ordenamiento jurídico, para comprender y explicar la jerarquía normativa y el principio de unidad. Así, la multiplicación de las instancias legislativas y la propia proliferación del arsenal normativo han creado un panorama difuso, en el que el concepto de orden en su dimensión tradicional parece así desvanecerse⁹⁹.

La alta complejidad y el elevado nivel de conflictividad alcanzados en el campo de las relaciones sociales contribuyen sensiblemente a que el derecho no pueda alcanzar el grado de «racionalidad substancial» que le permitiera mediar entre las partes. Téngase en cuenta, además, que esta mediación será siempre, o al menos en la mayoría de los casos, una operación entre desiguales. Tenemos entonces una quiebra fáctica del presupuesto de la igualdad de las personas ante el derecho, que puede llevarnos a poner en duda, por su ambigüedad, algunos aspectos de la cultura jurídica moderna.

Pero no debe olvidarse que el derecho moderno descansa a su vez sobre la concepción filosófica de la racionalidad moderna, como destacó Carpintero, es decir, de la existencia de una Razón suficiente y totalizadora, que da sentido a toda la realidad. Pero esta idea ha quebrado precisamente por lo que decíamos antes: por la complejidad y el nivel de conflictividad alcanzado. De ahí que se haya señalado el posible agotamiento del concepto moderno de razón, y con él, el de toda una cultura moderna de la legalidad. Así lo han afirmado un buen número de autores del ámbito angloamericano, y lo constatan movimientos como el de *Critical Legal Studies*¹⁰⁰, o *Law and Society* en el ámbito europeo continental. Entre estas objeciones culebrea otro factor que no cabe olvidar. Esta crisis de la idea de racionalidad se ha hecho presente en una situación histórica de creciente intervencionismo estatal en la

⁹⁸ Citado por PUY MUÑOZ, Francisco. *Tópica jurídica*, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, 1984, pág. 517, parágrafo 40.10; este autor realiza un sugerente acercamiento tópico-filológico a la noción de derecho positivo en esta obra, en las páginas 515 a 530, parágrafos 40.1 a 40.43.

⁹⁹ Ver JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. «Globalización...», cit., pág. 52 y ss., entre otras.

¹⁰⁰ Para una aproximación a este movimiento, puede ser interesante el artículo de PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. «*Critical Legal Studies* y el comunitarismo», en *Doxa*, n.º 17-18, 1995, págs. 137-164.

economía, que trata de corregir las tendencias negativas del capital o del mercado. Tenemos entonces que, frente al paradigma del derecho del Estado, constituyente de la modernidad en su dimensión positivista, el pluralismo jurídico viene a significar la aparición de formas de derecho que son explícitamente líquidas, negociables y renegociables, en suma, disponibles. Con ello se ha puesto de manifiesto el efecto de un acercamiento del derecho a las concretas y plurales realidades sociales.

Pero también esta cuestión nos sumerge en otra, que puede presentarse o formularse de la siguiente manera: esta «liquidez» del derecho a la que nos referimos ¿significa que desaparece de lo jurídico la idea de rigidez, del derecho como «regla de acero», que da seguridad? Arnaud habla de fragilidad y de la levedad de lo jurídico, e incluso recurre al mito del talón de Aquiles para subrayar su carácter delicado, incierto, precario¹⁰¹. Un «derecho frágil» en suma. François Ost, por su parte, prefiere pensar en la imagen de un metal flexible, como el mercurio, una regla líquida que le permite amoldarse a las distintas sinuosidades¹⁰². En todo caso, esto supone que el valor de la seguridad que el derecho proporciona también se transforma. Es significativo que después de tantos siglos hayamos vuelto al mito griego del lecho de Procustes y de la regla de plomo: al que entraba en la ciudad se le podía medir en la cama de Procustes, que era de piedra, de forma que si el viajero era mayor que la cama, se le acortaba, y si menos, se le estiraba. La regla de Lesbos era una regla plúmbea que se ajustaba al que había de medir inmediatamente, estirándose y contrayéndose,

La percepción de la pluralidad pone en cuestión la conciencia de la unidad. Acostumbrados al monismo del Código, la multiplicidad del «banco de datos» sorprende y desconcierta al jurista. De ahí que uno de los grandes riesgos que acompaña este proceso es que la multiplicidad de los hechos jurídicos contribuya a aumentar la dispersión, uno de los grandes enemigos en la actividad del jurista. No extraña, pues, que se haya hablado de la «feudalización de lo jurídico», íntimamente conectada a la globalización, y de pluralismo jurídico global.

Conexo con el pluralismo jurídico, nos encontramos igualmente con la cuestión del cambio operado en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico. La crisis del llamado Estado Industrial, cuya fuente histórica la constituye la Revolución Industrial, y el paso al llamado Estado Posindustrial ha aumentado la importancia de la

¹⁰¹ ARNAUD, André-Jean. «Los juristas frente a la sociedad (1975-1993)», trad. de I. Lifante y V. Roca, en *Doxa*, n.º 15-16, 1994, págs. 1000 y 1004.

¹⁰² OST, François. «Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez», en *Doxa*, n.º 14, 1993, pág. 187.

llamada «legislación especial» o material sobre la formal. De aquí que se hable de «desregulación», y de «descodificación»¹⁰³.

De todos los cambios en las fuentes del derecho algunos autores destacan uno sobre los demás: el creciente protagonismo judicial, que se manifiesta en ese derecho judicial formado por decisiones de los tribunales revestidas con tanta frecuencia de un halo de polémica. Al margen de casos extremos, por lo general aquí cobra una gran importancia el elemento discursivo o argumentador que forma la base de las decisiones judiciales. Discursos y argumentos para la justificación de decisiones que explican la circunstancia del renovado interés que hoy despiertan los temas de interpretación y argumentación judicial. Esta nueva realidad sería una forma de legitimación típicamente posmoderna, en la que se combinan la técnica tradicional (subsunción de un supuesto de hecho en una norma jurídica) y la flexibilidad, dando lugar a un nuevo concepto de racionalidad. Esta racionalidad descansaría sobre la idea de que la decisión judicial debe generar un consenso, no sólo en torno a la justicia de la decisión sino también a la *oportunidad* de la misma. Con ello cambia también lo que podríamos denominar la naturaleza de la decisión. Ya no estamos ante esa decisión única y monolítica y justa, sino ante una decisión *razonable*. Esto nos lleva a una interesante reflexión sobre la evolución del modelo de juez. François Ost ha proporcionado una sugerente visión de los modelos judiciales tomando como paralelismo tres figuras mitológicas: Júpiter Hércules, Hermes¹⁰⁴.

Podría hablarse, así, del modelo judicial encarnado en el denominado juez jupiterino. Representa el modelo normativo de la pirámide y el código, y corresponde al esquema clásico del positivismo y el derecho codificado. El derecho emana desde arriba a través de una cascada de poderes y un escalonamiento de reglas jerárquicamente derivadas. Frente a él, se alzaría el juez herculeano. Toma la figura de la revolución, en la medida en que hace del juez la única fuente del derecho válido. Responde al modelo del juez revalorizado, representado en autores como Ronald Dworkin e inaugurado bastante antes por los realistas americanos (Holmes, Frank, Llewellyn, Cardozo...) Sería aquel juez que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y está presente en todos los frentes. Decide mediante normas pero también lleva a cabo otros trabajos: aconseja, orienta, previene. Si el juez jupiterino era un

¹⁰³ Como dice Andrés García Inda: «En la edad de la descodificación la imagen del código como referente de un Derecho Uno, único e indivisible se ve así desbordada por la existencia no sólo de un Derecho plural, sino también de una pluralidad de derechos. El Derecho como metarrelato se disuelve en una pluralidad de pequeños relatos (decisiones, normas fragmentarias, experiencias jurídicas diversas, ordenamientos múltiples...), que apuntan a una nueva perspectiva, que entiende la vida cotidiana como un mundo de producción de normas, y analiza el propio saber jurídico desde el punto de vista de lo cotidiano», GARCÍA INDA, Andrés, op. cit., págs. 11 y 12.

¹⁰⁴ Ver OST, Françoise, op. cit., págs. 169-194.

hombre de ley, éste se desdobra en ingeniero social. El tercer modelo se adaptaría a la figura de Hermes. Es el juez del derecho posmoderno, estructura en red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y al mismo tiempo difícilmente matizables. Según Ost, Hermes no sólo representa al juez, sino a todo actor jurídico, a todo actor que se esfuerza por integrar en la construcción del sentido jurídico, las creaciones normativas que emanan de otras fuentes, como la jurisprudencia, las costumbres, las convenciones internacionales, los principios generales del derecho, la doctrina...

En conclusión: el pluralismo jurídico pone de manifiesto el reconocimiento de una pluralidad de órdenes jurídicos que socavan los paradigmas positivistas del derecho y del Estado. La alternativa posmoderna, al reconocer la pluralidad de leyes, poderes y fuentes del conocimiento, propugna una reconstrucción teórica de los modos de producción del poder social y del derecho. El reconocimiento de tales pluralidades no casa bien con la idea de centralidad del derecho estatal. Y es evidente que todo este panorama cuestiona muy mucho la centralidad de la producción jurídica del Estado-Nación como una de sus principales señas históricas distintivas. Frente a los modelos monistas y estatocéntricos representados en las obras de Kelsen, Ross y Hart, se situarían los modelos pluralistas y policéntricos como manifestaciones de este pluralismo jurídico que ya no se centra en el Estado, al partir de una fragmentación de los puntos de creación y distribución del derecho en grupos sociales, étnicos, políticos o culturales¹⁰⁵.

2.2. Crisis de la economía y crisis de los espacios: del Estado-Nación a la ciudad cosmopolita

La crisis del Estado se manifiesta también a través de las crisis del keynesianismo, el Estado del Bienestar y la imparable tendencia a la transnacionalidad de las economías nacionales, amparadas bajo el creciente protagonismo de la *lex mercatoria*¹⁰⁶, y bajo el amplio telón de fondo de los procesos de globalización. El

¹⁰⁵ Con relación a estas cuestiones ver, entre otros, CASANOVAS, Pompeu, op. cit., también disponible en Web: <[http://www.erytheis.net/texte-integral.php3?id article=9](http://www.erytheis.net/texte-integral.php3?id%20article=9)>.

¹⁰⁶ Con este término nos referimos a un heterogéneo conjunto normativo que ha recibido a lo largo de la historia un repertorio variado de denominaciones: desde el derecho comercial internacional, transnacional o supranacional, pasando por costumbres o usos mercantiles y por principios generales del derecho comercial internacional, hasta llegar a la denominación *lex mercatoria*, sobre la que parece existir un consenso acerca de su aceptación. Con independencia de la etiqueta, el ámbito de la *lex mercatoria* está determinado por su objeto constitutivo: las prácticas comerciales de la comunidad mercantil internacional. Por su composición, se trata de un conjunto normativo ampliamente heterogéneo en el que se incluyen costumbres pero también acuerdos y reglas comerciales de otra naturaleza. Elementos de este orden legal son los siguientes: a) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones

keynesianismo llega a su punto culminante en los años setenta, amparado por una situación floreciente y progresiva de crecimiento económico, fuerte crecimiento del empleo y mejora de las condiciones de protección social. Pero también a lo largo de los años setenta se evidencian los primeros síntomas de preocupación por la viabilidad futura y a largo plazo del modelo, preocupación acelerada pero no creada por la crisis energética, que se manifiestan a título de ejemplo en las dificultades del Estado para controlar la inflación y reducir el desempleo¹⁰⁷. No puede obviarse en todo este proceso la importancia del factor fiscal. Las demandas de los diferentes agentes económicos, y de servicios asistenciales que no se pueden cubrir financieramente con los recursos disponibles, y que propiciaron las reformas de mediados de los años ochenta del pasado siglo. Con dichas reformas se trataba de lograr una reactivación del crecimiento económico mediante medidas de liberalización que conllevaron un mayor protagonismo del mercado y los particulares. El libre mercado como eje de la política neoliberal acarrea el declive de lo público, centrado en políticas asistenciales de escasa o nula rentabilidad, y privado de sectores que hasta hace poco eran propiedad del Estado o sometidos a una específica legislación, como el caso de la energía y las telecomunicaciones.

En este contexto puede fácilmente constatarse la existencia de un proceso paulatino de pérdida de control del Estado-Nación sobre su propia política económica, como efecto del tránsito de las economías nacionales a las transnacionales¹⁰⁸. Estado-Nación y Estado de Bienestar se configuran, pues, como las dos caras de un mismo proceso de superación de sus estructuras, a través de la mundialización del capital, sin olvidar la crisis del llamado Estado Tutelar, modelo conformado por los países del bloque socialista¹⁰⁹. La lucha entre los grupos de poder nacionales y transnacionales es asimismo la lucha por el desarrollo y la hegemonía de lo que se ha llamado, en palabras de William Robinson, Estado Transnacional, como nueva

comerciales; b) reglas universales, como las costumbres y prácticas uniformes de los créditos documentales; c) cláusulas contractuales universalmente utilizadas, como los *incoterms*; d) modelos estándar de contratación universalmente utilizados; e) códigos de conducta; f) resoluciones arbitrales.

¹⁰⁷ Para una exposición sucinta de las causas de agotamiento del modelo keynesiano en los años setenta ver GÓMEZ BAHILLO, C. «Globalización y crisis del estado de bienestar» [en línea]. *5campus.com*, 2001 [consulta abril 5 de 2009]. Disponible en Web: <<http://www.5campus.com/leccion/globalcrisis>>, pág. 3 y ss.; en el mismo sentido ver FRANÇAIS, Ariel, op. cit., pág. 13.

¹⁰⁸ Yanuzzi, por ejemplo, estima que la quiebra del modelo keynesiano se proyectó también a la noción misma de Estado-Nación. Cfr. YANUZZI, María de los Ángeles. «La crisis del Estado-Nación. Algunas reflexiones teóricas», en *Revista Kairos*, n.º 1, 1997, también disponible en Web: <<http://www.revistakairos.org/k01-04.htm>>, pág. 3

¹⁰⁹ Cfr. FRANÇAIS, Ariel, op. cit., pág. 13.

fase del capitalismo¹¹⁰. Según Robinson, desde los años setenta del pasado siglo se asiste a la lucha entre dos tipos de fracciones: las nacionales descendentes de los grupos dominantes, y las fracciones transnacionales ascendentes. Estas últimas, organizadas a través de distintos grupos tales como la Comisión Trilateral o el Grupo de los 7, utilizaron el poder superior de los estados centrales en el sistema global para moldear estructuras transnacionales, de tal modo que hacia los años noventa puede decirse que la clase capitalista transnacional habría llegado a ser la fracción de clase hegemónica¹¹¹.

Este proceso está sustentado además en otros, definidos por la pérdida del compromiso de las élites con sus espacios nacionales y su evolución hacia el cosmopolitismo, por un lado, y con el cambio en el entendimiento de las relaciones entre grandes urbes y Estados nacionales, por otro. Ambos procesos se hallan conectados, como veremos a continuación.

En este punto debemos fijarnos en el concepto que nos sirve para iniciarla, esto es, el concepto de Urbe Global. A grandes rasgos, y para no entrar excesivamente en detalle, se habla de urbe global para referirse a un proceso de cambio en el entendimiento de la territorialidad. Dicho de otro modo, hablamos de urbe global para designar el proceso inacabado por el que los aspectos físicos y morales de la ciudad se extienden a todos los rincones del universo¹¹².

Como expone Baigorri, la novedad de la idea de urbe global en términos de hipótesis es que supone la ruptura de las jerarquías, por eso se habla de la urbe global como red. Hasta finales del siglo xx se ha venido dando una fuerte identificación entre los estados nacionales y las grandes urbes, las cuales han articulado —y en buena parte todavía articulan en la red global de los flujos— los intereses nacionales. No obstante, esa identidad fuerte ya no es la misma, se rompe, por efecto de varios fenómenos:

1) La disgregación del Estado-Nación, que otorga a los espacios regionales la capacidad de competir explícitamente, tomando como punta de lanza de esa competencia a sus principales ciudades; ciudades medias que compiten con los nodos

¹¹⁰ En este sentido ver ROBINSON, William I. «La globalización capitalista y la transnacionalización del Estado» [en línea]. *aporrea.org*, 2004 [consulta mayo 08 de 2009]. Disponible en Web: <<http://www.aporrea.org/actualidad/a7879.html>>.

¹¹¹ Ver ROBINSON, William I., op. cit., pág. 9 y ss.

¹¹² Cfr. BAIGORRI, Artemio. «Hacia la urbe global. ¿El fin de las jerarquías territoriales?» [en línea]. XIV Congreso Mundial de Sociología de la ISA, RCO7 Future Research Session, Montreal, julio de 1998, pág. 3 [consulta octubre 07 de 2008]. Disponible en Web: <http://www.insumisos.com/lecturas/insumisas/urbanistas_y_Urbanismo.pdf>. Citamos por la versión PDF existente en Internet. También se halla en <http://usuarios.lycos.es/politicaset/articulos/urbe.htm>. En lo que sigue, nuestra exposición sigue muy de cerca los planteamientos de este autor.

ordenadores —las grandes urbes—, con estrategias propias basadas en los atractivos para la vida humana que no ofrecen las grandes metrópolis.

2) El relajamiento de los instrumentos de dominio político de tendencia vertical, con una mayor democratización de las decisiones. La planificación territorial no puede hacerse ya tan fácilmente en función de los intereses de los grandes centros decisorios.

3) La dilución de las fronteras en los países desarrollados provoca que ciudades medias¹¹³ se articulen como mesópolis, metrópolis transfronterizas que ya no pueden reflejar —o no únicamente— los intereses o necesidades de un Estado-Nación.

El resultado de todo esto, observa Baigorri, es una red compleja, tridimensional, en la que las posiciones de las comunidades urbanas se plantean en términos de acelerada variabilidad, y en las que sus sucesivas posiciones, es decir, sus posiciones en cuanto a importancia, ya no vienen determinadas por un solo elemento, como el tradicional elemento centro/periferia, sino por un conjunto de variables (estratificación social, producción, consumo de bienes, estatus¹¹⁴).

En este marco, surge la pregunta, de nuevo otra pregunta: ¿tiene sentido hablar de centralidades? Por supuesto que sí, pero la propia centralidad es asimismo virtual; no se corresponde con un espacio físico, un barrio, una manzana de oro. La centralidad es únicamente un proceso interrelación telemática entre distintas centralidades, ubicadas en espacios físicos distantes entre sí. De forma que así como en la urbe local, los ciudadanos tienen la posibilidad de acercarse a la centralidad, a los espacios físicos del poder económico, político o cultural, en la urbe global cuantos participan de la nueva cultura urbano-global y forman parte de la red virtual tienen acceso en tiempo real a las centralidades¹¹⁵.

Hablamos, pues de una concepción de la ciudad distinta de aquélla que la considera un mero habitáculo de poder, una estructura o un marco físico para las

¹¹³ Las definiciones más recientes de ciudad media alcanzan tal nivel de empirismo que resultan poco operativas. Así, uno de los últimos informes de la Comisión Europea sobre ordenación del territorio define a las ciudades medias como ciudades relativamente grandes, con dimensión suficiente como para no estar en desventaja en relación a las ciudades de más de 500 000 habitantes en materia de servicios, equipamientos y sostenibilidad económica. En síntesis, el informe considera como ciudades medias a todas aquellas ciudades europeas de menos de 500 000 habitantes cuya población creció en la década de 1980 (Comisión Europea, 1995). Citado por BAIGORRI, Artemio. *De la ciudad intermediaria a la mesópolis* [en línea]. 2001 [consulta octubre 03 de 2008]. Disponible en Web: <<http://www.unex.es/sociolog/BAIGORRI/papers/mesopolis.pdf>>, pág. 1.

¹¹⁴ Cfr. BAIGORRI, Artemio. «Hacia la urbe global. ¿El fin de las jerarquías territoriales?», cit., pág. 2.

¹¹⁵ Cfr. *ibíd.*, pág. 3.

relaciones de producción. Se trata de una concepción de la ciudad como elemento de una red que hace posible la vida en condiciones de progreso.

Por tanto, aplicamos a las ciudades el concepto de red, para entender la dinámica de transformación simbólica de las mismas. Este concepto aplicado a la ciudad procede de algunos estudios realizados al final de la década de los setenta, destacando los realizados por Doxiadis¹¹⁶. Y está también en el desarrollo de la idea de ciudad-mundo, concepto planteado inicialmente por el experto en planificación John Friedmann. Los principios sobre los que se basaría esta idea de ciudad-mundo serían los siguientes:

1) La existencia de ciudades que articulan grandes economías regionales, nacionales e internacionales; ciudades que sirven como centros a través de los cuales fluye el dinero, los trabajadores, la información, los bienes y otras variables económicamente relevantes. Como centro extienden su influencia a un ámbito o región, cuyas relaciones económicas articulan en la economía global o espacio de la acumulación global.

2) Hay algo así como un «espacio global de acumulación» que es un conjunto de economías nacionales y regionales que sirven a los propósitos de la acumulación de capital a escala mundial. Este espacio incluye áreas de producción primaria, lugares productivos específicos y, por supuesto, concentraciones espaciales de consumidores. En cierto sentido este espacio global se corresponde con el conjunto del Planeta Tierra.

3) Las ciudades-mundo son mayoritariamente regiones urbanizadas que son definidas por densos esquemas de interacción más que por fronteras político-administrativas.

4) Estas ciudades-región —los nodos correspondientes del sistema global— pueden ser ordenadas en una «jerarquía de articulaciones espaciales», más o menos en relación con su poder de decisión. En lo alto encontramos los centros de control y mando de la economía global: Nueva York, Londres y Tokio.

5) La cultura dominante de las ciudades-mundo es cosmopolita, como definida y marcada por aquellos estratos sociales a los que nos hemos referido como clase capitalista transnacional¹¹⁷. El predominio de tal sentimiento lo es frente al de pertenencia a una comunidad nacional, históricamente conformada bajo los presupuestos del Estado-Nación.

¹¹⁶ Vid. DOXIADIS, Constantinos A., *Ecumenopolis: The inevitable City of the Future*, New York, W. W. Norton & Company, 1974.

¹¹⁷ Ver BAIGORRI, Artemio «Hacia la urbe global. ¿El fin de las jerarquías territoriales?», cit., pág. 11.

3. ALTERNATIVAS: ¿DEFENSA O RECONSTRUCCIÓN GLOBAL?

El debate que genera el posible agotamiento del Estado-Nación plantea distintos alineamientos en uno u otro sentido. Examinaremos aquí con brevedad las distintas sensibilidades a uno u otro lado de este fogoso campo de batalla: desde la crítica al desmantelamiento del sistema westfaliano a las posturas superadoras en aras de una recreación de la ciudadanía en sentido cosmopolita.

3.1. La crítica al globalismo: Danilo Zolo

La defensa del Estado, en su variante clásica westfaliana, frente a las exigencias de su desmantelación por parte de los defensores de la globalización, constituye el nervio central de las tesis de Zolo. Dicha defensa se orienta a través de una triple crítica al fenómeno del globalismo jurídico en algunas de las manifestaciones de sus más significativos autores: Kelsen, Kant y Habermas. Ello desde la premisa de lo que Zolo denomina «un enfoque realista del problema del orden y la paz internacional, un realismo en la línea tanto de la tradición continental del realismo político, como de la del realismo jurídico americano y escandinavo»¹¹⁸.

Con relación a Kelsen, Zolo estima que su hipótesis monista acerca de la unidad del universo jurídico es indisociable de una serie de asunciones colaterales a las que la construcción kelseniana recurre. De estos corolarios, Zolo estima que al menos cuatro deben ser discutidos y criticados y acoge dichas críticas como propias.

1) *Juridicidad del ordenamiento internacional basada en la disposición de medios normativos de coacción.* Zolo se suma a la crítica a este corolario, basada en que Kelsen deduce arbitrariamente del ordenamiento jurídico estatal la idea de que no existe derecho en ausencia de un ejercicio sancionador de la fuerza física. Así, la madurez o plena juridicidad del ordenamiento jurídico internacional descansaría en su desarrollo hasta satisfacer los mismos criterios que determinan el carácter jurídico de un ordenamiento estatal. Para Zolo, en cambio, puede pensarse en sistemas normativos eficaces que aplican sanciones sin recurrir a la coacción física y sin amenazar con ella, como el de la Iglesia romana¹¹⁹.

2) *La teoría de la guerra justa.* Para Kelsen la guerra puede ser una sanción jurídica debida siempre que sea justa, esto es, que sea un acto de reacción (represalia, reparación) ante un ilícito internacional, y sea llevada a cabo por el Estado víctima o por otros Estados que intenten ayudarlo. Esto contradice frontalmente la «pureza» de su teoría del derecho, según Zolo, al tratar de recurrir a una noción ético-teológica, y la remisión de este autor a ideales pacifistas y antiimperialistas.

¹¹⁸ ZOLO, Danilo, op. cit., pág. 201.

¹¹⁹ *Ibíd.*, pág. 208.

3) *Igualdad formal de todos los Estados*. Según Zolo, tal postura contradice otras de Kelsen en las que pasa por alto en el diseño internacional el plusvalor jurídico otorgado por la Carta de las Naciones Unidas a las cinco potencias vencedoras de la segunda guerra mundial.

4) *Subjetividad jurídica internacional*. Tal reconocimiento a los individuos en el plano internacional, supone, según Zolo, «el rechazo de la concepción tradicional grociana del derecho internacional como un ordenamiento cuyos sujetos son exclusivamente los Estados»¹²⁰. Zolo subraya este punto de crítica, por la «estri-dente contradicción entre la exigencia kelseniana de que los individuos también sean considerados sujetos del ordenamiento internacional y la idea de que la guerra pueda ser una sanción «justa» de derecho internacional frente a los Estados (y a sus ciudadanos) que hayan utilizado la fuerza ilícitamente»¹²¹.

La crítica al internacionalismo habermasiano toma como base los elementos fundamentales del proyecto cosmopolita del filósofo alemán: reforzamiento de las instituciones internacionales a través del incremento de poder de las Naciones Unidas; protección de los derechos humanos como paradigma de una sociedad y orden de valores cosmopolitas, y ciudadanía cosmopolita como exigencia en el tránsito de una ciudadanía nacional a otra universal. Esto significa para Zolo la radicalización de la tradición universalista kantiana, a la que le realiza algunas observaciones críticas. La primera, observa Zolo, se refiere a la simpatía de Habermas por los fenómenos de globalización económica y comunicativa, mediante un entendimiento de la modernidad como un modelo de racionalidad universal que se impone a todas las culturas por igual. Para nuestro autor, la imposición de modelos de occidentalización del mundo puede rozar los límites del etnocidio¹²². En segundo lugar, existe la duda razonable de que los procesos de modernización de las culturas no occidentales lleven unida la extensión de la tutela de los derechos fundamentales; la realidad muestra más bien lo contrario: «parece demostrar que la economía de mercado y el desarrollo de las tecnologías informáticas más sofisticadas pueden convivir con regímenes autoritarios que rechazan la ideología occidental de los derechos del hombre y su pretensión de universalidad»¹²³.

En suma, Zolo entiende como peligrosa una interpretación que puede deducir de los actuales procesos de globalización la paralela exigencia del desmantelamiento del sistema westfaliano de estados soberanos, por lo ilusorio que supone pensar que la tutela de las libertades fundamentales pueda ser garantizada eficazmente en

¹²⁰ *Ibíd.*, pág. 207.

¹²¹ *Ibíd.*, pág. 209.

¹²² *Ibíd.*, pág. 215.

¹²³ *Ibíd.*, págs. 215-216.

el ámbito internacional, si previamente no lo está por las instituciones liberales y democráticas de un Estado de Derecho¹²⁴.

