

II.- Los Derechos Humanos y el control de convencionalidad en la futura Constitución

Andrés Rousset¹

1. Introducción

Debo expresar en primer lugar mi sincero agradecimiento a la Vicegobernadora de la Provincia de Mendoza, Ing. Laura Montero y al Dr. Ignacio Giuffré por su cordial y desinteresada invitación y a quienes participaron de una u otra manera en este especial encuentro.

El título de esta ponencia, nos invita a reflexionar sobre la importancia que tiene la problemática de la protección de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados en general, y en especial si tal discusión se circunscribe a la reforma de la Constitución de la Provincia de Mendoza. Ello debido a que: a) La carta magna provincial fue un texto pionero para la época de su sanción (al igual que la Constitución Nacional de 1853), consagrando derechos y garantías que 31 años después serían una conquista a nivel internacional a raíz de la sanción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de Derechos Humanos; b) Es importante hablar de Derechos Humanos en la Provincia de Mendoza, sobre todo si tenemos en cuenta que la primer sentencia condenatoria contra la República Argentina ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH") fue por hechos ocurridos aquí, muy cerca de la casa de las Leyes donde nos hemos reunido para debatir (desaparición forzada de Adolfo Garrido y Raúl Baigorria ocurrida el 28/04/90). El primer acuerdo de solución amistosa que se celebró mediando una grave violación a los Derechos Humanos, abriendo camino a una vasta y fructífera jurisprudencia en tal sentido, tuvo su origen en hechos ocurridos también aquí, en Mendoza (desaparición forzada de Christian Guardatti, el 23/05/92). Además, de 15 sentencias condenatorias (Argentina tiene un registro de 17, pero 15 sentencias se declaró la responsabilidad internacional del Estado); dos involucran a la Provincia de Mendoza, lo que nos indica un dato estadístico a tener en cuenta, dado que es la única provincia "del interior del país" que ostenta esta cifra. Finalmente, de los tres asuntos sometidos a Medidas Provisionales ante la Corte IDH, uno de ellos corresponde también a hechos acaecidos en esta jurisdicción (situación de las cárceles de Mendoza) y c) Lo anterior se debe a que Argentina es

¹ Abogado, Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Máster en Protección Internacional de Derechos Humanos, Universidad de Alcalá (España). Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Cuyo (Argentina).

un País preparado desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que siempre e independientemente del gobierno de turno (a partir del retorno de la democracia en el año 1983) ha demostrado seriedad a nivel internacional, y la provincia de Mendoza no se ha apartado de esta lógica, contando además con profesionales formados en la materia y con una Universidad Pública (U.N.Cuyo) que lleva adelante actividades de manera constante en tal sentido.

Pero el nombre de la ponencia también refiere al Control de Convencionalidad. Y ello se presenta como particular en estos días, porque hace 10 años, precisamente el 26 de septiembre de 2006, la Corte IDH condenó a Chile por la falta de investigación del asesinato de Luis Almonacid Arellano, un profesor de Ciencias Elementales de la Ciudad de Rancagua (Chile), que fue detenido en 1973 por personal de Gendarmería y ejecutado extrajudicialmente antes de llegar a la comisaría.

Entonces, a una década de esa sentencia, donde la Corte IDH plasmó por primera vez este concepto tan interesante y tan discutido, tener la posibilidad de incorporarlo a nivel constitucional sería algo inédito, no solamente a nivel nacional sino también internacional.

Ahora bien, en esta exposición analizaremos algunos temas específicos.

En primer lugar, haremos referencia a la necesidad que tienen los Estados de armonizar su legislación con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Veremos también que este deber no es privativo de los Estados Nacionales, sino también de los Estados Provinciales, en aquellos países que tienen estructura federal (como Argentina, Brasil o México). Analizaremos posteriormente cuales son los problemas que surge como consecuencia de la falta de adecuación normativa.

Luego abordaremos muy brevemente el control de convencionalidad y la necesidad de conocer cuáles son los elementos que lo definen en caso de que el mismo sea incorporado en el texto de la futura constitución provincial.

Finalmente efectuaremos algunas propuestas de *lege ferenda* sobre algunas cláusulas que podrían incorporarse en la futura constitución para aumentar el nivel de protección de los derechos humanos al interior de nuestra provincia.

