



INGRESO 2017 MÓDULO II

**CONCEPTUALIZACIÓN Y CONOCIMIENTO DEL DERECHO:
APRENDIZAJE INICIAL DEL FENÓMENO JURÍDICO**

AUTORES: HUGO DUCH, LORENA A. IVARS Y CECILIA MOYANO PREGAL



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO



FACULTAD DE DERECHO



Diseño de tapa: Mariana Ruggeri

Diagramación: Cecilia Moyano Pregal - Lorena A. Ivars de Dotto

Copyright 2016 by Facultad de Derecho – Universidad Nacional de Cuyo

Derechos reservados. *All rights reserved*

Duch, Hugo; Ivars, Lorena; Moyano Pregal, Cecilia.

Ingreso 2017. Módulo II: CONCEPTUALIZACIÓN Y CONOCIMIENTO DEL DERECHO: APRENDIZAJE INICIAL DEL FENÓMENO JURÍDICO. 1° ed.- Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Derecho, 2016.

120 p.; 29 x 21 cm

1. Derechos Humanos. 2. Tratados internacionales. 3. Derecho a la vida.
4. Derecho al medio ambiente.



Autoridades

FACULTAD DE DERECHO

DECANO

Abog. Ismael Farrando

VICEDECANO

Dr. Fernando Pérez Lasala

CONSEJO DIRECTIVO

CONSEJEROS PROFESORES

Prof. María Gabriela Abalos, María Josefina Tavano, Susana García, Juan Carlos Carrillo, María Alejandra Ferrer, Julio Alberto Carrizo

CONSEJERO AUXILIAR DOCENTE

Prof. Fabiana Martinelli

CONSEJEROS EGRESADOS

Leandro G. Rodríguez Pons, Carlos Gustavo Duch;

CONSEJEROS ALUMNOS

Abel Exequiel Giménez, Alejandro Corti; Santiago Daniel Gatica

CONSEJERO PERSONAL DE APOYO ACADEMICO

Miguel Ángel Gallardo

REPRESENTANTES ANTE EL CONSEJO SUPERIOR

Prof. Irene Patricia Pujol, Alumno Mauro González Encina

SECRETARIO ACADÉMICO

Dr. Hugo S. Duch

SECRETARIA DE POSGRADO

Mgter. Silvia Salzman

SECRETARIA ADMINISTRATIVA

Abog. Esp. María Elena Olguín

SECRETARIA ECONÓMICO FINANCIERO

Mgter. Claudia Cabut



**SECRETARIO DE EXTENSIÓN UNIVERSITARIA
Y RELACIONES INSTITUCIONALES**

Abog. Esp. Sandra Casabene

SECRETARIA DE ACCIÓN SOCIAL Y BIENESTAR ESTUDIANTIL

Abog. Prof. Matías M. M. Mussuto

SECRETARIA DE GRADUADOS

Abog. Laura Farfán

DELEGADO DE CIENCIA Y TÉCNICA

Dr. Carlos Diego Martínez Cinca

COORDINADOR DE DECANATO

Mart. Públ. Marcelino Sebastián Mendoza

FUNDACIÓN COOPERADORA

FACULTAD DE DERECHO

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

PRESIDENTE

Abogado Alejandro Gullé

VICEPRESIDENTE

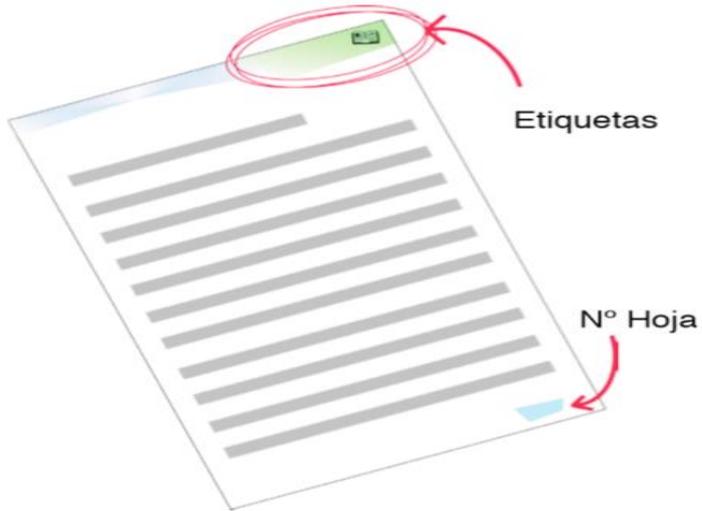
Abogado Julio Carrizo

TESORERO

Abogado José V. Valerio



Hoja Tipo



Íconos



Etiqueta de Texto:



Etiqueta de Actividades



Etiqueta de Normativa:



Etiquetas de Anexo:



Índice

PRÓLOGO.....	7
OBJETIVOS DEL APRENDIZAJE.....	10

UNIDAD I:

LA IMPORTANCIA DEL LENGUAJE.....	12
¿QUIEN ES UN BUEN ORADOR?.....	13
CÓMO LEER UN TEXTO JURÍDICO.....	13
PARA LEER UNA LEY – ACTIVIDADES.....	13
PARA LEER UN CONTRATO – ACTIVIDADES.....	15
PARA LEER LIBROS JURÍDICOS – ACTIVIDADES.....	17
PARA LEER UNA DECISIÓN JURÍDICA – ACTIVIDADES.....	18
FUNCIONES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA-JUDICIAL.....	28
ACTIVIDADES.....	31
PROBLEMAS QUE UNA NOTA ESENCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS PLANTEA A LA FILOSOFIA DEL DERECHO.....	34
ACTIVIDADES.....	42

UNIDAD II:

EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS.....	44
ACTIVIDADES.....	48
LOS DERECHOS HUMANOS SE AFIRMAN FRENTE AL PODER PÚBLICO.....	49
LOS LÍMITES LEGÍTIMOS A LOS DERECHOS HUMANOS.....	51
ACTIVIDADES.....	53
DERECHO A LA VIDA.....	54
ACTIVIDADES.....	57

UNIDAD III:

MECANISMOS DE INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS AL DERECHO INTERNO.....	64
OPERATIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS DE FUENTES INTERNACIONALES.....	70
ACTIVIDADES.....	72
LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS.....	73
ACTIVIDADES.....	76
LOS DERECHOS INDIVIDUALES EN EL DERECHO SUPRANACIONAL.....	83
DISTINTAS FUENTES SUPRANACIONALES.....	84
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	87
ACTIVIDADES.....	89
EL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO HUMANO.....	90
ACTIVIDADES.....	96
DERECHO DE DAÑOS EN EL AMBIENTE A LA LUZ DEL DERECHO ARGENTINO Y EL CÓDIGO CIVIL YCOMERCIAL.....	98
CONCLUSIONES.....	104
ACTIVIDADES.....	105

Anexo

Links.....	113
------------	-----



Prólogo

A partir del ingreso 2016, esta Casa de Altos Estudios ha modificado la manera de enfocar la preparación para todo aquel que tenga aspiraciones de ser matriculado como alumno activo, es decir, un ingreso concebido partiendo de la idea de que la carrera de grado comienza en esa etapa y no cuando ya hayan terminado de cursar y aprobar los módulos de ingreso: el de la virtualidad “Ser Estudiante de la UNCuyo”, el de Comprensión Lectora y, finalmente, el de Derecho.

Esto tiene su coherencia con el nuevo Diseño Curricular (Plan de Estudios) que fue elaborado con la participación de todos los claustros durante dos años y que fuera aprobado por unanimidad en nuestro Consejo Directivo y en el Consejo Superior en el 2016. En este marco, van a ser alumnos de esta Facultad, con un Diseño flexible, con nuevos espacios curriculares tales como Inglés en 1° y 2° año, Práctica Profesional Supervisada de 2° a 5° año, Mediación de 3° a 5° año, Metodología de la Investigación Jurídica en 4° y 5° año; con materias optativas en pares que van a direccionar un complemento al título, con todas las materias semestrales, con actividades en el aula virtual y con formatos de cátedras nuevos, tales como el taller. Los futuros abogados tendrán un nuevo perfil de mediador, con una impronta en la formación ética (transversalizada en todos los espacios curriculares). Un abogado nuevo, que esté a la altura de los nuevos desafíos que plantean las sociedades desarrolladas, para actuar en nuestro medio y a nivel internacional en el derecho privado y público; y ante los Organismos Internacionales.

Quienes lean estas páginas ya habrán aprobado los dos primeros módulos de este ingreso 2017 y, aunque les quede una etapa por transitar, ya han cumplido con éxito el 66% del mismo. Lo hecho hasta ahora es mucho, y lo considero así porque han superado un módulo virtual y otro de Lengua cuyo contenido está basado en los **Derechos Humanos en la Constitución Nacional y la Transversalidad en todo el Ordenamiento Jurídico. Estrategias de Comprensión Lectora y Producción de Textos**, con reglas específicas no solo de la Lengua, sino de la argumentación, que es de vital importancia en nuestro ámbito laboral.

También quiero resaltar que el módulo virtual y las Estrategias de Comprensión Lectora y Producción de textos han estado basadas en textos de Derechos Humanos y en la Constitución, y este diseño no ha sido casual, ya que la Comisión que se formó con las cinco facultades que intervinieron en el ingreso 2016/17, tiene la particularidad de considerar el ingreso “a la universidad”



y no “a la Facultad”, a saber: Artes y Diseño, Ciencias Políticas y Sociales, Derecho, Educación, Filosofía y Letras, apoyadas, coordinadas y respaldadas por nuestro Consejo Directivo y la Secretaría Académica de la U.N.Cuyo. De tal manera que antes de comenzar a cursar este tercer módulo ustedes han tenido la posibilidad de hacerlo en cualquiera de estas Unidades Académicas.

Esperamos que les sea de gran utilidad este ingreso y que refuerce las estrategias adquiridas en la escuela secundaria, ya que, casi sin darse cuenta, las posibles falencias en la comprensión de textos y sus efectos contraproducentes quedan más expuestos al comenzar con la vida universitaria.

Seguramente que los tres módulos no han alcanzado, pero tenemos la plena convicción de que les van a entregar herramientas importantes para que desde ahora pongan la voluntad suficiente para lograr los objetivos y las competencias para transitar una carrera universitaria con eficiencia.

Ser alumno de grado universitario implica tener una gran responsabilidad para afrontar el estudio, que es mucho, y tener también una gran vocación por el conocimiento y adquirir las competencias para luego ser un profesional destacado. Es una etapa, la que van a transitar, que los obliga a reflexionar permanentemente, pues el día de mañana muchas personas dependerán de vuestros conocimientos.

La contraprestación es nuestra obligación, pero para ello tenemos una Facultad con mucho prestigio en el medio, con un gran plantel de docentes, con personal de apoyo docente capacitado para atender todos y cada uno de sus requerimientos, con equipos disciplinarios e interdisciplinarios, profesionales especializados que les ayudarán a resolver conflictos y/o problemas con el estudio, y preparados para hacer un seguimiento con tutorías para aquellos que lo necesiten. Contamos a partir de este año 2017 con un nuevo Diseño Curricular (Plan de Estudios) con las características a las que me he referido en los primeros párrafos.

Las relaciones que van a tener con los distintos claustros, el de docentes, personal de apoyo académico, obviamente el de alumnos, sus pares, tienen que ser de respeto mutuo y sugiero que se den en el marco de la convivencia democrática con condiciones tales como el saber escuchar, respetar las ideas del otro, servirse mutuamente, respetar el “mundo” del otro, encontrarse sin confundirse, desear para el “otro” lo mejor pero sin imponérsele, ya que es él quien debe decidir por sí.

Esta última etapa del ingreso será de sumo interés para ustedes, ya que se trata de derechos cercanos y actuales a vuestras etapas de maduración evolutiva. Atiendan a sus profesores, lean el material, pregunten, lean todos los textos que se les recomiende y así se introducirán, casi sin darse cuenta, en el maravilloso mundo del derecho. También tendrán la oportunidad de escudriñar ese nuevo mundo para consolidar su vocación, que es tan importante para evitar fracasos.

Es el deseo de todo el equipo de ingreso que el tránsito por estas aulas sea fructífero, encontrando las herramientas necesarias para el inicio de una carrera universitaria, que hagan de la lectura un hábito permanente, de todos los días, y que les sirva de buen vehículo para el conocimiento. Que se puedan introducir en el mundo del derecho, entendiendo que no es solo la norma jurídica, y que tiene otras dimensiones: sociales, valores, culturales, científicas, etc.



*Ya les queda muy poco para ser alumnos nuestros, de ustedes depende,
¡Los esperamos!*

Transmito a todos ustedes un saludo cordial y afectuoso, en especial, del señor decano Dr. Ismael Farrando, del Vice decano Dar Fernando Pérez Lasala y, en general, de todo el equipo de gestión de esta Facultad de Derecho.

Dr. Hugo S. Duch
Secretario Académico

LOS OBJETIVOS DEL APRENDIZAJE

Durante la primera etapa del Curso de Ingreso, Ud. se encontró ante diferentes prácticas de lectura y de escritura que resultan comunes en el ámbito académico y para las cuales debió desarrollar herramientas básicas para la comprensión de los textos jurídicos, así como estrategias que le permitan construir y afianzar su aprendizaje.

Como ya sabe, el trabajo intelectual no se reduce solamente a la apropiación de un conocimiento, sino también a la posibilidad de transmitir el saber adquirido y poder aplicarlo a situaciones concretas. En pos de ello, la Universidad requiere que sus estudiantes estén dispuestos a la lectura reflexiva y crítica, y no al mero acopio de datos. En otras palabras, requiere del estudiante una lectura capaz de dar cuenta de la lógica de un texto y de su intención.

Por esta razón, se espera que, como estudiante de la Facultad de Derecho, pueda abordar los textos de la ciencia jurídica, analizarlos, estudiarlos, sintetizarlos y comunicarlos. Una vez superado el Módulo I, Ud. ya está entrenado para la lectura de textos más complejos y de contenido jurídico, como artículos de doctrina y fallos judiciales.

La problemática que vamos a desarrollar en esta etapa tiene que ver con los derechos humanos y los tratados internacionales de jerarquía constitucional. Si bien muchos de los temas a analizar en el material luego van a ser abordados en diversas asignaturas de la carrera -obviamente con mayor profundidad-, es importante que Ud. sepa utilizar diversas herramientas para el análisis conceptual de los temas a tratar y pueda vincularlos con la realidad.

Cualquiera sea el modo de desempeño como profesional, ya sea como Magistrado o funcionario judicial, funcionario público, abogado asesor o abogado litigante, siempre lo principal o central de su trabajo será resolver -o ayudar a resolver- casos o problemas concretos.

Si bien los operadores jurídicos buena parte de su tiempo realizan su trabajo oralmente (entrevista profesional, audiencias de testigos o absolución de posiciones, atención por los funcionarios y magistrados a los letrados y las partes, negociaciones, atención de pedidos de toda naturaleza), la parte sustancial de su trabajo consiste en escribir sobre derecho. Por ello, deberá pues, con alguna frecuencia, redactar documentos de una u otra índole, hacer contratos, resoluciones, escritos, sentencias, dictámenes, recursos, comentarios.

El soporte material de la obra intelectual del abogado es así una versión escrita que puede ser decisiva. Del mismo modo, es importante, a su vez, el dominio de la oratoria y la expresión oral, ya que cada vez en mayor medida, se van incorporando a la práctica forense las audiencias y procedimientos orales.



Es por esto que, desde el inicio de su formación, nos centramos en mejorar sus habilidades de comunicación y de expresión tanto escrita como oral, puesto que el profesional del derecho se desenvuelve con las citadas herramientas en el ejercicio de su labor.

Durante el desarrollo de la Unidad I vamos a destacar la importancia del lenguaje tanto oral como escrito desde el punto de vista jurídico; así como la relevancia de la argumentación y de la adecuada lectura e interpretación de los diversos tipos de textos jurídicos. También vamos a abordar un texto más complejo, donde Ud. pondrá a prueba las habilidades adquiridas hasta el momento, cuyo contenido es una síntesis perfecta de los temas trabajados en el Módulo I (iusnaturalismo y iuspositivismo), base teórica para cualquier análisis sobre los Derechos Humanos.

En la Unidad II, ya nos adentramos en concreto a analizar el concepto de los Derechos Humanos; en especial, trabajaremos con el concepto del Derecho a la Vida.

En la Unidad III, vamos a estudiar los diferentes modos en que se puede vincular los Derechos Humanos consagrados en los Tratados Internacionales y su adecuación con el derecho interno. Luego, revisaremos la importancia de la jerarquía constitucional de los mismos, para cerrar con el análisis del Derecho al Medio Ambiente.

Consideramos que -si bien esta metodología de estudio puede representar un obstáculo a superar si no la sabían aplicar de antes-, no obstante estamos convencidos que aprender mejor y con métodos modernos es intelectualmente un desafío mayor que repetir libros de texto, y hasta puede representar mayor inversión de tiempo, pero al final de cuentas quien dedica su tiempo y esfuerzo en ello obtiene la ganancia invaluable de haber adquirido y afianzado un saber disponible para toda su carrera laboral.

De esto modo, en estos primeros pasos, debe ser consciente de que gran parte de su formación depende de Ud. y del grado de responsabilidad y pasión que le dedique al estudio para una formación integral y de excelencia. Como reza el lema de nuestra universidad:

In spiritus remigio vita

("En el vuelo del espíritu está la vida")





UNIDAD I

LA IMPORTANCIA DEL LENGUAJE

GORDILLO, AGUSTÍN. *Introducción al derecho*, 1ª edición digital, Buenos Aires, FDA, 2000.
(Texto adaptado con fines educativos)

El lenguaje no sería utilizable si no hubiera algunos acuerdos convencionales sobre qué rótulos poner a qué cosas: hay, por ello, un uso común o convencional de las palabras. Pero ese uso común sirve de poco en el lenguaje científico pues, generalmente, carece de suficiente precisión, estando afectado de vaguedad y ambigüedad, es decir que frecuentemente una misma palabra puede ser utilizada en una gran diversidad de sentidos y que quienes la emplean no siempre están conscientes de cuál es el sentido en que la están utilizando en el momento, ni cuál el sentido en que la está utilizando su contendiente en la disputa. El uso común no solo se emplea en el lenguaje ordinario, sino también en el llamado lenguaje técnico o científico.

No existe ninguna obligación de atenerse al uso común, pero cuando empleamos una palabra de manera distinta al uso común, debemos informar a nuestros oyentes acerca del significado que le damos. Inversamente, cuando no informamos a nuestros oyentes del sentido en el que estamos usando las palabras, ellos tienen todo el derecho a considerar que las estamos usando en su sentido convencional; en otras palabras, que seguimos el uso común. Dicho de otra manera: "Cualquiera puede usar el ruido que le plazca para referirse a cualquier cosa, con tal de que aclare qué es lo que designa el ruido en cuestión."

Claro está, no siempre es conveniente apartarse del uso común, pues se corre el riesgo de no ser entendido o ser mal interpretado.

Queda dicho con lo expuesto que la definición de las palabras jurídicas, será casi siempre una cuestión de libertad de estipulación: pero esto no significa que carezca de importancia ni que pueda hacerse demasiado arbitrariamente. Tiene importancia, porque según el uso que demos a la expresión, así deberemos aplicar luego todas las demás consecuencias jurídicas pertinentes. La claridad del concepto que se estipule es un prerrequisito de la claridad de todo lo que luego se exponga sobre el tema.

Las buenas ideas no solo deben serlo sino también deben ser adecuadamente presentadas para una mejor comprensión de ellas. Líderes, gerentes públicos, profesionales, dirigentes



comunitarios requieren comunicar ideas y expresar claramente sus propuestas para poder movilizar las voluntades de sus seguidores, equipos de trabajo y comunidades.

¿QUIEN ES UN BUEN ORADOR?

1. El que informa bien. Informar, del latín *informare*, significa enterar, dar noticia de algo. Formar, perfeccionar a alguien por medio de la instrucción. Dar forma sustancial a algo.

2. Argumenta sólidamente. Argumentar, del latín *argumentare*, argüir, sacar en claro, descubrir, probar. Aducir, alegar, poner argumentos. Disputar, discutir, impugnar una opinión ajena. Sólidamente, con solidez, con razones verdaderas y firmes. Asentado, establecido con razones fundamentales y verdaderas.

3. Hace presente las fuentes que utiliza, fuente del latín: *fons- fontis*, manantial de agua que brota de la tierra. Principio, fundamento u origen de algo. Material que sirve de información a un investigador o de inspiración a un autor. Fuentes de información, confidencias, declaraciones o documentos que sirven de base para la elaboración de una noticia o reportaje periodístico.

4. Trasmite credibilidad, confianza. Con ello logra ganarse el respeto de la audiencia.

CÓMO LEER UN TEXTO JURÍDICO

Todos creemos que sabemos leer bien un texto jurídico, pero no suele ser así. Es fundamental, en la lectura, encontrar los puntos nodales o coyunturales, los ejes fundamentales de aquello que estamos leyendo.

Para leer una ley:

Lo primero es prestar atención al contexto político, social y económico del país y de la época. Hay que buscar en la realidad, las razones verdaderas que llevan a su dictado. Luego, al comenzar la lectura hay que buscar en su texto los puntos resolutivos de cuestiones concretas. Hay que hacer hablar a su texto.

ACTIVIDADES

Lea el fragmento de la ley de matrimonio civil e indague en internet cuáles han sido los fundamentos y las causas que dieron lugar al cambio legislativo.

a.- Extraiga al menos dos fundamentos.



- b.- Analice las repercusiones en los medios gráficos de comunicación y transcriba dos opiniones, una a favor y una en contra de la modificación de la ley. Detalle quiénes son los que emiten las opiniones y cite las fuentes periodísticas.
- c.- Busque en internet y transcriba el anterior artículo 172 del Código Civil de Vélez Sarsfield.
- d.- Busque en internet y transcriba el actual artículo del Código Civil y Comercial de la Nación que contempla la definición de matrimonio.
- e- Analice ambos artículos y desarrolle brevemente cuáles son las diferencias entre ambos textos.

MATRIMONIO CIVIL

Ley 26.618

Código Civil. Modificación

Sancionada: Julio 15 de 2010

Promulgada: Julio 21 de 2010

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

ARTICULO 1º — Modifíquese el inciso 1 del artículo 144 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma: 1. Cualquiera de los cónyuges no separado personalmente o divorciado vincularmente.

ARTICULO 2º — Sustituyese el artículo 172 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 172: Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

ARTICULO 3º — Sustituyese el artículo 188 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma: Artículo 188: El matrimonio deberá celebrarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, en su oficina, públicamente, compareciendo los futuros esposos en presencia de dos testigos y con las formalidades legales.



Si alguno de los contrayentes estuviere imposibilitado de concurrir, el matrimonio podrá celebrarse en el domicilio del impedido o en su residencia actual, ante cuatro testigos. En el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio.

El oficial público no podrá oponerse a que los esposos, después de prestar su consentimiento, hagan bendecir su unión en el mismo acto por un ministro de su culto.

Para leer un contrato:

Un contrato debe ser analizado para buscar su armonía interna y su letra chica, complementando con los hechos de las partes antes de celebrarlo y sobre todo en la ejecución del contrato. Resulta así que para estudiar el texto del contrato hay que estudiar la conducta de las partes en su ejecución, conforme los medios probatorios que el derecho admite.

ACTIVIDADES

Lea detenidamente el siguiente contrato de **LOCACION DE INMUEBLES PARA VACACIONES**:

Entre el señor MARTÍN POTRO, domiciliado en la calle MOLDES N° 896 de la ciudad de Mendoza, quien se identifica con DNI N° 25.742.057, en adelante llamado "el locador" y el Sr. CARLOS PÉREZ, domiciliado en la calle PERÚ 2567 de la ciudad de Mendoza, en adelante denominado "el locatario" convienen en celebrar el presente contrato de locación, conforme a las siguientes cláusulas y condiciones:

PRIMERO: El locador cede el uso y goce en locación de la finca ubicada en la calle Luzuriaga N°987 de la localidad de Vistalba, Luján de Cuyo y el locatario la recibe de común acuerdo en las condiciones en que se encuentra y que declara conocer por haberla visto antes de ahora. -

SEGUNDO: El bien dado en locación consta de cuatro dormitorios, cocina, dos baños, garaje, dependencias de servicio; encontrándose las instalaciones que lo componen en perfecto estado de funcionamiento. - - - - -

TERCERO: El precio de la locación se estipula en la suma total de pesos Veinte Mil Quinientos. (\$ 20.500)-----



La suma de pesos Diez Mil (\$ 10.000) fue abonada antes de este acto y el saldo de pesos .Diez mil quinientos (\$ 10.500) se obla a la firma del presente, sirviendo éste del más valido y eficaz recibo y carta de pago. - - - - -

CUARTO: El locador entrega el bien en locación durante la temporada veraniega comprendida entre las 20 horas del día 06 de febrero de 2017 hasta el 28 de febrero del mismo año, debiendo ser destinada únicamente a habilitarla con fines turísticos por el locatario y su familia, no pudiendo en consecuencia darle otro destino. La familia o grupo conviviente del locatario está compuesto por las siguientes personas: Sra. Marta López, esposa, y sus dos hijos menores de edad, Luis y Martina. ----

QUINTO: Dentro del precio de la locación se incluye el uso de los bienes muebles con los que está amoblado la finca y de los cuales se efectúa un inventario por separado conjuntamente con las instalaciones, el que firmado por las partes comprende un todo con el presente contrato.

SEXTO: La recepción de las llaves se hará el mismo día en que dé comienzo la locación y en el mismo lugar del bien arrendado, en el mismo acto se firmará el inventario *ut supra* mencionado, luego de haber procedido a su constatación. - - - - -

SEPTIMO: Los gastos de electricidad, gas, teléfono y mantenimiento del jardín serán a cargo única y exclusivamente del locatario, mientras dure la locación. - - - - -

OCTAVO: El locatario no podrá introducir en el inmueble ninguna clase de muebles, muy especialmente camas o colchones, sin la expresa autorización del locador, dada por escrito.--

NOVENO: Al momento de formalizar el presente contrato el locatario entrega al locador la suma de pesos Cinco Mil (\$ 5.000), en concepto de garantía por eventuales deterioros en muebles o instalaciones o en el inmueble en sí, la que no redituará interés alguno y será devuelta a la locataria en caso de indemnidad. A tal efecto se establece que todo desperfecto ocasionado durante la locación como: cortocircuitos, tapaduras de caños y piletas, desperfectos en el calefón, cocina y/o heladera, etc. serán abonados por cuenta exclusiva del locatario. - - - - -

DECIMO: El locatario deberá restituir el inmueble locado al término de la locación sin necesidad de interpelación alguna y en las perfectas condiciones. - - - - -

UNDECIMO: Ambas partes renuncian de común acuerdo a otra competencia que no sea los Tribunales Ordinarios de la Provincia de Mendoza, a fin de dirimir los litigios que surjan del presente contrato; renunciando a todo otro fuero o jurisdicción que pudiera corresponderles. Asimismo y a fin de que en él se realicen válidamente las notificaciones e intimaciones judiciales



o extrajudiciales correspondientes, las partes constituyen domicilio legal al efecto en sus respectivos domicilios y el locatario, durante el período que dura la locación en el bien locado.

CONTESTE LAS SIGUIENTES PREGUNTAS:

- 1.- Identifique las partes que celebran el contrato y distinga quién es el propietario del inmueble y quién el inquilino.
- 2.- ¿Cuántas cláusulas tiene el contrato?
- 3.- ¿Cuál es el valor del canon del contrato?
- 4.- ¿Cuál es el plazo de duración del contrato?
- 5.- ¿Qué se establece para el caso de que el inquilino no devuelva las llaves en tiempo y forma?
- 6.- ¿El locatario podría invitar a un grupo de amigos a pasar unos días en la casa con su familia? En caso de que la respuesta sea afirmativa, explique en qué condiciones podría hacerlo.
- 7.- ¿Quién es el obligado a pagar los impuestos y servicios del inmueble?
- 8.- ¿Cuál sería la finalidad del inventario?
- 9.- Consulte con su Profesor el significado del contenido de la cláusula **UNDÉCIMA**.

Para leer libros jurídicos

La doctrina de los libros y los artículos de revista vale como auxilio en el conocimiento y la interpretación del derecho, pero no es la fuente con la cual solucionar un planteamiento concreto de derecho en un caso singular. Su peso real no es el de su autor, sino el de sus argumentos. Por supuesto, los abogados, por su estilo retórico, utilizamos la doctrina como argumento de autoridad.

ACTIVIDADES

Lea el siguiente fragmento de texto y explique brevemente con sus palabras qué ha querido destacar el autor respecto de la Constitución.

La constitución inaugura un proceso jurídico cuya finalidad es servir al desarrollo de la vida de cada uno de los individuos que integran una comunidad. Paradojalmente, ella también es el resultado o constituye el cierre de un proceso político: la autodeterminación comunitaria.



La constitución es el plan maestro que esquematiza las formas y procedimientos que debe observar toda la producción jurídica de los poderes del Estado. No caben dudas de que es concretamente en esta relación de jerarquía lógico-estructural entre la constitución y el resto de las normas del sistema jurídico, donde puede afirmarse que la constitución disciplina y programa la configuración del cuándo, el cómo, el quién y el cuánto del ejercicio del poder coactivo. La constitución determina regiamente la producción de reglas jurídicas de alcance general; por consecuencia, regula la forma y, hasta cierto nivel, el contenido de la elaboración estatal.

Extracto del texto: “Enfoque sobre el mundo del Derecho Constitución y derechos fundamentales” de Raúl Gustavo Ferreyra.

Para leer una decisión jurídica

No hay diferencia entre el proceso de decisión del magistrado en un juicio, del abogado en un asunto o el funcionario en un expediente.

Tampoco la hay entre el peor posible error de un abogado con su cliente o un médico con su paciente: despreciar la capacidad de éste para penetrar la realidad y describir su caso.

El sistema del derecho o el mundo de la medicina no sirven para nada si el que lo aplica no logra, en el diagnóstico, identificar cuál es la realidad que tiene ante sí. Esa es la primera, quizás, la única, en todo caso la gran decisión a tomar.

a) La explicación de la decisión

En situaciones normales lo que se escribe en la sentencia no refleja todo lo ponderado por el tribunal. Por de pronto, a mayor experiencia del magistrado, más escueta en la fundamentación de lo que resuelve en sus sentencias: aprende el valor del silencio y el peligro de la verbosidad.

Los abogados en cambio, habitualmente no disponen de esa salida pues en su objetivo de convencer al Tribunal es posible que argumente de diversas maneras su caso, intentando demostrar su tesis desde los diversos ángulos bajo los cuales el juez pueda a su vez querer considerarlos.

El magistrado en su sentencia solo tiene que pensar cuales argumentos debe exponer para que un tribunal superior no diga que la sentencia es arbitraria por carecer de argumentación suficiente. Los hechos de la causa que son determinantes (para el magistrado) siempre se deben escribir, desde luego.



b) La lectura de un fallo

Muchos fallos son tan extensos que nos podemos perder en ellos, o tan escuetos que podemos pasarlos por alto, como si fueran menos importantes cuanto más breves son. Debemos precavernos de ambas cosas, tanto de dar demasiado tiempo a un fallo largo como muy poco a un fallo corto.