3.2. Ariel François y el estado confederado

François apuesta por una línea de entendimiento de la política futura como una mezcla, algo paradójica, de globalidad y multiplicación de naciones, como elementos de un mismo proceso. Él parte de una interpretación de la situación mundial y del futuro y supervivencia de la humanidad en términos de desafío. Desafío que supone la gobernabilidad a escala global y la necesidad de dar respuestas adecuadas a los problemas a los cuales se enfrenta. Dichos problemas son de orden sistémico, para los que no resultan adecuadas las soluciones directas¹²⁵. Y al mismo tiempo, la tendencia y la norma apuntan hacia la desintegración del Estado-Nación, lo que impone a su vez «la necesidad de crear nuevamente espacios de solidaridad y de identificación intranacionales o transfronterizos»¹²⁶. Ante la presión de los conflictos de identidad que socavan las bases de los estados pluriétnicos, habría llegado, pues, el momento de la reconstrucción del Estado a escala global, que tuviese un grado tal de legitimidad que le permitiera afrontar los problemas de seguridad y justicia para todos. En el momento en que se planteara tal desafío, François considera probable que el diseño mejor de tal Estado fuese el modelo confederado, por dos razones: por la lejanía de la humanidad con un modelo de estado unitario de tipo no autoritario, y por la reivindicación de la identidad propia que hoy se impone más que nunca¹²⁷. Tal Estado habría de incluir entre sus competencias los llamados problemas globales, tales como preservación de medio ambiente, lucha contra la criminalidad y prevención y mediación en los conflictos civiles, pero, a diferencia de las estructuras

¹²⁴ Cfr. ZOLO, Danilo, *op. cit.*, págs. 216 y 218. También en sentido crítico, para Mercado Pacheco, entre otros, el proyecto de orden cosmopolita basado en el derecho y en la universalidad de los derechos humanos, «es sin duda una propuesta normativa loable, bienintencionada, pero también corre el riesgo de convertirse en un discurso hueco, en universalismo abstracto incapaz de incidir en las condiciones materiales que conforman la realidad que la normatividad de los derechos humanos pregona. Un riesgo que corre, en tanto que, paradójicamente, pretende aplicar de forma «inmediata» a la globalización y sus problemas los mismos instrumentos —Estado de derecho, reconocimiento y garantía judicial— que curiosamente en el ámbito de los derechos económicos y sociales, de la constitución del Estado social, han mostrado en el contexto de la globalización un fracaso estrepitoso», MERCADO PACHECO, Pedro, *op. cit.*, pág. 143.

¹²⁵ «En el mundo real, la inmensa mayoría de quienes toman decisiones políticas aplican soluciones directas en las propias esferas de su campo de entendimiento y de actuación, sin tener en cuenta las múltiples interacciones y retroacciones que pueden existir entre un problema y su solución», FRANÇOIS, Ariel, *op. cit.*, pág. 26.

¹²⁶ *Ibíd.*, pág. 28.

¹²⁷ Cfr. *ibíd.*, págs. 27-28.

confederadas, no incluiría la defensa ni las relaciones internacionales, y sí aquellas funciones claves del Estado-Nación en su dimensión económica y social que hicieron de aquél el promotor del desarrollo y el mediador de los conflictos sociales¹²⁸.

Pero para Ariel, este proceso, y de ahí nuestra afirmación de la paradoja, resulta perfectamente compatible con la reivindicación y el reconocimiento del derecho a la identidad sin límites de todos los pueblos que lo deseen, a través de la concesión de estatutos de estados autónomos a quienes lo desearan, sin consideración al tamaño de los mismos, y eliminando así la dicotomía pueblo-nación. Las soluciones globales, como hemos apuntado, quedarían en manos de una autoridad confederada¹²⁹.

Pero es evidente, como el mismo François reconoce, que este diseño presenta problemas de necesaria solución, derivados de la adecuada satisfacción a escala planetaria de las aspiraciones colectivas. E incluso se detecta que, pese a la proclama de autonomía e identidad para todos lanzada por el autor, la misma no se vería traducida en algunos casos a una representatividad real, si no se satisficieran unas «cualidades mínimas». En primer lugar, se requeriría un consenso sobre los principios a partir de los cuales se formularían las leyes y se designarían los responsables políticos. En un mundo de grandes y pequeños pueblos no sería aceptable seguir un principio de proporcionalidad que consagrara la supremacía de los grandes pueblos. «La solución debería ser encontrada en un punto intermedio, mayorías calificadas y minorías con derecho al veto que permitan, en su conjunto, la expresión de las aspiraciones de las mayorías sin oprimir a la minoría»¹³⁰. En segundo lugar, y aquí es donde parece darse la restricción a la que aludíamos, estima el autor que para asegurar la viabilidad y gobernabilidad del proyecto de confederación, habría que limitar la voz deliberativa a aquellos estados con *real representatividad* (la expresión es suya y la intensidad nuestra), lo que indica que había minorías de pueblos que no estarían representadas¹³¹.

3.3. Teubner y la alternativa posmoderna a la teoría constitucional centrada en el Estado

Günther Teubner analiza cómo reacciona la teoría constitucional frente a los desafíos que derivan de las tres grandes tendencias actuales —digitalización, privatización y génesis de redes globales— para el problema de la inclusión/exclusión. Para Teubner, la «cuestión constitucional hoy» debe formularse así, a diferencia de

¹²⁸ Cfr. *ibíd.*, pág. 28.

¹²⁹ Cfr. *ibíd.*, pág. 29.

¹³⁰ *Ibíd.*, pág. 30.

¹³¹ El mismo autor lo dice, al proponer inscribir en los textos constitucionales las garantías necesarias «con el propósito de proteger los derechos de las minorías no representadas». Cfr. *ibíd.*, pág. 30.

la cuestión de la constitución estatal en los siglos XVIII y XIX. Entonces se trataba de disciplinar el poder político absoluto a través de su vinculación jurídica, en cambio hoy se trata de disciplinar dinámicas sociales completamente distintas. El reto consistiría en «hacer fructíferas las tradiciones de la constitución nacional-estatal, modificándolas simultáneamente de tal modo que hagan justicia a las nuevas situaciones problemáticas»¹³².

Teubner formula la objeción de que los intentos actuales que postulan una constitución más allá del Estado-Nación no llegan suficientemente lejos en la generalización del concepto tradicional de constitución para la situación actual y no lo reespecifican con el cuidado necesario. En su lugar trasladan de modo acrítico las circunstancias nacional-estatales a la sociedad mundial. Por otro lado, se abre paso la tesis de una constitucionalización sin Estado, que es contemplada por los teóricos de la constitución como un auténtico tabú. Para Teubner, esta fórmula, lejos de implicar una reivindicación abstracta y normativa es por el contrario la afirmación de una tendencia real que es hoy susceptible de ser observada a escala global. Tal tesis se basaría en la emergencia de un cúmulo de constituciones civiles. Es decir, que el nuevo constitucionalismo debería asumir, por incremento, la constitucionalización de una multiplicidad de subsistemas autónomos de la sociedad mundial¹³³. Tales subsistemas comprenderían a agentes no estatales, tradicionalmente no reconocidos como sujetos de derecho internacional público en sentido constitucional: organizaciones internacionales, empresas multinacionales, sindicatos internacionales de trabajadores y, por otro lado, individuos en cuanto titulares de derechos fundamentales y humanos. Precisamente la toma en cuenta de estos nuevos agentes de un constitucionalismo mundial se basa en que los procesos de digitalización y de la puesta en red global son impulsados de manera determinante por estos agentes no estatales¹³⁴. Las distintas tendencias de desarrollo de este llamado *societal constitutionalism* irían, desde la legitimación pública de las *collegial formations* (asociaciones profesionales, institutos públicos y privados de investigación, organizaciones sin ánimo de lucro...), hasta el reconocimiento de los distintos fenómenos que se agrupan bajo el manto conceptual del pluralismo jurídico¹³⁵.

¹³² TEUBNER, Günther. «Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado», en CANSIO MELIÁ, Manuel (comp.). *Globalización y derecho*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2006, pág. 200.

¹³³ Ver *ibíd.*, págs. 201 a 204, entre otras.

¹³⁴ Cfr. *ibíd.*, pág. 202.

¹³⁵ Ver *ibíd.*, págs. 205 a 214.

4. A MODO DE RECAPITULACIÓN

Las líneas maestras de nuestra exposición arrojan el resultado de un panorama ciertamente complejo. Tal complejidad lo es por la propia dinámica de la sociedad mundial, que, sin renunciar por el momento a la estructura del Estado-Nación, ante la evidencia de que no existe, por ahora, un modelo de sustitución con suficientes garantías, asume cada vez más prolíficamente los nuevos procesos globalizadores que reestructuran y redefinen las tradicionales competencias de los estados clásicos. Pese a estos procesos no han dejado de escucharse voces que, desde posturas antiglobalizadoras, pronostican incluso un incremento de los estados nacionales en el transcurso de los próximos cien años¹³⁶. Junto a ellas se alza la realidad de aquellos análisis que constatan la vitalidad de las sociedades organizadas en estados nacionales, si atendemos a las cifras económicas resultantes de los intercambios comerciales dentro de las fronteras nacionales, el lugar de trabajo de las personas o los gastos sociales a los que siguen haciendo frente los Estados, sin desdeñar el factor de apego de las grandes corporaciones a sus ámbitos nacionales¹³⁷.

Debe también señalarse que una verdadera evolución de la sociedad internacional, en la línea de superación del Estado y el tránsito hacia una sociedad mundial, sólo podría ser efectiva si estuviera acompañada de una real y profunda transformación de los universos simbólicos y los afectos nacionales de los ciudadanos de los distintos Estados del mundo. Hoy por hoy, si queremos ser realistas, tal proceso es más un debate en las alturas de los análisis sociológicos y políticos que un sentimiento extendido, más un proceso impulsado por los intereses más depredadores de la globalización que una realidad de debate social en la ciudadanía general, y también es más un debate de minorías anglooccidentales que mundial. En este sentido, no puede olvidarse que la inmensa mayoría de los ciudadanos del mundo, incluidos los europeos y anglosajones, sigue rigiendo sus apegos y se sigue reconociendo bajo la categoría de nacional de tal o cual país. No pueden olvidarse tampoco aquellas naciones de reciente independencia, al hilo de los procesos de descolonización de los años sesenta del pasado siglo, en los que la lucha por la emancipación de las metrópolis estuvo cohesionada precisamente por un sentimiento nacional, y que no parecerían por el momento muy dispuestas a superar sus lealtades profundas. Las propuestas que abogan por una mundialización de las relaciones jurídicas y políticas, unidas a las que postulan una extensión del constitucionalismo, no están exentas de

¹³⁶ En este sentido, cfr. TIRADO ALMENDRA, Jorge M. «Falacias sobre la crisis del Estado nacional» [en línea]. [consulta mayo 08 de 2009]. Disponible en Web: <<http://rcci.net/globalizacion/2004/fg466.htm>>, pág. 1.

¹³⁷ Cfr. así, MEZA BAZÁN, Mario Miguel, op. cit., págs. 10-11.

un peligro que puede ser mucho peor que los déficits y críticas que puedan hacerse al modelo westfaliano: la extensión desproporcionada de los sujetos de derecho internacional y de los centros con legitimidad para la producción normativa, unido a un reconocimiento tan extenso como se postula de las identidades, no haría sino colapsar y atrofiar el mundo de las relaciones jurídico-políticas, desbordado ante tal multitud de agentes que pugnarían unos entre otros por un estatus de igualdad. La amenaza que esto significaría para uno de los más elementales principios generales del derecho de todos los tiempos, como es el de la seguridad jurídica, verdadera conquista atemporal del derecho, merece al menos un debate más sereno y apegado a la realidad del que a veces se contempla.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMOGUERA CARRERES, Joaquín. «La legitimación en la era de la postmodernidad», en *Doxa*, (1994)15-16.
- ANDERSON, Perry. *Los orígenes de la posmodernidad*, trad. de L. A. Bradlow, Barcelona, Anagrama, 2000.
- ARNAUD, André-Jean. «Los juristas frente a la sociedad (1975-1993)», trad. de I. Lifante y V. Roca, en *Doxa*, (1994) 15-16, págs. 993 a 1012.
- BAIGORRI, Artemio. *De la ciudad intermedia a la mesópolis* [en línea], 2001 [consulta octubre 03 de 2008]. Disponible en Web: <<http://www.unex.es/sociolog/BAI-GORRI/papers/mesopolis.pdf>>.
- BAIGORRI, Artemio. «Hacia la urbe global. ¿El fin de las jerarquías territoriales?» [en línea]. XIV Congreso Mundial de Sociología de la ISA, RCO7 Future Research Session, Montreal, julio de 1998, pág. 3 [consulta octubre 07 de 2008]. Disponible en Web: <<http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/urbanistas y Urbanismo.pdf>>.
- BALLESTEROS, Jesús. *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1990.
- BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*, edición y estudio preliminar por José Luis Bermejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- CARPINTERO, Francisco. «Métodos científicos y método del derecho: una historia superada», en *Persona y Derecho*, n.º 62, 2010, págs. 29 a 58.
- CARPINTERO, Francisco. «Voluntad, ausencias y normas: el sustrato histórico del positivismo en el derecho», en *Dikayossine*, (2005) 15, págs. 29 a 57.
- CASANOVAS, Pompeu. «Pluralismo político-jurídico: ciudadanía y evolución tecnológica», en *Erytheis*, (2005) 1.
- DELGADO-OCANDO, José Manuel. «Hacia una comprensión posmoderna del derecho», en *Dikayossine*, (1998) 1, págs. 1-36.
- DOXIADIS, Constantinos A. *Ecumenopolis: The inevitable City of the Future*, New York, W. W. Norton & Company, 1974.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. de E. V. Fiol, Barcelona, Bosch, 1961.
- FARÍA, José Eduardo. «Pluralismo jurídico y regulación. (Ocho tendencias en el derecho contemporáneo)», en JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de (coord.). *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*,

- Madrid, Junta de Andalucía-Dykinson, 2007.
- FOSTER, Hal (ed.). *La posmodernidad*, 4.ª ed., Barcelona, Kairos, 1998.
- FRANÇAIS, Ariel. *El crepúsculo del Estado-Nación. Una interpretación histórica en el contexto de la globalización*, Programa MOST, París, Unesco, 2000.
- GARCÍA INDA, Andrés. «Cinco apuntes sobre derecho y posmodernidad», en *Doxa*, n.º 24, 1999, págs. 235-248.
- GÓMEZ BAHILLO, C. «Globalización y crisis del estado de bienestar» [en línea]. *5campus.com*, 2001 [consultado abril 5 de 2009]. Disponible en Web: <<http://www.5campus.com/leccion/globalcrisis>>.
- GRÜN, Ernesto. «El derecho posmoderno. Un sistema lejos del equilibrio», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (1997) 1, págs. 16-25.
- HOBBS, Thomas. *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, traducción y prefacio de Manuel Sánchez, México, Fondo de Cultura Económica, 1940.
- JAMESON, Frederic. *Teoría de la postmodernidad*, Madrid, Trotta, 2001.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. «Globalización, pluralismo jurídico y ciencia del derecho», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, serie v, (2005), año LXXXII, n.º 1, págs. 47-84.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de (coord.). *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, Madrid, Junta de Andalucía-Dykinson, 2007.
- LYOTARD, Jean-François. *Moralidades postmodernas*, Madrid, Tecnos, 1988.
- MERCADO PACHECO, Pedro. «Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (2005) 9, págs. 127-150.
- MEZA BAZÁN, Mario Miguel. *Estado-Nación, identidades y globalización* [en línea]. [Lima, Perú]: Universidad Nacional Mayor San Marcos, II Encuentro Metropolitano de Jóvenes Investigadores Sociales, Jovis 2, 2002 [consulta mayo 04 de 2009]. Disponible en Web: <http://www.enfasisperu.com/Textos/mm_archivos_pdf/mm_globaliestado.pdf>.
- OST, Françoise. «Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez», en *Doxa*, n.º 14, 1993, págs. 169-194.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. «Critical Legal Studies y el comunitarismo», en *Doxa*, n.º 17-18, 1995, págs. 137-164.
- PINO DE CASANOVA, Malín. «El derecho y la posmodernidad (o de lo jurídico, el mal y el sentimiento trágico de la vida)», en *Dikayosine*, n.º 5, 2000, págs. 101-140.
- PUY MUÑOZ, Francisco. *Tópica jurídica*, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, 1984.
- QUEVEDO, Amalia. *De Foucault a Derrida*, Eunsa, Pamplona, 2001.
- REYES ROMO, Felipe. «Ciudadanía y Estado-Nación» [en línea]. *Crisol Plural*, 2009 [consulta junio 01 de 2009]. Disponible en Web: <<http://crisolplural.com/2009/05/30/ciudadania-y-estado-nacion/>>.
- ROBINSON, William I. «La globalización capitalista y la transnacionalización del Estado» [en línea]. *aporrea.org*, 2004 [consulta mayo 08 de 2009]. Disponible en Web: <<http://www.aporrea.org/actualidad/a7879.html>>.
- RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús. «La regulación de Internet y la teoría jurídica», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXIV, 2007, págs. 441-464.

- ROJO, Patricia, BENEDETTO, Sabrina. «¿Crisis del Estado-Nación o cambios estructurales?» [en línea]. *Revista Inter-Forum*, 2002 [consulta mayo 04 de 2009]. Disponible en Web: <<http://www.revistainterforum.com/espanol/articulos/051202artsoc.html>>.
- RUSSO, Ángel. *Teoría general del Derecho. En la modernidad y la posmodernidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. *La transición postmoderna: derecho y política*, en *Doxa*, n.º 6, 1989, págs. 223-263.
- SUÁREZ LLANOS, María Leonor. «La cultura jurídica y el pluralismo jurídico. Problemas de definición», en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, n.º 24, 2004, págs. 15-57.
- TENORIO RIVERA, Juan Leonardo. *El Estado-Nación: entre la voluntad y la pasión* [en línea]. [consulta mayo 27 de 2009]. Disponible en Web: <<http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/010723105238-El.html>>.
- TEUBNER, Günther. «Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado», en CANSIO MELIÁ, Manuel (comp.). *Globalización y derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, (2005) 9, págs. 199-225.
- TIRADO ALMENDRA, Jorge M. «Falacias sobre la crisis del Estado nacional» [en línea]. [consulta mayo 08 de 2009]. Disponible en Web: <<http://rcci.net/globalizacion/2004/fg466.htm>>.
- YANNUZZI, María de los Ángeles. «La crisis del Estado-Nación. Algunas reflexiones teóricas», en *Revista Kairos*, n.º 1, 1997, <http://www.revistakairos.org/k01-04.htm>.
- YTURBE, Corina. «Sobre el concepto de nación», en *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 22, 2003, págs. 53-67.
- ZOLO, Danilo. «Una crítica realista del globalismo jurídico desde Kant a Kelsen y Habermas», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 36, 2002, págs. 197-220.

CAPÍTULO IV
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO ESTRATEGIA
EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS¹

María Carmelina Londoño Lázaro*

1. INTRODUCCIÓN

El objeto que se propone en este escrito se inserta en el marco muy vigente de la convergencia y mutua influencia del derecho internacional y el derecho interno de los Estados. Un centro claro de interacción de los dos sistemas se evidencia en la tarea judicial nacional, al punto que se puede sostener que los jueces locales —aun sin ser plenamente conscientes siempre— son protagonistas cotidianos de la recíproca incidencia de uno y otro orden jurídico, todavía de manera más innegable en materia de derechos humanos.

Puestos en este plano concreto, la tesis que se sostiene en este trabajo apunta a resaltar el ejercicio del control de convencionalidad de las leyes a cargo de los jueces nacionales como obligación internacional y también como estrategia que, por un lado, refuerza el propósito central de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos en el sentido de reivindicar el valor de la persona humana promoviendo y defendiendo sus derechos más consustanciales y, por otro lado, tiende a rectificar la conducta del Estado librándolo de posteriores eventuales condenas por responsabilidad internacional.

Con miras a desarrollar esta idea central, se propone en una primera parte la revisión de las bases fundamentales de la responsabilidad internacional del Estado

* Profesora y Directora del Área de Derecho Internacional, así como del grupo de investigación en Derecho Internacional y Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de La Sabana, Colombia.

¹ Este estudio se ha desarrollado en el seno del grupo de investigación en Derecho Internacional y Derechos Humanos de La Universidad de La Sabana (Colombia), a propósito del proyecto de investigación «Estándares internacionales para administrar justicia».

por violación de derechos humanos, en particular, atendiendo al régimen que se ha desarrollado en el sistema interamericano. Este contexto permitirá arribar en la segunda parte a la noción de control de convencionalidad tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, escenario en el cual se proponen algunas reflexiones en torno a su alcance, posibles ventajas, riesgos y condiciones de operatividad. La propuesta finalmente busca que se reconozca la importancia de esta nueva figura de «control de convencionalidad» en el proceso de revisión y reorientación del derecho nacional conforme estándares internacionales idóneos para la defensa de los derechos humanos, advirtiendo algunos de los retos que entraña su puesta en marcha y ejercicio legítimo.

2. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS: DIRECTRICES FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

El régimen de responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos está definido desde el mismo derecho internacional público, marco a partir del cual se precisan los matices propios en el sistema interamericano, especialmente desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este apartado se examinarán los lineamientos básicos de lo que podría denominarse el régimen interamericano de responsabilidad del Estado por violación de los derechos humanos².

En la teoría del derecho internacional público, aparece como principio fundamental que todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional³. Lo anterior significa que toda acción u omisión imputable a un Estado

² La misma Corte Interamericana ha reconocido la particularidad del régimen de responsabilidad internacional del Estado en el sistema interamericano de derechos humanos al afirmar: «Si bien la misma Convención Americana hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación, las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma. De tal manera, dicho instrumento constituye en efecto *lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos *vis-à-vis* el Derecho Internacional general». CORTE IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N.º 134, párr. 107. Todos los casos citados en adelante se refieren a expedientes de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CORTE IDH.

³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53.º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, artículo 1.

que constituya una violación de una obligación internacional genera responsabilidad frente a quien resulte afectado por tal incumplimiento y frente a la misma comunidad internacional. Una vez declarada, la responsabilidad internacional del Estado genera las consecuencias jurídicas denominadas también obligaciones secundarias a cargo del Estado, las cuales se concretan genéricamente en el deber de continuar con el cumplimiento de la obligación internacional primaria, poner fin al hecho ilícito, ofrecer garantías de no repetición y reparar integralmente el perjuicio causado⁴.

No cabe duda como sostienen algunos autores que el régimen de responsabilidad es la «piedra de toque» de todo ordenamiento jurídico en la que reposa, en gran medida, la eficacia del sistema⁵. En consecuencia, si bien es verdad que una codificación sistemática de este régimen sería deseable para garantizar la eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cierto es que en el escenario americano, el modo como está concebida la Convención regional y la interpretación progresiva desarrollada por la Corte Interamericana puede decirse que sientan las bases y directrices fundamentales de tal régimen, pero no parece claro que lo codifiquen exhaustivamente.

Así las cosas, resulta propicio esbozar los elementos de la responsabilidad internacional del Estado en los casos de violación de los derechos humanos, según han sido entendidos por el alto tribunal regional, de tal forma que se puntualice sobre los principios de atribución de la conducta ilícita al Estado y el alcance de las obligaciones convencionales a su cargo, siguiendo la lógica de la responsabilidad internacional por hechos ilícitos como fuera expuesta: «Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en acción u omisión es atribuible al Estado según el derecho internacional y constituye una violación de una obligación internacional del Estado»⁶.

2.1. La conducta atribuible al Estado

En el derecho internacional se entiende que la conducta (de acción u omisión) de cualquiera de los órganos de un Estado (legislativo, ejecutivo, judicial o cualquier otro definido en el orden nacional), independientemente de su jerarquía interna, es

⁴ *Ibíd.*, artículos 29-31.

⁵ DEL TORO HUERTA, Mauricio. «La responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.). *Derecho internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, citando a BROTONS, Antonio Remiro et ál. *Derecho Internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pág. 409.

⁶ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, cit., artículo 2.

atribuible al mismo⁷; por consiguiente, cualquier órgano del Estado compromete su responsabilidad internacional si con su actuar se quebranta una obligación de este nivel.

En el sistema interamericano se sigue la misma regla general expuesta, según lo ha reconocido la Corte desde sus primeras decisiones:

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención⁸.

Este principio general de atribución⁹ se complementa con otras reglas que tienden a ampliar el margen de imputabilidad de las conductas ilícitas al Estado. En este sentido, el alto tribunal ha reconocido que un hecho ilícito internacional cometido por un agente público actuando fuera de los límites de su competencia e incluso en contravención del derecho interno también compromete la responsabilidad del Estado «puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno»¹⁰. En definitiva, el principio general de atribución de hechos violatorios de derechos humanos al Estado, en virtud del cual se hace internacionalmente responsable, se reconoce en el siguiente pronunciamiento de la Corte:

[...] el origen de la responsabilidad internacional del Estado se encuentra en «actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana», y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos

⁷ *Ibíd.*, artículo 4.

⁸ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N.º 4, párr. 164. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C N.º 5, párr. 173.

⁹ Este principio ha sido también referido por la Corte con las siguientes palabras: «es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial», ver caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, *cit.*, párr. 170. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, *cit.*, párr. 181.

¹⁰ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, *cit.*, párr. 170. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, *cit.*, párr. 179.

violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones¹¹.

Más aún, la Corte ha sido clara en establecer que los hechos de particulares también podrían llegar a acarrearle responsabilidad al Estado cuando éste haya omitido su deber de debida diligencia en la prevención del ilícito, en su correcta investigación, sanción de los responsables o cuando no haya garantizado la adecuada reparación a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos¹². En este orden de ideas, la Corte ha puntualizado que:

[...] el Estado tiene el deber jurídico de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hubieren cometido a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. Si una violación queda impune en un Estado de modo tal que a la víctima no se le restablezca, en cuanto sea posible, la plenitud de sus derechos, se desprende que se ha violado el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción¹³.

En el mismo sentido, el tribunal ha precisado que son imputables al Estado aquellas conductas de particulares cuando haya mediado su aquiescencia¹⁴ o tole-

¹¹ Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, cit., párr. 110.

¹² Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, cit., párr. 172. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, cit., párr. 182. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C N.º 22, párr.56. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C N.º 109, párr. 140. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C N.º 120, párrs. 65 y 83. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N.º 136, párr. 140 y ss. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C N.º 149, párr. 177 y ss. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C N.º 163, párr. 155 y ss. Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C N.º 171, párr. 119. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N.º 192, párrs. 165, 168. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C N.º 194, párr. 334. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C N.º 195, párr. 362.

¹³ Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C N.º 39, párr. 73.

¹⁴ Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C N.º 36, párr. 78. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, cit., párrs. 120 y 235. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C N.º 148, párrs. 153, 163, 180, 260, 272, 303, 315, 323, 325. Corte IDH. Caso Goiburú y otros

rancia¹⁵, o en situaciones en las que ha sido el mismo Estado quien las ha propiciado con la creación de un riesgo¹⁶ que resultó determinante para la afectación de los derechos fundamentales de las víctimas.

Estos eventos, en los que el Estado responde internacionalmente por los actos de particulares y no exclusivamente por los de sus agentes, se explican a la luz del deber del Estado de asegurar también la eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares, bien previniendo dichas violaciones —o si llegaran a ocurrir aún habiendo mediado su diligencia—, con la prestación de una correcta administración de justicia que garantice la investigación, sanción y reparación de los daños causados con el ilícito, conforme con los estándares convencionales consagrados e interpretados por la Corte a partir de las obligaciones de los artículos 1.1 y 2.

En consecuencia, la responsabilidad internacional del Estado también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al mismo, cuando se pruebe que el Estado ha incumplido con las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, como se profundizará adelante. En este sentido, la Corte ha manifestado que:

Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones interindividuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por

Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C N.º 153, párr. 66. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, cit., párrs. 78, 178.

¹⁵ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, cit., párr. 173. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, cit. nota 7, párr. 183. Caso de la «Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C N.º 37. Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N.º 63, párr. 75. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C N.º 70, párr. 194. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, cit., párr. 141. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, cit., párrs. 110, 120, 235, 240. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, cit., párrs. 153, 163, 180, 260, 272, 303, 315, 323, 325. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, cit., párr. 66. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, cit., párr. 68.

¹⁶ Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, cit., párrs. 115-124. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, cit., párrs. 134, 135. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N.º 140, párrs. 125-127, 139 y 140. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, cit., párr.78.

acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención¹⁷.

Como se ha señalado, los pronunciamientos de la Corte Interamericana han sido consistentes en corroborar el principio general de atribución de los actos al Estado en virtud de la conducta de sus órganos o agentes, y así también, se desprende de la jurisprudencia constante del tribunal que un Estado responde por las violaciones a los derechos humanos que se hayan generado dentro de su territorio incluso cuando éstas sean cometidas por particulares en caso de que se pruebe apoyo, tolerancia o aquiescencia de agentes del Estado en tales ilícitos o cuando pueda demostrarse que el poder público falló en su deber de prevenir razonablemente la violación, investigar adecuadamente los hechos, sancionar a los responsables o procurar la reparación integral de las víctimas, de conformidad con el alcance que se le ha dado a las obligaciones generales de la Convención Americana, como se expondrá en el siguiente apartado.