Adicionalmente cabe advertir que nuestro análisis se ceñirá al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante "SIDH"). Si bien, el ordenamiento jurídico argentino se encuentra atravesado transversalmente por dos ámbitos normativos internacionales (el

regional interamericano en el ámbito de la OEA y el universal a través de sus mecanismos convencionales y extra convencionales en el ámbito de la ONU), nos centraremos en el ámbito regional por su esquema reparatorio² y la incidencia que el mismo ha tenido al interior de los Estados en general y el argentino en particular y por la necesidad de avanzar en lo que respecta a la “consolidación real del SIDH”, que solo se logrará cuando en el interior de los Estados se produzca un cumplimiento efectivo de lo dispuesto por el tratado los órganos de supervisión y no una mera ficción.

2.- Necesidad de armonizar la legislación interna (incluso la constitucional) a las obligaciones emergentes del tratado internacional

Estamos aquí frente a una obligación de tipo legal³, que implica no solo la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos de todas las personas sometidas a su jurisdicción sin discriminación, sino que además ello se debe asegurar removiendo todas las barreras que impidan el acceso a esos derechos, o bien creando las condiciones necesarias para cumplir con ese objetivo.

Pero, además, la adecuación normativa funciona como una medida de “no repetición” ya que - por ejemplo- una persona privada de libertad por una ley contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “ADH”) puede generar una práctica constante de violaciones a la CADH. Por ello, cuando la Corte IDH analice el caso individual, dispondrá como medida de reparación que se modifique la normativa nacional, adecuando la misma a las obligaciones emergentes de Pacto de San José. De esta manera la armonización legislativa permite poner un fin a ciertas prácticas estatales contrarias a sus obligaciones internacionales.

La primera vez que la Corte IDH dispuso esta medida como “reparación” al daño causado, fue en el caso Loayza Tamayo vs. Perú.

María Elena Loayza Tamayo era profesora de Filosofía y de Lógica en la Facultad de San Martín de Porres (Perú). Fue detenida por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo

² Toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente (Corte IDH Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25). Asimismo, se ha dicho que “Las reparaciones constituyen el horizonte natural de las expectativas individuales y sociales en los casos contenciosos” (GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana, UNAM, México, 2002, pág. 147).

³ Artículo 2 de la CADH: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

(DINCOTE) en base a su presunta colaboración con el grupo armado Sendero Luminoso y sometida al proceso dirigido por la DINCOTE, que básicamente implicaba una violación flagrante a todas las garantías del debido proceso⁴.

Cuando la Corte IDH declaró responsable a Perú, ordenó la liberación de Loayza Tamayo, pero además le exigió que adoptara todas las medidas de derecho interno necesarias para que los Decretos-Leyes 25.475 (Delito de Terrorismo) y 25.659 (Delito de Traición a la Patria) se conformarán con la CADH⁵.

El Tribunal interamericano, posteriormente ordenaría a los Estados que adecuen su normativa interna en casos específicos, como por ejemplo determinadas normas de códigos penales (por ejemplo prohibición de excarcelación cuando la persona es imputada por determinados delitos⁶ o el uso de conceptos como “peligrosidad del delincuente”⁷) e incluso -en consonancia con lo que aquí discutimos- la necesidad de reformar la Carta Magna de un Estado parte para adecuar la normativa interna con los estándares de la CADH.

Ello ocurrió en el caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile, también conocido como “La Última Tentación de Cristo”. Aquí la discusión surgió como consecuencia de la prohibición de la exhibición de la película que lleva ese nombre lo que se encontraba permitido por una cláusula de la Constitución de Chile que permitía la censura previa cuando existieran afectaciones a la moralidad pública. Dicha norma de la carta magna chilena, colisionaba con el artículo 13.4 de la CADH que expresamente prohíbe la censura previa.

Luego de la sentencia de la Corte IDH, y en sólo dos años, Chile modificó su Constitución, derogó dicho artículo y sancionó una ley sobre calificación de producción cinematográfica que apoyaba los alcances de la reforma constitucional, logrando así que la Corte IDH dispusiera el cierre del caso por verificarse el cumplimiento de todas las medidas de reparación ordenadas.

3.- El cumplimiento de las obligaciones emergentes de la CADH en el esquema de un Estado Federal (Nación – Provincia)

⁴Para ampliar: Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.

⁵ Véase: Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42.