La importancia de un fallo, por cierto, no depende de su extensión o atractivo teórico sino de lo que decide.

c) ¿Qué buscar?

Para leer útilmente fallos es importante tener en claro ante todo que una sentencia es una decisión judicial frente a una situación de hecho determinada. Para ello, debo tratar en primer lugar de determinar cuál es la situación de hecho a la cual el fallo se refiere, cual es el problema planteado, cual es el caso en definitiva. Y a continuación cual es la decisión que el tribunal adopto, si admitió o rechazo la demanda, si fallo a favor de la actora o la demandada.

Si el fallo es ordenado y prolijo, encontraré al comienzo del fallo una descripción del conflicto y al final, poco antes de las firmas, cómo se lo resolvió.

En la decisión judicial hay pues dos momentos distintos: uno, en el que el juez va formando una hipótesis provisional de cómo resolver el caso. Otro, posterior, en que el juez va armando los fundamentos de la decisión que provisionalmente contemplaba. En ese proceso va ajustando, revisando o eventualmente corrigiendo la hipótesis inicial.

Lo que distingue a un buen de un mal trabajo jurídico no es tanto el argumento propiamente normativo, sino su profundidad en escudriñar las circunstancias de hecho, para resolver si corresponde encuadrarlas en una u otra de las tantas categorías que el derecho tiene.

La presencia excesiva de argumentos, si no son los centrales, desorienta la búsqueda y la lleva por caminos sin destino. Otras veces ocurren ambas cosas a la vez: el fallo omite las razones fundamentales y da razones que no son las que llevaron a tomar la decisión pero pueden en abstracto, objetivamente, fundarlas.

El derecho no es un ejercicio abstracto, es la solución de problemas concretos. Si se resuelve mal los problemas, no es buen derecho.

El modo de lectura de fallos que proponemos impide confiarse en las respuestas existentes. Contribuye a la creatividad. Mantiene la mente alerta. Prepara para los cambios que vendrán. ***Es reflexión, más que información.***



ACTIVIDADES

Lea el siguiente fallo judicial:

EXPTE. N° 251.xxx "C, M y OTR. C/ O.S.E.P. P/ ACCIÓN DE AMPARO".

MENDOZA, xx de mayo de 201x.

Y VISTOS: El llamamiento de autos para dictar sentencia de fs. 122, de los arriba intitulados,

RESULTA: I. A fs. 28/39 se presentan los Sres. M. C. y H. S. constituyendo domicilio procesal conjuntamente con sus patrocinantes, los Dres. J. A. y C. C.; e interponen acción de amparo, en contra de la Obra Social de los Empleados Públicos, O.S.E.P. con el objeto de que se condene a la demandada a solventar en forma integral y total los gastos que insuma el tratamiento de fertilización de alta complejidad ICSI en las oportunidades que fuere menester y hasta lograr el efectivo embarazo perseguido, como asimismo de todo tratamiento médico y/o farmacológico anterior y posterior que fuere necesario a favor de ambos accionantes, atento que el matrimonio ha padecido durante cuatro años a la fecha de una insistente infertilidad, por los antecedentes clínicos que describen.

Señalan los presentantes que luego de dos años de haber contraído matrimonio, comenzaron a buscar un hijo, no obteniendo respuestas positivas por lo que consultaron a la profesional del Programa de Fertilidad Asistida de la demandada, quien luego de practicar estudios que describen, indicó que a los fines buscados por los presentantes, éstos debían realizar el tratamiento de Fertilidad Asistida de Alta Complejidad (ICSI).

Refieren que la pareja inicia tratamiento en Osep, se solicita ingreso en Módulo III B en febrero de 2012 para iniciar tratamiento de Inseminación Intrauterina, cumplen los tres intentos no logrando embarazo evolutivo. Indican que la pareja inició Primer ciclo de tratamiento de alta complejidad en el año 2013, no logrando embarazo, por lo cual la médica tratante - Dra. A. P., solicita otorgar 2da. cobertura de Tratamiento de Alta Complejidad ICSI en fecha 29 de abril de 2015. Indican el diagnóstico: Infertilidad de 2° de 4 años de evolución, ENDOMETRIOSIS SEVERA. Destacan que estos tratamientos deben realizarse lo más urgente posible dado que, atento la patología, diagnóstico y demás circunstancias de los presentantes, el paso del tiempo es netamente perjudicial. Además indica el representante de los accionantes el diagnóstico de cada uno de ellos: infertilidad 2° grado de 4 años de evolución con endometriosis severa y factor masculino testastopermia.



Reseñan los actores que se presentaron en la OSEP con toda la documentación solicitada por la que se formó el expediente xxxx-C-201x a los fines de que la Obra Social “otorgue cobertura integral” a dicho tratamiento, obteniendo una respuesta negativa.

Este hecho motivo que en fecha 0x/0x/201x remitieran los presentantes una carta documento emplazando a los demandados a otorgar en el término de cinco días corridos, las prestaciones al 100 % de cobertura a los fines de llevar a cabo el tratamiento de fertilidad asistida de alta complejidad ICSI, conforme lo indicado por la profesional tratante; señalando que la demandada respondió en forma extemporánea, evasiva y con total mala fe.

Refiere un nuevo intercambio epistolar entre los actores y la demandada, el que resulta infructuoso.

Destaca que el costo del tratamiento al mes de abril de 201x y válido al mes de mayo de 201x (\$ 30.000) y que al haberseles contestado que no otorgarían la cobertura, fue que se solicitó nuevamente a CREO –Centro de Reproducción del Oeste- un nuevo presupuesto al mes de octubre de 2.015, el que tiene un costo de \$ 37.000, el que se mantiene hasta noviembre de 2.015 y que no incluye preservación de óvulos y embriones.

Destacan que, pese a que fue la misma Obra Social la que ha reconocido la necesidad del tratamiento indicado (a través de su médica tratante) y donde obra historia clínica, estudios e informes, ésta pretende limitar al mínimo su cobertura amparándose en la resolución que indica y resaltando que, pese al intercambio epistolar por ellos referido, la demandada se ha negado en forma absoluta a otorgar las prestaciones requeridas y debidas.

Cita jurisprudencia. Ofrece prueba y funda su pretensión en normas Constitucionales y sobre todo en la Ley Nacional de Fertilización Asistida N° 26.862.

II. Requerido que es el informe circunstanciado que dispone el art. 20 decr. Ley 2589/75, a fs. 75/91 se presenta la demandada OSEP, constituye domicilio legal contesta medida cautelar y contesta amparo (informe circunstanciado), solicitando el rechazo del mismo, con costas.

Efectúa una negativa general de los hechos contenidos en la demanda y en particular, niega: que OSEP se encuentre obligada a solventar en forma integral y total los gastos que insuma el tratamiento de fertilización in vitro por técnica ICSI y en las oportunidades que fuera menester y hasta lograr el embarazo perseguido como también todo tratamiento farmacológico anterior y posterior necesario a favor de los accionantes; niega la veracidad de los antecedentes clínicos, quirúrgicos, antecedentes alérgicos, gineco-obstétricos y factor masculino formulados por la parte actora; que iniciaran un tratamiento en OSEP y solicitaran ingreso a Módulo III B en febrero de 201x y también niega que cumpliera los 3 intentos no logrando el embarazo evolutivo; niega que la pareja realizara 1er. Ciclo de Alta Complejidad en el año 2013, no logrando el embarazo.



Niega que la médica tratante haya solicitado otorgar 2da. Cobertura de Tratamiento de Alta Complejidad ICSI, niega el intercambio epistolar aludido por los accionantes y niega que se siguieran y completaran los pasos indicados.

Asimismo, niega el intercambio postal referido por la actora, negando también los costos invocados por la parte actora y las patologías y dichos esgrimidos por los actores.

A renglón seguido destaca la naturaleza jurídico Institucional de OSEP y su potestad reglamentaria, para señalar, al referirse a la modalidad prestacional de la obra social, que los entes administrativos con objeto asistencial, tienen en general tres formas prestacionales: directa, o por medio de efectores propios; indirecta, por medio de efectores privados o públicos contratados o mixta, esto es, combinación de los dos sistemas anteriores, destacando que la OSEP tiene establecido un proceso mixto para lo que se encuentra legal y expresamente habilitada conforme a la competencia reglada que indica. Así, refiere que presta servicios en efectores propios, conforme describe y al mismo tiempo presta servicios por efectores privados contratados, indicando que la misma Carta Orgánica de la Obra Social establece que los Servicios y Prestaciones serán prestados en la medida de las posibilidades financieras de la repartición y de conformidad con su reglamentación.

Luego de hacer una reseña sobre la forma de administración de la Obra social, señala que OSEP, dentro de su facultad reglamentaria, ha dictado la Res. N° 157/2013 de Fertilidad Asistida, la cual contempla el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad petitionado en autos; así como modalidades de cobertura, criterios de inclusión, etc.; resaltando que en este aspecto los actores no presentan un diagnóstico que pueda considerarse de urgencia. Asimismo, solicita se tenga presente que la resolución N° 157/13 del H. Directorio de OSEP, establece los criterios o requisitos de inclusión para cubrir hasta tres intentos (máximos y únicos) de FIV o ICSI, que enumera.

Destaca en este punto que la actora reconoce haber iniciado el expediente administrativo que indica en el que solicita subsidio para tratamiento de fertilidad (2do. intento), habiéndose otorgado en fecha 15/05/ 2015 un subsidio de \$ 13.000 con cargo a rendir cuentas, conforme resuelto la Dirección de Atención para la salud, para segundo intento de tratamiento de Fertilidad Asistida de Alta Complejidad por técnica ICSI, y autorizando la provisión a través de Planes Especiales de la medicación necesaria. Acompaña prueba, señalando que a la fecha de la contestación, los actores no se han presentado en OSEP para cobrar el referido subsidio.

A renglón seguido, se refiere al emplazamiento formulado por los actores mediante CD a otorgarles prestaciones al 100 % de cobertura para llevar a cabo un tratamiento de fertilidad asistida de alta complejidad ICSI; habiéndoles hecho saber la OSEP que la práctica solicitada se encuentra dentro de la oferta prestacional regulada por la Resolución que indica y la suma de la que eran acreedores en concepto de segundo intento de Fertilización; habiendo recibido la Obra



Social un nuevo emplazamiento a otorgarle las prestaciones al 100 % de la cobertura a los fines de llevar a cabo el tratamiento de fertilidad asistida de alta complejidad ICSI.

Alega, por las razones que expone, la improcedencia de la acción intentada por cuanto la misma no reúne los requisitos y presupuestos exigidos por la ley para su procedencia y admisión formal y sustancial. Asimismo, sostiene que no hay urgencia para recurrir al amparo, que no hay acto administrativo que recurrir, definitivo y que cause estado para finalizar señalando la extemporaneidad de la acción intentada.

III. A fs. 101, se dicta el auto de sustanciación de la causa, aceptando el Tribunal la totalidad de la prueba ofrecida y ordenando su diligenciamiento; hecho, que llevan a cabo los litigantes, en la medida de su interés y hasta agotar la etapa respectiva.

A fs. 122, se llama Autos para Sentencia.

Y CONSIDERANDO:

I.- Que en el caso de marras los amparistas centran su pretensión en el marco de la Ley de Fertilización Asistida N° 28.682, que regula las técnicas de procreación médicamente asistida. Solicitan se reconozca el derecho constitucional a la salud consagrado por los arts. 14 bis y 42 C.N., 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratificado por Ley 23.313.

En consecuencia solicitan se condene a la demandada OSEP a solventar en forma integral y total los gastos que insuma el tratamiento de fertilización de alta complejidad ICSI, en las oportunidades que fuere menester y hasta lograr el efectivo embarazo perseguido, como asimismo de todo tratamiento médico y/o farmacológico anterior y posterior que fuere necesario a favor de ambos accionantes, en base a los antecedentes clínicos que relatan padecen los mismos, conforme diagnóstico referenciado por la profesional tratante.

Por su parte la demandada Obra Social de Empleados Públicos Osep, que resulta ser la prestadora de los servicios médicos sanitarios debidos - conforme ha sido reconocido por ambas partes-, solicita se rechace el amparo argumentando para ello que la parte actora reconoce haber iniciado el expediente administrativo N° xxxx-C-201x caratulado "C. M. s/ subsidio para tratamiento de fertilidad (2° Intento) y que en copia corre agregado a fs. 56/71.

Del expediente referenciado, puedo extraer las siguientes conclusiones: que en fecha 0x de mayo de 201x la Sra. M.C. solicitó se otorgue la "2da. Cobertura de Prestación Tratamiento de Fertilidad de Alta Complejidad (ICSI)", para lo cual adjuntó Resumen de Historia Clínica, Solicitud de 2da. cobertura ICSI firmada por la Dra. A. P., presupuesto firmado por la citada profesional y solicitud de medicamentos a utilizar para el tratamiento, que en copia corren agregados a fs. 59/61. A fs, 66, corre agregada copia de la Res. 97/2015, de fecha 1x de mayo de 201x por la cual se le otorga un subsidio con cargo a rendir cuenta por la suma de \$ 13.500, "para segundo intento de tratamiento de Fertilidad Asistida de Alta Complejidad por técnica IC-SI. Asimismo, autoriza "la



provisión a través del Departamento de Planes Especiales de la medicación necesaria para el tratamiento autorizado por la presente norma, indicando una cobertura al 100 % a cargo de Osep según lo dispuesto en la Res. 157/13 HD y sus modificatorias.

Asimismo a fs. 51/55 corre agregada copia de la Res. 157/2013 que “reformula” el Programa de Fertilización Asistida. Asimismo en su Anexo I, describe las características y condiciones del Tratamiento de Fertilización Asistida de Alta Complejidad (Técnica ICSI), donde puedo observar que el tope máximo del subsidio a otorgar es de \$ 18.000.- por tratamiento, con 3 (tres) intentos máximos únicos”.

Asimismo, de la prueba ofrecida y rendida por las partes (instrumental que se tiene por incorporada a la presente causa y pericial de médico especialista en fertilización) es de destacar que en su informe pericial presentado a fs. 117 el especialista Dr. E. G., es categórico al señalar: “... la pertinencia de lo solicitado por la parte demandante a lo que luego del detenido análisis de la historia clínica que obra en autos ...”.

II. Expuesta las posiciones de las partes y analizadas las pruebas producidas en autos, en el caso corresponde merituar si incumbe conceder a los actores la cobertura solicitada o si en su caso -y tal como pretende la Obra Social-, rechazarla atendiendo a las manifestaciones desplegadas por la misma.

Es de destacar que la demandada, señala que los actores interpusieron la acción de amparo en forma extemporánea y en contra de los requisitos estatuidos legalmente y de plena aplicación al caso, por lo que solicita el rechazo de la acción con costas conforme jurisprudencia que cita.

Al respecto, señalo que debe analizarse en primer lugar el requisito de la admisibilidad de la acción de amparo (art. 13 Decr. Ley 2589/75) ya que, en caso de declararse inadmisibile la acción, se torna sin sentido analizar el resto de las pretensiones y defensas conforme derecho.

Respecto de la defensa esgrimida por la demandada, nuestra Suprema Corte de Justicia, al referirse a los casos de excepción en el plazo de interposición de la acción de amparo, señala: “La determinación de un plazo de caducidad para la interposición de la acción de amparo, no es contradictorio con la Constitución - arts. 43 C.N. y 13 ley 2589/75-; por el contrario, si existe urgencia no es incongruente establecer un término para que el remedio se ejerza. Pero si el afectado dilata la articulación, implica que no está apurado en el planteo. El legislador no está obligado a fijar un plazo, pero si lo prevé, es constitucional en tanto sea razonable. La excepción a este criterio se configura cuando se afecta un derecho de incidencia colectiva o un derecho que impone tratamiento urgentísimo, como es el derecho a la salud.”. (Autos N° 82.225 caratulada: Sánchez, Daniel Gabino y Ots. en j° 14.440 Sánchez, Daniel G. y Ots. c/ Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza s/ Amparo s/ Inc. Cas.), por lo que considero admisible la presente acción.



Adelantándome a la resolución de la presente causa, desde ya me inclino por su procedencia; fundando ello en la interpretación gramatical de la Ley N° 26.862 y su decr. reglam. 956/2013. Explicaré el por qué.

La ley 26.862 en su art. 1° dispone que dicha norma tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, señalando el art. 2° que se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad que incluyen o no la donación de gametos y embriones.

Por su parte el art. 8 de la norma en análisis y en lo referido a la cobertura, dispone que: “El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

Del texto se colige que la norma no limita ni excluye la cobertura; solo define su alcance; el que sin duda es de carácter amplio.

Argumenta la parte demandada de que la parte actora reconoce haber iniciado el expediente administrativo y las misivas intercambiadas aduciendo mala fe de la parte actora, ya que la actora M. C. emplazó a la demandada a que la demandada le otorgue prestaciones al 100% de cobertura o sea la suma de \$ 30.000 (cfr. presupuesto fs. 5) y no la suma de \$ 13.500, conforme lo destaca a fs. 83 la demandada.

Más allá del argumento que la práctica solicitada se encuentra regulada por la Res. 157/13, no podemos olvidar que el art. 10° de la Ley N° 26.862 reglamentada por Decr. N° 956/2013, dispone que sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República, disponiendo su reglamentación que las autoridades sanitarias de las jurisdicciones provinciales... “deberán adoptar los recaudos tendientes a la efectiva implementación de la Ley en el ámbito de sus competencias, incluyendo las previsiones presupuestarias correspondientes”. No puede una norma inferior, como es la Res. 157/13 del H. Directorio de la Osep, imponer límites que



la Ley nacional no impone, ni en la edad para ser beneficiario del Programa de Fertilización Asistida, ni en el monto del subsidio a otorgar (art. 31 CN).

Sobre los temas analizados, tiene dicho la jurisprudencia de nuestras Cámaras Civiles: “ De los textos transcriptos se extrae la falta de razón que lleva la apelante en la crítica a la sentencia apelada en cuanto a la extensión de la cobertura que impone a la OSEP brindar a los amparistas B. y Ll.; vale que mencione que no se ignoran las críticas que generan sentencias que han admitido una cobertura amplia para la realización de tratamientos reproductivos (entre otros, puede verse, antes de la entrada en vigencia de la ley 26.862: WEBB, María Soledad, "¿La limitación de la cobertura de la medicina reproductiva colisiona con el derecho a la salud y a la formación de una familia sin ningún tipo de discriminación?", LLLitoral 2011 (octubre), 972); sin embargo, la normativa que ahora nos rige es clara, a lo que agrego que no se puede soslayar que la ley 26.862 es una ley de orden público a tenor de la propia declaración contenida en su art. 10.” (4ta. CCC en autos B., I. G. y otros c. OSEP s/ acción de amparo., 29/12/2014). Por lo dicho, no hay motivo válido que argumente la Obra Social demandada para negarle la práctica de fertilización asistida, debiéndosele garantizar -el acceso integral a los procedimientos y técnicas asistenciales de reproducción médica mente asistida , como sujeto obligado por ser el efector de salud.-

Llego a esta conclusión porque no existen razones jurídicas para negar la cobertura; máxime si tal como surge de la Ley, la misma solo resguarda válidamente y casi con exclusividad la cobertura de manera obligatoria por parte de determinados sujetos de prestaciones médicas, a fin de que puedan acceder todos los sujetos , cualquiera sea su condición económica.

Los operadores del derecho no deben cerrar los ojos a las necesidades de tipo social que se van presentando., teniendo derecho los afiliados a exigir las prestaciones que los adelantos médicos incorporan día a día : las obras sociales de conformidad a los principios que la informan , no deben centrar su cometido en el lucro que les pueda reportar sino en una visión solidaria que expanda los beneficios a sus afiliados.- (El acceso a la salud por medio de las Obras Sociales punto 2) Pág. 131 Derecho de Familia 2008- II.-).

Las obras sociales son engranajes del sistema de seguridad social y están destinadas a satisfacer con sus recursos, las necesidades sanitarias de sus beneficiarios, siendo el derecho a la salud un derecho social , la obra social se halla compelida a crear o facilitar los mecanismos necesarios para su satisfacción , priorizan-do su compromiso social.- (El acceso a la salud por medio de las Obras Sociales) Pág. 131 Derecho de Familia 2008- II.)

Finalmente estimo razonable, conforme el dictamen pericial del Dr. E. G., que la práctica FIV ICSI y transferencia embrionaria se realice conforme lo establece el art. 8 del Decr. 956/13, salvo nueva evidencia médica.



Atento a las conclusiones que se arriba, las costas serán a cargo de la parte demandada, Obra Social de Empleados públicos Osep (arts. 35/36 del C.P.C.). Por lo expuesto, normas legales, jurisprudencia y doctrina citadas,

RESUELVO:

I.- Hacer lugar en todas sus partes a la acción de amparo interpuesta por los actores Sres. M. C. y H. S. en contra de la OBRA SOCIAL DE EMPLEADOS PÚBLICOS (Osep), y en consecuencia, se le ordena a la demandada Osep a suministrar y solventar a los amparistas en forma integral y total, los gastos que insuma el tratamiento de fertilización de alta complejidad ICSI, en las oportunidades que fuere menester y hasta lograr el efectivo embarazo perseguido; como asimismo deberá hacerse cargo de todo tratamiento médico y/o farmacológico anterior y/o posterior que fuere necesario a favor de ambos accionantes; todo con los alcances previstos conforme Ley 26.862 y su Dec. Reglamentario 956/13, “salvo nueva evidencia médica”.

II.- Imponer las costas a la parte demandada por resultar vencida. (arts. 35 y 36 del C.P.C.).

III.- Regular los honorarios profesionales de los Dres. J. A y C. C. en la suma de PESOS DOS MIL QUINIENTOS (\$ 2500.-) y PESOS CINCO MIL (\$ 5000.-) (Arts. 10, 13 y 31 de la Ley N° 3641).-

IV.- Regular los honorarios del Perito Médico E. G. en la suma de PESOS CUATRO MIL (\$ 4.000.-).

CÓPIESE. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE.- *Fdo: Dr. xxxxx – Juez.*

Conteste las siguientes preguntas:

- 1.- ¿Cuáles son las partes del proceso? Identifique al actor y al demandado.
- 2.- ¿Qué es lo que se solicita en la demanda?
- 3.- Desarrolle brevemente la plataforma fáctica del caso.
- 4.- Mencione dos argumentos que ha dado la parte actora para fundar su demanda.
- 5.- Mencione dos argumentos que ha dado la parte demandada en su defensa.
- 6.- En qué ley la parte actora funda su pretensión para solicitar la Fertilización Asistida. Investigue en internet en qué fecha fue promulgada la ley.
- 7.- ¿Qué otros instrumentos internacionales utiliza para fundar su pretensión? Busque en internet qué dicen los artículos citados.
- 8.- Consulte con su profesor en clase qué es la acción de amparo. Antes, lea detenidamente el art. 43 de la C.N.
- 9.- Transcriba dos de los argumentos dados por el Juez de la causa, que considere de mayor relevancia para fundar la sentencia.



10.- Finalmente, ¿está de acuerdo con la decisión recaída en la causa? Fundamente su respuesta.

FUNCIONES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA-JUDICIAL

Vigo, Rodolfo. *Cómo argumentar jurídicamente*. Abeledo Perrot, 2012.

(...) En la medida en que los jueces vayan disponiendo autoritativamente de respuestas jurídicas integralmente correctas se derivan beneficiosas consecuencias, de ahí que es importante, a los fines del estímulo respectivo para los juristas, que se repase las sobresalientes.

1. Valida la decisión

Las teorías de la argumentación en general pretenden reconciliar con la razón práctica. De ese modo postulan que *"motivar es justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las decisiones que el juez efectúa"* (Perelman). Apelando a lo que han ratificado las Cortes Supremas iberoamericanas en el Código de Ética Judicial para Iberoamérica, recordemos que *"motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicas válidas, aptas para justificar la decisión"*, y por ende: *"Una decisión carente de motivación es, en principio, una decisión arbitraria, solo tolerable en la medida en que una expresa disposición justificada lo permita"*. Una respuesta jurídica brindada sin razones o argumentos que la respalden es *prima facie* descalificable jurídicamente.

2. Posibilita el control

Taruffo ha reconocido que la función de motivar posibilita en el ámbito "endoprocesal" que las partes comprendan la respuesta judicial, definan la alternativa eventual de su impugnación y, en tal caso, el juez comprenda los motivos, de esa impugnación, y en el ámbito "extraprocesal", posibilita el control democrático sobre el juez.

Es evidente que respecto de una decisión carente de motivación resulta imposible realizarle una crítica racional, y solo cabe que guste o no guste. Una vez más podemos acudir al Código de Ética Judicial para Iberoamérica por el respaldo institucional con el que cuenta, y apelar a su art.18, cuando señala que la *"obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar el buen funcionamiento de mi sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares"*.



3. Legitima la función judicial

Más allá de la validación que proporciona la argumentación a la particular decisión judicial, puede destacarse que las respuestas judiciales integralmente correctas, se proyectan sobre el Poder judicial brindándole la legitimidad que remite en última instancia a la Constitución democrática. Por el contrario, la tarea judicial ejercida con una inexistente, incompleta o inapropiada argumentación, termina minando la indispensable *auctoritas* que necesita la potestad de los jueces. Esto mismo lo recuerda expresamente el Código de Ética Judicial para Iberoamérica en su art. 18: "*La obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar la legitimidad del juez*".

4. Determina en su mayor concreción al derecho

Ollero ha llamado la atención que el derecho es un esfuerzo de ir determinando el derecho desde lo más general a lo más circunstanciado; dada la "practicidad" del derecho, su destino intrínseco -aún de la Constitución- es dirigir conductas singulares definiendo si ellas están obligadas, prohibidas o permitidas. Enseñaban los clásicos que la prudencia (y los jueces son "*iusprudentes*") era como una especie de puente que conectaba las exigencias generales o universales –incluso permanentes– con la realidad más concreta, circunstanciada e irrepitible. El derecho está para ser operado, y a tales fines se requiere que aparezca la duda o la pregunta individual e histórica.

5. Facilita la eficacia del derecho

Siendo el derecho no una realidad para ser "contemplada" sino concretada, es importante que logre la mayor eficacia. En ese orden, una visión exclusivamente imperativista apuesta a la amenaza de la coerción, pero en una sociedad democrática pareciera necesario apelar a convencer o persuadir a los destinatarios sobre los beneficios que proporciona el cumplimiento voluntario del derecho. Es evidente que un derecho que no logra el auxilio de la aceptación consciente de los ciudadanos, está comprometido en su permanencia. La pretensión de una decisión judicial para que sea aceptada por los destinatarios está íntimamente ligada a la sólida integralmente correcta y persuasiva argumentación. Nadie puede pretender la aceptación voluntaria de un mandato, si éste no ha brindado las razones que lo justifican.



6. Enriquece al derecho

Ya hemos señalado que el destino del derecho es su concreción, pero esta función se cumple por medio de respuestas jurídicas que si bien han sido brindadas en relación con ciertos casos, valen como precedentes para otros casos análogos. Esas respuestas circunstanciadas van modelando incluso a las normas generales. (...)

7. Identifica las razones o argumentos jurídicos válidos

Está claro que una teoría completa de la argumentación requiere explicitar la nómina de argumentos que en ese sistema jurídico se estiman idóneos como para justificar o validar respuestas judiciales. Creemos que para esa tarea se necesita acudir a la jurisprudencia, en tanto el derecho, como un esfuerzo institucional, social y crecientemente determinante de conductas jurídicas, tiene un momento culminante, que es cuando el juez dice finalmente cuál es la respuesta jurídica que cabe brindar a la pregunta en cuestión. Los jueces están para decir el derecho en última instancia, por ende, solo sabemos con certeza cuáles son nuestros derechos y deberes después que los jueces hablan. Por supuesto que ellos hablan desde el derecho vigente y no desde sus propias convicciones.

8. Facilita la estabilidad de las respuestas jurídicas

Una respuesta que luce correcta, sólida, completa, coherente, comprensible, válida y persuasivamente argumentada, tiene mayores posibilidades de ser seguida por otros juristas y constituirse en una pacífica o estable respuesta.

Por el contrario, si las respuestas jurídicas son deficitarias o incorrectamente argumentadas, se reduce o desaparece aquella posibilidad de seguimiento. No olvidemos que respuestas jurídicas estables conllevan una reducción de conflictos jurídicos y una potenciación de la paz social.

9. Moraliza el ejercicio de la autoridad

Si bien ha aparecido este beneficio más arriba, quisiéramos destacado como lo hace el Código de Ética Judicial Iberoamericano al incluir entre los trece principios que concentran la ética judicial, al de "motivación". Es que un juez cuando se esfuerza por encontrar la mejor respuesta y brinda de manera apropiada las razones que justifican esa opción, está poniendo de manifiesto no solo un compromiso con la "excelencia" (propio de la ética) y un rechazo a la



"mediocridad" tolerada por el derecho, sino que traduce implícitamente su preocupación por aquel al que sirve desde la función judicial.

En tiempos de tanta desconfianza hacia toda autoridad, es importante que aquellos que lo son, acompañen su ejercicio con una visible racionalidad, y para, ello está el camino de la argumentación.

ACTIVIDADES

Lea el siguiente fragmento del texto de Guillermo Gordo:

ALGUNAS CUESTIONES VINCULADAS CON LA INTERPRETACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El hombre, como centro de la sociedad y razón de ser del estado es titular real o potencial de todos y cada uno de los derechos que puedan ser vinculados a la persona humana, y en consecuencia, más allá del alcance e importancia de las declaraciones de derechos, a las que luego hemos de referimos; aún a falta de ellas, el hombre resultaría poseedor de todas las facultades que pudieran aparecer, sin perjuicio de las limitaciones legalmente admisibles, como se verá. Los instrumentos que describen los derechos humanos son meramente ejemplificativos.

Para llegar a tal conclusión ha de partirse de la premisa contenida en nuestra Constitución, que sostiene que las acciones de los hombres que no afecten el orden público ni perjudiquen a terceros caen fuera de la égida del estado (art. 19 C.N.); y en los instrumentos internacionales, referidas a que "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática".

De ello se extrae fácilmente que toda acción que no perjudique a terceros, ni ponga en peligro la seguridad común no solo está permitida, sino que, además, no podrá ser afectada bajo ningún concepto, desde que el estado, en principio, carece de potestades para reglamentar más allá de tales supuestos. En ningún caso, los intereses estatales podrán hacerse valer por sobre los de los habitantes, salvo en cuanto tiendan a preservar la seguridad general; y por supuesto que tampoco podrán anteponerse las necesidades de ningún gobierno al pleno ejercicio de los derechos. Lógica consecuencia de lo antedicho es que los derechos humanos pueden tener un piso mínimo (derivado del contenido de las declaraciones formales) pero carecen de techo conocido, puesto que el devenir histórico puede ampliar los horizontes actuales, incorporando nuevas potestades, como ha venido acaeciendo hasta el presente.