2.2. Las obligaciones del Estado en virtud de la Convención Americana

De manera genérica puede decirse que los Estados parte en la Convención Americana han contraído dos tipos de obligaciones internacionales, esto es, por un lado, las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 y, por otro lado, las obligaciones específicas de respeto y garantía de cada uno de los derechos humanos reconocidos en este Pacto. A decir verdad, el alcance de las llamadas obligaciones generales es determinante para comprender el mismo contenido y alcance de las obligaciones particulares que se desprenden de cada uno de los derechos definidos en la Convención, a pesar de que se trata de obligaciones autónomas y con contenido propio.

Es así como la Corte ha sostenido reiteradamente que la lesión de cualquiera de los derechos convencionales implica necesariamente la violación del artículo 1.1 en cuanto exige como primera obligación a cargo de los Estados el deber de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos. De hecho, el razonamiento tradicional de la Corte a la hora de examinar la responsabilidad internacional de un Estado consiste en examinar el contenido de los derechos previstos en el Pacto a la luz de las obligaciones generales, para determinar aquellos compromisos específicos en cabeza del Estado a partir de los cuales se valora la adecuación de su conducta en el caso concreto. En otras palabras, el marco jurídico definido por las obligaciones generales determina en última instancia la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de cualquiera de los derechos contenidos en la Convención.

¹⁷ Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, cit., párr. 111. En el mismo sentido ver: caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, cit., párr. 151.

En términos generales las obligaciones de los artículos 1.1 y 2 —que si bien se relacionan con la violación de otros derechos, en todo caso, como se ha dicho, son autónomas e independientes— se concretan en el deber a cargo de los Estados de respetar los derechos y libertades, garantizar su pleno y libre ejercicio, así como adecuar su derecho interno para hacer efectiva esta protección. De acuerdo con la interpretación del alto tribunal regional, el compromiso de «respetar los derechos y libertades» supone que el poder público no puede menoscabar, entorpecer o, si se quiere, interrumpir directamente el goce de tales bienes fundamentales, inherentes a la dignidad del ser humano. Así pues, conforme al deber de respeto del artículo 1.1 «es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo»¹⁸.

Por su parte, la obligación de garantía que se establece en el artículo 1.1 exige a los Estados la debida diligencia para evitar lesiones a los derechos o su eventual restablecimiento, de tal manera que implica disponer de todas las medidas razonables al alcance del Estado para asegurar el disfrute de los mismos y su adecuada reparación de ser el caso.

Para la Corte, el deber de garantía es el fundamento que da origen a las obligaciones más específicas de prevenir, investigar, sancionar y reparar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos protegidos en la Convención, de modo que se viola esta obligación respecto de cualquiera de los derechos contenidos en el Pacto cuando quiera que no se previno razonablemente su violación o, una vez configurada, no se trató conforme los estándares convencionales; en consecuencia, la obligación de garantizar «no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos»¹⁹. Estas consideraciones han sido expuestas por el alto tribunal enfatizando que:

Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos

¹⁸ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, cit. nota 7, párr. 169. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, cit. nota 7, párr. 178. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, cit. nota 11, párr. 56.

¹⁹ Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, cit., párr. 142.

reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos²⁰.

En tercer lugar, la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2 refuerza los compromisos descritos y, a su vez, adiciona exigencias a los Estados. De acuerdo con el tenor de esta disposición «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades». El contenido de esta provisión convencional refleja el conocido principio de derecho internacional que apela por la efectividad de los acuerdos internacionales en virtud del principio de buena fe en las relaciones entre Estados²¹. La exigencia de la efectividad del orden jurídico interno a favor de la protección de los derechos humanos en cuanto obligación internacional de todos los Estados parte de la Convención, implica en palabras de la Corte que: «el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en su orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella»²².

Según ha sido interpretado por la Corte, de este principio de efectividad que subyace en la citada norma se desprenden dos tareas fundamentales a cargo del Estado. Por una parte, la adopción de leyes y medidas de todo tipo que tiendan a garantizar una verdadera protección de los derechos contenidos en la Convención. Por otra parte, se impone también a los Estados eliminar las normas internas o cualquier tipo de práctica contraria al objeto y fin del Pacto. En la jurisprudencia más reciente, confirmando la tendencia constante del tribunal y tal como se insistirá en la segunda parte, éste ha sostenido que la obligación de adecuación del orden interno

²⁰ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, cit., párr. 166. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo, cit., párr. 175. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia, cit., párr. 56.

²¹ La Corte Interamericana por primera vez en su sentencia de reparaciones del caso Garrido y Baigorria define el carácter de esta norma y sienta el principio que se seguirá a lo largo de toda su jurisprudencia: «En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente». Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, cit., párr. 68.

²² *Ibíd.*, párr. 69.

contenida en el artículo 2 de la Convención implica «la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías»²³.

Así las cosas, queda claro que los dos elementos esenciales de la responsabilidad internacional del Estado, esto es, la necesidad de que exista una conducta atribuible a un Estado que constituya una violación a una obligación internacional, se conservan como tales en el sistema interamericano para la protección de los derechos humanos, pero, sin duda, se enriquecen y se perfilan con matices propios a partir de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana. En este escenario sobresale el «control de convencionalidad» como un aporte reciente de la Corte que conjuga, por un lado, un nuevo compromiso a cargo de los jueces nacionales que se desprende de las obligaciones generales de la Convención y, por otro, la exaltación de la actividad judicial local como instancia controladora y rectificadora de la conducta del Estado.

En este punto, vale la pena resaltar uno de los propósitos centrales del escrito, cual es demostrar cómo el ejercicio judicial en el plano interno es un verdadero centro de interacción entre los dos sistemas jurídicos y de qué modo existe un movimiento recíproco entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno que se concreta en el control de convencionalidad que los jueces nacionales están llamados a realizar.

3. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES A CARGO DE LOS JUECES NACIONALES

Esta noción de control de convencionalidad no es original del sistema interamericano de derechos humanos, pero si es propio de la Corte Interamericana el desarrollo reciente que le ha dado a este concepto. Describiendo el alcance jurisprudencial del llamado «control de convencionalidad» será posible señalar una perspectiva «optimista» del mismo, sin dejar de alertar sobre sus posibles prevenciones y riesgos. Al final, el énfasis que se quiere hacer es en el control de convencionalidad de las leyes como una nueva figura que además de reflejar la creciente dinámica entre el derecho internacional y el interno, se presenta como alternativa para elevar el grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales a cargo del Estado

²³ Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N.º 186, párr. 180.

relativas a la promoción y protección de los derechos humanos; en consecuencia, un efecto posible del correcto ejercicio del control de convencionalidad será evitar litigios y condenas al Estado por violación de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3.1. Aproximación a la noción de control de convencionalidad

En la práctica internacional de los Estados está cada vez más arraigada la idea de que se constituya un órgano supervisor de los compromisos internacionales adquiridos en virtud de la ratificación y entrada en vigencia de un tratado internacional. Se trata de un modelo de «control internacional» que busca proteger la eficacia del objeto y fin del instrumento, bien en el escenario de eventuales desacuerdos o litigios particulares o, si así se dispone, ante la necesidad de dar alcance e interpretar su texto en abstracto. Cualquiera que sea su función particular, el espíritu que subyace en la existencia de este tipo de organismos siempre atiende a la idea de un control imparcial, extraestatal que sea capaz de producir los efectos para los que fue constituido. Este prototipo de control que no es novedoso en el sistema interamericano ha sido el adoptado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de modo que todo Estado parte de este Pacto y que además haya ratificado voluntariamente la cláusula que adjudica competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentra sujeto a su jurisdicción²⁴, como máximo tribunal de justicia de esta materia en la región. En consecuencia, por el mandato convencional recibido²⁵, este alto tribunal goza de facultades para resguardar su defensa.

Ciertamente, la noción de control de convencionalidad per se no es exclusiva del sistema interamericano, ni de las facultades en cabeza de su Corte. Desde esta perspectiva genérica, nótese que el control de convencionalidad es un tipo de control de legalidad que se efectúa en el plano supranacional con el objetivo de valorar el grado de cumplimiento de las obligaciones convencionales a partir de la consonancia entre la conducta del Estado y la prescripción jurídica internacional. Se advierte en este estudio que su asimilación con el principio de legalidad justamente es posible en la medida que se entiende este último como un referente de juridicidad, que pueda apelar a una fuente de orden nacional o internacional no es lo que interesa, sino que se refiere al sustrato mismo del derecho: lo justo.

En este orden de ideas, un examen de convencionalidad verifica la adecuación de una conducta del Estado con una prescripción internacional establecida. En

²⁴ Cfr. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), artículo 62.

²⁵ Cfr. *ibíd.*, artículos 62 a 64.

el contexto del sistema interamericano, los extremos de esta evaluación son, por un lado, el comportamiento de las autoridades públicas de un Estado parte de la Convención Americana y, por otro, el alcance de la obligación contenida en este instrumento, según su texto e interpretación auténtica²⁶.

La cuestión es que, de acuerdo con la jurisprudencia reciente de la Corte, ese control de convencionalidad no se ejerce de manera exclusiva por este tribunal internacional, ni debería ser en realidad la primera instancia en la que se apele a este criterio. A partir de los desarrollos introducidos por la Corte en el año 2006, el control de convencionalidad tiene dos vertientes claras; una primera que hace alusión a la facultad inherente a la Corte Interamericana que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención²⁷, de modo que la instancia internacional es una instancia propia y autónoma de control de juridicidad, que no opera como una cuarta instancia de la justicia nacional, ni la sustituye²⁸. La

²⁶ En relación con el papel de la Corte Interamericana como intérprete auténtica de la Convención, ver, entre otros, caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N.º 154, párr. 124. Caso *La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N.º 162, párr. 173.

²⁷ En este sentido ver: caso *López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C N.º 141, voto razonado del juez García Ramírez, párr. 30: «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». Caso *Vargas Areco Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N.º 155, voto razonado del juez García Ramírez, párr. 6: «La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el «control de convencionalidad» fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende —jamás lo ha hecho—, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno»; en este voto además el juez asimila el control de convencionalidad internacional al modo del control de constitucionalidad ejercido en el orden interno y sostiene, párr. 7: «Valga, para estos fines, el cotejo con la misión de un tribunal de constitucionalidad, que tampoco podría absorber el conocimiento de la contienda civil o penal, en sus casos, sino sólo examinar la conformidad del proceso y de las decisiones correspondientes con la Constitución nacional [...] Por ello, el juez internacional, al igual que el constitucional, no sustituye al juez de la causa en la apreciación de hechos y pruebas y la emisión de absoluciones o condenas.». Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N.º 158, voto razonado del juez García Ramírez, párr. 5: «[E]xiste un «control de convencionalidad» depositado en tribunales internacionales —o supranacionales—, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella».

²⁸ Caso *Vargas Areco Vs. Paraguay*, cit., párr. 108. Caso *Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo*. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C N.º 161, párr. 80. Caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, cit., párr. 203. Caso *Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones*

segunda vertiente, relativamente más novedosa, identifica el control de convencionalidad como una verdadera obligación jurídica a cargo de los jueces nacionales. A partir del caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, la Corte ha venido insistiendo en que es un deber a cargo de los operadores judiciales del nivel interno efectuar un control de convencionalidad en el momento de la aplicación de las leyes a los casos concretos, deber que se deduce de las obligaciones generales del Estado conforme con el Pacto de San José, so pena de comprometer la responsabilidad internacional del Estado parte.

El indudable interés de esta exhortación, sus posibles efectos y los numerosos desafíos que de allí surgen justifican una revisión más detenida de la jurisprudencia interamericana que adopta esta noción de control de convencionalidad como deber de los jueces nacionales, los alcances que se le han dado en casos concretos, las perspectivas y algunos retos evidentes. Esta segunda parte se articula sobre estos dos ejes centrales: el control de convencionalidad en la tarea judicial interna a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunas reflexiones sobre las implicaciones de un adecuado control de convencionalidad.

3.2. El control de convencionalidad como tarea judicial en el orden interno

3.2.1. *El deber de garantía de los derechos humanos en la labor judicial: el contexto del caso Almonacid Arellano*

La primera oportunidad en la que la Corte expone expresamente la noción de control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales, es en la sentencia del caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* de septiembre de 2006 cuando advierte:

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 mermados 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 Americana²⁹.

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C N.º 194, párr. 303. Caso *Perozo y otros Vs. Venezuela*, cit., párr. 317.

²⁹ Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, cit., párr. 124.

El pronunciamiento del tribunal es enfático y bien puede decirse que sus efectos son generalizables dentro de unos parámetros concretos, como se intentará probar. Sin embargo, no pueden desconocerse los hechos que dieron origen al fallo para comprender con más precisión el apremio que la Corte Interamericana imprime en este llamado. En el expediente internacional quedó probado que en el contexto del régimen militar chileno que asumió el poder en el año de 1973 y, desde ese mismo momento, en ejecución de una política de Estado, se produjo una serie de violaciones sistemáticas a los derechos humanos por parte de agentes oficiales en contra de personas pertenecientes a la sociedad civil identificadas con una ideología política concreta, opuesta a la del Gobierno. En el año de 1978 el mismo régimen decreta una ley de auto amnistía aplicable para todos los delitos cometidos en el periodo de conmoción interior, comprendido entre 1973 y 1978, legislación que resultaría aplicable al proceso judicial que investigaba el homicidio del señor Almonacid Arellano en el año de 1973.

El Estado chileno ratificó la Convención Americana en 1990 y durante todo el tiempo que corre desde el momento de la entrada en vigencia de la Convención hasta la emisión de la sentencia de fondo de la Corte Interamericana, la mencionada ley se mantuvo en vigor formalmente en el ordenamiento de Chile y fue aplicada directamente en la causa del señor Almonacid como fundamento jurídico para sobreeser el proceso y archivar definitivamente el expediente. Ante estos acontecimientos y en el marco de la limitación *rationae temporis*, el tribunal regional se plantea dos cuestiones centrales. La primera apunta a verificar si la vigencia de la ley de amnistía durante el periodo en el que simultáneamente se encontraba en vigor para Chile la Convención Americana era compatible con las obligaciones generales de este tratado internacional. Por otra parte, la Corte analiza si la aplicación de esa ley desconoce las garantías contenidas en los artículos 8 y 25 del Pacto en relación con el debido proceso legal y el recurso judicial efectivo, a la luz de las obligaciones generales del artículo 1.1 del mismo instrumento.

Los dos ejes sobre los que pivotan las reflexiones de la sentencia conducen a la Corte a hacer un análisis detenido sobre la noción de crímenes de lesa humanidad y su aplicabilidad en el caso, la imprescriptibilidad de estos delitos y la prohibición general de amnistías en estos supuestos, el alcance de las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana y su fuerza vinculante para todos los poderes del Estado, distinguiendo los efectos particulares que estos preceptos imponen a los distintos órganos, en particular, respecto del legislador y el poder judicial. Justamente en desarrollo de este último aspecto es que finalmente la Corte establece la responsabilidad especial de los jueces en el ejercicio de aplicación de normas que aunque vigentes en el orden nacional resulten incompatibles con el internacional.

Si bien se reconoce en la decisión que los jueces internos se encuentran sujetos al imperio del derecho nacional, así mismo se enfatiza en que los funcionarios judiciales deben abstenerse de aplicar normas contrarias a la Convención, so pena de comprometer la responsabilidad internacional del Estado por desconocer las obligaciones generales que surgen de la Convención Americana, esto es, el deber de garantía que se desprende del artículo 1.1. y la obligación del Estado de ajustar su derecho interno de conformidad con los parámetros convencionales, según lo prescriben principios elementales del derecho internacional y se recoge en el artículo 2 del Pacto. Para la Corte,

la obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana³⁰.

El alcance de las obligaciones generales derivadas de la Convención será para el tribunal, por tanto, un aspecto de la mayor envergadura sobre el que sustentará jurídicamente buena parte de las conclusiones a las que éste arribaría en la sentencia y en sus pronunciamientos posteriores. En consecuencia, vale la pena recoger algunas reflexiones particulares del fallo sobre el alcance de las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana en el caso concreto.

3.2.2. *El control de convencionalidad y las obligaciones generales de la Convención Americana*

En el análisis desplegado por la Corte en la sentencia del caso Almonacid Arellano Vs. Chile, la obligación de investigar, procesar y sancionar a los responsables de graves violaciones a derechos humanos es un deber a cargo del Estado que se colige de la obligación de garantía contenida en el artículo 1.1., en cuanto prescribe el compromiso del Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio de las libertades

³⁰ *Ibíd.*, párr. 123.

y derechos contenidos en la Convención, sin discriminación alguna. En palabras de la Corte:

«La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción³¹.

Las manifestaciones de la Corte dejan entrever una cadena secuencial de relaciones que surge a partir de la adecuada o inadecuada administración de justicia en el Estado. Visto desde el plano de la condena declarada, parecería que un centro que articula las causas y los efectos reprochables es el fenómeno de la impunidad. La falta de investigación, procesamiento y sanción de los responsables acarrea los lamentables escenarios de impunidad, de manera que se le entiende como resultado de las fallas en la administración de justicia contrarias a las garantías de los artículos 8 y 25; pero a su vez, la impunidad es causa de nuevos quebrantos a la Convención, acicate de otras violaciones y, de suyo, contraría el espíritu mismo del sistema tutelar de derechos humanos³². La impunidad refuerza la indefensión de las víctimas,

³¹ *Ibíd.*, párr. 110.

³² En el conocido caso *Barrios Altos Vs. Perú*, el alto tribunal ya sentaba su posición en relación con la incompatibilidad de las leyes de autoamnistía con la Convención, su relación directa con la vulneración de los artículos 8 y 25, las obligaciones generales y la impunidad. En aquella decisión se expresó: «La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide

extrema la ineficacia de los recursos y devasta las posibilidades reales de justicia para toda la sociedad; en definitiva, ella misma obstruye los horizontes de fortalecimiento de los sistemas judiciales por la falta de esperanza que deja consigo. En la decisión, el tribunal reitera la caracterización que diera al concepto de impunidad desarrollado en sentencias precedentes, como las conocidas «masacres colombianas» expresando que éste es un fenómeno definido por «la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana»³³.

Por otra parte, la sentencia recoge los pronunciamientos precedentes sobre el alcance del artículo 2 de la Convención, con el fin de sustentar que la sola existencia formal de la norma que prevé la amnistía es anticonvencional³⁴ y genera la responsabilidad internacional del Estado, sin necesidad siquiera de aplicación. Esta conclusión emerge de los mismos desarrollos de la jurisprudencia en cuanto prescribe que el deber de adecuación del orden interno se concreta en «la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías»³⁵. Por lo tanto, aunque el Estado alegó que la ley de amnistía no estaba siendo aplicada en los últimos años por los jueces nacionales,

a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente». Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N.º 75, párr. 43.

³³ Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, cit., párr. 111. La primera vez que la Corte expone el concepto de impunidad entendida como «la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares» es el caso de la «Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala, cit., párr. 173. Más tarde esta noción es reiterada y desarrollada con énfasis en los casos contra Colombia, en particular, caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C N.º 90, párr. 56; caso 19 Comerciantes, cit., párrs. 175 y 260; caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, cit., párr. 237 y caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, cit., párr. 299.

³⁴ Caso Barrios Altos Vs. Perú, cit., párrs. 41-44.

³⁵ Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, cit., párr. 118. En el mismo sentido, ver también: caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Excepción Preliminar. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C. N.º 139, párr. 83. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, cit., párr. 109. En el caso La Cantuta Vs. Perú, cit., la Corte aclara que «Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta», de modo que se reconoce implícitamente un cierto margen de discreción de los Estados en relación con las acciones necesarias para la adecuación del derecho interno a los imperativos convencionales, párr. 172.

la Corte encontró que por el solo evento de que se tratara de una norma vigente en el sistema jurídico nacional, el Estado transgredía las obligaciones convencionales.

Ahora bien, como se afirmó antes, el hecho de que la norma además haya sido aplicada en el caso concreto —para desestimar la solicitud de investigación, procesamiento y sanción de los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano—, quebrantó el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1, y todavía más, el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial en razón de que el efecto directo de su aplicación fue impedir que los familiares —víctimas directas en el caso— «ejercieran el derecho a ser oídos por un tribunal competente, independiente e imparcial, a través de un recurso efectivo y adecuado que repare las violaciones cometidas en perjuicio de su ser querido y les permitiera conocer la verdad»³⁶. A la luz de estos hechos, puede decirse que un apropiado control de convencionalidad ejercido por el poder judicial en el sentido indicado por la Corte, hubiera contribuido positivamente al deber de garantizar un adecuado y efectivo acceso a la justicia, derecho reconocido en la Convención en los artículos 8 y 25 a la luz de las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de la misma.

La elaboración del control de convencionalidad en la sentencia del caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* ha sido reiterada en otros casos referentes a leyes de auto amnistía, como en *La Cantuta Vs. Perú* (2006), y ha servido de base para nuevas precisiones en los casos *Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú* (2006), *Boyce y otros Vs. Barbados* (2007) y *Heliodoro Portugal Vs. Panamá* (2008). Indudablemente, a la luz de estas decisiones, la Corte entiende que el control de convencionalidad es una consecuencia jurídica que se deriva de las obligaciones generales de la Convención y que, podría decirse, cumple una función similar a la del principio de legalidad, en cuanto evalúa la adecuación de los actos del Estado conforme con un referente jurídico, para el caso, el definido en la Convención.

En definitiva, parece deducirse de la jurisprudencia interamericana que las llamadas obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 son relativamente autónomas, sin perjuicio de que irradian todo el Pacto. De hecho, a la luz de las consideraciones expuestas por la Corte en los casos relativos al control de convencionalidad, la aplicación de una norma anticonvencional por parte de los jueces internos, independientemente de los derechos que resulten afectados en el caso, infringe las obligaciones generales. Siguiendo el razonamiento del tribunal, la sola existencia de una norma anticonvencional vulnera el artículo 2 que impone a los Estados la obligación de adecuación del derecho interno. Pero más aún, si la norma se aplica, el artículo 2 resulta «doblemente» trasgredido, considerando que la obligación de

³⁶ Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, cit., párr. 126.

adecuación del derecho interno no recae exclusivamente en el poder legislativo e incluye, por un lado, la eliminación de *normas y prácticas* de cualquier naturaleza contrarias al tratado y, por otro, la promoción de *normas y prácticas* conducentes para la efectiva observancia de las garantías convencionales³⁷. Esta obligación apunta a que «los Estados, en el cumplimiento del deber general de respetar y garantizar los derechos, «deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental»»³⁸. En consecuencia, la aplicación de la norma anticonvencional quebranta la obligación exigible a todos los órganos del Estado de eliminar cualquier tipo de *práctica* contraria a la Convención y, viceversa, si el poder judicial desarrolla una práctica adecuada —como sería el control de convencionalidad de leyes manifiestamente contrarias al Pacto— cumple con el deber que le impone el mismo artículo 2.

Así mismo, y de acuerdo con lo expuesto, si la norma que se aplica por el operador judicial desconoce derechos y libertades reconocidos en el Pacto, el hecho de su efectiva aplicación trasgrede también el artículo 1.1 que establece el deber de garantía de los derechos de la Convención, al que están sujetos todos los órganos del Estado. En otras palabras, si de la aplicación de la norma se concreta una violación de un derecho protegido en la Convención, la conducta del operador judicial por sí misma es contraria al deber del Estado de garantizar el pleno ejercicio del derecho protegido en el Pacto, lo que resulta en una violación tanto de la prescripción que protege el derecho en cuestión como del artículo 1.1. que prevé la obligación de garantía.

3.2.3. *Los principios que subyacen a la noción de control de convencionalidad*

Los pronunciamientos reiterados de la Corte coinciden en señalar que el control de convencionalidad es una consecuencia necesaria de principios de derecho internacional general y derecho internacional de los derechos humanos, ineludibles para los Estados. Así, la obligación judicial de controlar la convencionalidad de los distintos actos de poder del Estado es una concreción del principio consuetudinario que indica que el derecho interno nunca es excusa para el incumplimiento de las

³⁷ Como ya ha sido indicado, ésta ha sido la posición constante de la Corte. Caso La Cantuta Vs. Perú, cit., párr. 172. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, cit., párr. 118. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, cit., párr. 180. Antecedentes. Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N.º 73, párr. 85. Caso Durand y Ugarte. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C. N.º 68, párr. 137.

³⁸ Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C N.º 169, párr. 69.

obligaciones internacionales³⁹ y que, por tanto, de acuerdo con el principio de buena fe en las relaciones internacionales, es obligación del Estado parte en un tratado internacional —como es la Convención Americana— ajustar su ordenamiento jurídico para hacerlo compatible con las obligaciones adquiridas en aquel escenario⁴⁰.

La función del poder judicial, en este sentido, protege el principio de efecto útil de los tratados internacionales consagrada en el artículo 2, en cuanto establece «la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*)»⁴¹. La omisión de este deber por parte de los jueces genera responsabilidad al Estado, puesto que es un principio de derecho internacional el que indica que todos los órganos del Estado independientemente de su denominación interna y su jerarquía comprometen su responsabilidad⁴².

³⁹ Caso Boyce y otros Vs. Barbados, cit., párr. 77: «De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales».

⁴⁰ Siguiendo su jurisprudencia anterior, la Corte enfatiza: «En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente». Caso La Cantuta Vs. Perú, cit., párr. 170. En el mismo sentido ver también: caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, cit., párr. 117. Caso Boyce y otros Vs. Barbados, cit., párr. 69. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, cit., párr. 179.

⁴¹ Caso La Cantuta Vs. Perú, cit., párr. 171. En el mismo sentido «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». Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, cit., párr. 123; Trabajadores Cesados del Congreso, cit., párr. 128.

⁴² En palabras de la Corte: «El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana». Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, cit., párr. 123.

3.2.4. *Los parámetros legítimos del derecho interno: matices al control de convencionalidad*

En la decisión del caso Trabajadores Cesados del Congreso, la Corte introduce un ligero matiz al ejercicio del control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales al reconocer el margen de discrecionalidad de los Estados para la organización de sus instituciones de acuerdo con las necesidades históricas⁴³ y para establecer conforme con el derecho interno, las formalidades para la admisibilidad y procedencia de los recursos judiciales⁴⁴. Ésta será la única sentencia en la que se puntualiza que el ejercicio del control de convencionalidad en todo caso está sujeto al marco de las competencias judiciales internas y las regulaciones procesales. En palabras del tribunal, «[e]sta 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 presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones»⁴⁵.

3.2.5. *El control de convencionalidad de las normas constitucionales*

En la sentencia del caso Boyce y otros Vs. Barbados, la Corte reitera la necesidad de que los jueces nacionales no sólo hagan un control de constitucionalidad de sus leyes de acuerdo con el sistema nacional prescrito, sino que además ejerzan un control de convencionalidad de las mismas, incluso cuando se trate de normas constitucionales. En el caso, la Corte concluyó que se había violado la Convención Americana por la existencia y aplicación de dos normas, una de rango legal y otra de rango constitucional⁴⁶; la primera, por cuanto preveía la pena de muerte obligatoria para los casos de homicidio, y la segunda, por ser una «cláusula de exclusión» consagrada en la constitución de Barbados, que impedía el escrutinio judicial de

⁴³ Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, cit., párr. 110: «La Corte considera que ciertamente los Estados disponen de facultades discrecionales para reorganizar sus instituciones y, eventualmente, para remover personal en función de las necesidades del servicio público y la gestión de intereses de orden público en una sociedad democrática, si bien el ejercicio de esas facultades no puede ser sustraído del pleno respeto a las garantías del debido proceso y protección judicial, pues lo contrario podría someter a los afectados a una actuación arbitraria».

⁴⁴ Cfr. ibíd., párr. 128.

⁴⁵ Ibíd.

⁴⁶ En la sentencia se establece que «a la luz de la jurisprudencia de la Corte y en tanto que el artículo 26 de la Constitución de Barbados impide el escrutinio judicial sobre el artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, que a su vez es violatoria del derecho a no ser privado, arbitrariamente, de la vida, la Corte considera que el Estado no ha cumplido con el deber establecido en el artículo 2 de la Convención en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 de dicho instrumento». Caso Boyce y otros Vs. Barbados, cit., párr. 80.

cualquier norma anterior a la constitución de 1966, incluso de aquellas contrarias a los derechos fundamentales⁴⁷. En consecuencia, la ley que ordena la pena de muerte obligatoria para los casos de homicidio por ser anterior a 1966, estaba jurídicamente blindada de tal modo que no podía ser sometida a ningún tipo de juicio para revisar su compatibilidad con los derechos fundamentales, conclusión a la que llegan incluso los más altos tribunales de Barbados. Las decisiones proferidas por los jueces nacionales merecieron el reproche de la Corte en los siguientes términos: «El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDGP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era «convencional». Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención»⁴⁸.