⁶ Ver: Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44.

⁷ 360 Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.

Ahora bien, la adecuación normativa a la que hemos referido no es privativa solo de los Estados nacionales (aun cuando este es el único obligado ante los órganos internacionales de supervisión de derechos humanos). Ello se debe a que determinados países de la región -entre ellos Argentina- cuentan con estructura federal y por ello esta obligación adquiere un rol “bidireccional”, esto es: la Constitución de Mendoza hace referencia a que tiene que estar acorde con la Constitución Nacional (art. 1) y a su vez la Constitución Nacional le exige a las constituciones provinciales estar de acuerdo con esta por lo menos con lo que respecta a Derechos y Garantías (art. 5) y en todo ello está transversalmente delimitado de alguna manera exigiendo compatibilidad normativa de la CADH.

El Pacto de San José contempla lo que se conoce como “Cláusula Federal” en su Artículo 28⁸, que escinde, primero las obligaciones propias, dentro de las competencias del Gobierno Nacional, y luego aquellas que sean propias de las unidades componentes (provincias en el caso argentino), donde el Estado Nacional tiene que adoptar todas las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento del Tratado incluso en aquellos casos que impliquen la actuación propia de las autoridades provinciales.

El alcance dado al concepto adquiere relevancia en el tema que aquí nos ocupa, dado que no se limita solo a los órganos de la administración central sino que se extiende a los órganos de gobierno de cualquier tipo o categoría que ejerzan funciones y a cualquier nivel de la jerarquía, inclusive en el ámbito provincial o municipal⁹.

La Constitución Argentina establece que las provincias mantienen una serie de competencias no delegadas al gobierno federal¹⁰, muchas de las cuales pueden incidir en la aplicación del tratado internacional o en el cumplimiento de lo dispuesto en una sentencia de la Corte IDH, piénsese por ejemplo en las cuestiones vinculadas con el proceso penal (a cargo de lo que establezca cada provincia en los fueros de competencia ordinaria).

⁸ CADH: Artículo 28: (clausula Federal) “1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención...”. En el Sistema de Naciones Unidas la cuestión es más sencilla dado que el tratado se aplica a todo el territorio sin limitación o excepción alguna (PIDCP art. 50 y PIDESC art. 28).

⁹ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y otros v. Sweden, Comunicación No. 298/1988, U.N. Doc. CCPR/C/40/D/298/1988 (1990).

¹⁰ Artículo 121 “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

En el ámbito del SIDH la cuestión se plantó por primera vez en el caso Garrido y Baigorria. Allí, al discutir el fondo del asunto, el Estado sostuvo que “la responsabilidad del caso no recaía sobre él, sino en la provincia de Mendoza, en virtud de la cláusula federal. La Argentina desistió luego de este planteamiento y reconoció expresamente su responsabilidad internacional en la audiencia de 1 de febrero de 1996”¹¹. Si el gobierno argentino no hubiese desistido de esta postura, no solo estaría desconociendo los criterios acerca de las relaciones entre las unidades componentes de un Estado federal, sino que además hubiese significado un notable desconocimiento de los principios del derecho internacional clásico acerca del sujeto pasivo de la responsabilidad internacional que se haya en cabeza de los Estados nacionales.

El Estado pretendió nuevamente invocar el federalismo al concertarse el convenio sobre reparaciones de 31 de mayo de 1996. En dicha oportunidad, incluyó como parte en el convenio a la provincia de Mendoza y no la República Argentina, pese a que esta última ya había reconocido su responsabilidad internacional. La Corte IDH decidió entonces que dicho convenio no era un acuerdo entre partes por no haber sido suscrito por la República Argentina, que es la parte en esta controversia¹².

Por último, en la audiencia de 20 de enero de 1998 la Argentina pretendió evadir su responsabilidad internacional alegando haber tenido dificultades para adoptar ciertas medidas debido a la estructura federal del Estado.

Frente a estos planteos la Corte IDH señaló que según una jurisprudencia centenaria¹³ y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional¹⁴, criterio que ha sido reafirmado en su jurisprudencia posterior¹⁵.

¹¹ Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 45.

¹² Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 18 y 24.