Por el contrario, la constitución política reglamenta puntillosamente las facultades del estado, de cada uno de sus órganos y las funciones a ellos atribuidas; y tales previsiones



configuran el techo por sobre el cual carece de competencia para intervenir. El hombre ha delegado determinados poderes, pero solo los indispensables para que pueda conseguir los fines para los cuales fuera creado, o sea, lograr el goce de los derechos de los habitantes en un pie de igualdad, conseguir su desarrollo material e intelectual, y aportarle seguridad.

En consecuencia, las facultades estatales han de ser interpretadas en forma restrictiva, siempre que puedan interferir o rozar derechos humanos. En este supuesto, solo tendrá potestades para reglamentar cuando expresamente se le confiera y siempre que el ejercicio del derecho por parte del individuo, pueda afectar a terceros, a la seguridad o bienestar de la comunidad. Nunca la limitación podrá estar fundada en intereses momentáneos de un gobierno o de un grupo dentro de la sociedad; sino que deberá estar basada en una mejor coordinación para asegurar el ejercicio de los derechos humanos a todos en un pie de igualdad.

Arribamos así a que el estado en materia de derechos humanos puede intervenir mínima y exclusivamente como ordenador de la coexistencia social; carece en esta materia de facultades implícitas; está obligado como sujeto pasivo de derechos a adoptar todas las medidas para otorgar operatividad a aquellos derechos que lo requieran y le está vedado intervenir en toda oportunidad en que el legítimo ejercicio de un derecho humano no interfiera con el de un tercero. También la responsabilidad del estado se extiende la obligación de adoptar medidas reales y efectivas para garantizar el goce de los derechos humanos por parte de las personas sometidas a su jurisdicción, removiendo los obstáculos que pudieran presentarse. (...)

Dado lo hasta aquí expresado podría pensarse que resulta absolutamente innecesario y sobreabundante el consignar los derechos en textos escritos, toda vez que, aun cuando ellos no existieran, el individuo igualmente se encontraría protegido por la norma general que estatuye su titularidad potencial de todos y cada uno de los derechos. Si bien esto último resulta acertado desde la óptica expuesta, no puede negarse la utilidad de contar con catálogos que los describan con la mayor minuciosidad posible, toda vez que la historia demuestra la común resistencia del estado (especialmente en esta parte del orbe) a admitir y respetar las potestades de los particulares, pese -muchas veces- a hallarse plasmadas en prolijas declaraciones. Tanto peor resultaría si tuviéramos que hacer valer una regla jurídica general como la que explicitáramos supra. (...)

Por otra parte, tales instrumentos describen no solo los derechos, sino también las garantías que (conforme su semántica lo indica) no son otra cosa que métodos o instrumentos para hacer efectivo el mejor resguardo de aquellos. Así la libertad ambulatoria aparecerá custodiada por el hábeas corpus y todas las obligaciones impuestas al estado para la sustanciación de procesos penales; los restantes derechos serán protegidos mediante el amparo y el libre acceso a los tribunales para conseguir su reconocimiento, etc.

Pero quizás lo más importante resulte que, si bien como se ha visto no crean derechos,



los documentos en cuestión permiten la formulación de un vallado infranqueable para las potestades del estado que no podrá avanzar sobre los principios así descritos. (...)

Al tiempo de analizar si una norma es operativa o programática debe tenerse especialmente en cuenta que, se presume que las normas en materia de derechos humanos son operativas. Esto fue admitido desde antaño por la Corte Suprema de Justicia, especialmente a partir del caso "Siri", en cuanto sostuvo que "las garantías individuales (léase en lenguaje actual derechos humanos) existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales solo son requeridas para establecer "en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación", como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas", para agregar a renglón seguido, citando a Joaquín V. González que "No son, como puede creerse ... simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre o independiente." Y ya contemporáneamente ha agregado que "es consecuencia de esta distinción (entre Tratados y Tratados en materia de derechos humanos) la presunción de operatividad de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. En otros términos, el Tribunal considera que las normas aludidas establecen derechos que -se presume-pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna.

Ello se funda en el deber de respetar los derechos del hombre, axioma central del Derecho Internacional de los Derechos Humanos". (....)

Nuestra Corte Suprema de Justicia, con específica referencia al Pacto de San José de Costa Rica, ha admitido que la interpretación del mismo debe "guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Ello viene a reafirmar el carácter supraconstitucional del sistema implementado a partir del instrumento antes mencionado.

CONTESTE LAS SIGUIENTES PREGUNTAS:

- 1.- Realice una paráfrasis del siguiente fragmento extraído del texto: "las acciones de los hombres que no afecten el orden público ni perjudiquen a terceros caen fuera de la égida del estado".
- 2.- Ejemplifique dos situaciones, en las que considere que la/s conducta/s estarían contempladas en el supuesto del art. 19 de la C.N. Luego comparta sus respuestas con sus compañeros y su Profesor para determinar si su respuesta es adecuada.
- 3.- Según el autor, ¿en qué supuestos los intereses estatales podrán hacerse valer por sobre los de los habitantes?



- 4.- ¿Qué significa que las facultades estatales han de ser interpretadas en forma restrictiva?
- 5.- ¿Quién es el sujeto pasivo obligado para garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos?
- 6.- ¿Por qué considera el autor que resulta absolutamente innecesario y sobreabundante el consignar los derechos en textos escritos?
- 7.- No obstante lo expuesto en su respuesta anterior, ¿qué opina el autor sobre la necesidad de la existencia de los instrumentos de derechos humanos?
- 8.- Finalmente, teniendo en cuenta ambas respuestas: ¿Ud. considera que el autor se contradice o le parece que pueden ser dos posturas perfectamente compatibles?
- 9.- Exponga brevemente cuál es su opinión al respecto, es decir, ¿son necesarios o no los instrumentos que receptan los derechos humanos?
- 10.- ¿Las normas de los tratados internacionales de derechos humanos son normas operativas o programáticas? Fundamente su respuesta.

**PROBLEMAS QUE UNA NOTA ESENCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
PLANTEA A LA FILOSOFIA DEL DERECHO**

Hervada, Javier. "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho". *Persona y Derecho*, 9 (1982): 243-256. (Texto adaptado con fines educativos)

Aunque lo más propio de la ciencia es buscar y encontrar soluciones, no pocas veces se puede contribuir a su progreso planteando problemas e interrogantes. Esta comunicación desearía contribuir a poner de relieve una serie de problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho y, a niveles más profundos, a las otras ramas de la filosofía. No estoy seguro de acertar en el planteamiento de los problemas, y de antemano pido indulgencia por los posibles fallos; en cambio, puedo asegurar que no plantearé todas las posibles cuestiones; solo algunas de ellas aparecerán aquí. Por otra parte, al plantear los problemas, en ciertos casos me permitiré apuntar cómo veo la posible solución; ya advierto que se trata solo de un apunte -las cuestiones no son fáciles- y en modo alguno pretendo otra cosa que mostrar una opinión, seguro de que ningún lugar mejor habrá para exponerla, en un clima de diálogo y respeto, que un congreso sobre derechos humanos, de entre los cuales no es el menor la libertad de pensamiento y expresión.



1. Una nota esencial de los derechos humanos

Cuando se habla de derechos humanos, con esta expresión requiere designar un tipo o clase de derechos, una de cuyas notas esenciales es la de ser *preexistentes* (o «anteriores» según el lenguaje más generalizado) a las leyes positivas. Por lo menos a esa conclusión lleva el sentido obvio del lenguaje utilizado, tanto por las declaraciones antiguas y modernas y los pactos internacionales, como por los distintos movimientos en favor de esos derechos o -en general por quienes sobre ellos hablan y escriben. Ciertamente los derechos humanos están recogidos en los textos legales de muchos países, pero en tanto que recogidos por las leyes positivas y operando a través de ellas reciben otro nombre, por ejemplo, derechos constitucionales o simplemente derechos positivos sin más especificación.

Por derechos humanos se entiende comúnmente aquellos derechos-sin entrar ahora en si ese apelativo es exacto- que el hombre tiene por su dignidad de persona -o si se prefiere, aquellos derechos inherentes a la condición humana-, que *deben ser* reconocidos por las leyes; en caso de que esos derechos no se reconozcan, se dice que se comete injusticia y opresión. E incluso se admite que la falta de reconocimiento -el hecho de que no se respeten esos derechos genera la legitimidad del recurso a la resistencia, activa o pasiva.

Si se trata de derechos que deben ser reconocidos, cuya contravención genera injusticia e incluso el derecho a la resistencia, la conclusión parece evidente: por derechos humanos entendemos unos derechos que preexisten a las leyes positivas. Por eso, de estos derechos se dice que se *declaran*; y de ellos se dice también que se *reconocen* -no que se otorgan o conceden- por las leyes positivas. (...)

La misma idea de unos derechos preexistentes (o «anteriores») a las leyes positivas, en función de los cuales nacerían las comunidades políticas y los gobiernos, se repite en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, donde aparece la expresión *droits de l'homme* de la que deriva la actual de *derechos humanos*. Para sus redactores, la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, estos derechos son derechos naturales, inalienables y sagrados, la Asamblea Nacional los reconoce y declara -no los otorga, concede o constituye- y su conservación es la finalidad de toda comunidad política; dentro de estos derechos figura la resistencia a la opresión. Independientemente de la influencia que el pensamiento liberal de la época tenga en los matices de la redacción de esos documentos, es claro que los derechos humanos -derechos del hombre, derechos inherentes o derechos naturales- se entienden como derechos que el hombre posee por virtud de sí mismo, preexistentes a las leyes positivas, las cuales se consideran justas si respetan esos derechos e injustas y opresoras si son contrarias a ellos.



La misma idea básica o nota esencial de los derechos humanos la encontramos en los documentos internacionales de nuestra época. El primero en el tiempo, la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (1948) habla repetidamente de derechos esenciales del hombre, afirmando que «los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana».

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* (ONU, 1948) se abre señalando que «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana»; estos derechos humanos deben ser «protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión», afirmándose en el art. 1 que «todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos» (lo que viene a decir que el hombre es portador de tales derechos por sí, no por concesión legal). Constantemente se habla de reconocimiento, respeto y protección, nunca de otorgar o conceder. Y es obvio que se reconoce, respeta y protege por las leyes lo que preexiste a ellas; lo que por ellas existe, se otorga y se concede. (...)

Aunque menos expresivo, el *Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (1950) habla también de reconocer, aplicar, proteger, desarrollar y respetar los derechos humanos, a la vez que el art. 1 afirma que «las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título 1 del presente Convenio» ; la ausencia del *otorgar* y la presencia del *reconocer* abonan nuevamente la idea central sobre los derechos humanos que estamos exponiendo.

Idea esta que aparece inequívocamente expresada en el preámbulo del *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y políticos* (1966), en el que se dice: «Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana... », frase literalmente reproducida en el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*.

Por último, recordemos que el *Pacto de San José de Costa Rica* (1969), también conocido por *Convención Americana de Derechos Humanos*, reconoce, según sus propios términos, «que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno».

Resulta innecesario traer más testimonios, porque se trata de algo que es inherente al concepto mismo de derechos humanos: la noción de derechos humanos expresa unos derechos preexistentes a las leyes positivas, cuya contravención genera injusticia.



2. Los derechos humanos y el concepto de derecho

Si los derechos humanos no constituyen un espejismo, una fantasía irreal o simplemente un sentir sin base en la realidad, si son realidades humanas, esto es, si existen objetivamente, parece claro que tiene una relación íntima con el concepto de derecho. (...)

Puede decirse que los derechos humanos no han sido un dato relevante para llegar a la noción del derecho. Más bien se ha dado la postura inversa: supuesta una noción de derecho, los -relativamente- pocos filósofos del derecho que han tratado de los derechos humanos, los han caracterizado según esa previa noción.

Ahora bien, si el concepto de derecho no es un *a priori* sino el resultado de la observación de todas las realidades jurídicas, parece claro que la vía hasta ahora seguida es insuficiente, pues no debe aplicarse a los derechos humanos un concepto previo de derecho, antes bien el concepto de derecho debe tener en cuenta, entre otras realidades jurídicas, los derechos humanos.

Claro que inmediatamente nos encontramos con un problema crucial: los derechos humanos, ¿son verdaderamente *derechos*? A nadie se le oculta que nos encontramos, respecto de este interrogante, con dos datos de difícil armonización. Si nos fijamos en el lenguaje utilizado, observaremos que nadie ha puesto en duda la legitimidad del nombre *derecho* aplicado a los derechos humanos.

La terminología utilizada para designarlos ha sido muy variada: derechos humanos, derechos del hombre, derechos fundamentales, derechos naturales, derechos esenciales, derechos inherentes. Pero en ningún caso se ha cuestionado que se les llame derechos. ¿Por qué esa unanimidad?

El otro dato ya no es tan universal, ni unánime, mas no por eso deja de merecer consideración: no pocos juristas niegan que los derechos humanos sean propiamente derechos; siguen llamándoles derechos, pero entienden que se trata más bien -aquí la diversidad de opiniones se multiplica- de valores, de postulados políticos, de exigencias sociológicas, etc. ¿Dónde está el origen de estas opiniones? Sin duda, el origen reside -por encima de otros posibles rasgos de los derechos humanos- en la nota esencial de estos derechos de la que estamos hablando: preexistir a la ley positiva. Es, en efecto, rasgo común de esos autores negar que pueda existir un derecho propiamente tal fuera de la concesión u otorgamiento de la ley positiva, pues solo la ley positiva es verdadero derecho, origen de genuinos derechos de los sujetos.

No hace falta resaltar que, si bien estos tipos de opiniones no niegan que existan valores, postulados o exigencias que la ley positiva deba tener en cuenta, niegan que existan derechos humanos, aunque usen profusamente esta terminología y sean defensores -incluso ardorosos-



de esos valores, postulados o exigencias, que según ellos *se llaman* derechos humanos, pero que *no son* derechos.

Si ahora nos preguntamos por la unanimidad con que los derechos humanos se llaman derechos, la respuesta, (...) es la siguiente: hasta la generalización del positivismo jurídico en el siglo XIX, la conciencia jurídica común -las excepciones fueron raras y estadísticamente irrelevantes- admitió la existencia de verdaderos derechos anteriores a la ley positiva -los juristas romanos los llamaron *iura naturalia*-, y esa conciencia, pese a la extensión de las distintas formas de positivismo y posiciones análogas, sigue existiendo.

Es más, cuando la teoría de los derechos humanos surgió con las características con que ahora la conocemos, en el siglo XVIII, se partió como verdad inconcusa de que esos derechos son verdaderamente tales y por eso así se les llamó. (...)

Por otra parte, me parece que negar que los derechos humanos sean verdaderos derechos *porque son preexistentes a la ley positiva* es un apriorismo, esto es, procede de adoptar un concepto de derecho elaborado sobre las leyes positivas (estatales o no) sin que los derechos humanos hayan sido tomados en consideración. (...)

Si negamos que los derechos humanos tengan verdadera naturaleza jurídica, no solo negamos su existencia como derechos, sino que además la idea en la que se asientan se desvanece completamente, porque los valores, postulados o exigencias -de los que hablan distintos autores- en cuanto dimensiones del derecho, se transforman en valores, postulados o exigencias de la ley (positiva) perdiendo los derechos humanos su condición de una dimensión propia del hombre frente a la ley positiva. (...)

A mi juicio, solo si se admite una noción de derecho, compatible con la existencia de un núcleo fundamental de derecho distinto del derecho positivo, es posible una teoría de los derechos humanos coherente con lo que quiere expresarse con ella: que la ley positiva no es soberana frente al hombre, porque éste posee unos bienes jurídicos inherentes que preexisten a la ley positiva y que son medida de la justicia o injusticia de la ley positiva.

3. El fenómeno jurídico, ¿es natural o cultural?

En relación con lo que acabamos de ver surge otra pregunta: el fenómeno jurídico, en sí mismo considerado, ¿es un fenómeno natural o meramente cultural? Aclaro inmediatamente que, al hacer esta pregunta, no intento dar a *natural* y a *cultural* un sentido excluyente. Que el derecho tiene mucho de obra cultural es tan evidente que no merece la pena detenerse en explicarlo. El sentido de la pregunta es éste: la existencia misma del fenómeno jurídico, ¿es enteramente obra cultural? o, por el contrario, ¿tiene una base natural?

Pongamos unos ejemplos. La aeronáutica es una invención humana; sin duda el hombre no podría construir aviones y volar con ellos si no respetase las leyes físicas, pero no cabe duda



de que la aviación es un invento humano, obra de la cultura. La comunicación oral, en cambio, es un fenómeno distinto; ciertamente, cada sistema de símbolos -cada idioma- en un producto cultural, mas es natural y no cultural la existencia misma de la comunicación oral: es la naturaleza la que ha dotado al hombre de laringe, cuerdas vocales, etc., y el hombre es naturalmente un ser que se comunica con los demás.

El fenómeno comunicativo es natural, aunque sea cultural el código de símbolos de comunicación. Este es el sentido de la pregunta antes hecha: ¿es el derecho un fenómeno *inventado* por el hombre, obra enteramente cultural, o es un fenómeno connatural al hombre, aunque la legislación concreta de cada sociedad se entienda de origen cultural, esto es, positivo?

Esta es una pregunta que la existencia de los derechos humanos plantea necesariamente. Recordemos que la teoría moderna de los derechos humanos nació, en el contexto del pensamiento del siglo XVIII, sobre la base de unos derechos precedentes a la sociedad; y, por su parte, los documentos contemporáneos antes señalados conciben los derechos humanos como preexistentes a la ley positiva.

Pues bien, ¿cómo entenderlos como preexistentes a la ley positiva sin que el fenómeno jurídico sea natural al hombre? Si el fenómeno jurídico es, exclusiva y radicalmente cultural, ¿cómo entender algo jurídico inherente al hombre, esencial a él, cuyo fundamento son los atributos de la persona humana, intrínseco a todo hombre, que se desprende de la dignidad inherente a la persona humana? Porque es evidente que los derechos humanos resultan ininteligibles sin una relación esencial al derecho.

Cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre la naturaleza de los derechos humanos -admitida su existencia-, no parece que puedan entenderse como algo en sí mismo ajeno al derecho, y, en consecuencia, su existencia pone en *crisis* -en la necesidad de replantearla- la concepción del fenómeno jurídico como algo meramente cultural, como solo invento del hombre.

La cuestión podría obviarse afirmando que los derechos humanos son únicamente un producto cultural. Pero, si no me engaño, tal opinión equivaldría a negar la existencia misma de esos derechos.

Dado que los documentos antes citados dicen que los derechos humanos son *esenciales*, *inherentes* al ser del hombre o a la condición humana, que se fundan en los *atributos de la persona humana* y se desprenden de la *dignidad inherente a la persona humana*, una de dos, o tales documentos hablan de algo inexistente, o los derechos humanos no son productos meramente culturales, sino que se enraízan en algo jurídico connatural al hombre. (...)

Si entendemos los derechos humanos exclusivamente como algo cultural, necesariamente los debemos entender como derechos (o bienes jurídicos), no meramente reconocidos, sino otorgados y creados por la sociedad, sea mediante ley o costumbre, sea mediante un *consensus* social, generalizado. Pero esto no es la idea que, según vimos, caracteriza esencialmente los derechos humanos. Esta es la cuestión. ¿Cómo puede ser



compatible entender el fenómeno jurídico como meramente cultural y, a la vez, reconocer como verdadera la idea de los derechos humanos?

Personalmente no me parece una solución correcta negar que sea adecuada a la realidad la idea de los derechos humanos como preexistentes a la ley positiva y al *consensus* social. Por lo mismo, entiendo que el fenómeno jurídico es, en su base, un fenómeno natural -hay realidades jurídicas naturales-, una de cuyas expresiones son los derechos humanos.

Mis palabras anteriores, en lo que sobrepasan al estricto planteamiento de un problema, se fundan -como resulta fácil advertirán admitir que los derechos humanos no son resultado de una ideología -como entienden una serie de autores-, no son un invento del hombre, sino una realidad. El hecho psicológico en cuya virtud los hombres y las sociedades admiten esos derechos como anteriores a la ley positiva y al consenso social -tal como reflejan los documentos estudiados y las reacciones normales de los hombres- no es una reacción debida a factores meramente culturales, sino a dictados naturales de la razón natural. En otras palabras, la idea de los derechos humanos como preexistentes a los factores positivos es *verdadera*, porque obedece a una real conformación del ser humano.

4. Los derechos humanos y la noción de persona

La nota esencial de los derechos humanos de la que venimos hablando plantea una cuestión no pequeña en relación al concepto jurídico de persona. ¿Es compatible con los derechos humanos la noción de persona, que todavía prevalece en la doctrina jurídica? La persona es definida como *sujeto de derechos y obligaciones* o también como *sujeto capaz de derechos y obligaciones*. Sin embargo, no es en este punto donde se plantea el problema, sino en dos caracteres o notas del concepto de persona. (...)

Estas dos notas son las siguientes:

- a) ser persona está en relación con el *status* o rol social;
- b) ser persona es una concesión de la ley positiva, o dicho de otro modo, es persona quien como tal es tenido por la ley. Examinemos por separado ambas notas.

a) Una de las ideas más inconscientemente arraigadas -y, por eso, menos explícitamente puesta de relieve- es que los derechos y deberes se tienen en virtud del papel o rol que el hombre desarrolla en la vida social. El origen o fundamento de los derechos y deberes sería el *status* o estado social, o sea, en términos sociológicos más modernos, el rol social. Aparece aquí la *condición* social como origen de los derechos y deberes. (...)

Principio fundamental de los derechos humanos es que estos derechos no deben su origen a la condición o rol de la persona, sino que son inherentes al hecho de ser hombre: por eso se relacionan con los atributos del ser humano o con su dignidad; y por eso también, las



declaraciones y pactos internacionales sobre esos derechos insisten reiteradamente en que los posee todo hombre *con independencia de cualquier condición*. (...)

b) La opinión de que se es persona por concesión de la ley positiva, o si se quiere la proposición «es persona quien dice la ley positiva», plantea la cuestión de su compatibilidad con la idea de unos derechos (o bienes jurídicos) preexistentes a la ley positiva. Si existen verdaderos derechos humanos -esto es, si los derechos humanos no solo se llaman derechos sino que lo son,' como pienso-, la incompatibilidad es manifiesta, porque si el hombre es sujeto de derechos con precedencia a la ley positiva, es persona con independencia de esa ley.

Si los derechos humanos no se entienden como verdaderos derechos, pero se admite al menos lo mínimo para que la idea misma de derechos humanos no se desvanezca completamente (bienes jurídicos inherentes al ser humano), por lo menos habrá de aceptarse la presencia en el ser humano de algo que, siendo inherente a él, preexiste a la ley positiva como medida de su justicia e injusticia. (...)

Si, en cambio, no se admite ninguna subjetividad jurídica inherente al ser humano, si se afirma que el hombre no es, de suyo, sujeto ante la ley, si la personalidad jurídica se tiene enteramente por creación de la ley positiva, parece obvio que no pueden admitirse los derechos humanos, en cuanto representan o verdaderos derechos o bienes jurídicos y valores objetivos inherentes al ser humano. (...)

De ahí la trascendencia del art. 6 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, recogido en otros textos internacionales: todo hombre, dice, tiene derecho en todas partes a ser reconocido como persona ante la ley. (...)

La conclusión es clara: ser persona en sentido jurídico es preexistente a toda ley positiva, la personalidad jurídica debe reconocerse a todo ser humano independientemente de su condición -también la de nacido o no nacido-- y allí donde no se reconozca personalidad jurídica a un ser humano existente -cualquier que sea su raza o casta, haya nacido o no nacido, o cualquiera otra condición- se comete injusticia. (...)

5. Conclusión

Habiendo planteado las cuestiones que anunciaba al principio, creo haber cumplido el propósito de esta comunicación. Pero no quisiera terminar sin apuntar lo que, a mi juicio, puede ser el camino más correcto de responder a la cuestión planteada. Entiendo que las declaraciones y los pactos internacionales sobre derechos humanos expresan una profunda realidad humana y aquella idea sobre los derechos humanos que responde a su genuina naturaleza: derechos inherentes a todo ser humano, fundados en su dignidad de persona.

Por eso entiendo que la teoría de los derechos humanos debe asentarse en estos postulados: a) los derechos humanos son verdaderos derechos; b) estos derechos son



preexistentes -y, en consecuencia, independientes- de la ley positiva y del consenso social; c) estos derechos se fundan en el hecho de que el hombre es persona, entendiendo por persona un ser dotado de dignidad, dueño de sí y, en consecuencia, portador de unos bienes que son derechos suyos. Los derechos humanos son una realidad -no una ideología-, y por lo tanto corresponde a la filosofía del derecho dar una noción de derecho que se acomode a esa realidad. No a la inversa.

ACTIVIDADES

- 1.- Según el autor, ¿cuáles son las notas esenciales que definen el concepto de derechos humanos?
- 2.- Teniendo en cuenta la idea de que los derechos humanos son anteriores a las leyes positivas, complete el siguiente cuadro identificando de qué manera esto es consagrado en los siguientes tratados:

Declaración americana de los derechos y deberes del hombre	
Declaración Universal de Derechos Humanos	
Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales	
Pacto internacional de derechos económicos, sociales y políticos	
Pacto internacional de derechos civiles y políticos	
Convención Americana de Derechos Humanos	

- 3.- ¿Cuáles son los dos datos que encuentra el autor al momento de responder el interrogante de si los derechos humanos son verdaderamente derechos?



- 4.- ¿Por qué el autor considera que es un apriorismo “negar que los derechos humanos sean verdaderos derechos porque son preexistentes a la ley positiva”?
- 5.- Realiza una pequeña síntesis de no más de cinco renglones que exprese la relación que encuentra el autor entre los derechos humanos y el concepto de derecho.
- 6.- Explique por qué el autor al definir el fenómeno jurídico entiende que los conceptos “natural y cultural” no son excluyentes entre sí.
- 7.- ¿Por qué considera Hervada que decir que los derechos humanos son únicamente un producto cultural equivaldría a negar la existencia misma de esos derechos?
8. Según el texto, ¿el hombre es sujeto de derechos con independencia de la ley positiva? Fundamente brevemente su respuesta.



Unidad II

EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

Nikken, Pedro, El Concepto de Derechos Humanos Instituto Interamericano de Derechos Humanos, tomado de Antología básica de derechos humanos, copiado por Lorena González Volio, San José, P.R., IIDH, 1994 p.486.

(Texto adaptado con fines educativos)

La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial.

La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que este, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos.

En esta noción general, que sirve como primera aproximación al tema, pueden verse dos notas o extremos, cuyo examen un poco más detenido ayudará a precisar el concepto. En primer lugar, se trata de derechos inherentes a la persona humana; en segundo lugar, son derechos que se afirman frente al poder público. Ambas cuestiones serán examinadas sucesivamente en este capítulo.

LOS DERECHOS HUMANOS SON INHERENTES A LA PERSONA HUMANA

Una de las características resaltantes del mundo contemporáneo es el reconocimiento de que todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales que la sociedad no puede arrebatarse lícitamente. Estos derechos no dependen de su reconocimiento por el Estado ni son concesiones suyas; tampoco dependen de la nacionalidad de la persona ni de la cultura a la cual pertenezca. Son derechos universales que corresponden a todo habitante de la tierra. (...)



El fundamento de este aserto es controversial.

Para las escuelas del derecho natural, los derechos humanos son la consecuencia normal de que el orden jurídico tenga su arraigo esencial en la naturaleza humana. (...)

Para quienes no adhieren a esta doctrina, las escuelas del derecho natural no han sido más que algunos de los estímulos ideológicos para un proceso histórico cuyo origen y desarrollo dialéctico no se agota en las ideologías aunque las abarca.

Lo cierto es que la historia universal lo ha sido más de la ignorancia que de protección de los derechos de los seres humanos frente al ejercicio del poder. El reconocimiento universal de los derechos humanos como inherentes a la persona es un fenómeno más bien reciente. (...)

Las primeras manifestaciones concretas de declaraciones de derechos individuales, con fuerza legal, fundadas sobre el reconocimiento de derechos inherentes al ser humano que el estado está en el deber de respetar y proteger, las encontramos en las revoluciones de independencia norteamericana e iberoamericana, así como en la revolución francesa. (...) En el mismo sentido la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, reconoce que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos y que las distinciones sociales no pueden estar fundadas sino en la utilidad común.

Es de esta forma que el tema de los derechos humanos, más específicamente el de los derechos individuales y las libertades públicas, ingresó al derecho constitucional. Se trata, en verdad, de un capítulo fundamental del derecho constitucional, puesto que el reconocimiento de la intangibilidad de tales derechos implica limitaciones al alcance de las competencias del poder público. Desde el momento que se reconoce y garantiza en la constitución que hay derechos del ser humano inherentes a su misma condición en consecuencia, anteriores y superiores al poder del Estado, se está limitando el ejercicio de este, al cual le está vedado afectar el goce pleno de aquellos derechos.

En el derecho constitucional, las manifestaciones originales de las garantías a los derechos humanos se centraron en lo que hoy se califica como derechos civiles y políticos, que por esa razón son conocidos como “la primera generación” de los derechos humanos. Su objeto es la tutela de la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de la persona, así como de su derecho a participar en la vida pública.

Sin embargo, todavía en el campo del derecho constitucional, en el presente siglo se produjeron importantes desarrollos sobre el contenido y la concepción de los derechos humanos, al aparecer la noción de los derechos económicos, sociales y culturales, que se refieren a la existencia de condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad inherente a la familia humana. Esta es la que se ha llamado “segunda generación” de los derechos humanos.

Un capítulo de singular trascendencia en el desarrollo de la protección de los derechos humanos es su internacionalización. En efecto, si bien su garantía supraestatal



debe presentarse, racionalmente, como una consecuencia natural de que los mismos sean inherentes a la persona y no una concesión de la sociedad, la protección internacional tropezó con grandes obstáculos de orden público y no se abrió plenamente sino después de largas luchas y de la conmoción histórica que provocaron los crímenes de las eras nazi y stalinista.

Tradicionalmente, y aún algunos gobiernos de nuestros días, a la protección internacional se opusieron consideraciones de soberanía, partiendo del hecho de que las relaciones del poder público frente a sus súbditos están reservadas al dominio interno del Estado. (...)

Lo que en definitiva desencadenó la internacionalización de los derechos humanos fue la conmoción histórica de la segunda guerra mundial y la creación de las Naciones Unidas. La magnitud del genocidio puso en evidencia que el ejercicio del poder público constituye una actividad peligrosa para la dignidad humana, de modo que su control no debe dejarse a cargo, monopolísticamente, de las instituciones domésticas, sino que deben constituirse instancias internacionales para su protección. (...)

El 2 de mayo de 1948 fue adoptada la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el 10 de diciembre del mismo año la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. (...)

Una vez proclamadas las primeras declaraciones, el camino para avanzar en el desarrollo de un régimen internacional de protección imponía la adopción y puesta en vigor de tratados internacionales a través de los cuales las partes se obligaran a respetar los derechos en ellos proclamados y que establecieran, al mismo tiempo, medios internacionales para su tutela en caso de incumplimiento.