Así, el hecho de que ambas normas fueron aplicadas por jueces de diversos niveles, fue ocasión que aprovechó la Corte para insistir en que los Estados no pueden excusarse en el derecho interno —para el caso, ni siquiera en una cláusula constitucional— para eludir las obligaciones que se desprenden de la Convención Americana⁴⁹.

3.2.6. *El control de convencionalidad como deber de ampliar la normativa interna aplicable*

En el caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá* la Corte adiciona otro aspecto interesante al control de convencionalidad. Ante la ausencia de tipificación del delito autónomo de desaparición forzada en Panamá, la Corte urge a los jueces a aplicar un control de convencionalidad con el cual se evite que queden en la impunidad las situaciones que corresponden a este delito, a sabiendas de que este vacío legal per se

⁴⁷ Cfr. *ibíd.*, párr. 75.

⁴⁸ *Ibíd.*, párr. 78.

⁴⁹ Ante la decisión del máximo tribunal de apelaciones de Barbados de aquel entonces, el Comité Judicial del Consejo Privado que expresara «si no fuera por la cláusula de exclusión, hubiese declarado que la pena de muerte obligatoria va en contra del derecho constitucional de no ser sometido a una pena cruel, inhumana y degradante», la Corte enfatizó que «el CJCP llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines». *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*, *cit.*, párrs. 76-77.

era violatorio de obligaciones internacionales del Estado derivadas de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas⁵⁰.

En este sentido, el tribunal reitera que los jueces tienen el deber de «velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos»⁵¹ y, en consecuencia, «[a]nte la imperiosa necesidad de evitar la impunidad sobre desapariciones forzadas en situaciones en que un Estado no haya tipificado el delito autónomo de la desaparición forzada, existe el deber de utilizar aquellos recursos penales a su disposición que guarden relación con la protección de los derechos fundamentales que se pueden ver afectados en tales casos, como por ejemplo el derecho a la libertad, a la integridad personal y el derecho a la vida, en su caso, que están reconocidos en la Convención Americana»⁵².

3.3. Claroscuros del control de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales

Es natural que la noción de control de convencionalidad genere incertidumbre sobre sus alcances y desconcierto sobre sus efectos, para aquéllos interesados en su seria ponderación. Su impacto en el fortalecimiento del estatuto de los derechos humanos todavía está por verse, sin embargo, hay quienes incluso alcanzan a ver en esta figura la simiente que hace unas décadas fue el hoy ya arraigado control de constitucionalidad de las leyes. No se ignoran las objeciones ni la reticencia que en algunos sectores pueda ocasionar su implementación, ni tampoco pueden desconocerse sus aportes en el marco de una adecuada comprensión de esta nueva creación jurisprudencial a la luz del propósito regional de fortalecimiento de nuestros sistemas nacionales para la mayor vigencia y promoción de los derechos humanos. Probablemente «la expectativa» sea un denominador común de quienes a favor o en contra prestamos atención a este desarrollo de la jurisprudencia interamericana.

En consideración a lo dicho y a manera de colofón conviene destacar algunas inquietudes y reflexiones en torno a los alcances y retos del control de convencionalidad como deber a cargo de los jueces nacionales:

⁵⁰ Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, cit., párr.185: «[L]a obligación particular de tipificar el delito de desaparición forzada de personas surgió para el Estado al momento en que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas entró en vigencia en Panamá, es decir, el 28 de marzo de 1996».

⁵¹ *Ibíd.*, párr. 180.

⁵² *Ibíd.*, párr. 182.

3.3.1. La figura del control de convencionalidad tiende a evocar la idea de procedimiento especial, tal cual las jurisdicciones nacionales han previsto las fórmulas —concentradas, difusas o mixtas— de control de constitucionalidad. La diversidad de modelos constitucionales en el derecho comparado latinoamericano alienta todavía más el debate sobre una noción que, aparentemente, tal como ha sido apuntada por la Corte Interamericana, involucra a todos los jueces sin distinción. Sin embargo, no sería propio de una corte internacional determinar las modalidades precisas por las cuales el Estado tendría que introducir en su derecho interno este tipo de control; basta con que indique que se trata de una obligación convencional legítimamente exigible a la luz del espíritu y tenor del instrumento. De ahí que resulte afortunada la fórmula abierta que deja en el poder judicial o jurisdiccional —si resulta mejor en algún contexto— el deber de adoptar medidas que procuren la eficacia interna de la Convención y eliminar cualquier práctica que le sea manifiestamente contraria.

En función de lo anterior, resultan muy valiosos los esfuerzos de los Estados en procura de una integración normativa, reconocimiento y eficacia del derecho internacional e incluso, cuando resulte conveniente, aplicación directa de los tratados en el ámbito nacional. Este proceso de «cohesión» entre los dos órdenes jurídicos que ordinariamente conlleva un proceso de adecuación del orden interno, puede promoverse con distintas modalidades: leyes, actos administrativos, reformas constitucionales, políticas públicas, institucionalización de mecanismos de promoción, control, prevención, decisiones judiciales, etc. De manera prioritaria se requiere que se produzca en los Estados y, especialmente, en la rama judicial un proceso de asimilación del derecho internacional de los derechos humanos, capacitación idónea en todos los niveles en relación con los estándares interamericanos en esta materia y, al menos de forma temporal, la implementación de un sistema de monitoreo que apunte a la unidad, de acuerdo con los parámetros nacionales que ya se encuentren establecidos o deseen establecerse. No será la Corte quien defina el mecanismo de control, no es a ella a quien le corresponde sino al Estado mismo; sin embargo, sí será aquella la que evaluará su eficacia.

3.3.2. Uno de los peligros que se advierten con una fórmula genérica de «control de convencionalidad» en manos de los jueces nacionales es la cuestión de la fragmentación jurisprudencial a partir de un abuso de dicho control ejercido, por quienes se crean competentes, de interpretar la Convención. De verificarse este riesgo se estaría desconociendo justamente el fin de esa figura que, contrario a la dispersión, procura la unidad y la integración. Por tal razón, es necesario advertir que el ejercicio del control de convencionalidad está sujeto, al menos a las siguientes condiciones: a) debe ser ejercido por los jueces nacionales con el fin de inaplicar una norma del orden interno *manifiestamente contraria* a la Convención. Esta calificación de la norma es de suma relevancia pues condiciona el ejercicio legítimo de esta facultad; b) de acuerdo con lo anterior, es preciso que la Corte Interamericana

previamente haya reconocido un *estándar internacional obligatorio* y con *efectos generales, consistente* en su jurisprudencia y *razonable*, esto es, legítimamente inferido del texto convencional y; c) la función judicial en sí misma debe *observar las formas y competencias prescritas en el orden nacional*, siempre y cuando este mismo estatuto normativo respete las garantías del debido proceso legal y recurso judicial efectivo, esto es, que no las contradiga *manifiestamente*.

Las sentencias de los casos *Almonacid Arellano Vs. Chile* y *La Cantuta Vs. Perú*, son claros ejemplos de lo anotado. No puede perderse de vista el criterio previo definido por el tribunal en el caso *Barrios Altos Vs. Perú* en relación con la prohibición de las leyes de autoamnistía, para entender el acento que la Corte pone a la noción de control de convencionalidad en las dos primeras. Desde esta óptica, es patente que la exigibilidad de esta obligación al poder judicial interno está ligada a la necesidad de inaplicar normas manifiestamente contrarias a la Convención, tal como había sido previamente declarado por la Corte al señalar en el caso precedente que leyes con esas características eran contrarias a la Convención y carecían de efectos jurídicos⁵³.

Por tanto, hay que advertir que no parece estar en el espíritu de esta nueva expresión la idea de que los jueces nacionales sean ellos mismos interpretes de la Convención Americana, poniendo en peligro multiplicidad de principios jurídicos, entre ellos la seguridad jurídica y la unidad como coherencia esencial de los sistemas de derecho. Por el contrario, visto sin malicia, al parecer este nuevo criterio apunta a la uniformidad que se iría ganando en el nivel local a partir de los criterios claros, razonables y previamente establecidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando elabora una interpretación legítima del texto de la Convención Americana. En un escenario latinoamericano como el actual, en el que nos enfrentamos todavía y muy desafortunadamente de manera generalizada, a graves violaciones a los derechos humanos, este criterio de control de convencionalidad puede resultar de gran utilidad en la defensa de los mínimos vitales de individuos y sectores completos de la población.

No se puede ignorar que el contenido de la Convención Americana protege a los seres humanos en muy variadas situaciones, más allá de las ejecuciones extrajudicia-

⁵³ Nótese la declaración de la Corte en el caso *Barrios Altos Vs. Perú*: «Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú». Caso *Barrios Altos Vs. Perú*, cit., párr. 44.

les, las torturas, las desapariciones forzadas y los graves atropellos de las garantías judiciales; sin embargo, mientras estos gravísimos crímenes sigan ocurriendo con la desafortunada frecuencia de nuestros tiempos, y se mantengan los escenarios de impunidad y denegación de justicia, es lógico que haya un interés apremiante para que se acojan modalidades jurídicas que presionen por una mayor uniformidad de los sistemas nacionales a partir de los lineamientos internacionales en materia de derechos humanos. Esta labor resulta loable y obedece al espíritu del sistema tutelar interamericano. En todo caso, no pueden desconocerse los límites y los riesgos del derecho, más todavía en este campo, en que los instrumentos jurídicos muchas veces se convierten en verdaderos esclavos de luchas ideológicas. Ante esas situaciones especialmente delicadas y conflictivas, la prudencia judicial indicaría que se debe tener suma cautela en la ponderación de los estándares tanto nacionales como internacionales para resolver cada caso concreto conforme a Derecho.

3.3. El activismo judicial, signo de nuestros tiempos, ha sido y debe seguir siendo objeto de muchas reflexiones. En un sistema democrático de «pesos y contrapesos», hoy en día hay quienes dudan de la existencia de un verdadero control a la tarea judicial, resorte vital del Estado de Derecho. El control de convencionalidad aparece como incentivo adicional a los criticados excesos judiciales en algunos escenarios, de manera que puede verse con cierta reserva. Sin embargo, el ejercicio legítimo del control de convencionalidad está suficientemente limitado como para acrecentar un riesgo que tiene otras raíces. Aun más, el control de convencionalidad es en sí mismo límite para los propios jueces, quienes se encuentran constreñidos a proteger prioritariamente el estatuto de los derechos humanos, cuyo ejercicio va a tener el efecto también de promover una mayor sensibilización en esta materia. Por supuesto, nunca estaremos suficientemente protegidos de la arbitrariedad y la misma irracionalidad de jueces de cualquier jurisdicción y nivel, inconscientes de su misión como realizadores de la justicia⁵⁴, sin embargo, se trata de un voto de confianza adicional que cuenta con algunos presupuestos.

⁵⁴ Este reconocimiento del juez como protagonista del imperio de la justicia es consecuente con la revisión crítica que se hace al positivismo tradicional, según el cual el juez queda despojado de su más grande virtud cual es la realización de la justicia en las relaciones sociales y se caracteriza, desde esta perspectiva, en un mero ejecutor mecánico de la ley. Estas reflexiones que reivindicar el derecho como realidad humana y a los jueces como protagonistas de la vida jurídica se asientan en las ideas expuestas por Andrés Ollero en su obra *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, entre las cuales se destaca: «Devolver al derecho su condición de realidad humana exige restituir al hombre su función de protagonista de la vida jurídica. En ello radica el fracaso de la «pre-teoría» jurídica positivista y legalista, pese a constituir el esfuerzo más «racional» que recuerda la historia de explicar y justificar los fenómenos jurídicos. Pero su crítica debe asumir las dificultades de una cumplida alternativa que cubra su hueco: un nuevo concepto de «racionalidad» entendida históricamente, como entrelazo de teoría y

En la entraña misma de esta figura se parte del principio de interacción creciente entre derecho nacional e internacional en el ámbito de los derechos humanos y se identifica al juez como motor eficaz de esa dinámica. Este escenario plantea dos retos fundamentales a manera de presupuestos que de alguna forma ya han sido expuestos previamente, pero que merecen un énfasis en virtud de su trascendencia: a) consistencia, rigurosidad y razonabilidad de la jurisprudencia interamericana. Se espera de la Corte un justo equilibrio entre la fidelidad a la Convención y la interpretación dinámica del *corpus iuris* internacional, en atención a las circunstancias cambiantes de los tiempos; cualquier exceso que llegara a menoscabar el núcleo esencial de un derecho haciendo juego a fuerzas ideológicas o políticas ajenas a la tarea judicial podría poner en jaque la credibilidad del Sistema; b) apertura de todos los operadores jurídicos a la idea de un derecho integrado, si se quiere al menos regionalizado, a manera de sustrato para la protección del sujeto de derecho por antonomasia: la persona humana. En esta dirección es necesario que se encaminen programas para una más rigurosa preparación de los jueces que garantice su independencia e idoneidad, así como una mayor inversión para el verdadero fortalecimiento de los sistemas de justicia nacionales⁵⁵.

En este orden de ideas, el empoderamiento del juez nacional como evaluador de la juridicidad de los actos que involucran derechos humanos a la luz tanto del orden nacional como del internacional, en el contexto de las condiciones anotadas y con las advertencias hechas, bien vale como estrategia preventiva de litigios internacionales, de modo que acentúa el principio de subsidiaridad del sistema y no lo contrario. En consecuencia, esta nueva figura tiene múltiples efectos positivos: refuerza el concepto de Estado de Derecho porque promueve decisiones judiciales más legítimas; y se dice legítimas, porque —en principio— apuntan a reconocer las garantías más amplias que protegen a la persona humana, margen de ampliación que obedece a consideraciones jurídicas establecidas en un conjunto de fuentes que

práctica. Estará marcada por la limitación y la riqueza de lo humano, ya que sólo el hombre concreto, y no una «razón» intemporal y abstracta, puede racionalizar la vida de los hombres. Desde el prisma de esta nueva racionalidad, es preciso buscar la justicia como contenido propio del derecho. Sólo así el derecho podrá aspirar a ser reconocido como una «realidad» autónoma y no como mero instrumento de la fuerza política o de ideólogos iluminados. El jurista, como actor de la búsqueda de esa realidad, se convierte en el defensor del hombre, no sólo frente al Estado, sino, sobre todo, frente al hombre mismo». OLLERO, Andrés. *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, pág. 40.

⁵⁵ Sobre algunos referentes a tener en cuenta para el fortalecimiento del sistema de justicia nacional resultan interesantes las reflexiones del juez García Ramírez en el voto concurrente de la sentencia Valle Jaramillo, en relación con el plazo razonable en la tramitación y decisión definitiva de procesos, así como las cuestiones de participación de las víctimas de violaciones a derechos humanos en los procesos locales. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, cit. nota 11, voto concurrente del juez García Ramírez.

tienden cada vez más a la integración y correspondencia. En este sentido, desde su eje de actuación, el juez facilita el movimiento integrador del derecho que protege los derechos humanos —en parte nacional, en parte internacional—, promoviendo a su vez un mayor grado de confianza en la justicia nacional.

Lo anterior, para quienes aun ponderan con preferencia la soberanía del Estado, puede ser una razón de alivio. En verdad, si hay una adecuada administración de justicia nacional, respetuosa de las garantías fundamentales de los seres humanos, la internacional será sólo residual y escasa en la medida en que las condiciones de fortalecimiento de los sistemas judiciales latinoamericanos se vayan concretando. Una de estas condiciones, sin duda, apunta a un adecuado ejercicio del control de convencionalidad en la tarea judicial nacional, iniciativa que apela al reconocimiento de un nivel de juridicidad que reconoce lo transnacional como igualmente válido y si bien complementario, de ninguna manera accesorio o secundario.

4. BIBLIOGRAFÍA

4.1. Autores

DEL TORO HUERTA, Mauricio. «La responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.). *Derecho internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, citando a BROTONS, Antonio Remiro et ál. *Derecho Internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

OLLERO, Andrés. *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982.

4.2. Normas

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53° período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, artículo 1.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. ONU. Doc. A/Conf.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, 7 al 22 de noviembre de 1969.

4.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos contenciosos

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N.º 4.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C N.º 5.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y

- Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N.º 19.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C N.º 22.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C N.º 36.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la «Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C N.º 37.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C N.º 39.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N.º 63.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Durand y Ugarte. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C N.º 68.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C N.º 70.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N.º 73.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N.º 75.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C N.º 90.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C N.º 109.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C N.º 120.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N.º 134.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N.º 136.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Excepción Preliminar. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C N.º 139.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N.º 140.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C N.º 141.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C N.º 148.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes Vs. Bra-

- sil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C N.º 149.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C N.º 153.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N.º 154.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N.º 155.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N.º 158.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C N.º 161.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N.º 162.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C N.º 163.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C N.º 169.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C N.º 171.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N.º 186.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N.º 192.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C N.º 194.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C N.º 195.

CAPÍTULO V
**LAS GARANTÍAS DE AMPARO EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

Andrés Jiménez Ángel*
Alexander Piñeros Aponte**

1. INTRODUCCIÓN

La activa labor de la Corte Interamericana en la promoción y protección de los derechos humanos en la región reclama una participación activa por parte de los actores del sistema interamericano para avanzar en el cumplimiento de su fin. La academia, en este marco, juega un papel esencial en el análisis, la organización sistemática y la explicación de las reglas que dan vida a este sistema. Este artículo busca profundizar en la conceptualización de las garantías para la protección de los derechos fundamentales dentro del mismo, a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH.

La estructura general del entramado de garantías que se deriva tanto del texto de la CADH, como de la jurisprudencia de la Corte IDH, constituye un marco normativo que obliga a los Estados a establecer mecanismos para la protección de los derechos humanos a través de medidas que prohíban toda conducta lesiva de los mismos, por una parte y, de reglas que prevean la sanción del incumplimiento de esas medidas.

El núcleo del sistema de garantías, sin embargo, se encuentra en las condiciones que, bajo el nombre de «garantías judiciales», «garantías mínimas», «debidas garantías» o «garantías adicionales» la CADH y la Corte IDH han concebido como requisitos para la sanción legítima de las violaciones a los derechos humanos. El

¹ Investigador Facultad de Derecho Universidad de La Sabana, Grupo de investigación en Derecho Internacional y Derechos Humanos. Contacto: ajimeneza@gmail.com.

² Investigador Facultad de Derecho Universidad de La Sabana, Grupo de investigación en Derecho Internacional y Derechos Humanos. Contacto: alexander.pineros@gmail.com.

énfasis, de acuerdo con la hipótesis que guía este texto, se encuentra en la definición y delimitación de las condiciones que deben revestir los procedimientos tendientes a determinar la transgresión de los derechos humanos y, en última medida, a sancionar dicha violación, esto es, los requisitos de los procedimientos a través de los cuales los Estados dan cumplimiento efectivo a las obligaciones derivadas de las garantías convencionales.

Los derechos consagrados en los artículos 3 a 25 de la CADH corresponden a lo que concebimos como derechos humanos y se encuentran garantizados de manera general por las obligaciones asumidas por los Estados y pactadas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, a través de los deberes de respetar los derechos y libertades reconocidos en el Pacto y garantizar su libre y pleno ejercicio así como adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la CADH, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos dichos derechos y libertades.

A su vez, el deber de investigar y sancionar toda violación de los mismos derivada del artículo 1.1, impone la obligación a los Estados de asegurar la vigencia de los derechos humanos y sus garantías¹. Los requisitos de los procedimientos tendientes a investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos, es decir, aquellos que deben garantizar la eficacia, validez y legitimidad de los procedimientos que sancionan las violaciones serán objeto del último apartado de este artículo. Aquí se explicará cómo los derechos y recursos previstos en los artículos 7.6, 8 y 25 para la efectiva protección de los derechos, sumados a las garantías procesales que establecen los artículos 8 y 9, constituyen la garantía a una adecuada protección de los derechos humanos y el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones generales de los Estados que se desprenden de las garantías mencionadas.

¹ Así lo ha sostenido la Corte desde sus primeras sentencias. Al respecto ver: Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N.º 4, párr. 142: «La obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (supra párr. 120). De tal manera, de esa obligación general de garantía deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos; es decir, del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado». Todos los casos citados en adelante se refieren a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH.

2. LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS: DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES INTERNACIONALMENTE RECONOCIDAS

El plexo de derechos reconocidos por la CADH² lo encontramos en los artículos 3 a 25 de su texto³. Estos derechos se catalogan dentro de los derechos civiles y políticos y son reconocidos a todos los seres humanos en razón de su dignidad esencial. Ahora bien, dentro del conjunto de garantías establecidas por la CADH para la protección de los derechos y por el hecho de ratificar la misma, los Estados han asumido dos importantes deberes convencionales de carácter general. En primer lugar, el compromiso derivado del artículo 1.1 «respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna». Dicho compromiso implica la obligación estatal de no transgredir directamente, ni permitir la vulneración de los derechos reconocidos a sus ciudadanos y de disponer de todas las medidas a su alcance para garantizar el ejercicio pleno de los mismos⁴.

En segundo lugar, en virtud del artículo 2 de la CADH, los Estados parte han asumido el deber de suplir las falencias que a nivel normativo pueda tener el ordenamiento jurídico propio en materia de protección de los derechos y libertades fundamentales, en los eventos en que el ejercicio de los mismos no estuviere ya

² Existen otros instrumentos internacionales que reconocen y amplían el catálogo de derechos protegidos por la Convención Americana. En esta línea, la Corte IDH, en ejercicio de su función contenciosa y consultiva, ha interpretado otros derechos fundamentales que no se encuentran expresamente reconocidos en el texto de la Convención como es el caso del derecho a la información a la asistencia consular. Ver: Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A N.º 16.

³ Esta tesis fue planteada por el juez Carlos Vicente de Roux Rengifo a través de un voto concurrente al fallo del caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N.º 52, en los siguientes términos: «[...] la Convención Americana establece tres esquemas normativos de protección: en primer lugar, el que obra en los artículos referentes a los distintos derechos amparados (arts. 3 a 25); en segundo lugar, el plasmado en los artículos 1.1 y 2, que consagran el deber de respetar y garantizar dichos derechos y el de adoptar las disposiciones y medidas internas que sean necesarias para tales fines; y en tercer lugar, el que, de acuerdo con lo planteado en el párrafo anterior, vincula de alguna manera la protección de los correspondientes derechos a un entorno de democracia política».

⁴ Ver, entre otros: caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N.º 100, párr. 111: «La protección activa del derecho a la vida y de los demás derechos consagrados en la Convención Americana, se enmarca en el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y requiere que éste adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones a los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia».

garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter. Para tal fin, deberán adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades⁵.

Así las cosas, los compromisos de respeto y garantía de los derechos y libertades reconocidos por la CADH —forjadas como expectativas de prestación y/o de no lesión—, así como el deber de ajustar el derecho interno se corresponden con medidas efectivas que deben garantizar el disfrute de los derechos por parte de los individuos, siguiendo el contenido de los derechos que la Convención les reconoce⁶. A su vez, la obligación de los Estados debe estar encaminada a facilitar el acceso de las víctimas a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos en un esfuerzo por dar cumplimiento a la Convención.

Son garantías reconocidas en el texto de la CADH las obligaciones de asegurar que la autoridad competente prevista por el Estado decida sobre los derechos

⁵ Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C N.º 39, párr. 68: «En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (*«principe allant de soi»*); Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C. P. J. I., serie B, N.º 10, pág. 20). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados». En el mismo sentido: caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N.º 52, párr. 207: «[...] El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. [...]».

⁶ Corte IDH. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A N.º 11, párr. 34: «El artículo 1 de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Corte ya ha expresado que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención». En el mismo sentido, ver también: caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C N.º 70, párr. 194. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C N.º 94, párr. 151. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C N.º 97, párr. 49.

de toda persona que interponga un recurso judicial para la protección de derechos humanos, a desarrollar las posibilidades de dicho recurso judicial, y a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el mismo⁷.

Otras garantías reconocidas en la Convención se corresponden con la naturaleza propia del derecho protegido. El derecho fundamental a la vida, por ejemplo, goza de la garantía de no lesión a partir del momento de la concepción⁸. También, la prohibición de la pena de muerte como una de las modalidades de infracción al derecho a la vida es una garantía de no lesión a este derecho⁹.

La creación, conservación y efectividad de garantías por parte de los Estados, así como las obligaciones de reparar y sancionar judicialmente a los perpetradores de violaciones a los derechos humanos son compromisos convencionales adquiridos por los Estados parte de la CADH. El artículo 8, titulado Garantías Judiciales¹⁰ y 25, protección judicial, constituyen los recursos con los cuales debe contar una persona para requerir del aparato judicial nacional la protección y reparación de sus derechos transgredidos y declarar las eventuales sanciones judiciales correspondientes. Los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de la CADH establecen los instrumentos procesales y las condiciones mínimas con las cuales la víctima y/o sus familiares pueden poner en movimiento el aparato judicial interno.

En consecuencia, el contenido de los artículos 8 y 25.1 señala las características, lineamientos y requisitos que deben observar los recursos internos tendientes a lograr la sanción y reparación de un derecho. La jurisprudencia interamericana ha resaltado que estos recursos «deben ser tramitados de conformidad con los linea-

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. San José, Costa Rica. 7 al 22 de noviembre de 1969. «Artículo 25. Protección Judicial: [...] 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso».

⁸ *Ibíd.*, artículo 4. «Derecho a la Vida. 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».

⁹ *Ibíd.*, artículo 4, numerales 1, 2, 3 y 4. El texto de la Convención resalta el deber de los Estados de tomar las más estrictas medidas para erradicar la pena de muerte de sus ordenamientos jurídicos y, de no hacerlo, procurar que la imposición de la misma sea sometida a un riguroso examen para su imposición y cumplimiento.

¹⁰ La jurisprudencia de la Corte IDH distingue en el artículo 8, titulado por la Convención en su conjunto como «Garantías Judiciales», dos elementos: el primero, correspondiente al debido proceso legal (artículo 8.1) y, en segundo lugar, las garantías judiciales o procesales (artículo 8.2).

mientos del debido proceso legal y con el acatamiento de las garantías judiciales o procesales»¹¹.

Por otra parte, el artículo 26 de la CADH también se refiere a la garantía de que los Estados adopten las providencias necesarias para la promoción y protección de los derechos económicos, sociales y culturales, con base en los recursos tanto del nivel interno como de la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Estos compromisos en todo caso estarán sujetos a los recursos disponibles, y como modalidades de desarrollo idóneo se estiman tanto la vía legislativa como otros medios apropiados¹².

¹¹ Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C N.º 42, párr. 169. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C N.º 43, párr. 106. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N.º 74, párr. 138. Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de mayo de 2001. Serie C N.º 78, párr. 66. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C N.º 99, párr. 135. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C N.º 103, párr. 118. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C N.º 109, párr. 173. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C N.º 147, párr. 146. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C N.º 149, párr. 193. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C N.º 152, párr. 148. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C N.º 167, párr. 191. Caso García Prieto y otros Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C N.º 168, párr. 102. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N.º 179, párr. 58. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N.º 180, párr. 82. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C N.º 184, párr. 34. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C N.º 187, párr. 103. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N.º 191, párr. 95. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N.º 192, párr. 153.

¹² Convención Americana sobre Derechos Humanos, cit. «Artículo 26. Desarrollo Progresivo: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados».

En este escenario, teniendo como base el esquema planteado, se analizan las distintas concepciones que la Corte IDH ha sostenido a lo largo de su jurisprudencia con relación a la expresión «garantías».

3. LAS GARANTÍAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

El artículo 8 de la Convención reconoce en sus cinco numerales una serie de garantías que van desde el juez natural hasta la publicidad del proceso penal. De acuerdo con el título establecido por la CADH para esta disposición, se trata de garantías judiciales que determinan el marco general mínimo para el desarrollo de un proceso. Desde el punto de vista de un sistema de garantías, los requisitos definidos por este artículo constituyen una parte importante de los requerimientos que deben satisfacer los procesos tendientes a sancionar el incumplimiento, por acción u omisión, por parte del Estado a la protección de los derechos humanos, así como todo proceso judicial tendiente establecer la existencia, contenido, titularidad o vigencia de cualquier derecho.

Lejos de agotarse en lo estipulado por el artículo 8 de la CADH, los requisitos procesales mencionados pueden encontrarse igualmente en otras disposiciones de la Convención que complementan este marco general. Los principios de legalidad y favorabilidad consagrados en el artículo 9 de la Convención, así como lo dispuesto en el artículo 7 en materia de detención y privación de la libertad, presentan condiciones adicionales para el desarrollo de un proceso legítimo en un Estado democrático.