¹³ En cuanto a tales precedentes se cita: sentencia arbitral de 26.VII.1875 en el caso del Montijo, LA PRADELLE-POLITIS, Recueil des arbitrages internationaux, Paris, 1954, t. III, p. 675; decisión de la Comisión de reclamaciones franco-mexicana del 7.VI.1929 en el caso de la sucesión de Hyacinthe Pellat, U.N., Reports of International Arbitral Awards, vol. V, p. 536.

¹⁴ 367 Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 46.

¹⁵ Véase a modo de ejemplo: Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 219 y Corte IDH. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 146.

Planteado en estos términos, está claro que la cuestión federal, genera algunas consecuencias, por ejemplo, la inoponibilidad interna de planteo de la Provincia a la Nación, pero también de esta al Derecho Internacional. A su vez generará también consecuencias en las relaciones entre la Nación y la Provincia dado que la primera está obligada a tomar todos los recaudos necesarios para que la segunda cumpla (por ejemplo, si la Provincia no aporta al pago de una indemnización ordenada por la Corte IDH en un caso contra Argentina, el Gobierno Nacional podrá descontar esta de la cuota de la Coparticipación).

4.- Los problemas de cumplimiento de obligaciones internacionales en materia de DDHH

Es necesario explicar todo lo anterior dado que ello nos permite comprender la implementación de un Tratado Internacional surgen interrogantes tales como: ¿El Tratado es o no obligatorio?, o ¿la sentencia de la Corte IDH aun la dictada con respecto a otro Estado que no es Argentina, es obligatoria para este Estado?. Estas discusiones se podrían zanjar si existe una norma que explique al menos cuál es la jerarquía del Tratado, generalmente las Constituciones se han encargado de dar respuesta a esto, la Constitución Argentina (Art. 75º, inciso 22) lo explica claramente. En otros ordenamientos jurídico la cuestión se complica porque mientras por ejemplo la Constitución de Guatemala señala que los Tratados Internacionales están por encima de la Ley (art. 46), sin embargo, sus tribunales han entendido que justamente lo contrario al señalar que la prevalencia es sobre las leyes comunes, pero nunca sobre la Constitución¹⁶.

Y, finalmente tenemos casos como la Constitución Uruguay que omite cualquier consideración al respecto.

La Constitución provincial carece de una norma que despeje los cuestionamientos que suele hacerse respecto de la aplicación y vigencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Esto implica tener un problema de tipo legal (por ausencia normativa), pero además surgen problemas estructurales – institucionales, propios de las estructuras de poder encargadas de desplegar la función pública entre los que destacan el desconocimiento del derecho internacional (sobre la autoridad del Tratado, respecto a la obligatoriedad de la sentencia de la Corte IDH, tratar de igual manera órganos de protección con características específicas como es el caso de la CIDH y de la Corte IDH). También destaca en ese sentido la falta de debate previo respecto a cómo se implementa el tratado, por ejemplo, una repartición o dependencia provincial que tiene que librar un cheque para que se pueda pagarse una placa

¹⁶ Gaceta No. 18, expediente No. 280-90, página No. 99, sentencia: 19-10-90.

que se debe colocar en la puerta de la Legislatura, ¿cómo llevamos adelante esta gestión?, ¿Lo aprueba el Poder Ejecutivo?, ¿interviene el Legislativo?, la administración, el Poder Legislativo?, toda esta falta de discusión previa priva al tratado de efectividad dado que no se cumple con lo establecido en él o por lo decidido por sus órganos de aplicación (CIDH o corte IDH). Y finalmente tenemos supuesto de incumplimiento deliberado. Esta es la parte más difícil de lidiar, corresponde a una decisión política de negarse a reconocer efectos al tratado o a lo decidido por los órganos de supervisión internacional.

5.- Control de convencionalidad

Lo único que me interesaría señalar de este tema (dado que como adelanté se ha propuesto la necesidad de que la Constitución Provincial acoja este término), son las notas que actualmente rodean a esta construcción pretoriana de la Corte IDH.

El Control de Convencionalidad fue explicado por primera vez en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, cuando señaló que *“... el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*¹⁷.

Actualmente, la jurisprudencia de la Corte IDH explica que el mismo: a) comprende a todos los órganos del Estado, en todos sus niveles, en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes¹⁸; b) abarca tanto la CADH así como también otros tratados como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹⁹; c) incluye asimismo las resoluciones de la Corte IDH tanto en su competencia contenciosa como

¹⁷ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124. En la sentencia sobre el caso de los trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, resuelto dos meses después, la Corte eliminaría la referencia “una especie de” afirmando categóricamente el concepto señalado. Ver: Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

¹⁸ Véase a modo de ejemplo: Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr.128; Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225 y Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 239.