En el ámbito internacional, el desarrollo de los derechos humanos ha conocido nuevos horizontes. Además de los mecanismos orientados a establecer sistemas generales de protección, han aparecido otros destinados a proteger ciertas categorías de personas – mujeres, niños, trabajadores, refugiados, discapacitados, etc.- o ciertas ofensas singularmente graves contra los derechos humanos, como el genocidio, la discriminación racial, el apartheid, la tortura o la trata de personas. Más aún, en el campo internacional se ha gestado lo que ya se conoce como “tercera generación” de derechos humanos, que son los llamados derechos colectivos de la humanidad entera, como el derecho al desarrollo, el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la paz. (...)

El reconocimiento de los derechos humanos como atributos inherentes a la persona, que no son una concesión de la sociedad ni dependen del reconocimiento de un gobierno, acarrea consecuencias que a continuación se enuncian esquemáticamente.

1. El estado de derecho: el poder no puede lícitamente ejercerse de cualquier manera. Más concretamente, debe ejercerse a favor de los derechos de la persona y no contra ellos. Esto



supone que el ejercicio del poder debe sujetarse a ciertas reglas, las cuales deben comprender mecanismos para la protección y garantía de los derechos humanos. Ese conjunto de reglas que definen el ámbito del poder y lo subordinan a los derechos y atributos inherentes a la dignidad humana es lo que configura el estado de derecho.

2. Universalidad: por ser inherentes a la condición humana todas las personas son titulares de los derechos humanos y no pueden invocarse diferencias de regímenes políticos, sociales o culturales como pretexto para ofenderlos o menoscabarlos. (...). La Declaración adoptada en Viena el 25 de junio de 1993 por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, explícitamente afirma que el carácter universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales “no admite dudas” (párrafo 1). Señala asimismo que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes entre sí” y que, sin desconocer particularidades nacionales o regionales y los distintos patrimonios culturales “los estados tienen el deber, sean cuales sean sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” (párrafo 3).

3. Transnacionalidad: si ellos son inherentes a la persona como tal, no dependen de la nacionalidad de esta o del territorio donde se encuentre: los porta en sí misma. (...) Los derechos humanos están por encima del estado y su soberanía y no puede considerarse que se violenta el principio de no intervención cuando se ponen en movimiento los mecanismos organizados por la comunidad internacional para su promoción y protección.

4. Irreversibilidad: una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser respetada y garantizada. La dignidad humana no admite relativismos, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental.

5. Progresividad: como los derechos humanos son inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento de un Estado, siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma. Es así como han aparecido las sucesivas “generaciones” de derechos humanos y como se han multiplicado los medios para su protección. (...)

En conclusión, lo jurídicamente relevante es que un determinado derecho sea “inherente a la persona humana”. Es por esa razón, y no por el hecho de figurar en el articulado de la constitución, que esos derechos deben ser considerados como atributos inviolables que, por fuerza de la dignidad humana, deben ser objeto de protección y garantía por el Estado. En consecuencia, no cabe hacer distinciones en cuanto al tratamiento y régimen jurídico de los



derechos de la naturaleza apuntada con base en el solo criterio de que figuren expresamente o no en la constitución. Para determinar si estamos frente a un derecho que merezca la protección que la constitución acuerda para los que expresamente enumera lo decisivo no es tanto que figure en tal enunciado, sino que pueda ser considerado como “inherente a la persona humana”.

Esto abre extraordinarias perspectivas de integración del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno, pues en los países cuyas constituciones contienen una disposición como la comentada, la adhesión del Estado a la proclamación internacional de un derecho como “inherente a la persona humana” abre las puertas para la aplicación de dicha disposición. En tal supuesto, los derechos humanos internacionalmente reconocidos deben tener la supremacía jerárquica de los derechos constitucionales y estar bajo la cobertura de la justicia constitucional.

ACTIVIDADES

1. ¿Qué son los derechos humanos según Pedro Nikken?
2. ¿Cuáles son las características de los mismos según el autor?
3. ¿De qué manera el tema de los derechos humanos ingresa al derecho constitucional?
4. ¿Cuáles son las primeras manifestaciones concretas de declaraciones de derechos individuales?
5. ¿Cuáles son los llamados derechos de la “primera generación” y cuál es su objetivo?
6. ¿Cuáles son los de “segunda generación”?
7. ¿Cuáles son los derechos de la “tercera generación”? ¿Qué relación hay entre el Estado de Derecho y los derechos humanos?
8. Identifique cuál fue, según el autor, el hecho histórico que desencadenó la internacionalización de los derechos humanos.
9. Explique las siguientes características de los derechos humanos que plantea Nikken:
 - a) Universalidad.
 - b) Transnacionalidad.
 - c) Irreversibilidad.
 - d) Progresividad.



LOS DERECHOS HUMANOS SE AFIRMAN FRENTE AL PODER PUBLICO

Nikken, Pedro, El Concepto de Derechos Humanos Instituto Interamericano de Derechos Humanos, tomado de Antología básica de derechos humanos, copiado por Lorena González Volio, San José, P.R., IIDH, 1994 p.486. (Texto adaptado con fines educativos).

Los derechos humanos implican obligaciones a cargo del gobierno. Él es el responsable de respetarlos, garantizarlos o satisfacerlos y, por otro lado, en sentido estricto, solo él puede violarlos. Las ofensas a la dignidad de la persona pueden tener diversas fuentes, pero no todas configuran, técnicamente, violaciones a los derechos humanos. Este es un punto conceptualmente capital para comprender a cabalidad el tema de los derechos humanos. (...)

El ejercicio del poder no debe menoscabar de manera arbitraria el efectivo goce de los derechos humanos. Antes bien, el norte de tal ejercicio, en una sociedad democrática, debe ser la preservación y satisfacción de los derechos fundamentales de cada uno. Esto es válido tanto por lo que se refiere al respeto y garantía debido a los derechos civiles y políticos (1), como por lo que toca a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales y de los derechos colectivos (2).

1. El respeto y garantía de los derechos civiles y políticos

Como antes quedó dicho, los derechos civiles y políticos tienen por objeto la tutela de la libertad, la seguridad y la integridad física y moral de la persona, así como de su derecho a participar en la vida pública. Por lo mismo, ellos se oponen a que el Estado invada o agreda ciertos atributos de la persona, relativos a su integridad, libertad y seguridad. Su vigencia depende, en buena medida, de la existencia de un orden jurídico que los reconozca y garantice. En principio, basta constatar un hecho que los viole y que sea legalmente imputable al Estado para que este pueda ser considerado responsable de la infracción. Se trata de derechos inmediatamente exigibles, cuyo respeto representa para el Estado una obligación de resultado, susceptible de control jurisdiccional.

En su conjunto, tales derechos expresan una dimensión más bien individualista, cuyo propósito es evitar que el Estado agreda ciertos atributos del ser humano. Se trata, en esencia, de derechos que se ejercen frente –y aún contra- el Estado y proveen a su titular de medios para defenderse frente al ejercicio abusivo del poder público. El Estado, por su parte, está obligado no solo a respetar los derechos civiles y políticos sino también a garantizarlos.



El respeto a los derechos humanos implica que la actuación de los órganos del Estado no puede traspasar los límites que le señalan los derechos humanos, como atributos inherentes a la dignidad de la persona y superiores al poder del Estado.

El respeto a los derechos humanos impone la adecuación del sistema jurídico para asegurar la efectividad del goce de dichos derechos. El deber de respeto también comporta que haya de considerarse como ilícita toda acción u omisión de un órgano o funcionario del Estado que, en ejercicio de los atributos de los que está investido, lesione indebidamente los derechos humanos. En tales supuestos, es irrelevante que el órgano o funcionario haya procedido en violación de la ley o fuera del ámbito de su competencia. En efecto, lo decisivo es que actúe aprovechándose de los medios o poderes de que dispone por su carácter oficial como órgano o funcionario.

La garantía de los derechos humanos es una obligación aún más amplia que la anterior, pues impone al Estado el deber de asegurar la efectividad de los derechos humanos con todo los medios a su alcance. Ello comporta, en primer lugar, que todo ciudadano debe disponer de medios judiciales sencillos y eficaces para la protección de sus derechos. Por obra del mismo deber, las violaciones a los derechos en dichas convenciones deben ser reputadas como ilícitas por el derecho interno. También está a cargo del Estado prevenir razonablemente situaciones lesivas a los derechos humanos y, en el supuesto de que estas se produzcan, a procurar, dentro de las circunstancias de cada caso, lo requerido para el restablecimiento del derecho. La garantía implica, en fin, que existan medios para asegurar la reparación de los daños causados, así como para investigar seriamente los hechos cuando ello sea preciso para establecer la verdad, identificar a los culpables y aplicarles las sanciones pertinentes.

2. La satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos

Como también ha quedado dicho, los derechos económicos, sociales y culturales, se refieren a la existencia de condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad inherente a la familia humana. La realización de los derechos económicos, sociales y culturales no depende, en general, de la sola instauración de un orden jurídico ni de la mera decisión política de los órganos gubernamentales, sino de la conquista de un orden social donde impere la justa distribución de los bienes, lo cual solo puede alcanzarse progresivamente. Su exigibilidad está condicionada a la existencia de recursos apropiados para su satisfacción, de modo que las obligaciones que asumen los estados respecto de ellos esta vez son de medio o de por comportamiento. El control del cumplimiento de este tipo de obligaciones implica algún género de juicio sobre la política económico-social de los estados, cosa que escapa, en muchos casos, a la esfera judicial.



De allí que la protección de tales derechos suele ser confiada a instituciones más político-técnicas que jurisdiccionales, llamadas a emitir informes periódicos sobre la situación social y económica de cada país.

De allí la principal diferencia de naturaleza que normalmente se reconoce entre los deberes del poder público frente a los derechos económicos y sociales con respecto a los que le incumben en el ámbito de los civiles y políticos. Estos últimos son derechos inmediatamente exigibles y frente a ellos los estados están obligados a un resultado: un orden jurídico-político que los respete y garantice. Los otros, en cambio son exigibles en la medida en que el Estado disponga de los recursos para satisfacerlos, puesto que las obligaciones contraídas esta vez son de medio o de comportamiento, de tal manera que, para establecer que un gobierno ha violado tales derechos no basta con demostrar que no ha sido satisfecho, sino que el comportamiento del poder público en orden a alcanzar ese fin no se ha adecuado a los estándares técnicos o políticos apropiados. (...)

En cuanto a los derechos colectivos, la sujeción del poder público es mixta. En un sentido positivo, es decir, en lo que toca a su satisfacción, puede hablarse de obligaciones de comportamiento: la acción del Estado debe ordenarse de la manera más apropiada para que tales derechos –medio ambiente sano, desarrollo, paz- sean satisfechos. En un sentido negativo, esto es, en cuanto a su violación, más bien se está ante obligaciones de resultado: no es lícita la actuación arbitraria del poder público que se traduzca en el menoscabo de tales derechos.

En todos estos casos, claro está, la violación de los derechos humanos ocurrirá en la medida en que la actuación del poder público desborde los límites que legítimamente pueden imponerse a los mismo por imperativos del orden público o del bien común.

LOS LÍMITES LEGÍTIMOS A LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho de los derechos humanos, tanto en el plano doméstico como en el internacional, autoriza limitaciones a los derechos protegidos en dos tipos de circunstancias distintas. En condiciones normales, cada derecho puede ser objeto de ciertas restricciones fundadas sobre distintos conceptos que pueden resumirse en la noción general de orden público. Por otra parte, en casos de emergencia, los gobiernos están autorizados para suspender las garantías.

Los derechos humanos pueden ser legítimamente restringidos. Sin embargo, en condiciones normales, tales restricciones no pueden ir más allá de determinado alcance y deben expresarse dentro de ciertas formalidades. (...)

El orden público, aún como concepto universal, no responde a un contenido estable ni plenamente objetivo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha definido como el conjunto de *“las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de*



instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios” (Corte I.D.H.: La colegiación obligatoria de periodistas, cit., §64). (...)

Las limitaciones a los derechos humanos no pueden afectar el contenido esencial del derecho tutelado. La misma Corte también ha dicho que nociones como la de “orden público” y la de “bien común” no pueden invocarse como “medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención” y deben interpretarse con arreglo a las justas exigencias de una sociedad democrática, teniendo en cuenta “el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención” (Corte I.D.H.: La colegiación obligatoria de periodistas, cit., §67). (...)

Este es un principio universal del ordenamiento constitucional democrático, expresado, entre otros textos por el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual las restricciones que la Convención autoriza para el goce de los derechos por ella reconocidos, solo podrán emanar de “leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Respecto de este artículo, la Corte ha interpretado “que la palabra leyes ... significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento previsto en las constituciones de los estados partes para la formación de las leyes” (Corte I.D.H., La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cit. §38).

Los derechos garantizados pueden verse expuestos a limitaciones excepcionales frente a ciertas emergencias que entrañen grave peligro público o amenaza a la independencia o seguridad del Estado. En tales circunstancias el gobierno puede suspender las garantías. A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que, dentro del sistema de la Convención, se trata de una medida enteramente excepcional, que se justifica porque “puede ser en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática” (Corte I.D.H., El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2 y 25.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, §20).

Sin embargo, evocando quizás los abusos a que ha dado origen en el hemisferio, afirmó que “la suspensión de garantías no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa a que alude el artículo 3 de la carta de la OEA” y que ella no “comporta la suspensión temporal del estado de derecho ni autoriza a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse” (ibid.), pues el efecto de la suspensión se contrae a modificar, pero no a suprimir “algunos de los límites legales de la actuación del poder público” (ibid. §24). (...)



CONCLUSIÓN

El tema de los derechos humanos domina progresivamente la relación de la persona con el poder en todos los confines de la tierra. Su reconocimiento y protección universales representa una revalorización ética y jurídica del ser humano como poblador del planeta más que como poblador del Estado. Los atributos de la dignidad de la persona humana, donde quiera que ella esté y por el hecho mismo de serlo prevalecen no solo en el plano moral sino en el legal, sobre el poder del Estado, cualquiera sea el origen de ese poder y la organización del gobierno. Es esa la conquista histórica de estos tiempos.

ACTIVIDADES

- 1.- Enuncie las obligaciones a cargo del gobierno frente a los derechos humanos.
- 2.- Complete el siguiente cuadro según la postura del Estado frente a la protección de los derechos:

ESTADO	
Derechos civiles y políticos	
Derechos económicos, sociales y culturales	
Derechos colectivos	

- 3.- Según el autor, ¿en qué condiciones son legítimas las limitaciones del Estado a los Derechos Humanos?
- 4.- ¿Qué entiende por “orden público” la Corte Interamericana de Derechos Humanos?
- 5.- Busque en internet datos biográficos del autor del texto. Detalle la información que considere de mayor relevancia.



DERECHO A LA VIDA

MARÍA LUISA PIQUÉ. “La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino” La Ley, 2012. (Texto adaptado con fines educativos)

El derecho a la vida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

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. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para disfrutar del resto de los derechos humanos. El no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. (...)

El derecho a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.

La CIDH ha sostenido que el derecho a la vida es “*el fundamento y sustento de todos los demás derechos*”, dado que jamás puede suspenderse. Esto trae aparejado, entre otras cosas, que los gobiernos no pueden, bajo ningún tipo de circunstancias, practicar ejecuciones ilegales o arbitrarias. Además afirmó que el derecho a la vida tiene status *ius cogens*, es el “derecho supremo del ser humano” y una “*condictio sine qua non*” para el goce de todos los demás derechos.

Para la Comisión, la obligación de respetar y proteger el derecho a la vida es una obligación erga omnes, es decir, debe ser asumida por el Estado frente a la comunidad interamericana como un todo y frente a todos los individuos sujetos a su jurisdicción, como directos destinatarios de los derechos humanos reconocidos por la Convención.

Con el desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el alcance del derecho a la vida ha ido ampliándose. Y esto se percibe en diferentes aspectos:



En primer lugar, se considera que el bien jurídico vida, no sólo puede ser avasallado a través de un atentado directo contra él, sino también a través de una puesta en peligro. Y estos actos también podrían configurar una violación de las obligaciones del Estado – tanto negativas, abstenerse de privar ilegítimamente de su vida a los individuos (obligación de respetar), como positivas, adoptar medidas necesarias para resolver aquellos problemas que podrían llegar a poner en peligro la vida de las personas (obligación de garantizar). En consecuencia, la protección activa de ese derecho involucra tanto a sus legisladores como a toda institución estatal, y especialmente a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas.

En segundo lugar, se ha afirmado también que en el caso de niños y niñas, la obligación de respetar y garantizar el derecho a la vida, presenta modalidades especiales a la luz del art. 19 de la Convención Americana, dado que los Estados han asumido obligaciones adicionales en cuanto a la protección de sus vidas. (...)

El principio general es que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos otorga una amplia protección a la vida humana desde la concepción. El carácter absoluto o relativo de la protección a la vida a partir del momento de la concepción es una cuestión que ha generado mucha controversia, tanto en el plano moral, como respecto de cómo deben interpretarse las normas de derecho positivo. (...)

El art. 1 de la Declaración fue aprobado con la siguiente redacción: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y la seguridad de su persona”. (...)

La pena de muerte

Esta forma de castigo ha sido abolida en nuestra legislación penal ordinaria – consecuencia de la derogación por el Congreso de la ley penal de facto N° 21.388. Por lo tanto, y conforme lo dispone el art. 4, ésta decisión es irreversible en la medida en que la CADH tenga jerarquía constitucional.

La CADH expresamente limita la imposición y aplicación de la pena capital, en miras de su desaparición. Por esta razón, se consagra un criterio incremental, en el sentido de que, sin abolir la pena de muerte, pretende reducir su aplicación y lograr la eliminación a través de un proceso gradual e irreversible. Tal es así que los países que la hayan abolido, no podrán reinstaurarla, y aquellos que todavía la mantienen, no pueden extender su uso hacia delitos para los que no estaba prevista.

La aplicación e imposición de la pena capital está limitada en términos absolutos por el principio según el cual “nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Si los Estados violan alguna de las disposiciones en relación con la ejecución de una pena capital, ésta no será un



castigo legítimo sino una privación arbitraria de la vida en los términos del artículo 4 de la CADH.
(...)

Las limitaciones a la pena de muerte se fundan en que constituye la forma de castigo más absoluta, y sus efectos son irrevocables. Es por esto que, entre los Estados partes que todavía la admiten, su imposición debe ser excepcional –para delitos extremadamente graves – y producto de un análisis minucioso acerca de si esa forma de castigo es la más apropiada en cada caso en particular.

La prohibición que pesa sobre nuestro país en relación con la implementación de la pena de muerte, repercute también en los tratados de extradición que suscriba con países cuyos ordenamientos sí contemplen esa forma de castigo. Por ejemplo, en el tratado de extradición suscripto con los Estados Unidos de América, que fue aprobado por la ley 25.215 (1999), se estableció que, cuando el delito por el cual se solicita la extradición es punible con la pena de muerte en virtud de la legislación del Estado requirente (Estados Unidos) la entrega de la persona reclamada podrá ser denegada, salvo que el Estado Requirente otorgue garantías de que la pena de muerte no será impuesta, o de ser impuesta, no será ejecutada.

Por todo esto, la imposición de la pena de muerte a personas por delitos que no sean de gravedad excepcional, la violación de garantías judiciales del imputado y la falta de consideración sobre la pertinencia de esa forma de castigo teniendo en cuenta las circunstancias particulares del autor y del hecho, configurar una privación arbitraria en los términos del art. 4.

Situación previa a la reforma constitucional de 1994.

El derecho a la vida no está expresamente contemplado en la Constitución Nacional histórica. Ante esa ausencia, la jurisprudencia y la doctrina elaboraron una serie de pautas interpretativas para explicar el silencio constituyente y considerar, de todas formas, que el derecho a la vida formaba parte del derecho positivo constitucional.

Para empezar, se ha sostenido que la vida sí estaba consagrada como derecho de manera explícita en el texto constitucional, dado que según el art. 29 “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna...”

Por otra parte, se ha considerado al derecho a la vida como uno de aquellos derechos implícitos o no enumerados, consagrados por el art. 33 de la C.N un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él.



La CSJN tradicionalmente ha considerado a la vida como derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resultaba reconocida y garantizado por la C.N y las leyes.

En sintonía con la CIDH, para la CSJN la violación del derecho a la vida no se configura exclusivamente con un atentado contra ella. En reiteradas ocasiones, antes de 1994, ha sostenido que el derecho a la vida es comprensivo de la salud.

Esta fuerte protección de la vida y de la integridad corporal como comprensiva de ésta, empero, para la CSJN no priva a los individuos de poder disponer de su propio cuerpo y de su vida, ya que se trata de ámbitos protegidos por el art. 19 de la C.N. (...)

La positivización y efectividad del derecho a la vida

En cuanto al reconocimiento de la vida como derecho, el principal impacto de la jerarquía constitucional otorgada a la CADH ha sido que ahora, para fundar la vigencia de ese derecho, no es necesario acudir a los derechos implícitos o al derecho natural, sino que es posible aludir al derecho positivo constitucional. (...)

La CSJN también ha sostenido que es al Poder Judicial al que le corresponde buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando está en juego “el derecho a la vida y a la integridad física de las personas”.

ACTIVIDADES

Lea el siguiente fallo:

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 07/07/2015

Partes: D., M. A. s/ declaración de incapacidad

Publicado en: LA LEY 15/07/2015.

Buenos Aires, julio 7 de 2015.

Considerando:

1º) Que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén dejó sin efecto la sentencia que, al confirmar la de primera instancia, había rechazado la pretensión de las representantes de M.A.D. para que se ordenara la supresión de su hidratación y la alimentación enteral, así como de todas las medidas terapéuticas que lo mantienen con vida en forma artificial (fs. 978/1002).



Para decidir de esa forma, el *a quo* señaló que tal petición se encuentra comprendida en la Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (ley 26.529, modificada por la ley 26.742) por lo que no resulta necesario que las representantes de M.A.D. requieran autorización judicial alguna. Sostuvo el tribunal que existe en autos un conflicto entre derechos constitucionales, a saber, el derecho a la vida y el derecho a la autonomía personal. A su entender, un sujeto puede en determinadas circunstancias adoptar decisiones que tengan como fin previsible la culminación de su vida, en tanto se trata de cuestiones que se encuentran dentro de la zona de reserva que asegura el derecho a la autonomía personal. Destacó que en esa zona de reserva el individuo es dueño de hacer elecciones sobre su propia vida sin intromisión del Estado, en tanto no afecten la moral, el orden público ni a terceros. Aseguró que esas decisiones libres hacen a la dignidad de la persona y al pleno ejercicio de la libertad.

Agregó que la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, procura asegurar el goce del derecho a la autonomía personal en la etapa final de la vida y que ese derecho se plasma en la posibilidad de aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos.

Señaló que la ley garantiza la formación de un consentimiento informado por parte del paciente, y prevé la posibilidad de que, en determinados supuestos, este sea otorgado por los representantes legales. Apuntó que la norma pretende que estos asuntos no se desplacen desde el ámbito íntimo del paciente, su familia y el médico a la esfera judicial. En consecuencia, sostuvo que tienen legitimación para dar consentimiento informado en representación de su hermano, M.A.D., quien se encuentra desde 1994 en estado vegetativo persistente e irreversible. Finalmente, enfatizó que la ley establece un mecanismo que no requiere intervención judicial, por lo que dejó sin efecto la sentencia apelada y declaró que la petición debe tramitar conforme a ese procedimiento.

2°) Que contra este pronunciamiento, el curador *ad litem* y el representante del Ministerio Público de Incapaces interpusieron sendos recursos extraordinarios, que fueron concedidos por el tribunal *a quo*. El curador *ad litem* sostiene que la sentencia es arbitraria.

Afirma que el *a quo* no valoró las pericias médicas de las que surge que el paciente no padece una enfermedad terminal, sino que se encuentra en estado vegetativo permanente y tiene un estado de salud estable. Aduce que la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, es inaplicable al caso; en tanto exige que el paciente se encuentre en estado terminal para autorizar el retiro de la hidratación y la alimentación. Enfatiza que en este caso el retiro petitionado habilitaría una muerte por deshidratación e inanición, que dista de un final en paz.

Por su parte, el representante del Ministerio Público de Incapaces alega en el mismo sentido. A su vez, enfatiza que el paciente no expresó su voluntad respecto al retiro del soporte vital, lo que debe guiar el análisis de las garantías constitucionales en juego. Aduce que morir con dignidad es un derecho inherente a la persona y que, como tal, solo puede ser ejercido por su titular. (...)

3°) Que a fs. 1116/1127 vta. obra el dictamen de la Procuradora General de la Nación del 9 de abril de 2014 quien por los argumentos allí expuestos propone confirmar la sentencia impugnada. Asimismo, la Corte efectuó una consulta científica al Instituto de Neurociencias de la Fundación Favaloro respecto de la situación del paciente.

4°) Que los recursos extraordinarios son admisibles, en cuanto los agravios formulados conducen a determinar el alcance de los derechos constitucionales en juego: el derecho a la



vida, a la autonomía personal, a la dignidad humana y a la intimidad (artículo 14, inc. 3° de la ley 48).

5°) Que según resulta de las constancias de autos, el 23 de octubre de 1994 M.A.D. sufrió un accidente automovilístico que le ocasionó un traumatismo encéfalo craneano severo con pérdida del conocimiento, politraumatismos graves y epilepsia postraumática. Fue internado en el Hospital de la Provincia del Neuquén y luego derivado a la Clínica Bazterrica de la Ciudad de Buenos Aires. Allí fue sometido a varias intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos. La historia clínica establece que “durante la internación el paciente evoluciona con estado vegetativo persistente”.

6°) Que de acuerdo con lo señalado por el galeno, desde la fecha del accidente, M.A.D. carece de conciencia de sí mismo o del medio que lo rodea, de capacidad de elaborar una comunicación, comprensión o expresión a través de lenguaje alguno y no presenta evidencia de actividad cognitiva residual.

También en el informe producido por el Jefe del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de Neuquén, se señaló que, el paciente se hallaba en estado vegetativo desde hacía 15 años sin conexión con el mundo exterior y presentaba una grave secuela con desconexión entre ambos cerebros.

7°) Que, atento a la complejidad científica, ética y deontológica que presenta la cuestión planteada el Tribunal consideró necesario requerir la opinión técnica del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Instituto de Neurociencias de la Fundación Favalaro a los efectos de contar con la mayor cantidad de información científica posible y actualizada para decidir un caso de tal trascendencia. Los informes producidos por el Cuerpo Médico Forense destacan que el paciente sufre un evidente trastorno de conciencia grave. Agregan que el paciente no habla, no muestra respuestas gestuales o verbales simples (sí/no), risa, sonrisa o llanto. No vocaliza ni gesticula ante estímulos verbales. Tampoco muestra respuestas ante estímulos visuales.

8°) Que, desde el momento de su hospitalización M.A.D. ha sufrido varias dolencias, además, requiere de atención permanente para satisfacer sus necesidades básicas.

9) Que la condición descripta ha perdurado por un lapso que supera los veinte años. El cuadro clínico de M.A.D. no ha sufrido cambios y los profesionales que se han pronunciado en las instancias anteriores coinciden en que no tiene posibilidad alguna de recuperación neurológica o de revertir su actual estado. También el Instituto de Neurociencias de la Fundación Favalaro concluye que M.A.D. se encuentra en un estado de mínima conciencia al que califica como permanente y, en cuanto a su pronóstico, afirma que: “Las chances de recuperación del ‘estado de mínima conciencia’ (EMC) disminuyen con el tiempo. La mayoría de los pacientes que han evolucionado lo han hecho dentro de los 2 años posteriores a la instalación del cuadro. Si bien hay casos aislados de mejoría tardía, la bibliografía remarca que las chances de recuperación disminuyen con el tiempo. Como conclusión aquellos pacientes que permanecen en EMC por 5 años sin signos que demuestren mejoría en la capacidad de respuesta deben ser diagnosticados como ‘EMC 7 permanente’ y las chances de recuperación son casi nulas. El paciente M.A.D. se encuentra en esta situación desde hace más de 20 años sin evidencia de mejoría en todo este tiempo. Por éstos motivos se concluye que el paciente se encuentra en EMC permanente y sus posibilidades de recuperación son excepcionales”.

10) Que es importante remarcar que la ley 26.529 reconoce el derecho del paciente a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de voluntad.



El artículo 2°, inciso e, prevé que “el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”.

Por su parte, el artículo 5° establece que debe entenderse “por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: (...) g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable”.

13) Que si bien M.A.D. no padece una enfermedad, lo cierto es que, como consecuencia de un accidente automovilístico, ha sufrido lesiones que lo colocan en un estado irreversible e incurable.

Es por este motivo que resulta posible encuadrar su estado, así como la petición formulada de retiro de medidas de soporte vital, dentro de lo contemplado en los artículos 2°, inciso e, y 5°, inciso g, de la ley 26.529.

14) Que, por lo demás, el relevamiento de la jurisprudencia comparada demuestra que la hidratación y la alimentación han sido reconocidos como tratamientos médicos.

15) Que la situación concreta en la que se halla M.A.D. permite aseverar que, en el presente caso, se está en presencia de un paciente mayor de edad que hace más de 20 años que se encuentra internado sin conciencia de sí mismo ni del mundo que lo rodea. Asimismo, de las constancias de la causa surge que M.A.D. no ha brindado ninguna directiva anticipada formalizada por escrito respecto a qué conducta médica debe adoptarse con relación a la situación en la que se halla actualmente.

16) Que, la decisión de aceptar o rechazar un tratamiento médico constituye un ejercicio de la autodeterminación que asiste a toda persona por imperio constitucional. En efecto, esta Corte, en innumerables precedentes ha resaltado el valor de la autodeterminación de la persona humana con fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional, no solo como límite a la injerencia del Estado en las decisiones del individuo concernientes a su plan de vida, sino también como ámbito soberano de este para la toma de decisiones libres vinculadas a sí mismo (Fallos: 332:1963; 335:799).



En este orden, ha dejado claramente establecido que el artículo 19 de la Constitución Nacional otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros (Fallos: 316:479; 324:5).

17) Que en la ley 26.529 se prevé la situación de los pacientes que, como en el caso de M.A.D., se encuentran incapacitados o imposibilitados de expresar su consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico. Así, en el artículo 6° se establece que en estos supuestos el consentimiento del paciente “[...] podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la ley 24.193 [Trasplante de Órganos], con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.