Los artículos 25 en conjunto con el 7.6 y 8, por su parte, se encuentran también en la base de estas garantías, toda vez que, en concordancia con los artículos 1.1 y 2, prescriben, como se mencionó anteriormente, la creación de recursos efectivos tendientes a la protección tanto de los derechos humanos reconocidos por la Convención, como por los ordenamientos jurídicos nacionales. Estas disposiciones señalan igualmente algunas de las características que deben revestir los procedimientos internos que se derivan de la interposición de los recursos, los cuales, en esta medida, pasan a convertirse en los mecanismos que aseguran la existencia de procedimientos tendientes a restablecer el goce de los derechos y sancionar las conductas que los quebrantan.

A continuación explicaremos cuál es la estructura del sistema de garantías generales que tanto la CADH como la jurisprudencia de la Corte IDH han configurado a lo largo de tres décadas. Para ello abordaremos en un primer lugar los problemas derivados de la ausencia de uniformidad conceptual en las referencias que hacen la Convención y las decisiones de la Corte IDH al término «garantías», centrándonos ante todo en lo concerniente a las garantías procesales propiamente dichas. En un segundo momento se hará el análisis de cada una de esas garantías y la relación que

existe entre ellas. Por último, pasaremos a aclarar cuál es el lugar que las garantías procesales ocupan en el sistema general de garantías del ordenamiento interamericano.

3.1. **Problemas de definición: «garantías», «garantías judiciales», «garantías indispensables», «garantías mínimas»**

3.1.1. *El término garantías en la Convención Americana*

Quienquiera que haya tenido contacto con el sistema interamericano de promoción y protección de derechos humanos habrá notado que el tema de las garantías ocupa un lugar importante dentro del mismo. El término es referenciado en diferentes disposiciones de la Convención y la jurisprudencia es igualmente amplia en consideraciones sobre la importancia de las mismas.

La recurrencia ha ido acompañada de la variedad en el tipo de garantías que prevé la Convención y que ha ido desarrollando el tribunal interamericano a través de sus decisiones. El artículo 8 del Pacto es, tal vez, el ejemplo más claro de la multiplicidad de garantías que existen en el sistema. El título que acompaña esta disposición reza «Garantías Judiciales». La primera oración del numeral 1 habla de «debidas garantías». El segundo numeral, por su parte, establece que todo individuo tiene derecho a unas «garantías mínimas» durante el proceso.

A estas tres referencias se suman las que se encuentran en el artículo 27. Este artículo fija los límites a la restricción de los derechos y obligaciones consagrados en la Convención, bajo el título de «Suspensión de garantías». Más adelante, el numeral 2 de esta misma disposición utiliza una terminología afín al artículo 8, al referirse igualmente a las «garantías judiciales indispensables»¹³. Así, tenemos en

¹³ *Ibíd.*, Artículo 27. Suspensión de Garantías.

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organi-

la base del artículo 27 una acepción de garantías que se acerca más a lo que dentro del sistema interamericano se considera como derechos y libertades y con respecto a los cuales se habla, en el segundo numeral, de garantías judiciales indispensables.

Por último, el artículo 29 dedicado a las normas de interpretación de la Convención, alude a la imposibilidad de «excluir otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno».

El último artículo mencionado, el 29, agrega una nueva variante. Ya no se trata de garantías entendidas como derechos o libertades ni de garantías en el sentido de los requisitos mínimos que debe presentar un proceso judicial. A lo que parece referirse este artículo es a un conjunto más general de principios propios de un Estado democrático que, si bien pueden no encontrarse reconocidos formalmente en un instrumento jurídico vinculante, deben, en tanto inherentes a la persona humana, ser tenidos en cuenta al momento de establecer el alcance del texto de la CADH.

3.1.2. *¿Hacia una definición jurisprudencial del concepto?: de «garantías» a «garantías judiciales»*

La Corte IDH ha contribuido a aclarar y, al mismo tiempo, a aumentar los tipos de garantías existentes en este sistema regional de protección de los derechos humanos. Desde la Opinión Consultiva OC-8/87, el tribunal ha venido ocupándose de este asunto. En dicha decisión, la Corte IDH formuló una definición de «garantías» a partir de su interpretación del artículo 27. En términos más bien generales, definió «garantías» desde los propósitos fundamentales de las mismas, en el sentido de «proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho»¹⁴. En esta decisión la Corte fue clara al señalar que la definición citada corresponde al sentido que se desprende del artículo 27.2 para este término. Sin embargo, en pronunciamientos posteriores, la Corte ha hecho remisiones explícitas a esta definición en el marco de interpretaciones de otras normas de la Convención.

Con la OC-16/99, el tribunal interamericano abre una serie de decisiones en las que la definición de «garantías» acuñada en la OC-8/87, en el marco de la interpretación del artículo 27.2, pasa a convertirse en la definición de «garantías judiciales» y «garantías».

[...] la Corte ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, «sirven

zación de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión».

¹⁴ CORTE IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N.º 8, párr. 25.

para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho» y son «condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial¹⁵.

Una redacción afín que remite igualmente a las decisiones ya comentadas puede encontrarse en la opinión consultiva OC-17/02. En ella, la Corte IDH retomó esta definición como base para establecer los requisitos mínimos de los procedimientos judiciales o administrativos que involucraran menores de edad.

[...] los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia¹⁶.

Esta asimilación de «garantías judiciales» a «garantías» fue retomada por la Corte en el caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros¹⁷, en una formulación reiterada en los casos Juan Humberto Sánchez¹⁸ y Myrna Mack¹⁹, entre otros²⁰.

¹⁵ Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, cit. nota 2, párr. 118.

¹⁶ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N.º 17, párr. 92.

¹⁷ Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago, cit. nota 6, párr. 147: «[...] la Corte ha dicho que para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales, es preciso que en él se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”».

¹⁸ Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, cit. nota 11, párr. 124: «Sobre las garantías judiciales o también conocidas garantías procesales, la Corte ha establecido que para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales, conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”».

¹⁹ Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N.º 101, párr. 202: «[...] para que en un proceso existan verdaderamente dichas garantías, conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”».

²⁰ Ver también: caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala, cit. nota 11, párr. 118. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N.º 107, párr. 147. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C N.º 119, párr. 132. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125, párr. 108. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C N.º 190, párr. 95.

Paralelo a este desarrollo jurisprudencial encontramos también decisiones en las que la Corte IDH ha ampliado el horizonte y la complejidad del sistema de garantías a través de la definición de otros tipos de garantías contenidos en la CADH. Partiendo de la formulación de «garantías» en los términos anteriormente expuestos, el tribunal interamericano ha dedicado un espacio considerable a esclarecer el alcance y los límites de una especie particular de las mismas: las «garantías judiciales indispensables».

En un esfuerzo por mantener a raya los intentos de gobiernos autocráticos de restringir la vigencia de los derechos humanos alegando dificultades de orden interno y mediante la invocación indiscriminada del artículo 27, desde 1987, con las opiniones consultivas OC-8/87 y OC-9/87, la Corte ha dado contornos más claros a un concepto complejo. No se trata ya simplemente de «garantías», tampoco de «garantías judiciales». En este caso el núcleo del problema tiene que ver con el carácter indispensable de un conjunto de estas últimas que se deriva de la relevancia e incondicionalidad de la protección de los derechos a los que la Convención se refiere en el numeral 2 de este artículo.

En términos más bien ambiguos, la primera opinión consultiva define estas garantías como:

[...] aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud²¹.

A renglón seguido, se refiere al carácter judicial de las mismas, es decir, a la necesaria existencia de mecanismos, procedimientos e instituciones que aseguren tanto la existencia real de las mismas como la legalidad de los procedimientos²².

Las garantías deben ser no sólo indispensables sino judiciales. Esta expresión no puede referirse sino a medios judiciales idóneos para la protección de tales derechos, lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción²³.

La concordancia de esta definición con la definición general de «garantías» y de «garantías judiciales» queda clara en la OC-9/87. En ella, la Corte amplía sus consideraciones sobre el carácter judicial de las garantías remitiéndose a lo dispuesto

²¹ Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), cit., párr. 29.

²² *Ibíd.*

²³ Cfr. *ibíd.*, párr. 30.

por el artículo 8, definiendo la base sobre la cual se ha fallado en diferentes casos a lo largo de dos décadas²⁴:

La Corte concluye que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquéllas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías²⁵.

²⁴ Por ejemplo, la decisión correspondiente al caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C N.º 166, párr. 54: «[...] tales garantías son aquéllas a las que la Convención se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías. [...]». Ver también: caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C N.º 20, párr. 82. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C N.º 33, párr. 50. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N.º 52, párr. 187. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C N.º 68, párr. 106. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C N.º 69, párr. 165. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, cit., párr. 192. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, cit., párr. 122. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala, cit., párr. 111. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N.º 110, párr. 97. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N.º 114, párr. 128. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C N.º 120, párr. 79. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N.º 127, párr. 191. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C N.º 129, párr. 90. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C N.º 137, párr. 112. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C N.º 141, párr. 92. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N.º 158, párr. 123. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N.º 162, párr. 111. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C N.º 177, párr. 52. Caso Yvon Neptune Vs. Haití, cit., párr. 115. Caso Castañeda Gutman Vs. México, cit., párr. 92.

²⁵ CORTE IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N.º 9, párr. 38.

3.1.3. «Garantías mínimas» y «garantías adicionales»

El entramado que estructura el sistema de garantías judiciales se complementa con otra variante, a saber, las garantías mínimas establecidas en numeral 2 del artículo 8.

[...] Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

No es el objeto de este escrito entrar a estudiar aquello que la Corte ha dicho sobre cada uno de estos literales. Lo que nos interesa es aquello que este tribunal entiende por «mínimas». Desafortunadamente sus decisiones poco a nada han profundizado explícitamente al respecto. Lo único que puede encontrarse recurrentemente en la jurisprudencia interamericana es la referencia a las condiciones mínimas en las que debe desarrollarse un proceso penal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.2. Esta alusión se ha enmarcado, en la mayor parte de los casos, en consideraciones acerca de la extensión del ámbito de aplicación de esta disposición a materias diferentes al derecho penal, sin formulaciones explícitas con respecto al contenido, alcance y límites de ese carácter mínimo²⁶.

²⁶ Esta tendencia jurisprudencial se inicia con la opinión consultiva Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), cit., párr. 28 y se ha reforzado en otros casos como el caso de la «Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C N.º 37, párrs. 148-149. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N.º 71, párr. 70. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, cit., párr. 103.

Al lado de las garantías mínimas, encontramos en algunos pronunciamientos la alusión a «garantías adicionales» formulada vagamente en la OC-11/90 y retomada en la decisión correspondiente al caso Lori Berenson:

El concepto del debido proceso en casos penales debe incluir, por lo menos, las garantías mínimas a que hace referencia el artículo 8 de la Convención. Al denominarlas mínimas ésta presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal²⁷.

Cuáles son las características de esas garantías adicionales, cuál es su relación con las garantías mínimas, en qué tipo de procedimientos pueden exigirse y bajo qué requisitos pueden reclamarse en ausencia de formulación expresa constituyen algunas de las varias preguntas que esa vaga formulación deja abiertas²⁸.

Una ampliación y mayor concreción de las consideraciones acerca de esta noción, por parte de la Corte IDH, ayudaría a entender cuál es el umbral que separa lo mínimo de lo adicional y pondría en evidencia el carácter dinámico y progresivo que ha caracterizado el tratamiento del tema del debido proceso y de los recursos en la jurisprudencia interamericana.

3.2. El alcance de las garantías: procedimientos y titulares

Dinamismo y progresividad pueden verse claramente en la evolución jurisprudencial sobre el ámbito de aplicación del sistema de garantías. Lo dispuesto en el artículo 8.1 con respecto a este tema «[...] sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter», ha sido objeto de un análisis detallado por parte de la Corte IDH. El punto de partida es la noción «orden», con la cual esta disposición extiende la aplicación del debido proceso a asuntos de carácter diferente al penal. La OC-11/90 constituye la primera decisión de la Corte en la que se ocupa con detalle de dicha ampliación retomando en parte

²⁷ CORTE IDH. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), cit., párr. 24. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, cit., párr. 176.

²⁸ En la decisión proferida en el marco del caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez la Corte parece aludir a una garantía adicional al considerar que la presencia del juez de la causa al momento de la detención, ejerciendo un control judicial directo de la actuación, no satisfacía los estándares interamericanos en relación con la salvaguarda del derecho a la libertad personal, pues esta circunstancia no reemplazaba la exigencia del artículo 7.5 de ser llevado ante un juez sin demora para la realización del control judicial de la detención. Siguiendo el criterio de la Corte, esta circunstancia podría ser considerada como una garantía adicional. Sin embargo, el tribunal no menciona en ningún momento este concepto. Ver: caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N.º 170, párr. 85.

esta formulación. «[...] el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal»²⁹.

Yendo un paso adelante y partiendo de los límites al poder sancionatorio del Estado, la decisión del caso Tribunal Constitucional, establece que el debido proceso constituye un estándar para toda actuación del Estado desarrollada en virtud de este poder. En opinión de la Corte, este poder «no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención»³⁰.

Con base en estas consideraciones, acerca de los límites de las actuaciones del poder público, en el caso Baena Ricardo la Corte sienta un precedente central para el posterior desarrollo de su jurisprudencia en esta dirección. Los argumentos del tribunal sobre la extensión del debido proceso a «órdenes» diferentes al penal, por una parte, y la definición de garantías judiciales entendidas como «[el] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales», por otra, sirven de base para justificar la ampliación de estas últimas a procedimientos no judiciales.

Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula «Garantías Judiciales», su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, «sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales» a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal³¹.

Más allá de la importante ampliación del requisito del debido proceso a procedimientos no judiciales, vale la pena resaltar la argumentación de la Corte detrás de la misma. El punto de partida son los límites al poder del Estado. Estos límites se hacen extensibles a autoridades que deciden asuntos administrativos, laborales, etc., en la medida en que, en tanto representantes del poder estatal, tienen, al igual

²⁹ CORTE IDH. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), cit., párr. 28. Esta afirmación de la Corte puede encontrarse literalmente citada o con variaciones menores en las decisiones sobre los casos: caso de la «Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala, cit., párr. 149. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, cit., párr. 69.

³⁰ Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, cit., párr. 68.

³¹ Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C N.º 72, párr. 124.

que las autoridades judiciales penales, «límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos»³².

Adicionalmente, en opinión del alto tribunal, cualquier procedimiento en el que puedan verse afectados los derechos de los ciudadanos debe necesariamente satisfacer los requisitos de cualquier procedimiento judicial en materia de garantías mínimas. Con esto la Corte sostuvo la aplicabilidad del derecho al debido proceso al orden administrativo en general y disciplinario en particular.

Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. [...] La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales³³.

En esta misma línea argumentativa, en el caso *Ivcher Bronstein*, se hizo extensiva la obligación de respetar el debido proceso y las correspondientes garantías judiciales por parte de las autoridades migratorias, al agregar una consideración adicional: la naturaleza jurisdiccional de las funciones del órgano del poder público³⁴. En opinión del tribunal, todo órgano cuyas decisiones impliquen —en términos del numeral 1 del artículo 8— la determinación de un derecho, debe enmarcarse dentro de los límites que supone el debido proceso:

Atendiendo a lo anterior, la Corte estima que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana [...] En este sentido, pese a que el artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un «juez o tribunal competente» para la «determinación de sus derechos», dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos³⁵.

La afectación de los derechos políticos y la naturaleza jurisdiccional de las funciones fueron presentadas nuevamente como argumentos en el caso *Yatama*,

³² *Ibíd.*, párr. 126. Esta argumentación se retoma en: CORTE IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A N.º 18, párr. 125; y en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N.º 146, párr. 82.

³³ *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, cit., párrs. 127-129.

³⁴ *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, cit., párrs. 101-110.

³⁵ *Ibíd.*, párrs. 104-105.

en donde se subraya que el carácter no judicial de los procedimientos adelantados ante autoridades electorales no excusa al Estado de asegurar la vigencia del debido proceso:

«Todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 [...] Las decisiones que emiten los órganos internos en materia electoral pueden afectar el goce de los derechos políticos. Por lo tanto, en dicho ámbito también se deben observar las garantías mínimas consagradas en el artículo 8.1 de la Convención, en cuanto sean aplicables al procedimiento respectivo. [...]»³⁶.

La aclaración que hace la Corte con respecto al grado de exigibilidad de esas garantías en procedimientos no judiciales se hace evidente en el caso *Claude Reyes*, en el cual afirma que «las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos [...]»³⁷.

Este razonamiento en nada limita o revierte la posición de este tribunal con respecto al ámbito de aplicación de las garantías judiciales, reiterada a renglón seguido en el mismo párrafo³⁸.

Ahora bien, la Corte en su jurisprudencia ha precisado también que el nuevo alcance de las disposiciones aludidas en relación con garantías judiciales se interpreta del mismo modo extensivo en relación con los derechos de los familiares de las víctimas, los niños y los migrantes. Con respecto a los primeros, la Corte ha sido insistente en señalar el derecho que les asiste de participar activamente y con las debidas garantías en los procesos que adelanten para aclarar la responsabilidad del Estado en la violación de los derechos de las víctimas³⁹.

³⁶ Caso *Yatama Vs. Nicaragua*, cit., párrs. 149-150. La aplicación de estos requisitos a la jurisdicción militar fue resaltada por la Corte en el caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N.º 135, párrs. 164, 180-181.

³⁷ Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N.º 151, párr. 119.

³⁸ *Ibíd.* «De esta forma, las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria».

³⁹ Ver, entre otros: caso del *Caracazo Vs. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Serie C N.º 58, párr. 118. Caso *Huilca Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03 de marzo de 2005. Serie C N.º 121, párr. 107. Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, cit., párr. 193. Caso *Vargas Areco Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N.º 155, párr. 155. Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, cit., párr. 120.

Sobre el respeto del debido proceso en los procedimientos en los que se encuentren menores involucrados existen varias decisiones que resaltan el carácter particularmente sensible que reviste este requisito, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 19 de la CADH. De acuerdo con la OC-17/02:

Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño⁴⁰.

Por último, con respecto a los migrantes, la OC-18/03 establece que el debido proceso «debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no sólo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna»⁴¹.

Estos desarrollos jurisprudenciales reflejan los esfuerzos del tribunal regional por expandir el alcance de las normas convencionales, en particular, en cuanto reconocen «garantías» como condiciones indispensables para asegurar la plenitud de los derechos y libertades fundamentales de los individuos. Es de resaltar el interés de la Corte en grupos especialmente vulnerables como los menores y los migrantes, así como los familiares de las víctimas, quienes han merecido particulares aportes en materia de su participación procesal en el orden interno.

3.3. «Garantías judiciales», «recurso judicial efectivo» y «deber de investigar»: bases para una protección efectiva de los derechos

La Corte ha estructurado, en torno a sus esfuerzos por establecer el alcance de las «garantías» y de las «garantías judiciales», un entramado de reglas que obligan a los Estados a asegurar unos requisitos mínimos en todos los procedimientos que de alguna manera se tocan con la efectiva protección de los derechos humanos y, potencialmente, podrían llegar a afectarlos.

Al lado de las disposiciones que aluden directamente al término «garantías», la Convención incluye otras provisiones que directamente o indirectamente se refieren a esa clase de requisitos. Tal es el caso del artículo 7 de la CADH, en el cual

⁴⁰ CORTE IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cit., párr. 95. Los efectos del artículo 19 en materia de garantías judiciales, por ejemplo, la excepcionalidad de los procedimientos judiciales, el asesoramiento psicológico del menor durante el procedimiento o la capacitación especial que deben recibir los funcionarios encargados de administrar justicia a menores de edad están señalados en la decisión del caso «Instituto de Reeduación del Menor» Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N.º 112, párrs. 209-212.

⁴¹ CORTE IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, cit., párr. 122.

se consagran los requerimientos mínimos que debe cumplir toda actuación estatal conducente a una limitación legítima del derecho a la libertad. De igual forma, en su numeral 6, establece la obligación de asegurar la existencia de un recurso que permita la revisión de la legalidad de la privación de ese derecho, recurso que debe decidirse dentro de un proceso que, al igual que cualquier otro que afecte los derechos humanos, debe adelantarse de acuerdo con lo dispuesto en materia de garantías procesales o judiciales⁴².

Por último, hay que mencionar también los lineamientos que en materia sancionatoria, sea ésta penal o administrativa⁴³, se establecen para los respectivos procedimientos a partir de los principios de legalidad, irretroactividad y favorabilidad consagrados en el artículo 9.

Así las cosas, la jurisprudencia interamericana en desarrollo de la CADH ha sentado las bases normativas para que, dentro de la obligación general de los Estados de garantizar la protección de los derechos, aquella obligación concreta, traducida en la sanción de quienes los vulneren, sea cumplida de manera legal y legítima en la medida en que se inscriba dentro de unos parámetros formales y sustanciales mínimos.

Por otra parte, las consideraciones acerca de los sujetos cuyos derechos se determinan incluyen de manera explícita la titularidad del derecho al debido proceso de los procesados y víctimas directas de violaciones de derechos humanos, a sus familiares, a niños e incluso a ciudadanos extranjeros. Esta misma ampliación, aunque de carácter más abstracto, puede predicarse de los funcionarios que tienen a cargo la determinación de los derechos de un individuo. Ya no son solamente las autoridades judiciales penales quienes deben enmarcar sus actuaciones dentro de los lineamientos establecidos por la CADH y la jurisprudencia interamericana.

A su vez, dicho sistema quedaría incompleto en ausencia de normas que garanticen la posibilidad de que esos procedimientos, a través de los cuales el Estado sanciona el incumplimiento de la obligación de respetar y proteger los derechos humanos, puedan ser efectivamente iniciados y satisfactoriamente adelantados. Éste

⁴² Ver al respecto: caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, cit., párr. 51: «El artículo 7 de la Convención tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: «[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales». Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o arbitrariamente (artículo 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (artículo 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (artículo 7.6) y a no ser detenido por deudas (artículo 7.7)». En igual sentido: caso Yvon Neptune Vs. Haití, cit., párr. 89.

⁴³ Ver al respecto: caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, cit.

es el propósito de dos figuras centrales del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos: el recurso judicial efectivo y el deber de investigar.

El primero, como se explicó en la primera parte del presente texto, se desprende del artículo 25 de la CADH y alude a la obligación de los Estados de establecer mecanismos accesibles, idóneos y efectivos para exigir la protección de los derechos humanos. La obligatoria existencia de un recurso entendido en estos términos tiene como propósito garantizar que cualquier persona tenga la posibilidad real, a través de procedimientos igualmente idóneos y efectivos, de obligar al Estado a poner fin a la vulneración de un derecho, a que restablezca su goce y castigue a los responsables de la violación.

De acuerdo con el «deber de investigar», que se deriva de los artículos 1.1, 2 y 25 de la CADH, los Estados están en la obligación de «investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención»⁴⁴. Este deber implica no

⁴⁴ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, cit., párrs. 166, 174, 176. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C N.º 5, párrs. 184 y 187. Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C N.º 28, párr. 61. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú, cit., párr. 123 y 124. Caso de la «Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C N.º 76, párr. 198. Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C N.º 77, párr. 100. Caso Cesti Hurtado Vs. Perú, cit., párr. 62. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C N.º 88, párrs. 69-70. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C N.º 91, párrs. 74, 77-78. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C N.º 92, párr. 99. Caso Del Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C N.º 95, párr. 115. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2002. Serie C N.º 96, párrs. 66 y 67. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, cit., párr. 184. Caso Bulacio Vs. Argentina, cit., párr. 110. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, cit., párr. 273. Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C N.º 108, párr. 82. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, cit., párrs. 187, 258-259. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, cit., párr. 229. Caso Tibi Vs. Ecuador, cit., párr. 258. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C N.º 117, párr. 127. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, cit., párr. 64. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N.º 134, párr. 298. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N.º 136, párr. 79. Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C N.º 138, párr. 96. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N.º 140, párr. 142. Caso Baldeón García Vs. Perú, cit., párr. 197. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, cit., párrs. 245-246. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras, cit., párr. 119. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C N.º 153, párr. 165. Caso Vargas

solamente la apertura, a petición de parte o de oficio, de una investigación, sino también la seguridad de que la misma se llevará a cabo con la diligencia necesaria para esclarecer los hechos, e identificar y castigar a los responsables⁴⁵.

Recurso judicial efectivo, deber de investigar y garantías judiciales pasan así a constituir tres pilares sobre los cuales se fundamenta el cumplimiento de las obligaciones generales de la Convención derivadas de los artículos 1.1 y 2, con particular relevancia cuando se trata de procurar el restablecimiento de la situación anterior a la ocurrencia de una violación de los derechos humanos y sancionar a los responsables de la misma. Estos tres elementos se suman a los derechos consagrados en la CADH, de manera que constituyen un todo articulado en procura de una efectiva protección del ser humano. A esta estructura ha hecho alusión la Corte en sus decisiones desde 1987, al señalar la estrecha e indisoluble relación que debe existir entre derechos y garantías para la efectiva promoción, respeto y protección de los derechos humanos:

El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros⁴⁶.

[...] los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el *corpus iuris* de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática. En ésta «los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros»⁴⁷.

La jurisprudencia interamericana ha contribuido significativamente a poner en evidencia esta relación entre derechos y garantías. Sin embargo, sería útil contar con pronunciamientos donde se estableciera tanto una distinción clara entre las garantías (mínimas, adicionales, inherentes o debidas) como su contenido y alcance dentro del sistema general de garantías. Con esto la Corte IDH ayudaría a la comprensión

Areco Vs. Paraguay, cit., párr. 81. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N.º 160, párr. 347. Caso La Cantuta Vs. Perú, cit., párr. 110. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N.º 186, párr. 142.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ Corte IDH. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), cit., párr. 26.

⁴⁷ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cit., párr. 92.

global del sistema interamericano a partir de la articulación e interdependencia de derechos y garantías, o, en sus propios términos, de la tríada «derechos, libertades y garantías».

Las garantías hacen parte de un andamiaje mayor de mecanismos para una protección progresiva y efectiva de los derechos humanos en la región. Dicho andamiaje articula disposiciones sustanciales que dan contenido a los derechos con disposiciones procedimentales que establecen la forma como estos derechos deben ser restablecidos y su vulneración sancionada.

Comprender la lógica detrás de este sistema de garantías exige un esfuerzo por encontrar y comprender la función de cada una de las normas de la Convención y la relación que existe entre ellas. Una forma de acercarse a este carácter orgánico del sistema es, como se expuso en este texto, el concepto de «garantía». La protección a los derechos consagrados en los artículos 1, 2, 8, 9, 25, 26 y 27 de la CADH, en el marco de actuaciones procesales, no puede entenderse sino en su relación con las normas que dan cuenta de los demás derechos reconocidos por ella. Estos artículos no deben ser analizados de manera aislada sino como parte de una estructura general en cuya base está el plexo de garantías que expusimos en detalle y su interpretación conjunta con los derechos reconocidos en el Pacto. Tal aproximación ayuda a hacer visible la complementariedad de los mecanismos para la protección efectiva de los derechos humanos y contribuye a ir más allá de las normas y los procedimientos concretos para acercarse a una concepción global de lo que podríamos llamar *sistema interamericano de garantías*.

4. BIBLIOGRAFÍA

4.1. Normas

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, 7 al 22 de noviembre de 1969.

4.2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

4.2.1. Casos contenciosos

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez Vs.

Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N.º 4.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C N.º 5.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C N.º 20.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C N.º 28.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C N.º 33.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la «Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C N.º 37.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C N.º 42.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C N.º 43.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N.º 52.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Caracazo Vs. Venezuela. Fondo. Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Serie C N.º 58.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C N.º 68.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C N.º 69.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C N.º 70.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N.º 71.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C N.º 72.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N.º 74.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la «Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C N.º 76.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C N.º 77.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de mayo de 2001. Serie C N.º 78.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C N.º 88.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C N.º 91.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C N.º 92.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C N.º 94.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Del Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C N.º 95.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2002. Serie C N.º 96.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C N.º 97.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C N.º 99.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N.º 100.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N.º 101.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C N.º 103.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N.º 107.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C N.º 108.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C N.º 109.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N.º 110.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso «Instituto de Reeducción del Menor» Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N.º 112.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N.º 114.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C N.º 117.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C N.º 119.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C N.º 120.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03 de marzo de 2005. Serie C N.º 121.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Repara-

- ciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C N.º 125.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N.º 127.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C N.º 129.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N.º 134.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N.º 135.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N.º 136.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C N.º 137.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C N.º 138.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N.º 140.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C N.º 141.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N.º 146.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C N.º 147.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C N.º 149.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N.º 151.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C N.º 152.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C N.º 153.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N.º 155.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo,

- Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N.º 158.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N.º 160.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N.º 162.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C N.º 166.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C N.º 167.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso García Prieto y otros Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C N.º 168.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N.º 170.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C N.º 177.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N.º 179.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N.º 180.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C N.º 184.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N.º 186.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C N.º 187.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C N.º 190.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N.º 191.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N.º 192.
- 4.2.2. *Opiniones consultivas*
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos

- Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N.º 8.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N.º 9.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A N.º 11.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A N.º 16.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N.º 17.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A N.º 18.