¹⁹ Corte IDH. Caso *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253, párr. 330.

consultiva²⁰; y d) permite derogar normativa interna incompatible con la CADH, pero a su vez funciona como parámetro para erradicar prácticas contrarias a los valores que inspiraron la convención²¹.

Una cuestión que es indispensable, es que no es estrictamente lo mismo el Control de Constitucionalidad que el Convencionalidad (aunque en la mayoría de los casos coincida), porque lo que puede ser legal para el Derecho local, puede ser ilegal para el Derecho Internacional, y viceversa. Una ley que limite las excarcelaciones, como en el caso Suárez Rosero, puede tener la apariencia de legalidad e incluso puede ser reconocida su constitucionalidad por los Tribunales internos, pero un Control de Convencionalidad no lo superaría. ¿Por qué? Porque para el Derecho Internacional, esa restricción a la libertad es anticonvencional.

Finalmente, al no imponer la CADH un modelo sobre cómo se tiene que llevar adelante el Control de Convencionalidad, este abarcara el análisis de compatibilidad entre el Tratado Internacional y la norma que el juez, o el operador de justicia de que se trate, tiene que analizar (normativo); la aplicación concreta y específica que tenga una práctica que va en contra de la Convención, entonces el Control de Convencionalidad funciona como una pauta interpretativa y finalmente en la etapa de ejecución y cumplimiento de derecho interno. Esto último es interesante, porque el juez local, incluso provincial, puede ejercer el Control de Convencionalidad sobre no solo sobre normas de fondo (por ejemplo la que prohíbe la discriminación o busca asegurar el debido proceso), sino también normas procesales del SIDH, como por ejemplo aquella que dispone que las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH son de obligatorio cumplimiento (art. 68.1) y aquella que dispone que en caso de incumplimiento se puede ejecutar forzosamente esa medida de reparación en el ordenamiento jurídico interno (art. 68.2). El juez local puede, aplicando un correcto Control de Convencionalidad correr o remover todos los obstáculos y lograr, en el caso concreto, una respuesta justa al planteo que se le haya puesto en su conocimiento. En este caso exaltamos la figura del juez porque la ejecución forzada de sentencia es estrictamente jurisdiccional.

²⁰ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 31 y Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173.

²¹ Corte IDH. Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 331 y ss y Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 436.

6.- Propuestas de *lege ferenda* para aumentar el nivel de protección al interior de la provincia de Mendoza a través de la incorporación de cláusulas constitucionales

En el documento “Propuestas de reforma para la Constitución de Mendoza”, se propuso incluir un artículo cuyo texto postula que “...en la Provincia rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; las leyes y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen”. Aclarando, también, que los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y que ésta no puedan cercenarlos.

Esta referencia valorativa es muy positiva. Si bien las mismas no deberían ser necesarias (por ejemplo, cuando se dice que un derecho consagrado en la Constitución; es inderogable), es decir, deberían estar fuera de discusión. Lo cierto es que las mismas deben ser incorporadas en la norma a efectos de remover los obstáculos que se puedan plantear y sobre todo los problemas a nivel estructural e institucional. ¿Por qué?: Porque hay funcionarios, por ejemplo, que suelen ser más reticentes al tratado, pero si está establecido en una norma local, los aplicadores del derecho suelen ser más propensos a cumplir, porque los problemas de desconocimiento se suplen cuando la norma provincial, por ejemplo, indica que esa sentencia es obligatoria; indica que el Tratado es obligatorio; que no hace falta ninguna ley que reglamente su ejercicio o un montón de discusiones que desde la reforma constitucional del año 1994 han llenado de tinta los libros sobre algunas cuestiones vinculadas a tratados internacionales.