18) Que teniendo en cuenta el principio de autodeterminación del paciente que, como se señaló, posee raigambre constitucional y la aplicación que efectuó el *a quo* de la norma señalada, corresponde formular las siguientes precisiones. Los términos del artículo 21 de la ley son claros en cuanto a que, quienes pueden transmitir el consentimiento informado del paciente no actúan a partir de sus convicciones propias sino dando testimonio de la voluntad de este. Es decir que no deciden ni “en el lugar” del paciente ni “por” el paciente sino comunicando su voluntad. De este modo, la decisión respecto de la continuidad del tratamiento no puede ni debe responder a meros sentimientos de compasión hacia el enfermo, ni al juicio que la persona designada por la ley se forme sobre la calidad de vida del paciente, aunque esta sea parte de su círculo familiar íntimo. Tampoco puede basarse en criterios utilitaristas que desatiendan que toda persona es un fin en sí mismo. Lo que la manifestación de la persona designada por ley debe reflejar es la voluntad de quien se encuentra privado de consciencia y su modo personal de concebir para sí, antes de caer en este estado de inconsciencia permanente e irreversible, su personal e intransferible idea de dignidad humana. Esta premisa, por otra parte, encuentra plena correspondencia con los principios del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ley 26.378, que integra el bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto en la ley 27.044.

19) Que en razón de los valores en juego y con el objeto de evitar cualquier equívoco relativo al alcance de este pronunciamiento, corresponde remarcar que no está en discusión que M.A.D., es una persona en sentido pleno que debe ser tutelada en sus derechos fundamentales, sin discriminación alguna (artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional). Es justamente por ello que goza tanto del derecho a la autodeterminación de decidir cesar un tratamiento médico como también, en sentido opuesto, a recibir las necesarias prestaciones de salud y a que se respete su vida, en tanto primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional).

20) Que, en este contexto y a partir de todo lo afirmado precedentemente, resulta indispensable valorar que las hermanas de M.A.D., que son mayores de edad y, a su vez, fueron designadas como sus curadoras, solicitaron el cese de la provisión de tratamiento médico y de medidas de soporte vital manifestando con carácter de declaración jurada que esta solicitud responde a la voluntad de su hermano (conf. fs. 424 vta. y 428). Asimismo, reviste interés resaltar las concordantes manifestaciones posteriormente efectuadas por la Sra. A. D. en el sentido que “está representando a su hermano, que ella sabe cuál era su voluntad y quiere que se respeten los derechos de su hermano” (conf. fs. 710) y que ratificó, al contestar el traslado de los recursos extraordinarios interpuestos en autos, cuando señaló que estaban “...cumpliendo la voluntad explícita manifestada por él, en vida a una de sus hermanas...” (fs. 1089).



21) Que, en este contexto, es insoslayable señalar que este Tribunal advierte la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentra M.A.D., así como las derivaciones en el plano de sus derechos humanos que plantea la cuestión debatida.

De esta forma, se extremaron los cuidados destinados a asegurar que, en el marco de un profundo examen de las cuestiones médicas y éticas involucradas, todos los puntos de vista sobre la cuestión fueran expresados y escuchados.

29) Que, por ello, debe descartarse el agravio de arbitrariedad invocado, pues cabe concluir que la petición efectuada por las hermanas de M.A.D. se enmarca dentro de los supuestos previstos en la ley, al ser efectuada por los familiares legitimados, sin que los testimonios por ellos brindados fueran contrarrestados. En especial, deberá darse cumplimiento con el artículo 2, inciso e, in fine, en cuanto precisa que en los casos en que corresponde proceder al retiro de las medidas de soporte vital es menester adoptar las providencias y acciones para el adecuado control y alivio de un eventual sufrimiento del paciente.

30) Que, por otra parte, la particular situación que se suscitó en la institución en la que se atendió a M.A.D. pone de manifiesto la necesidad de que, las autoridades correspondientes, contemplen mediante un protocolo las vías por las que el personal sanitario pueda ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención del paciente. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley les confiere a los pacientes que se encuentren en la situación contemplada en la ley 26.529. Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, se declaran parcialmente admisibles los recursos extraordinarios interpuestos y se confirma la sentencia apelada en los términos y con los alcances indicados en el considerando 29, segundo párrafo.

Notifíquese y oportunamente devuélvase. — Ricardo L. Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan C. Maqueda.

Conteste las siguientes consignas:

- 1.- Desarrolle brevemente la plataforma fáctica del caso.
- 2.- ¿Cuáles son los derechos constitucionales en conflicto?
- 3.- ¿Quiénes interponen el recurso extraordinario ante la CSJN?
- 4.- Desarrolle brevemente los motivos por los cuales los apelantes consideran que la sentencia recurrida es arbitraria.
- 5.- Explique concretamente cuál es la pretensión de la parte actora.
- 6.- ¿Qué determina el informe del Cuerpo Médico Forense de Neuquén?
- 7.- ¿Qué determina el informe del Instituto de Neurociencias de la Fundación Favalaro?



- 8.- Compare ambos informes y determine si los mismos son coincidentes o existen contradicciones.
- 9.- ¿Qué establece la Ley 26.529 en relación a los derechos del paciente que padece una enfermedad irreversible o incurable?
- 10.- ¿Qué entiende la CSJN por “autodeterminación”, y en qué norma fundamenta su reconocimiento?
- 11.- ¿Cuáles son los criterios sobre los cuales debe basarse la decisión de los familiares del paciente?
- 12.- Según lo expresado en el fallo, ¿M.A.D. goza del derecho a la autodeterminación? Fundamente brevemente su respuesta.
- 13.- Enumere al menos tres argumentos por los cuales el Tribunal rechaza el agravio de arbitrariedad de la sentencia y hace lugar al reclamo de las hermanas de M.A.D.



UNIDAD III

Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno

Sagüés, Néstor P., Por Thomson Reuters. 24 junio, 2013.
(Texto adaptado con fines educativos)

INTRODUCCIÓN. ALTERNATIVAS

Como es sabido, una de las estrategias que más esperanzas ha suscitado en el siglo XX para lograr la vigencia de los derechos humanos en un país determinado, consiste en proyectar en ese Estado reglas de derecho internacional declarativas de aquellos derechos.

Tal aterrizaje jurídico tiene, en principio, evidentes ventajas. En primer lugar, significa que en el Estado en cuestión ciertos derechos humanos deben regir no solamente por voluntad del mismo, sino también por la voluntad de otros Estados, e incluso de una organización supranacional. En segundo término, advierte que en la vigencia de dichos derechos se encuentra comprometido, además del bien común nacional, el bien común internacional. En tercer lugar, alerta que si los derechos humanos incluidos en un tratado internacional son incumplidos por un Estado, éste puede contraer responsabilidades internacionales. Más todavía: en ciertos casos, la “asimilación” nacional de un documento internacional sobre derechos humanos puede implicar el sometimiento del Estado local a organismos o tribunales supranacionales, ante los cuales deben doblegarse las autoridades nacionales, incluso la Corte Suprema de un país (que, por ende, deja en sentido estricto de ser “Suprema”). Por ejemplo, tal es el supuesto, de resultados del Pacto de San José de Costa Rica y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En síntesis, la incorporación al ámbito nacional de derechos humanos enunciados en una convención o tratado internacional da a dichos derechos un fundamento “reforzado” de aplicación, de tipo normativo, axiológico y hasta fáctico.

Ahora bien, en este terreno cabe distinguir tres temas. El primero refiere a los medios de incorporación del tratado internacional al derecho interno, eso es, al “cómo” y al “cuándo” el derecho humano supranacional rige en la esfera local nacional. El segundo alude a la cotización jurídica del tratado, y por ende de los derechos en él enunciados, con relación al resto de las normas nacionales (en especial, Constitución y leyes ordinarias). El tercero se conecta con la operatividad -inmediata o retardada- del derecho humano de fuente internacional, una vez incorporado al derecho local.



En rigor de verdad, no son iguales todas las rutas de inserción de los derechos humanos de fuente internacional en el derecho nacional, ni en todas partes aquellos derechos cuentan con la misma cotización frente al resto de las normas locales. Finalmente, el funcionamiento concreto de uno de aquellos derechos no goza siempre de la misma ejecutividad. Existen variables bien distintas, con efectos jurídicos a su vez muy diferentes.

Este trabajo procura abordar de modo muy elemental y sintético, con discretas aspiraciones didácticas, el amplio e importante complejo de situaciones y problemas que hemos descripto, clasificando esas variables en cuatro alternativas básicas de recepción nacional del tratado internacional sobre derechos humanos, a saber: a) “supraconstitucionalización”; b) “constitucionalización”; c) “subconstitucionalización de primer grado”; d) “equiparación legislativa”.

JERARQUÍA SUPRAconstitucional DEL TRATADO

En esta hipótesis el instrumento internacional posee un status jurídico privilegiado: está por sobre cualquier regla del derecho interno, incluso por encima de la propia Constitución local. Dicho de otro modo, debe regir a pesar de que se oponga a algún precepto de la Constitución. Indirectamente, ello significa que el tratado sobre derechos humanos puede reformar a la Constitución. (...)

La opción de la preeminencia del tratado de derechos humanos sobre la Constitución es una aplicación de la doctrina “monista”, según la cual “la razón de la validez del orden jurídico nacional se encuentra determinada por el derecho internacional” (Kelsen). Además, el asunto de la incorporación del tratado en el derecho interno nacional estaría también reglado por el derecho internacional.

(...) Interesa apuntar que algunas veces la superioridad del tratado respecto a la Constitución se logra no por una norma expresa de ella, sino por decisión de sus operadores.

Un caso paradigmático fue la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Argentina en “Ekmekdjian v. Sofovich” (JA 1992-III-199). En tal acción de amparo se discutía la operatividad en la Argentina del derecho de réplica enunciado en el Pacto de San José de Costa Rica (LA 1994-B-1615), entonces vigente en el país en virtud de la ley 23054. La Corte consideró que en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ALJA 1973-A-563) (aprobada en la Argentina por ley 19865), y por los principios internacionales del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*, la Argentina estaba obligada a cumplir lealmente con los tratados que hubiese suscripto, aprobado y ratificado, y que solamente podía eximirse de obedecerlos en los raros supuestos contemplados por los arts. 27 y 46 de la aludida Convención de Viena (que no se perfilaban en la causa). La Corte concluyó que en definitiva, esta Convención “impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier



norma interna contraria”, y de esa “cualquier norma interna contraria”, no exceptuó a la misma reformada, en particular del art. 41.

EFFECTOS

Las consecuencias de la tesis de la supremacía del tratado sobre la Constitución son dobles, partiendo del supuesto de que el tratado, ya sea entendido “fuera” o “dentro” del ordenamiento interno nacional, de cualquier manera se halla “superpuesto” jurídicamente a la Constitución:

a) Efecto 1 (o de la invalidez). De haber conflicto entre la Constitución y el tratado, prevalece el tratado. Conviene aclarar que la confrontación entre estos instrumentos puede ser también doble: oposición normativa (la regla jurídica del tratado entra en colisión con una regla de la Constitución), u oposición ideológica (la base filosófico-política del tratado es incompatible con la base filosófico-política de la Constitución. (...))

En cualquiera de estas variables (conflicto estrictamente normativo o conflicto ideológico o conflictivo mixto, normativo-ideológico), debe, en esta posición, triunfar el tratado internacional. La cláusula constitucional contraria al tratado pasa a ser derecho inválido.

b) Efecto 2 (o de la armonización). Desde esta perspectiva, como derecho inferior, los preceptos de la Constitución tienen que interpretarse según los artículos y la ideología del tratado. (...)

Mediante la interpretación “armonizante” de la Constitución respecto al tratado, pueden “rescatarse” numerosas normas constitucionales, a fin de evitar la declaración de su invalidez y en cambio, tornarlas útiles y acordes con el instrumento internacional.

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

Este mecanismo funciona así: la Constitución da rango o jerarquía de norma constitucional a uno o más pactos internacionales, que por supuesto pasan entonces a formar parte del derecho interno por voluntad del poder constituyente nacional. En sentido estricto, técnicamente hablando, el tratado no forma parte aquí de la Constitución, pero sí “vale” como el texto constitucional. El tipo de asimilación puede plantearse de diverso modo, a saber:

a) Si la Constitución menciona explícitamente a los instrumentos internacionales en cuestión. Por ejemplo, art. 75 inc. 22 (LA 1995-A-26) del actual texto constitucional argentino, que declara con “jerarquía constitucional” a diez documentos (entre los que se encuentra el Pacto de San José de Costa Rica) y un protocolo facultativo, todos ellos concernientes a derechos humanos. Aquí puede hablarse de una “jerarquía constitucional inmediata” del tratado o convención.



En el caso argentino, el mismo art. 75 inc. 22 habilita la “constitucionalización” de otros tratados y convenciones sobre derechos humanos que en el futuro apruebe el Congreso, pero siempre que lo haga con mayoría calificada de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En ese caso, es factible divisar una “jerarquía constitucional mediata” (en el mañana, y por voluntad del Congreso) de esos instrumentos sobre derechos humanos.

b) Otro procedimiento estriba en reconocer a los habitantes “la plena vigencia de los derechos consignados” en determinados tratados o convenciones aludidos explícitamente por la Constitución. En tal hipótesis, la Constitución no dice expresamente que los tratados del caso posean rango constitucional, pero de todos modos tienen ese nivel, ya que el texto constitucional los declara vigentes en el país. Si una ley ordinaria se opusiera a alguno de dichos tratados, también se opondría al precepto constitucional que los proclama como obligatorios. Los tratados referidos cuentan con jerarquía constitucional “inmediata”.

c) En otros supuestos se opta por una asimilación genérica de los tratados o convenciones al texto constitucional. Tal fue la opción del art. 105 de la Constitución del Perú de 1979 (5), cuando dijo que “los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional”. Vemos que en esta variable la Constitución involucra tanto a los tratados presentes como a los futuros, eso es, que cubre las hipótesis de “jerarquía constitucional inmediata” y “mediata”.

EFFECTOS Y CONFLICTOS

La variante de la “constitucionalización” de un tratado de derechos humanos genera puntos de contacto del tratado tanto con la Constitución local como con el resto de las leyes de un Estado.

Suponiendo que no haya oposiciones entre la Constitución y el tratado, el intérprete-operator se encontrará con documentos de la misma categoría jurídica. Eso genera ya un problema de “entendimiento” o de “comprensión” de los derechos humanos en juego, esto es, si se los interpreta con “sintonía nacional” o con “sintonía internacional”, vale decir, según las pautas ideológicas y las creencias de la Constitución y de la comunidad local, o con las del tratado internacional.

Esta grave cuestión ha sido enfrentada alguna vez sosteniéndose, verbigracia, por la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, que los derechos constitucionales que son también contemplados por el Pacto de San José de Costa Rica tienen que ser interpretados según las pautas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyas directrices deben servir en tales temas de guía para los jueces argentinos. Es una buena solución, que en el fondo prioriza al derecho internacional sobre el nacional.



Pero también es correcto sostener que en la aplicación local de los derechos de fuente internacional “constitucionalizados”, puede y debe haber un cierto “margen nacional” en su entendimiento y efectivización, atendiendo razonablemente a las particularidades nacionales (creencias, valoraciones, idiosincrasia, posibilidades, normas constitucionales conexas, etc.), siempre que ellas no desvirtúen la esencia de lo que el tratado internacional quiere asegurar. Con esto quiere significarse que el mismo derecho enunciado en un tratado puede tener algunas variantes justificadas de aplicación en distintos Estados.

Un dilema muy especial se presenta cuando alguna cláusula de un tratado “constitucionalizado” resulta opuesta a alguna regla de la Constitución. La cuestión no es meramente teórica: en la Argentina, por ejemplo, fue muy discutida la compatibilidad del art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, constitucionalizado según el art. 75 inc. 22 CN., y que garantiza el derecho de “réplica” (o de rectificación y respuesta), con el art. 14 CN., que al proclamar el derecho de publicar las ideas sin censura previa, implicaba, para algunos, la imposibilidad de obligar a alguien a publicar algo, aunque fuera a título de “réplica”.

El tema da lugar a varias opciones. Una, paradójicamente, es negarlo. Recientemente, por ejemplo, la Corte Suprema argentina dijo que si el constituyente dio a algunos tratados sobre derechos humanos alcurnia constitucional, eso significa que previamente los estudió y consideró compatibles con la Constitución, razón por la que los poderes constituidos (léase Corte Suprema, por ejemplo), no podían descalificar el juicio de armonización que ya había hecho el poder constituyente.

Otra vía es reconocer que el conflicto puede existir, y que el operador del caso debe primero procurar por todo medio razonable posible “compatibilizar hasta lo incompatibilizable”. Después, si esto es en el caso concreto una suerte de misión imposible, podrá recurrir a una regla cada vez más preferida en la doctrina contemporánea: dar prioridad al precepto (constitucional o del tratado) que mejor proteja al derecho personal en cuestión. (...)

Pero con esto no terminan todos los problemas. Bien puede ocurrir que una regla de un tratado “constitucionalizado”, entre en colisión con la norma de otro tratado igualmente “constitucionalizado”. Es una situación parecida a la oposición descrita en el párrafo anterior, y donde pueden aplicarse las mismas fórmulas iniciales de solución.

El otorgamiento de rango constitucional a un tratado sobre derechos humanos coloca sin dudas al tratado por sobre la ley ordinaria. Esto provoca dos consecuencias:

- 1) Efecto 1 (o de la invalidez). La ley opuesta al tratado en cuestión es aquí inconstitucional.
- 2) Efecto 2 (o de la armonización). Toda ley debe interpretarse conforme, y no contra, el tratado de derechos humanos del caso. Se repite aquí la necesidad, cuando se realiza la inteligencia de un texto legal, de optar por la interpretación que concuerde con el tratado, y de desechar la que se le oponga. Y prevenir que la concordancia entre la ley y el tratado debe ser



tanto normativa como ideológica. La ley debe ser pensada según el espíritu y la filosofía jurídico-política del tratado.

EL TRATADO “SUBCONSTITUCIONAL” PERO “SUPRALEGAL”

Según esta postura, un tratado (ya sea de derechos humanos, ya de otra índole) se encuentra “bajo” la Constitución, aunque “sobre” la ley ordinaria. En una palabra, se halla en un escalón intermedio entre la Constitución y las leyes comunes. Podría entonces llamarse el método de la “subconstitucionalización de primer grado” (la ley también es subconstitucional, pero en un segundo grado: después del tratado). (...)

Las consecuencias de esta modalidad son importantes. En cuanto la incorporación del tratado al derecho interno, el asunto en principio estaría regido por la Constitución local, que regula el “cómo” y el “cuándo” de tal asimilación. Respecto a la cotización jurídica del tratado, y de los derechos humanos en él descriptos, cabe concluir:

a) Puesto que el tratado está subordinado a la Constitución, puede ser reputado judicialmente inconstitucional si la viola (“efecto invalidez”, en favor de la Constitución). Esta situación puede incluso darse si al momento de ratificarse el tratado éste era compatible con la Constitución, pero después deja de serlo a raíz de una reforma constitucional que establece algo opuesto a una cláusula del tratado.

b) Los derechos humanos enunciados por el tratado deben interpretarse de conformidad con las reglas constitucionales (interpretación “armonizante”, en beneficio de la Constitución).

Antes de seguir adelante corresponde subrayar que la postura que comentamos no respeta (en las dos hipótesis precedentes, a y b) los principios internacionales del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*, ya que autoriza evasiones al cumplimiento del tratado internacional, so pretexto de la supremacía de la Constitución.

c) Una ley común no puede derogar ni modificar a un tratado, aunque fuera posterior al mismo. Si una ley es opuesta a un tratado, es una ley inconstitucional (“efecto invalidez” en favor del tratado).

d) Las leyes nacionales deben interpretarse de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos (interpretación “armonizante” en pro del tratado).

En las consecuencias c) y d), existe plena compatibilidad con los postulados internacionalistas del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*, al obligarse el Estado a cumplir con el tratado digan lo que digan las leyes locales.



EL TRATADO, EQUIPARADO A LA LEY

Para esta postura, obviamente, el tratado está bajo la Constitución. Además, dice, no hay razón -salvo que la Constitución lo disponga- para dar prioridad al tratado sobre una ley.

La argumentación es compleja. Generalmente se parte de la idea de que el orden jurídico nacional y el internacional son intrínsecamente distintos e independientes (posición “dualista”). Por ende, el tratado internacional sobre derechos humanos valdrá en el ámbito internacional según él lo diga, pero en la esfera interna del Estado su vigencia está condicionada primero a la Constitución y después a una ley de ese Estado que lo declare aplicable, y en la medida y con los alcances y salvedades que dicha ley establezca.

Dicho de otro modo, la “fuente jurídica” de validez local del tratado es aquí, además de la Constitución, la ley que lo inserta en el derecho interno nacional. (...)

En definitiva, pues, en esta tesis el tratado tiene la misma cotización jurídica que una ley. Por tanto,

a) el tratado está bajo la Constitución, puede ser reputado inconstitucional si entra en colisión con ella, y debe interpretarse bajo las pautas de la Constitución.

b) El tratado aprobado por una ley deroga a una ley anterior que se le oponga (*lex posterior derogat priori*).

c) Una ley posterior al tratado puede derogarlo o modificarlo, también según el adagio jurídico señalado en el párrafo precedente.

d) Al tratado debe hacérselo funcionar, en última instancia, según la ideología jurídica imperante en el derecho local, dada su “conversión” de derecho externo (internacional) a derecho interno (nacional).

Por supuesto, en esta tesis tampoco son satisfechos los postulados internacionales del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*, al posibilitar -más que ninguna otra- las evasiones nacionales al cumplimiento del tratado internacional.

OPERATIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS DE FUENTE INTERNACIONAL

El problema de la ejecutividad de estos derechos se conecta, por supuesto, con la cuestión de los mecanismos de incorporación y con la categoría jurídica que se dé al tratado que los enuncie. (...)

Cabe diferenciar, como habitualmente se hace, entre tratados autoaplicativos y no autoaplicativos. Los primeros no necesitan de otras normas para cumplir el derecho humano que enuncian. Por ejemplo, el art. 4 inc. 3 del Pacto de San José de Costa Rica indica que “no se reestablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”, y eso no necesita de reglamentación alguna para ser cumplido. Pero cuando el art. 10 del mismo Pacto declara el



derecho de toda persona a ser indemnizada en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial, agrega que ello ocurre “conforme a la ley”.

En estos últimos supuestos la ejecutoriedad de un derecho humano de fuente internacional puede verse congelada si la ley reglamentaria no se dicta. Es cierto que un Estado puede encontrarse compelido por el mismo tratado o convención a adoptar las disposiciones legislativas o de otro carácter para efectivizar al derecho en cuestión (así lo impone, vgr., el art. 2 del Pacto de San José de Costa Rica), pero de hecho la mora legislativa nacional perjudica seriamente la vigencia del mismo.

Bien puede ocurrir, sin embargo, que pese a requerirse por un instrumento internacional una ley nacional para efectivizar un derecho enunciado en aquél, los operadores del sistema jurídico lo hagan operable pese a que dicha ley no se dicte. Un caso paradigmático es el art. 14 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica, que establece que el ejercicio del derecho de réplica (también llamado de rectificación o respuesta), debe realizarse “en las condiciones que establezca la ley”. Pese a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por mayoría, entendió exigible el ejercicio del referido derecho, aunque no hubiere ley reglamentaria nacional.

Otro tema harto importante es el de la vigencia sociológica de los derechos humanos emergentes de un tratado internacional, por más que éste fuese formalmente vigente y autoejecutivo o autoaplicativo. Las restricciones de hecho, emergentes de la falta de conocimiento de tales derechos por la comunidad, de las carencias económicas para contar con un adecuado asesoramiento jurídico a fin de defenderlos, de las múltiples hipótesis de privaciones de justicia, o de inexistencia de justicia imparcial, o de la renuencia de las autoridades públicas en cumplirlos (cuando no de su franca violación), implican circunstancias fácticas que en numerosos casos diluyen la eficacia del documento internacional en cuestión.

REEXAMEN DE LOS MECANISMOS

Los mecanismos de incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al derecho interno nacional, así como el valor de tales derechos en cada Estado, son esencialmente diversos.

a) La doctrina de la “supraconstitucionalización” afirma la supremacía de los tratados sobre la Constitución local, y determina que la validez del tratado y su vigencia en un Estado depende de lo que diga el derecho internacional. Añade que el derecho humano de esta fuente prevalece sobre cualquier regla nacional (incluso la Constitución).

b) El método de la “constitucionalización” opta por declarar con rango constitucional a ciertos documentos internacionales por voluntad del constituyente, quien así los reconoce también como derecho local supremo. En este caso, tales derechos prevalecen sobre el resto del ordenamiento jurídico nacional subconstitucional



c) El procedimiento de la “subconstitucionalización de primer grado” indica que los tratados deben subordinarse, tanto en contenido como en la forma de incorporación al derecho local, a las reglas de la reformada, en particular del art. 41 (por ende, pueden pecar de inconstitucionalidad); pero que, satisfechos esos recaudos, son “supralegales”, esto es, que se encuentran en un escalón superior al de las leyes internas, y no pueden ser alterados por ellas.

d) El mecanismo de la “equiparación legislativa” nivela los tratados internacionales y los derechos de esa fuente, con una ley común. Deben pues conformarse a la Constitución, en forma y contenido. Se incorporan al derecho local como una ley más, y pueden ser modificados por una ley posterior.

El futuro de estas cuatro variables no es del todo predecible. La doctrina de la “supraconstitucionalización” es tal vez la axiológicamente preferible, en aras de sostener la primacía del bien común internacional sobre el bien común nacional. Pero tropieza con serias y hasta hoy casi invencibles resistencias locales, imbuidas de la concepción clásica de la doctrina de la soberanía.

La tesis de la “constitucionalización”, con un promisorio desarrollo actual, intenta satisfacer tanto la necesidad de afianzar los derechos humanos de fuente internacional con muy alto nivel jurídico (rango constitucional), como los apetitos nacionales de soberanía, ya que esa decisión es adoptada por el constituyente local. Es probable que se afiance en los próximos lustros, como una transacción entre las viejas escuelas “monista” y “dualista”.

La corriente de la “subconstitucionalización de primer grado” es tal vez lo menos que puede ofrecer en nuestros días un constituyente actualizado. Con relación a cinco décadas atrás, este paso importa, no obstante, un significativo avance jurídico en aras de tutelar los derechos humanos de fuente internacional.

Por último, la doctrina de la “equiparación legislativa”, otrora casi inexpugnable, resulta ahora prácticamente inaceptada por la deslegitimación axiológica que ha sufrido, al autorizar, oblicuamente, múltiples evasiones al cumplimiento de los compromisos internacionales contraídos por un Estado.

ACTIVIDADES

- En grupo de no más de cuatro personas, **confeccionen** un cuadro comparativo donde se puedan apreciar las ventajas y desventajas de las cuatro alternativas básicas de recepción nacional del tratado internacional sobre derechos humanos.
- Luego **seleccionen cuál consideran** la mejor alternativa posible. Fundamenten el porqué de la elección.
- Socialicen, con la ayuda del Profesor, los resultados con el resto de los grupos del curso.
- Finalmente, determinen cuál fue la opción elegida más votada por el curso. Realicen una pequeña reflexión grupal sobre el porqué de los resultados obtenidos.



LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS

Colautti, Carlos “Derechos Humanos”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995.

La reforma constitucional ha operado una profunda modificación en lo referente al régimen constitucional de los tratados. Las decisiones en cuanto a la jerarquía y condiciones de aprobación fueron incluidas en el art. 75 que es el que trata de las competencias del Congreso.

(...)La solución adoptada influye así en el sistema de derechos reconocidos en la parte dogmática. Esto es un doble aspecto: por una parte, la enumeración de nuevos derechos; por la otra, la interpretación de los reconocidos en la Constitución de 1853/60.

La polémica acerca de la relación de jerarquía dividió durante décadas a la doctrina y la jurisprudencia. Las incógnitas fueron finalmente despejadas por la Corte Suprema en el caso “Ekmeldjian c/ Sofovich” (C.S. julio 7-992), donde estableció que los tratados, una vez aprobados y ratificados, son directamente operativos en el derecho interno y que “ya no es exacta la proposición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley”.

Después de la reforma existen tratados que en la pirámide jurídica son superiores a las leyes pero inferiores a la Constitución y tratados que tienen el mismo rango de ésta.

Tratados con jerarquía constitucional

El Art. 75 inc. 22 enumera dos declaraciones y ocho tratados sobre derechos humanos que “en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional”. A su vez, añade una cláusula interpretativa que expresa que no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Estos son:

- a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- b) La Declaración Universal de Derechos Humanos.
- c) La Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- d) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- e) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.
- f) Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.
- g) La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.



- h) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- i) La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.
- j) La Convención sobre los Derechos del Niño.
- k) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se aprueba por ley 26.378 (2008) y adquiere jerarquía constitucional, el 19 de noviembre de 2014, a través de la ley 27044.

Una de las características de la reforma es que ha establecido un distinto grado de rigidez tanto para las leyes formales que dicta Congreso como para las normas constitucionales. Los Tratados internacionales enumerados son normas constitucionales, dado que "tienen jerarquía constitucional" según lo expresa la propia Constitución. Difieren de las demás normas constitucionales en cuanto a su rigidez, dado que pueden ser denunciados por el Poder Ejecutivo nacional "previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

Otros tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, pueden ser incorporados a la Constitución "con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

Aunque el tema no está previsto de modo específico en el art. 75, en nuestra opinión deberá seguirse el mismo procedimiento en caso de que los instrumentos incorporados sean reformados en el ámbito convencional internacional.

Es decir que el régimen previsto para incluir en la Constitución los tratados de derechos humanos y modificar sus normas una vez que forman parte de ella, difiere del previsto en el art. 30 y es menos rígido que, aquél, dado que omite la necesidad de convocar a una Convención reformadora.

Más allá de las distinciones entre convenciones sobre derechos civiles y convenciones sobre derechos culturales y sociales, que incluyen las potestades económicas de los estados, podemos distinguir tres tipos de cláusulas en los documentos sobre derechos humanos.

Las que se refieren a los derechos civiles coinciden en general con los principios que forman el fondo jurídico común de Occidente, que tuvo su primera concreción en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Ellos fueron garantizados en forma expresa desde nuestros primeros documentos constitucionales.

No obstante, por la misma índole de los tratados internacionales -que constituyen un piso de protección, que cuando los estados no los respetan, hacen nacer responsabilidad internacional-, las convenciones habilitan a los estados para establecer restricciones legislativas.



Hay un segundo tipo de cláusulas que generan en los estados un *compromiso* de procurar progresivamente la plena efectividad de los derechos. Esta actitud corresponde con los derechos relacionados, con el bienestar y la cultura; también con la plena participación política y la real posibilidad de acceso a las funciones públicas.

Un tercer tipo de cláusulas son las que señalan los "derechos de los pueblos" que en puridad se refieren a los derechos de las minorías. Ellas están señaladas en el art. 1, tanto del Pacto de Derechos Civiles de Naciones Unidas como en el de Derechos Económicos. La reforma de 1994 ha incluido los derechos de los pueblos indígenas argentinos (art. 75, inc. 17).

Dado que la jurisprudencia de la Corte se inclinó, a partir del caso "Ekmekdjian c/ Sofovich", a otorgar directa operatividad a los tratados internacionales sobre derechos humanos, será imprescindible que de estos últimos tipos de cláusulas. En esencia, ellas son no directamente operativas e, incluidas con 'la misma jerarquía que las demás normas constitucionales, generan dudas interpretativas y problemas de complementación.