CAPÍTULO VI
**LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS PROCESALES
EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS
HUMANOS Y LA TIPIFICACIÓN DE LAS VÍCTIMAS
A LOS DERECHOS HUMANOS***
Wilson De los Reyes Aragón**

1. INTRODUCCIÓN

Nuestro objetivo en el presente documento parte de dos ideas básicas. La primera de ellas es que la historia ha demostrado que la lucha por el poder supone también la lucha por el derecho y la facultad reguladora del mismo, la sociología jurídica a nivel teórico¹ y los intentos de legitimación *ex post facto* de las dictaduras a nivel práctico son evidencia de ello. La segunda de ellas es que en los Estados de derecho existen una serie de límites para evitar la cooptación del derecho por intereses particulares (cualquiera que sea su origen o contenido)², y que entre esos límites ocupan un lugar privilegiado los derechos humanos. Una de las funciones de los derechos humanos y del derecho internacional de los mismos consistirá, entonces, en mantener el equilibrio jurídico del Estado de Derecho. El artículo 2 común a los Pactos de Derechos Humanos de la ONU evidencia tal situación al requerir que los

* El presente documento es un resultado parcial de una investigación de mayor alcance actualmente en curso. El objetivo y el campo de estudio se han limitado, en consecuencia, a analizar la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

** Profesor investigador, Facultad de Derecho, Universidad de La Sabana, Colombia.

¹ Ver, por ejemplo, KRAWIETZ, Werner. «The concept of law re-visited: a new approach to theory and sociology of law», en FERRARI, Vincenzo (ed.). *Proceedings of the international congress of sociology of law for the ninth century of the University of Bologna*, Milán, Dott a Giuffrè, 1988, págs. 155-172.

² A nivel teórico puede observarse toda la tradición contractualista de apoyo a la división de poderes. Ver, por ejemplo: WEBER, Max. *Sociología del Derecho*, Granada, Comares, 2001, pág. 53 y ss. Ver también ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. «Presentación», en HART, Herbert L. A. «Utilitarismo y derechos naturales», en *Estudios de filosofía y derecho*, n.º 6, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 9-10 y a nivel práctico la existencia (o al menos la previsión) de normas de garantías para el ejercicio de la oposición política en diversos Estados (ver el artículo 112 de la Constitución colombiana y el 117 de la Constitución ecuatoriana, entre otros).

derechos reconocidos por dichos tratados sean respetados y garantizados a todas las personas por el solo hecho de serlo y sin distinciones. El artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, es una muestra de la necesaria complementación entre tal reconocimiento y las garantías de efectividad práctica, cuando dispone que los Estados deben adoptar las medidas de derecho interno tendientes a reconocer y proteger los derechos incluidos en la Convención. Ello implica, entonces, no sólo la consagración de normas sustantivas en el ordenamiento jurídico, sino también la necesidad de contar con normas que permitan su protección por vías procesales o, en palabras del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la necesidad de «asegurar la adecuada administración de justicia»³.

El papel de la judicatura y, en general, de la administración de justicia⁴ es crucial en el derecho internacional de los derechos humanos. En estricto sentido, no puede hablarse de efectividad de los derechos humanos reconocidos por los diversos instrumentos de derecho internacional sin atribuir funciones a la administración de justicia. Lo anterior se concreta a partir de los elementos que ya hemos mencionado. La presencia transversal de los llamados «principios intersectoriales»⁵, específicamente la prohibición de discriminación en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos⁶, impone a los Estados la obligación de asegurar, mediante todos los medios a su alcance, la efectividad de los derechos reconocidos. Por otro lado, existen derechos concretos conectados con las relaciones jurídicas existentes entre el individuo y el Estado o entre individuos particulares, los cuales atribuyen obligaciones específicas a los órganos judiciales del Estado, tanto de carácter formal como material. Estas disposiciones que se encuentran en la totalidad de los textos internacionales sobre derechos humanos, detallan con mayor precisión el papel de la judicatura y, en general, de la administración de justicia en el cumplimiento de

³ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General N.º 32, 2007, párr. 2.

⁴ La proliferación en los Estados latinoamericanos de entidades administrativas con facultades jurisdiccionales en ciertas materias es una muestra de ello. Además, en un caso en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo la ocasión de pronunciarse, se confirma la concesión de facultades de autoridad judicial penal a funcionarios administrativos, como los alcaldes, según lo establecía el artículo 28 de la Constitución ecuatoriana (ver CORTE IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 122). Todos los casos citados en adelante se refieren a expedientes de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CORTE IDH.

⁵ Ver ABO AKEDEMI UNIVERSITY. *Report of Turku Expert Meeting on Human Rights Indicators*, Turku/Åbo. Finland. 2005, pág. 9. Ver también COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, óp. cit., párr. 8.

⁶ Ver, en este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2, y el artículo 2 común a los «Pactos» de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de 1966. A nivel regional, ver la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1; el Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 14, y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 2.

las obligaciones internacionales de los Estados, convirtiéndolas en protagonistas centrales de la protección a los derechos humanos.

El papel central de la administración de justicia en la garantía de efectividad de los derechos humanos se ve aún más claro desde la perspectiva ofrecida por la jurisprudencia producida por los diferentes sistemas internacionales de protección a los derechos humanos, tanto de carácter universal como de la perteneciente a los llamados «sistemas regionales». El derecho internacional de los derechos humanos obedece a una dinámica en la cual la administración de justicia interna antecede a la actividad de los organismos internacionales, los cuales tras su intervención «cierran el círculo» impulsando nuevamente la labor de los órganos judiciales internos de los Estados involucrados.

En el presente escrito nos proponemos realizar algunos breves comentarios acerca de la alta frecuencia de violaciones declaradas a los derechos de naturaleza procesal en los procesos tramitados ante el Sistema Interamericano y de las relaciones entre tal frecuencia y la aparición de ciertas características «típicas» entre las víctimas de dichas violaciones en los procesos tramitados ante la Corte Interamericana. Para ello es necesario que hagamos referencia a tres aspectos. En primer lugar, es necesario deslindar la alta frecuencia estadística de declaraciones judiciales de violación a los derechos de naturaleza procesal de los requisitos generales de admisibilidad procesal internacional, a fin de identificar las obligaciones de carácter sustantivo emanadas de tales derechos, y cómo dichas obligaciones están íntimamente ligadas a las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos⁷.

En segundo lugar, contrastaremos las cifras sobre declaraciones de violación a los derechos de naturaleza procesal con las cifras sobre declaraciones de violación a otros derechos contenidos en los instrumentos del Sistema Interamericano, a fin de evidenciar la transversalidad de los derechos de naturaleza procesal. En tercer lugar, indagaremos sobre la posible existencia de ciertas características «típicas» comunes a las víctimas de violaciones a los derechos humanos de los casos tramitados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de cómo las violaciones documentadas por la jurisprudencia obedecen a una «discriminación jurídica» contra las víctimas de las mismas, señalando el papel central de la administración de justicia en la disyuntiva protección/violación de los derechos humanos y de la efectividad general de los mismos. Nuestra conclusión principal es que la alta incidencia de declaración

⁷ Como un ejemplo de lo anterior, y atendiendo únicamente al derecho a un recurso judicial efectivo, ver, entre otros, los casos *Blake Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C N.º 36, e *Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N.º 74.

judicial de violaciones a los derechos de naturaleza procesal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede estar relacionada con la existencia de prácticas que dificultan la efectividad de los derechos convencionalmente protegidos a ciertos grupos de personas identificables como «víctimas típicas» de las violaciones a sus derechos humanos.

2. INVOCACIÓN DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS JUDICIALES COMO ALGO MÁS QUE LA SATISFACCIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD PROCESAL INTERNACIONAL

Las cifras sobre declaratoria judicial de violación a los derechos de naturaleza judicial en el Sistema Interamericano no están condicionadas por la subsidiariedad de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos y el consecuente requisito de «previo agotamiento de los recursos internos». Por el contrario, su contenido está ligado a las obligaciones generales y específicas a cargo de los Estados en materia de derechos humanos.

Delimitaremos, en primer lugar, qué disposiciones normativas consideraremos bajo el nombre común de «derechos de naturaleza judicial» dentro del marco normativo del Sistema Interamericano. Los artículos 8 y 25 de la Convención Americana constituyen el primer referente del Sistema Interamericano en materia de derechos «judiciales»⁸. Sin embargo, a las garantías judiciales y protección judicial debe añadirse también las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno). Ahora bien, consideramos que entre las cuatro disposiciones puede plantearse una relación progresiva desde la provisión convencional más general (artículos 1.1 y 2) hasta la más específica (artículo 25), verificándose siempre un claro referente al derecho interno y a la administración de justicia.

De forma general, los textos de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, que aparentemente resultan cuando menos redundantes a la luz de los principios de *pacta sunt servanda* y *buena fe* recogidos por la Convención de Viena⁹, conllevan, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a que los Estados deban organizar «todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de **asegurar jurídicamente** el

⁸ CORTE IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N.º 9, párr. 24.

⁹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. ONU. Doc. A/Conf.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, artículos 26, 27 y 31.

libre y pleno ejercicio de los derechos humanos»¹⁰, y dicha obligación se extiende hasta la prohibición de expedir y/o aplicar normas que resulten contrarias a la Convención¹¹.

La jurisprudencia reciente ha intentado especificar aún más tales obligaciones. Es así como en el caso Salvador Chiriboga la Corte confirmó que adecuar el derecho interno de los Estados a las exigencias convencionales incluye el «desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías»¹². Con ello queda abierta la posibilidad de interpretar que en algunos casos, ante la inefectividad generalizada de una disposición concreta se requiera la expedición de normas no sólo de carácter sustantivo, sino especialmente aquéllas de tipo reglamentario y/o procesal que coadyuven con el propósito estatalmente declarado en la norma sustantiva de alta jerarquía pero inefectiva en la práctica¹³, en lo cual la administración de justicia juega un papel de mucha importancia, al gozar de un puesto de observación privilegiado respecto de las posibilidades reales de una norma concreta de resultar efectiva en la práctica. Los jueces en general dentro de un Estado son un buen referente para analizar el grado de implementación real de las normas vigentes y, en consecuencia, resultan una buena fuente de información para promover los ajustes necesarios al ordenamiento jurídico a fin de incrementar la efectividad de las normas sobre derechos humanos. Esto es, son un elemento importante para el cumplimiento de las obligaciones generales de los Estados contempladas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana.

Los artículos 8 y 25, por su parte, contienen obligaciones de carácter más concreto respecto de lo que significa la «adecuada administración de justicia»¹⁴. Coincidimos con la reciente (y creciente) preocupación por distinguir el contenido

¹⁰ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N.º 4, párr. 166. El resaltado es propio.

¹¹ CORTE IDH, Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A N.º 14, puntos resolutiveos 1 y 2.

¹² Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N.º 179, párr. 122, donde se hace referencia a los casos Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N.º 52; Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N.º 154 y Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C N.º 166 para reforzar dicha posición.

¹³ Identificable con lo que Ferrajoli denomina las «garantías secundarias». Ver: FERRAJOLI, Luigi. «Derechos fundamentales», en CABO, Antonio de, PISARELLO, Gerardo. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001, págs. 19-56. Para el caso concreto, págs. 45-52.

¹⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, óp. cit.

y alcance de cada una de dichas disposiciones al tratarse de supuestos distintos. Sin embargo, nos interesa más realzar que ambos derechos resultan eminentemente complementarios, «que protegen el crucial andamiaje judicial sobre el cual descansa la protección de los derechos humanos reconocidos en la Convención, las constituciones y otras normas nacionales»¹⁵. Sin embargo, tal como se sigue de la interpretación sobre el tema, el artículo 8 se encarga de establecer, de forma general, cuál debe ser el contenido mínimo de garantías judiciales que, independientemente de la naturaleza del proceso particular, debe reconocerse y protegerse a cualquier individuo, mientras que el artículo 25 se encuentra circunscrito a los «recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos», recursos que, según la misma Corte, «deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal»¹⁶. Desde siempre la Corte ha entendido que dichos recursos y la forma de tramitarse se incluyen «dentro de la obligación general a cargo de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción»¹⁷.

Así, la especificación de atributos y diferencias en el contenido y alcance de cada una de las disposiciones antes relacionadas es, desde nuestra perspectiva, sólo de grado alrededor de un solo eje, la importancia que tiene la administración del justicia y la efectividad del derecho en el campo de los derechos humanos. Dicha importancia ha sido, por lo demás, resumida en un término que encierra en sí mismo la magnitud de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, la «debida diligencia»¹⁸.

La importancia de la noción de «debida diligencia» es crucial para la labor desempeñada por la administración de justicia en materia de la protección de los derechos humanos, puesto que la garantía procesal es un elemento transversal a la efectividad de todos los derechos reconocidos por el Estado. Los jueces constituyen, como mencionamos anteriormente, el primer referente de las expectativas de protec-

¹⁵ Ver voto parcialmente disidente del juez ad hoc Rodríguez Pinzón en el caso *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*, cit., párr. 9. Desde sus inicios, la Corte Interamericana ha sostenido el mismo paradigma. Los casos *Velásquez Rodríguez* (cit. nota 10 y sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N.º 4); *Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Sentencia Serie C N.º 2. y *Godínez Cruz Vs. Honduras (Excepciones Preliminares)*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C N.º 3 e *Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de agosto de 1990. Serie C N.º 10.) son un buen ejemplo de ello.

¹⁶ *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C N.º 153, párr. 110.

¹⁷ *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, cit., párr. 91.

¹⁸ Ver, por ejemplo, caso de las *Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C N.º 148, párr. 291.

ción de las víctimas a la violación de los derechos. La doctrina del «amplio margen de apreciación» del sistema europeo de los derechos humanos¹⁹ y el principio de subsidiariedad de su par interamericano²⁰ son evidencia de la confianza depositada en los ordenamientos jurídicos y las autoridades estatales como primeros llamados a propiciar la efectividad de los derechos de los individuos.

Resulta entonces llamativa la alta frecuencia de solicitudes y/o declaraciones de violaciones a los derechos de naturaleza procesal o, en general, aquellos relacionados con la administración de justicia en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Podría pensarse, precisamente a partir del carácter subsidiario de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos, que las altas cifras de violación a tales derechos suponen un recurso de estrategia procesal por parte de los peticionarios, que deben demostrar ante las instancias internacionales que al interior de los Estados correspondientes no existe posibilidad de encontrar solución suficiente a sus casos, o que tal solución no estuvo disponible para ellos. No obstante, el desarrollo jurisprudencial que la Corte Interamericana ha realizado en materia de los derechos judiciales (cuyo detalle no es objeto del presente escrito) parece indicar que la alta frecuencia de solicitudes y declaraciones judiciales de violación a tales derechos puede ser indicador de algo más que de estrategias de litigio, vinculándose al concepto de «diligencia» en la protección de los derechos humanos y, por esa vía, con la legitimación misma del «Estado de Derecho»²¹ ante los individuos.

La existencia de etapas procesales de admisibilidad y sustantivas o «de fondo» de los casos tramitados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el consecuente análisis diferenciado de las garantías judiciales y recursos efectivos en cuanto a los aspectos relacionados con la satisfacción de los requisitos de admisibilidad y el contenido de los mismos, permite concluir que existen razones para que su contenido y alcance sea susceptible de violarse por sí mismo, independientemente de las situaciones originales que hayan dado lugar al caso concreto sobre derechos humanos. En los tres primeros casos contenciosos que tuvo la ocasión de decidir, la Corte Interamericana erradicó la posibilidad de que los aspectos procesales se agota-

¹⁹ OVEY, Clare, WHITE, Robin. *Jacobs & White European Convention on Human Rights*, 3.ª ed., New York, Oxford, 2002, pág. 140.

²⁰ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 46.

²¹ AYMERICH, Ignacio. *Sociología de los derechos humanos. Un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, págs. 239-246.

ran en la etapa de admisibilidad, al decidir postergar hasta la etapa de fondo algunos de los argumentos propuestos por Honduras como excepciones preliminares²².

Por otra parte, el reconocimiento hecho por la Corte Interamericana de que en algunos casos las víctimas no son solamente quienes sufrieron la violación original de sus derechos humanos, sino también los familiares de aquellas, particularmente por la violación de garantías y recursos judiciales²³, prueba el carácter autónomo de dichos derechos, resaltando nuevamente la obligación de debida diligencia. Como queda evidenciado desde el caso de Velásquez Rodríguez y la ratificación de tales tesis realizada en los casos de las masacres ocurridas en Colombia²⁴, la responsabilidad inicial por los hechos y la posibilidad de que los mismos hayan sido obra de terceros aún sin que se probara una conexión de subordinación con el Estado, compromete la responsabilidad del Estado por fallas en la prevención y, tras la verificación de los hechos, por las fallas en la investigación, sanción y reparación²⁵, es decir, por fallas en la administración de justicia. El Comité de Derechos Humanos ha dicho sobre el particular que los derechos procesales tienen una «naturaleza compleja [que combina] diversas garantías con diferentes ámbitos de aplicación»²⁶ que configuran el «medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley»²⁷. Esto es, para salvaguardar el Estado de Derecho en el cual todos los individuos están resguardados por parte de las autoridades, de acuerdo con lo provisto por el «Preámbulo» de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Por todo lo anterior, la frecuente invocación y/o declaración de violación a los derechos que involucran la administración de justicia es un indicador del grado de

²² Casos Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, cit.; Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras, cit. nota 15 y Godínez Cruz Vs. Honduras, cit., punto resolutive 1 de cada sentencia.

²³ Ver, *inter alia*, caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N.º 186, párr. 158 y punto resolutive 4 y caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C N.º 196, párrs. 117-119 y punto resolutive 1.

²⁴ A pesar de que, infortunadamente, la inmensa mayoría de casos contra Colombia ante la Corte Interamericana han incluido hechos de vulneración colectiva al derecho a la vida, nos referimos particularmente a los casos originados por las masacres de Mapiripán, Pueblo Bello e Ituango, en los cuales se abordó el tema del paramilitarismo en Colombia, sus actos y conexiones con la fuerza pública, así como la responsabilidad internacional por el riesgo creado. Ver: caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N.º 134; caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N.º 140 y caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, cit.

²⁵ Ver, por ejemplo, caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, cit., párrs. 223, 233-238, 240, el cual resulta muy ilustrativo sobre el particular.

²⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, óp. cit., párr. 3.

²⁷ *Ibíd.*, párr. 2.

efectividad general de los derechos humanos, mucho más si, como sostenemos a partir del análisis jurisprudencial de la Corte Interamericana, las víctimas de tales violaciones pueden ser agrupadas en unas cuantas pocas categorías a partir de características relevantes para que la violación se cometiera.

3. FRECUENCIA DE INVOCACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE NATURALEZA PROCESAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Al igual que ocurre en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el cual los derechos de garantías procesales son también invocados por los denunciantes y analizados frecuentemente por la Corte Europea²⁸, en el Sistema Interamericano existe una cifra muy alta de alegaciones a la violación de los derechos de naturaleza procesal, la cual es aún mayor si se considera su grado porcentual respecto de los otros derechos invocados, corroborándose a priori la correlación ya descrita por la jurisprudencia internacional en el sentido de que estos derechos se constituyen en la primera defensa del imperio de la ley minado por la ocurrencia de una violación a los derechos humanos de un individuo particular.

En los siguientes párrafos realizaremos un breve análisis estadístico de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de los casos conocidos por ella en virtud de su competencia contenciosa, que hayan sido fallados de fondo y cuyas decisiones se hayan publicado con corte a enero de 2009. Dicho acervo jurisprudencial es la fuente para una base de datos centrada no tanto en el análisis jurídico realizado por la Corte respecto de cada caso, sino en los hechos tenidos por probados, en las características de las víctimas que se consideraron dentro del proceso como relevantes para la ocurrencia de las violaciones alegadas y, finalmente, en los derechos alegados por la parte demandante²⁹ y conocidos por la Corte, independientemente de si se declaró la violación de los mismos en la parte resolutive de las sentencias finalmente dictadas.

²⁸ OVEY, Clare, WHITE, Robin, óp. cit., pág. 139: «Of the 10.486 new applications registered by the Court in 2000, 7.264 included a complaint under Art. 6».

²⁹ Esta denominación se realiza con la plena conciencia de que, tras la reforma al Reglamento de la Corte de 2003 y 2009, respectivamente, las presuntas víctimas o sus representantes están facultados para participar en el proceso ante la Corte según los términos indicados en el artículo 24 de dicho Reglamento. No obstante, en tanto para el presente análisis hemos considerado casos tramitados antes y después de dicha reforma, aludiremos de forma conjunta a la Comisión Interamericana y a los Representantes de las Víctimas bajo la denominación «parte demandante».

3.1. Casos contenciosos tramitados ante la Corte Interamericana hasta 2009

En ejercicio de su competencia contenciosa, hasta enero de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tramitado y emitido decisiones de fondo en 107 casos diferentes. Con corte a esa fecha la Corte Interamericana había dictado 195 sentencias, sin contar las demás decisiones expresadas por otros medios, como las resoluciones concernientes a casos concretos. La diferencia entre el número de casos tramitados con el número de sentencias dictadas se debe a la práctica anterior de la Corte de emitir una sentencia distinta para cada una de las etapas procesales de un caso. Así, por ejemplo, el caso *Godínez Cruz Vs. Honduras* consta de cuatro sentencias, la primera de ellas dedicada a resolver las medidas provisionales propuestas por el Estado en aras de impedir la admisibilidad del caso ante la Corte (Serie C N.º 3), la segunda concerniente al Fondo (o méritos) del caso (Serie C N.º 5), la tercera fue dictada por la Corte Interamericana tras la condena proferida a Honduras con el fin de precisar todos los aspectos relacionados con las reparaciones y costas pertinentes para ese caso (Serie C N.º 8) y, finalmente, se profirió la cuarta sentencia del caso, en la cual la Corte Interamericana realiza una interpretación de la sentencia anterior sobre reparaciones y costas, a raíz de una petición realizada por la Comisión Interamericana en el sentido de las indemnizaciones a pagar ordenadas por la Corte se ataran a un valor «indicador que mantenga su valor adquisitivo»³⁰, petición que fue a la postre negada por la Corte Interamericana.

De forma paulatina, y con la mayor cantidad de casos tramitados ante la misma, la Corte Interamericana fue agrupando varias etapas procesales, particularmente decisiones de fondo con reparaciones y costas³¹, para finalmente agrupar todas las decisiones en una sola sentencia³², sistema que impera actualmente.

En nuestro análisis no hemos considerado las Opiniones Consultivas emitidas por la Corte por cuanto no presentan hechos concretos que involucren violaciones ciertas de derechos humanos, sino que apelan a la facultad interpretativa de la Corte Interamericana según el artículo 62.3 de la Convención. Finalmente, tampoco fueron

³⁰ Caso *Godínez Cruz Vs. Honduras*. Serie C N.º 10, 1990, párr. 3.

³¹ Ver, entre otros, los casos *Castillo Petrucci Vs. Perú* (Serie C N.º 52), *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá* *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C N.º 72 y «*La última tentación de Cristo*» (*Olmedo Bustos y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N.º 73).

³² Ver, entre otros, los casos *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N.º 107; *Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N.º 127 y *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172.

incluidas las resoluciones sobre Medidas Provisionales debido a las particularidades de las mismas, específicamente en cuanto pueden ser ya parte de un caso tramitado en virtud de la competencia contenciosa o que pueden convertirse en tales.

En consecuencia, recopilamos información concerniente a 107 casos cuyas decisiones de fondo fueron publicadas por la Corte Interamericana hasta enero de 2009, siendo el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* el primero y el caso *Perozo y otros Vs. Venezuela* el último³³. Los hechos de dichos casos fueron incluidos en una base de datos para extraer toda la información estadística presentada a continuación.

3.2. Frecuencia de invocación judicial de violación a los derechos de naturaleza procesal

En los 107 casos analizados encontramos que sólo en seis casos no se alegó y/o declaró la violación de los derechos de naturaleza procesal contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 8 y 25. Lo anterior significa que en el 94,39% de los casos contenciosos tramitados ante la Corte ha estado presente la violación a las garantías procesales y/o al recurso judicial efectivo.

Discriminando dicho valor por artículos, encontramos que en 13 casos se ha alegado y/o declarado únicamente la afectación a las garantías procesales (artículo 8) y que en 9 casos se ha alegado y/o declarado únicamente la violación al derecho a la protección judicial (artículo 25), mientras que se hallaron 79 casos en los cuales se alegó y/o declaró la violación conjunta a las garantías procesales y a la protección judicial. Lo anterior significa que en el 73,83% de los casos tramitados por la Corte en ejercicio de su competencia contenciosa la parte demandante y/o la misma Corte han considerado que existió alguna falla en la administración de justicia interna de los Estados demandados. Al hacer referencia a casos con decisiones de fondo, y no a sentencias individualmente consideradas, evitamos la eventual crítica de identificar la alta incidencia con el uso de estrategias de litigio de satisfacción del principio de subsidiariedad de la jurisdicción internacional. Los derechos de naturaleza procesal que han sido contabilizados para efectos del presente trabajo parten de los hechos

³³ Entre la publicación de la Serie C N.º 195 y el momento de redacción del presente documento la Corte expidió cinco sentencias más, cuatro de ellas correspondientes a nuevos casos contenciosos (*Kawas Fernández Vs. Honduras*, cit.; *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C N.º 197; *Acevedo Buendía y otros («Cesantes y Jubilados de la Contraloría») Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C N.º 198 y *Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C N.º 199; junto a una última sentencia correspondiente a un caso anterior (*Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de julio de 2009. Serie C N.º 200).

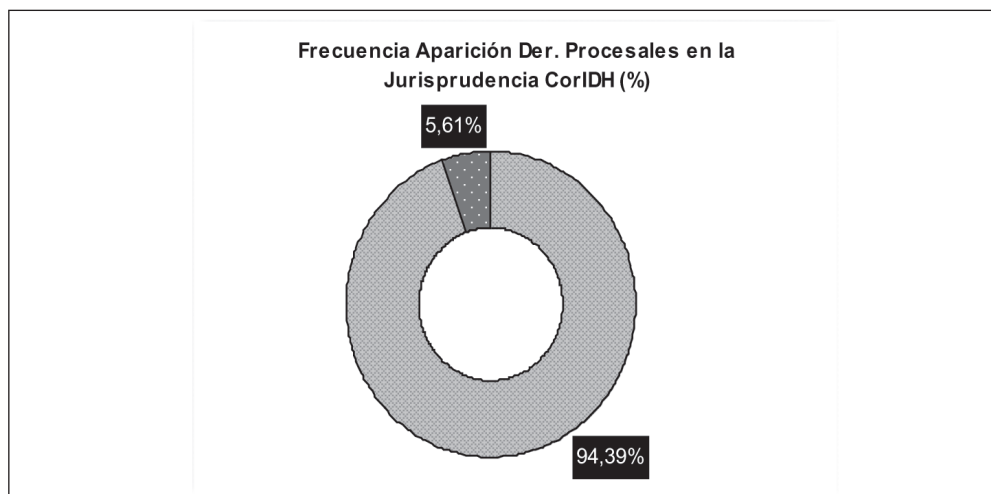
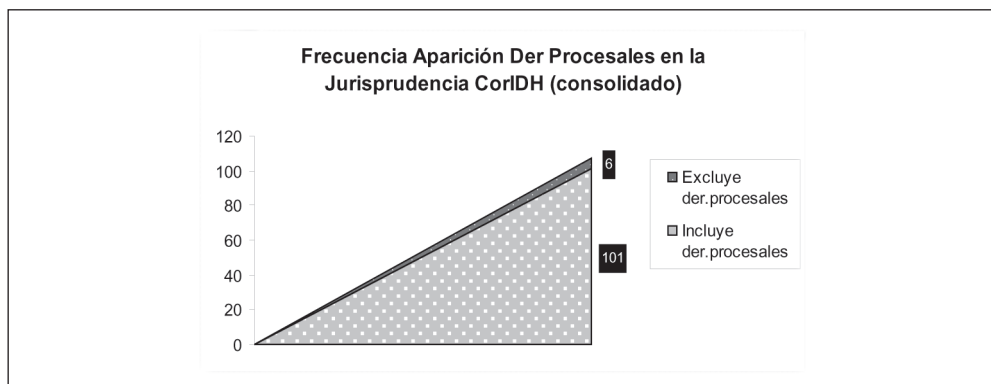
reconocidos como probados dentro del expediente que, como mencionamos anteriormente, supone un estudio por parte de la Corte Interamericana de todas las etapas procesales pertinentes en el trámite internacional. En la medida en que la base de datos a partir de la cual se estructura el presente documento se nutre de información expresamente incluida entre los hechos probados de los casos e incorporados al texto de la(s) respectiva(s) sentencia(s) dictada(s) por la Corte Interamericana, se han dejado de lado afirmaciones contenidas en alegatos y/o en documentos adicionales.