En este orden de ideas, podríamos plantear que el texto arriba señalado diga “en la Provincia rigen con carácter obligatorio e inderogable”, ello permite impedir -como ha ocurrido en las legislaciones de otros países del continente que las normas de la CADH o las decisiones de la Corte IDH puedan ser sujetas a revisión administrativa para su procedencia. Y ello, es interesante porque un texto legal que limite derechos aun cuando pueda ser “válido” desde la perspectiva del derecho interno, pero desde la óptica del derecho internacional va a implicar el incumplimiento de una obligación internacional, principalmente, y un efecto político indeseable para los Estados, que es lo que se conoce como la “movilización de la vergüenza”. Tenemos un Estado incumplidor porque incorpora en su régimen interno la posibilidad de derogar derechos o de frenar la aplicación de decisiones de órganos de supervisión.

Entonces, el texto constitucional podría ser el siguiente:

“En la Provincia rigen con carácter de obligatorios e inderogables todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los Tratados Internacionales ratificados y que se ratifiquen en el futuro”

De esta manera se elimina la discusión sobre la obligatoriedad del Tratado y sobre la posibilidad del órgano interno provincial de disponer barreras que limiten la aplicación del Tratado.

Otro tipo de norma que puede ser incorporada en el texto constitucional es la siguiente:

“Los derechos, declaraciones y garantías consagrados en esta Constitución deben ser cumplidos por todos los intervinientes de acuerdo a los principios de buena fe, fiel observancia de los tratados respectivos y cooperación con las instancias internacionales de promoción y protección de derechos humanos”.

De esta manera incorporamos una pauta interpretativa, dado que la referencia a la “buena fe” implica que el Estado, que siempre se ha manejado de una determinada conducta, no pueda cambiar de postura intempestivamente sin que ello le genere consecuencias.

La referencia a la “fiel observancia de los tratados respectivos y cooperación con las instancias internacionales...”, apunta a que las provincias intervengan activamente en todas las instancias de un proceso o de un litigio, principalmente colaborando en la etapa de cumplimiento de lo que la Corte IDH (o la CIDH) decida en un caso concreto.

Otros ejemplos de valoraciones que serían de especial relevancia no conducen a proponer otras fórmulas tales como:

“Se declara de interés provincial el cumplimiento de las decisiones de las instancias internacionales de protección de los Derechos Humanos, el mismo deberá llevarse a cabo de manera pronta e íntegra”

“los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los Tratados Internacionales ratificados y que se ratifiquen en el futuro deben ser interpretados de conformidad con los informes de la CIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH atento al carácter obligatorio de los mismos”.

Esta referencia no sólo aumenta la institucionalidad y el valor del Tratado (eliminado los problemas asociados a esos temas), sino que también brindan seguridad jurídica, no solo para

las autoridades estatales, sino principalmente para las víctimas de las violaciones a los derechos humanos.

Los plazos y la integralidad del cumplimiento de la obligación internacional, son dos cosas que suelen fallar de manera sistemática en el cumplimiento de las obligaciones de los tratados internacionales en todos los países, no solamente la Argentina; en todos los países y en todos los sistemas.

Finalmente, en lo que respecta al control de convencionalidad, se podría incorporar a la constitución provincial el siguiente texto:

“Toda autoridad pública de ejercer un control “de constitucionalidad” y “de convencionalidad” de leyes, actos y omisiones de los restantes órganos de gobierno y de los particulares, incluso “de oficio” de conformidad con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia”.

La referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH nos permite evitar que por ejemplo un Juez se oponga a utilizar una opinión consultiva de la Corte IDH o que un funcionario de la administración pública se resista por considerar que ese control solo le corresponde a los jueces locales. De esta manera eliminamos cuantiosos problemas estructurales institucionales mejorando notoriamente el nivel de protección de derechos al interior del Estado, en este caso, del provincial.

Finalmente, y a modo de cierre, si bien en esta presentación se apuntó a cuestiones propias de la implementación del tratado en el ordenamiento interno, existen cuestiones interesantes que están en la agenda del derecho internacional, y que al mismo tiempo forman parte de nuestra propia historia y de las actuales exigencias que se deben atender. Por ello, sería valioso que en esta reforma visibilizara la problemática de personas lesbianas, gays, sexuales, transexuales, como así también asegurar la identidad de género; plasmar a nivel constitucional que las mujeres tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual, psicológica, económica, simbólica, ya sea a nivel doméstico, institucional, laboral, obstétrico, médico, mediático, entre otros (como lo ha hecho la Constitución Boliviana); que nadie sea objeto de desaparición forzada y principalmente, que nadie, nunca más, en la provincia de Mendoza sea objeto de torturas.