Las restricciones habilitadas por los Tratados

Hemos adelantado que los tratados, que son convenios entre grupos muchas veces heterogéneos de estados nacionales, habilitan para que éstos, mediante ley formal, puedan establecer restricciones a los derechos.

La cláusula interpretativa de que los tratados "no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías" reconocidos por la Constitución, soluciona sólo parcialmente el dilema.

La Constitución es esencialmente una norma de habilitación de competencias. Al ubicar los tratados y la Constitución con la misma jerarquía, se habilita al Congreso para establecer restricciones y ellas pueden encontrar un fundamento que no existe en el sistema de declaraciones, derechos y garantías de la Primera Parte de la Constitución.

Será necesario entonces que los tribunales reiteren sus decisiones sobre estos temas y descarten la habilitación de restricciones que surgen de los tratados.

La operatividad de las cláusulas de los Tratados

Dado que -como dijimos-, en el actual sistema existen tratados con jerarquía superior a las leyes pero inferior a la Constitución, creemos conveniente hacer una breve referencia a la forma como se planteaba el problema de la operatividad de los tratados antes de que avanzara el proceso de la internacionalización del derecho de los derechos humanos.



El interrogante que se formulaba era si los tratados tienen vigencia en el orden interno por la sola aprobación legislativa y la ulterior ratificación del Poder Ejecutivo o si era necesario que con posterioridad se dicte otra ley que integre las previsiones del tratado a la normativa interna.

A partir del fallo "Ekmekdjian c/ Sofovich", en lo que se refiere a la operatividad se afirmó: *"La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por su omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento"*.

Este argumento encara la materia compleja de la inconstitucionalidad por omisión. De hecho, casi todos los tratados dejan puntos diferidos o bien a lo que las partes contratantes concuerden con posterioridad o a lo que disponga el derecho interno. En este último caso, y cuando los tratados no están incorporados a la Constitución, parecería que es preciso interpretar que las modalidades del cumplimiento han sido delegadas a la forma y oportunidad que decidan los órganos políticos en ejercicio de funciones que les son propias.

ACTIVIDADES

Lea el resumen del fallo "Ekmekdjian c/ Sofovich". Corte Suprema de Justicia de la Nación. 07/07/1992 (Texto adaptado con fines educativos) y conteste las siguientes preguntas:

- 1.- Describa brevemente los hechos base del conflicto.
- 2.- Explique cuáles son los derechos que se encuentran en tensión.
- 3.- ¿Qué es lo que reclama el actor ante la CSJN y en qué normativa funda su pretensión?
- 4.- ¿Qué establece la Legislación interna de nuestro país en relación al derecho a la intimidad?
- 5.- Enumere dos argumentos que da el Tribunal para fundar el resolutivo.
- 6.- Busque en internet el Código Civil y Comercial de la Nación y transcriba el artículo que actualmente protege el derecho a la intimidad.

Considerando:

1) Que la sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó el amparo interpuesto por Miguel A. Ekmekdjian, en ejercicio del derecho de réplica, contra Gerardo Sofovich. Contra dicho pronunciamiento el actor dedujo recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja.

2) Que de acuerdo a lo expuesto por el recurrente, lesionado profundamente en sus sentimientos religiosos, a fs. 84/85 promovió demanda de amparo contra Gerardo Sofovich, para que se lo condenara a leer en el programa "La Noche del Sábado" --que se emitía por el canal 2 de televisión--, una carta documento que le remitiera contestando a Dalmiro Sáenz, quien



expresó frases que consideraba agraviantes en relación a Jesucristo y a la Virgen María, en la audición del sábado 11 de junio de 1988. Que, como la carta no fue leída, debió iniciar juicio de amparo, fundado en el derecho de réplica que, según su criterio, le concede el art. 33 de la Constitución Nacional y el art. 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica aprobado por ley 23.054 y vigente para la República Argentina desde el depósito del instrumento de ratificación el 5 de setiembre de 1984.

3) Que el fundamento central utilizado por el a quo para rechazar las pretensiones del actor consiste en considerar que el art. 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica consagra el derecho de respuesta "en las condiciones que establezca la ley", razón por la cual el propio tratado inhibe la autofuncionalidad de la respuesta normada en él mientras no se reglamenten sus requisitos sustanciales y se regule procesalmente su ejercicio. Considera, en consecuencia, que el derecho de respuesta no tiene carácter operativo.

4) Que en el caso existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria del tribunal, toda vez que se ha cuestionado la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y del Pacto de San José de Costa Rica y la decisión impugnada resulta contraria al derecho que el recurrente pretende sustentar en aquéllas (arts. 31 y 33, Constitución Nacional y 14, Pacto de San José de Costa Rica).

5) Que, de manera preliminar, cabe dejar claramente sentado que en esta causa no se encuentra en tela de juicio que la libertad de prensa, en su acepción constitucional, es condición necesaria para la existencia de un gobierno libre y el medio idóneo para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa, atenta a la actividad de los poderes públicos. En tal carácter es un adecuado instrumento de ordenación política y moral en la Nación.

6) Que en este caso, por el contrario, el núcleo de la cuestión a decidir radica en la tensión entre la protección del ámbito privado de la persona de cuanto lesione al respecto a su dignidad, honor e intimidad; y el derecho de expresar libremente las ideas ejercido por medio de la prensa, la radio y la televisión. Es decir, se trata del equilibrio y armonía entre derechos de jerarquía constitucional, y en definitiva, de la tutela de la dignidad humana, en tanto se vea afectada por el ejercicio abusivo de la información. En particular, corresponde decidir si el denominado "derecho de réplica o respuesta" integra nuestro ordenamiento jurídico como un remedio legal inmediato a la situación de indefensión en que se encuentra el común de los hombres frente a las agresiones a su dignidad, honor e intimidad cuando son llevadas a cabo a través de los medios de comunicación social.

7) Que, como ya se señalara, en el análisis valorativo del denominado "derecho de respuesta", no sólo se encuentra en juego la tutela de la libertad de expresión o el derecho de imprimir sin censura previa, sino también la adecuada protección de la dignidad, la honra, los sentimientos y la intimidad del común de los hombres y por consiguiente la garantía jurisdiccional



para el sostenimiento de estos valores de la personalidad, garantía que puede encontrar un medio apto de ejercicio a través de la rectificación, respuesta o procedimientos que se aproximen a ese objeto. Ambos valores deben ser debidamente sopesados, sin perder de vista que, con la respuesta, se trata de asegurar el derecho natural, primario, elemental a la legítima defensa de la dignidad, la honra y la intimidad. A que la vida del común de los hombres no sea convertida en materia de escándalo por el periodista, el comentarista o el locutor de turno. A que su vida, su privacidad, su honra siga siendo suya; a seguir respetándose a sí mismo.

8) Que está fuera de discusión que los que manejan los medios de comunicación social -los medios técnicos de información--, ejercen influencia sobre la opinión pública y que el extraordinario poder de sugestión de estas técnicas en la elaboración de estructuras mentales, condiciona la vida humana. Por otra parte, nadie puede negar ni desconocer la influencia enorme de signo positivo que han ejercido y ejercen los medios de información y la comunicación colectiva. La información colectiva pone el mundo a disposición de todo el mundo. El hombre se ha habituado a ver el mundo como cosa propia, pues la comunicación colectiva lo ha reducido a los términos de una comarca. Los límites geográficos han perdido significación y sentido.

9) Que todo lo expuesto permite una mayor comprensión del derecho de prensa. El acrecentamiento de influencia que detentan los medios de información tiene como contrapartida una mayor responsabilidad por parte de los diarios, empresas editoriales, estaciones y cadenas de radio y televisión, las que se han convertido en colosales empresas comerciales frente al individuo, pues "si grande la libertad, grande también debe ser la responsabilidad" (Fallos 310:508 --La Ley, 1987-C, 289--). Si la publicación es de carácter perjudicial y si con ella se difama o injuria a una persona, se hace la apología del crimen, se incita a la rebelión o la sedición, no pueden existir dudas acerca del derecho del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones.

10) Que entre las técnicas de prevención y de seguridad para evitar, atenuar y reparar los abusos y excesos en que incurren los medios de comunicación se encuentra el ejercicio de los derechos de respuesta y de rectificación.

11) Que, en ese orden de ideas, el derecho de respuesta o rectificación se encuentra incorporado en varias Constituciones provinciales; actualmente ha sido reconocido, con excepción de Cuba, en la mayor parte de los países de América Latina y también en Europa Occidental. En el ámbito nacional, a su vez, existen procedimientos que se correlacionan con el derecho de respuesta. El derecho a la intimidad y al honor tienen una estructura tutelar en el art. 1071 bis del Cód. Civil, que establece que "el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad y el hecho no fuere un delito penal", podrá pedir al juez, "de acuerdo con las circunstancias, la publicación de la sentencia en un diario



o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación". Esto se complementa, en cuanto al honor, con lo dispuesto por el art. 114 del Cód. Penal, que determina que "cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa ... el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción".

12) Que, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de respuesta, o rectificación ha sido establecido en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por ley 23.054 y ratificado por nuestro país el 5 de setiembre de 1984, es ley suprema de la Nación conforme a lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional. Cabe, entonces, examinar si --como afirma el recurrente-- aquella disposición resulta directamente operativa en nuestro derecho interno o si, por el contrario, es menester su complementación legislativa.

13) Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional), el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67, inc. 19, Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional.

14) Que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados --aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980-- confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno.

15) Que en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hechos que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso. En el supuesto del art. 14.1 su redacción es clara y terminante en cuanto otorga, en las situaciones que allí se describen, el derecho de rectificación o respuesta, aunque remitiendo a la ley aquellas particularidades concernientes a su reglamentación. La norma expresa: 1. "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley". 2. "En ningún caso la rectificación o la



respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiere incurrido". 3. "Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial".

16) Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1º). Ante la consulta hecha a dicho tribunal acerca de si cuando el art. 14.1 dispone que el derecho de rectificación o respuesta se ejercerá "en las condiciones que establezca la ley", quiere decir que dicho derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que el mismo puede ser concretamente ejercido, contestó rechazando este argumento y afirmando que allí se consagra un derecho de rectificación o respuesta en favor de toda persona, ya que "el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo" (Opinión Consultiva OC-7/86).

17) Que en dicha opinión consultiva la Corte Interamericana sostuvo que "todo Estado parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin". Esta Corte considera que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin del Pacto deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales. En este sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercitará en el caso concreto.

18) Que, el derecho de respuesta o rectificación tiene por finalidad la aclaración, gratuita e inmediata frente a informaciones que causen daño a la dignidad, honra e intimidad de una persona en los medios de comunicación social que los difundieron. Se trata de una garantía para la efectiva protección de la dignidad humana, de la que forman parte la honra, la reputación y la privacidad afectadas por informaciones inexactas o agraviantes emitidas a través de una publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión (arts. 14, 1º y 3º, Pacto de San José de Costa Rica).

19) Que corresponde ahora tratar el tema de la legitimación del actor. Parece obvio señalar que una respuesta afirmativa a la cuestión constituye condición esencial para que el Tribunal pudiera haber afrontado la trascendente temática desarrollada en este pronunciamiento. Empero, no es menos cierto que la falta de legislación en el orden nacional sobre la materia, el carácter de primer pronunciamiento sobre el asunto, y la trascendencia jurídica e institucional de la cuestión, proporciona a los fundamentos de la legitimación del demandante carácter provisional, susceptible de sufrir mutaciones de acuerdo a la evolución del instituto.



20) Que cualquiera sea el nombre que se le hubiese asignado a la acción intentada en estos autos, por aplicación del principio *iura curia novit*, esta Corte está facultada a superar óbices formales cuando se trata, como en el *sub examine*, de una persona que se ha sentido mortificada en sus sentimientos más profundos por expresiones ínsitamente agraviantes para su sistema de creencias, considerando la presencia de un acto ilícito o en su caso, de un abuso del derecho. En sentido estricto, Dalmiro Sáenz con sus expresiones vertidas en la audición de Gerardo Sofovich --quien posibilitó el uso del medio--, interfirió en el ámbito privado de Miguel A. Ekmekdjian, conmoviendo sus convicciones más profundas. Esta conducta --reconocida por el demandado a fs. 102/105-- ha interferido arbitrariamente en la vida ajena, mortificando sus sentimientos, lo que implica un verdadero agravio a un derecho subjetivo tutelado por el legislador. Debe advertirse --con relación al caso planteado-- que se trata de un derecho subjetivo de carácter especial y reconocimiento excepcional, que requiere --para habilitar el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta-- una ofensa de gravedad sustancial, es decir, no una mera opinión disidente con la sostenida por el afectado, sino una verdadera ofensa generada en una superficial afirmación sin siquiera razonable apariencia de sustento argumental. En estas condiciones, la afirmación que provoca la rectificación o respuesta invade, como ya se dijo, los sentimientos más íntimos del afectado, convirtiéndose así --y tratándose de un sentimiento o creencia de sustancial valoración para el derecho-- en un agravio al derecho subjetivo de sostener tales valores trascendentales frente a quienes, sin razón alguna, los difaman hasta llegar al nivel del insulto soez, con grave perjuicio para la libertad religiosa. A diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal, previo reclamo al órgano emisor de la ofensa, quien podrá excepcionarse de cumplir con otras pretensiones de igual o semejante naturaleza simplemente con la acreditación de la difusión de la respuesta reparadora. Así entonces, se logran armonizar la indudable dimensión personal de la ofensa a las profundas creencias, sentimientos o valores reconocidos como sustanciales, con la practicidad de un sistema que no está dirigido a complicar, en un nivel de absurdo, el ejercicio de la libertad de prensa y de los derechos del sujeto propietario del órgano de comunicación masiva de donde partió la ofensa.

21) En cambio, en el *sub examine*, el recurrente en su carácter de católico militante, se sintió agraviado en lo profundo de su personalidad y de sus convicciones por las expresiones vertidas sobre Jesucristo y la Virgen María, por Dalmiro Sáenz, en la audición del demandado y remitió la carta que obra a fs. 61/67 solicitando su lectura en ejercicio del derecho de respuesta. No se trata pues de una cuestión vinculada con juicios públicos sobre materias controvertibles propias de las opiniones, sino de la ofensa a los sentimientos religiosos de una persona que afectan lo más profundo de su personalidad por su conexión con su sistema de creencias.



22) Que la defensa de los sentimientos religiosos, en el caso a través del ejercicio del derecho de respuesta, forma parte del sistema pluralista que en materia de cultos adoptó nuestra Constitución en su art. 14. Es fácil advertir que, ante la injuria, burla o ridícula presentación --a través de los medios de difusión-- de las personas, símbolos o dogmas que nutren la fe de las personas, éstas pueden sentirse moralmente coaccionadas en la libre y pública profesión de su religión, por un razonable temor de sentirse también objeto de aquel ridículo, difundido en extraordinaria multiplicación por el poder actual de los medios de comunicación masiva.

23) Que la vía sumarísima del amparo elegida por el accionante, ante la negativa del requerido de difundir la respuesta, resulta adecuada frente a la naturaleza del derecho que busca ser protegido judicialmente.

24) Que, por tal razón, y por su propia naturaleza, el espacio que ocupará la respuesta no debe exceder del adecuado a su finalidad, y en modo alguno debe ser necesariamente de igual extensión y ubicación que el que tuvo la publicación inicial; ello, desde luego, en un contexto de razonabilidad y buena fe, pero evitando una interpretación extensiva del instituto que lo torne jurídicamente indefendible y ponga en peligro el regular ejercicio del derecho de información, pilar básico de las instituciones republicanas (Fallos 311:2553 --La Ley, 1989-B, 551--). En el caso, resulta suficiente con la lectura de la primera hoja de la carta del actor obrante a fs. 61. Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Se condena al demandado, Gerardo Sofovich, a dar lectura únicamente a la primera hoja de la carta del actor obrante a fs. 61, en la primera de las audiciones que con ese nombre u otro similar actualmente conduzca el demandado (art. 16, segunda parte, ley 48). Costas por su orden en razón de la complejidad de la causa. Agréguese la queja al principal y remítase. -- Ricardo Levene (h.) (en disidencia). -- Mariano A. Cavagna Martínez. -- Carlos S. Fayt. -- Augusto C. Belluscio (en disidencia). -- Enrique S. Petracchi (en disidencia). -- Rodolfo C. Barra. -- Julio S. Nazareno. -- Eduardo Moliné O'Connor (en disidencia). -- Antonio Boggiano.



LOS DERECHOS INDIVIDUALES EN EL DERECHO SUPRANACIONAL

Gordillo, Agustín (en colaboración con Gregorio Flax, Adelina Loiano, Guillermo A. Gordo, Marcelo López Alfonsín, Marcelo Ferreira, Carlos E. Tambussi, Alejandro Rondanini). "Derechos Humanos", Buenos Aires, FDA, 2007, 6ª edición.

La Constitución faculta al Congreso a aprobar tratados internacionales con transferencia de jurisdicción a organismos supranacionales, sin la obligación formal de someterlo a consulta popular. (Art. 75 inc. 24.) Tampoco hay derecho de iniciativa popular para los tratados internacionales (art. 39), aunque no se excluye la consulta popular al respecto. (Art. 40.) Ello hace que el derecho supranacional modifique el orden constitucional sin intervención directa del pueblo, titular de la soberanía en el orden interno, a menos que el Congreso decida someterlo a consulta popular, que es lo que en buenos principios debiera hacer. En todo caso, cabe destacar que tales tratados internacionales, sean los de derechos humanos o los de integración, por su propia naturaleza tienden a limitar los poderes del Estado en lo interno o externo. Resulta de ello que este mecanismo no puede normalmente resultar en detrimento de los derechos individuales frente al Estado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió *in re* Giroidi, el 7 de abril de 1995, que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica son obligatorias en el derecho interno de nuestro país. A su vez, dicha Corte de San José decidió el 16 de julio de 1993, en la opinión consultiva n° 13, que la Comisión es competente para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificar o adherirse a la Convención. De este modo, ya no basta con que la administración esté sometida a la ley y ésta a la Constitución, sino que todo el derecho interno está sometido a un derecho supranacional en materia de derechos humanos y libertades públicas. Por tales razones los derechos individuales preexisten a todo acto estatal: a la Constitución, a las sentencias, a las leyes y a los actos y reglamentos administrativos. Las leyes pueden regular los derechos de los individuos, fijando sus alcances y límites; pero aunque ninguna ley sea dictada, el derecho individual existe no obstante, por imperio de la Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás pactos internacionales de derechos humanos previstos en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución.

La articulación de la legislación nacional con la internacional

De acuerdo con el art. 31 de la Constitución, "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación..." En consecuencia, "puede afirmarse que, en principio, la sola aprobación de los



tratados internacionales, de acuerdo con el procedimiento que establece la misma Constitución, incorpora a éstos al derecho interno de la Nación.”

La Constitución de 1853/60 establecía un orden jerárquico dentro del ámbito de su competencia territorial y en consonancia a los tiempos de su dictado; esa norma, más de un siglo después, debe ser entendida en consonancia con la jerarquía actualmente vigente de normas. Lo relativo a determinar si el contenido normativo del tratado pasa a ser legislación interna sin otro requisito que el de la aprobación por el Congreso, había dado lugar a soluciones diversas según las particularidades que presenta la convención e incluso la ley de aprobación. Demás está decir que cuando una ley ratifica un tratado por el cual se establecen reglas de derecho que se refieren exclusivamente a seres humanos individuales (derecho del trabajo, derechos humanos, etc.) carece de asidero pretender que la ratificación vale sólo frente a los demás Estados y no para los habitantes del país respectivo; la ley de ratificación transforma a esas proposiciones en normas jurídicas que también son internas. (...)

DISTINTAS FUENTES SUPRANACIONALES

Nuestro país se halla sometido a varios tipos de orden jurídico supranacional. Por ahora puede distinguirse: a) aquellos ordenamientos que tienen un órgano judicial supranacional de aplicación, como es el Pacto de San José de Costa Rica. b) los demás tratados de derecho humanos incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución pero que carecen de tribunal supranacional. c) Los incipientes tratados de integración autorizados por el inc. 24 del mismo art. pero que tampoco tienen tribunal supranacional. (...) d) Las demás normas supranacionales, de las cuales el medio ambiente es una buena muestra, con 69 convenciones suscriptas por nuestro país.

El caso específico de la Convención Americana

En 1983 el Congreso argentino sancionó por ley 23.054 la sumisión del país a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus procedimientos supranacionales, en especial el sometimiento a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica, y luego realizó el acto formal de su depósito internacional. Posteriormente la Constitución de 1994 les dio “jerarquía constitucional,” al igual que a otros tratados. Daremos aquí especial énfasis a dicho pacto, por ahora, por ser el único que cuenta con un tribunal supranacional. Ello no cambia la obligatoriedad que todos tienen en el derecho interno, pero fuerza es reconocer que desde un punto de vista práctico no es lo mismo que la interpretación del tratado termine en el propio país o pueda continuarse ante un tribunal internacional o supranacional. No es lo mismo introducir el caso federal para ocurrir en su



oportunidad por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sea por violación a la Constitución o a los tratados, que introducir también el caso supranacional para ocurrir en su oportunidad por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (...)

La Convención contiene una importante enumeración de garantías individuales y libertades públicas, que en su gran mayoría constituyen un avance sobre el estado previo de nuestra legislación, y que además definen con mayor amplitud que nuestra Constitución muchos derechos individuales; ella tiene en primer lugar una importancia práctica como propósito normativo de acrecentamiento material del ámbito de libertad y de la esfera de derechos de los individuos. Desde este primer punto de vista práctico, y con independencia de cuán eficaces sean o dejen de ser sus procedimientos de contralor jurisdiccional internacional atento el procedimiento previo ante la Comisión, el carácter excluyente de la legitimación de éste respecto de los individuos lesionados, lo cierto es que al constituir un avance en materia de derechos individuales, toda persona deseosa de ver mejorar sus derechos debe necesariamente advertir que ella constituye un importante progreso de nuestro ordenamiento jurídico, e interpretarla y aplicarla en consecuencia.

Jurisprudencia y opiniones consultivas supranacionales

Nuestra Corte Suprema ha dicho que la interpretación de la Convención Americana debe efectuarse “tal como la Convención citada rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación;” “De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. Arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana, art. 2º ley 23.054),” incluyendo las opiniones consultivas de tribunal.

Derecho interno

Una de las primeras y mínimas afirmaciones que parece así inevitable hacer es que estas normas constituyen no solamente derecho supranacional sino también y cuanto menos, al propio tiempo, derecho interno, vigente, operativo, aplicable de pleno derecho a toda situación que quepa encuadrar en sus normas, en tanto éstas tengan un contenido que no sea manifiesta e indiscutiblemente programático. Esa adicional nota de derecho interno es ahora de nivel constitucional. La Convención y otras normas supranacionales tienen así el doble carácter señalado, que implica la obligación de las autoridades nacionales de aplicarlas, sin perjuicio de



la aplicación que también harán de ellas las autoridades judiciales supranacionales existentes según el caso.

Derogación *ipso jure*

De lo expuesto surge que toda norma contraria preexistente ha cesado automáticamente en su vigencia. Es obvio que toda otra norma legislativa anterior que se oponga directa o indirectamente a estas normas ha quedado inmediatamente derogada o carente de vigencia, por incompatibilidad con la legislación posterior. Una interpretación que pretendiera que estos pactos supranacionales o al menos de rango constitucional no son sino una expresión de deseos (salvo, claro está, su única norma claramente programática), insusceptible de aplicación directa por los jueces, no invocable por los individuos, constituiría una burla al orden jurídico y a las libertades y garantías públicas.

Es cierto que hubo doctrina y fallos que inexplicablemente sostuvieron el carácter programático de toda la Convención, pero fueron los primeros tiempos de aplicación del Pacto y era todavía muy reciente el retorno a la democracia. La jurisprudencia y doctrina actuales han iniciado lo que parece una tendencia segura de cambio. Una norma legislativa posterior sería igualmente ineficaz para apartarse de sus normas, en tanto el país no retire su adhesión y sometimiento al derecho supranacional. Si el Congreso quiere apartarse de las normas supranacionales a que válidamente se sometió, debe previamente retirarse de esa comunidad jurídica internacional, conforme al procedimiento allí establecido. Sería un paso atrás hacia la barbarie, muy difícil de realizar por nuestro país en el actual contexto internacional.

Carácter supranacional

La Convención y demás actos similares, como derecho supranacional eliminan, obviamente, el dogma del poder interno de cada país —o gobierno— como poder incondicionado e ilimitado. El precio de ser parte de la comunidad civilizada es reconocer el respeto a sus mínimas normas de convivencia y comportamiento en el plano interno. Incluso los países con suficiente poder como para pretender aislarse del mundo terminan reconociendo que no está en su propio interés hacerlo. No hay más poderes nacionales ilimitados en un mundo tan estrechamente interconectado como el actual, y menos aún los habrá en el futuro. En nuestro caso particular, es obvio que el rol que nos cabe es hartamente menor.

El país ha reconocido pues en forma expresa la jurisdicción de un tribunal internacional de justicia, con competencia para dictar sentencias en su contra en caso de desconocimiento por éste de las garantías individuales mínimas de sus propios habitantes. Ello se ha hecho extensivo a las opiniones consultivas, y pronto tomará también inevitablemente la jurisprudencia de otros



tribunales, en especial el europeo de derechos humanos. Lo menos que se puede decir entonces, en una perspectiva teleológica y de razonable futuro, es que tenemos allí un verdadero derecho supranacional, con todas las notas propias de un orden jurídico supremo. Las características que explicamos en su lugar para la Constitución como orden jurídico superior en el derecho interno, son así en un todo aplicable a las normas de la Convención en cuanto orden jurídico superior supranacional.

Muchos autores e intérpretes se resistirán a considerarlo derecho supranacional. Quizás más que los que ya se negaban antes de la reforma constitucional a considerarlo derecho interno, o derecho a secas. También están los que negaban a ultranza a la misma Constitución como derecho, y no faltaron los que de igual modo razonaron con las leyes. Pero son éstas conjeturas falsas que no pueden entorpecer el razonamiento científico y político del jurista que busque interpretar el mejor orden jurídico con el cual asegurar la paz, la justicia, el orden, etc., en su país. (...)

El camino de la evolución europea en materia de derechos humanos, que también avanzó lenta pero seguramente en el sentido de la vigencia de un orden jurídico supranacional, marca también el derrotero. Por lo demás, parece obvio que en los casos aberrantes ya no existe lugar para el retorno a la barbarie nacional, por lo menos a la barbarie bajo pretendido color de legalidad. Pase lo que pase en los hechos en determinada comunidad nacional, ya no podrá más en derecho decirse “que el genocidio, la tortura o el delito cesáreo de un déspota constituyan asuntos exclusivamente internos, de jurisdicción doméstica.” Los demás países y la propia Organización de las Naciones Unidas podrán no siempre tener la voluntad política de intervención multilateral en las masacres internas, pero nadie podrá pretender reconocer el carácter de jurídicas a tales aberraciones. En efecto, “hace al bien común de la humanidad salvaguardar al hombre en todas las partes del globo, cualquiera sea la soberanía del Estado bajo la cual se encuentre. En última instancia, la paz mundial no es la mera ausencia de guerras, ni se reduce al solo equilibrio de fuerzas adversarias, sino que es obra de la justicia.”

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El país ya se había sometido válidamente a la jurisdicción supranacional y supraconstitucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema había declarado en 1993 la operatividad de sus cláusulas aún en ausencia de regulación legislativa. No obstante ello, el art. 75 inc. 22 perfecciona el punto al prever un mecanismo muy estricto de denuncia de los tratados de derechos humanos, más severo que el que establece para los tratados de integración en el inc. 24. Ello implica claramente que la subordinación al organismo supranacional y supraconstitucional de control de derechos humanos es virtualmente irrevocable en el derecho interno, sin perjuicio de que es irrevocable en el derecho supranacional.



No ha de olvidarse el principio de “la irreversibilidad de los compromisos comunitarios;” “Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad.” Del mismo modo, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865, establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado,” lo cual no puede razonablemente pretenderse aplicable sólo en las relaciones internacionales del Estado, pues ello importaría una duplicidad de interpretación contraria a la indispensable unidad del orden jurídico; es igualmente evidente que al referirse al derecho interno como inoponible al tratado incluye la Constitución. “Es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver.”

Las "condiciones de vigencia" de los tratados

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el 7 de abril de 1995, en el caso Giroldi, que cuando la Constitución da "jerarquía constitucional" a los tratados y concordatos "en las condiciones de su vigencia", ello significa que es "tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito interno y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación", "De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2° ley 23.054)".

Vigencia interna de las opiniones consultivas

De lo cual resulta que nuestra Corte debe aplicar los tratados "en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional". Nuestro tribunal integra tales fallos y opiniones consultivas al texto constitucional por la cláusula según la cual los tratados se han de aplicar en las condiciones de



su vigencia": ello incluye precisamente la jurisprudencia actual y futura de los organismos internacionales de aplicación que existieren; en el caso, la Corte de San José.

Prevalencia sobre "cualquier" norma de derecho interno

A su vez, dicha Corte de San José decidió el 16 de julio de 1993 en la opinión consultiva n° 13, que la Comisión es competente para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificar o adherirse a la Convención, con lo cual ni siquiera una interpretación constitucional local podría oponerse a la jurisprudencia supranacional.

Su aplicación por la jurisprudencia nacional

Si se complementa lo aclarado en el citado fallo de la Corte *in re* Giroldi y la tendencia internacionalista o universalista lo que la Corte está adoptando en los últimos tiempos (Ekmekdjian, Fibracca, Hagelin, Cafés La Virginia), es claro que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación queda correctamente incorporada y articulada al sistema internacional que en primer lugar representa la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica con sus fallos y opiniones consultivas, sin perjuicio de los demás tribunales internacionales; ello, el nivel de organización jerárquica del poder judicial nacional y supranacional.

Obligación judicial de tutelar en el derecho interno los derechos de la Convención

Los jueces deben llevar a cabo esa aplicación directa de la norma posterior de mayor jerarquía, 1°) por la obligación que tienen los órganos de los Estados de instrumentarlos con los mecanismos complementarios —legislativos “o de otro carácter”— que fueren convenientes; 2°) porque los Estados signatarios se han obligado ipso jure “a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella” (art. 1° inc. 1°), y a “garantizar su libre y pleno ejercicio,” a lo cual mal podrían nada menos que los jueces declararse ajenos; 3°) porque esa garantía de libre y pleno ejercicio requiere la indispensable tutela jurisdiccional, por aplicación de la garantía de acceso a la justicia que consagran los arts. 8° inc. 1° y 25 inc. 1°.

ACTIVIDADES

- 1.- **Busque** en Internet los tratados enumerados en el art. 75 inc. 22 de la C. N. y **ordénelos cronológicamente** teniendo en cuenta la fecha de creación de cada uno de ellos.
- 2.- Según el autor, ¿cómo se compatibiliza la jerarquía constitucional de los tratados de art. 75 inc. 22 y el art. 31 de la C.N.?