Si bien la Corte Interamericana ha sido reacia a declarar oficialmente que tales fallas en la administración de justicia son generalizadas o sistemáticas cuando no existe prueba irrefutable de ello³⁴, el recurrente tratamiento de fondo de estos derechos supone al menos una percepción de que sí existe un conjunto de fallas en la administración de justicia de los Estados que, en caso de no ser generalizada o generalizable a todos los individuos bajo la jurisdicción del Estado en cuestión, y en la medida en que sea posible encontrar simultáneamente patrones comunes o «típicos» en las víctimas de los casos tramitados contenciosamente ante la Corte Interamericana, constituiría una nueva violación a los derechos humanos reconocidos, particularmente al principio «intersectorial» de la no discriminación, que en el Sistema Interamericano se incluye en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Gráficamente, los resultados obtenidos fueron los siguientes:

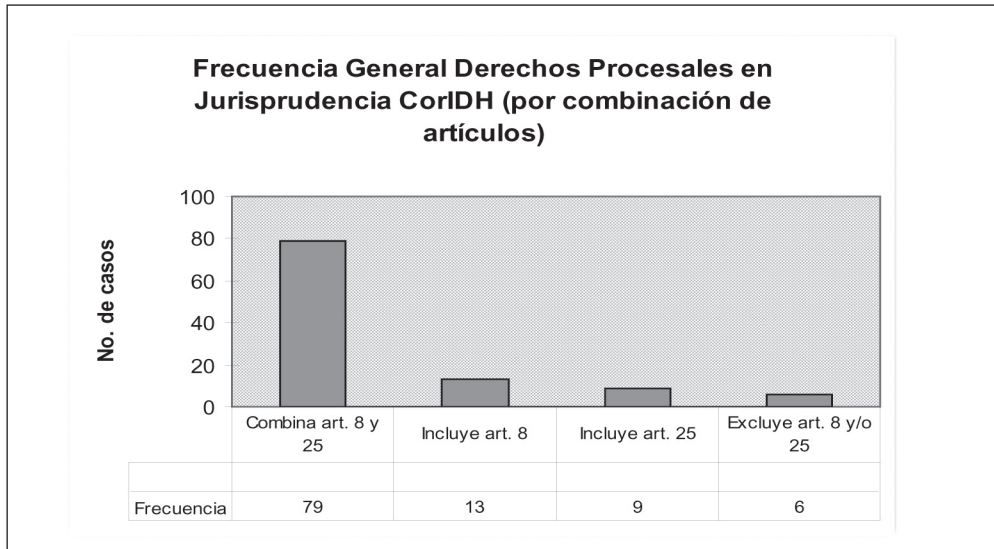
Casos conocidos CorIDH	Frecuencia	%
Incluye der. procesales	101	94,39
Excluye der. procesales	6	5,61
Total	107	100,00

³⁴ Ver, *inter alia*, caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, cit.; caso Aptiz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N.º 182, párrs. 123, 135, 148 y 184, y caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C N.º 30, párrs. 86-87, respecto de la llamada «conciencia jurídica sandinista» de los jueces militares de dicho Estado y la posible afectación de su imparcialidad.



Ahora bien, los valores totales pueden ser desagregados en función de cuál o cuáles derechos de naturaleza procesal fueron alegados y/o declarados judicialmente como violados en el conjunto de los casos tramitados de fondo por la Corte.

Casos conocidos CorIDH	Frecuencia	%
Combina art. 8 y 25	79	73,83
Incluye art. 8	13	12,15
Incluye art. 25	9	8,41
Excluye art. 8 y/o 25	6	5,61
Total	107	100,00



La observación de los datos anteriormente expuestos confirma en los hechos la jurisprudencia de la Corte, en el sentido de que si bien se trata de derechos de contenido diferente, la protección judicial (artículo 25 de la Convención Americana) requiere también la implementación de las garantías judiciales (artículo 8 de la Convención Americana). No obstante, la relación entre la frecuencia de alegación y/o declaración judicial entre estos derechos «procesales» con la frecuencia de violación a los derechos «sustantivos» en la jurisprudencia nos permitirá completar la doctrina sostenida por la Corte Interamericana desde sus inicios, según la cual estos dos derechos (garantías judiciales y protección judicial) se relacionan de forma especial con las obligaciones generales de los Estados, es decir, que la efectividad de los derechos humanos descansa sobre unas garantías de tipo jurídico, particularmente sobre la administración de justicia, posición que ha sido acogida también por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que ha sido incluida como un elemento importante en la elaboración de indicadores de desempeño en materia de derechos económicos, sociales y culturales por parte de la Comisión Interamericana³⁵.

Adicionalmente, al comparar los índices de frecuencia de alegación y/o declaración judicial de violaciones a los derechos de naturaleza procesal con los índices de frecuencia de alegación y/o declaración judicial de violación a los demás dere-

³⁵ Ver ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS – COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, 2008, OEA/Ser.L/V/II.132. Doc. 14 rev. 1. 2008.

chos convencionalmente protegidos, podemos observar dos situaciones bastante particulares, una de alcance general para la doctrina internacional sobre los derechos humanos y otra de carácter mucho más específico: la aparición de categorías de víctimas de discriminación de tipo «jurídico» en los Estados, lo cual, a su vez, puede ser indicativo del nivel de legitimidad real de los Estados de Derecho. Lo anterior se encuentra en sintonía con los desarrollos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expuestos en diversos «Informes Especiales», en los cuales el acceso a la justicia y la necesidad de adecuación de los ordenamientos jurídicos internos ocupan un papel preponderante en la consecución de la efectividad de los derechos humanos³⁶.

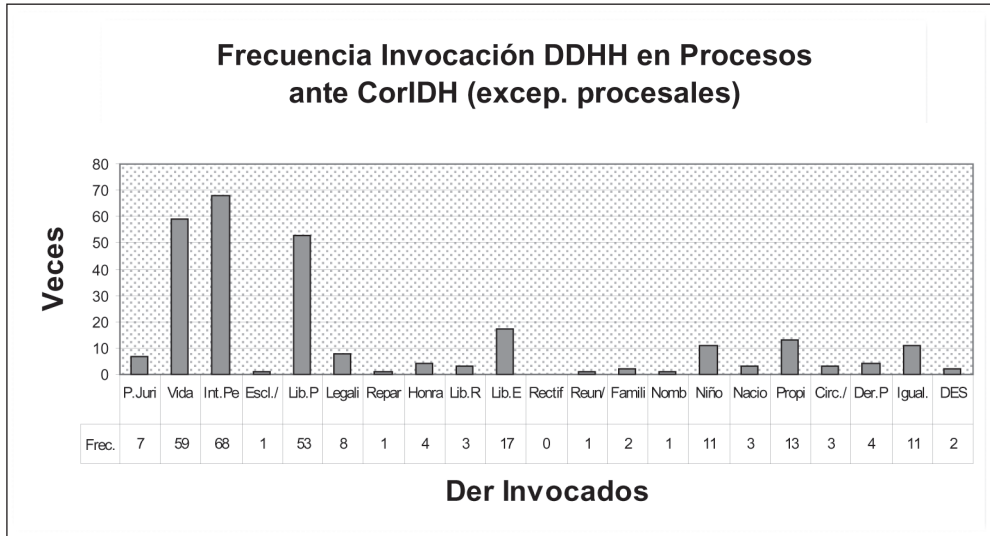
De manera general, a partir de la comparación entre los niveles de frecuencia de violaciones a los derechos procesales respecto de los «derechos sustantivos» queda comprobado que, en la práctica, carece de sentido mantener las categorías que diferencian radicalmente el contenido de los derechos de «primera», «segunda» y «tercera» generación al encontrarse todos mezclados en las relaciones interindividuales reales que tienen lugar al interior de un contexto espacio-temporal como un Estado. Los intentos por reducir la complejidad de la realidad a partir de categorizaciones absolutas o mediante la pretensión de incomunicabilidad de sus elementos es una teorización que puede ser útil a tareas especulativas³⁷ pero que en la práctica no conlleva, en nuestra opinión, más que a reduccionismos que suscitan problemas en la adjudicación judicial de derechos y obligaciones a partir de una visión limitada de la realidad. Para el caso concreto de los derechos económicos, sociales y culturales, por ejemplo, la Comisión Interamericana ha hecho suya la posición de la Corte, en el sentido de que reconoce la «necesidad de que el sistema judicial garantice la igualdad de armas [debido a que] la desigualdad real entre las partes en un proceso determina el deber estatal de adoptar todas aquellas medidas que permitan aminorar las carencias que imposibiliten el efectivo resguardo de los propios intereses»³⁸.

³⁶ Ver, *inter alia*, los siguientes documentos de la ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS – COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de estándares fijados por el Sistema Interamericano de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4. 2007; *Informe Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 2007 e *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política*. OEA/Ser.L/V/II.134 Doc. 63. 2009.

³⁷ Ver, sobre este tema, la crítica a los estudios meramente teóricos realizada por Podgórecki, a través de una punzante crítica a la teoría luhmanniana, a la cual describe como el «típico intento germánico por construir una semiteoría abstracta y [exclusivamente] conceptual», PODGÓRECKI, Adam. *A sociological theory of law*, Milán, Giuffrè, 1991, pág. 258.

³⁸ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS – COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Informe El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y cul-*

Gráficamente, excluyendo los derechos procesales, los resultados sobre la frecuencia de invocación de los Derechos Humanos convencionalmente protegidos ante la Corte Interamericana son los siguientes:



Der. Invoc	Frec.	%
P. Jurídica	7	6,54
Vida	59	55,14
Int. Personal	68	63,55
Escl / Servid	1	0,93
Lib. Personal	53	49,53
Legalidad	8	7,48
Reparac.	1	0,93
Honra	4	3,74
Lib. Relig.	3	2,80

turales. Estudio de estándares fijados por el Sistema Interamericano de derechos humanos, 2007, cit., párr. 227.

Der. Invoc	Frec.	%
Lib. Expres.	17	15,89
Rectific.	0	0,00
Reun / Asoc	1	0,93
Familia	2	1,87
Nombre	1	0,93
Niño	11	10,28
Nacional	3	2,80
Propiedad	13	12,15
Circ. / Resid.	3	2,80
Der. Políticos	4	3,74
Igual. Ley	11	10,28
DESC	2	1,87

A través de esta gráfica se verifica la intuición general prevaleciente entre los familiarizados con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y con la historia de Latinoamérica en general, en el sentido de que la jurisprudencia de la Corte Interamericana —y lo mismo puede decirse de la Comisión Interamericana— presenta una alta frecuencia en invocación a ciertos derechos convencionales de carácter sustantivo. Esto es, que existe una desviación significativa de la frecuencia de invocación de derechos recurrentemente violados. Así, vemos una alta concentración de casos en los cuales se solicita la protección de la integridad personal (63,55%), la vida (55,15%) y la libertad personal (49,53%). Estos resultados, por lo demás, resultan consistentes con la percepción de Latinoamérica como una región geopolítica con tendencia a una alta concentración de violaciones a derechos humanos específicos como consecuencia de los fenómenos políticos ocurridos en los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como las dictaduras y guerras internas cuyas consecuencias jurídicas en materia de derechos humanos

aún no finalizan³⁹, y además por la limitación a la competencia material de la Corte Interamericana impuesta por los Estados parte⁴⁰.

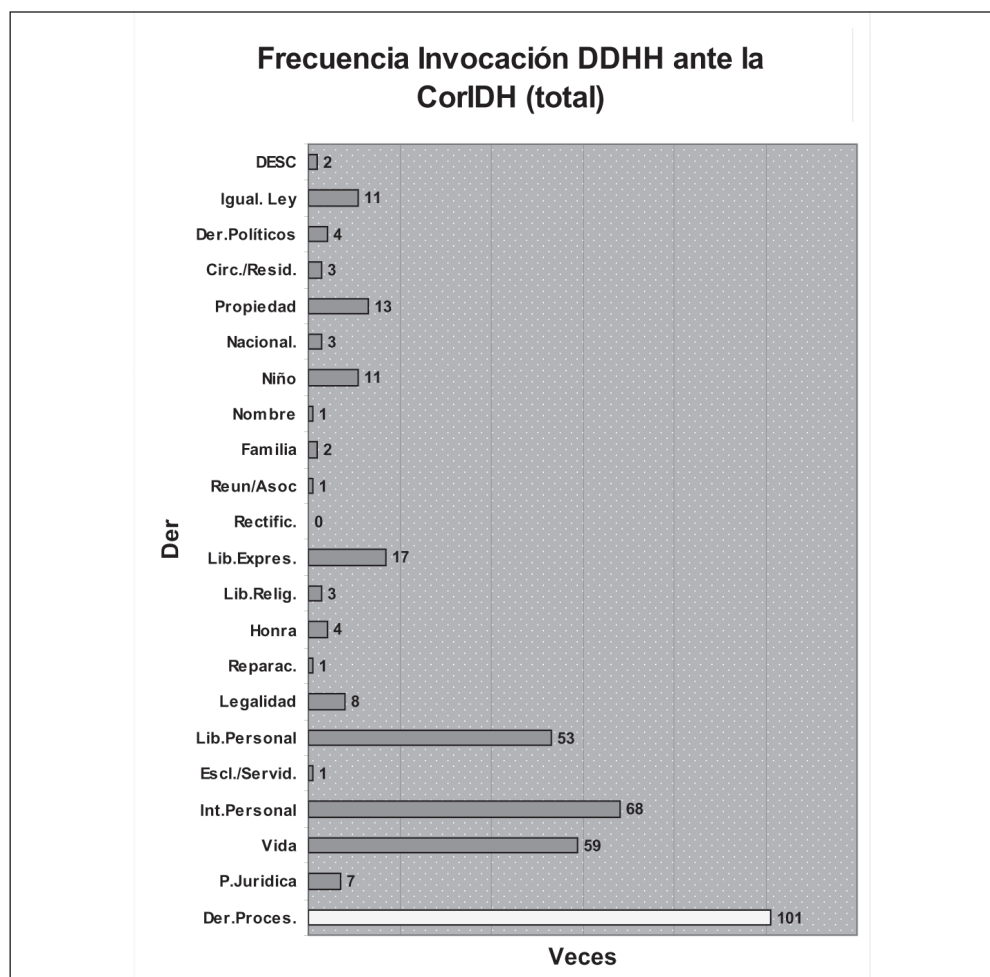
La alta concentración de invocaciones a los derechos sustantivos sistemáticamente violados en el ámbito de competencia geográfica de la Corte Interamericana resulta aún más radical en lo referido a los derechos procesales. Si bien anteriormente habíamos anticipado que sólo en 6 de los 107 casos tramitados de fondo por la Corte Interamericana durante el período abarcado en el estudio se había omitido la invocación a los derechos de naturaleza procesal, la estadística resulta mucho más clara acerca de la importancia práctica de tales derechos cuando se compara la frecuencia de su invocación en conjunto con los demás derechos convencionalmente protegidos, de tipo sustantivo.

Como demuestran los gráficos a continuación, existe una diferencia porcentual de alrededor de 31 puntos entre la invocación de derechos procesales y el derecho sustantivo más frecuentemente invocado ante la Corte Interamericana en procesos contenciosos (integridad personal). Más allá de la objeción válidamente intuitiva de que en la medida en que los derechos procesales son transversales y los sustantivos tienen un objeto más delimitado y que debido a tal razón existe una mayor

³⁹ Para ilustrar lo anterior, baste con mencionar los casos *Ticona Estrada Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N.º 191; *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, cit.; *Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C N.º 177 (libro sobre masacre ocurrida durante la dictadura militar en Argentina), *Goiburú y otros Vs. Paraguay*, cit.; y *Almonacid Arellano Vs. Chile*, cit. (hechos de 1973 y 1978), que son casos con sentencias de fondo proferidas entre 2006 y 2009 (es decir, recientes), adelantados con ocasión de hechos y violaciones ocurridos entre 1970 y 1980, o trabajos de investigación periodística a propósito de dictaduras militares ocurridas en dicha época. Existen otros casos en trámite, también relacionados con hechos también acaecidos durante episodios de dictaduras, guerras internas y/o inestabilidad política hace más de veinte años, como el caso *Chitay Nech Vs. Guatemala*, actualmente en trámite ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁰ De los siete instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos con la categoría de tratado de derecho internacional (Convención Americana, Protocolo de «San Salvador», Protocolo relativo a la Pena de Muerte, Convención contra la Tortura, Convención contra la Desaparición de Personas, Convención de «Belém do Pará» y Convención sobre Discapacidad), sólo dos de ellos (Convención Americana y Protocolo de «San Salvador») poseen cláusulas expresas de competencia a la Corte Interamericana, la cual para el caso del Protocolo se limita a su vez a los artículos 8.a y 13. Los otros tratados o bien contienen una atribución de competencia confusa (las Convenciones sobre Desaparición Forzada y sobre Tortura) o bien limitan las atribuciones de competencia únicamente a la Comisión Interamericana. El debate sobre la aplicación que le ha dado la Corte Interamericana a las Convenciones sobre Desaparición Forzada y sobre Tortura, respecto de las cuales ha afirmado expresamente su competencia contenciosa (ver, entre muchos otros, caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, cit.) y el debate sobre si la Corte Interamericana aplicó o no la Convención de «Belém do Pará» en el caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N.º 160 lo dejaremos de lado, haciendo únicamente una declaración de constancia de los mismos.

probabilidad de que estadísticamente aparezcan más frecuentemente invocados, los resultados graficados y las correlaciones establecidas sobre coincidencias entre derechos procesales y sustantivos contribuyen a establecer un marco idóneo para determinar si las violaciones a derechos sustantivos, que son las que motivan en primer lugar la actividad de las víctimas, primero a nivel interno y subsidiariamente a nivel internacional, han provocado una violación adicional, esta vez de carácter procesal, por parte del Estado obligado de forma general a garantizarlos, como reiteradamente ha manifestado la Corte Interamericana⁴¹.

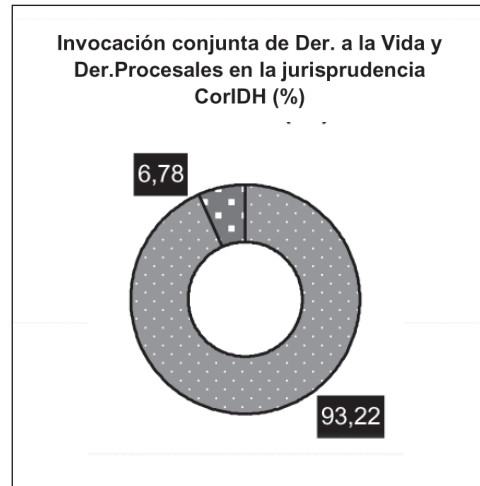


⁴¹ Ver, *inter alia*, caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, cit., párrs. 104-113, especialmente los párrs. 110 y 112.

Como se observa claramente, los derechos procesales ocupan frecuentemente las deliberaciones de la Corte Interamericana en los casos contenciosos. Los siguientes gráficos demuestran, por su parte, cómo en el ámbito interamericano los hechos constitutivos de una violación a los derechos humanos de carácter sustantivo han conllevado una violación subsiguiente de derechos procesales, evidenciando fallas en la administración de justicia que, como veremos posteriormente, se han concentrado de forma significativa en torno a ciertas categorías de víctimas.

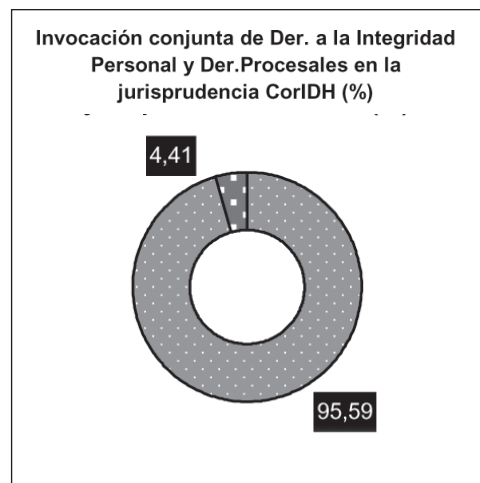
Derecho a la Vida	Frecuencia	%
Invocó 8 + 25	48	81,36
Invocó sólo 8	4	6,78
Invocó sólo 25	3	5,08
Vida exclusivamente	4	6,78
Total	59	100,00

Derecho a la Vida	Frecuencia	%
Invocó der. procesales	55	93,22
No invocó der. procesales	4	6,78



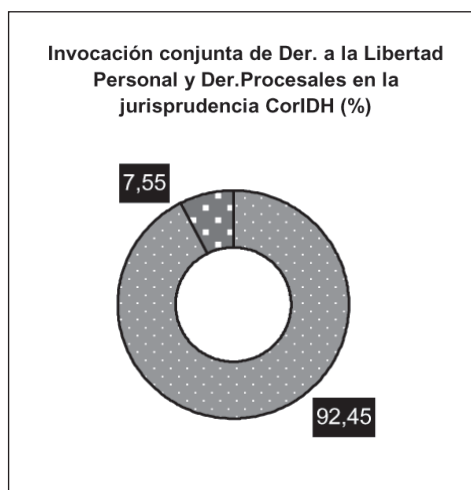
Der. Integridad Personal	Frecuencia	%
Invocó 8 + 25	56	82,35
Invocó sólo 8	6	8,82
Invocó sólo 25	3	4,41
Integridad exclusivamente	3	4,41
Total	68	100,00

Der. Integridad Personal	Frecuencia	%
Invocó der. procesales	65	95,59
No invocó der. procesales	3	4,41



Der. Libertad Personal	Frecuencia	%
Invocó 8 + 25	41	77,36
Invocó sólo 8	5	9,43
Invocó sólo 25	3	5,66
Integridad exclusivamente	4	7,55
Total	53	100,00

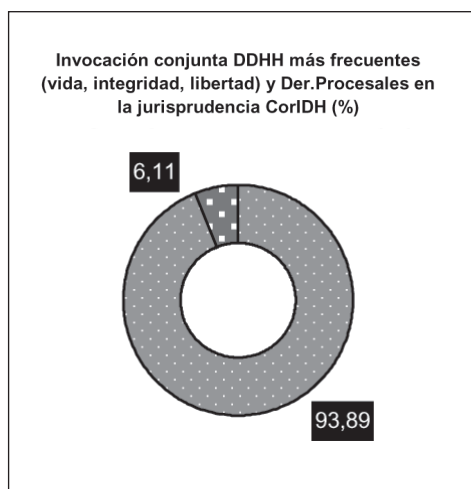
Der. Libertad Personal	Frecuencia	%
Invocó der. procesales	49	92,45
No invocó der. procesales	4	7,55



Baste, para efectos del presente apartado, mencionar que en los casos en los cuales se ha invocado por lo menos uno de los tres derechos sustantivos más frecuentemente vulnerados en los casos tramitados ante la Corte Interamericana, a saber: integridad personal, vida y libertad personal, se ha invocado igualmente la violación de los derechos procesales convencionalmente protegidos (garantías judiciales y protección judicial), o al menos uno de éstos, como se observa a continuación.

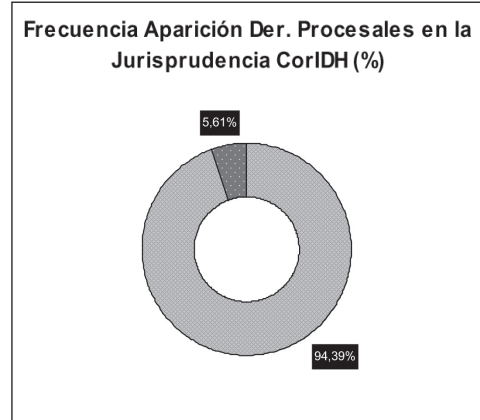
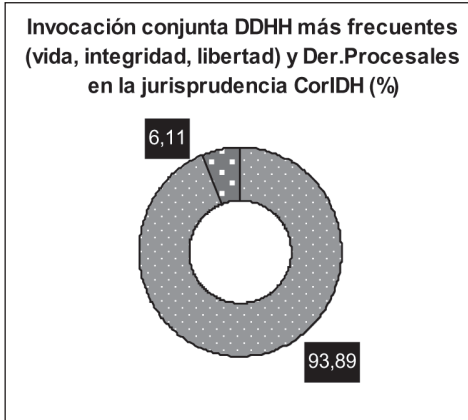
Der. Sustantivos	Frecuencia
Vida (invocó der. proc.)	55
Integridad (invocó der. proc.)	65
Libertad (invocó der. proc.)	49
No invocó der. proc.	11
Total	180

Der. Libertad Personal	Frecuencia	%
Invocó der. procesales	169	93,89
No invocó der. procesales	11	6,11



Esta tendencia es consistente con la frecuencia general de invocación de derechos procesales en los procesos contenciosos tramitados ante la Corte Interamericana. De hecho, la variación porcentual entre la invocación general de derechos procesales (94,39%) y la invocación de los mismos conjuntamente con los tres

derechos más frecuentemente invocados (93,89%) es de sólo 0,5%. Gráficamente la comparación es la siguiente:



El hecho de que los porcentajes se mantengan relativamente estables entre los derechos sustantivos más frecuentemente invocados, y que el porcentaje agregado (tratando conjuntamente los tres derechos) se mantenga estable respecto de la invocación de derechos procesales en general, es una evidencia suficiente de que en el Sistema Interamericano las situaciones fácticas que han dado origen a los procesos tramitados contenciosamente ante la Corte Interamericana se han originado con una violación a un derecho sustantivo (especialmente vida, integridad personal y libertad personal), los cuales en la gran mayoría de los casos han sido causa a su vez de nuevas violaciones a los derechos humanos, esta vez de naturaleza procesal. Si bien no en todos los casos de violaciones sustantivas a los derechos humanos convencionalmente protegidos han tenido origen en actores oficiales o reconocidamente estatales⁴², las violaciones subsiguientes consistentes en la violación de los derechos

⁴² En algunos casos se llega a plantear la sospecha de participación activa de agentes oficiales del Estado demandado en las violaciones a los derechos humanos de carácter sustantivo, pero no llega a declararse en función de la ausencia de elementos probatorios que permitan a la Corte Interamericana afirmarlo con certeza. Ver, por ejemplo, los casos *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* cit., así como los casos de las «masacres» (*Mapiripán*, cit.; *Ituango*, cit.; *Pueblo Bello*, cit., y la *Rochela* [Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C N.º 163]) *Vs. Colombia*. Los párrafos 120 a 123 de la sentencia sobre el caso «Mapiripán» resultan muy ilustrativos por ser la contestación de la Corte al alegato de Colombia en el sentido de que aceptaba la responsabilidad internacional del Estado, pero luego limitó tal reconocimiento a que no se atribuyera al «Estado los actos de los paramilitares que ejecutaron dicha masacre», a lo cual la Corte respondió que «si bien los hechos [del caso fueron cometidos por terceros], la preparación y ejecución de la masacre no hubiera sido posible sin la colaboración,

procesales de las víctimas sí que son atribuibles en todos los casos directamente al Estado, particularmente por la ausencia de debida diligencia en la administración de justicia a nivel interno. De hecho, encontramos un grupo de cinco casos en los cuales sólo se invoca la violación de derechos de naturaleza procesal ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Particularmente, esta situación se presenta en los casos *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, *Albán Cornejo Vs. Ecuador* y *Comunidad Moiwana Vs. Surinam* (en los cuales se invocó simultáneamente la violación de garantías procesales y protección judicial), junto al caso *Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú* (en el cual se invocó únicamente la violación a la protección judicial).

Estos casos constituyen una prueba de que los derechos procesales no son concebidos como derechos forzosamente conexos a violaciones previas, sino también como derechos autónomos, y que su invocación no se realiza por la parte demandante únicamente como forma de satisfacer requisitos procesales de admisibilidad en el trámite internacional, sino que cuando son invocados ante la Corte Interamericana efectivamente media un trasfondo fáctico suficiente para evidenciar una violación autónoma a las garantías procesales consagradas convencionalmente, y de que dichas violaciones autónomas de derechos de naturaleza procesal pueden tener como víctimas a personas diferentes de las que sufrieron otras violaciones antecedentes relacionadas, como cuando la Corte ha declarado judicialmente a los familiares de víctimas de violaciones a los derechos humanos como nuevas víctimas dentro de tales procesos. La naturaleza fáctica diferenciada de los cinco casos antes citados es garantía de tal conclusión. Finalmente, el caso *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú* es un buen ejemplo de cómo los derechos de naturaleza procesal pueden ser objeto de violaciones «autónomas» no relacionadas con otros derechos reconocidos convencionalmente de naturaleza más sustantiva. Es más, la Corte Interamericana estableció que la violación de los derechos procesales puede ser origen de afectaciones a derechos de carácter sustantivo⁴³, como lo

aquiescencia y tolerancia [...] del Estado [y que si bien] no existen pruebas de que el Estado dirigiera directamente la ejecución de la masacre [resulta claro que tales hechos] son atribuibles a Colombia en la medida en que [los paramilitares] actuaron de hecho en una situación y en zonas que estaban bajo el control del Estado». Este razonamiento sería seguido por la Corte Interamericana en los siguientes casos de las «masacres».

⁴³ A propósito de la solicitud hecha por los intervinientes comunes para que se declarara judicialmente la violación de los derechos económicos, sociales y culturales de las víctimas en el caso, dijo la Corte que «Lo declarado por la Corte fue que el Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención [...] respecto de las presuntas víctimas, en razón de la falta [de] un efectivo acceso a la justicia» y agrega que «La Corte es conciente de que las violaciones a dichas garantías necesariamente tuvieron consecuencias perjudiciales para las presuntas víctimas, en tanto que cualquier cese tiene consecuencias en el ejercicio

fue para el caso la afectación subsiguiente a los derechos económicos, sociales y culturales agrupados bajo la figura del «desarrollo progresivo» del artículo 26 de la Convención Americana.

Las cifras anteriormente expuestas nos permiten concluir, entonces, que los derechos procesales han sido, por amplio margen, los derechos más invocados como violados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, al comparar las cifras del Sistema Interamericano de Derechos Humanos con su par europeo en materia de invocación y declaración judicial de violación a los derechos procesales del Convenio Europeo de Derechos Humanos, observamos una mayor incidencia estadística en los casos tramitados ante la Corte Interamericana.

A falta de mejores fuentes de información disponibles⁴⁴, nos basamos en dos elementos para nuestra afirmación. Según Ovey & White⁴⁵, durante el año 2000 se registró un total de 10 486 nuevos casos ante la Corte Europea de Derechos Humanos, de los cuales 7264 invocaban la violación del artículo 6 del Convenio Europeo (equivalente al artículo 8 de la Convención Americana), lo cual supone que la frecuencia de invocación en dicho año fue de 69,27% respecto del total de casos registrados en dicho período.

Como salta a la vista, la sola cifra de casos nuevos registrados en el año 2000 supera enormemente el número total de casos tramitados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a lo largo de toda su historia, siendo el artículo 8 (garantías judiciales) invocado en el 85,98% de los casos⁴⁶, con lo cual el Sistema Interamericano, a pesar de su significativo menor número de casos mantiene una mayor frecuencia de invocación a las garantías judiciales equivalente al 16,71%, que consideramos suficientemente relevante. Adicionalmente, en el informe estadístico publicado por la Corte Europea de Derechos Humanos sobre su jurisprudencia entre 1998 y 2008⁴⁷, encontramos un total de 3380 decisiones en las cuales la Corte declaró la violación a los derechos de naturaleza procesal del Convenio Europeo (artículos 6 y 13, equivalentes a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana)

y goce de otros derechos propios de una relación laboral». Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C N.º 158, párr. 136.

⁴⁴ El propósito y alcance del presente trabajo no permite extendernos mucho en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, por lo que nos limitaremos a usarlo de forma puntual como elemento de control a los resultados obtenidos en el análisis de la jurisprudencia interamericana.

⁴⁵ OVEY, Clare; WHITE, Robin, *op. cit.*, pág. 139.

⁴⁶ Este resultado se obtiene de contabilizar los casos en los cuales ha sido invocado el artículo 8 de la Convención Americana, de forma individual o conjunta con el artículo 25.

⁴⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Report The European Court of Human Rights. Some Facts and Figures. 1998-2008*. Council of Europe, 2008, pág. 13.

que representan el 36% de los 9398 casos fallados por esa Corte en los cuales encontró violación de al menos un derecho humano protegido por el Convenio.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana muestra que usualmente la invocación de derechos procesales en un proceso contencioso conlleva a la declaración judicial de su violación a partir del acervo fáctico/probatorio contenido en las sentencias dictadas por la Corte Interamericana. Basados en lo anterior, evidenciamos cómo la diferencia porcentual en cuanto a fallos decididos es igualmente significativa. Mientras sólo en el 36% de las sentencias (en las cuales se encontró violación a normas convencionales) dictadas por la Corte Europea de Derechos Humanos se declaró la violación a derechos humanos de naturaleza procesal, en el 94,39% de los casos tramitados por la Corte Interamericana a lo largo de su historia se ha declarado lo mismo. Es decir que, basándonos en dichas cifras, la frecuencia de violaciones a los derechos humanos de naturaleza procesal es 58,39% mayor en el Sistema Interamericano que en el Sistema Europeo de Derechos Humanos.

A partir de lo anterior podemos concluir una concentración bastante significativa de violaciones a los derechos de naturaleza procesal en el Sistema Interamericano, a pesar de ser un sistema que ha tramitado comparativamente muy pocos casos. Consideramos entonces que resulta muy relevante descubrir quiénes son las víctimas de los casos tramitados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y si existe un patrón común a ellas, especialmente si existe algún tipo de características que permita agruparlas, a lo cual dedicaremos el siguiente apartado del presente escrito.

4. CARACTERÍSTICAS TÍPICAS DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS DE NATURALEZA PROCESAL

Hasta el momento hemos reflejado una alta concentración de violaciones a los derechos de naturaleza procesal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso para un derecho frecuentemente invocado en otros sistemas de derechos humanos, como el europeo. Sin embargo, la observación de los hechos y la identificación de las víctimas de los procesos tramitados de forma contenciosa evidencia no sólo la alta concentración en materia de derechos humanos cuya violación se invoca (de carácter sustantivo y procesal), sino también una alta concentración de ciertas características de las víctimas de tales violaciones.

La lectura de la jurisprudencia y la relación de los hechos con las víctimas también revela una situación que consideramos muy relevante, y es que entre las causas que originaron la violación sobresalen dos características. Algunas de las víctimas sufrieron una violación como consecuencia de ciertas particularidades, en la cual se destaca pertenecer a la oposición al gobierno, o que al menos los perpetradores de la violación consideren como tal a la víctima, lo cual ha sido tristemente frecuente en

los casos analizados. En otros casos observamos que las violaciones a los derechos humanos recaen sobre personas que poseen características concretas, es decir, que son agrupables por rasgos intrínsecos a los mismos que, posiblemente, pueden haber contribuido a aumentar su vulnerabilidad, ya no por causa de sus actividades (como en el caso de opositores) sino por su misma condición, como ocurre por ejemplo con la mayoría de los casos en los cuales se documentan menores de edad entre las víctimas de violación a los derechos humanos en el Sistema Interamericano.

La agrupación de las víctimas en tales categorías que hemos denominado «típicas» en razón de su alta frecuencia se ha analizado a partir de la constancia jurisprudencial de que las víctimas pertenecían a las mismas. Es decir, en los casos en los cuales no existe una certeza procesal de que la víctima del caso podía identificarse como perteneciente a alguna de las categorías típicas encontradas no se categorizó a la víctima por inferencia. Lo anterior con el fin de garantizar la objetividad de los resultados obtenidos. La escogencia de los hechos probados de los casos como fuente de información sobre las características de las víctimas obedece a que, a diferencia de la documentación basada en informes generales expedidos por organizaciones internacionales, en la información oficial emitida unilateralmente por los Estados o de la documentación surgida a partir de compilaciones de carácter «vivencial», los procesos contenciosos a nivel internacional (y para nuestro caso particular ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos) suponen un proceso «dialogal con reconocidas garantías para que tanto la parte demandante como los Estados demandados participen en la fijación judicial de los hechos sub júdice, con lo cual es posible calificar dicha información como «confiable», en la medida en que ha sido contrastada de forma tripartita, por la parte demandante (Comisión Interamericana y representantes comunes), por el Estado demandado y por la Corte misma.

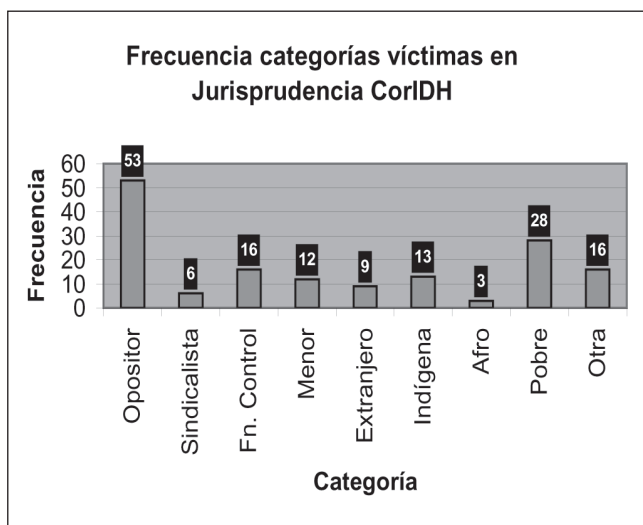
De los 107 casos analizados, encontramos que sólo en 13 ocasiones no existió constancia de que las víctimas pertenecieran a por lo menos una de las nueve categorías más frecuentes entre las víctimas de los casos tramitados y decididos de fondo por la Corte Interamericana. Los demás casos, es decir, los 94 restantes, incluyen en sus hechos la constancia de que las víctimas satisfacían al menos una de las dos condiciones siguientes: Sufrieron violación a sus derechos humanos convencionalmente protegidos por causa o con ocasión de la realización de algunas actividades o su pertenencia a ciertas organizaciones, o bien sufrieron violaciones a sus derechos humanos por condiciones personales coincidentes con ciertos grupos socialmente vulnerables.

Puntualmente, encontramos que existe una alta concentración de víctimas en nueve categorías, cuyo concepto detallado dejaremos para un trabajo posterior. Las primeras tres corresponden a actividades desarrolladas por las víctimas que fueron causa de la violación, a saber: opositores al gobierno, sindicalistas, y personas que poseen alguna competencia que sirve de control al poder del Estado (incluyendo a

miembros de la rama judicial y a defensores de derechos humanos). Las otras seis categorías corresponden a condiciones personales de las víctimas que pudieron facilitar la violación de la que fueron objeto, a saber: menores de edad, extranjeros, indígenas, afrodescendientes, personas que viven en reconocida pobreza y otras minorías reconocibles como tal. En la categoría de «otras» hemos incluido las referidas al género y a los discapacitados. Ello no se debe a un descuido ni menos a una intención de invisibilización de los problemas relacionados con género o discapacidad y derechos humanos. Sin embargo, la existencia de convenciones específicas sobre estos dos temas concretos en el contexto interamericano y la limitación a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las disposiciones de dichas convenciones limitan los alcances del presente estudio en esos dos temas particulares⁴⁸.

Gráficamente, las víctimas se agrupan de la siguiente forma:

Categoría	Frecuencia
Opositor	53
Sindicalista	6
Fn. Control	16
Menor	12
Extranjero	9
Indígena	13
Afro	3
Pobre	28
Otra	16



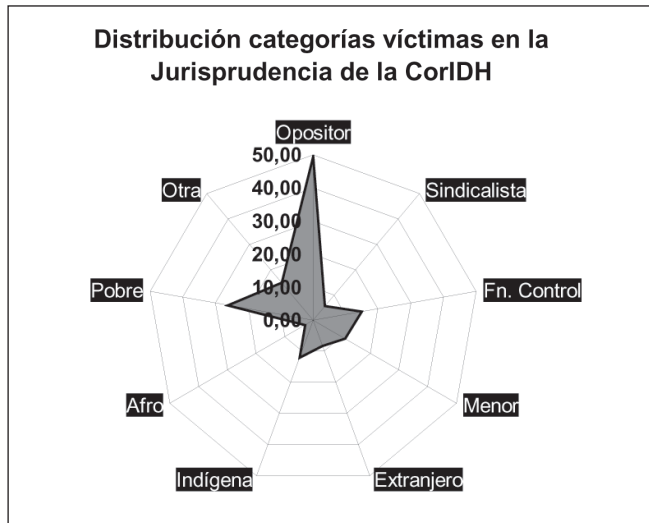
La posibilidad de agrupación de víctimas en sólo nueve categorías y que éstas supongan un total de 94 casos, es decir, el 87,85% de los 107 casos contenciosos decididos por la Corte Interamericana hasta enero de 2009 es por sí solo un dato indicador de rasgos muy particulares de los derechos humanos en el ámbito intera-

⁴⁸ En un estudio más amplio adelantado simultáneamente, en el cual se incluye también los casos tramitados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que cuentan con Informes de Fondo o de Solución Amistosa sí se incluyen categorías específicas para estos dos importantes temas del derecho internacional de los derechos humanos.

americano, coincidente con los derechos sustantivos más frecuentemente violados por parte de los Estados (integridad personal, vida y libertad personal, respectivamente).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos permite extraer la conclusión de que la concentración de las víctimas según las nueve categorías se puede representar de la siguiente forma:

Categoría	%
Opositor	49,53
Sindicalista	5,61
Fn. Control	14,95
Menor	11,21
Extranjero	8,41
Indígena	12,15
Afro	2,80
Pobre	26,17
Otra	14,95



Como se observa, de los 107 casos, en el 49,53% la(s) víctima(s) pertenecía(n) y/o era(n) percibida(s) por los perpetradores de la violación como miembros de algún tipo de oposición al gobierno del Estado. Ello resulta grave, en la medida en que evidencia que el Estado de Derecho en los Estados parte del Sistema Interamericano no ha sido históricamente capaz de ofrecer y garantizar los derechos humanos a quienes disienten del oficialismo de turno. Pero consideramos igualmente grave la concentración de víctimas que pertenecen a las categorías de «persona que vive en reconocida pobreza» (26,17% de incidencia) y de «persona que ejerce alguna función de control al Estado o al Gobierno» en la cual se incluye a jueces en general y también a líderes sociales y defensores de derechos humanos (14,95% de incidencia). En una región geográfica reconocida por altos niveles de pobreza⁴⁹ y por la violación a los derechos humanos resulta preocupante que las víctimas de tales violaciones resulten siendo, en un porcentaje relevante, personas que vivían en reconocida pobreza.

⁴⁹ Ver, *inter alia*, UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM. *Human Development Report. 2007/2008. Fighting climate change: human solidarity in a divided world*, 2008.

Sin embargo, la correlación que puede establecerse entre la frecuencia de violaciones a los derechos humanos contra víctimas «típicas» y la alta frecuencia de violación a los derechos de naturaleza judicial o procesal en la jurisprudencia interamericana, incluyendo los datos que demuestran que las violaciones a derechos sustantivos generalmente han desencadenado nuevas violaciones (esta vez a derechos procesales), revelan la existencia de una categoría que hemos denominado «minorías jurídicas», por cuanto las violaciones iniciales cometidas contra las personas pertenecientes a las categorías no son corregidas por el ordenamiento jurídico ni por la administración de justicia estatal. Esto es particularmente relevante al constatar que categorías como «opositor» y «persona que vive en reconocida pobreza» ocupan los dos mayores porcentajes de víctimas.

Según lo anterior, se encuentra demostrado que los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos no han cumplido con sus obligaciones generales de garantía respecto de los opositores y de los pobres bajo su jurisdicción, al fallar en prevenir (cuando no actuaron por sí mismos) la ocurrencia de violaciones a los derechos humanos contra opositores y pobres, así como de las demás categorías de «víctimas típicas». Sin embargo, tal incumplimiento se profundiza aún más cuando se observa que tales violaciones han sido seguidas de violaciones subsiguientes a sus derechos humanos de naturaleza procesal por la ausencia de debida diligencia en la investigación, sanción a los responsables y reparación judicial por causa de la violación originaria, constituyéndose así en elementos para identificar a tales víctimas como «minorías jurídicas», puesto que el Estado de Derecho deja de lado sus intereses, desprotegiéndolos al inaplicar normas de derecho vigente que formalmente están instituidas para proteger a todas las personas dentro de la jurisdicción del Estado sin discriminación alguna. Los datos evidencian que, para el caso concreto de las víctimas pertenecientes a la categoría de «opositor», en 52 de los 53 casos existió, además de la invocación a normas convencionales de carácter sustantivo, la invocación de violación de derechos de carácter procesal (artículos 8 y/o 25 de la Convención). Esta operación, por lo demás, arroja resultados similares para las otras ocho categorías de agrupación de víctimas de violaciones a sus derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como se observa en la siguiente gráfica:

Categoría	Opositor	Sindicalista	Fn. Control	Menor	Extranjero	Indígena	Afro	Pobre	Otra
Total invoc.	53	6	16	12	9	13	3	28	16
Invoc. conj.	52	5	15	12	8	13	3	28	16

De los 68 casos en los cuales se invocó violación al derecho a la integridad personal, en 37 ocasiones (54,41%) las víctimas pertenecían a la categoría «opositor». Para el caso del derecho a la vida, encontramos que 32 de las 59 invocaciones (54,23%) a la violación de tal derecho correspondía a «opositores». Finalmente, para el tercer derecho humano de carácter sustantivo más frecuentemente invocado, el derecho a la integridad personal, encontramos que en 29 casos de un total de 53 (54,71%) la víctima correspondía a la categoría de «opositor». Ello significa que, para el caso concreto de los opositores, la violación de los derechos a la vida, integridad y libertad personales no ha sido investigada por parte del Estado, particularmente por parte de la administración de justicia del Estado, creándose una discriminación, de tipo jurídico, en contra de quienes son opositores y de quienes son percibidos como tales (aunque no lo sean realmente) dentro de un Estado. Conclusiones similares pueden extraerse también de las víctimas pertenecientes a las demás categorías de víctimas «típicas» de las violaciones a los derechos humanos recopiladas en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, coincidente con la existencia de grupos o categorías de personas de las cuales puede afirmarse que son «discriminadas por el derecho», es decir, «minorías jurídicas».

5. CONCLUSIÓN

A través del análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre casos contenciosos nos propusimos determinar las relaciones entre la alta frecuencia de invocación y/o declaración judicial de violación a los derechos humanos de naturaleza procesal convencionalmente contemplados (artículos 8 y 25) y la aparición de características comunes a las víctimas de dichos casos contenciosos. Para ello debimos demostrar que los derechos humanos de naturaleza procesal poseen un contenido y alcance particular que los hacen susceptibles de violaciones autónomas relacionadas o no con otras violaciones a derechos humanos de carácter más sustantivo. Así, no puede afirmarse que siempre que se ha invocado la violación a los derechos procesales convencionalmente protegidos (contenidos en los artículos 8 y 25) ello obedezca a una estrategia de litigio tendiente a agotar requisitos procesales ante la jurisdicción internacional, como la Corte Interamericana ha corroborado a través del contenido de sus sentencias, en las cuales ha precisado el contenido y alcance de dichos derechos.

El análisis estadístico de la jurisprudencia interamericana también ha permitido determinar la alta concentración de violaciones a los derechos humanos, particularmente en cuanto a los derechos de la vida, la integridad y la libertad personales, lo cual es consecuente con los fenómenos políticos acaecidos en la región desde la segunda mitad del siglo xx, así como a las limitaciones de la Corte Interamericana

en cuanto a su competencia para conocer de forma contenciosa casos concernientes al contenido de ciertos tratados. Se resalta así la labor de la Corte Interamericana para integrar, dentro de los límites impuestos por la seguridad jurídica y el desarrollo del objeto y fin de la Convención Americana, los contenidos de los derechos reconocidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Evidenciamos que en la jurisprudencia interamericana existe una frecuencia de invocación de violación a los derechos humanos de contenido procesal proporcionalmente mayor a la presente en la jurisprudencia del sistema europeo, dado que en el 94,39% de los casos se invocó al menos uno (cuando no ambos) de los derechos contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Verificamos también que tal invocación conjunta se mantiene igual en términos porcentuales al desagregar los datos de acuerdo con cada uno de los derechos humanos sustantivos invocados en los casos tramitados ante la Corte Interamericana.

La tendencia a la concentración en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se limita solo a las disposiciones jurídicas cuya violación se invoca, sino también a las víctimas de las mismas. En concreto, encontramos que la gran mayoría de las víctimas de los casos analizados guardan características comunes que permiten agruparlas fácilmente en un conjunto relativamente reducido de categorías. La alta concentración de víctimas en dichas categorías se constituye en un indicador del nivel de protección y garantía que brinda el Estado a los diferentes grupos bajo su jurisdicción o, en otras palabras, es indicativo del grado de efectividad real del discurso de legitimidad estatal basada en derechos humanos de los Estados, a partir de un modelo weberiano de definición (descriptiva) de los derechos humanos en el esquema de los Estados de Derecho contemporáneos⁵⁰.

La combinación de datos en cuanto a la invocación de violaciones a los derechos convencionales de naturaleza procesal y de naturaleza sustantiva junto con el análisis de categorización de las víctimas de los casos estudiados a partir de la comprobación de ciertas características arrojó como resultado que en el ámbito interamericano se verifica la existencia de personas y grupos que no encuentran apoyo jurídico para la protección de sus derechos humanos, siendo discriminados por el derecho vigente y constituyendo lo que hemos denominado «minorías jurídicas». Esta clase de minorías está compuesta por víctimas que, tal como los «opositores»⁵¹, sufrieron violaciones a sus derechos humanos «sustantivos» y se vieron también vulnerados debido a la ausencia de «debida diligencia» en los procesos tendientes a proteger sus intereses, incluso aquéllos de contenido fundamental, como las normas de dere-

⁵⁰ AYMERICH, Ignacio, óp. cit.

⁵¹ Grupo que, como observamos anteriormente, constituye casi la mitad de las víctimas en los casos tramitados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del período analizado.

chos humanos. La existencia de dichas minorías resulta indicativa de falencias en el cumplimiento de las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos, particularmente en cuanto al principio de no discriminación.

En este sentido, los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tanto la Comisión como la Corte, se han visto en la tarea de suplir ciertas prácticas de la administración de justicia estatal respecto de las víctimas «típicas» de violaciones a sus derechos humanos. Dicha tarea se ramifica en dos aspectos, uno general y uno particular. El primero de ellos se verifica cuando se fijan prácticas a seguir por los Estados (estándares) y a través del ejercicio del llamado «control de convencionalidad»⁵². El segundo de ellos se verifica cuando, al decidir casos particulares, subsana las fallas encontradas en la administración de justicia, particularmente a través de la declaración de violación de los derechos convencionales de naturaleza procesal y cuando por medio de sus disposiciones sobre reparaciones cierra el círculo de la violación concreta, al ordenar que la administración de justicia estatal impulse nuevamente las investigaciones internas correspondientes hasta verificarse el cabal cumplimiento de las obligaciones generales del Estado respecto de la víctima concreta y/o sus familiares.

El análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana permite concluir, finalmente, que en el ámbito interamericano el ordenamiento jurídico no siempre satisface el principio de prohibición de discriminación, ejerciéndose de forma desigual, y actuando menos eficientemente cuando los intereses a proteger se circunscriben a personas con características coincidentes a las categorías que hemos identificado como víctimas «típicas» de las violaciones a los derechos humanos presentes en los casos analizados. Por lo anterior, y toda vez que la deficiente administración de justicia es indicador de un déficit de legitimidad estatal, los jueces estatales deben afrontar el gran reto de hacer efectivas las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos, muy relacionadas con el principio de prohibición de discriminación en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos reconocidos formalmente a todas las personas bajo la jurisdicción estatal.

⁵² Según la Corte IDH, «los tribunales locales no deben limitarse a analizar si una ley es o no inconstitucional, sino que el poder judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad» entre las normas jurídicas [y] la Convención Americana». Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, cit., párr. 124, y caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N.º 162, párr. 173, *inter alia*. Sin embargo, ésta es una especificación de doctrina ya existente de la Corte, expuesta en Compatibilidad de un Proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A N.º 12 y Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A N.º 14.

Para finalizar, reiteramos algo que habíamos mencionado a lo largo del presente escrito, en el sentido de que, en general, los jueces dentro de un Estado son un buen referente para analizar el grado de implementación real de las normas vigentes y, en consecuencia, resultan una excelente fuente de información para promover los ajustes necesarios al ordenamiento jurídico a fin de incrementar la efectividad de las normas sobre derechos humanos. En otras palabras, la judicatura y la administración de justicia son un elemento imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones generales de los Estados contempladas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Autores

- ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. «Presentación», en HART, Herbert L. A. «Utilitarismo y derechos naturales», en *Estudios de filosofía y derecho*, n.º 6, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- AYMERICH, Ignacio. *Sociología de los derechos humanos. Un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. «Derechos fundamentales», en CABO, Antonio de, PISARELLO, Gerardo. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001.
- KRAWIETZ, Werner. «The concept of law re-visited: a new approach to theory and sociology of law», en FERRARI, Vincenzo (ed.). *Proceedings of the international congress of sociology of law for the ninth century of the University of Bologna*, Milán, Dott a Giuffrè, 1988.
- OVEY, Clare, WHITE, Robin. *Jacobs & White European Convention on Human Rights*, 3.ª ed., New York, Oxford, 2002.
- PODGÓRECKI, Adam. *A sociological theory of law*, Milán, Giuffrè, 1991.
- WEBER, Max. *Sociología del Derecho*, Granada, Comares, 2001.

6.2. Organizaciones y tribunales internacionales

- ABO AKEDEMI UNIVERSITY. *Report of Turku Expert Meeting on Human Rights Indicators*. Turku/Åbo. Finland. 2005.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, 2008*, OEA/Ser.L/V/II.132. Doc. 14 rev. 1. 2008.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General N.º 32*, 2007.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Report The European Court of Human Rights. Some Facts and Figures. 1998-2008*. Council of Europe, 2008.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS – COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de estándares fijados por el Sistema Interamericano de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II.129. Doc. 4. 2007
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS – COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de vio-*

lencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 2007

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS – COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política*. OEA/Ser.L./V/II.134 Doc. 63. 2009.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM. *Human Development Report. 2007/2008. Fighting climate change: human solidarity in a divided world*, 2008.

6.3. Instrumentos internacionales

CONSEJO DE EUROPA. Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. 4.XI.1950. CETS No. 005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado en el III Período Ordinario de Sesiones. 1980. Reformado en el LXI Período Ordinario de Sesiones. 2003. Adicionado durante su Octogésimo Período Ordinario de Sesiones. 2009.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos. General Assembly Resolution 217 A, 1948.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI), 1966.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. ONU. Doc. A/Conf.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Resolución 2200 A (XXI), 1966.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana de Derechos Humanos. Serie sobre Tratados OEA No. 36, 1969.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Serie sobre Tratados OEA No. 67, 1985.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador». Serie sobre Tratados OEA No. 69, 1988.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Serie sobre Tratados OEA No. 73, 1990.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas. Adoptada en Belém do Pará en junio de 1994.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belém do Pará». Adoptada en Belém do Pará en junio de 1994.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad. Aprobada en Ciudad de Guatemala en junio de 1999.

ORGANIZACIÓN PARA LA UNIDAD AFRICANA. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5 I.L.M. 58 (1982).

6.4. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

6.4.1. Casos contenciosos

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C N.º 1.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Sentencia Serie C N.º 2.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C N.º 3.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N.º 4.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de agosto de 1990. Serie C N.º 10.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C N.º 30.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C N.º 36.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N.º 52.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo y otros

Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C N.º 72.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso «La última tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N.º 73.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N.º 74.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N.º 107.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N.º 127.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de Mapiripán. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N.º 134.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N.º 140.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C N.º 148.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.

- Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C N.º 153.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N.º 154.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C N.º 158.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C N.º 160.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N.º 162.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C N.º 163.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C N.º 166.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N.º 170.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C N.º 177.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C N.º 179.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Aptiz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N.º 182.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C N.º 186.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ticona Estrada Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C N.º 191.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C N.º 196.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C N.º 197.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Acevedo Buendía y otros («Cesantes y Jubilados de la Contraloría») Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo,

Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C N.º 198.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C N.º 199.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de julio de 2009. Serie C N.º 200.

6.4.2. *Opiniones consultivas*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Garantías Judiciales en Esta-

dos de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N.º 9.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Compatibilidad de un Proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A N.º 12.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A N.º 14.