- 3.- ¿Qué efecto tendría una norma de derecho interno, contraria y preexistente frente a la entrada en vigencia de un Tratado Internacional?
- 4.- ¿Qué establece la Convención de Viena en relación con el cumplimiento de los tratados?
- 5.- ¿Puede la CIDH calificar una norma de derecho interno como violatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos? Fundamente su respuesta.

EL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO HUMANO

López Alfonsín, Marcelo Alberto; Tambussi, Carlos Eduardo. “Derechos Humanos”, Buenos Aires, FDA, 2007, 6ª edición, dirigida por Agustín Gordillo).

La cuestión de la preservación ambiental y la consagración del derecho al medio ambiente sano, hasta entonces interpretada como incluida dentro de los derechos no enumerados o implícitos del art. 33 CN, se encontró dentro de los “temas habilitados” para el tratamiento de la Convención Constituyente de 1994. (Ley 24.309.) En dicha Reforma Constitucional, se introduce el tema en cuestión dentro de la máxima jerarquía, a través de su consagración expresa en la Ley Suprema, dentro del Capítulo Segundo de la parte dogmática titulado “Nuevos derechos y garantías.”

La inclusión de estas previsiones ambientales es indudablemente uno de los aspectos más positivos del proceso de reforma constitucional argentino concluido en 1994, a través de la ampliación del garantismo, extendiendo el catálogo de derechos con una amplitud que depende para su aplicación efectiva de la consideración como operativos y efectivos instrumentos protectores que le otorgue la jurisprudencia que tenga que decidir en los casos que se lleven a su conocimiento.

Asimismo, en los primeros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, la relación de éstos con el medio ambiente era considerada implícita. Las consecuencias del descontrol de la contaminación ambiental tanto en los países desarrollados como en vías de desarrollo, y la imposibilidad del disfrute y ejercicio de los derechos humanos en condiciones ambientalmente desfavorables, crearon la conciencia generalizada del íntimo vínculo entre derechos humanos y medio ambiente.

Así, la problemática ambiental como “derecho al medio ambiente” fue empezando a ser reflejada en instrumentos internacionales, y su consagración en la Carta Mundial de la Naturaleza desarrolló este principio al incluir el deber de los Estados pero también el derecho y la responsabilidad de los individuos en la protección del ambiente.

En el derecho constitucional actual, prácticamente ningún instrumento moderno ignora este derecho y estos principios. La cuestión, además, ha ganado en cierta medida a la “opinión pública,” merced —lamentablemente— a grandes desastres ecológicos, a la formación y prédica



de Organizaciones No Gubernamentales ecologistas de alcances nacionales e internacionales, y a la acción de algunos gobiernos.

El derecho a un medio ambiente sano es, sin duda, un derecho humano fundamental, y presupuesto del disfrute y ejercicio de los demás derechos, por la íntima vinculación del ambiente con el nivel de vida en general. La Declaración de Estocolmo de 1972 (Conferencia de Naciones Unidas sobre ambiente humano) señalaba que el hombre tiene “el derecho fundamental a la libertad y a la igualdad, dentro de condiciones de vida satisfactorias, en un ambiente cuya calidad le permita vivir en dignidad y bienestar. Asimismo, tiene el deber fundamental de proteger y de mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras.” (Concepción derecho-deber.)

La noción de “desarrollo sustentable,” formulada principalmente a partir de los informes del Club de Roma e incorporada a los términos del Derecho Internacional en la Declaración de Río de Janeiro de 1992 en el seno de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo está contenida al manifestarse: “[...] y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.”

La Constitución Argentina reformada en 1994

De esa reforma constitucional, deriva el art. 41 de la nueva carta magna, cuyas características principales son: - Concepción derecho–deber de un ambiente sano en cuanto a su exigibilidad y participación en la tarea de protección y preservación del mismo. Por la naturaleza de la cuestión involucrada en el “contenido” de ese derecho, el bien jurídico protegido y el correspondiente deber, convierte a los habitantes en verdaderos “agentes” en el cuidado ambiental. Las obligaciones, pesan también sobre el Estado, en toda su amplitud de “autoridades” en cualquiera de los niveles de gobierno (federal, provincial, municipal), y obviamente a los jueces, involucrados no sólo en la obligación de “no dañar” sino en ejercicios positivos de preservación, de evitar que otros destruyan el medio ambiente, y exigir a los particulares cada deber concreto en cada circunstancia que afecte el tema ambiental.

Compromiso intergeneracional de preservación del medio ambiente: (Para las generaciones presentes y futuras, dentro de un concepto de desarrollo que amplía la gama de opciones para las personas, inspirado en las metas de largo plazo de una sociedad.) Significa que el consumo actual no puede financiarse incurriendo en deudas económicas que otros tendrán que reembolsar en el futuro, y por ende, “los recursos naturales deben utilizarse de forma que no creen deudas al sobreexplotar la capacidad de sostenimiento y producción de la tierra” (Comisión Mundial del Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987.)

Recepción de la noción de “desarrollo sustentable”: (Actividades productivas satisfacen las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, Declaración de Río de Janeiro, 1992): lo cual comprende una mejor comprensión de la diversidad



de ecosistemas, solución localmente adoptada para problemas ambientales y mejor control del impacto ambiental producido por las actividades de desarrollo.

“Apto para el desarrollo humano:” concepto del cual la Argentina es la primera Constitución en incorporarlo, de acuerdo a la visión de Naciones Unidas en sus Programas para el Desarrollo. Este organismo define al desarrollo humano como “el proceso mediante el cual se amplían las oportunidades del ser humano” en donde se anotan las de disfrutar de una vida prolongada y saludable y tener acceso a los recursos necesarios para una vida decente, es decir que los beneficios sociales deben verse y juzgarse en la medida que promueva el bienestar humano. Por lo que el concepto de desarrollo humano es amplio e integral.

No es simplemente un llamado a la protección ambiental, sino que implica un nuevo concepto de crecimiento económico, que provee justicia y oportunidades para toda la gente del mundo. Este es el gran interrogante y el gran problema para los países en desarrollo, donde el atraso económico muchas veces produce el equívoco de presentar a la necesidad de “industrializarse,” de elaborar productos con mayor valor agregado, como contrapuesta a la preocupación ambiental.

Jerarquía constitucional de la obligación de recomponer el daño ambiental y la obligación de recomponer, según lo establezca la ley: el art. 41 es operativo en cuanto a su contenido: sin perjuicio de la necesidad del consiguiente desarrollo legislativo —que determina el Constituyente de 1994—, es obligación de los jueces desplegar un activismo judicial garantizador que haga operativas y aplicables las exigencias de preservación y proveer a la protección del medio ambiente.

Protección de la diversidad biológica: de acuerdo al sistema de delegación y reserva de poderes que sustenta el esquema federal de la Nación, se establece la noción de “ley marco” a través de un “federalismo de concertación.” Sin dudas, el art. 41 de la Constitución Nacional optó por categorizar como derecho subjetivo de todos los habitantes el derecho a un medio ambiente sano, derechos humanos con todas las especificaciones que a partir de allí se derivan. Tal aserto se ratifica al comparar la citada norma con la regulación del amparo en el art. 43, que especifica las situaciones subjetivas que pueden protegerse mediante esa acción, y cuáles son los sujetos legitimados activamente para deducirla, aludiendo tanto a los “derechos que protegen el medio ambiente” como a los “derechos de incidencia colectiva en general.” Al reconocer la Constitución esta categoría de derechos y reconocer que existen afectados cuando se los vulnera, es dable entender que todos los miembros del grupo sujeto a la afectación se encuentran legitimados para interponer el amparo ambiental.



El desarrollo sustentable

La primera tensión que encontramos es que la protección del ambiente es de difícil conciliación con otro derecho, que estaba implícito en nuestra Constitución de 1853/60, pero que la teoría señala como de la tercera generación: el derecho al desarrollo.

Como decíamos, está previsto en forma implícita en la cláusula de la prosperidad del inc. 18 del art. 75 de la Constitución (1853) y se complementa en el actual inc. 19: "proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional...". Está también expresamente contemplado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado a la Constitución: "Todos los pueblos... proveen a su desarrollo económico, social y cultural" (art. 1).

Ante esta tensión, la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo, presidida por la ministra de Noruega Harlem Bruntland emitió su informe sobre "Nuestro futuro común", en el que se acuñó el concepto de "desarrollo sustentable" que fue definido como "*el desarrollo que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias*". La definición que implica un difícil ejercicio de futurología, en un país que hoy no posee información científica apropiada, fue incorporada tal art. 41: para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las generaciones futuras. .

Este criterio de acción significa -como primera responsabilidad por parte del Estado- enumerar, describir e informar acerca del Impacto de sus actividades sobre el ambiente. La Constitución establece la obligación de proveer a la información y educación ambientales en el segundo párrafo del art. 41.

La recomposición del daño

El primer párrafo del art. 42 termina diciendo: "El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley".

Entendemos que la expresión daño ambiental debe ser interpretada en un sentido amplio. Es decir que comprende dos aspectos: por un lado, los daños sufridos por el medio natural y, por el otro, los perjuicios que la denigración del medio ambiente (polución, contaminación, etc.) causan sobre las personas y los bienes.

Establecido este marco deben hacerse diversas distinciones:

a) En primer lugar es necesario que se prevean vías para que el daño ambiental sea evitado. Es, por tanto, procedente la acción de amparo del art. 43, segundo párrafo, de la Constitución, con este propósito preventivo.



b) El verbo "recomponer" parece acertado si se toma como sinónimo de reparar. Los daños sufridos por el medio natural deben, en lo posible, ser reparados por quien causó el daño. Debe tenderse a que el hábitat quede en las mismas condiciones en que estaba antes de la producción del daño. Caso contrario, surgirá un derecho a la indemnización punitiva en favor del Estado.

c) Para la reparación del daño que la denigración del ambiente causa en las cosas y en las personas rigen las mismas soluciones que prevén los principios generales de la responsabilidad. Es decir que quien causa el daño debe repararlo. Caso contrario, que es lo estadísticamente más probable, surge el derecho a indemnización.

El art. 41 se refiere a la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las líneas generales están ya establecidas por el Código Civil, que en una interpretación dinámica puede brindar la solución a estos problemas, ello sin perjuicio de que las autoridades sancionen normas complementarias.

También será conveniente contemplar -con suma prudencia- la posibilidad de penalizar determinadas conductas que lesionen el bien jurídico "medio ambiente", es decir, las fuentes naturales de la vida del hombre en su totalidad.

Obligaciones a cargo del Estado

El segundo párrafo establece diversos principios. La primera parte dispone el compromiso de legislar: «Las autoridades proveerán a la protección de este derecho... ».

En la Convención se propuso el verbo "garantizar" en lugar de proveer, lo que fue rechazado pues se entendió que podía significar la responsabilidad del Estado por daños ocasionados por terceros. Se optó por el sustantivo "autoridades", dado que la competencia en la materia es concurrente entre el Estado federal y las provincias.

La utilización racional de los recursos

La obligación que describe esta cláusula, «utilización racional de los recursos naturales», que se completa con la obligación de «la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica», es directamente operativa.

Al referimos a la operatividad de las cláusulas constitucionales hemos visto que, en general, son directamente operativas todas aquellas que implican una obligación de abstenerse por parte del Estado. La "utilización racional" implica, en líneas generales, una obligación de abstención por parte del Estado. En lo que se refiere a la preservación del patrimonio cultural, que muchas veces requerirá una acción por parte del Estado, habilita también la acción de amparo prevista en el art. 43 que, como ya hemos dicho, no requiere de ley reglamentaria para



su implementación y constituye un instrumento apto para impedir que el Estado, por acción u omisión, no dé cumplimiento a esta directiva constitucional.

El artículo concluye con la prohibición del ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radioactivos".

La prohibición ya está dispuesta por la ley 24.051, por lo que su inclusión en la Constitución es ratificatoria.

Competencia y jurisdicción

El párrafo tercero deslinda las competencias entre el Estado federal y las provincias en materia ambiental y modifica en forma positiva el esquema vigente.

"Corresponde a la Nación dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias las necesarias para complementarlas sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales".

Dado que en la Constitución de 1853/60 la materia no había sido delegada, el Congreso de la Nación, hasta la reforma, había legislado para la Capital Federal y territorios nacionales. Las provincias dictaron sus propias normas o adhirieron a las federales. La ley 24.051, de Residuos Peligrosos, previó el caso de los residuos ubicados en el territorio de una provincia pero que estuviesen destinados al transporte fuera de ella. Asimismo, previó un régimen de adhesión. Conforme al párrafo bajo examen, la competencia ha sido modificada.

La Nación la tiene para dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección. Es decir que el diseño de los lineamientos generales está a cargo del Estado federal. La sanción de las normas mínimas necesarias para complementarlas es competencia de las provincias. El adjetivo "mínimo" es clave en esta previsión constitucional, porque habilita a las provincias para profundizar la protección que prevé la ley federal.

En lo que se refiere a la jurisdicción, rige el mismo principio que para la legislación común (art. 75, inc. 12). En efecto, el párrafo que estudiamos finaliza diciendo: " ... sin que alteren las jurisdicciones locales". Esto significa que corresponde "su aplicación a los tribunales federales o locales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones", según el principio introducido en la Constitución por la reforma de 1860.



ACTIVIDADES

Lea el siguiente artículo periodístico y conteste las preguntas que figuran a continuación:

- 1.- ¿Por qué el autor considera que Mendoza con la Ley 7722 clausuró la posibilidad de un suicidio colectivo?
- 2.- Cuáles son, según la encíclica papal los peligros que amenazan al Planeta Tierra.
- 3.- Sintetice con sus palabras, cuál es el mensaje que quiere dar a los mendocinos el autor.

MDZ ON LINE - OPINIÓN

El derecho a la vida es constitucional

El premio Nobel argentino se manifiesta en defensa de la Ley 7722 y de todas sus leyes hermanas. 30 de agosto de 2015 | 06:30.

La humanidad está frente a grandes desafíos, las tecnologías han cambiado el pensamiento y provocado la aceleración del tiempo, lo que incide en la vida de los pueblos. Los llamados países desarrollados, del Norte, explotan de diversas formas a los países del sur, dejándolos sometidos a sus intereses políticos y económicos. Lo trágico de todo esto es que los propios países del Sur - como es el caso de Argentina en su gran mayoría de dirigentes políticos y empresarios- están tan sometidos al colonialismo cultural que terminan repitiendo los mismos mecanismos del 'sistema', privilegiando a las grandes capitales trasnacionales y haciéndolos pasar por encima de la vida de los pueblos. De los pueblos donde ellos mismos nacieron.

Por suerte, todavía existen los hijos de esta tierra que eligen la vida por sobre el capital. En medio de un mundo devastado y sufriente, se animan a luchar y a defender sus más preciados bienes comunes.

Tal es el caso de Mendoza, provincia conocida y respetada (y claro está, odiada por las grandes corporaciones mineras) por su acérrima defensa del agua. Desde el año 2007, cuando fue sancionada la más querida de las leyes provinciales, la famosa Ley 7722, el pueblo dejó en claro el camino que habría transitar frente a esta difícil hora planetaria: el de la convivencia con la Madre Tierra, y el de la clausura de su propio suicidio. Digo bien: con la 7722 Mendoza clausuró la posibilidad de un suicidio colectivo. A corto o mediano plazo. ¿A quién se le puede ocurrir dinamitar la zona de glaciares, el lugar donde reside la fuente de la vida? ¿Quién es capaz de colocar una pileta de mil hectáreas de cianuro en las nacientes de los ríos? ¿Qué es eso sino un suicidio?



Quedará en el recuerdo de todos los luchadores de este país, aquellas jornadas en donde toda la provincia organizada se animó a gritar NI-UN-PASO-ATRÁS frente al avance de los poderes corporativos, tanto políticos como megamineros. Desde Alvear, pasando por San Rafael y el Valle de Uco y llegando hasta Mendoza Capital. No lo olvidemos, la 7722 es hija de ese proceso, no fue dádiva de ningún gobernante. Qué bueno sería que todos estos mandatarios hoy pudieran sentirse orgullosos de aquella ley que promulgaron después de tanta presión popular. Ley que quizás, muy a pesar de ellos, les protege la vida. Y la de sus hijos.

El Papa Francisco en su encíclica Laudato Sí, señala los peligros que amenazan a la vida en la Casa Común, el planeta Tierra, cuando plantea la explotación irracional de las empresas transnacionales y el empobrecimiento de la población, el uso y abuso del agua y los grandes índices de contaminación con sustancias tóxicas. Frente a esto señala que se torna indispensable crear un sistema normativo que incluya límites infranqueables y que asegure la protección de los ecosistemas, antes que las nuevas formas de poder derivadas del paradigma tecnoeconómico terminen arrasando no sólo con la política sino también con la libertad y la justicia (cfr 53). Eso es la Ley 7722.

Sé, al igual que las asambleas y demás luchadores socioambientales, que precisamos de algunos recursos mineros. Lo mismo pasa con nuestros bienes comunes como el agua, los bosques o la biodiversidad. Pero es preciso recordar que no somos los dueños de la Madre Tierra sino que somos parte de ella. Por eso, el camino es lograr el equilibrio entre las nuestras necesidades y la democracia de la Tierra, hoy violentada y explotada sin misericordia. Cuando se quiebra este equilibrio el resultado es la violencia contra la Madre Naturaleza, y con toda la Creación. Incluso contra nosotros, los seres humanos. Debemos ser conscientes que como humanidad estamos al borde del colapso. Y que toda acción local redundará en beneficio o en perjuicio de la totalidad. Tenemos que sacar de una vez lo mejor de nosotros.

Es necesaria la toma de conciencia crítica y la organización social para ser protagonistas y constructores de nuestras propias vidas. La historia me confió una responsabilidad muy grande, lo que me ha permitido recorrer el mundo y acompañar a los pueblos que más sufren. Debo confiarles que he visto con mis propios ojos los estragos de la minería a cielo abierto. Corrijo: de la minería a infierno abierto. Lo único que tiene de sustentable este tipo de explotación, de altísima violencia contra los pueblos y contra la Madre Naturaleza, es la rentabilidad de sus empresas. No se dejen engañar mendocinos. Ni se dejen manipular. Que no lo vean no quiere decir que no suceda. Su provincia no va a ser la excepción.

Una vez más les toca defender la Ley. Les toca vivir horas decisivas.

Quiero que sepan que los acompaño. La democracia es derecho e igualdad para todos y todas. Es necesario hacer valer tanto este derecho sagrado como así también las leyes que protegen la vida del pueblo.



No se olviden mendocinos que lo que se siembra se recoge. Están a las puertas de sembrar un no rotundo (¡no es no!), para cosechar a futuro, muchos sí definitivos. Anímense a mirar la montaña y jurarle una vida de paz. Júrenselo a ustedes mismos. Por sus hijas e hijos. Ustedes que pueden, miren los glaciares. Allí late el corazón de su ecosistema madre. Mírenlos y díganle que se prometen vivir. Juntos y a la par. Animo en este proceso. El derecho de vivir es quizás, el más constitucional.

Esperemos que la Corte Suprema de Justicia este a la altura de las circunstancias históricas y ratifique lo que la 7722 es: UNA LEY CONSTITUCIONAL.

Córdoba ya ha dado su veredicto por unanimidad ratificando hace unos días la constitucionalidad de una ley hermana.

No dejen de defender lo suyo en las calles. Ese es el lugar del pueblo.

Les deseo mucha fuerza y esperanza.

Les envío el abrazo de Paz y Bien.

ADOLFO PÉREZ ESQUIVEL – Premio Nobel de la Paz

DERECHO DE DAÑOS EN EL AMBIENTE A LA LUZ DEL DERECHO ARGENTINO Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

6 octubre 2016 por Ed. Microjuris.com Argentina
Palacios, Amanda E. – Torres Ranieri, Marta L. A.
Fecha: 27-sep-2016
Cita: MJ-DOC-10307-AR | MJD10307

(...) A partir de la reforma constitucional de 1994, han quedado plasmados en la Constitución Nacional, los hoy denominados Derechos de Tercera Generación, nacidos como consecuencia y en el contexto del desmedido desarrollo de la Sociedad Industrial.

Los artículos 41° y 43° de la CN jerarquizan el cuidado del medio ambiente a través de la protección directa del mismo consagrando además el amparo colectivo como primer remedio a los daños ambientales.

Asimismo la Ley 25.675 General del Ambiente introduce en nuestro Derecho una serie de reformas estructurales, al consagrar legalmente las categorías del daño ambiental colectivo, la introducción de los principios de precaución y prevención y un régimen especial de responsabilidad colectiva ambiental. (...)

El Código Civil y Comercial protege al medio ambiente a través de los artículos 14° , 240° y 241° y consagra los deberes de prevención del daño y reparación del mismo en el Título 5°, Sección 2da.: función preventiva y punición excesiva, artículos 1710, 1711, siguientes y concordantes.



Evolución del Derecho de Daño Ambiental

(...) El desarrollo o evolución del «daño» está dado, también, por el paso «de la punición a la reparación» y del «daño causado al daño temido».

Respecto a los requisitos de daño: para que prospere una demanda resarcitoria, el daño debe existir (la certidumbre) no ser puramente imaginario, nacido de la fantasía o del temor. Pero, doctrina y jurisprudencia admiten que pueda tratarse no de un «daño actual», sino de un «daño futuro», siempre que su probabilidad de llegar a existir sea abonada científicamente; no un mero daño hipotético o conjetural. Por lo general se reclama como daño futuro la continuidad o permanencia de uno actual o el agravamiento del que ya se padece.

Ello ocurre con el «daño ambiental», nacido de actividades industriales; con el argumento del «desarrollo sustentable» se predica también una tolerancia mínima.

La Constitución Nacional, artículo 41, en ocasión de ocuparse del daño ambiental dispone que: «...para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo».

La doctrina coincide que toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella, de evitar causar un daño no justificado, un perjuicio injusto, y a esos fines debe adoptar las medidas razonables para evitarlo. Y, por lo demás, cuando algún perjuicio se ha producido, nace otro deber, el de disminuir su importancia o magnitud, unido inseparablemente al deber de no agravarlo.

En ese sentido el artículo 1710 del C. C. y C. establece:

«Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

a) evitar causar un daño no justificado;

b) Adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) No agravar el daño, si ya se produjo.

Es significativo señalar el cambio de «filosofía», de espíritu, de concepción, acerca del Derecho de Daños. (...). Mientras que para la concepción clásica de la responsabilidad el tema central era la «punición» o castigo del agente y de ninguna manera la prevención o evitación del daño, el Derecho de Daños actual tiene una «función social»; socializar es atender a las consecuencias en la comunidad, en la convivencia pacífica y equilibrada (Miguel Reale). Primero prevenir, con conductas diligentes, cuidadosas, celosas y prudentes. Y luego, frente al error o al fracaso, reparar o recomponer, para satisfacción de la víctima inocente. (...)



Caracterización o tipificación del Ambiente

El Artículo 41 de la Constitución Nacional, protege al ambiente sin definirlo, no obstante ello se puede inferir de acuerdo con Rossatti, que este artículo protege no solo la salud humana sino el equilibrio ambiental, en ese sentido desde el punto de vista científico, se considera al ambiente no solo como un conjunto de elementos, sino básicamente como un conjunto de complejas relaciones cuyo equilibrio debe ser mantenido y desde un punto de vista metacientífico considera al hombre involucrado en la protección de la casa grande y no meramente rodeado de un entorno sobre el que se autoasigne facultades de dominio y apropiación.

En los últimos años toma especial importancia el concepto de desarrollo sustentable ya consagrado en la Constitución Nacional, pero desde la preservación de la biodiversidad teniendo en consideración las generaciones futuras. (...)

Soluciones del Código a la problemática ambiental:

Durante un prolongado lapso, el Derecho Civil ha intentado buscar soluciones jurídicas para afrontar la problemática ambiental.

Así, las instituciones civiles que propone la doctrina nacional, son concretamente:

El artículo 1973 del Código Civil y Comercial contempla «las inmisiones inmatrimoniales y la normal tolerancia»; dispone que existe una obligación de soportar ciertas molestias producto de ruidos, olores, humos, etc., cuando ellas no excedan de la normal tolerancia. Conforme a lo expuesto habrán de ser diferenciadas las inmisiones tolerables, de las que no lo son, tarea ésta que deberá ser resuelta por el magistrado interviniente en cada caso concreto, pues no existen a este respecto criterios tasados, sino que éstos deberán tomarse de acuerdo a las condiciones del lugar en que la inmisión se genera. (...)

La figura del daño ambiental, hoy constitucionalmente consagrada y las inmisiones, normativizadas en el artículo 1973 del Código Civil y Comercial, no son términos que puedan relacionarse como de género y especie, sino que se corresponden con realidades jurídicas distintas. Ello así, ya que las últimas se encuentran íntimamente relacionadas con el derecho de propiedad, mientras que el daño ambiental actúa en la esfera del derecho ambiental. (...)

Además, hay que tener en cuenta, a los efectos de resolver este punto, que el moderno Derecho de Daños pone el acento en la prevención más que en la reparación. En cuanto a las vías preventivas tendientes a evitar el llamado daño ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad que en este ámbito le incumbe al Estado, se ha acudido frecuentemente al artículo 1973. En este sentido, se sostiene que, en presencia de una instalación industrial que procese elementos cuyos desechos, efluentes o efluvios puedan ser contaminantes del medio ambiente, ante el solo peligro



de que ello se produzca, cualquier vecino o no que se halle expuesto a sufrir el perjuicio puede ejercer la acción denunciando los hechos al juez. (...)

Daño Ambiental

El Derecho de Daños ha sufrido un proceso denominado de «descodificación» que consiste en regular fuera del Código Civil temas de daños que pertenecen a dicho Código; ejemplo de ello constituye: La responsabilidad ambiental, por el denominado daño ecológico o ambiental, aparece consagrada en la propia Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994.

Sus características son: una responsabilidad extracontractual, en la que se prioriza la «recomposición» del ambiente; objetiva o sin culpa, y no reconoce tope o límite dinerario. (...)

En el Derecho ambiental la preservación del medio es muy importante, por cuanto hay conciencia acerca de que una vez dañado, contaminado, poluído, la «limpieza», la vuelta al estado anterior, denominada «recomposición», es harto dificultosa. Hay que cuidar el ambiente, como exigencia de la civilización, del respeto a los semejantes y a las generaciones futuras. (..)

– Ahora bien « ¿qué se entiende por daño ambiental?»

La ley 25.675 General del Ambiente en su artículo 27 define al «Daño Ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos».

Para JORGE BUSTAMANTE ALSINA, es esta una expresión ambivalente, pues designa no solamente el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una colectividad, en cuyo caso hablamos de impacto ambiental, sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote (*par ricochet*) a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular que ataca un derecho subjetivo y legitima al damnificado para accionar en reclamo de una reclamación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que le ha causado.

MOSSET ITURRASPE expresa que «por la materia sobre la cual recae, por el bien jurídico comprometido, encaja difícilmente en las clasificaciones tradicionales: daño patrimonial o daño extrapatrimonial, daño cierto o incierto, daño actual o futuro, y daño personal o daño ajeno. De donde, liminarmente, debemos señalar que las notas características del daño, según la concepción mayoritaria: cierto, personal y directo, son puestas en grave aprieto». El daño ambiental se caracteriza por el efecto principal de la degradación al medio ambiente.

El carácter difuso de daño ambiental plantea un marco de complejidad respecto de la identificación del agente productor del daño. Por lo general se trata de casos de prueba difícil, altamente compleja. Se denominan intereses difusos porque están desparramados o compartidos entre todos cuantos componen esa sociedad o ese grupo, porque no pertenecen



individualmente a una persona o varias, sino a «todo» el grupo a que estos intereses afectan, compartidos por todos o igual a otros.

Es que la contaminación es itinerante, cambiante, se difumina en el tiempo y en el espacio, no tiene límites geográficos ni físicos, ni temporales, ni personales. La ausencia de precisión en las características del daño, su extensión, alcance, prolongación, su carácter muchas veces retardatario, acumulativo, los efectos sinérgicos, constituyen problemas de enorme trascendencia al momento de su determinación.

Daño Moral Colectivo

El Derecho Ambiental involucra calidad de vida, recursos naturales, patrimonio artístico y cultural hábitat, desarrollo sustentable, importa varias reformulaciones dogmáticas, toda vez que, como lo señala Atilio ALTERINI, «el daño clásicamente fue un episodio discreto de conflicto privado; el daño ambiental es un episodio de interés general que abarca a todos, a ricos y a pobres, a fuertes y débiles, a gobernantes y gobernados, a los habitantes de hoy, y a sus hijos y a sus nietos».

Jorge GALDÓS; define el daño colectivo o grupal como «el sufrido o padecido por un pluralidad determinada o determinable de sujetos, al conculcarse los intereses lícitos y tutelables, patrimoniales o extrapatrimoniales, que no son susceptibles ni de apropiación o fraccionamiento individual y que resultan diferenciados o diferenciables de otros daños; destacando de esta forma que el interés del grupo es común, no diferenciado e insusceptible de fraccionamiento».

Concordantemente se ha definido el daño moral colectivo o grupal como la «conculcación de intereses extrapatrimoniales plurales de un estamento o categoría de personas, cuya ligazón puede ser, esencialmente, subjetiva u objetiva».

Responsabilidad Ambiental

En Derecho Ambiental, la reparación del daño importa «recomponer» y «remediar», vocablos estos últimos que son como dos caras de una misma moneda destinada a pagar el daño realizado al entorno. Una cara pretende recomponer, volver las cosas «*ex ante*» o «*statu quo ante*»; la otra, remediar o mitigar los efectos negativos a sabiendas de que nunca ese entorno dañado volverá a ser el de antes, pero que vale el intento de recomponerlo en la máxima expresión posible o al menos impedir los eventuales y probables efectos nocivos de tal daño traducido en un impacto negativo en el ambiente. El derecho de cada habitante de la Argentina a un ambiente sano y equilibrado implica correlativamente un deber, que es el de PRESERVACIÓN. Este derecho-deber surge del plexo jurídico ambiental de la Argentina, principalmente del artículo 41 de la Constitución Nacional. (...)



Tanto la defensa como la restauración corresponden al Estado y a los ciudadanos. La obligación de remediar se encuentra primordialmente en la Constitución cuando en el artículo 41 leemos que «el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley».

Cuando el artículo 41 de la C. N. menciona la palabra «prioritariamente» es precisa en el sentido de señalar una prioridad: RECOMPONER el daño *in natura* retornando el estado de las cosas al momento anterior a su producción y de ser ello imposible mitigar o REMEDIAR los efectos negativos causados al ambiente con una indemnización en dinero que desde el 2002 con la sanción de la Ley 25.675 es parte del Fondo de Compensación Ambiental. (...)

Distintos fallos judiciales advierten que «los nuevos derechos que están en juego no pueden protegerse a través del sistema clásico tradicional del proceso de dos partes, donde cada uno busca solucionar su problema particular: es necesario concebir tutelas adecuadas para los titulares de intereses difusos»; «Las soluciones para esta temática no encajan en esquemas ortodoxos, ni fueron contemplados por los Códigos y leyes individuales del siglo XIX; en consecuencia para recomponer el rumbo y darle adecuada cabida a estos intereses, ciertos institutos han debido variar su ropaje en el ámbito judicial: así, los consagrados principios de defensa en juicio o de contradicción, no pueden concebirse actualmente con un criterio individualista.

Responsabilidad Colectiva Ambiental

Así, el artículo 31 de la Ley 25.675 General del Ambiente textualmente dice: «Si en la comisión de del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable. En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas, la responsabilidad se hará extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación».

El artículo 31 de la ley avanza sobre el régimen de responsabilidad colectiva, instaurando la responsabilidad solidaria de la reparación «frente a la sociedad». (...)

Por lo expuesto, esta normativa «se relaciona con el presupuesto de causal disyuntiva o alternativa, que se presenta cuando, a raíz de faltar la prueba, no es posible determinar cuál de varios individuos es el autor de un daño que intrínsecamente reúne los requisitos necesarios para que sea resarcible. Esa dificultad probatoria obstaculiza, por ende, la reconstrucción de la relación de causalidad.



El problema consiste en establecer si producido un daño y ante la carencia, insuficiencia o imposibilidad de prueba, para individualizar a un responsable singular, es posible condenar a resarcir por responsabilidad colectiva, a cuantos hayan tenido alguna vinculación acreditada con las circunstancias de tiempo y lugar de las cuales derivó ese perjuicio. Es claro que la dificultad probatoria debe estar referida solamente a la identificación del autor material, o del dueño o guardián de las cosas, ya que es imprescindible la acreditación de que el daño lo ha causado alguno de entre individuos determinados».

CONCLUSIONES

Por lo expuesto, es de advertir que al derecho ambiental lo integran normas de base interdisciplinaria, que exceden el ámbito jurídico, con rigurosa regulación técnica, reúne normas de derecho privado y de derecho público, con primacía de los intereses colectivos, aunque también hay instituciones de derecho ambiental que producen efectos simultáneos en ambos órdenes. El Derecho Ambiental apunta hacia la órbita de los asuntos sensibles al interés social, presenta como ningún otro derecho, una interrelación estrecha entre la normativa pública (constitucional, penal, administrativa) y privada (civil, comercial, derecho del consumidor).

Por estas razones es que el desarrollo teórico derivado de la legislación Civil y Comercial, por sí solo es insuficiente para reparar el ambiente. Es importante resaltar que el Derecho Ambiental es un instituto novedoso que cuenta con elementos no convencionales y que se nutre de otras disciplinas, por lo que preciso conocerlas y usarlas, ya que el dinero o la reparación no siempre se consiguen, y en algunas situaciones llega tarde.

Por esta razón es importante la participación ciudadana en la reparación del ambiente a través de sus muchas variantes, ya sea con información ambiental, con participación en forma de audiencias públicas, evaluaciones de impacto, etc. El ambiente es cosa de todos y por lo tanto todos debemos coadyuvar al mantenimiento de su estado ideal. Y si el productor del daño ambiental no tiene capacidad técnica para recomponer, se le debe cobrar el dinero que cueste la recomposición del mismo, llamando a realizar la labor a científicos, técnicos y vecinos del lugar donde aconteció el menoscabo ambiental. Los ciudadanos, Estado y ONGs se convierten en los actores sociales inmejorables para asesorar y enseñar para la recomposición de los daños ambientales tanto ante la insuficiencia del condenado como por imposibilidad de identificar al delincuente. (...)

Por todo ello se concluye que, de producirse un caso de contaminación fuera de los parámetros establecidos por la noción de desarrollo sustentable [lo cual se determinará entre otras maneras, por medio de informes de impacto ambiental], existirá daño ambiental.



Asimismo, cabe aclarar que aun dentro de los parámetros de sustentabilidad, se puede producir algún tipo de inmisión que podrá merecer la actuación de las soluciones previstas por la legislación Civil y Comercial.

ACTIVIDADES

A partir de la lectura del fallo que figura a continuación, conteste las siguientes preguntas:

- 1.- **Describe** brevemente la plataforma fáctica del caso.
- 2.- ¿Cuál es el marco legal que regula el conflicto?
- 3.- Según la Corte, ¿cuál es la distinción que debe hacerse respecto al contenido del inc. A art. 41 del Estatuto?
- 4.- ¿Cuál es el objeto y fin del Estatuto conforme lo entiende la CSJN?
- 5.- ¿Qué distinción hace la Corte en relación a las obligaciones de naturaleza procesal y las obligaciones de fondo?
- 6.- ¿En qué consiste el “principio de prevención”?
- 7.- **Busque** en internet qué es la C.A.R.U. y describa cómo está integrada.
- 8.- ¿Por qué considera la Corte que Uruguay ha incumplido las obligaciones procesales del Estatuto?
- 9.- ¿Cuál es la opinión de la Corte en relación al art. 27 del Estatuto?
- 10.- ¿Cuáles son las observaciones que hace la Corte sobre el contenido normativo del art. 36 del Estatuto?
- 11.- Explique mediante un cuadro comparativo, cuáles son las posturas de los países en relación al estudio de impacto ambiental.
- 12.- ¿Por qué la Corte considera que Uruguay no ha incumplido las obligaciones sustanciales del Estatuto?

Texto de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia:

20 DE ABRIL DE 2010
SENTENCIA
CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA
AÑO 2010
20 de abril de 2010
CASO DE LAS PLANTAS DE CELULOSA SOBRE EL RÍO URUGUAY
(ARGENTINA c. URUGUAY)

I. Hechos del caso

La Argentina interpuso una demanda contra el Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia, respecto de supuestos incumplimientos de las obligaciones contraídas en virtud del



Estatuto del río Uruguay, tratado firmado con el fin de establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del segmento del río que constituía el límite entre ambos países. Sostuvo que el Gobierno de Uruguay había autorizado unilateralmente la construcción de una planta de celulosa y la construcción y operación de otra sobre el río Uruguay sin atenerse a los procedimientos obligatorios de consulta con notificación previa que disponía el Estatuto y que esas plantas representaban una amenaza para el río y su entorno y podían perjudicar la calidad de las aguas del río y ocasionar daños transfronterizos considerables a la Argentina.

En dos oportunidades la Corte señaló que las circunstancias, tal como se presentaban ante ella, no requerían el ejercicio de la facultad que le confería el artículo 41 de su Estatuto de dictar medidas provisionales:

a) ante la solicitud presentada por Argentina para que se ordenara al Uruguay suspender las autorizaciones para la construcción de las plantas y todas las obras de construcción hasta que la Corte pronunciara un fallo definitivo, cooperar con la Argentina para proteger y conservar el medio ambiente acuático del río Uruguay y no adoptar más medidas unilaterales con respecto a la construcción de las dos plantas que fueran incompatibles con el Estatuto, ni ninguna otra medida que pudiera agravar la controversia o dificultar su resolución.

b) ante la solicitud presentada por Uruguay explicando que grupos organizados de ciudadanos argentinos habían bloqueado un puente internacional de importancia vital, y que la Argentina no había adoptado medidas para poner fin al bloqueo por lo que pedía a la Corte que ordenase a la Argentina adoptar todas las medidas razonables y apropiadas para evitar la interrupción del tránsito entre el Uruguay y la Argentina o ponerle fin, incluido el bloqueo de puentes o carreteras entre ambos Estados, abstenerse de adoptar cualquier medida que pudiera agravar.

A. Marco legal

El límite entre la Argentina y el Uruguay en el Río Uruguay se encuentra definido en el Tratado bilateral que entró en vigor con tal propósito el 7 de abril de 1961 (*UNTS*, Vol. 635, N° 9074, p. 99). El artículo 7° prevé el establecimiento por parte de las Partes de un “estatuto para el uso del río” cubriendo varios aspectos, incluyendo la conservación de los recursos vivos, la prevención de la contaminación del río.

El artículo 1° del Estatuto de 1975 plantea que las Partes lo adoptan “con el fin de establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay, en estricta observancia de los derechos y obligaciones que surgen de los tratados y otros acuerdos internacionales que se encuentran en vigor para cada una de las Partes”.

El artículo 41 del Estatuto de 1975, se lee como sigue: “Sin perjuicio de las funciones asignadas a la Comisión en la materia, las Partes se obligan a: a) Proteger y preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación, dictando *[l]as normas y adoptando las medidas apropiadas, de conformidad* con los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales. b) No disminuir en sus respectivos ordenamientos jurídicos: 1) Las exigencias técnicas en vigor para prevenir la contaminación de las aguas, y 2) La severidad de las sanciones establecidas para los casos de infracción. c) Informarse recíprocamente sobre toda norma que prevean dictar con relación a la contaminación de las aguas, con vistas a establecer normas equivalentes en sus respectivos ordenamientos jurídicos”.

La Corte observa que las palabras “dictando... apropiadas” [“adopting appropriate”] no figuran en la versión en inglés, aun cuando están presentes en el texto original en español (“dictando las normas y adoptando las medidas apropiadas”).



Para la Corte, la cláusula que figura en el artículo 41 a) tiene como objetivo la protección y la preservación del medio acuático, debiendo cada una de las Partes con ese fin dictar las normas y adoptar las medidas apropiadas. El inciso a) del artículo 41 distingue entre los acuerdos internacionales aplicables, por una parte y las directivas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales por otra. Los primeros son jurídicamente vinculantes y, en consecuencia, las normas y reglamentaciones dictadas en el derecho interno y las medidas adoptadas por los Estados deben estar de conformidad con aquellos; las segundas, que no obligan formalmente a los Estados, deben ser tomadas en cuenta por estos últimos, en tanto resultan pertinentes, de manera que las medidas, las normas y las reglamentaciones internas adoptadas sean compatibles (“con adecuación”) con las directivas y recomendaciones.

De todas maneras el artículo 41 no incorpora al Estatuto de 1975 los acuerdos internacionales en tanto que tales, pero impone a las Partes la obligación de ejercer sus poderes de reglamentación en materia de protección y preservación del medio acuático del río Uruguay de conformidad con los acuerdos internacionales aplicables. En los términos del inciso b) del artículo 41, las normas relativas a la contaminación de las aguas y la severidad de las “penalizaciones” no deben ser reducidas. Finalmente, el inciso c) del Artículo 41 concierne la obligación hecha a cada una de las Partes de informar a la otra respecto de las normas que se propusiera dictar en materia de contaminación de las aguas.

La Corte señala que el objeto y fin del Estatuto de 1975, inscritos en el artículo primero, consisten, para las Partes, en conseguir “la utilización racional y óptima del río Uruguay”, mediante los “mecanismos comunes” de cooperación, constituidos tanto por la CARU como por las disposiciones de naturaleza procesal de los artículos 7 a 12 del Estatuto.

La Corte ha subrayado al respecto, en su Ordenanza del 13 de julio de 2006, que tal utilización debería permitir un desarrollo sustentable que tenga en cuenta “la necesidad de garantizar la protección continua del medio ambiente del río así como el derecho al desarrollo económico de los Estados ribereños”.

La Corte estima que es cooperando que los Estados concernidos pueden gestionar en común los riesgos de daños al medio ambiente que podrían ser generados por los proyectos iniciados por uno u otro de ellos, de manera de prevenir los daños en cuestión, a través de la puesta en marcha de las obligaciones, tanto de naturaleza procesal como de fondo, previstas en el Estatuto de 1975.

La Corte nota que el Estatuto de 1975 creó la CARU y estableció procedimientos con relación con esta institución, a fin que las partes pudieran cumplir con las obligaciones de fondo. Pero el Estatuto no indica en ninguna parte que una parte podría cumplir con las obligaciones de fondo respetando solamente las obligaciones de naturaleza procesal, ni que una violación de las obligaciones de naturaleza procesal implicaría automáticamente la de las obligaciones de fondo.

Del mismo modo, no es porque las partes hubieran respetado las obligaciones de fondo que se consideraría que respetaron *ipso facto* las obligaciones de naturaleza procesal, o que serían eximidas de hacerlo. Además, la relación entre estas dos categorías se puede romper en los hechos cuando una parte que no hubiera respetado sus obligaciones de naturaleza procesal, renunciara después a la realización de la actividad proyectada.

La Corte considera, en consecuencia de lo que precede, que existe ciertamente un vínculo funcional, relativo a la prevención entre las dos categorías de obligaciones previstas en el Estatuto de 1975, pero que este vínculo no impide que los Estados partes sean llamados a responder separadamente respecto de unas y otras, según su propio contenido, y asumir, si corresponde, la responsabilidad que emergería, según el caso, de su violación o el Estatuto no indica en ninguna parte que una parte podría cumplir con las obligaciones

En consecuencia, la Corte considera que, en virtud de la amplitud y diversidad de funciones que se le han asignado a la CARU, las Partes quisieron hacer de esta organización internacional



un elemento central en el cumplimiento de sus obligaciones de cooperar establecidas en el Estatuto de 1975.

La Corte observa que el principio de prevención, en tanto norma consuetudinaria, tiene sus orígenes en la diligencia debida que se requiere de un Estado en su territorio. Corresponde a “cada Estado la obligación de no permitir, teniendo conocimiento, que su territorio sea usado para actos contrarios a los derechos de otros Estados”. Un Estado está así obligado a usar todos los medios a su alcance a fin de evitar que las actividades que se llevan a cabo en su territorio, o en cualquier área bajo su jurisdicción, causen un perjuicio sensible al medio ambiente del otro Estado. La Corte ha establecido que esta obligación “es ahora parte del corpus de derecho internacional relacionado con el medio ambiente” (*Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares, Opinión Consultiva, C.I.J. Registro 1996 (I)*, p. 242, para. 29).

La obligación de informar a la CARU permite, según la Corte, iniciar la cooperación entre las partes, necesaria para cumplir con la obligación de prevenir. Esta primera etapa procesal tiene como consecuencia sustraer de la aplicación del Estatuto de 1975 aquellas actividades que parecieran no causar un daño al Estado en cuyo territorio se llevan a cabo las actividades.

En consecuencia, la Corte concluye de lo anterior que el Uruguay, al no informar a la CARU de los trabajos proyectados antes del otorgamiento de la autorización ambiental inicial para cada planta y de la autorización de construcción de la terminal portuaria adyacente a la planta Orion (Botnia), no ha cumplido con la obligación que le impone el Artículo 7, párrafo primero, del Estatuto de 1975.

En opinión de la Corte, la obligación de notificar tiene como intención crear las condiciones para una cooperación exitosa entre las Partes, permitiéndoles evaluar los impactos del proyecto en el río sobre la base de la información más amplia posible y, si fuera necesario, negociar los ajustes necesarios para evitar el perjuicio eventual que podría causar.

La Corte concluye de lo anterior que el Uruguay no ha cumplido con su obligación de notificar los proyectos, de acuerdo al Artículo 7, párrafos segundo y tercero, del Estatuto de 1975.

La Corte resalta en primer lugar que, si la existencia del “acuerdo” del 2 de marzo de 2004, consignado en el acta de la CARU, no ha sido negado por las Partes, éstas, sin embargo, no están de acuerdo sobre su contenido y su extensión. Cualquiera fuera su denominación particular y el instrumento en el que figura (el acta de la Comisión) este “acuerdo” vinculaba a las Partes en la medida en que éstas lo habían consentido, y las Partes debían atenerse al acuerdo de buena fe. Las Partes estaban habilitadas a salir del procedimiento previsto en el Estatuto de 1975, respecto a un proyecto determinado, mediante un acuerdo bilateral apropiado.

La Corte recuerda que las Partes divergen sobre si el procedimiento para la comunicación de la Información, previsto en el “acuerdo”, debía, si era aplicado, reemplazar el procedimiento previsto en el Estatuto de 1975. Sea como fuere, el cambio de procedimiento estaba condicionado por el respeto, por parte del Uruguay, del nuevo procedimiento previsto en este “acuerdo”.

La Corte observa, por otra parte, que el acuerdo que crea el GTA N, al referirse a “las plantas de pasta de celulosa de se construyen en la República Oriental del Uruguay” constata un simple hecho y no puede ser interpretado, como lo pretende el Uruguay, como una aceptación de la construcción por parte del Argentina.

La Corte considera que el Uruguay no tenía derecho, durante todo el período de consulta y negociación prevista en los artículos 7 a 12 del Estatuto de 1975, a autorizar la construcción o a construir las plantas proyectadas y la terminal portuaria. En efecto, sería contrario al objeto y al fin del Estatuto de 1975 proceder a las actividades litigiosas antes de haber aplicado los procedimientos previstos por los “mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del río Uruguay” (artículo primero). El artículo 9 prevé, no obstante, que “[s]i la



parte notificada no opusiere objeciones o no contestare dentro del plazo establecido en el artículo 9 [180 días], la otra Parte podrá realizar o autorizar la realización de la obra proyectada.”

En consecuencia, según la Corte, mientras se desarrolla el mecanismo de cooperación entre las partes para prevenir un perjuicio sensible en detrimento de una de ellas, el Estado de origen de la actividad proyectada deberá no autorizar la construcción y *a fortiori* no proceder a su construcción.

En este aspecto, los trabajos preliminares de las plantas de pasta de celulosa en los sitios aprobados únicamente por el Uruguay no son una excepción, contrariamente a lo que pretende este Estado. Estos trabajos son, en efecto, parte integrante de la construcción de las plantas proyectadas (ver párrafos 39 y 42 *ut supra*).

La Corte concluye de lo anterior que el acuerdo que crea el GTA N no ha permitido al Uruguay derogar las obligaciones de informar y notificar, conforme al artículo 7 del Estatuto de 1975 y que, al autorizar la construcción de las plantas y de la terminal portuaria de Fray Bentos antes del fin del período de negociación, el Uruguay no ha respetado la obligación de negociar prevista en el artículo 12 del Estatuto. El Uruguay ha desconocido el conjunto del mecanismo de cooperación previsto por los artículos 7 a 12 del Estatuto de 1975.

El artículo 12 no pone a cargo de las partes una obligación de recurrir a la Corte sino más bien les da la posibilidad de hacerlo, después de concluido el período de negociación. Así, el artículo 12 no es susceptible de modificar los derechos y obligaciones de la parte interesada, en tanto la Corte no haya sentenciado definitivamente sobre éstos. Según la Corte, entre esos derechos figura el derecho de poner en marcha el proyecto, bajo la responsabilidad única de aquella parte, en la medida en que el período de negociación haya expirado.

La Corte, habiendo establecido que el Uruguay ha violado sus obligaciones de naturaleza procesal de informar, de notificar y de negociar en la medida y por las razones expuestas anteriormente, analizará ahora la cuestión del respeto por parte de aquel Estado de las obligaciones de sustancia previstas en el Estatuto de 1975.

Es de esperar por supuesto que el demandante debe, en primera instancia, someter un mínimo de evidencia que avale su reclamo. Esto, sin embargo, no significa que el demandado no debe cooperar en la provisión de evidencia que pueda estar en su poder que pueda asistir a la Corte a resolver la disputa que se le ha sometido.

En relación con el artículo 27, la visión de la Corte es que su formulación refleja no sólo la necesidad de reconciliar los diversos intereses de los Estados ribereños en un contexto transfronterizo sino también la necesidad de alcanzar un equilibrio entre los usos de las aguas y la protección del río consistente con el objetivo del desarrollo sustentable.

La Corte ya ha tratado las obligaciones emergentes de los artículos 7 a 12 del Estatuto de 1975 que deben ser observadas, de acuerdo con el artículo 27, por cualquiera de las Partes que desee ejercer su derecho a usar las aguas del río para alguno de los propósitos mencionados más arriba en la medida en que tal uso sea susceptible de afectar el régimen del río o la calidad de sus aguas. La Corte desea agregar que tal utilización no puede ser considerada equitativa y razonable si los intereses del otro Estado ribereño en el recurso compartido y la protección ambiental de este último no son tenidos en consideración. Consecuentemente, la opinión de la Corte es que el artículo 27 contiene esta interconexión entre el aprovechamiento equitativo y razonable de un recurso compartido y el equilibrio entre el desarrollo económico y la protección ambiental que es la esencia del desarrollo sustentable.

En opinión de la Corte, el fin del artículo 36 del estatuto de 1975 es prevenir la contaminación transfronteriza susceptible de cambiar el equilibrio ecológico del río coordinando, a través de la CARU, la adopción de las medidas necesarias. Impone consecuentemente a ambos Estados la obligación de actuar positivamente para evitar cambios en el equilibrio ecológico.



Estas acciones consisten no solo en la adopción de un esquema regulatorio, como han hecho las Partes a través de la CARU, sino también en observar y hacer cumplir por las Partes las medidas adoptadas.

La Partes también disienten con respecto a la naturaleza de las obligaciones establecidas en el artículo 36, y en particular acerca de si es una obligación de conducta o de resultado. Argentina sostiene que el sentido corriente de ambos artículos 36 y 41 del Estatuto de 1975 establecen una obligación de resultado.

La Corte considera que la obligación establecida en el artículo 36 está dirigida a ambas Partes y prescribe la conducta específica de coordinar las medidas necesarias a través de la Comisión para evitar cambios en el equilibrio ecológico. Una obligación de adoptar medidas regulatorias o administrativas individual o conjuntamente y de hacerla cumplir constituye una obligación de conducta. Ambas Partes son llamadas consecuentemente, bajo el artículo 36, a ejercer la diligencia debida en su accionar a través de la Comisión para las medidas necesarias para preservar el equilibrio ecológico del río.

En vista del rol central de esta disposición en la disputa entre las Partes en el presente caso y sus profundas diferencias respecto de su interpretación y aplicación, la Corte hará algunas observaciones de carácter general sobre el contenido normativo del artículo 41 antes de referirse a los argumentos específicos de las Partes. La obligación asumida por las Partes bajo el artículo 41, que es distinta de aquellas bajo los artículos 36 y 56 del Estatuto de 1975, consiste en adoptar las normas y medidas apropiadas dentro del marco de sus respectivos sistemas jurídicos nacionales para proteger y preservar el medio acuático y prevenir la contaminación.

Es opinión de la Corte que la simple lectura del texto del artículo 41 indica que son las normas a ser dictadas por las Partes en sus respectivos sistemas jurídicos que deben “de conformidad con los convenios internacionales aplicables” y “con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales”.

Tercero, la obligación de “preservar el medio acuático, y en particular, prevenir su contaminación adoptando las medidas apropiadas” es una obligación de actuar con la diligencia debida respecto de todas las actividades que tienen lugar bajo la jurisdicción y control de cada Parte. Se trata de una obligación que implica no sólo la adopción de las normas y medidas apropiadas, sino también un cierto nivel de vigilancia en su puesta en ejecución y en el ejercicio del control administrativo aplicable a los operadores públicos y privados, para salvaguardar los derechos de la otra parte. Una parte del Estatuto de 1975 incurrirá en responsabilidad si se demuestra que no actuó diligentemente y por tanto que no adoptó todas las medidas apropiadas para hacer cumplir las regulaciones relevantes a los operadores públicos y privados bajo su jurisdicción.

Las funciones de CARU bajo el artículo 56 (a) incluyen el dictado de normas que regulan la prevención de la contaminación y la conservación y preservación de los recursos vivos.

En el ejercicio de su poder normativo, la Comisión adoptó en 1984 el Digesto sobre los usos de las aguas del Río Uruguay. Como se establece en el Digesto, los “propósitos básicos” son: (a) Proteger y preservar el medio acuático y su equilibrio ecológico; (b) Asegurar todo uso legítimo de las aguas teniendo en cuenta las necesidades de largo plazo y particularmente las referidas al consumo humano; (c) Prevenir toda nueva forma de contaminación y procurar su reducción cuando sean superados los valores de los estándares adoptados para los diferentes usos legítimos de las aguas del río; (d) Promover la investigación científica en materia de contaminación (Título 1, Cap. 2, Sec. 1, art. 1).

Los estándares establecidos en el Digesto no son, sin embargo, exhaustivos. Como se puntualizó anteriormente, deben ser complementados por las normas y medidas adoptadas por las Partes individualmente dentro de sus legislaciones internas.



Estudio de Impacto Ambiental

La Corte se abocará ahora a la relación entre la necesidad de un estudio de impacto ambiental, cuando la actividad planeada es susceptible de producir daño transfronterizo, y las obligaciones de las Partes bajo el artículo 41 (a) y (b) del Estatuto de 1975. Las Partes coinciden en la necesidad de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental. Argentina sostiene que las obligaciones bajo el Estatuto de 1975 vistas en conjunto imponen una obligación de realizar un estudio de impacto ambiental antes de autorizar a Botnia a construir la planta. Uruguay también acepta que está bajo esa obligación. Las Partes disienten, sin embargo, con respecto al alcance y el contenido del estudio de impacto ambiental que Uruguay debió haber llevado a cabo respecto del proyecto de la planta Orion (Botnia). Argentina sostiene en primer lugar que Uruguay no cumplió con la obligación de asegurar que “estudios ambientales completos [hubieran sido] realizados, antes de autorizar la construcción...”; y en segundo lugar que “la decisión de Uruguay [estuvo]...basada en estudios medioambientales insatisfactorios”, en particular porque Uruguay no tuvo en cuenta todos los posibles impactos potenciales de la planta, a pesar de que el derecho y la práctica internacionales lo requieren.

Uruguay acepta que, de acuerdo con la práctica internacional, un estudio de impacto ambiental de la planta Orion (Botnia) era necesario, pero argumenta que el derecho internacional no impone condiciones acerca del contenido de tal estudio, el procedimiento para cuya preparación es nacional, no internacional, al menos cuando el proyecto en cuestión no es común a varios Estados. De acuerdo con Uruguay, los únicos requisitos que le impone el derecho internacional son que debe haber estudios de los potenciales efectos nocivos transfronterizos del proyecto sobre la población, la propiedad y el medio ambiente de otros Estados, sin que haya necesidad de evaluar los riesgos remotos o puramente especulativos.

Es opinión de la Corte que para que las Partes puedan cumplir apropiadamente con sus obligaciones bajo el artículo 41 (a) y (b) del Estatuto de 1975, ellas deben, a los fines de proteger y preservar el medio acuático con respeto a las actividades que sean susceptibles de causar daño transfronterizo, llevar a cabo un estudio de impacto ambiental.

En este sentido, la obligación de proteger y preservar, bajo el artículo 41 (a) del Estatuto, debe ser interpretado de acuerdo con la práctica, que en años recientes ha ganado mucha aceptación entre los Estados que puede ser considerada un requisito bajo el derecho internacional general de emprender un estudio de impacto ambiental donde hay un riesgo que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto ambiental en un contexto transfronterizo, en particular, en un recurso compartido. Asimismo, la diligencia debida, y el deber de vigilancia y de prevención que implica, podrían considerarse que no fue ejercida, si la parte que proyecta obras susceptibles de afectar el régimen del río o la calidad de sus aguas no realizó un estudio de impacto ambiental de los efectos potenciales de aquellas obras.

La Corte considera que al establecer los estándares de calidad de agua de acuerdo con los artículos 36 y 56 del Estatuto de 1975, la CARU debe haber tomado en cuenta la capacidad del cuerpo de agua receptor y sensibilidad de las aguas del río. Consecuentemente, en la medida en que no se establezca que las descargas del efluente de la planta Orion (Botnia) violaron aquellos estándares en términos del nivel de concentración, la Corte no está en capacidad de concluir que Uruguay ha violado sus obligaciones bajo el Estatuto de 1975. Asimismo, ninguna de las Partes ha argumentado ante la Corte que los estándares de calidad de agua establecidos por la CARU no hayan tenido adecuadamente en consideración las características geomorfológicas e hidrológicas del río y la capacidad de sus aguas para dispersar y diluir diferentes tipos de descargas. La Corte es de la opinión que, si tal inadecuación fuera detectada, particularmente



A la luz de lo expuesto, la Corte encuentra que las consultas por Uruguay a las poblaciones afectadas tuvieron lugar.

De lo que precede surge que no hay evidencia concluyente en las actuaciones que muestre que las descargas de efluentes de la planta Orion (Botnia) hayan tenido efectos deletéreos o causado daño a los recursos vivos o a la calidad del agua o al equilibrio ecológico del río desde que comenzó a funcionar en noviembre de 2007. Consecuentemente, sobre la base de la evidencia que le ha sido sometida, la Corte no puede concluir que Uruguay ha violado sus obligaciones bajo el artículo 41.

La Corte ha sin embargo observado que la construcción de la planta comenzó antes de que las negociaciones hubieran concluido, en violación de las obligaciones procesales establecidas en el Estatuto de 1975. Asimismo, como la Corte ha determinado, el funcionamiento de la planta Orion (Botnia) no ha resultado en la violación de obligaciones sustantivas establecidas en el Estatuto de 1975 (parágrafos 180, 189 y 265 precedentes). Como Uruguay no estaba impedido de continuar con la construcción y el funcionamiento de Botnia después de la expiración del período de negociaciones y no violó las obligaciones sustantivas bajo el Estatuto de 1975, ordenar el desmantelamiento de la planta no constituiría, en opinión de la Corte, un remedio apropiado por la violación de las obligaciones procesales.

Como Uruguay no ha violado obligaciones sustantivas emergentes del Estatuto de 1975, la Corte es del mismo modo incapaz de sostener el reclamo de Argentina respecto de la compensación por los perjuicios alegados en varios sectores económicos, específicamente el turismo y la agricultura.

LA CORTE,

- (1) Por 13 votos contra 1, Considera que la República Oriental del Uruguay ha violado sus obligaciones procesales bajo los artículos 7 a 12 del Estatuto del Río Uruguay de 1975 y que la declaración de la Corte de esta violación constituye satisfacción apropiada; A FAVOR: Vice-Presidente Tomka, a cargo de la Presidencia; Jueces Koroma, Al-Khasawneh Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Caçado Tindade, Yusuf, Greenwood; *Juez ad hoc* Vinuesa; EN CONTRA: *Juez ad hoc* Torres Bernárdez;
- (2) Por 11 votos contra 3, *Considera* que la República Oriental del Uruguay no ha violado sus obligaciones sustantivas bajo los artículos 35, 36 y 41 del Estatuto del Río Uruguay de 1975; A FAVOR: *Vice-Presidente* Tomka, a cargo de la Presidencia; *Jueces* Koroma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Caçado Tindade, Yusuf, Greenwood; *Juez ad hoc* Torres Bernárdez; EN CONTRA: *Jueces* Al-Khasawneh, Simma; *Juez ad hoc* Vinuesa;
- (3) Por unanimidad, *Rechaza* todas las otras peticiones de las Partes. Hecho en francés y en inglés, de los que el texto en francés hace fe, en el Palacio de la Paz, La Haya, este día veinte de abril del año dos mil diez, en tres copias, una de las cuales será depositada en los archivos de la Corte y las otras transmitidas al Gobierno de la República Argentina y al Gobierno de la República Oriental del Uruguay, respectivamente.



ANEXO

- ❖ Constitución Nacional Argentina

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

- ❖ Convención Americana de Derechos Humanos

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm