

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

73



Enero - Junio 2021



Embajada de Noruega
Ciudad de México

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2021 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

*Corrección de estilo: Español: Maylin Cordero Gamboa
Portugués: María Gabriela Sancho Guevara*

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Litografía Imprenta Versalles

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
<i>José Thompson J.</i>	
El derecho a la alimentación de los pueblos indígenas	13
<i>Silvana Corvalan</i>	
Dignidad humana: ¿Sueño y/o pesadilla?	29
<i>Marcos Geraldo Hernández Ruiz</i>	
Diálogo Judicial Institucional: El Protocolo N.º 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos y la posibilidad de plantear opiniones consultivas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	63
<i>Haideer Miranda Bonilla</i>	
El control de convencionalidad: un remedio difícil de aplicar	85
<i>Lautaro Ezequiel Pittier</i>	
A suficiente comunicação como garantia processual penal fundamental: breve análise sobre a justa compreensão da acusação no âmbito da proteção da Convenção Interamericana de Direitos Humanos	95
<i>Gabriel Felipe Roqueto Riguetti</i>	

Las consecuencias del sexting: una problemática de género para la mujer desde la perspectiva de los derechos humanos	137
<i>Mauricio José C. Rosales</i>	
Los argumentos de admisibilidad en la Opinión Consultiva OC-17	177
<i>Sergio Ruiz Díaz Arce</i>	

Presentación

Para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos es motivo de gran satisfacción la salida a la luz pública de su Revista IIDH número 73, la más reciente de una iniciativa pionera iniciada en 1985, que se ha prolongado durante 36 años. En esta edición hay una serie de artículos acerca de diversas temáticas relativas a los derechos humanos, con cuya publicación esperamos contribuir a ahondar en el debate en este campo y a propiciar el desarrollo de nuevos conocimientos.

Brevemente, a continuación se reseñan los artículos que contiene esta edición, comenzando con la contribución de Gabriel Felipe Roqueto Rigueti, titulada *A suficiente comunicação como garantia processual penal fundamental: breve análise sobre a justa compreensão da acusação no âmbito da proteção da Convenção Interamericana de Direitos Humanos*. En esta se aborda el derecho al debido proceso consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), en el marco de la diversidad humana y la migración en un mundo globalizado. En su análisis, el autor parte de su conceptualización y hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); en relación con su garantía, revisa el Código Procesal Penal de Brasil y algunas disposiciones legales de otros países. Su intención es fundamentar la apreciación relacionada con la insuficiencia del sistema legal para asegurar la protección del derecho a comprender la imputación de la que son objeto todas las personas acusadas penalmente, en particular migrantes o pertenecientes a minorías.

Por su parte, Haideer Miranda Bonilla, autor de *Diálogo judicial institucional: el Protocolo N.º 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos y la posibilidad de plantear opiniones consultivas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, estudia los aspectos más relevantes del nuevo mecanismo de “diálogo judicial institucional” ofrecido por este instrumento, al que caracteriza como un “reenvío de convencionalidad”. En el artículo se presentan los antecedentes del Protocolo, los sujetos legitimados, el objeto, el procedimiento, los efectos de la decisión y la primera resolución dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del 10 de abril de 2019.

En *Dignidad humana: ¿sueño y/o pesadilla?* Marcos Geraldo Hernández Ruiz realiza un análisis jurisprudencial de su objeto de estudio, partiendo de la consideración de que en su significado debe haber una distinción entre su alcance moral, axiológico y aquel que puede prevalecer en la praxis jurídica. Para ello, examina su regulación en la letra de varios instrumentos internacionales de derechos humanos y de algunas constituciones políticas, menciona las diversas formas en las que se recoge este “ideal político-normativo”; ofrece las perspectivas doctrinarias de diferentes estudiosos y sistemas de pensamiento, y discute la manera en que ha sido incorporado a una serie de resoluciones judiciales, de las que incluye las citas literales. Asimismo, presenta las cinco vertientes problemáticas en las que coloca la diversidad de acercamientos jurisprudenciales a dicho ideal, a saber: la lingüística, la axiológica, la lógica, la de calificación normativa y la de aplicación. Dada su multiplicidad de sentidos, Hernández externa una postura crítica respecto del uso de esta categoría por parte de los jueces y juezas –creadores del Derecho–, uso que no expresa claramente sus alcances, lo cual ejemplifica con numerosas citas de fallos judiciales. Finalmente, tras concluir que es un “concepto jurídico indeterminado”,

expone algunas ideas iniciales para configurarlo, en sus distintos planos, en el campo del derecho.

En el artículo *Las consecuencias del sexting: una problemática de género para la mujer desde la perspectiva de los derechos humanos*, Mauricio José C. Rosales realiza una aproximación conceptual y caracteriza este fenómeno desde un enfoque jurídico dogmático, del que hace un recorrido breve en el tiempo. Lo analiza a la luz de lo establecido en la CADH, para dilucidar si es una actividad protegida por dicho instrumento. Dentro de sus características, menciona el consentimiento entre ambas partes, así como la confianza y la creación y envío de contenidos de índole sexual, ya sea sugeridos o explícitos. Vincula esta práctica con los derechos humanos, enfatizando en el derecho a la privacidad, y relaciona la vida privada con la sexualidad, la propia imagen y la inviolabilidad de las comunicaciones, aspectos en los que hace referencia a lo afirmado en diversos pronunciamientos jurisprudenciales. Además de identificar algunas consecuencias negativas para las mujeres -como el ciberacoso, la sextorsión y la pornovenganza- las señala como nuevos modos de violencia en su contra, surgidos en el marco del uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Dichas consecuencias, afirma, lesionan su derecho a la vida privada en el entorno digital, un asunto del que deben ocuparse la comunidad internacional y los Estados, a fin de adoptar las disposiciones necesarias para su protección y resguardo.

El artículo *El control de convencionalidad: un remedio difícil de aplicar*, de Lautaro Ezequiel Pittier, da cuenta de una investigación desarrollada mediante encuestas al funcionariado público federal, provincial y municipal de los tres poderes del Estado argentino, obligado a ejercer el control de convencionalidad, así como la revisión de jurisprudencia

nacional y provincial en la que este instrumento se aplicó. Con base en los resultados obtenidos, se constató que quienes deben practicar dicho control se resisten a hacerlo. Además, en el personal y autoridades de las instituciones públicas persiste un gran desconocimiento acerca de su contenido, aplicación y quiénes son las personas encargadas de ejercerlo, lo cual, aunado a la escasa oferta educativa al respecto, complica más el panorama. Adicionalmente, en el texto Pittier ofrece algunas precisiones relacionadas con el control de convencionalidad, y describe en grandes líneas el proceso desarrollado en el contexto de la pandemia ocasionada por el nuevo coronavirus.

En su artículo *Los argumentos de admisibilidad en la Opinión Consultiva OC-17*, Sergio Ruiz Díaz Arce aplica la teoría de la argumentación jurídica para ilustrar cómo fundamentó la Corte IDH sus resoluciones en el proceso que dio lugar a la emisión de la Opinión Consultiva OC-17, denominada “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, con la que delimitó los estándares interamericanos en relación con el contenido y alcance de lo establecido en el artículo 19 de la CADH. El autor repasa la solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y explica brevemente los conceptos y el modelo de análisis de las decisiones judiciales, con base en lo dicho por Atienza. Asimismo, mediante un diagrama de representación, expone la estructura argumentativa de la opinión consultiva, e identifica los fundamentos en los que se basa tanto lo acordado como lo rechazado, durante el debate que se dio en el tribunal interamericano.

Silvana Corvalan analiza los alcances y el contenido de *El derecho a la alimentación de los pueblos indígenas*, según lo establecido por la Corte IDH en el caso Lhaka Honhat vs. Argentina, fallo en el que por primera vez figura su reconocimiento como un derecho autónomo, a la luz del artículo 26 de la CADH. La autora recoge los antecedentes del

desarrollo jurisprudencial respecto de la protección a la vida digna, las obligaciones estatales en este campo y el vínculo de este derecho con la dimensión cultural de los derechos de los pueblos indígenas.

Concluyo esta presentación con el agradecimiento de siempre a la cooperación noruega, sin cuyo apoyo no sería posible la producción y difusión de nuestra Revista IIDH, al Consejo Consultivo Editorial por sus valiosos aportes, y a las autoras y autores por sus relevantes contribuciones.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH
Instituto Interamericano de Derechos Humanos

El derecho a la alimentación de los pueblos indígenas

*Silvana Corvalan**

Tierra. “¿Para qué la compramos? ¿Por qué eso?

Los hombres son todos iguales. No se diferencian.

Sobre la tierra feneceremos y nuestra ceniza quedará bajo la tierra

Esta tierra sólo la usamos, para eso sólo hemos venido, sólo estamos

pasando por la tierra...

La tierra es nuestro pasado y nuestro mañana”¹.

I. Introducción

En el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos el derecho a la alimentación de los pueblos indígenas fue siempre abordado a partir del contenido del derecho a la vida digna. No fue sino hasta el reciente caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) relacionado con las comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, que este fue analizado por primera en forma autónoma, a la luz de las obligaciones que surgen en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales consagrados en el artículo

* Abogada. Coordinadora del Área de Litigación en Derechos Humanos del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, Argentina. Especialista en Derecho Penal, Universidad Nacional del Sur. Docente de Derechos Humanos en la carrera de Abogacía y Licenciatura en Seguridad Pública de la Universidad Nacional del Sur. Docente de Derecho Procesal Penal en la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional del Sur.

1 Extracto del poema “Tierra”, de Ramón R. Silva (1985).

26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, Convención Americana o CADH).

Ello, sin duda, representa un avance en el reconocimiento de la identidad cultural de los pueblos. El alimento, su adquisición y consumo forman parte de la cosmovisión y cultura de las comunidades indígenas, y desde el caso mencionado el derecho a la alimentación es identificado directamente como un derecho humano protegido y específico de los pueblos indígenas, en cuanto reconoce, respeta y garantiza el estilo de vida, el **buen vivir** indígena y sus formas de subsistencia.

Se analizará el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH en casos en los que resolvió respecto de los derechos de pueblos indígenas y se encontró afectado el derecho a la alimentación, a partir de la conceptualización y protección de la vida digna y, por ende, del modo de supervivencia de las comunidades.

Se determinarán los alcances y el contenido del derecho a la alimentación de los pueblos indígenas, y se valorará particularmente lo resuelto por el tribunal regional de derechos humanos en el caso Lhaka Honhat, en el que se determina por primera vez la violación al derecho a la alimentación -entre otros derechos- y se ordenan medidas de reparación específicas, con respecto a las obligaciones en materia de desarrollo progresivo estipuladas en el artículo 26 de la Convención Americana.

Se analizará el sólido vínculo entre el derecho a la alimentación y su dimensión cultural, desde la óptica de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Y se finalizará con algunas reflexiones para continuar profundizando el objeto de estudio.

II. Derecho a la alimentación en relación con la protección de la vida digna

En los casos que a continuación se mencionan la Corte IDH ha considerado violaciones del derecho a la alimentación a partir del contenido del derecho a la protección de la vida digna. En ninguno de ellos se declaró la responsabilidad del Estado por violación del derecho a la alimentación, a la luz de las obligaciones que existen en materia de derechos económicos, sociales y culturales previstas el artículo 26 de la CADH.

En el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay² se probó que los miembros de dicha comunidad vivían en condiciones de miseria extrema, como consecuencia de la falta de tierra y acceso a bienes naturales, así como de la precariedad del asentamiento temporal en el que se vieron obligados a permanecer a la espera de la solicitud de reivindicación de sus tierras, producto de las actividades desarrolladas por empresas.

La Corte analizó afectaciones especiales a la salud como íntimamente vinculadas con el derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia, con impacto agudo en el derecho a una existencia digna y a condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, tales como el derecho a la educación y a la identidad cultural. Sostuvo que “...en el caso de los pueblos indígenas, el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran, están directamente vinculados con la obtención del alimento y el acceso al agua limpia...”³.

2 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. 17 de junio de 2005. Serie C, N.º 125.

3 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa...*, párr. 167.

En este caso la Corte consideró afectado el derecho de los miembros de la comunidad a una vida digna, ya que fueron privados de acceder a medios de subsistencia tradicionales. Tuvo especialmente en cuenta la situación de los niños, niñas y personas ancianas de la comunidad, destacando las condiciones de vulnerabilidad a las que se encontraban expuestas, así como la responsabilidad estatal por dicha situación.

En el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay⁴ se acreditó que los miembros de dicha comunidad vivían en una situación de extrema pobreza, caracterizada por bajos niveles de salud y atención médica, explotación laboral y restricciones para poseer cultivos, ganado propio y practicar actividades tradicionales de subsistencia. La mayoría de los miembros de la comunidad se vio obligada a salir de las estancias porque vivían al borde de una carretera en condiciones de pobreza extrema, sin acceso a ningún tipo de servicios.

La Corte comenzó analizando los principios generales que dan contenido al derecho a la vida, a partir del desarrollo del tribunal respecto del proyecto de vida digna afirmado por primera vez en el caso de los “Niños de la Calle” vs. Guatemala, destacando la obligación positiva del Estado para garantizar su pleno y libre ejercicio y adoptar las medidas apropiadas para la protección y preservación del derecho a la vida.

Se incorporó el problema de la desnutrición en el análisis del derecho a la vida, y así la Corte afirmó que el Estado tenía pleno conocimiento del riesgo real y de la situación de vulnerabilidad en la que permanecían los miembros de la comunidad Sawhoyamaxa, en especial los niños, niñas, mujeres embarazadas y personas ancianas, así como de su mortalidad.

4 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. 29 de marzo de 2006. Serie C, N.º 146.

Sostuvo que junto con la carencia de tierra, la vida de los miembros de la comunidad Sawhoyamaxa se caracteriza por el desempleo, el analfabetismo, las tasas de morbilidad por enfermedades evitables, la desnutrición, las precarias condiciones de su vivienda y entorno, las limitaciones de acceso y uso de los servicios de salud y agua potable, así como la marginalización por causas económicas, geográficas y culturales⁵.

En el caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay⁶ nuevamente se advierte como el tribunal regional de protección de derechos humanos continúa en el mismo sentido argumental, analizando el derecho a la alimentación a partir del contenido del derecho a la vida previsto en el artículo 4 de la CADH.

La Corte sostuvo que en razón del censo realizado y del total de personas que integraban la comunidad, la cantidad de provisiones alimentarias suministradas por el Estado fue insuficiente para satisfacer las necesidades básicas diarias de cualquier persona. En definitiva, concluyó que el Estado no brindó las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna.

En el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador⁷, si bien la Corte IDH incorporó en su análisis otros derechos humanos, como el derecho al medioambiente y el derecho a la consulta previa como correlato del derecho de propiedad, lo cierto es que no realizó un abordaje específico y autónomo del derecho a la alimentación.

5 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa ...*, párr. 168.

6 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de agosto de 2010. Serie C, N.º 214.

7 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. 27 de junio de 2012. Serie C, N.º 245.

Esta sentencia destaca porque señala como derechos las condiciones esenciales para una vida digna, el derecho a la supervivencia, y el deber de los Estados de cuidar y prever el impacto ambiental que provoquen los proyectos de desarrollo en los territorios ancestrales y propiedades comunales.

Se advierte que en todos los casos mencionados, si bien la Corte reconoce la interrelación entre el acceso y control del territorio y los bienes naturales de las comunidades indígenas, no asigna al derecho a la alimentación adecuada el contenido autónomo y esencial que este representa para los pueblos indígenas, en cuanto integra su identidad cultural, sino que lo analiza exclusivamente desde la órbita de la protección del derecho a la vida digna.

III. El derecho a la alimentación adecuada de los pueblos indígenas y su protección autónoma en el artículo 26 de la Convención Americana

Es en el caso de las Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina⁸ en el que por primera vez que la Corte IDH se pronuncia acerca de los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural, a partir del artículo 26 de la CADH, en forma interdependiente y relacionada.

Es la primera oportunidad en la que la Corte analiza la violación del artículo 26 de la Convención respecto de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, en lo relativo al derecho a la alimentación, y determina en forma autónoma la

8 Corte IDH. *Caso de las Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. 20 de febrero de 2020. Serie C, N.º 400.

responsabilidad del Estado por la violación a este, ordenando medidas de reparación específicas del derecho conculcado.

Los representantes de las víctimas de dicho caso afirmaron que el ganado bovino de los pobladores criollos -no indígenas- se alimenta de los mismos frutos que la comunidad indígena, tales como la algarroba, el mistol y el chañar. Además, consume el agua que las propias comunidades requieren para subsistir, la que en muchas situaciones es contaminada por las heces de los animales. También genera la disminución de la fauna silvestre que tradicionalmente ha sido objeto de caza e integra la dieta de estas comunidades.

Sostuvieron, además, que los alambrados de las familias criollas afectan el tránsito de fauna silvestre, ubicándola en lugares alejados, restringiendo la libre circulación de las comunidades e impidiendo sus circuitos tradicionales de caza, y muchas veces encierran reservorios de agua y algarrobales completos.

Ello generó una enorme alteración en las costumbres, hábitos sociales e individuales, prácticas económicas, estilo de vida, y la propia cosmovisión: su identidad cultural.

La Corte analizó por primera vez de manera interdependiente el derecho a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural. Y, como se mencionó, es la primera ocasión en la que el tribunal realiza el análisis del derecho a la alimentación de los pueblos indígenas de modo independiente al contenido de la protección de la vida digna.

Así, la Corte estableció el contenido mínimo del derecho analizado. Comenzó afirmando respecto al derecho a la alimentación adecuada, a nivel normativo, lo que expresa el Protocolo de San Salvador en el artículo 12.1: “toda persona tiene

derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual”. En el ámbito universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) determina en el artículo 11, en idéntico sentido, que los Estados parte reconocen “... el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación”.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), con base en el PIDESC, desarrolló el contenido básico en relación con el derecho a la alimentación en la Observación General N.º 12⁹. Allí, determinó que este derecho comprende la **disponibilidad** de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura o unos consumidores determinados, así como la **accesibilidad** de esos alimentos en formas sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.

En la Observación General N.º 12 se reconoce que son especialmente vulnerables muchos grupos de pueblos indígenas, cuyo acceso a tierras ancestrales puede verse amenazado.

El Comité destacó que por disponibilidad debe entenderse las posibilidades que tiene un individuo de alimentarse, ya sea directamente, explotando la tierra productiva u otras fuentes naturales de alimentos, o mediante sistemas de distribución, elaboración y comercialización que funcionen adecuadamente y que puedan trasladar los alimentos desde el lugar de producción hasta donde sea necesario, según la demanda. Explicó que la accesibilidad comprende el aspecto económico y físico.

9 Comité DESC. *Observación General N.º 12, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11.)* 20º periodo de sesiones, Doc. E/C.12/1995/5, CESCR, párr. 6.

Al analizar el contenido del derecho, la Corte hace notar que los conceptos de adecuación y seguridad alimentaria son importantes. El primero determina que no cualquier tipo de alimentación satisface el derecho, sino que hay factores que deben tenerse en cuenta y que hacen la alimentación adecuada. El concepto de seguridad alimentaria se refiere a la posibilidad de acceso para generaciones presentes y futuras. Decir que los alimentos deben ser aceptables para una cultura determinada significa tener en cuenta también los valores no relacionados con la nutrición, y que se vinculan con aspectos pertenecientes a la identidad cultural de las comunidades.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁰ establece la obligación estatal de adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar la cultura y el medio ambiente de los pueblos indígenas o tribales; el derecho de tales pueblos a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte sus vidas y las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera; los derechos de los pueblos a los recursos naturales existentes en sus tierras, que comprenden el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. Establece, además, que las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes para el mantenimiento de su cultura y para su autosuficiencia y desarrollo económicos.

Para las comunidades indígenas el vínculo entre territorio y bienes naturales resulta fundamental e inescindible de su supervivencia alimentaria y cultural. El Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación se ha referido

10 Organización Internacional del Trabajo. *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. OIT, Ginebra, 1989.

al goce de este derecho en relación con los pueblos indígenas, afirmando que "... el ejercicio del derecho a la alimentación de los pueblos indígenas suele depender de sus posibilidades de acceso a los bienes naturales existentes en la tierra y al control sobre los mismos. Sólo así mantienen sus actividades de subsistencia tradicionales como la caza, la recolección o la pesca, que les permite alimentarse y preservar su cultura e identidad"¹¹.

Por otro lado, es realmente impactante la claridad explicativa del declarante Francisco Pérez, representante de la Asociación Lhaka Honhat, en el marco de la audiencia llevada a cabo ante la Corte IDH. Allí, explicó la relación que tienen las comunidades con el monte, con la cacería, la importancia de los árboles para la recolección de frutas y medicinas, y el valor de los ríos para la pesca. En la audiencia sostuvo que:

...el ganado de los criollos se come los frutos del monte, y nosotros no tenemos tiempo para ir a recolectar los frutos. La vida antes de los criollos era más tranquila [...] no teníamos desnutrición, hoy tenemos desnutridos y muchas enfermedades que antes no teníamos. Si faltan los alimentos naturales que comíamos... Hoy sí cambió la alimentación. Nosotros no conocíamos el azúcar, el mate, ahora sí lo conocemos. **Queremos seguir comiendo los alimentos naturales que nos acostumbramos a comer...** Nosotros conocemos el hambre... Es nuestra tierra, no es mía ni es suya...

Ante las preguntas de la Corte IDH el declarante finalizó sosteniendo que el principal problema para las comunidades indígenas en este caso es la alimentación.

11 Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación. *El derecho a la alimentación*. 12 de septiembre de 2005. Doc. A/60/350, párr. 23.

Lo narrado en su declaración permite visibilizar las dificultades que representa para las comunidades indígenas el acceso a alimentos adecuados, disponibles y compatibles con su modo de vida, ante la alteración generada por la presencia de familias criollas, el ganado y los alambrados en sus territorios ancestrales.

La Corte determinó la responsabilidad internacional de Argentina por la violación del derecho a la alimentación, entre otros derechos, en perjuicio de los miembros de la Asociación Lhaka Honhat y, en consecuencia, dispuso medidas de reparación específicas en relación con este -circunstancia que en los casos contenciosos anteriores no había dispuesto desde la perspectiva de la protección del derecho a la vida-. Por ende, ordenó medidas de restitución de los derechos al medio ambiente sano, al agua, a la alimentación adecuada y a la identidad cultural.

IV. Relación entre alimentación e identidad cultural de los pueblos indígenas

La alimentación no debe entenderse de manera restrictiva, no se trata meramente de la subsistencia física, sino que tiene una dimensión cultural y colectiva que en los pueblos indígenas es necesario reconocer y proteger. Dicha dimensión cultural es característica solo de las comunidades indígenas. La alimentación es una forma de expresar la cultura y tradiciones de los pueblos indígenas.

La dimensión cultural del derecho a la alimentación adecuada debe recibir un tratamiento integral y en directa interdependencia con los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar la relación continua del pueblo indígena con su territorio, sus recursos naturales y su cultura¹². Cualquier afectación a su cosmovisión repercute en sus relaciones sociales y espirituales, provocando inestabilidad, más aún cuando son elementos sagrados para la comunidad, ya que estos hacen perdurable su identidad como pueblo.

El Convenio 169 de la OIT utiliza el término “integridad cultural” para referirse a la continuidad de una serie de patrones culturales, incluyendo los que determinan derechos sobre tierras y bienes naturales, los cuales están incorporados en las instituciones y en el derecho consuetudinario indígena. Este concepto agrupa la identidad cultural de cada uno de los pobladores indígenas y la traslada al ámbito colectivo de todo el pueblo, por lo que al afectarse la cultura del pueblo indígena, se lesiona la identidad personal de cada uno de sus integrantes.

El reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de las comunidades indígenas.

El hecho de alterar el modo de vida, las formas de adquisición y consumo, el acceso al agua, así como la pérdida de árboles -y con ellos, sus frutos- producto de las actividades de tala ilegal, altera considerablemente el acceso a los alimentos y ocasiona que estos dejen de ser aceptables para la cultura y tradición de la comunidad. Es así como modificar sus costumbres, creencias y tradiciones distintivas causa un profundo e irreversible sufrimiento a toda la comunidad indígena, afectando su identidad cultural.

12 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 12 de agosto de 2008, Serie C, N°. 185, párr. 29.

V. Obligaciones del Estado en materia de derecho a la alimentación de los pueblos indígenas

El Estado asume la obligación de garantizar el derecho a la alimentación sin discriminación alguna. Las obligaciones a nivel estatal son la obligación de respeto, de protección y de adoptar medidas relativas al derecho a la alimentación. Si bien las obligaciones de adoptar providencias para lograr la “plena efectividad” de los derechos previstos en el artículo 26 de la CADH son de desarrollo progresivo, no se encuentra en discusión que el contenido de estos derechos incluye aspectos de inmediata exigibilidad en relación con la alimentación.

La obligación de respeto establecida en el artículo 1.1 de la CADH implica el deber de los Estados de respetar el acceso de las personas a los alimentos y a los medios para obtenerlos. Es así como toda medida que tenga por resultado impedir el acceso a los alimentos se encuentra prohibida¹³. Dicha obligación, pensada y aplicada en los pueblos indígenas, se traduce, por ejemplo, en que el Estado debe garantizar las condiciones para un medio ambiente sano y para la protección de las tierras agrícolas, en cuanto constituyen elementos indispensables para el acceso de las comunidades indígenas a los alimentos.

La obligación de proteger exige a los Estados regular a los agentes no estatales, especialmente a las empresas o a las personas que puedan amenazar el derecho de los pueblos indígenas a la alimentación. El Estado debe impedir la destrucción de las tierras ancestrales de las comunidades indígenas y la tala ilegal de árboles, las cuales tienen por objeto despejar caminos para minas, represas, carreteras, industrias, entre otros proyectos.

13 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *El derecho a la alimentación adecuada*. Folleto informativo 34, p. 21.

La obligación de cumplir con el derecho a la alimentación, o la obligación de adoptar medidas por todos los medios apropiados, implica que los Estados deben ser proactivos para reforzar el acceso de las personas a los bienes naturales, a fin de asegurar su medio de vida y su derecho a usar los alimentos.

Uno de los grandes obstáculos que enfrentan las comunidades indígenas para el ejercicio del derecho a la alimentación, en forma culturalmente adecuada a sus tradiciones, consiste en la confiscación de sus tierras por parte del Estado, de agentes no estatales y de empresas, sin el consentimiento de los pueblos indígenas, así como en la falta de reconocimiento jurídico de las formas indígenas de la propiedad territorial y de su modo de vida.

VI. Reflexiones

Lo resuelto por la Corte IDH en el caso Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina sin duda constituye un enorme avance en la justiciabilidad directa del derecho a la alimentación, analizado desde el contenido del artículo 26 de la Convención Americana, ya que fue la primera vez en la que la Corte lo trató independientemente del contenido del derecho a la vida digna.

Se reconoce en el derecho a la alimentación su vinculación especial con la identidad cultural indígena, así como el respeto al estilo de vida y a las prácticas y costumbres ancestrales. Asimismo, la importancia del cuidado del medio ambiente, y su interdependencia con derechos esenciales.

De esta manera, los alimentos deben ser aceptables para una cultura determinada, y debe garantizarse el respeto y protección del acceso y disponibilidad de estos en armonía con las concepciones indígenas, los sentimientos, las prácticas

culturales y las tradiciones intergeneracionales. Ello nos interpela y demanda pensar la alimentación de acuerdo con el estilo de vida y el buen vivir indígena. Es la expresión de la identidad cultural. No se trata aquí simplemente de un plato de comida.

La falta de acceso al territorio, o las dificultades para acceder a este en razón de los cercos o alambrados establecidos por personas no indígenas en las tierras ancestrales, expone a las comunidades indígenas a múltiples sufrimientos y a graves violaciones de sus derechos humanos y colectivos. Se advierte así de qué manera el derecho a la gestión de los bienes comunes naturales conforma uno de los elementos esenciales, junto con los derechos territoriales y el derecho a la consulta, para la supervivencia de estos pueblos¹⁴. El derecho a la alimentación es indispensable para el goce de otros derechos.

Las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH en el caso Lhaka Honhat apuntan especialmente a restituir los daños generados por la presencia del ganado, la tala ilegal de árboles y la degradación ambiental, en cuanto ello afectó, entre otros derechos, el derecho a la alimentación adecuada para la identidad cultural indígena. Particularmente, la Corte determinó el deber de garantizar a todas las personas integrantes de las comunidades indígenas víctimas del caso el acceso a la alimentación, en forma nutricional y culturalmente adecuada, de manera permanente.

Para finalizar, son apropiadas las palabras de Francisco Pérez, representante de la Asociación Lhaka Honhat, en la audiencia ante la Corte IDH: "... No teníamos desnutrición, hoy tenemos... Queremos seguir comiendo los alimentos naturales que nos

14 Ramírez, Silvina y Duch Rodríguez, Darío (comp.). "El desarrollo del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado. Legislación y experiencias concretas en América Latina", *Consulta y Participación Indígena*, Editorial Universitaria de la Patagonia, Comodoro Rivadavia, 2020, pp. 19-33.

acostumbramos a comer... Es nuestra tierra, no es mía o suya...”. Así, da cuenta de los graves sufrimientos vividos producto de la alteración e interferencia en el estilo de vida de las comunidades indígenas, a causa de la presencia de personas no indígenas en su territorio.

Dignidad humana: ¿Sueño y/o pesadilla?

*Marcos Geraldo Hernández Ruiz**

“No ensueñes lo muy lejano. Puedes dar lugar a dichas cercanas. ¡Sólo lo que tomas es tuyo!”.

Hans Kelsen

“Claro que creo en los sueños. Soñar es esencial, puede ser la única cosa real que exista”.

Jorge Luis Borges

“He oído que, a veces, los sueños se hacen realidad. Pero, ¿cómo es posible esto? Quizás una forma de lograrlo es afrontando nuestras más temibles pesadillas. Y éstas, como los primeros, también se encuentran en la realidad, incluso más latentes”.

El autor

* Abogado por la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca y exbecario del Ministerio de Educación de la República de Argentina (2018-2019). Cuenta con estudios de maestría en Derecho Constitucional por la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca y Filosofía del Derecho por la Universidad de Buenos Aires, así como con las especialidades de Metodología de la Comparación Jurídica por la Universidad de Bolonia y Derecho Procesal Constitucional por la Universidad de Buenos Aires.

I. Una lección magistral: el regalo humanista de Carnelutti

Francesco Carnelutti (1879-1965), un jurista excelsamente humanista, en el prefacio de una de sus obras más dramáticas, “Las miserias del proceso penal”, por el contenido potente de sus experiencias, reflexiones y enseñanzas, sentenció:

Ciertamente, yo no me hago ilusiones en torno a la eficacia de mis palabras. Pero no olvido que, según la enseñanza de aquél sensacional filósofo que todos deberíamos ver en Cristo, aun queriendo considerarlo solamente como hijo del hombre, las palabras son semillas. Aun cuando con el gramo mío se mezcle desgraciadamente mucha cizaña, alguno de estos gramos puede ser capaz de germinar. Por eso, sin presunción pero con devoción, lo siembro. No pretendo que la cosecha me remunere con ciento, ni con sesenta, ni con treinta por uno. Aun cuando uno solo de los gramos germinase, no habría sembrado en vano¹.

Aceptando el regalo, reconociendo obviamente nuestra posición de principiante, a esta actitud desinteresada por la enseñanza de sus conocimientos -un invaluable aporte- no cabe más que honrarla, intentando practicar su ejemplo.

II. *Leitmotiv*: dignidad humana

Esta contribución tiene por objeto el **análisis jurisprudencial** de lo que, para algunos doctos juristas, constituye la piedra angular del derecho o del Estado constitucional-democrático de derecho: la **dignidad humana**.

1 Carnelutti, Francesco. *Las miserias del proceso penal*, de Santiago Sentís, Melendo (trad.), Temis, Bogotá, 2010, pp. XI-XII.

El tema es de suma relevancia, en tanto es urgente entender que una cosa es el significado de la expresión “dignidad humana” en el lenguaje de la moral (valorativo, axiológico, etc.) y otra muy diferente es el significado que se le puede acordar en el terreno de la **praxis jurídica**, en cualquiera de sus niveles.

En este entendido, el objetivo es despertar la reflexión y la crítica, para que los especialistas, fundamentalmente los **jueces y juezas**, emitan su dictamen.

III.Regulación normativa de la dignidad humana: convenciones internacionales y constituciones nacionales

Antes que nada, es necesario dejar en claro que **no** constituye objeto de nuestro análisis lo que proclaman las **constituciones políticas de los Estados** o las **convenciones internacionales de derechos humanos**, así como tampoco lo que postulan los teóricos del derecho en relación con la dignidad humana. No obstante, por la información que nos puedan proporcionar, es imprescindible tener en consideración lo que consagran las primeras² y lo que saben los segundos, con miras a futuras reflexiones.

A) Convenciones internacionales sobre derechos humanos

1) La Carta de las Naciones Unidas (1945), en su preámbulo, proclama:

2 En ambos casos, las disposiciones transcritas son las que se encuentran vigentes.

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos [...] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales, en la *dignidad* y el valor *de la persona humana* [...].

2) La Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948), en su artículo 45, inciso a, postula:

Artículo 45. Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, *dignidad*, igualdad de oportunidades y seguridad económica.

3) La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en su preámbulo y en su artículo 1, declara:

Preámbulo: Considerando 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*.

Artículo 1. Todos los *seres humanos* nacen libres e iguales en *dignidad* y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

4) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en su preámbulo, estipula:

Todos los *hombres* nacen libres e iguales en *dignidad* y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

5) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos de 1966), en sus preámbulos expresan:

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad inherente* a todos los miembros *de la familia humana* y de sus derechos iguales e inalienables...

Reconociendo que estos derechos se derivan de la *dignidad inherente a la persona humana*...

6) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), específicamente en su artículo 11.1, prescribe:

Artículo 11. 1. Toda *persona* tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su *dignidad*.

B) Constituciones Políticas de los Estados

1) La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (1917), en su artículo 1, párrafo último; artículo 2, apartado A, fracción II; artículo 3, párrafo tercero y fracción II, inciso c, y artículo 25, párrafo primero, ordena:

Artículo 1. [...]

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la *dignidad humana* y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Artículo 2. [...]

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la *dignidad* e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

Artículo 3. [...]

La educación se basará en el respeto irrestricto de la *dignidad de las personas*, con un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva. Tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a todos los derechos, las libertades, la cultura de paz y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia; promoverá la honestidad, los valores y la mejora continua del proceso de enseñanza aprendizaje.

[...]

II. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

Además:

[...]

c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la naturaleza, la diversidad cultural, la *dignidad de la persona*, la integridad de las familias, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos.

Artículo 25.

Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la *dignidad de los individuos, grupos y clases sociales*, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

2) La Constitución de la República Italiana (1947), en su artículo 3, primera parte, regula:

Artículo 3. Todos los ciudadanos tendrán la misma *dignidad social* y serán iguales ante la ley, sin

distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.

3) La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949), en su artículo 1.1, primera parte, determina:

Artículo 1.1. La *dignidad de la persona es inviolable*. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

4) La Constitución del Reino de España (1978), en su artículo 10.1, fundamenta:

Artículo 10.1. La *dignidad de la persona*, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Luego de pasar revista a los diversos textos normativos, se hace indispensable apuntar brevemente algunas consideraciones.

Es verdad que finalizadas las grandes catástrofes humanitarias conocidas (conquistas, revoluciones, regímenes totalitarios, autoritarios o dictatoriales, intervenciones armadas, guerras, etc.) las naciones del orbe y los diversos organismos internacionales han postulado la **política del nunca más**; conscientes de ello, consideraron incorporar de manera expresa en sus documentos fundacionales o fundamentales el **ideal de la dignidad del ser humano**. No obstante, por lo que toca a este último precepto, aún hoy encontramos casos que no se han puesto al corriente. Así, por un lado, en el *ámbito latinoamericano* encontramos que la Constitución de la República de Argentina (1853) y la Constitución de la República Oriental del Uruguay (1967) no establecen literalmente este ideal. Por otro lado, en el plano del Consejo de Europa se advierte que el Convenio Europeo

para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950) tampoco hace lo propio.

Otra cuestión que podemos destacar es que, según los documentos normativos examinados, la expresión **dignidad humana**, como ideal político-normativo, se regula de múltiples formas³, a saber: dignidad; dignidad de la persona; dignidad de la persona humana; dignidad del ser humano; dignidad del hombre; dignidad del individuo; dignidad plena; dignidad plena del hombre; dignidad plena de las personas; dignidad del ser humano como persona; dignidad del ser humano como perteneciente a la especie humana; dignidad personal; dignidad de los individuos, grupos y clases sociales; dignidad colectiva; dignidad comunitaria; dignidad social; dignidad social del ciudadano; dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades; dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades; dignidad de la madre Tierra; dignidad intrínseca o inherente; dignidad intrínseca o inherente de la familia humana; dignidad de la persona como fin (esencial); dignidad como principio (fundamental); dignidad como valor (supremo); dignidad como derecho; dignidad como base de los derechos; dignidad como bien común; dignidad como fin (supremo); dignidad y valor de la persona humana (como origen de los derechos humanos); principio de dignidad humana;

3 Asimismo, de la lectura de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, y de la Constitución de la República Socialista de Cuba y la Constitución de la República de Nicaragua, es posible identificar algunos tópicos y formular inquietudes, como por ejemplo: ¿qué significa considerar al genoma humano como base de la dignidad? ¿Cuáles serían las consecuencias del rol simbólico del genoma humano en la sociedad? ¿Solo es posible alcanzar la plena dignidad del ser humano en los regímenes socialista y comunista? ¿Por qué considerar a la madre Tierra como un bien común supremo y universal? ¿Es la Tierra la condición de todos los demás bienes? ¿Cómo es posible que el bien común de la Tierra y de la humanidad nos pidan que entendamos a la primera como (sujeto) vivo y con dignidad?

principio democrático de la dignidad; dignidad inviolable de la persona; dignidad inviolable del ser humano; dignidad humana como un principio de esencial igualdad humana; dignidad de la persona humana como un principio de la nación; dignidad de la persona humana como fundamento del Estado; dignidad de los habitantes de la República; dignidad de la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado; dignidad humana, de la personalidad y de la familia; dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades como fin y función esencial del Estado; dignidad de la persona como fundamento del Estado; dignidad del ser humano sagrada, innata e inviolable, etc.

En atención al asunto que nos ocupa, nos parece que esta diversidad de sentidos, dimensiones, orientaciones, calificativos, locuciones, oraciones, con los que se identifica al concepto de dignidad humana puede resultar, si no es que ya lo es, potencialmente grave en el momento de su aplicación. Esto con motivo de la carga o connotación emotiva, axiológica, ideológica, política, religiosa, etc. del contenido y significado que se le pueda asignar. En razón de ello, es necesario simplificar y determinar con la mayor claridad y precisión posible su significado, contenido y modo de aplicación. Esta es la cuestión y, como vemos, el legislador nacional y supranacional, como órgano político, más que jurídico, ya se pronunció. Ahora, toca el turno de los jueces y juezas, y sería deseable que, en esta labor colosal, se pronunciasen como lo que son: como genuinos jurisconsultos.

IV. Doctrina sobre la dignidad humana: perspectivas dogmáticas, teóricas, filosóficas y prácticas

A continuación, limitándonos a la previsión anterior respecto del objeto de estudio, presentamos algunas ideas, reflexiones, críticas, afirmaciones o conclusiones acerca de la dignidad humana⁴ expuestas por algunos dogmáticos, teóricos, filósofos y prácticos del derecho, desde diversos perfiles o sistemas de pensamiento.

- a) Fernando Rey Martínez (1963-), catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Valladolid, España, siguiendo una óptica más dogmática, pero consciente de la cuestión, señala: “Hay pocos conceptos tan centrales y luminosos para el derecho y, a la vez, tan oscuros, como el de dignidad [humana]”⁵.
- b) Juan Díaz Romero (1930-2014), quien fue ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México durante el periodo 1986-2006, una vez revisados los criterios jurisprudenciales nacionales e internacionales de su época,

4 La Real Academia Española, en el Diccionario de la lengua española, no contempla la voz “dignidad humana”, solo la de “dignidad”: “Del lat. *dignitas*, *-ātis*: 1. f. Cualidad de digno. 2. f. Excelencia, realce. 3. f. Gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse. 4. f. Cargo o empleo honorífico y de autoridad. 5. f. En las catedrales y colegiatas, prebenda que corresponde a un oficio honorífico y preeminente, como el deanato, el arcedianato, etc. 6. f. Persona que posee una dignidad (prebenda). 7. f. Prebenda del arzobispo u obispo. 8. f. En las órdenes militares de caballería, cargo de maestre, trece, comendador mayor, clavero, etc.”. <https://dle.rae.es/dignidad?m=form>

5 Rey Martínez, Fernando. “Dignidad humana”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *et al.*, (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2ª. ed., UNAM/IIJ, México, 2014, pp. 598, 698-602. Una exposición más amplia de su trabajo se encuentra en: *La dignidad humana en serio. Desafíos actuales de los derechos fundamentales*, Porrúa/IMDPC, México, 2013.

constata que ningún tribunal se ha pronunciado a ciencia cierta sobre la definición de dignidad de la persona, lo máximo que se ha hecho es intentar comprenderla a partir de la interpretación de alguna garantía individual (no discriminación, igualdad, audiencia, etc.). En este entendido, expone:

[E]l principio de la dignidad humana tiene validez universal; viene siendo un fenómeno moderno en el derecho positivo, un valor imprescindible en la organización política y jurídica de toda sociedad humana, cuyo contenido aún es fugitivo y misterioso⁶.

- c) Stefano Rodotà (1933-2017), maestro emérito de Derecho civil de la Universidad de Roma La Sapienza, después de analizar el concepto de dignidad del ser humano a partir de un enfoque jurídico-antropológico, precisa: “La dignidad [humana] no es un derecho fundamental entre otros, ni una supernorma”⁷.

6 Díaz Romero, Juan. “El principio de la dignidad humana y su repercusión en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, Tomo I, UNAM/SCJN, México, 2009, p. 194, 189-205.

7 La cita completa reza: “La dignidad no es un derecho fundamental entre otros, ni una supernorma. Siguiendo la historia de su avatar jurídico, advertimos que ha venido a integrar principios fundamentales ya consolidados –libertad, igualdad, solidaridad–, formando cuerpo con ellos e imponiéndoles una reinterpretación en una lógica de indivisibilidad. Como quiere la buena ciencia, la reconstrucción conjunta de un sistema exige que se entiendan las dinámicas, las modalidades mediante las que cada componente redefine a los demás dando a cada uno una nueva fuerza y nexos más sólidos con la sociedad. El *homo dignus* no se entrega a ningún principio que esté por encima de la libertad y de la fraternidad, y de esta manera, en cierta forma, las redimensiona. De los constantes cruces de estos principios, todos fundacionales, de su recíproca iluminación, este *homo* recibe mayor plenitud de vida y, por tanto, más intensa dignidad humana”. *Cfr.*, Rodotà, Stefano. *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 186, 169-196.

d) Ricardo Alberto Guibourg (1938-), profesor emérito de Teoría general del derecho y director de la Maestría en filosofía del derecho en la Universidad de Buenos Aires, empleando el método de análisis de lenguaje jurídico, propio de la filosofía analítica, esboza la siguiente conclusión:

Quando se habla de la dignidad humana, no se describe una propiedad verificable: se postula el reclamo de que cualquier individuo, por el hecho de pertenecer a nuestra especie, vea garantizado un mínimo de independencia frente a terceros o cierto ámbito irreductible donde su acción se halle exenta de interferencias⁸.

e) José Luis Pérez Triviño (1965-), profesor titular de Teoría y filosofía del derecho en la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, parte de un análisis de la concepción kantiana de la dignidad humana sobre la base de que su contenido es la idea de humanidad⁹ y que, en ese sentido, se trata de una

8 Guibourg, Ricardo A. *Pensar en las normas*, Eudeba, Buenos Aires, 2016, pp. 51, 45-52.

9 Para Kant: “La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas.” *Cfr.*, Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 335, citado por Pérez Triviño, José Luis. *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, Fontamara, México, 2007, p. 16. Refiere el profesor español que la segunda formulación del imperativo categórico kantiano expresa el principio de dignidad: “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”. La primera formulación es: “Obra como si la máxima de tu acción debiera tornarse, por tu voluntad, ley universal de la naturaleza”. Y la tercera formulación, la de la autonomía, prescribe: “Obra según la máxima que pueda hacerse a sí misma al propio tiempo ley universal (para toda persona razonable y racional)”. *Cfr.*, *ibidem*, p. 15.

propiedad que poseen todos los seres humanos, la cual es de carácter incondicional e incomparable. Reflexiona de la siguiente manera:

La dignidad no es una propiedad que tenga un *valor relativo*, sino un *valor interno o intrínseco*, en el sentido de que no depende de hechos contingentes, como tampoco puede ser caracterizada como un fin que los individuos tengan porque lo desean o simplemente quieran. No es un elemento cualquiera en el balance de razones para actuar, sino que más bien es una razón que vence a cualquier otra. Por ello mismo, la atribución o la negación de la dignidad no se ve alterada por las ventajas o efectos materiales que pueda producir. Los seres humanos, en cuanto agentes con razón práctica, tienen dignidad. Como entes racionales, son fines en sí mismos. La naturaleza humana tiene un valor en sí misma. Esto nos otorga un estatus especial como personas y agentes morales¹⁰.

f) Ernesto Garzón Valdés (1927-), doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, y catedrático emérito de la Universidad de Maguncia, Alemania, luego de un análisis riguroso de diversas posiciones teóricas relacionadas con la dignidad del ser humano concluye que es posible atribuirle una relevancia moral:

Sostendré, como punto de partida, que el concepto de dignidad humana no designa una característica accidental sino una propiedad distintiva atribuida exclusivamente a todo ser humano viviente. [...] El concepto de dignidad humana tiene un carácter *adscriptivo*. Expresa y atribuye una evaluación positiva, en este caso, moral. [...]. [En efecto,] propuse la conveniencia de considerar que el concepto de dignidad humana tiene un carácter adscriptivo: atribuye a

10 *Ibidem*, p. 18.

todo ser humano viviente una característica moralmente relevante cual es la de ser siempre portador de derechos y, cuando sus condiciones físicas y/o psíquicas se lo permiten, agente de deberes. Ahora al llegar al final de esta ya larga exposición, pienso que podría sugerirse también que el concepto de dignidad humana cumple una especie de función “trascendental” en el sentido kantiano de la palabra: recurrimos a él para precisar el contenido y alcance no sólo de los derechos humanos sino de una regulación jurídico-política moralmente justificable. En ello podría consistir, en suma, la relevancia moral del concepto de dignidad humana¹¹.

g) Manuel Atienza Rodríguez (1951-), doctor honoris causae por diversas universidades latinoamericanas, catedrático de Filosofía del derecho en la Universitat d' Alacant y Exvicepresidente de la Asociación Mundial de Filosofía Jurídica y Social expone, por un lado, que el concepto de dignidad humana no puede analizarse solamente en términos descriptivos (por ejemplo, como un concepto psicológico), sino que debe hacerse también en términos normativos. La dignidad, entonces, no solo explica, sino que también justifica. Es un concepto normativo, y por eso puede ser usado para justificar los derechos humanos¹². Por otro lado, también

11 Garzón Valdés, Ernesto. *Propuestas*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 65, 101-102.

12 “...9) En la (noción normativa) de dignidad pueden distinguirse dos dimensiones. Una es la dignidad en cuanto fundamento último de los derechos; así entendida, la dignidad señala, por así decirlo, el límite de la moral y ordena *no* tratarnos a nosotros mismos ni a los demás exclusivamente como medios. Otra es la dignidad traducida en derechos fundamentales concretos, como los derechos de la personalidad o las garantías procesales. En cuanto fundamento último de los derechos, es obvio que la dignidad no puede ceder frente a ninguna otra exigencia (las razones basadas en la dignidad son absolutas); pero los derechos basados en la dignidad sí que pueden ser ponderados con otros (la libertad de expresión, por ejemplo, puede prevalecer frente al honor o la intimidad). 10) La dignidad no es un valor que esté por encima de la igualdad o la libertad, cuando se entienden

argumenta que este debe ser entendido como un concepto puente y como un concepto normativo (básico, quizá el más básico de los conceptos jurídicos “fundamentales” que deberían postular los teóricos del derecho). Por la primera noción entiende que, en algunas ocasiones, a lo que nos estamos refiriendo al emplear la expresión es a las condiciones que han de darse para atribuir dignidad a una entidad (es el problema de la personalidad o de la agencia moral); y, en otras, a las consecuencias normativas de la dignidad, a los derechos y deberes que supone el juicio de atribución de dignidad. Y, por lo que respecta a la segunda noción, refiere que habría que diferenciar varios planos de abstracción: la dignidad en su sentido más profundo y abstracto, la dignidad como uno de los principios morales y jurídicos, y la dignidad traducida o concretada en derechos fundamentales¹³. De acuerdo con esas

estos dos últimos valores o principios en su sentido más profundo; simplemente, como ocurre con las tres formulaciones del imperativo categórico kantiano, son dimensiones distintas de la misma realidad (una misma ley moral) y cada una de ellas contiene a las otras. Sin embargo (y a diferencia ahora de lo que ocurre con la “libertad” e “igualdad”), el término “dignidad” no parece usarse para referirse a los derechos que derivan específicamente de la dignidad; y en ese sentido sí que puede decirse entonces que la dignidad opera como límite (como límite absoluto) en relación con los derechos de igualdad y de libertad”. *Cfr.*, Atienza, Manuel. “Sobre el concepto de dignidad humana”, en Casado, María (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 92-93.

- 13 En relación con los varios niveles de abstracción desde los cuales puede contemplarse el principio de dignidad humana, defiende las tesis siguientes: “En su sentido más profundo (y abstracto) la dignidad humana contiene también el principio (o el imperativo) de universalidad -igualdad- y de autonomía y, por ello, puede considerarse que expresa el conjunto de la racionalidad práctica, la ley moral. Tiene sentido, en consecuencia, decir que es el fundamento de todos los derechos. En un sentido menos abstracto, la dignidad humana (la prohibición de tratar a un ser humano meramente como un instrumento) puede distinguirse de la igualdad (la universalidad) y la autonomía: cada uno de esos tres principios o valores está particularmente conectado con algunos de los derechos fundamentales, pero no con todos ellos. Y hay un último nivel en el que

consideraciones, postula la siguiente concepción:

[...] la dignidad puede considerarse como el fundamento de todos los derechos humanos, sin que ello suponga relegar a los otros dos grandes valores de la ilustración: la igualdad y la autonomía. Esto es así porque [...] el núcleo normativo de la dignidad humana consiste, por un lado, en el derecho y la obligación que tiene cada uno de desarrollarse a sí mismo como persona y, por otro lado, en la obligación de contribuir al libre desarrollo de todos los otros¹⁴.

h) Jeremy Waldron (1953-), *University Professor* de la Universidad de Nueva York, emprende el proyecto de definir la dignidad de la persona humana desde el derecho, y no desde la moral, como suele hacerse. Su objetivo no es simplemente “estipular” una definición de dignidad, sino encontrar un

la dignidad humana se concreta en una serie de derechos, y ya no es -no es sólo- el fundamento de todos o de algunos de los derechos: el derecho a una existencia digna, que es una forma abreviada de referirse a los derechos sociales; a no ser humillado, sometido a tratos degradantes, etc; los derechos a las garantías del proceso; o los llamados derechos de la personalidad (honor, privacidad, etc.). Una consecuencia importante de esa distinción de niveles es que permite compaginar el carácter absoluto o intangible de la dignidad humana (referida a su sentido más profundo) con la posibilidad de recurrir a la ponderación cuando se produce un conflicto entre derechos (por ejemplo, entre el derecho a la libertad de expresión y a la intimidad); y permite dar cuenta de esa manera de dos ideas que están presentes en casi todas las declaraciones de derechos: por un lado, la de que la dignidad humana es el fundamento de todos los derechos y, por otro lado, la de que no existen derechos absolutos (en lo que parecen concordar prácticamente todos los intérpretes constitucionales), o sea, que cualquier derecho de los declarados fundamentales puede entrar en conflicto con algún otro derecho o conjunto de derechos, y resultar derrotado”. Atienza, Manuel. *Sobre la dignidad humana*. Texto escrito de su conferencia dictada en la maestría en Filosofía del derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 13 de mayo de 2021. <https://www.youtube.com/watch?v=DIX0S2UIhMU&t=2808s>

14 Atienza, Manuel. “El fundamento de los derechos humanos: ¿dignidad o autonomía?”, *Revista Cubana de Derecho*, Vol. 1, enero-julio, 2021, p. 9.

significado que esté arraigado en instituciones jurídicas concretas. Sobre esta base, efectúa una lectura moderna de la antigua idea romana de *honor* o *rango*, que expresa la noción *dignitas*, entendida ahora como un rango elevado pero distribuido igualitariamente (la dignidad es un concepto que tiene la naturaleza de estatus, un *concepto-estatus*, no un concepto-valor). Sostiene, de igual forma, que la dignidad es el fundamento de los derechos humanos, por lo que el hecho de estar dotado de la primera implica estar, a su vez, dotado de los segundos. Esto es, tener dignidad humana es tener derechos humanos. En este entendido, para el iusfilósofo neozelandés es equivocado criticar la afirmación de que la dignidad es el fundamento de los derechos diciendo que todo lo que la dignidad hace es abreviar un grupo de derechos. No solo los abrevia, sino que hace referencia a la idea que subyace a ellos y los unifica. De esta suerte, nos explica:

[...] si la dignidad humana es un estatus, entonces debemos decir que comprende no solo un grupo de derechos humanos, sino una *idea subyacente* que explica la importancia tanto de cada uno de estos derechos en relación con nuestra pertenencia a la especie humana como de estar agrupados en un solo conjunto o paquete [...] [Efectivamente,] la invocación de la dignidad apunta no solo hacia los derechos que constituyen un estatus particular, sino a la idea subyacente que los unifica. Tal idea subyacente podría considerarse aquello a lo que corresponde en últimas la dignidad, o aquello en lo que está basada en últimas la dignidad o en lo que están basados en definitiva los derechos que comprende la dignidad. Podría incluso expresar la idea de que la dignidad y los derechos son co-fundacionales, lo que sería poco sorprendente si la gramática de la dignidad es la de un concepto de estatus, de conformidad a lo que expuse [...] ¹⁵.

15 Waldron, Jeremy. *Democratizar la dignidad. Estudios sobre dignidad humana y*

- i) Rodolfo Darío Vázquez Cardoso (1956-), filósofo y jurista mexicano, profesor emérito e investigador de tiempo completo en el Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México, entiende la dignidad del ser humano como un límite de lo moralmente admisible, cuyo contenido sería esencial o exclusivamente negativo. Así pues, este sería el sentido de la segunda formulación del imperativo categórico kantiano: obra de modo que **nunca** nos tratemos a nosotros mismos ni a los demás solo como simples medios, sino siempre al mismo tiempo como fines. En definitiva, lo que plantea es acceder al concepto de dignidad por vía negativa y reservar el concepto de autonomía (tercera formulación del imperativo kantiano) para los merecimientos de los cuales somos capaces. Dignidad y autonomía son, así, el negativo y el positivo de la ley moral. Obrar moralmente, cumplir la ley moral, se puede realizar por vía negativa haciendo valer el principio de dignidad, o por vía positiva, haciendo valer el principio de autonomía personal.

Sintetizo con la siguiente propuesta. Ser tratado con dignidad significa, por una parte, ser tratado sin crueldad y sin humillación (liberalismo del miedo), y, por otra, ser tratado igualitariamente, sin discriminación, y en la satisfacción de las necesidades biopsíquicas básicas (liberalismo de la igualdad). Ambas nociones de dignidad, deben entenderse como condiciones necesarias para el ejercicio de la capacidad autónoma del ser humano¹⁶.

- j) Paolo Becchi (1955-), profesor de Filosofía del derecho en las universidades de Génova y Lucerna, nos dice que desde

derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, págs. 220 y 223.

16 Vázquez, Rodolfo. *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, UNAM/IIJ/ITAM/EAD, Ciudad de México, 2016, pp. 44-45.

la segunda posguerra se utilizaron dos concepciones de la dignidad en la cultura jurídica europea, las cuales, a su consideración, quizás podrían solucionar algunos problemas que aparecen en la discusión actual acerca de la dignidad humana, poniendo en juego estas dos variantes conjuntamente, en lugar de separarlas. Dichas concepciones son las siguientes:

Según una variante, la dignidad es entendida como un principio inherente al ser humano en cuanto tal. Según la otra, es un principio que toma en cuenta las diferentes características y capacidades de los individuos puestas en correlación con la sociabilidad propia del ser humano. En el primer caso se trata de un don que el ser humano posee sólo en virtud de su humanidad; en el segundo caso se trata de algo más concreto, que se relaciona con el rol y la productividad del individuo en la sociedad¹⁷.

La formulación del concepto de dignidad humana es, sin duda, una cuestión polémica. Por ese motivo, es importante que

17 Luego de presentar esquemáticamente el camino filosófico a lo largo del cual se desarrolla la idea de la dignidad humana, poniendo en evidencia su influencia en el ámbito jurídico, en el análisis de los aspectos esenciales de algunos documentos jurídicos, intercalando el debate jurídico-filosófico desarrollado en la segunda mitad del siglo pasado hasta incluir las discusiones más recientes, que involucran aplicaciones de las ciencias médicas y biológicas, concluirá: “No queda otra opción que desplazarse en la búsqueda de un nuevo enfoque que, teniendo en cuenta las virtudes y defectos de aquellos discutidos, sepa integrar la idea de la dignidad humana como don con aquella basada en las prestaciones de representaciones o en las capacidades; sepa conjugar la afirmación universalista de la dignidad de la persona en abstracto con las particulares situaciones que hoy exigen su tutela diferenciada. En una palabra, sepa hacernos encontrar el absoluto del cual el hombre es la huella con el contingente en el cual se expresa siempre renovada su condición”. *Cfr.*, Becchi, Paolo. *El principio de la dignidad humana*, Fontamara, México, 2012, págs. 31 y 66.

la definición que se proporcione sea funcional a la teoría, pero más acertadamente a la práctica. Y, en este entendido, los jueces y juezas, como resolutores de conflictos jurídicos, no pueden eludir por más tiempo el tema.

V. El dilema de los dos mundos: material o ideal

Se dice que el derecho es lo que los jueces y juezas prescriben que es. Si esto es cierto, al menos en el plano jurídico, la dignidad humana es lo que el juez o jueza argumenta que es. Sin embargo, la dignidad humana es un concepto moral, pertenece al plano axiológico o de los valores. Luego, en este plano, se expone que no hay una última palabra escrita, en virtud de que existe una pluralidad de concepciones éticas, las cuales no necesariamente, o difícilmente, son compatibles entre sí.

Precisada la cuestión: ¿ante qué nos enfrentamos? ¿Un desliz entre los planos normativo y axiológico? ¿Un ejercicio de discrecionalidad o arbitrariedad?

VI. Ultima Ratio: *Oratio de Hominis Dignitate*

La dignidad humana es generalmente invocada por las personas litigantes y operadoras jurídicas como una carta de triunfo a sus intereses, la esencia del derecho, un conjunto de valores básicos o una exigencia de justicia. No obstante, esto que parece muy loable no es en realidad nada pacífico, en razón de que los actores aludidos no siempre y sin problema alguno explicitan el significado cognoscitivo, el contenido semántico y las consecuencias pragmáticas de su amada solución final.

VII. Solo Dios puede crear y juzgar: el juez, creador de derecho celestial, o de los criterios judiciales sobre dignidad humana

El mundo jurídico está construido, en no menor proporción, por la boca del juez y la jueza. Su palabra es performativa, crea, modifica y extingue situaciones. El derecho así se lo autoriza, es más, lo obliga; le está vedado callar, eso es *jurisdictio*. Por ello, la más elevada función, el acto de juzgar, es al mismo tiempo un privilegio de los cielos y una condena del infierno.

Los jueces y juezas mexicanos, en torno a la dignidad humana, han profetizado:

- a) Criterio jurisprudencial de 2011, dictado por un Tribunal Colegiado de Circuito:

DIGNIDAD HUMANA. DEFINICIÓN. La dignidad humana es el *origen*, la *esencia* y el *fin* de todos los derechos humanos¹⁸.

- b) Criterio jurisprudencial de 2011, pronunciado por un Tribunal Colegiado de Circuito:

DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO. La dignidad humana es un *valor supremo* establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna¹⁹.

18 Jurisprudencia: I.5o.C. J/30 (9a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro I, Tomo 3, octubre de 2011, p. 1528.

19 *Ibidem*, p. 1529.

c) Criterio jurisprudencial de 2016, emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA. La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un *precepto meramente moral*, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un *bien jurídico* circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un *principio jurídico* que permea en todo el ordenamiento, pero también como un *derecho fundamental* que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple *declaración ética*, sino que se trata de una *norma jurídica* que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el *interés* inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada²⁰.

20 Jurisprudencia: 1a./J. 37/2016 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, p. 633.

d) Criterio jurisprudencial de 2013, prescrito por un Tribunal Colegiado de Circuito:

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA. ES CONNATURAL A LAS PERSONAS FÍSICAS Y NO A LAS MORALES. Del proceso legislativo que culminó con la reforma al artículo 1o., de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se advierte que la intención del Constituyente Permanente de sustituir en su primer párrafo la voz “individuo” por “personas”, es la de utilizar una expresión que no se refiera a un género en particular y abarcar “a todo ser humano titular de iguales derechos y deberes emanados de su común dignidad y en los casos en que ello sea aplicable debe ampliarse a las personas jurídicas”. Ello evidencia que, por regla general, las personas morales -previstas en el artículo 25 del Código Civil Federal- son titulares de los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, sin embargo, por su condición de entes abstractos y ficción jurídica, no pueden gozar de ciertos *derechos privativos del ser humano*, como ocurre con la *dignidad humana*, que es connatural a toda persona física. Esto, ya que dicho concepto tutela el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la *dignidad de la persona humana*, y del cual se desprenden todos los demás derechos, necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, los relativos a: la vida, la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y *el propio derecho a la dignidad personal*²¹.

21 Jurisprudencia: VI.3o.A. J/4 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su*

e) Criterio jurisprudencial de 2017, expuesto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

DIGNIDAD HUMANA. LAS PERSONAS MORALES NO GOZAN DE ESE DERECHO. Si bien el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la tutela de derechos humanos a todas las personas, lo que comprende no sólo a las físicas, consideradas en su calidad de seres humanos, sino también a las jurídicas, ello se circunscribe a los casos en que su condición de entes abstractos y ficción jurídica se los permita, ya que es evidente que no pueden gozar de la totalidad de los *derechos privativos del ser humano*, como ocurre con el *derecho a la dignidad humana*, del que derivan los diversos a la integridad física y psíquica, al honor, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y *el propio derecho a la dignidad personal*, que son inherentes al ser humano como tal²².

f) Tesis aislada de 2009, decretada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos

Gaceta, Décima Época, Libro XXIII, Tomo 3, agosto de 2013, p. 1408.

22 Jurisprudencia: 2a./J. 73/2017 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 43, Tomo II, junio de 2017, p. 669.

humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un *derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás*, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y *el propio derecho a la dignidad personal*. Además, aun cuando estos *derechos personalísimos* no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad²³.

g) Tesis aislada de 2018, enunciada por un Tribunal Colegiado de Circuito:

DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE ES LA BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE. El *principio de la dignidad humana*, previsto por el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe considerarse como un *derecho humano* a partir del cual se reconocen: la superioridad de la persona frente a las cosas, la paridad entre las personas, la individualidad del ser humano,

23 Tesis: P. LXV/2009. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de 2009, p. 8.

su libertad y autodeterminación, la garantía de su existencia material mínima, la posibilidad real y efectiva del derecho de participación en la toma de decisiones, entre otros aspectos, lo cual constituye el fundamento conceptual de la dignidad. Así, la superioridad del *derecho fundamental a la dignidad humana* se reconoce también en diversos instrumentos internacionales de los que México es Parte, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la Declaración y Programa de Acción de Viena; de ahí que deba considerarse que aquél *es la base de los demás derechos humanos* reconocidos constitucional y convencionalmente²⁴.

Luego de escuchar los salmos entonados por los jueces y juezas, nos podemos pecar de que la dignidad humana se identifica con una pluralidad de términos o expresiones semánticas, como son: origen, esencia, fin, valor supremo, precepto meramente moral, bien jurídico, principio jurídico, derecho fundamental, declaración ética, norma jurídica, interés (jurídico), derecho privativo del ser humano, propio derecho a la dignidad personal, derecho absolutamente fundamental, base (de los derechos), condición (de los derechos), derecho personalísimo, principio (de la dignidad humana), derecho humano, derecho fundamental, base de los derechos humanos, etc. Ahora, estos vocablos pueden expresar diversos significados, lo que en la práctica se traduce en un pecado capital, vale decir, un problema fundamental que se debe resolver.

24 Tesis: I.10o.A.1 CS (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 54, Tomo III, mayo de 2018, p. 2548.

VIII. Problemas en los criterios judiciales relacionados con la dignidad humana: cuestiones lingüísticas, axiológicas, lógicas, de calificación y de aplicación

Según nuestro enfoque positivista crítico, existen cinco tipos de problemas en los criterios judiciales que hacen referencia a la dignidad humana.

- a) **Problemas lingüísticos.** Los términos, palabras o expresiones lingüísticas que se emplean para definir el concepto de dignidad humana presentan vaguedad (imprecisión del significado) y ambigüedad (diversidad de significados). Dicho de otra manera, la formulación del concepto en cuestión se encuentra delicadamente afectada por la indeterminación semántica (textura abierta del lenguaje).
- b) **Problemas axiológicos.** Los términos, palabras o expresiones lingüísticas que se utilizan para definir el concepto de dignidad humana son valorativos (lenguaje ético). Esto es, presentan problemas en cuanto a la determinación de su significado cognoscitivo (cuestión epistemológica o gnoseológica) y al contenido semántico (cuestión ontológica). Además, toda concepción acerca de la dignidad o de los derechos humanos cuenta con algún fundamento *iusfilosófico* (objetivista, intersubjetivista, subjetivista, relativista, escéptico) no necesariamente compartido por cada individuo o colectivo de personas.
- c) **Problemas lógicos.** En mayor o menor grado, cada uno de los criterios judiciales define a la dignidad humana de manera coincidente (redundancia) y distinta (inconsistencia) al mismo tiempo. En otras palabras, existen soluciones concordantes y contradictorias para un mismo asunto.

- d) Problemas de calificación normativa.** Según los criterios expuestos, la dignidad humana es, al mismo tiempo y contradictoriamente, un valor, un precepto moral, una declaración ética, un principio jurídico, un derecho fundamental, una norma jurídica. En este entendido, al contar con diversas calificaciones normativas, es obvio que su fuerza normativa también variará. No es lo mismo una norma moral (autónoma) que una norma jurídica (heterónoma): una puede ser simplemente orientadora y su incumplimiento no ocasiona necesariamente una sanción jurídica, la otra, por el contrario, es vinculante y su desobediencia se asocia generalmente con una consecuencia de derecho.
- e) Problemas de aplicación.** Los criterios jurisdiccionales son obligatorios y válidos (con la salvedad de los criterios aislados, los cuales no son vinculantes, sino orientadores); pero, simultáneamente y en mayor o menor grado, redundantes e inconsistentes. A saber, las soluciones proporcionadas por las jurisprudencias en aplicación de la dignidad humana son conflictivas, debido a que no existe un criterio de decisión judicial uniforme, lo cual es paradójico, porque una de las finalidades de la jurisprudencia es la unificación de criterios jurídicos acerca de un asunto determinado.

IX. El concepto de dignidad humana:

¿Sueño y/o pesadilla?

La dignidad humana, como muchas otras fórmulas enigmáticas (justicia, paz, bien común, felicidad), constituye un **concepto de difícil definición** o, en el peor de los casos, un **concepto jurídico indeterminado**. Las personas operadoras jurídicas -legisladores, jueces, abogados- así como las teóricas, en su afán de dotar de significado cognoscitivo y contenido

semántico a dicho concepto, realizan su tarea a veces legislando, o en otros casos estableciendo criterios judiciales, aunque también teóricos, técnicos o pragmáticos. Sin embargo, esta labor parece que no es efectuada a conciencia, y si lo es, es solo a riesgo de aceptar las consecuencias benéficas y perjudiciales que ello implique. En efecto, estamos ante una fórmula (¿fantástica o fantasiosa?) que tiene el sutil defecto de estar compuesta con palabras o expresiones valorativas (¿objetivas, evidentes y verificables, o vacías, mágicas e irracionales?).

X. Dignidad jurídica: ideas iniciales para su configuración desde el derecho

Si el profesional del derecho quiere hacer frente a la temática, a nuestro modo de ver, modestamente, debe plantearse comprender y resolver algunos inconvenientes que se exponen seguidamente²⁵.

- a) La cuestión moral: política, ideológica, religiosa, metafísica. Antes que nada, se trata de un asunto difícil de honestidad, sinceridad, publicidad, claridad y responsabilidad de nuestras convicciones, criterios y actitudes metaéticas para con el otro, en la especie, respecto del juez o jueza en relación con las partes. En nuestro caso, esta cuestión la comprendemos a manera de deseo, hipótesis, preferencia o pretensión moral, es decir, en razón de que no contamos, sea por simple ignorancia o por imposibilidad terrena, con método alguno

25 Reflexiones previas de quien escribe se pueden encontrar en: “¿Una concepción mestiza o híbrida de la dignidad humana?”, *SASKAB. Revista de discusiones filosóficas desde acá*, Cuaderno 16, 2020. <http://www.idealz-institute.com/>; “El concepto jurisprudencial de dignidad humana en México. ¿Un concepto problemático?”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 34, julio-diciembre, 2020, pp. 223-234.

para su verificación o aprehensión, condiciones suficientes para postular la tan anhelada objetividad o verdad moral. Siendo así, nuestro único consuelo es la tolerancia. En el mismo sentido, el diálogo y el acuerdo -método democrático- gracias a nuestra postura metaética (escepticismo o no cognoscitivismo ético moderado), en principio, nos está vedado; después, si es posible -como repetimos- el diálogo y el acuerdo tendrían la etiqueta de la previsión, postulando fuertes convicciones, pretensiones, pero nada más que eso. Las verdades morales, puras y duras, entonces, son secretos de los dioses que aún nos está prohibido discernir.

- b) La naturaleza del criterio: al ser la dignidad un concepto complejo, inicialmente el criterio no sería exclusivamente jurídico. Sin embargo, trasladado al campo del derecho, es necesariamente jurídico.
- c) La formulación del concepto de dignidad: esto servirá para saber de qué estamos hablando, así como de qué modo lo vamos a emplear. Al respecto, consideramos que el concepto de dignidad debe dar cuenta, mínimamente, de los siguientes elementos: i) el sujeto de derecho acreedor, ii) el momento de su obtención y pérdida, iii) la condición del sujeto y los derechos atribuidos a esa situación (condición humana reconocida, explícita o implícitamente, por el orden jurídico), iv) los grados de dignidad, v) los criterios de aplicación.
- d) El sujeto de derecho acreedor de la dignidad: desde un enfoque netamente jurídico, estimamos, no existe inconveniente alguno en que no sea un criterio referido exclusivamente a la especie humana -la persona de carne y hueso-. En tal caso, se tendría que determinar por la ley o por vía de la interpretación judicial un significado genérico de lo que es y lo que comprende la especie humana, o simplemente emplear

una expresión más adecuada, con el objetivo de englobar a otros sujetos de derecho. Pienso en la naturaleza, los animales, las personas morales, las personas modificadas gracias a la biomedicina y los avances tecnológicos y, quién sabe, las máquinas operadas con inteligencia humana artificial.

- e) El momento de la obtención (humanización) y pérdida de la dignidad (deshumanización): en principio, nos remitiremos a lo que establece el ordenamiento jurídico (se me vienen a la mente, relacionados con el punto anterior, los casos del *nasciturus*, el cadáver, el apátrida o la muerte civil). No obstante, observado el asunto en referencia a la cuestión anterior, se torna más complejo. La legislación o la jurisprudencia, sin ninguna duda, lo deben determinar. Solo que para lograrlo debe existir un trabajo prejurídico, efectuado por las diversas disciplinas científicas y tecnológicas que se vieran involucradas. Obtenidos los resultados, ahora sí, vendría el trabajo del profesional jurídico.
- f) La condición del sujeto y los derechos atribuidos a esa circunstancia: se refiere a la situación fáctico-jurídica denunciada, es decir, la situación especial del sujeto en relación con el orden jurídico, con la finalidad de determinar los derechos que le han sido violados, los cuales servirán para determinar los grados de dignidad.
- g) Los grados de dignidad: esto dependerá, como se acaba de mencionar, de la condición del sujeto y de los derechos atribuidos a esa situación, lo cual servirá, en lo sucesivo, para determinar el criterio de aplicación. Por ejemplo: una persona recluida en un centro carcelario, una persona que presenta alteraciones en sus facultades mentales, un recién nacido o un paciente en estado de coma, en comparación con otras personas, las cuales se encuentran en libertad, con

pleno uso de razón, mayores de edad, conscientes y con signos vitales estables, puede entenderse, estarían disminuidas en su dignidad y, a la inversa, las segundas contarían con un mayor grado de dignidad. Ello aplicaría, desde luego, considerando al sujeto individualmente o en relación con terceros. En cualquier caso, lo imprescindible es que se cuente con un mínimo de dignidad para que sea funcional.

- h) Los criterios (metajurídicos) de aplicación: la dignidad en relación con los derechos fundamentales puede operar de manera positiva, negativa y, por lo tanto, ambivalente. Empero, esto dependerá de las razones –justificadas– que se aduzcan en cada situación, considerando, como se precisó, la condición del sujeto y los derechos atribuidos a esa circunstancia. En este entendido, empleando un enfoque más pragmático, el juez o jueza evaluará, antes, durante y después, las consecuencias de sus decisiones.

Ahora bien, en referencia a estos elementos que configuran el concepto, y para efectos metodológicos, consideramos oportuno distinguir dos momentos y aspectos.

- a) La metodología teórico-jurídica: en primer lugar, se trata del arte de teorizar. En este supuesto, los tópicos que se deben resolver, en orden, son: i) la cuestión moral o postura metaética²⁶, ii) la naturaleza del criterio, iii) la formulación del concepto de dignidad.
- b) La metodología práctico-jurídica: constituye el segundo momento, se trata del arte de juzgar. En esta hipótesis,

26 *Cfr.*, Barbarosch, Eduardo. *Teorías de la justicia y la metaética contemporánea*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2015; Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, España, 2013, pp. 351-436; Guibourg, Ricardo A. *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Colihue, Buenos Aires, 2006, pp. 97-156.

los temas que se deben resolver, en orden, son: i) el sujeto de derecho acreedor de la dignidad, ii) el momento de la obtención y pérdida de la dignidad, iii) la condición del sujeto y los derechos atribuidos a esa situación (condición humana reconocida -explícita o implícitamente- por el orden jurídico), iv) los grados de dignidad, v) los criterios de aplicación.

Una vez sumergidos en el estado del arte, no resistiendo la idea (el pecado) de poder expresar lo que entiendo por el concepto cuestionado, corriendo el riesgo, luego de avizorar la gravedad del asunto, y sin que sea el juicio final, debo confesar, como justo pecador, mis primeros arrepentimientos. La dignidad jurídica: a) como concepto sustantivo, es la condición asignada al ser humano a partir de su situación frente al orden jurídico, el cual lo faculta para exigir derechos a su favor y, asimismo, le impone la carga de cumplir con deberes y obligaciones a favor de terceros, con la finalidad de asegurar su respeto y el de sus semejantes; b) como concepto práctico, es un metacriterio ético-jurídico, referido a la situación fáctico-jurídica del sujeto, el cual se aplica en relación con sus derechos fundamentales, en forma gradual, positiva o negativamente, a consecuencia de su ambivalencia.

Las reflexiones expuestas son efectuadas con los pies en la tierra, fruto de una mente mortal. Así pues, son lanzadas al olimpo de los *dioses-humanos* para que, en su quehacer diario, descendidos de los cielos al infierno, si es posible, las recojan y juzguen conforme al vivo fuego de su intelecto. Sin olvidar, so pena de poner en riesgo su salvación ante el *Supremo*, que en la génesis de la confección cuasidivina, *el Derecho*, como obra del ser humano es, a su imagen y semejanza, imperfecto, pero perfectible.

Diálogo Judicial Institucional: El Protocolo N.º 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos y la posibilidad de plantear opiniones consultivas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Haideer Miranda Bonilla**

1. Introducción

La dimensión convencional europea se caracteriza por la relación entre la jurisdicción nacional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, Corte o Tribunal EDH) a quien le corresponde determinar las posibles violaciones al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las

* Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. Aprobó su tesis doctoral con mención de *sobresaliente cum laude* Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Máster en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional y Especialista en Estudios Internacionales por la Universidad de Trento, Italia. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Asesor del Despacho de la Presidencia del Poder Judicial. Profesor de Derecho Constitucional y coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

** Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora.

Libertades Fundamentales (1950) -en adelante, Convención Europea de Derechos Humanos, Convención Europea o CEDH-cometidas por parte de un Estado miembro del Consejo de Europa.

En la experiencia convencional europea existen temáticas de gran actualidad, tales como el rango o jerarquía que se le concede a la Convención Europea de Derechos Humanos en el derecho interno; la referencia por parte de las cortes o tribunales constitucionales a la jurisprudencia del Tribunal EDH y viceversa; la obligación de la interpretación conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos por parte del juez nacional; la doctrina del margen de apreciación nacional, regla jurisprudencial creada por la jurisdicción convencional europea que valoriza la discrecionalidad de los Estados cuando no existe un consenso común en derechos humanos, así como lo relacionado con las sentencias piloto cuando existen violaciones estructurales de derecho; el procedimiento de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo y, *más recientemente*, la posibilidad de las “altas jurisdicciones estatales” de solicitar al Tribunal EDH opiniones consultivas relativas a la aplicación e interpretación de la Convención Europea, lo cual puede ser caracterizado como un “reenvío de convencionalidad”, es decir, un mecanismo de “diálogo judicial institucional”¹.

El presente estudio se propone analizar los aspectos más importantes que supone la entrada en vigor del Protocolo n.º 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual permite a las “altas jurisdicciones” de los Estados parte plantear opiniones consultivas al Tribunal EDH y, por ende, formaliza un

1 En relación con el diálogo judicial institucional, se puede consultar: Miranda Bonilla, Haideer. “Diálogo judicial interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad”, *Colección de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional*, N.º 17, Nueva Jurídica, Bogotá, 2016.

instrumento de “diálogo judicial institucional”. En este sentido, se analizarán los sujetos legitimados para presentar este tipo de opiniones, el objeto, el procedimiento, los efectos de la decisión, así como la primera resolución que se dictó.

2. Los antecedentes de las opiniones consultivas y la Conferencia de Brighton sobre el Futuro de la Corte Europea de Derechos Humanos (2012)

La Conferencia de alto nivel que se reunió en Brighton el 19 y 20 de abril de 2012, a raíz de la iniciativa de Inglaterra, quien ostentaba la Presidencia del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, planteó importantes propuestas de modificación en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. A esta conferencia le preceden la Declaración de Interlaken (2010) y la de Izmir (2011).

En la Declaración de Brighton se reiteró el deber de los Estados parte de dar actuación a la Convención Europea de Derechos Humanos a través de la existencia de recursos eficaces. En particular, la obligación de los jueces nacionales de tener en cuenta la Convención Europea y la jurisprudencia convencional permitiría reducir el número de violaciones y, por consiguiente, de recursos presentados ante el Tribunal EDH. En referencia a la interacción entre la Corte EDH y las autoridades nacionales, en el punto número 11 reitera que los Estados parte tienen un margen de apreciación en el modo de aplicar y dar actuación a la Convención, según las circunstancias del caso y los derechos y libertades en juego. Ello refirma el carácter **subsidiario** de la Convención Europea respecto a la tutela de los derechos humanos a nivel nacional, y que las autoridades nacionales se encuentran en línea de principio en una mejor posición para evaluar las exigencias y las condiciones locales. El margen de apreciación va de la mano con la supervisión, de conformidad con el sistema

de la convención. A este propósito, el rol de la Corte EDH es el de verificar si las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales son compatibles con la Convención Europea, tomando en cuenta el margen de apreciación del Estado.

Una de las grandes novedades que plantea la declaración es la introducción de la opinión consultiva, la cual puede ser catalogada, en mi criterio, como un verdadero “reenvío de convencionalidad”. En este sentido, el artículo 12, punto d) de la declaración afirma que la interacción entre la Corte EDH y las autoridades nacionales se podría reforzar con la introducción de un ulterior poder de la Corte EDH, a partir del cual los Estados parte tendrían la facultad de solicitarle que emita opiniones consultivas relativas a la interpretación de la Convención EDH, en el contexto de una causa específica a nivel nacional. De manera que el Comité de Ministros encargó al Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH) la redacción de un texto de protocolo de reforma a la Convención Europea.

3. El Protocolo n.º 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos y la posibilidad de plantear opiniones consultivas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Protocolo n.º 16 fue aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de octubre de 2013, y sometido a ratificación por los países que han suscrito la Convención Europea. Entró en vigor el 11 de agosto de 2018 cuando fue ratificado por Albania, Armenia, Estonia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino y Ucrania.

Este instrumento normativo crea un novedoso procedimiento, que permite a las “altas jurisdicciones nacionales” solicitar al Tribunal EDH opiniones consultivas relativas a la aplicación e interpretación de la Convención Europea de Derechos Humanos, motivo por el cual puede ser caracterizado como un “reenvío de convencionalidad”, pues pretende reforzar el diálogo judicial entre la jurisdicción convencional y los tribunales nacionales, a través de un instrumento normativo institucional².

En este sentido, Deam Spielmann, Expresidente de la Corte Europea de Derechos Humanos, lo caracteriza como el “protocolo del diálogo”³, pues es un instrumento que desarrollará un diálogo o interacción entre la jurisdicción convencional y las cortes nacionales, desde la óptica de una siempre mayor implementación de la Convención Europea, de acuerdo con los principios de **subsidiariedad** y **complementariedad**. No obstante las numerosas diferencias, este instrumento ha sido plasmado mirando a la cuestión o reenvío prejudicial que los jueces nacionales pueden plantear ante la Corte de Justicia de

-
- 2 Sobre esta temática se puede consultar: Conti, Roberto. *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle alte corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, 2014, disponible en <http://www.giurcost.org/studi/conti2.pdf>; López Guerra, Luis. “Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, N.º 49, enero-marzo, 2014; Rivera, Ilaria. “Il protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di ‘rinvio convenzionale’ alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall’adozione”, *Studi sull’integrazione europea*, N.º 2-3, 2016, pp. 455-474; Romboli, Silvia. “El Protocolo n. 16 al CEDH: ¿refuerzo u obstáculo al ya complicado ‘diálogo entre tribunales’ para la protección de los derechos?”, *Revista Advocacia Pública Federal*, Vol. 3, 2019, disponible en <https://seer.anafenacional.org.br/index.php/revista>
 - 3 Discurso de Dean Spielmann, Expresidente de la Corte EDH, en la 123 sesión del Comité de Ministros, el 16 de mayo de 2013. El texto del discurso se puede consultar en el sitio web del Tribunal Europeo: www.echr.coe.int

la Unión Europea (UE), órgano definido por esta razón como el “hermano mayor”⁴.

El instrumento es similar a las opiniones consultivas que puede plantear ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) cualquier Estado parte u órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA), acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. También, a solicitud de cualquier Estado miembro de la OEA, la Corte IDH puede emitir una opinión en relación con la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y el parámetro de convencionalidad⁵.

En el Sistema Europeo de Protección la opinión consultiva puede ser solicitada por un juez nacional, cuando en la tramitación de un proceso judicial tiene dudas en relación con la aplicación e interpretación de un derecho reconocido en la Convención Europea o en alguno de los protocolos. Se trata de una competencia diferente de la tramitación de un caso en la jurisdicción contenciosa, en el que se cuestiona la responsabilidad internacional del Estado, pues pretende “*chiarire le disposizioni della Convenzione e la giurisprudenza della Corte, fornendo in questo modo ulteriore attività di indirizzo al fine di aiutare gli Stati parte ad evitare future violazioni*”⁶.

En este sentido, con la introducción de la opinión consultiva se ha querido “*creare un percorso di confronto immediato, seppur nell’ambito di un giudizio pendente, di modo da contribuire a rafforzare l’uniforme applicazione ed interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo attraverso la lettura*

4 Conti, Roberto. *La richiesta di “parere consultivo”...*

5 Miranda Bonilla, Haideer. “Diálogo Judicial Interamericano...”.

6 Rivera, Ilaria. “Il protocollo n. 16 Cedu...” , p.5.

combinata formulata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalle autorità giurisdizionali nazionali"⁷.

Al Tribunal Europeo de Derechos Humanos se le asignó una nueva competencia que lo acercaría a las cortes o tribunales constitucionales nacionales, por lo menos en lo que concierne a aquellas funciones desarrolladas a través de las tipologías de decisiones que, sin declarar necesariamente la inconstitucionalidad de la norma enjuiciada, proporcionan un principio (más o menos general y genérico, según la circunstancia) al que la actividad del legislador y del juez tiene que atenerse⁸.

En efecto, se ha subrayado la trascendencia de la articulación de un diálogo directo entre los jueces nacionales y el Tribunal de Estrasburgo, con efectos favorables desde diversas perspectivas, y de manera distinta respecto de lo que en muchas ocasiones ha sucedido utilizando la prejudicial constitucional y aquella europea. Fundamentalmente, destaca la eventual reducción del contencioso ante el Tribunal Europeo, gracias a la superación de las dificultades que acarrea para los jueces nacionales obtener principios y reglas generales de una jurisprudencia casuística y, la mayoría de las veces, sujeta al supuesto concreto. De esta manera se favorece, por un lado, una mayor difusión de la cultura y de los contenidos del Convenio y, por otro, que la tutela de los derechos contenidos en este se cumpla principalmente a nivel local, convirtiéndose en excepcional el recurso ante la Corte de Estrasburgo⁹. No obstante, lo anterior dependerá claramente de la aplicación práctica que tendrán las opiniones consultivas por parte de los sujetos legitimados, y de la jerarquía de la Convención Europea en el sistema de fuentes internas.

7 *Ibidem*, p. 10.

8 Romboli, Silvia. "El Protocolo n. 16 al CEDH...".

9 *Ibidem*.

3.1. Los sujetos legitimados: “las altas jurisdicciones” de los Estados

El artículo 1.1 del Protocolo n.º 16 señala: “Los órganos jurisdiccionales de mayor rango de una Alta Parte Contratante, de acuerdo con lo especificado en el artículo 10, podrán solicitar al Tribunal que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos”.

En este sentido, serán los Estados quienes determinarán “las altas jurisdicciones” legitimadas para presentar la opinión consultiva. Cabe suponer, en todo caso, que los Estados que ratifiquen el Protocolo reservarán esa posibilidad a sus tribunales supremos o constitucionales o a aquellos órganos jurisdiccionales que, aunque sean de nivel inferior a esos tribunales, revistan sin embargo especial importancia, al ser “los más altos” órganos jurisdiccionales para cierta categoría de asuntos¹⁰. En relación con esa discrecionalidad, un sector de la doctrina italiana plantea la posibilidad de que se establezcan límites a dicha discrecionalidad y se ejerzan unos controles “desde el exterior”, por ejemplo, en los casos en los que se adviertan abusos o instrumentalizaciones, como la exclusión de las cortes o tribunales constitucionales¹¹.

Es fundamental que dentro de la noción de jurisdicciones supremas se incluya a las cortes o tribunales constitucionales, pues son actores privilegiados del diálogo judicial en derechos humanos. Por otra parte, la limitación a los “más altos tribunales” de los Estados busca, sin duda, evitar una “proliferación de peticiones” que podría llevar a complicar el sistema de tutela de la Convención Europea¹². De esta forma, las únicas

10 López Guerra, Luis. “Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16...”.

11 Rivera, Ilaria. “Il protocollo n. 16 Cedu...”.

12 López Guerra, Luis. “Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16...”.

posibilidades para los órganos judiciales “inferiores” serían, por un lado, esperar que a través del sistema de recursos la más alta jurisdicción se demuestre sensible ante la misma duda, o, por otro lado, plantear al juez constitucional una cuestión de constitucionalidad y solicitarle la petición de opinión consultiva al Tribunal EDH, creando una suerte de vínculo virtuoso entre la prejudicial constitucional y la europea¹³.

La solicitud de opinión consultiva la pueden presentar las “altas jurisdicciones” que hayan sido elegidas como sujetos legitimados en el momento de la ratificación por parte de los Estados, lo cual conlleva que tengan un carácter facultativo y no obligatorio, pudiendo incluso la autoridad judicial renunciar en cualquier momento a la petición. Las razones de esta decisión, que diferencia la cuestión prejudicial europea de aquellas constitucional y eurounitaria, según algunos comentaristas, se encuentran en la distinta tipología de las normas objeto de estos instrumentos. En el caso del Derecho de la Unión Europea, por ejemplo, se trata de una regulación muy específica que necesita una interpretación uniforme para todos los Estados miembros; las normas del Convenio Europeo, mientras tanto, se caracterizan por un contenido más amplio e imponen, en la mayoría de los casos, obligaciones sobre el “resultado”, y no buscar una solución igual para todos¹⁴.

Por su parte, el artículo 1.2 del Protocolo señala que: “el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud únicamente podrá pedir una opinión consultiva en el marco de un asunto del que esté conociendo”. En este sentido, es un requisito fundamental que la norma que se considera inconvencional deba ser aplicada en la resolución del caso concreto que está en

13 Romboli, Silvia. “El Protocolo n. 16 al CEDH...”.

14 *Ibidem*.

manos de la autoridad judicial, pues de no ser así no se encuentra facultada para solicitar la opinión.

3.2. El objeto

La solicitud de opinión consultiva la puede plantear una de las jurisdicciones supremas cuando, en la resolución de un caso concreto, tiene dudas acerca de la interpretación o aplicación de un derecho o libertad reconocido en la Convención Europea de Derechos Humanos o en sus protocolos, es decir, en el “parámetro de convencionalidad”. Por su parte, el artículo 1.3 del Protocolo determina: “El órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud deberá motivar su petición y proporcionar los elementos jurídicos y fácticos pertinentes del asunto del que esté conociendo”. Ello evidencia el “carácter incidental” de este tipo de competencia, pues el juez *a quo* no solo debe fundamentar la solicitud, sino también suspender la tramitación del proceso judicial a nivel nacional hasta que la jurisdicción convencional europea se pronuncie.

3.3. El procedimiento

El artículo 2 del Protocolo determina:

1. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala se pronunciará sobre la aceptación de la solicitud de opinión consultiva, a tenor de lo estipulado en el artículo 1. El colegio motivará toda negativa a aceptar la solicitud.
2. Si el colegio acepta la solicitud, la Gran Sala emitirá la opinión consultiva.
3. El juez elegido por la Alta Parte Contratante de la que dependa el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud será

miembro de pleno derecho del colegio y de la Gran Sala previstos en los párrafos anteriores. En su ausencia, o cuando no esté en condiciones de intervenir, actuará en calidad de juez una persona designada por el Presidente del Tribunal a partir de una lista presentada previamente por dicha Parte Contratante.

En este sentido, el rechazo de la solicitud de opinión consultiva deberá estar motivado. En el supuesto de que la solicitud sea admitida, será resuelta por la Gran Sala del Tribunal EDH, compuesta por dieciocho jueces. En el procedimiento es de gran importancia lo dispuesto en el artículo 3, el cual determina: “el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y la Alta Parte Contratante de la que dependa el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud tendrán derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias. El Presidente del Tribunal podrá igualmente, en interés de una buena administración de justicia, invitar a cualquier otra Alta Parte Contratante o persona a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias”.

Las opiniones consultivas, de conformidad con el artículo 4 del Protocolo, contendrán una resolución motivada, pudiendo los jueces emitir notas o votos particulares. La resolución será comunicada al órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud y al Estado que representa. Además, las opiniones consultivas serán publicadas.

3.4. Los efectos de la decisión

El artículo 5 del Protocolo determina que las opiniones consultivas no serán vinculantes. En la guía explicativa del Protocolo se afirma que las opiniones se insertan en un

contexto de diálogo entre el Tribunal EDH y las autoridades jurisdiccionales nacionales, y que “el órgano remitente decide sobre los efectos de la opinión consultiva en el procedimiento nacional”¹⁵. Asimismo, si bien las opiniones no surtirán efectos en los eventuales recursos de apelación sucesivos, sí formarán parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, junto con las sentencias y las decisiones. Así, la interpretación de la Convención Europea y de sus protocolos, contenida en dichas opiniones consultivas, tendrá los mismos efectos que los principios interpretativos establecidos por el Tribunal en las sentencias y en las decisiones.

La interpretación, conforme provenga de Estrasburgo, no puede llegar a tener los efectos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es decir, no podrá claramente consentir al juez nacional inaplicar, con fundamento en una opinión consultiva, el derecho interno. No obstante, la lectura proporcionada por el Tribunal Europeo podrá, sin duda, orientar una interpretación del juez ordinario de acuerdo con el Convenio, o inducirlo a plantear una cuestión de constitucionalidad ante el órgano constitucional, denunciando la violación de las obligaciones internacionales¹⁶.

4. La primera opinión consultiva: la resolución de la *Grand Chamber* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del 10 de abril de 2019

Con fecha 10 de abril de 2019, la *Grand Chamber* del Tribunal EDH emitió su primera opinión consultiva, planteada por la *Cour*

15 El texto integral puede ser consultado en https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf

16 Romboli, Silvia. “El Protocolo n. 16 al CEDH...”.

*de Cassation*¹⁷ francesa, en relación con el reconocimiento en el derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente¹⁸. En la resolución se analizó si la negativa de la República francesa de inscribir a dos niñas gemelas como hijas del matrimonio Mennesson, nacidas como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada celebrado en el estado de California de los Estados Unidos de América, utilizando gametos del Sr. Mennesson y óvulos donados, configuraba una violación a los derechos humanos protegidos por la Convención Europea. Las temáticas planteadas en el reenvío de convencionalidad se referían al interés superior de la persona menor de edad, así como al margen de apreciación nacional en el reconocimiento de ese tipo de relaciones filiales.

La solicitud de opinión consultiva planteó las siguientes interrogantes: 1. Al negarse a transcribir el estado civil que surge del certificado de nacimiento de un niño de una madre sustituta nacido en el extranjero, que se refiere a la madre intencional como la madre legal, mientras que la transcripción ha sido aceptada respecto del padre intencional cuando es el padre biológico del niño, ¿un Estado parte excede su margen de apreciación según el art. 8 de la CEDH? En este sentido, ¿es necesario distinguir si el niño está concebido o no con los gametos de la madre de intención? 2. Si la respuesta a una de las dos preguntas anteriores

17 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Grand Chamber. Opinión Consultiva “*Concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*” planteada por la Corte de Casación Francesa. Resolución del 10 de abril de 2019. El texto integral puede ser consultado en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%3A%5B%5B%22003-6380464-8364383%22%5D%5D%7D>

18 Se entiende por padre o madre comitente a aquellas personas que, como resultado de su deseo de ser madres o padres, comisionan la gestión de un futuro hijo o hija a una gestante subrogada.

es afirmativa, ¿la posibilidad de que la madre de intención adopte al hijo biológico de su esposo, que para ella constituye un medio de establecer una familia, cumple con los requisitos del art. 8 de la Convención Europea?

En la resolución el Tribunal EDH resalta que la opinión consultiva busca reforzar la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos, de conformidad con el principio de subsidiariedad, es decir, permitiendo a los tribunales nacionales designados solicitar al Tribunal EDH que emita una opinión sobre cuestiones de principio relacionadas con la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en la Convención o en sus protocolos, en el contexto de un caso pendiente ante ellos -sin perjuicio de que estos lineamientos sirvan también para casos similares-, pero que corresponde al tribunal que solicita la opinión resolver el caso. En este sentido, indicó:

25. The Court has no jurisdiction either to assess the facts of a case or to evaluate the merits of the parties' views on the interpretation of domestic law in the light of Convention law, or to rule on the outcome of the proceedings. Its role is limited to furnishing an opinion in relation to the questions submitted to it. It is for the requesting court or tribunal to resolve the issues raised by the case and to draw, as appropriate, the conclusions which flow from the opinion delivered by the Court for the provisions of national law invoked in the case and for the outcome of the case.

Por otro lado, los jueces europeos realizaron previamente un estudio de derecho comparado entre los Estados parte de la Convención Europea, sin incluir a Francia, el cual demostró que en nueve países se permiten los acuerdos de gestación subrogada, en otros diez aparentemente se toleran, y en los veinticuatro restantes están prohibidos, explícita o implícitamente. Al respecto, se señaló:

24. The procedure for establishing or recognising a legal parent-child relationship between children born through a surrogacy arrangement and the intended parents varies from one State to another, and several different procedures may be available within a single State. The avenues available include registration of the foreign birth certificate, adoption or court proceedings not involving adoption. In particular, registration of the foreign birth certificate is possible in sixteen of the nineteen member States surveyed in which surrogacy arrangements are tolerated or permitted (Albania, Andorra, Armenia, Azerbaijan, Belgium, Georgia, Greece, Moldova, the Netherlands, the Republic of North Macedonia, Poland, Portugal, Romania, Russia, Ukraine and the United Kingdom) and in seven of the twenty-four States which prohibit such arrangements (Austria, Finland, Germany, Iceland, Malta, Norway and Turkey), at least in so far as the certificate designates an intended parent with a genetic link to the child. It is possible to have a legal parent-child relationship established or recognised by means of court proceedings not involving adoption in the nineteen States which permit or tolerate surrogacy arrangements and in nine of the twenty-four States which prohibit them. Meanwhile, adoption is possible in five of the States which permit or tolerate surrogacy arrangements (Albania, Belgium, the Czech Republic, the Netherlands and Portugal) and in twelve of the twenty-four States which prohibit them (Bulgaria, Croatia, Estonia, Finland, Germany, Iceland, Luxembourg, Norway, Slovenia, Spain, Sweden and Turkey), particularly in respect of parents who are not genetically related to the child.

Lo anterior evidencia que el procedimiento para establecer o reconocer una relación jurídica paterno-filial entre los niños y niñas nacidos por gestación subrogada y los padres y madres comitentes varía de un Estado a otro.

En relación con las cuestiones de fondo que le fueron planteadas, el tribunal afirmó que el derecho del niño al respeto de la vida privada, reconocido en el artículo 8 de la Convención Europea, y el principio del interés superior del menor exigen que la legislación nacional ofrezca la posibilidad de reconocer una relación legal entre padres e hijos con la madre comitente, legalmente designada en el certificado de nacimiento establecido en el extranjero como la madre legal. En tal sentido, determinó:

46. In sum, given the requirements of the child's best interests and the reduced margin of appreciation, the Court is of the opinion that, in a situation such as that referred to by the Court of Cassation in its questions (see paragraphs 9 and 32 above) and as delimited by the Court in paragraph 36 above, the right to respect for private life, within the meaning of Article 8 of the Convention, of a child born abroad through a gestational surrogacy arrangement requires that domestic law provide a possibility of recognition of a legal parent-child relationship with the intended mother, designated in the birth certificate legally established abroad as the "legal mother". 47. Although the domestic proceedings do not concern the case of a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and conceived using the eggs of the intended mother, the Court considers it important to emphasise that, where the situation is otherwise similar to that in issue in the present proceedings, the need to provide a possibility of recognition of the legal relationship between the child and the intended mother applies with even greater force in such a case.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, señaló:

53. The child's best interests, thus construed, cannot be taken to mean that recognition of the legal parent-child relationship between the child and the intended mother, required in

order to secure the child's right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention, entails an obligation for States to register the details of the foreign birth certificate in so far as it designates the intended mother as the legal mother. Depending on the circumstances of each case, other means may also serve those best interests in a suitable manner, including adoption, which, with regard to the recognition of that relationship, produces similar effects to registration of the foreign birth details. 54. What is important is that at the latest when, according to the assessment of the circumstances of each case, the relationship between the child and the intended mother has become a practical reality (see paragraph 52 above), an effective mechanism should exist enabling that relationship to be recognised. Adoption may satisfy this requirement provided that the conditions which govern it are appropriate and the procedure enables a decision to be taken rapidly, so that the child is not kept for a lengthy period in a position of legal uncertainty as regards the relationship. It is selfevident that these conditions must include an assessment by the courts of the child's best interests in the light of the circumstances of the case. 55. In sum, given the margin of appreciation available to States as regards the choice of means, alternatives to registration, notably adoption by the intended mother, may be acceptable in so far as the procedure laid down by domestic law ensures that they can be implemented promptly and effectively, in accordance with the child's best interests.

En este sentido, el interés superior del menor de edad y el respeto de la vida privada no requieren que dicho reconocimiento tome la forma de inscripción de los detalles del certificado de nacimiento, legalmente establecido en el extranjero, en el registro de nacimientos, matrimonios y fallecimientos, pues se pueden utilizar

otros medios, como la adopción del niño por la madre, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que se pueda aplicar con rapidez y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño.

5. Las opiniones consultivas refuerzan el diálogo judicial entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las jurisdicciones nacionales

En el ámbito de la tutela multinivel de los derechos fundamentales se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar un círculo virtuoso de recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento entre los ordenamientos nacionales y supranacionales, susceptible de producir éxitos de gran relevancia, tanto dogmáticamente como en la práctica¹⁹.

El diálogo vertical en derechos humanos es aquel llevado a cabo entre jurisdicciones con diferente jerarquía, es decir, aquel que se presenta, por ejemplo, en la interacción entre el Tribunal EDH y las jurisdicciones nacionales, pudiendo ser descendente «*top down*» o ascendente «*bottom up*»²⁰. El *judicial dialogue* se refuerza no solo con la citación recíproca de jurisprudencia extranjera, sino con instrumentos como el control de convencionalidad, la técnica de la interpretación conforme, la cuestión o reenvío prejudicial en el ámbito del derecho comunitario y, más recientemente, con las opiniones consultivas que pueden ser planteadas por las jurisdicciones supremas ante el Tribunal EDH.

19 Miranda Bonilla, Haideer. “Diálogo Judicial Interamericano...”.

20 Miranda Bonilla, Haideer. “Diálogo judicial interamericano en derechos humanos”, *Rivista di Diritto Comparato*, N.º 1, 2017, disponible en <http://www.diritticomparati.it/rivista>

En este sentido, las opiniones consultivas se convierten prácticamente en un “reenvío de convencionalidad”, y constituyen un instrumento institucional útil que fortalecerá el diálogo judicial en derechos humanos en el espacio convencional europeo. Es fundamental que en la noción de “jurisdicciones supremas” los Estados parte incluyan a las cortes o tribunales constitucionales como actores privilegiados de este diálogo, en cuanto estos deben actuar como “mediadores”, pues de algún modo son los obligados, junto con los legisladores nacionales, a imponer las doctrinas supranacionales en materia de derechos humanos a las demás autoridades domésticas²¹. A ello se debe agregar que esta interacción no es unidireccional, pues el Tribunal EDH se nutre también de jurisprudencia de órganos de justicia constitucional en su actividad jurisdiccional.

Por otra parte, el carácter facultativo de su presentación, así como los efectos no vinculantes de la resolución que emite el Tribunal EDH, son aspectos que deberían ser modificados, lo cual vendría a fortalecer el principio de subsidiariedad y, por consiguiente, que los criterios interpretativos de la jurisdicción de Estrasburgo sean respetados. Las opiniones consultivas en el ámbito de los derechos humanos tienen la característica de que si las autoridades nacionales respetan sus criterios interpretativos, llevan a cabo un control de convencionalidad preventivo, lo cual genera que no se vea expuesta la responsabilidad internacional del Estado en el futuro.

6. Conclusiones

El diálogo judicial y la tutela multinivel de los derechos fundamentales en Europa plantea temas de gran actualidad

21 Canosa Usera, Raúl y otros (eds.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Thomson Reuters, Madrid, 2012.

e interés. En particular, en el derecho convencional europeo el Protocolo n.º 16, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de octubre de 2013, y que recientemente entró en vigor, creó un nuevo procedimiento de diálogo judicial institucional. Este permite a las jurisdicciones supremas solicitar opiniones consultivas al Tribunal Europeo referentes a la aplicación e interpretación de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Ello puede ser caracterizado como la introducción de una “cuestión o reenvío de convencionalidad”, que si bien a corto plazo no reducirá la excesiva carga de trabajo del Tribunal EDH, sí tendrá un efecto preventivo, pues reafirmará su rol de intérprete auténtico del texto de la Convención Europea de Derechos Humanos. Esto, sin lugar a dudas, permitirá a la autoridad nacional tener la certeza de qué interpretación llevar a cabo cuando existan tesis diferentes, o incluso contradictorias, en la jurisprudencia convencional. Por este motivo, favorecería el diálogo judicial, la certeza del derecho y la uniformidad de los criterios interpretativos en materia de derechos humanos. La introducción de un instrumento a través del cual la Corte de Estrasburgo pueda aclarar la interpretación del contenido de la CEDH, en un diálogo directo con las altas jurisdicciones nacionales, no puede más que recibirse con entusiasmo²².

En este sentido, si bien el carácter facultativo de su presentación, así como los efectos no vinculantes de la resolución que emite el Tribunal EDH son aspectos que deberían ser modificados, la creación de este mecanismo institucional con certeza incentivará el diálogo judicial en la protección de los derechos humanos.

22 Romboli, Silvia. “El Protocolo n. 16 al CEDH...”.

Por su parte, en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos debería analizarse la importancia de modificar el artículo 64 de la Convención Americana, a efectos de ampliar los sujetos legitimados para presentar una opinión consultiva, de manera que se permita esa posibilidad a los tribunales constitucionales o cortes supremas, como actores privilegiados del diálogo judicial interamericano. Ello fortalecería el control difuso de convencionalidad y, por ende, el patrimonio constitucional latinoamericano en el ámbito de los derechos humanos.

El control de convencionalidad: un remedio difícil de aplicar

*Lautaro Ezequiel Pittier**

“La educación es el arma más poderosa para cambiar el mundo”.

Nelson Mandela

I. Introducción

El gran maestro Germán Bidart Campos (1990) señalaba que “de las normas a la realidad, hay una distancia semejante a la que existe entre el remedio en la estantería de la farmacia y el remedio aplicado al cuerpo del enfermo”¹ y, en efecto, remedios como el control de convencionalidad han sido creados para intentar curar el daño al tejido de los derechos humanos erigidos por los Estados con el fin de frenar el ejercicio abusivo del poder, asegurando el resguardo de la dignidad humana.

* Abogado. Profesor universitario en Ciencias Jurídicas. Director de Asuntos Jurídicos, Facultad de Derecho, UNLZ. Docente adjunto de Derechos Humanos y de Derecho Constitucional Argentino, Facultad de Derecho, UNLZ. Docente asociado en la ECAE y docente y asesor de la Escuela de Abogacía de la Asesoría de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Director del Instituto de Derechos Humanos del CALZ. Codirector de investigación Lomas CyT “El Control de Convencionalidad en la Argentina y su relación con el principio internacional de progresividad de los derechos humanos”.

1 Bidart Campos, Germán. *La realidad, las normas y las formas jurídicas*. 1990, p. 680.

Sin embargo, como se planteará a continuación, con base en un trabajo cualitativo y cuantitativo² fundado en la investigación llevada adelante por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, en el marco del Lomas CyT³, no solo puede advertirse la falta de aplicación de esta herramienta o remedio jurídico internacional, también es evidente que su falta de conocimiento debe indicar una alerta a quienes trabajamos por una educación por y para los derechos humanos.

II. El conocimiento y desconocimiento del control de convencionalidad

El término “control de convencionalidad” fue mencionado por primera vez en el caso *Myrna Mack Chang*, en el año 2003⁴, mediante el voto razonado del juez Sergio García Ramírez. Esto no quiere decir que solo a partir del citado asunto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) haya ejercido la potestad que el término implica. Al contrario, desde siempre el cuerpo ha hecho una comparación entre los esquemas jurídicos en tensión, destacando, por supuesto desde su óptica, la prioridad de la regla supranacional/convencional

-
- 2 Relevamiento de jurisprudencia, doctrina y encuestas a personas funcionarias de los tres poderes del Estado argentino en sus distintos niveles (nacional, provincial y municipal).
 - 3 Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Lomas CyT. El control de convencionalidad en la Argentina y su relación con el principio internacional de progresividad de los derechos humanos -*Análisis del desarrollo del control de convencionalidad local e internacional- Expediente 260.719/19 Código LOMASCYT IV FD 77*, investigación dirigida por Lautaro Pittier y Ricardo Germán Rincón.
 - 4 Corte IDH, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, N.º 101, voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

sobre el derecho interno de cada Estado. El control de convencionalidad⁵ consiste en que los jueces y juezas deben establecer, en los casos concretos sometidos a su jurisdicción, si un acto o una normativa de derecho interno resulta incompatible con lo que la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) y los estándares interpretativos de la Corte IDH⁶ han acuñado al respecto, en aras de la obligación de tutela de los derechos fundamentales asumida por los Estados signatarios. En consecuencia, dispone la reforma o la abrogación, según corresponda, de dicha práctica o norma incompatible con la CADH, con miras a la protección de los derechos humanos⁷.

Como sabemos, el control de convencionalidad ideado por Sergio García Ramírez⁸ no implica ninguna obligación adicional para los Estados, más allá de cumplir con sus obligaciones internacionales y con la interpretación que de estas haga la Corte IDH. En efecto, no se trata más que de la interpretación del derecho con base en tratados internacionales.

5 Cfr. Gozaíni, Osvaldo. “El impacto de la jurisprudencia del Sistema Interamericano en el derecho interno”, en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*. Buenos Aires, Ediar, 2008, pp. 81-112.

6 Cfr. Freedman, Diego. “La moral en la desgracia. Algunas reflexiones sobre los estándares internacionales de derechos humanos aplicables a la realidad carcelaria”, en Pastor, Daniel (dir.) y Guzmán, Nicolás (coord.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

7 Para más detalle ver: Pittier, Lautaro Ezequiel. “Lecciones de Derechos Humanos”, en Adelina Loiano (coord.), *Lecciones de Derechos Humanos*. Erreius, p. 173. <https://ebooks.errepar.com/reader/lecciones-de-derechos-humanos?location=275>

8 La terminología utilizada **-control de convencionalidad-** fue mencionada por primera vez en el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, en el año 2003, a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C N.º 101. Pero la Corte IDH recién lo conceptualizó en 2006, con el caso Almoracid Arellano vs. Chile, y la Corte Suprema de Justicia Argentina lo utilizó en el fallo Mazzeo, en 2007.

Así, el control de convencionalidad consiste en un mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado se ajusta a las normas, principios y obligaciones de la CADH, principalmente, instrumento en el cual la Corte IDH funda su competencia contenciosa.

Podemos precisar algunas cuestiones relacionadas con el control de convencionalidad acerca de las cuales no existe discusión:

- Equivale, en su ámbito, al control de constitucionalidad que ejercen los tribunales constitucionales (o todos los tribunales en control difuso).
- Cualquier autoridad interna está obligada a aplicar, *ex officio*, las disposiciones de orden internacional y a ejercer el control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH.
- El control de convencionalidad se debe extender a las demás convenciones interamericanas de derechos humanos que fundamenten la competencia de la Corte IDH y que establezcan obligaciones para el Estado.
- Los Estados deben cumplir con la jurisprudencia de la Corte IDH.
- La evolución conceptual del control de convencionalidad determinó que deben ejercerlo: 1. el Poder Judicial (caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006); 2. órganos del Poder Judicial y control de oficio (caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, 2008); 3. jueces y órganos vinculados con la administración de justicia en todos los niveles (caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 2008); 4. cualquier autoridad pública, y no solo el Poder Judicial (caso Gelman vs. Uruguay, 2011).

- Dentro de este esquema, los jueces, juezas y órganos nacionales deben salvaguardar no solo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió.

A pesar de existir claridad acerca de quiénes deben aplicarlo, tanto en su concepto como en su desarrollo evolutivo, la investigación Lomas CyT advierte un gran desconocimiento de esta herramienta en relación con su contenido, aplicación y personas encargadas de aplicarla en el Estado Federal de Argentina.

El equipo de investigación realizó encuestas con los sujetos obligados a ejercer el control de convencionalidad. Se encuestaron personas funcionarias públicas de los tres poderes del Estado, en el orden federal, provincial y municipal. Además, se realizó un relevamiento de la jurisprudencia nacional y provincial en la que se aplicó el control de convencionalidad.

Es dable señalar que a pesar de que las personas funcionarias participaron en la encuesta de forma anónima, sin que se revelara en ningún caso su identidad, se detectó en los tres poderes cierta resistencia a realizarla, principalmente en la provincia de Buenos Aires y en la Ciudad Autónoma.

Dado que el trabajo se desarrolló en el contexto de la pandemia de COVID-19, las encuestas se efectuaron de forma electrónica, utilizando correo electrónico, *whatsapp* e, incluso, redes sociales, entre el 27 de agosto y el 18 de septiembre de 2020. El mecanismo seleccionado originalmente proyectaba contemplar la combinación de encuestas digitales y presenciales, pero el aislamiento social preventivo (ASPO), dispuesto a raíz de

la pandemia, determinó que solo utilizáramos el instrumento de la encuesta electrónica⁹.

En efecto, el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró al brote del nuevo coronavirus (COVID-19) como una pandemia y, debido a ello, nuestro país amplió la situación de emergencia sanitaria, brindándole al Ministerio de Salud la facultad para tomar todas las medidas necesarias a fin de minimizar el contagio y fortalecer la capacidad de respuesta del sistema sanitario.

En este marco, atendiendo a las recomendaciones de los organismos internacionales especializados y de las personas expertas locales, y a la luz de la experiencia de otros países, se determinó que la mejor forma que tenemos para enfrentar la propagación del virus y así cuidar de la salud de todas las personas es el aislamiento. Por ello, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto de Necesidad de Urgencia N.º 297/2020, mediante el cual determinó la medida de “aislamiento social preventivo y obligatorio”.

En idéntico sentido, se decretaron las resoluciones n.º 103/20 y 104/20 del Ministerio de Educación de la Nación; la resolución n.º 12/20 de la Secretaría de Políticas Universitarias; la resolución n.º 59/2020 y concordantes 77/20, de fecha 04 de mayo, del

9 El aislamiento social, preventivo y obligatorio es una medida excepcional que el Gobierno nacional adopta en un contexto crítico. Con el fin de proteger la salud pública frente a la propagación del nuevo coronavirus, se dispuso que todas las personas que habitan o se encuentran temporalmente en las jurisdicciones en las que rige esta normativa deberán permanecer en sus domicilios habituales, solo pudiendo realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos. Considerando que la situación epidemiológica no es homogénea dentro del territorio nacional, la administración del aislamiento adoptará una modalidad que contemple la realidad de las diversas jurisdicciones del país.

señor Rector de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Dr. Diego Molea, y las resoluciones de esta unidad académica A/N°0353/20, A/N°0357/20, A/N°0360/20 y A/N°0368/20, que básicamente determinaron la suspensión de la actividad académica presencial y la continuación del calendario académico a través de la virtualidad.

En razón de ello, como fue mencionado, se realizó gran parte de este trabajo en forma virtual, incluyendo las encuestas. Se contactó previamente a las personas encuestadas y se les envió el instrumento en proporciones equitativas en relación con el sector al que pertenecen.

En primer lugar, puede adelantarse que las personas funcionarias del Poder Judicial participaron más activamente en la encuesta que las de los otros poderes, como podrá apreciarse en los datos que se describen a continuación.

Participaron 74 personas funcionarias provinciales, incluyendo jueces, defensores oficiales y fiscales, entre los cuales se encuentran integrantes de Cámaras de Apelaciones y jueces del Superior Tribunal de Justicia Provincial; 28 jueces federales; 22 personas funcionarias del Poder Ejecutivo Nacional y funcionarias provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ante la consulta en torno al conocimiento del control de convencionalidad el 77,7 % manifestó conocer en qué consiste. Lo que sorprende a los investigadores es que el 81,5 % de las personas encuestadas manifestó que en la dependencia del Estado en la que se desempeñan no recibieron capacitación alguna acerca del control de convencionalidad, lo cual explica por qué más del 62% de las autoridades públicas de los tres poderes del Estado contestaron en forma errónea quién es el sujeto obligado a ejercer dicho control. Como señala el famoso filósofo Amos

Bronson Alcott “la enfermedad del ignorante es ignorar su propia ignorancia”. Que en este contexto se aplica a la perfección.

Por otra parte, se consultó si en el ejercicio de la función ha aplicado el control de convencionalidad, a lo que las personas encuestadas respondieron que no en un 68%, lo cual es entendible si no conocen su aplicación, concepto, funcionamiento y marco normativo.

Finalmente, el 47,9% de las personas encuestadas contestó que el control de convencionalidad puede ser ejercido por cualquier juez; un 13,3% indicó que solo los jueces de la Corte Suprema de Justicia, mientras que un 37,9% respondió que toda autoridad pública, y tan solo el 0,9% indicó que son los fiscales quienes deben ejercerlo.

III. A modo de conclusión

Como se aprecia, podemos colegir que existe un gran desconocimiento de la obligación internacional de ejercer el control de convencionalidad en los sujetos obligados a ella. Adicionalmente, sobre todo en el Poder Judicial, se puede advertir la escasa aplicación de este mecanismo de control en las sentencias judiciales que fueron analizadas por el equipo de investigación.

Asimismo, se observa la falta de capacitación de las autoridades públicas de los tres poderes con respecto al tema, lo que implica que no se toman en cuenta los estándares internacionales al confeccionar un acto administrativo, un decreto, una ordenanza municipal, una sentencia o resolver un expediente administrativo. Se aprecia que en las sentencias se citan normas internacionales, fallos de la Corte IDH y opiniones

consultivas, pero no se indica la convencionalidad o falta de convencionalidad de una norma o de un acto. Es decir, que podríamos estar asistiendo a un control de convencionalidad encubierto por falta de conocimiento, de capacitación o de idoneidad.

Además, existe en Argentina poca oferta específica de estándares internacionales en materia de derechos humanos y de control de convencionalidad. Si bien existen posgrados, especializaciones, maestrías y doctorados que persiguen un cierto nivel académico, en la oferta no se incluyen cursos específicos que trabajen la aplicación práctica de los criterios, doctrinas e interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como se ha visto, el remedio analizado no llega de la estantería al cuerpo del paciente, por lo que difícilmente pueda curar la patología para la cual se diseñó. Solo una firme apuesta por la educación por y para los derechos humanos podrá hacer que nos reencontremos con el ideal de que una verdadera vigencia de un Estado de derecho exista.

A suficiente comunicação como garantia processual penal fundamental: breve análise sobre a justa compreensão da acusação no âmbito da proteção da Convenção Interamericana de Direitos Humanos

*Gabriel Felipe Roqueto Rigueti**

1. Introdução

o presente estudo, conforme se denota do título, terá como objeto central de análise a correta compreensão por parte do acusado sobre a acusação que sobre ele recai na esfera penal, aqui tida como um direito fundamental, notadamente quando a comunicação vem realizada por meio de atos processuais

* Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo - USP. Mestrado em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (2012-2015). Pesquisador convidado na *Università degli Studi di Pavia* - UNIPV, Itália, sob orientação do professor Michele Taruffo (2013-2014) e estudante de Antropologia junto à *Università di Bologna*, Itália, com ênfase em métodos não estatais de resolução de conflitos (2015-atual). Master em *Razonamiento Probatorio*, *Universitat de Girona*, Espanha (2018-2019) e *Università degli Studi di Genova*, Itália (2018-2019). Doutorando em direito processual pela Universidade de São Paulo (2020). Advogado em São Paulo e Lisboa.

formulados em língua não oficial¹, situação cada vez mais corriqueira com o aumento dos movimentos migratórios e da globalização.

Como recorte metodológico, porém, tomar-se-á, até mesmo pela abrangência do tema e a limitação do presente artigo, o cenário de tal garantia no âmbito da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, especificamente o quanto disposto no artigo 8, item 2, alíneas *a* e *b* daquele instrumento internacional. Fazendo-se um cotejo entre a redação dos mencionados dispositivos com o tratamento dado a tal garantia no código processual penal brasileiro - realizando, quando e se necessário, apenas a título confirmatório, pequenos apontamentos a ordenamentos latino-americanos e europeus - será possível, ao final, vislumbrar a insuficiência do sistema legal para assegurar a todos os acusados, em especial aos estrangeiros e às minorias com comunicação própria, a justa compreensão da acusação e o equívoco de perspectiva adotada pelos diversos legisladores no tratamento legal do tema. Ademais, poder-se-á averiguar quais são os contornos dados pela jurisprudência da Corte Interamericana à garantia aludida, verificando se a maneira como interpretam os dispositivos está de acordo com o conteúdo material da comunicação efetiva aqui proposto.

Antes, todavia, de encarar o objeto teórico eleito propriamente dito, algumas observações de ordem geral deverão ser traçadas

1 Optou-se pelo termo “não oficial” a fim de abarcar todas as línguas não reconhecidas como meios legais de comunicação dentro de um determinado território nacional. Assim, toma-se a expressão como gênero, que possui como espécies as “estrangeiras”, línguas oficiais usadas em outros Estados nacionais, e línguas das minorias e dialetos, muito sensíveis ao tema ora enfrentado e que, muitas vezes, são relegadas ao plano de coadjuvação pelos aplicadores do direito. Frisa-se, ademais, que a divisão, mesmo que formulada pelo autor do texto apenas com intuito didático e sem qualquer rigor formal das ciências linguísticas, terá utilidade acadêmica que será melhor compreendida adiante.

a título de premissa do raciocínio. Alguns apontamentos conceituais, pois, deverão ser feitos para que o trabalho consiga, com clareza, expor os problemas mais sensíveis advindos das comunicações estatais penais. É o que se inicia a fazer no tópico seguinte.

2. A ausência de comunicação e suas duas espécies

Falar em ausência de comunicação pode trazer, em termos menos elaborados, a ideia de ausência ou de defeito formal do ato de comunicar. Em outros termos, pode-se pensar que a não comunicação se dá apenas em situações em que o Estado se omite, isto é, deixa de informar o cidadão – ou o faz no tempo equivocado - sobre a acusação que lhe pesa. Pensar predominantemente nessas circunstâncias não é privado de sentido, já que, em especial na América Latina da segunda metade do século XX, as mais diversas ditaduras eram adeptas do modo kafkaniano de levar adiante o processo, notadamente aqueles que possuíam como objeto acusações penais, consubstanciando, pois, em uma razão histórico-experimental de encarar a problemática proposta.

Tendo como fundamento, portanto, a dura experiência recente política, de resto vivenciada também na Europa, o foco dos autores, legisladores e operadores do direito tem sido voltado à regulamentação do ato comunicativo pela perspectiva de uma obrigação imposta ao Estado, determinando legalmente um ritual específico a ser seguido a fim de evitar a ausência ou a falha na comunicação processual². Algumas observações mais detalhadas

2 Apenas a título exemplificativo, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), no caso *Mattoccia x Itália*, de 25 de julho de 2000, fixou o entendimento de que se trata de uma obrigação imposta ao Estado que impele a autoridade pública a se comportar ativamente no sentido de informar ao imputado sobre a

sobre a suficiência comunicativa e os requisitos que a lei concebe como necessários aos atos para que atinjam seus fins, quer pela Convenção, quer pela legislação processual penal em geral, serão traçadas mais adiante. Para o momento, contudo, é importante destacar que a preocupação maior de todos foi – e ainda é – justamente a de evitar que haja o processamento de indivíduos sem que estes tenham quaisquer informações – ou as tenham de forma equivocada - sobre os motivos pelos quais o Estado lhes imputa algo, tudo a garantir o correto exercício do contraditório e da ampla defesa no cenário processual³.

Embora sejam casos patológicos de grande relevância, fato é que a doutrina, jurisprudência e legisladores já desenharam uma estrutura institucional suficiente destinada a combater tais excrescências procedimentais, cominando penas de nulidades absolutas às persecuções penais (de resto, também às punições administrativas e cíveis) e autorizando, se o caso, as devidas

acusação existente contra ele, mesmo que tenha havido de sua parte conhecimento e consulta prévios sobre os elementos de investigação que constam nos autos. Tal obrigação, como afirma ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH, “*incumbe enteramente a las autoridades que intervienen en la investigación y no puede satisfacerla pasivamente, sino de forma diligente y eficaz*” (El derecho a ser informado de la acusación, in Garcia Roca, Javier; Santolaya, Pablo (ccord.), *La Europa de los derechos: El Convenio Europeo de derechos humanos*, 2 ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 485).

- 3 Interessante notar que a doutrina, ao tratar da garantia em análise, volta suas preocupações apenas em uma direção da comunicação, qual seja, a da produção e formalidades do ato comunicativo, pouco ou nada dizendo sobre a compreensão em si. Nas palavras de MARIO CHIAVARI, para que haja a efetiva observação da garantia, é preciso “*un’informazione precisa e completa degli addebiti che gravano su un accusato, ivi compressa la qualificazione giuridica di cui il giudice potrebbe fargli carico*”, sendo tais requisitos, pois, “*una condizione essenziale della correttezza della procedura*” (Art. 6 – Diritto ad un processo giusto, in Bartole, Sergio; Conforti, Benedetto; Raimondi, Guido (org.), *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova: Cedam, 2001, p. 223).

reparações às vítimas de tais falhas. Ademais, ao que se nota de uma rápida passada de olhos na literatura jurídica e nas decisões dos diversos Tribunais, quer internas, quer internacionais, parece longe de debate que a não comunicação ao imputado, seja por inexistência propriamente dita de ato comunicativo, seja por uma deficiência executiva temporal que impeça ou dificulte o direito de defesa, como, por exemplo, a alteração tardia de seus elementos, configura, sim, uma violação a uma garantia fundamental, restando o problema, pois, nas vicissitudes do campo fático casuístico⁴.

Entretanto, há uma segunda espécie de ausência de comunicação bem mais delicada e menos evidente que a primeira, todavia tão ou mais frequente, que é justamente aquela em que o Estado, mesmo tendo cumprido todos os requisitos previstos para a produção do ato comunicativo, encontrando o sujeito imputado e a ele entregando prévia e “pormenorizada” descrição da imputação, não consegue estabelecer uma relação comunicativa suficiente. Em outros termos, mesmo tendo o Estado procedido com uma citação, por exemplo, válida, respeitando-se todo o ritual previsto no código de processo penal, desincumbindo-se, portanto, do dever formal que o legislador lhe impôs, o imputado, por razões socioculturais e antropológicas peculiares, não consegue compreender de forma minimamente aceitável os motivos pelos quais está sendo acusado.

4 Os debates serão, portanto, se o não cumprimento de uma determinada formalidade legal naquele caso específico causou prejuízo ao imputado por ausência/deficiência de informação, que, como consequência, causou ou não dificuldades de reação e de defesa. Como exemplos dessa perspectiva, ver: Caso Fermín Ramirez Vs. Guatemala e Tibi Vs. Equador, ambos no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em termos gráficos, método invocado como facilitação didática, a comunicação direta entre dois sujeitos, emissor e receptor da mensagem, pode ser assim representada:



Como se pode notar das observações feitas até aqui, a relação comunicativa mínima é composta por pelo menos dois vetores de sentidos opostos, sendo um – o ato comunicativo - pressuposto para desenvolvimento do outro – a compreensão em si. Ademais, tais vetores podem variar em intensidade. Um ato bem formulado que traga as informações necessárias delimitará o módulo ideal do vetor contrário, estabelecendo-se, pois, uma comunicação perfeita. Em outros termos, se os vetores tiverem a mesma unidade de medida, significa que todo o conteúdo do ato informativo, em termos estritos, fora compreendido pelo seu destinatário. Entretanto, a modulação do vetor vermelho não depende, como já introduzido nos parágrafos anteriores, apenas da intensidade do vetor azul, mas sim de características culturais de seus receptores. Tais características poderão condicionar uma modulação inferior do vetor vermelho, que significará uma compreensão deficitária por parte do destinatário das informações, ou mesmo um alargamento de tal vetor, o que implicará compreensões que extrapolam o volume informativo do ato comunicacional. Em ambos os casos, como se pode notar, a relação comunicativa não terá sido perfeita. O desafio, no que tange à ciência da comunicação, diante disso, é justamente identificar qual seria o limite de variação modular aceitável dos vetores para que se possa afirmar que a relação se deu de forma suficiente. Tal ponto, como é intuitivo, é de fundamental importância para o objeto do presente trabalho, pois a garantia

de comunicação prevista na Convenção Interamericana segue, em abstrato, a mesma lógica exposta.

No âmbito dos processos estatais, tem-se que o primeiro vetor representado pela cor azul é a correta emissão de uma informação por parte do Estado quanto à acusação, foco, como dito, da preocupação dos pensadores do direito; o segundo, indicado na imagem acima com a cor vermelha, é a reação do receptor da mensagem estatal, no caso o acusado, que indica a capacidade interpretativa do destinatário do ato comunicativo quanto aos elementos informativos veiculados, faceta não encarada, via de regra, pelos juristas e ordenamentos jurídicos. A razão para tal ausência de enfrentamento, ao que tudo indica, se dá pelo fato de que as diversas problemáticas no campo de tal vetor possuem natureza predominantemente linguística, sociológica e antropológica. Em modos mais claros, a espécie de ausência de comunicação suficiente mais referenciada na literatura do direito tem muita relação com o primeiro vetor azul apontado, qual seja, o ato de comunicação por parte do Estado e seus requisitos formais de validade, mas quase nenhuma com o segundo vetor, isto é, a correta compreensão por parte dos destinatários. Embora aprofundamentos sejam feitos adiante, todavia, crê-se que a garantia convencional está muito mais atrelada à compreensão em si do que com a formalidade de atos processuais, a despeito da relação já apontada de pressuposição existente entre eles.

Embora possa parecer que a não comunicação por ausência de compreensão se trate de situação muito específica, fato é que, nas últimas décadas, com a intensificação da globalização e o advento de inúmeras crises econômicas, políticas e ambientais, o fluxo de pessoas - não só ao redor do mundo, mas também internamente aos Estados nacionais - aumentou consideravelmente, gerando choques culturais com as mais diversas implicações sociais e

com sérias consequências práticas, o que acaba ampliando a importância dos casos de déficit de compreensão dessa segunda espécie. Dar atenção à necessidade de adaptações comunicativas – e aqui também aquelas no âmbito judicial –, pensando-se pela óptica da capacidade compreensiva entre os membros de uma comunidade é, diante disso, uma preocupação premente e impostergável.

Os elementos responsáveis pelas tais interdições de compreensão são de diversas ordens e serão tratados de forma mais aprofundada adiante. Para o momento, vale destacar, de forma geral, que a tradução e a condição individual interpretativa dos dados ontológicos e sociais, condicionada pelo processo formativo e o contexto cultural de cada um, são os dois fatores de maior relevo, tendo, por isso, sido eleitos como objeto de atenção pelo presente estudo. Antes de enfrentá-los, contudo, observações conceituais deverão ser traçadas sobre a estrutura da denúncia penal e a perspectiva clássica utilizada pela doutrina e pelos Tribunais. Algumas simplificações geralmente feitas pelos operadores do direito deverão ser desfeitas, tudo com o intuito de jogar luz em características epistêmicas dos atos narratológicos que condicionarão o conteúdo da representatividade conflitiva delitiva e conformarão a estrutura do ato comunicativo. Buscar-se-á, em outras palavras, nos tópicos subsequentes encarar por uma visão interdisciplinar alguns dos requisitos formadores do vetor azul, tudo com a intenção de iluminar alguns problemas normalmente olvidados pela metodologia processual estrita de encarar os atos do processo. As características de suficiência e pormenorização contidas nos dispositivos convencionais, muitas vezes tidas como presentes pela jurisprudência dos tribunais internos e pela Corte Interamericana, restarão problematizadas de acordo a perspectiva que aqui se propõe. Em seguida, pois – e só então –, poder-se-á entrar no tema da não compreensão propriamente dito.

3. A estrutura acusatória legal estatal

Uma rápida análise da doutrina clássica processual penal (mas também daquela civil), bem como uma passada de olhos nos julgados das mais variadas cortes, faz com que o pesquisador ou interessado pelo processo identifique ao menos três elementos essenciais, segundo a visão predominante, para a correta formulação da acusação (ou da demanda, no caso das esferas não penais, com pequenos ajustes), quais sejam: o ato deve conter a) a exposição dos fatos com *todas* suas circunstâncias, b) a qualificação do acusado; e c) o direito ou enquadramento legal referente àqueles fatos com suas possíveis consequências jurídicas, consubstanciando, pois, em requisitos mínimos para a conformação correta do objeto do processo⁵. Dos três mencionados requisitos, o primeiro possui destaque de importância para o presente estudo.

Indicado acima pela letra a), com expressa menção pelo art. 41 do Código de Processo Penal brasileiro, exige-se que o autor da acusação exponha os fatos tidos como típicos “*com todas as suas circunstâncias*”. Tal exigência teria o condão de atender “*à necessidade de se permitir, desde logo, o exercício da ampla defesa. Conhecendo com precisão todos os limites da imputação,*

5 Nesse sentido, Comentários ao art. 41, in *Código de processo penal comentado* [livro eletrônico], coordenação Antonio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron, Gustavo Henrique Badaró, 3. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Muito semelhante ao que a doutrina processual civil convencionou chamar de elementos de identificação da demanda (por todos, CERINO CANOVA, AUGUSTO, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario al c.p.c.* diretto da E. Allorio, livro II, tomo I, Torino, 1980, pp. 3-234) ou, na versão alemã, de definição do *Streitgegenstand* (SCHWAB, KARL H., *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*, Tomas A. Banzhaf (trad.), Buenos Aires, 1968, *passim*), os supostos fatos e a qualificação jurídica, bem como a individualização dos sujeitos participantes, parecem ser uma das poucas constantes sobre o tema, ora com menos, ora com mais peso em suas funções identificativas.

*poderá o acusado a ela se contrapor o mais amplamente possível (...)*⁶. Interessante notar, de início, que tanto o legislador quanto a doutrina, não raras vezes, utilizam a expressão “todo(a)s” como sendo algo fundamental para se tratar das questões fáticas da acusação. Em outros termos, é bastante frequente verificar que se coloca como requisito necessário para uma correta acusação a exposição dos fatos e de suas circunstâncias em sua totalidade.

Em um plano abstrato e teórico clássico, a exigência de totalidade expositiva possibilitaria ao acusado identificar com exatidão os limites da imputação que lhe pesa e, diante de todas as informações, poderia exercer seu direito de defesa também em sua integralidade, legitimando, pois, o sistema penal em curso. Ocorre, porém, que a exigência descrita não é factível, em hipótese alguma, de ser realizada em sua literalidade. Ela é, na realidade, fruto de uma simplificação muito comum na área jurídica como um todo e muito presente, em particular, na literatura processual, mais precisamente nos escritos destinados à identificação da ação ou do objeto litigioso⁷.

Como é sabido, tanto na acusação como na demanda, isto é, no cenário processual como um todo, não há fatos, entendidos como entidades do campo fenomênico, mas apenas narrações sobre eles. Embora isso possa parecer óbvio e longe de quaisquer questionamentos, podendo-se supor tratar apenas de um jogo de linguagem, fato é que por trás de tal constatação se esconde uma série de características epistêmicas do ato narratológico

6 PACELLI, EUGÊNIO, Curso de Processo Penal, 23 ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 175.

7 Para os prejuízos epistêmicos que tal simplificação causa no âmbito processual, em especial nas fundamentações tautológicas das decisões sobre modificação ou não da demanda pela alteração dos enunciados fáticos ao longo do arco procedimental, ver: RIGUETTI, GABRIEL F. R., *Modificação objetiva da demanda no processo civil*, Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, *passim*.

que tem impactos diretos na racionalidade do estudo do tema. Algumas delas são exatamente a vagueza e a variabilidade dos atos enunciativos, com o conseqüente déficit intrínseco de informações das representatividades factuais em relação aos eventos em si⁸. Maiores digressões reflexivas serão feitas sobre o tema no tópico subseqüente, quando então se tratará da exigência e interpretação do termo “pormenorização” na acusação. Para o momento, porém, suficiente destacar que as narrações fáticas processuais nada mais são que representações da realidade e, como tal, jamais trazem todas as informações contidas nos fatos em si, o que impossibilita cumprir a determinação legal de que a acusação deva conter uma exposição dos acontecimentos com “todas as suas circunstâncias” ou, como referenciado na doutrina, “todos os limites da imputação”.

De tais afirmações, pois, surge a segunda característica epistêmica de interesse: as enunciações processuais consubstanciam o resultado de um complexo processo interpretativo e seletivo realizado pelo narrador quanto às informações captadas e decodificadas sobre os eventos. No caso do processo penal há ainda uma agravante: os narradores, tais como a polícia e os membros do Ministério Público, responsáveis por construir a representatividade do plano ontológico no processo, sequer puderam, na esmagadora maioria das vezes, tomar contato com as fontes primárias de informação, isto é, com a entidade fenomênica em si. Ao contrário, suas narrações se formam após análise e interpretação de elementos informativos secundários, o que torna o déficit representativo potencialmente maior. Pela relevância que o argumento tem para o raciocínio que aqui se está desenvolvendo, algumas observações ulteriores mais aprofundadas merecem ser tecidas.

8 Para aprofundamentos sobre a ideia de representatividade e ontologia, ver NEALE, STEPHEN, *Facing facts*, Oxford University Press, 2001, em especial o capítulo 1.

No âmbito do processo civil individual, na maioria vezes, os sujeitos envolvidos tiveram participação direta nos acontecimentos componentes da crise, fazendo suas próprias interpretações dos eventos e possuindo, portanto, suas próprias representatividades das circunstâncias relacionais. Ao formularem suas enunciações processuais, tendem, portanto, a versões mais aderentes à realidade. No processo penal, de outra sorte, pela própria estrutura sistemática, policiais ou quem lhes faça as vezes, formam uma enunciação a partir de dados obtidos pelos elementos de prova, fazendo, pois, uma reconstrução dos acontecimentos por via indireta.

Poder-se-ia afirmar, contudo, que os agentes do Estado, por não possuírem posição epistêmica narratológica de observador interessado, conforme conceitos estabelecidos na esfera sociológica⁹, tenderiam a formular seus enunciados fáticos de maneira mais objetiva e completa possível, o que não deixa de ter razão se encarado o ato narratológico por uma óptica abstrata e ideal. Contudo, para o que aqui interessa, é de fundamental importância destacar que, em muitos casos, por grande deficiência de formação em epistemologia e em ciências por parte da generalidade dos operadores do direito, em especial quanto ao argumento do raciocínio probatório, a lógica de formatação da representatividade dos eventos se dá por uma via de sentido trocado, isto é, na contramão da pesquisa ideal. Explica-se.

Usando como base os ensinamentos de SUSAN HAACK, não há no inquérito, muitas vezes, uma verdadeira pesquisa científica sobre o que de fato ocorreu, mas sim, ainda usando os termos cunhados pela mencionada filósofa, ocorre o que ela chama de raciocínio fingido ou “*sham reasoning*”, no qual o pseudoinvestigador defende a “veracidade” de uma proposição

9 Para aprofundamento, ver ELIAS, NORBERT. *Coinvolgimento e distacco*, in *Saggi di sociologia della conoscenza*, Bologna, 1988, pp. 89-143.

previamente por ele estabelecida, ou seja, com a qual já se comprometera anteriormente por razões desconhecidas pelos terceiros envolvidos; são as proposições à prova das evidências e dos argumentos. É possível notar nos procedimentos investigatórios, outrossim, o que se definiu como raciocínio fajuto (“*fake reasoning*”), em que o pseudoinvestigador crê que uma certa proposição irá lhe beneficiar, formulando defesas eloquentes de ideia “*surpreendentemente falsa ou impressionantemente obscura*”¹⁰.

Não são raras as vezes em que, como passo inicial, formula-se a versão fática para, somente depois, buscar elementos de corroboração a fim de confirmá-la, o que configura um claro exemplo de “*sham reasoning*”. Apenas a título exemplificativo e metonimicamente, pode-se citar o Caso Acosta Calderón Vs. Equador, em que a corte Interamericana de Direitos Humanos, ao condenar o país sul-americano, reconheceu que “*el señor Acosta Calderón permaneció en detención preventiva cinco años y un mes*”, violando assim às disposições da Convenção “*en razón de la demora causada por los reiterados intentos de los tribunales de obtener pruebas inculpatórias y, finalmente, de la imposibilidad de presentar pruebas físicas del delito*”. Vários são os impactos processuais do raciocínio fingido no processo, em especial no que se refere ao correto acerto da premissa fática e, como consequência, à justiça da decisão¹¹. Embora não se possa discorrer mais detalhadamente sobre eles neste estudo, justamente por extrapolar os limites do objeto proposto, nota-se que, como já mencionado, o investigador, abstrata e

10 Confissões de uma purista antiquada, in *Manifesto de uma moderada apaixonada: ensaios contra amoda irracionalista*, trad. Rachel Herdy, Rio de Janeiro, 2011, p. 57.

11 Com ampla bibliografia e exemplos de casos, ver MOSCATELLI, LÍVIA YUEN NGAN, Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, n. 1, v. 6, pp. 361-392.

legalmente colocado em uma posição epistêmica “*di distacco*”¹² narratológico pela lei, assume no cenário concreto uma faceta interessada na busca da conformação da representação processual dos acontecimentos. Além de uma potencial intensificação das características de vagueza e parcialidade, o que amplia o déficit informativo das enunciações, as narrativas tomam forma de um verdadeiro ato ilocutório, com direcionamento e objetivos específicos muito distintos daqueles que estariam presentes se a atividade de pesquisa fosse, de fato, realizada com idoneidade científica.

Como consequência lógica, tais circunstâncias são diretamente responsáveis por influenciar o comportamento “estratégico” dos operadores do direito, em especial da polícia. Se a não comunicação sobre as acusações é vedada pela maioria dos ordenamentos ocidentais, o uso de um “*sham reasoning*”, em regra, faz com que as informações sejam repassadas ao acusado seletivamente, não se buscando fornecer todo o conjunto informativo para possibilitar que o imputado compreenda com suficiência sobre o que é acusado. Ao contrário disso, os agentes estatais buscam evitar antecipações de conhecimentos e argumentos em favor da tese X, frise-se, previamente assumida como correta, como intuito de “vencer” com maior facilidade a empreitada investigativa acusatória. Como não poderia deixar de ser, a modulação e formatação dos contornos do vetor que aqui se atribuiu a cor azul resta condicionada por tais características epistêmicas retro evidenciadas.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de minimizar os efeitos deletérios da ausência de informação das representatividades processuais dos fatos

12 Para o aprofundamento sobre os conceitos de “*distacco*” e “*coinvolgimento*” na teoria social, ver nota 9, *supra*.

estimulando o contraditório, fixou a seguinte tese no Caso López Álvarez Vs. Honduras:

“la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le atribuye responsabilidad. Para que este derecho satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración”. Esta garantía es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa. Es preciso considerar particularmente la aplicación de esta garantía cuando se adoptan medidas que restringen el derecho a la libertad personal, como en este caso”¹³.

Todavía, a abordagem do órgão internacional julgador – de resto, com fortes paralelos metodológicos nas jurisdições internas - parece encarar a insuficiente formação do ato comunicativo por uma óptica meramente processual, levando em consideração apenas questões formais, dentre elas a temporal, e o preenchimento dos requisitos legais impostos aos atos para suas validações. Como se pode notar do excerto transcrito, nenhuma menção é feita à racionalidade dos processos formativos das representações fáticas contidas nas denúncias. Para os julgadores, a análise da violação da garantia de informação estaciona vários passos antes, mesmo em situações em que o “*sham reasoning*” seja evidente, tal como ocorreu no Caso Acosta Calderón Vs. Equador¹⁴.

13 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf, p. 54.

14 Não seria possível desenvolver aqui a contento o tema da visão clássica da identificação da demanda e a (in)aplicabilidade do axioma da extensionalidade no cenário do processo, racionalidade usada (inconscientemente, claro) pela doutrina processual. Para os prejuízos e deficiências dessa visão, ver o já citado trabalho RIGUETTI, GABRIEL F. R., *Modificação objetiva da demanda no processo civil*, cit.,

Como parece restar claro, tal abordagem formal, a despeito de importante, é insuficiente para garantir a participação substancial do acusado em termos gerais, mesmo que seja notificado sobre o procedimento investigatório desde o seu início. Sua participação liminar pode contribuir para ajustar o rumo investigativo, desde que - e somente se - haja interesse em uma investigação séria. A participação efetiva do acusado, tendo essa atividade uma função epistêmica fundamental de atribuição de qualidade à representação processual do conflito em procedimentos verdadeiramente cognitivos, dentre tantos outros pontos positivos, teria o condão de oferecer a ele a oportunidade de conhecimento e acesso à informação de forma diferida, com evolução de níveis cognitivos de acordo com o desenvolvimento do arco procedimental investigatório. Compreender o ato comunicativo com suas limitações informativas intrínsecas poderia viabilizar uma visão flexível do conhecimento e da compreensão, compatibilizando-se em maior grau com a teoria do *Knowledge in flux*¹⁵.

4. A exigência legal de comunicação “pormenorizada”

Outro requisito formal exigido para a formulação de atos de comunicação penal é que a descrição da denúncia (ou da informação sobre a acusação em geral) deve ser

passim. Todavia, cabe mencionar que a análise dos juristas pautada na presença ou ausência de formalidade, contida na informação dada a tempo ou a destempo, é reflexo direto de uma visão estática da representatividade processual, calcada na ideia de elementos rígidos, definidos e passíveis de comparação objetiva.

15 Para aprofundamentos da evolução dos níveis epistêmicos de conhecimento e sua dinâmica, GÄRDENFORS, PETER, *Knowledge in flux: modeling the dynamics of epistemic states*, Cambridge, 1988, em especial pp. 14 e ss., e DRETSKE, FRED L., *Knowledge and the Flow of Information*, Cambridge, Mass., 1981, pp. 54 e ss.

“pormenorizada”. Todavía, segundo uma análise conduzida pela óptica epistemológica aqui proposta, em especial no quanto referente às questões fáticas, vale destacar que um fato não é uma entidade simples que pode ser definido exhaustivamente com um enunciado elementar do tipo ‘x’. Ao contrário disso, os acontecimentos da vida são compostos por uma série de circunstâncias, dentre eles o tempo, o espaço, temperaturas, pressão, que, em conjunto, formam o *fato*¹⁶. Dessa maneira, um fato comporta inúmeras descrições possíveis, tomado pelos mais variados ângulos de observação, sendo destacados pelo narrador os aspectos que mais se coadunam com seus interesses narrativos e com o contexto em que inseridos. Analisando esses meandros da matéria, a doutrina que encara os fatos pela perspectiva epistemológica aponta para a possibilidade de um determinado evento ser decomposto em duas direções ao ser narrado: uma *qualitativa* e outra *quantitativa*¹⁷.

A *decomposição qualitativa* se dá quando o narrador individualiza aspectos distintos do mesmo fato. Descreve, pois, inúmeros ‘pedaços’ do acontecimento em questão. Tomando como exemplo um hipotético acidente, o narrador poderá descrever a velocidade do automóvel (em termos descritivos ou valorativos), sua cor, o número de sua placa, se o condutor apresentava sinais embriaguez etc. Tal decomposição é potencializada caso se inclua aí o fenômeno conhecido na ciência como *rototranslação*, conceito que indica uma série de operações

16 No mesmo sentido GAMBÀ, CINZIA, *Domande senza risposta. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova: Cedam, 2008, p. 163.

Para críticas à ideia inclusive da existência de fatos, conteúdos empíricos ou totalidade factual, ver DAVIDSON, DONALD, *Inquiries into Truth and Interpretation*, Oxford: Clarendon, 1984, em especial pp. 193 e ss.

17 TARUFFO, *La prueba de los hechos*, Ferrer Beltrán (trad.), Madrid, 2005, pp. 93 e 95.

mediante as quais o mesmo objeto é observado por diversas perspectivas de análise¹⁸.

Já a *decomposição quantitativa*, por seu turno, é aquela na qual um acontecimento é analisado em seus detalhes. Utilizando-se o mesmo exemplo do acidente, o estado de coisas pode ser decomposto descrevendo-se o automóvel pelo seu funcionamento do motor, seguido de uma descrição molecular de cada uma de suas peças, especificando-se a narrativa até se atingir níveis atômicos das reações químicas ali ocorridas¹⁹. A pertinência quanto a uma maior ou menor especificação depende do cenário no qual está inserida a descrição do fato.

Como é extraível dos conceitos acima, a combinação de ambas as possíveis decomposições, que não possui limites teóricos, pode facilmente portar a ideia de que não há nenhuma descrição adequada e exauriente de um fato. Ao contrário disso, infinitas são as possíveis narrações sensatas e verdadeiras em relação a um determinado acontecimento. Os fatos, portanto, como entidades complexas que são, podem ser descritas de inúmeras formas distintas, todas elas verdadeiras e coerentes. Do mesmo modo, podem-se formular infinitas descrições falsas sobre o mesmo acontecimento. O fato é, pois, pela perspectiva aqui adotada, algo muito distinto daquele fenômeno reduzido e simplificado invocado pela doutrina processual, de caráter preciso, definido, nítido, integralmente representado pela estrutura “x” e consensual²⁰. Desse modo, uma narração, pela

18 *Idem, ibidem*; ademais, para uma análise feita em âmbito distinto do judicial, ver: TORALDO DI FRANCA, GIULIANO, *Le cose e i loro nomi*, Bari, 1986, pp. 27 e ss.

19 O exemplo é de MICHELE TARUFFO, *La prueba de los hechos*, Ferrer Beltrán (trad.), Madrid, 2005, p. 94.

20 Essa mesma crítica é feita por MICHELE TARUFFO, que afirma que “*la idea de sentido común según la cual de todo fato existe una descripción objetiva y apropiada parece, pues, evidentemente inaceptable, no sobre la base de*

sua própria natureza, por uma característica que lhe é intrínseca, não é capaz de reproduzir, por mais fidedigna que seja, qualquer acontecimento de forma exauriente e completa.

Todavía, como já mencionado alhures, a maneira e a perspectiva pela qual os acontecimentos deverão ser narrados, isto é, quais os graus de decomposição quantitativa e qualitativa que o narrador deverá promover em sua narração serão condicionados pelo contexto e pelo momento em que a atividade se desenvolverá. Inicialmente, por exemplo, pode ser inadequada a enunciação de um acidente pela óptica molecular, sendo suficiente a delineação do evento por uma via macro mecânica. Entretanto, na fase instrutória, se a causa do mencionado acidente tiver sido a má manutenção do automóvel, advinda a perícia, talvez seja importante uma narração e compreensão em perspectiva químico-física dos acontecimentos. Um assassinato por envenenamento, por seu turno, a depender das circunstâncias específicas do caso, pode exigir uma descrição com alto grau de decomposição qualitativa.

Nesse sentido, é fundamental sublinhar que a exigência de narração pormenorizada dos fatos e das circunstâncias que compõem a acusação resta sendo, mais uma vez, um requisito a ser avaliado em níveis e casuisticamente. Logo, mais do que uma “pormenorização” de subsunção rígida do esquema “evento X - tipo penal Y – consequência jurídica Z” (elementos, de resto, de difícil definição cartesiana) e sem modificação extemporânea (tal como compreende suficiente a Corte Interamericana), o requisito legal em análise deve ser avaliado tomando-se em conta uma suficiência informativa contextual para o ato comunicativo que veicula a acusação, sendo tal suficiência entendida como a

aproximaciones subjetivistas, sino porque los niveles de análisis de la misma situación pueden ser muy distintos (in teoría: ilimitadamente)”, La prueba de los hechos, Ferrer Beltrán (trad.), Madrid, 2005, p. 94.

aptidão do ato informativo, naquele momento específico, para que o destinatário consiga compreender as razões pelas quais está sendo acusado. Por outro ângulo, diferentemente do que tem sido geralmente afirmado, não é possível determinar em abstrato quais requisitos formais devem ser preenchidos para que se tenha uma suficiente informação. Ao contrário, repisa-se, a avaliação de suficiência e pormenorização deve ser feita caso a caso, já que os contextos e condições descritivas são determinadas, pois, pelas circunstâncias em si, sempre, claro, levando em consideração as características epistêmicas dos atos narratológicos e suas formações.

Entretanto, como já antecipado, não basta a correta formatação do vetor azul para que a garantia convencional seja satisfeita. Para uma comunicação aceitável e, portanto, para a concreta efetivação da garantia em tela, fundamental que o vetor vermelho seja fixado de maneira adequada, motivo pelo qual são exigidos para o momento alguns aprofundamentos teóricos que trarão reflexamente parâmetros um pouco mais objetivos para as conclusões do parágrafo anterior.

5. Cultura, contexto e a interpretação dos fatos

Feitas algumas observações epistêmicas sobre a formação do vetor comunicativo azul, que muitas vezes, como dito, restam olvidadas pela doutrina e pela jurisprudências das cortes, inclusive a da Corte Interamericana e dos tribunais brasileiros, o que gera uma abordagem não suficiente dos requisitos de validade do ato de comunicação ao imputado, pode-se agora enfrentar o tema da garantia em si, isto é, o da formação do vetor vermelho referente à suficiente compreensão da acusação por parte do acusado.

Como já dito alhures, um dos fatores que mais tem impacto direto na formação de uma relação comunicativa suficiente tem a ver com a capacidade individual do sujeito em interpretar e compreender os dados captados do plano ontológico. Como fora já introduzido nos itens 3 e 4 do presente estudo, os “fatos” contidos em uma acusação – de resto contidos em todos os processos – não são fenômenos concretos aportados ao judiciário, mas sim relatos e narrações, frutos de uma atividade interpretativa do agente narrador. Para o presente tópico, e em especial para o objeto do estudo, destacar-se-á a maneira como os sujeitos compreendem a realidade e, diante disso, estabelecem uma relação comunicacional minimamente satisfatória, notadamente no que tange a notificações sobre acusações.

Como dito alhures – e repetido de forma incansável pelo autor do texto – os fatos presentes em uma acusação “*não são meros objetos que se encontram espalhados pelo mundo, e que podem ser carregados fisicamente até o tribunal para uma demonstração audiovisual, e sim diagramas altamente editados da realidade*”²¹. Se assim fossem, muito provavelmente os eventos poderiam ser interpretados pelos destinatários originariamente, que buscariam os dados diretamente da fonte primária, o que facilitaria em demasia a compreensão e a comunicação sobre eles. Todavia, necessário destacar que as representações da realidade feitas pelos sujeitos das mais variadas culturas e contextos sociais não são sempre iguais, mesmo que o objeto a ser interpretado esteja fisicamente disponível para eles. Explica-se.

Em primeiro lugar, a compreensão e a correta interpretação de um evento dependem fundamentalmente do contexto em que ocorrido. Um observador pode interpretar - e posteriormente

21 GEERTZ, CLIFFORD, O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa, in *O saber local. Novos ensaios em antropologia interpretativa*, Vera Joscelyne (trad.), Petrópolis: Vozes, 2018, p. 175.

narrar - um mesmo fato, a grosso modo, levando em consideração pressupostos e significados nele contidos (ou seja, interpretar e narrar o acontecimento de maneira densa) ou apenas compreender e descrever o evento de maneira predominantemente descritiva, ignorando durante o processo interpretativo, de propósito ou por incapacidade de compreensão, os valores ali envolvidos (isto é, conceber e narrar o que aconteceu de maneira superficial, ‘rarefeita’). Um exemplo trazido por CLIFFORD GEERTZ, que é bastante representativo, é a contração rápida de uma pálpebra, em que dois garotos contraem o olho direito um para outro. Em um primeiro caso, o ato se dá de maneira involuntária, ao passo que no outro acontece uma piscadela em sinal de compreensão. Em ambas as situações, pontua o autor, o movimento (evento naturalístico) é o mesmo: o mero fechamento da pálpebra direita. Observações simplesmente ‘fotográficas’ dos acontecimentos não conseguiriam diferenciar uma situação da outra²². Todavia, a diferença entre um simplório ‘tic’ e uma piscadela comunicativa é abissal. Nesta o garoto se comunica de forma precisa, com características específicas, dentre elas: a) o faz intencionalmente; b) com um destinatário determinado para sua mensagem; c) transmitindo um certo conteúdo por meio do gesto; e d) segundo um código socialmente estabelecido. Uma piscadela, segundo CLIFFORD GEERTZ, é uma migalha de comportamento, um grão de cultura, um gesto comunicativo²³.

22 As observações podem ser encontradas em GEERTZ, CLIFFORD, *Interpretazione di culture*, Eleonora Bona (trad.), Bologna: Il Mulino, 1998, p. 12, que afirma “*I due movimenti sono come tali identici: un’osservazione di tipo meramente ‘fotografico’, ‘fenomenico’, non è sufficiente per distinguere un tic da un ammiccamento, e neanche per valutare se entrambi o uno dei due siano tic o ammiccamento*”.

23 GEERTZ, CLIFFORD, *Interpretazione di culture*, Eleonora Bona (trad.), Bologna: Il Mulino, 1998, pp. 12-13.

Em continuação, o mencionado autor introduz um terceiro sujeito que, produzindo o mesmo evento naturalístico, comprime sua pálpebra imitando o segundo garoto, mas em sinal de galhofa, parodiando a atitude do colega. Embora se possa notar o mesmo movimento, a mensagem deste terceiro garoto não se consubstancia em entendimento, mas em ridicularização. Há, outrossim, pressupostos valorativos, códigos comuns socialmente pré-estabelecidos, fundamentais para compreender o ato de brincadeira em sua inteireza. Tanto o destinatário da mensagem, quanto um suposto terceiro agente interpretante, precisam, sob pena de equívoco e má compreensão, ter em mente o conteúdo significativo destes *valores contextuais e sociais*. Sem eles, como resta evidente, o sujeito que interpreta o fato intercambiaria entre si a piscada irônica, a piscadela de compreensão e o ‘tic’, tudo isso sem a devida e necessária percepção do equívoco.

Como é possível perceber, para que se estabeleça uma relação comunicativa minimamente aceitável, fundamental que o emissor da mensagem consiga, antes de tudo, depreender dos dados ontológicos as principais as facetas valorativas subjacentes ao contexto, formulando, pois, enunciações em seu ato de comunicação que contenham uma descrição densa (uma “*thin description*”), não bastando a mera descrição do fenômeno em sua acepção naturalística (“*thick description*”²⁴). Por outro lado, o receptor da mensagem também deverá conhecer as significações valorativas contextuais e, somente assim, estabelecer um ponto de encontro entre as informações veiculadas no ato comunicativo e as suas visões interpretativas do mundo.

Transladando o raciocínio para o âmbito de uma acusação penal, em que elementos subjetivos são essenciais para a configuração de uma conduta reprovável, uma narração “*thick*”

24 Para uma análise das descrições *thin* e *thick*, GEERTZ, CLIFFORD, *Interpretazione di culture*, Eleonora Bona (trad.), Bologna: Il Mulino, 1998, pp. 12-13.

pouca ou nenhuma utilidade teria. Mais do que isso, não bastam enunciações “thin”, contextualizadas e com descrições dos valores envolvidos; a compreensão da mensagem significativa extraída do evento é, sem dúvida, uma meta informação que deve ser consensual para que se estabeleça uma comunicação aceitável.

Outro ponto importante - bastante vinculado ao primeiro – é que se deve ter em mente que a interpretação de dados da realidade depende de duas dimensões, quais sejam: uma primeira que se convencionou chamar de ontológica objetiva e a segunda denominada ontológica subjetiva²⁵. No que tange ao objetivismo ontológico, tem-se aquelas características do mundo que independem do sujeito interpretante e das representações que os indivíduos façam delas. É possível invocar, por exemplo, montanhas, átomos, massa, temperatura, gravidade etc.²⁶. Por outro lado, alguns elementos do mundo concreto possuem características relacionais, isto é, dependentes da relação de intencionalidade daqueles que os interpretam. Para clarear o que se pretende dizer, invoca-se um exemplo trazido na obra de SEARLE. Pode-se pensar em um objeto que esteja diante de um observador X e que possua uma determinada massa, uma certa composição química. Sua matéria de confecção é a madeira, que, como diz a bioquímica, possui uma combinação de fibras de celulose, bem como possui parte de sua estrutura em metal,

25 Os termos foram cunhados pelo filósofo JOHN R. SEARLE. Para aprofundamentos e impactos na interpretação, ver: *La construcción de la realidad social*, Antoni Domènech (trad.), Barcelona: Paidós, 1997, pp. 28-29.

26 Não se ignora a vertente filosófica que afirma inexistir ontologia, aqui chamada de ontologia objetiva, mas tão somente questões subjetivas dos sujeitos interpretantes. RICHARD ROTRY e DONALD DAVIDSON são representantes de tal vertente. A despeito de fugir do tema central do presente trabalho, críticas a tal visão podem ser vistas em NEALE, STEPHEN, *From semantics to ontology, via truth, reference and quantification*, in *Donald Davidson: Truth, Meaning and Knowledge*, London and New York: Routledge, 1999, pp. 72-84.

sendo, segundo se sabe, estruturas de moléculas metálicas. Tais características são intrínsecas a ele e independem de quem o observa. Entretanto, para qualificá-lo como uma chave de fenda, fundamental que o observador compreenda sua função e entenda sua destinação, sem o que não passará de um objeto de metal com madeira sem qualquer utilidade (ou significação).

A descrição meramente ontológica objetiva - e aqui retomando o que fora dito no tópico anterior sobre o requisito de “pormenorizada” narração - pode ser muito mais precisa e rica em detalhes que uma abordagem subjetiva dos acontecimentos. Todavia, além de inadequada se considerado o contexto em que inseridas (narrar um assassinato descrevendo as ligas de carbono e de metais ao invés de dizer que a arma foi uma chave de fenda parece, ao menos aos olhos de quem escreve, inapropriado, em regra, para o contexto inicial de um processo), as informações objetivas serão completamente deficitárias em termos comunicacionais, inviabilizando, pois, a correta compreensão por parte do sujeito acusado. Narrar a significação, os valores e as finalidades de determinados estados de coisas e em determinados contextos pode ser muito mais importante e útil à concretização da garantia em tela.

Todavia, destaca-se que, para que se estabeleça uma comunicação minimamente aceitável entre narrador e destinatário da mensagem, fundamental que ambos compartilhem de atribuições de significações, valores e finalidades mais ou menos uniformes. Falar de uma chave de fenda ou de uma chacota feita por um piscar de olhos – aqui mais uma vez valendo-se dos exemplos retro - é pressupor que o receptor das descrições possua em sua bagagem cultural a funcionalidade do objeto e a significação da piscadela. Em outras palavras, o destinatário precisa saber que aquele instrumento físico serve para tal e qual função e que o

contrair de pálpebras é um ato voluntário e cheio de significados determinados, socialmente convencionados.

Se o raciocínio aqui desenvolvido traz dificuldades para elementos ontológicos simples, tais como a piscadela e a chave de fenda, pois exigem que haja uma conformação intelectual mínima de contexto, de mensagem e de funcionalidade para que se estabeleça uma comunicação suficiente entre o sujeito narrador e o receptor, trasladar a racionalidade ali aplicada a um contexto processual, em especial quando envolvidas comunidades tradicionais com interpretações antropológicas tão distintas, potencializará, sem dúvida alguma, as características epistêmicas já apontadas. Descrever um furto, um roubo ou mesmo um esbulho a um membro de uma comunidade na qual inexistente propriedade privada, ao menos no sentido em que concebida pela sociedade capitalista de mercado, por exemplo, exigirá do formulador do ato comunicativo um esforço muito grande explicativo sobre conceitos e valores envolvidos no instituto jurídico do código civil²⁷. Narrar a falsificação de moeda a um indígena de recente contato pressupõe uma ampla explanação sobre o que seria dinheiro, diferenciando sua atividade, que pode ser interpretada como uma mera obra reprodutiva de pintura em papel colorido, do ato delituoso em si²⁸. Muitas podem ser as exemplificações que envolvem crimes e reprovações sociais, bem como os eventos calcados em conceituação jurídica, de

27 Se o tema parece longe de debates, cita-se, apenas como referência pela qualidade do trabalho, a tese de Doutorado e as mais diversas problematizações trazidas por FARIA, CAMILA S., *A Luta Guarani pela Terra na Metrópole Paulistana: Contradições entre a Propriedade Privada Capitalista e a Apropriação Indígena*, Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2015, versão corrigida disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8136/tde-03032016-142809/publico/2016_CamilaSallesDeFaria_VCorr.pdf acessada em 10.09.2020.

28 O uso da inconsciência de pessoas pode ser fundamental, pois, para determinar responsabilidades penais específicas.

resto, de difícil compreensão até mesmo aos cidadãos “médios” ocidentalizados. Todavia, crê-se suficiente os aqui mencionados para a compreensão do que se deseja destacar.

Para a aproximação cultural desejada, a despeito de intuitivamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em alguns casos, já ter reconhecido a necessidade de assistência das autoridades consulares do Estado de nacionalidade do acusado (cf. O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1 de outubro de 1999, solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos), o que poderia indicar um facilitador para a compreensão de tais vicissitudes interpretativas, já que, em tese, mais próximos da realidade e do contexto valorativo do sujeito acusado, fato é que tal exigência jurisprudencial resolve apenas em parte os problemas da garantia da correta comunicação. De uma perspectiva prática, pelo menos no âmbito brasileiro, pouco provável que os funcionários consulares, sem formações específicas em antropologia e ciências sociais, possam desobstruir as contradições e interdições culturais a ponto de viabilizar a comunicação no sentido apontado. Aliás, exigir isso deles seria inapropriado. Por uma óptica de abrangência, a necessidade de assistência consular não resolveria, por exemplo, os casos de comunicação entre índios e o próprio Estado no qual se situa a comunidade de pertencimento.

A solução mais eficaz, mas menos presente no cotidiano, seria aquela trazida pelo Ministério Público Federal, que, juntamente com a Associação Brasileira de Antropologia, firmou acordo de cooperação técnica para a realização de estudos, pesquisas e elaboração de laudos antropológicos periciais, que permitam subsidiar e apoiar tecnicamente os trabalhos, judiciais e extrajudiciais, do MPF, em questões que envolvam direitos e interesses de populações indígenas, remanescentes de quilombos,

grupos étnicos, minorias e outros assuntos referentes às suas atribuições.

Para a correta concretização da garantia em estudo, tais acordos deveriam ter seus objetos ampliados para que os laudos e estudos fossem feitos em quaisquer casos que envolvam choque cultural, ou mesmo em que haja indícios de dificuldades de compreensão por parte do acusado. Deve-se, outrossim, aumentar o espectro material para que não só a Antropologia dê suporte às atividades estatais, mas sim para que se forme uma equipe pluridisciplinar para tais circunstâncias (o tópico seguinte apontará para tal direção). Ademais, tais acordos não deveriam estar adstritos ao órgão ministerial; consulados, embaixadas e principalmente os tribunais, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos, deveriam firmar instrumentos de cooperação.

Não levar em consideração todos os elementos epistêmicos apontados até aqui, realizando-se uma mera análise formal dos atos comunicativos, encará-los como irrelevantes ou mesmo muito onerosos, crendo que a defesa técnica seria suficiente para sanar os problemas de ampla defesa e contraditório no processo, seria o mesmo que aceitar que um sujeito seja processado e julgado sem compreender as razões da investida do Estado sobre ele, equiparando-se, portanto, à ausência de comunicação em termos kafkanianos ou à comunicação falha, ambas tão combatida pela doutrina e pela jurisprudência. Se cabem aos entes estatais as atividades de acusar, investigar e eventualmente condenar, a eles também se deverá impor o ônus de compreender a lógica do acusado, suas vicissitudes interpretativas e culturais, bem como de formular as explicações informativas satisfatoriamente no ato de acusação, sempre buscando ao máximo viabilizar a compreensão por parte do acusado sobre o que lhe está sendo imputado.

Entretanto, tais exigências, ainda sim, não bastam em um contexto internacional, em especial aquele sobre o qual a Corte Interamericana deve se pronunciar. Na equipe retro sugerida também deverá conter profissionais de tradução, notadamente no que tange à conflitos que envolvem minorias com comunicação não oficial.

6. “Dire quasi la stessa cosa”: problemas intrínsecos à atividade de tradução e seus impactos na comunicação

outro fator responsável pela interdição comunicativa de maior relevância e que fora mencionado alhures é, sem dúvida, a incompreensão de um determinado idioma. A tradução dos atos que veiculam as informações sobre a acusação estatal, portanto, é um instrumento de fundamental importância para assegurar a garantia de compreensão. Os diplomas legais, vale destacar, em especial as convenções internacionais, trouxeram previsões expressas sobre a necessidade de os Estados garantirem aos acusados a assistência por um intérprete. A Convenção Interamericana, em seu artigo 8.2, letra *a*, afirma que toda pessoa tem como garantia mínima o direito de “*ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal*”. Em sentido análogo, sem qualquer menção ao tradutor, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, assegura em seu artigo 6.3.e) a qualquer pessoa o direito de ser assistido gratuitamente por um intérprete caso não compreenda ou não fale a língua usada no processo. A despeito de as previsões normativas parecerem pacíficas e suficientes para solução da compreensão em um cenário penal internacional multilíngue, alguns problemas bastante relevantes

vêm à luz quando se confronta as redações legais com a filosofia da linguagem.

O primeiro e mais concreto deles é: para qual língua o Estado acusador deverá traduzir o ato comunicativo que veicula as informações sobre a acusação? A resposta para tal questionamento, por óbvio, implica uma série de escolhas políticas importantes para assegurar a garantia em questão. A título exemplificativo, é possível notar que, no âmbito da Convenção Interamericana, apenas o Peru apresenta mais de 45 línguas indígenas, além, claro, do próprio castelhano²⁹. Se um membro da comunidade Shawi imigra para o Brasil e aqui comete um delito, deverá o Estado acusador respeitar sua língua originária e lhe oferecer um tradutor/intérprete em Shawi ou sua obrigação convencional se exaure com um ato comunicativo em espanhol, haja vista ser essa a língua oficial do Peru? A despeito da resposta parecer evidente, não há notícias de que os Estados tenham tido o devido zelo em traduzir suas comunicações para línguas não oficiais.

No Brasil, não obstante a existência da resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça e de ser o país signatário da Convenção 169 da OIT, que garantem aos indígenas a tradução dos atos processuais para sua mãe-língua, o STJ, em Recurso em *Habeas Corpus*, negou a nove acusados pertencentes ao povo Kaingang que a denúncia de homicídio que lhes recaía fosse traduzida para sua língua originária, “*uma vez que não houve qualquer prejuízo ou dificuldade decorrente da utilização da língua portuguesa, que é dominada plenamente e utilizada com desenvoltura pelas testemunhas do processo que são indígenas*”

29 Os números são da catalogação do próprio governo de Lima e pode ser consultado junto ao site da *Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios*: <https://bdpi.cultura.gob.pe/lenguas>

e pelos réus”³⁰. Imprescindível destacar que a constatação de ausência de prejuízo tenha sido feita pelo magistrado federal de primeiro grau e aceita sem maiores debates sobre a filosofia da linguagem e a sociologia pela Corte Superior. Não houve, ademais, nenhum apontamento referente aos critérios utilizados para que se chegasse a tal conclusão, o que inviabiliza o controle da racionalidade da decisão.

Uma outra problemática importante a ser citada é a própria definição do que seria o ato de traduzir. UMBERTO ECO³¹, em profundo estudo sobre a tradutologia, inicia sua obra com a pergunta elementar “*Che cosa vuole dire tradurre?*”, indicando que, em regra, a tendência de resposta seria “*dire la stessa cosa in un'altra lingua*”. Embora quase intuitiva, tal afirmação esconde em si uma série de problemas e encobre os traços mais importantes e obscuros da tradução. As dificuldades, como se pode notar, iniciam-se com a própria definição do que viria a ser a “mesma”, com claros vieses de conteúdo, bem como o que seria a definição da própria “coisa”, de caráter mais filosófico.

30 Recurso em *Habeas Corpus* n. 86.305/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 01.10.2019. Outro caso bastante interessante que contou com a temática da tradução para línguas indígenas foi o júri do assassinato do cacique Marcos Veron, em que o membro do Ministério Público Federal abandonou a plenária após a magistrada negar que as testemunhas se manifestassem em Guarani. Em sentido contrário à decisão do STJ, o procurador da República, com grande sensibilidade multidisciplinar e inferindo um déficit de comunicação, afirmou ser “direito deste índio e de todos que estão aqui de falar o idioma Guarani. Obviamente, falar Guarani, para eles, é mais fácil que o português, ainda mais que vários deles não tiveram educação formal bilíngue” (http://www.mpf.mp.br/sp/migracao/sala-de-imprensa-unidadeprsp/noticias_prsp/04-05-10-2013-mpf-abandona-juri-do-assassinato-de-cacique-apos-justica-negar-abertura-de-oitivas-na-lingua-guarani-kaiowa)

31 *Dire quase la stessa cosa. Sperienze di traduzione*, Milano: Bompiani, 2016, p. 9.

Para que se possa compreender melhor tais debates, retomarse-á o esquema gráfico de vetores trazido no item 2 do presente trabalho, incluindo-se, todavia, o tradutor/intérprete garantido pela Convenção Interamericana. Tal representação restaria da seguinte maneira:



Como é perceptível, o tradutor figura como um filtro transformador necessário para que a relação comunicativa se estabeleça. Como um anteparo, a mensagem formulada pelo emissor esbarra no intérprete, molda-se segundo seu trabalho e somente então chega ao receptor, que, com o ato comunicativo traduzido, terá elementos para compreender a mensagem originária. Em uma comunicação ideal e adaptando o esquema ao raciocínio de Eco, “*dire la stessa cosa in un'altra lingua*” seria justamente formular o vetor verde com o mesmo módulo do vetor azul, devendo o vetor vermelho, outrossim, possuir a mesma intensidade dos dois anteriores. Os vetores, no diagrama, seriam as “*cose*”, os módulos equivalentes a “*stessa*” e as cores fariam referência à escolha das línguas (azul originária e verde a de destino). Em um cenário esquemático abstrato tudo parece pacífico e simples. Entretanto, como já dito, em circunstâncias concretas há inúmeros problemas em definir módulos e caracterizar vetores³².

Quanto ao primeiro, a despeito dos inúmeros debates que a filosofia da linguagem trava em relação ao tema da paráfrase, da reformulação significativa, das explicações por definições válidas

32 E, como mencionado no exemplo peruano, as vezes é complicado até mesmo escolher a cor vetorial (língua).

etc., para os quais se faz referência à já mencionada obra de Eco, o presente trabalho, pela sua conexão temática, invocará apenas algumas querelas relativas ao fenômeno da sinonímia. Muitos afirmam que dizer “*la stessa cosa*” seria estabelecer uma relação de significados equivalentes entre as palavras e expressões. Em outros termos, seria buscar o significado equivalente na língua de destinação àquele da língua de partida.

Pois bem. Tal equivalência, em termos linguísticos, chama-se sinônimo. Em uma análise rápida dos sinônimos, pode-se afirmar que father, père, padre, pai, bem como daddy, papà e papai seriam equivalentes³³ e, portanto, intercambiáveis entre si. Ocorre, porém, que em vários contextos tais expressões perdem a relação de equivalência existente em um âmbito hermético e abstrato. Como exemplo, pode-se citar que *Le père Goriot*, de Balzac, no original em francês, pode ser tido tranquilamente como equivalente a *Papà Goriot*, em italiano, mas não como *Daddy Goriot*, no inglês, que mantém o título em sua língua originária para evitar perdas, ou *Papai Goriot* em português, em que se preferiu a expressão *Pai Goriot* com o intuito de preservar as características do personagem Jean-Joachim. Isso se dá pelo fato de que a equivalência conotativa se estabelece em base ao “*modo in cui le parole o espressioni complesse possono stimolare nella mente degli ascoltatori o dei lettori le stesse associazioni e reazioni emotive*”³⁴.

Ora, se a palavra *pai* oferece diferenças e dificuldades de tradução em línguas ocidentais faladas em sociedades com estruturas bastante parecidas, justamente pelo fato de que o contexto linguístico e, por consequência, também as emoções

33 O exemplo é extraído de ECO, UMBERTO, *Dire quase la stessa cosa. Sperienze di traduzione*, Milano: Bompiani, 2016, p. 26.

34 ECO, UMBERTO, *Dire quase la stessa cosa. Sperienze di traduzione*, Milano: Bompiani, 2016, p. 27.

e associações estimuladas por cada expressão serem variantes, compelindo o tradutor a fazer escolhas difíceis quanto aos termos a utilizar como “equivalentes”, como encontrar um sinônimo, isto é, estabelecer uma relação de equivalência de significados em línguas de comunidades nas quais inexistente a figura paterna tal como compreendida nas sociedades judaico-cristãs? Como, por exemplo, traduzir a palavra *padre*, do espanhol, constante em uma denúncia em que há como agravante da pena o assassinato do genitor, para os ilhéus de Trobriand, da costa oriental da Nova Guiné, para os quais a figura social paterna é exercida pelo tio materno, ao passo que o pai biológico não exerce nenhuma função que não a de um amigo amado³⁵? Destaca-se que assassinar o amigo pode ser um ato qualificado pela relação de proximidade, mas não é subsumível à previsão qualificadora indicada na acusação. Deverá o tradutor adaptar (reformulação significativa) o conteúdo normativo para viabilizar a compreensão do elemento de qualificação contido na denúncia, afirmando ser crime qualificado assassinar o amigo próximo marido de sua mãe, ou deve o intérprete se valer de explicações válidas, tal

35 Apenas a título de curiosidade, o pai biológico, assim entendido a figura masculina fornecedora de parte do material genético, sequer possuía funções fisiológicas reprodutivas nas crenças dos Trobriand. Nas palavras de BRONISLAW MALINOWSKI: “Para começar, o marido não é considerado pai das crianças no sentido em que usamos esta palavra; fisiologicamente, nada tem a ver com o nascimento delas, de acordo com as ideias dos nativos, que ignoram a paternidade física. Segundo a crença dos nativos, as crianças são inseridas no útero materno como minúsculos espíritos, geralmente pela ação do espírito de uma parenta morta da mãe. O marido desta tem de proteger e cuidar das crianças, recebê-las em seus braços quando nascem, mas não são dele, no sentido de que tenha alguma participação na procriação (...) O parentesco real, isto é, a identidade de substância, o mesmo corpo, só existe através da mãe. O irmão da mãe é que se acha investido da autoridade sobre os filhos” (*Sexo e repressão na sociedade selvagem*, Francisco M. Guimarães (trad.), Petrópolis: Vozes, 1973, p. 23).

como fazem os dicionários³⁶, para estabelecer “*la stessa*” coisa, mas em outro idioma de lógica distinta³⁷?

Ademais, se uma palavra simples como a de pai já oferta tamanhas digressões e obstáculos, maior razão haverá para crer que termos jurídicos, via de regra traduzidos por agentes com formações alheias ao direito³⁸, dificilmente possuirão significados equivalentes minimamente aceitáveis em línguas tradicionais. Aliás, destaca-se que a comunidade, muitas vezes, sequer possui uma regulação social feita pelo direito estatal, o que, como consequência, fará com que seus membros desconheçam o conceito de tipo, antijuridicidade, culpabilidade, qualificadora, preclusão, recursos, defesa técnica, contraditório, má-fé e prazos processuais etc., o que dificultaria uma tradução suficiente para suas línguas a ponto de lhes conferir possibilidade de compreensão mínima dos contornos da acusação.

Quanto ao ponto, inclusive, vale destacar que, embora óbvio, mas esquecido pelos pensadores alheios à filosofia, a linguagem não é um dado objetivo ou algo intrínseco aos indivíduos. Ao contrário, trata-se de uma construção social, condicionada pelos

36 Não há espaço aqui para digressões relativas às problemáticas das definições explicativas, método utilizado por dicionários. Todavia, remete-se o leitor ao capítulo “*I Sinonimi di Altavista*” (*Dire quase la stessa cosa. Sperienze di traduzione*, Milano: Bompiani, 2016, pp. 25-35), no qual, com exemplos bastante elucidativos, Eco aponta para as dificuldades existentes.

37 Fundamental destacar que a sociedade Kaingang, a mesma para a qual foi negada a tradução pelo STJ, possui características específicas de formação sócio familiar com muitos impactos no seu modo de vida. Apenas a título de referência, remete-se o leitor a: CARREIRA, LÍGIA; FAUSTINO, ROSÂNGELA CÉLIA; MOLITERNO, ALINE C.M.; MOTA, LÚCIO TADEU; PADILHA, AMANDA M., Dinâmica social e familiar: uma descrição etnográfica de famílias de idosos Kaingang, in *Ciência, Cuidado e Saúde*, v. 10, n. 4, 2011, pp. 836-844.

38 No Brasil, não há qualquer exigência para que tradutores juramentados sejam formados em direito. Basta a aprovação em concurso público e inscrição na Junta Comercial.

contextos sociais nos quais é utilizada como comunicação, tendo, pois, seus signos, sons, palavras e expressões preenchimentos dependentes de tais características. A linguagem, portanto, não é algo objetivamente dado, o que facilitaria a associação mecânica pela tradução, mas seus significados são aprendidos e ensinados dentro das circunstâncias específicas de uma determinada sociedade³⁹. A tradução – tida como um instrumento – e, de resto, a comunicação como um todo devem, sob pena de inutilidade, considerar tais traços para aferir uma aproximação significativa válida e suficiente. Dizer “*quasi la stessa cosa*” em outra língua, como destacou Eco, pressupõe conhecimento sobre as informações referentes ao mundo, as quais o semiólogo chamou de “*informazione enciclopedica*”⁴⁰. Determinar, portanto, a modulação do vetor verde dependerá fundamentalmente do “formato da grelha”, isto é, da capacidade cognitiva do tradutor em relação os elementos aqui apontados.

Além disso, outro elemento condicionador da operatividade do anteparo esquemático exercido pelo intérprete e a formação do vetor verde será a relação existente entre significado- interpretação- negociação. UMBERTO ECO, para lidar com tal processo que terá como fruto a tradução, invoca como exemplo sua atividade e experiência pessoal como tradutor de Sylvie, de Gérard Nerval. O semiólogo lombardo destaca que a palavra *chaumière*, referente às casas da protagonista do romance e de sua tia, não encontra nenhuma equivalência em italiano. Logo, para fazer a tradução do termo, foi necessário, antes de tudo, interpretar o seu conteúdo e destacar, segundo ele, algumas características importantes. *Chaumière*, na visão de Eco, teria

39 Para aprofundamentos, ver: KROEBER, ALFRED L., *The superorganic*, in *American Anthropologist*, v. 19, n. 2, abr/jun 1917, pp. 171 e ss. Reforçado, pois, pelo exemplo da expressão “pai”.

40 ECO, UMBERTO, *Dire quase la stessa cosa. Sperienze di traduzione*, Milano: Bompiani, 2016, p. 31.

pelo menos cinco características de relevo, quais sejam : a) ser uma casa de agricultores⁴¹; b) pequena; c) normalmente feita em pedra; d) com telhado de palha; e e) humilde. Para “*dire quasi la stessa cosa in italiano*”, Eco teve que optar por alguma delas e, por outro lado, renunciar àquelas que não lhes pareciam fundamentais. Assim, em sua visão, *chaumière* “*non è una capanna, che in italiano dovrebbe essere in legno o paglia, non è una casetta perché ha il tetto di stoppie (mentre una casetta italiana ha il tetto in tegole, e non è necessariamente una povera dimora), ma non è neppure una baita, che è una rozza costruzione di montagna, un rifugio provvisorio*”⁴².

Embora o exemplo pareça bastante simples, trivial e até certo ponto descolado do objeto central do trabalho, vale destacar para o raciocínio aqui desenvolvido que a “coisa” a ser traduzida não possui limites e conteúdo cartesianamente definidos e rígidos. Ao contrário, a tradução de *chaumière* para o italiano demonstra que a palavra originária é interpretada pelo tradutor, que, diante do contexto concreto da tradução – também por ele interpretado - e condicionada pelos elementos cognitivos já apontados, definirá as características que ele, subjetivamente falando, julga importantes, abandonando tantas outras, fazendo, pois, uma eleição individual que, em seu conjunto, representarão a expressão originária no texto traduzido.

Em outras palavras, o que se busca destacar, em primeiro lugar, é que o ato de traduzir não se consubstancia em atividade mecânica de estabelecer palavras equivalentes em outra língua,

41 A palavra usada por Eco foi “*contadino*” (Eco, UMBERTO, *Dire quase la stessa cosa. Sperienze di traduzione*, Milano: Bompiani, 2016, p. 83), que em português pode ser agricultor, trabalhador rural, mas também, de modo pejorativo, caipira, jeca etc. No texto, crê-se que o correspondente seria o primeiro sentido.

42 Eco, UMBERTO, *Dire quase la stessa cosa. Sperienze di traduzione*, Milano: Bompiani, 2016, p. 83.

tal como fazem os dicionários eletrônicos e como, em regra, tendem a pensar as pessoas que respondem à pergunta elementar de Eco. Ao contrário disso, trata-se de uma função criativa e de produção condicionada por inúmeras variáveis subjetivas do intérprete. Outrossim, traduzir um texto, como o próprio autor mencionado ressalta, é substancialmente um ato de *negociar*. Embora o tema apresente muitas nuances de relevância, as quais não podem ser aqui esmiuçadas a contento, alguns pontos basilares da teoria da tradução como negociação podem ser invocados no presente trabalho a fim de esclarecimentos ulteriores que serão úteis.

Os primeiros deles são os conceitos de “*tipo cognitivo*” e “*conteúdo nuclear*” das expressões. É notório que entre as pessoas há um certo nível de consenso em reconhecer determinados objetos como X ou Y⁴³. Em outros termos, para que alguém identifique e reconheça que um dado ontológico é uma árvore, por exemplo, terá que acessar em sua bagagem cultural um esquema abstrato de árvore. As características individualizadas no objeto físico X deve, no todo ou em parte, estarem em conformidade com aquelas contidas na esquematização não concreta fixada socialmente e aprendida pelo sujeito interpretante ao longo de sua vida como sendo uma árvore. Somente assim ele poderá qualificar X como sendo uma árvore. Tais esquemas abstratos usados para a interpretação da realidade são chamados “tipos cognitivos”, ao passo que as características fisicamente perceptíveis, capazes de encaixar o objeto naquela determinada moldura, compõem o que se chamou de “conteúdo nuclear”⁴⁴. Como é intuitivo, somente é possível

43 O esquema e os conceitos da filosofia da linguagem são complementares àqueles estabelecidos pela sociologia e antropologia expostos no tópico anterior.

44 Para aprofundamentos quantos aos inúmeros debates sobre o tema, ver Eco, UMBERTO, *Kant e l'ornitorinco*, Milano: Bompiani, 1997, *passim*. Em uma definição de “*tipo cognitivo*” resumida do mesmo autor, com a didática que lhe é peculiar: “*la gente di solito si trova d'accordo nel riconoscere certi oggetti*,

que alguém consiga interpretar um dado empírico se, em seu histórico experimental, houver construído por aprendizagem um tipo cognitivo prévio. Caso contrário, as associações dos dados empíricos serão feitas com “tipos” aproximados, gerando um resultado da atividade interpretativa, se consideradas as expectativas socialmente esperadas, equivocado⁴⁵.

Em uma tradução, portanto, o intérprete não só deverá conhecer os tipos cognitivos da língua de origem, já que deve interpretar os termos a serem traduzidos de maneira minimamente aceitável, mas também deverá conhecer os arquétipos abstratos e as expectativas da língua de destino que mais se aproximam daqueles, a fim de que se possa selecionar as características mais relevantes para a compreensão do destinatário da mensagem. No exemplo citado acima, ao interpretar *chaumière*, Eco não encontrou nenhum tipo cognitivo exato em italiano. Capanna, casupola, casetta ou piccola baita não abrangiam todas as características importantes do termo francês, o que o obrigou a negociar e escolher os elementos que mais lhe pareciam relevantes para manutenção das “*associazioni e reazioni emotive*” dos leitores peninsulares, renunciando, por outro lado, a tantas outras qualidades da moradia de Sylvie. Para o semiólogo lombardo, para traduzir *chaumière*, “*ho dovuto sì tener conto del Contenuto Nucleare espresso da quella parola, ma, rispetto alla ricchezza di quel contenuto, ho dovuto negoziare alcune perdite*”⁴⁶.

nell'acconsentire intersoggettivamente che per la strada sta passando un gatto piuttosto che un cane”. Esta “sorta di schema mentale in base al quale siamo capaci di riconoscere una data occorrenza di un dato oggetto (...) ho definito Tipi Cognitivi” (Dire quase la stessa cosa. Sperienze di traduzione, Milano: Bompiani, 2016, pp. 88-89).

45 No exemplo de Eco: “*Chi non abbia mai visto un topo non sarà mai capace di identificarlo in base a questa vastissima e organizzata raccolta di dati*” (Eco, UMBERTO, *Dire quase la stessa cosa. Sperienze di traduzione*, Milano: Bompiani, 2016, pp. 88-89).

46 *Dire quase la stessa cosa. Sperienze di traduzione*, Milano: Bompiani, 2016, p.

Outrossim, fundamental destacar que, para determinadas traduções técnicas, não bastam as condições mínimas dos tipos cognitivos e dos conteúdos nucleares. Outras características mais específicas dos termos deverão ser conhecidas para que a tradução atinja um nível mínimo de aceitabilidade⁴⁷. Ainda invocando a obra de ECO, um tradutor de um tratado de zoologia, ao passar o termo inglês *rat* para o italiano, deverá levar em consideração todas as características classificatórias da biologia para escolher o termo *topo* ou *ratto*, que, na seara científica, não são equivalentes. Já para uma mera tradução literária não haveria que se recorrer aos conteúdos molares, ou seja, ignorar-se-iam as características específicas da ciência, podendo-se intercambiar sem prejuízo de sentido *rat* por *topo*.

Como se tentou demonstrar, se o conteúdo da expressão “*stessa*” restou praticamente comprometido pelas reflexões acima expostas, definir o que seria o termo “*cosa*”, diante de grandes oscilações interpretativas, produtivas e seletivas (negociadas) entre um tradutor e outro parece, pelo menos aos olhos de quem escreve, algo bastante complicado⁴⁸.

Em síntese, para que os vetores azuis, verdes e vermelhos sejam confeccionados de maneira minimamente aceitável, isto é, para que a relação comunicativa se dê de forma válida e suficiente,

92.

47 Foi o que se chamou de “*Contenuto Molare*” (ECO, UMBERTO, *Dire quasi la stessa cosa. Sperienze di traduzione*, Milano: Bompiani, 2016, p. 90).

48 No direito, ao que se nota, o debate, ainda que intuitivo, não passou despercebido. É comum encontrar na jurisprudência e na doutrina a diferenciação entre o texto normativo e a norma do caso concreto. Não se confunde a redação legal com a construção normativa. Da mesma forma, não são miscíveis os conceitos entre o texto originário e a interpretação deste pelo tradutor, tampouco entre ambos e o processo de seleção contextual e o texto final em língua de destinação (tradução). Ademais, não se pode confundir tudo isso com a própria compreensão do acusado sobre o texto em si.

efetuando-se, pois, a garantia convencional da compreensão a contento, fundamental que o tradutor/intérprete assegurado pela Convenção Interamericana aos acusados consiga “negociar” os conteúdos dos termos levando em consideração todo o contexto, as peculiaridades lógicas da estruturação linguística, bem como os fatores sócio antropológicos significativos envolvidos, estipulando o “*quasi*” da “*stessa cosa*” de maneira apropriada em termos filosófico-linguísticos. Adotar, em termos teóricos, o ato de traduzir como sendo uma mera atividade mecânica de encontrar sinônimos em línguas distintas, como se procurou demonstrar, seria o mesmo que aceitar a tradução nos moldes dos dicionários eletrônicos e, por via reflexa, em muitos casos, adotar uma perspectiva meramente formal da garantia em questão.

O intérprete, pois, e fazendo a conexão com o tópico precedente, necessitará de apoio interdisciplinar para negociar validamente os termos de equivalência. Os tribunais, por seu turno, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos, para valorar se a garantia de compreensão foi atendida de maneira suficiente, deverá consultar e valorar os estudos da equipe, algo bastante distante, ao que parece, do que fora feito pelo magistrado federal e pelo STJ no caso dos Kaingang.

7. Conclusão

Em síntese, o presente trabalho buscou separar os dois vetores de uma comunicação, quais sejam: o ato que veicula a informação sobre e acusação (emissão) e a compreensão por parte do acusado. Diferentemente do que a doutrina e a jurisprudência vêm compreendendo, tentou-se demonstrar que a garantia convencional relativa à comunicação prévia e pormenorizada em contextos internacionais, viabilizada muitas vezes por tradutores, está muito mais atrelada à compreensão que ao ato comunicativo

em si e a observância de seus requisitos, embora haja entre eles uma relação de pressuposição – não há, como é óbvio, compreensão sem emissão de informações, ainda que omissivas.

O tema, portanto, não deve ser encarado apenas pela óptica formal da obrigação do Estado em informar, o que acaba por restringir o debate à observância dos requisitos legais do ato informativo, mas sim, se se busca uma análise substancial da garantia, deve-se confrontar o argumento pela perspectiva subjetiva do acusado. Ao se inverter o sentido analítico, muitos problemas sociais e antropológicos de compreensão vêm à luz, demonstrando que o mero cumprimento da lei é insuficiente para que todos, em especial as comunidades tradicionais com linguagem própria não oficial, entendam as razões pelas quais estão sendo acusados.

Todavia, a perspectiva adotada exige aportes efetivos de outras ciências que não as jurídicas. Em outras palavras, conceber a garantia como um direito do acusado em compreender suficientemente a acusação que lhe pesa é aceitar um franco diálogo com a antropologia, sociologia e a filosofia da linguagem, exigindo dos órgãos públicos, em especial da Corte Interamericana de Direitos Humanos, condutas direcionadas à formação de grupos pluridisciplinares que lhes dêem suporte, tal como tem feito o Ministério Público Federal brasileiro para comunidades vulneráveis.

Ignorar a ausência de comunicação por divergências socioculturais, mesmo que o Estado tenha se desincumbido de suas obrigações legais, é o mesmo que aceitar uma falsa garantia, isto é, é filiar-se ao processo kafkaniano com atenuantes psíquicos de culpa e sensações falsas de ares democráticos.

Las consecuencias del *sexting*: una problemática de género para la mujer desde la perspectiva de los derechos humanos

*Mauricio José C. Rosales**

1. Introducción

La generalización del acceso a internet y la posesión de teléfonos inteligentes, junto con la proliferación de su uso combinado en un solo dispositivo, ha provocado que la comunicación, la información y las formas de interactuar entre las personas en un entorno digital crezca a pasos agigantados. En este contexto, muchas veces el ordenamiento jurídico de los países no es capaz de crecer al mismo ritmo, por lo que la protección de los derechos esenciales de las personas en el ámbito digital se produce, en la mayoría de las ocasiones, como resultado del análisis casuístico de problemáticas jurídicas que atañen a la lesión de derechos a raíz de las relaciones interindividuales en el entorno tecnológico.

Este avance del acoplamiento del ser humano a la era digital ha implicado nuevos modos de relaciones entre los individuos, toda vez que por medio de estos espacios virtuales las personas

* Abogado egresado de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH). Maestrante del posgrado en Derecho constitucional por la Universidad de Valencia, España. Asistente Legal del Consultorio Jurídico Gratuito, unidad académica adscrita a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH). Docente asistente de la cátedra de Seminario de Investigación de la carrera de Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de Honduras.

son capaces de crear contenido informativo, de entretenimiento, realizar actos de comercio, adquirir productos o servicios de su interés y entablar nuevas relaciones de amistad o afectivas. También, ha propiciado el surgimiento de prácticas de naturaleza sexual, como por ejemplo el fenómeno del *sexting*, término que alude a un neologismo compuesto por los vocablos ingleses *sex* y *texting*, que significa, en términos muy generales, la actividad por medio de la cual una persona envía a otra contenido íntimo de sí misma o mensajes de naturaleza sexual, empleando un dispositivo tecnológico.

En ese sentido, la presente investigación se justifica en el interés de aportar nuevos conocimientos acerca del alcance y respeto de los derechos humanos en el entorno digital y, sobre todo, de abordar y analizar los impactos jurídicos derivados del comportamiento arbitrario y deliberado por parte de los particulares en cuanto al mal uso de las facilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, el cual ocasiona nuevas formas de vulneración a los derechos esenciales de la persona. De manera particular, se abordará la protección del derecho a la vida privada de las mujeres en el entorno digital.

El estudio tiene por objetivo explorar el fenómeno del *sexting* desde un enfoque jurídico dogmático, procurando, a través de la observación y la descripción, establecer sus características, así como una aproximación conceptual. Se pretende analizar este fenómeno jurídico a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo, CADH), para así determinar si se trata de una actividad humana amparada por la Convención. Finalmente, se describirán y analizarán las consecuencias negativas derivadas de la práctica del *sexting*, con el objeto de determinar y explicar cómo estas consecuencias constituyen nuevos modos de violencia en contra de las mujeres.

2. Nociones generales del sexting

Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación constituyen una parte esencial de la vida del ser humano en el siglo XXI, en virtud de que la globalización ha contribuido a establecer un nuevo paradigma hegemónico en la forma en que se interrelacionan los seres humanos. Por medio de las emergentes plataformas tecnológicas las personas son capaces de emitir su opinión, crear contenido informativo o de entretenimiento, compartir información, realizar actos de comercio, estrechar nuevas amistades, formar relaciones sentimentales y, también, realizar algunas prácticas de naturaleza sexual.

Lo anterior ha ocasionado que la distribución de la información y la comunicación entre las personas configure un nuevo modelo de relaciones sociales¹, en el cual estas interactúan y se interrelacionan en su intimidad por medio de nuevos espacios con características particulares de dinámica social, distintas a las formas convencionales. Ello se debe a la generalización del uso de internet, el surgimiento y manejo de las redes sociales, la posesión de teléfonos móviles inteligentes o *smartphones*, y la brecha generacional existente entre las personas que nacieron y vivieron su niñez y adolescencia con estas tecnologías y las que tuvieron que adaptarse a ellas y aprender a utilizarlas.

Estos nuevos comportamientos han dado surgimiento a un fenómeno o práctica de relevancia jurídica y social, la cual se ha denominado en el lenguaje popular como “*sexting*”, cuya composición lingüística se deriva de dos vocablos ingleses, a saber: la palabra “*sex*”, que en su traducción al español significa sexo, entendida, a su vez, en su acepción referente a la actividad

1 Ryan, M. Elizabeth. “Sexting: How the state can prevent a moment of indiscretion from leading to a lifetime of unintended consequences for minors and young adults”, *Iowa Law Review*, 96(1), 2010, p. 358.

sexual que realiza un individuo, y la palabra “*texting*”, que hace alusión al envío de mensajes de texto a través de dispositivos móviles².

Antes de que el término *sexting* se concretara y popularizara, sus primeros antecedentes se remontan al año 2003, concretamente en Australia, en donde los medios de comunicación de aquel momento dieron cobertura a una serie de hechos noticiosos de espectáculos que involucraban a celebridades deportivas. En los titulares se resaltaban las acusaciones realizadas por mujeres respecto de recibir mensajes de texto lascivos y acosadores, los cuales habían sido enviados presuntamente por los deportistas. Sin embargo, no solamente los atletas estuvieron bajo el umbral mediático de aquellos acontecimientos, también se destacó la historia de un hombre de 39 años que fue multado por acosar a una compañera de trabajo, a través del envío de mensajes de texto sexuales. Durante estos primeros reportajes, los medios de comunicación denominaron esta práctica como “*sex text*”, cuya característica particular se limitaba al acto de enviar mensajes de texto (SMS) con contenido sexual explícito³.

Por su parte, no fue sino hasta finales del año 2003 y principios de 2004 que los teléfonos móviles con cámaras integradas se popularizaron internacionalmente y gozaron de una circulación generalizada. Esto ocasionaría que el conocido y primigenio *sex text* (textos sexuales) modificara radicalmente su *modus operandi*. Así, el tipo de contenido que enviaban las personas participantes sufriría una transición tecnológica, pasando de ser

2 Pérez, Pablo y otros. “Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo”, *Observatorio de la Seguridad de la Información de INTECO y Pantallas Amigas*, España, 2011, p. 6.

3 Cfr. Crofts, Thomas y otros. *Sexting and Young People*, Palgrave Macmillan UK, London, 2015, pp. 29-30.

una práctica exclusivamente caracterizada por el envío de textos con contenido sexual explícito, a ser una actividad en la cual las personas tenían la posibilidad de producir imágenes o fotografías de sí mismas, en las cuales se mostraban, generalmente, desnudas o en posiciones sexualmente sugestivas y, por extensión, tenían la potestad y libertad de poder compartirlas o difundirlas por medio de sus dispositivos móviles⁴.

De esta manera, el término que actualmente conocemos como *sexting* comenzó a aparecer y popularizarse en los medios australianos el 2 de julio de 2005, en un artículo publicado en el diario matutino *The Daily Telegraph*, Sydney. La nota informativa recogía los comportamientos del exdeportista de cricket australiano Shane Warne, posicionándolo nuevamente bajo el escrutinio público, ya que tres mujeres, de distintos continentes, lo acusaron por acoso mediante llamadas o textos sexuales no deseados. En un caso se alegó que había realizado un acto sexual durante una llamada al contestador automático. Sin embargo, pese a estas circunstancias, aún no se presentaban casos de envío de fotografías sexualmente explícitas por medio de teléfonos móviles. En consecuencia, a partir de esta nota informativa, los medios de comunicación darían origen al neologismo conocido como *sexting*, el cual sería utilizado para referirse a todo acto o comportamiento consistente en el envío de contenido sexual a través del dispositivo móvil⁵.

Fue hasta 2007 cuando emerge el primer caso en el que se reporta el envío y recepción de imágenes de desnudos a través del dispositivo móvil. Estos hechos aparecerían por primera vez en los medios de comunicación visual, los que mostraban el hecho noticioso de un oficial de policía que fue degradado después de

4 *Ibidem*, p. 31.

5 *Ibidem*.

ser sorprendido enviando una foto de sí mismo desnudo a una colega de trabajo, a través de su teléfono celular⁶.

Para el año 2008 los actos de envío y difusión de imágenes o fotografías sexuales estaban siendo descritos por los medios de comunicación como *sexting*, resucitando de esta manera el término que fue utilizado por primera vez en 2005 para describir el supuesto texto enviado por el exdeportista de cricket Shane Warne. Por lo tanto, sus primeras definiciones terminológicas también surgirían en 2008, a cargo de los mismos medios de comunicación quienes, interesados con las historias de escándalos de *sexting* de celebridades, acoso laboral y problemas que enfrentaban los niños y niñas, intentaban activamente explicar esta práctica al público en general, describiéndola en términos simples como el acto de tomar fotos explícitas de uno mismo y enviarlas a amigos o posibles pretendientes⁷.

En ese sentido, tomando en consideración el origen etimológico del término, y con el ánimo de realizar una aproximación jurídico-conceptual *prima facie*, la práctica del *sexting* consiste en la actividad consentida que sostienen dos personas unidas por un vínculo íntimo, sean estos o hayan sido cónyuges, compañeros de hogar, novios, amigos o cualquier otra relación afectiva o de confianza en la que haya mediado, o no, acceso carnal, y en la que uno de estos sujetos -denominado emisor- envía a otro -denominado receptor- mensajes, fotografías, audios o vídeos de contenido sexual, los cuales han sido escritos, tomados o grabados por uno de los protagonistas mediante la utilización de dispositivos móviles⁸.

6 *Ibidem*.

7 *Ibidem*, p. 32.

8 *Cfr.* Caldera Fajardo, y otros. “Sexting: nuevos usos de la tecnología y la sexualidad en adolescentes”, *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 1(1), 2013, p. 523.

De esta manera, se presenta como una conducta sociocultural propia y distinta de cualquier otra actividad de índole sexual observada hasta la fecha. El *sexting* está compuesto por una serie de características particulares e interdependientes que serán analizadas a continuación.

2.1. Características

Tomando en consideración las circunstancias fácticas que dieron lugar al surgimiento del término *sexting*, y la conceptualización jurídica expuesta, para efectos del presente estudio puede inferirse y proponerse que las características constitutivas de esta práctica obedecen a una serie de factores endógenos y exógenos al individuo, los cuales permiten determinar la presencia o no de un comportamiento calificativo de *sexting*, tal como se describe seguidamente.

2.1.2. Existencia de consentimiento entre las partes intervinientes

Esto significa que ambas personas participantes acuerdan libremente la realización del *sexting*, por su propio interés y sin mediar presión por parte de alguna de ellas. Asimismo, en este tipo de actividad el consentimiento expreso se rige por un principio de antiformalidad, pues en atención a la naturaleza espontánea de esta práctica sexual los sujetos intervinientes en ningún momento manifiestan o realizan una declaración previa, escrita y debidamente detallada para obtener una aceptación de su contraparte a fin de iniciar y materializar este tipo de actividad sexual.

Así pues, el consentimiento en este tipo de prácticas se manifestará a través de signos inequívocos y concluyentes que permiten inferir el deseo y voluntad de ambas partes de practicar *sexting*. Ello considerando que desde el momento en que una de las partes envía mensajes, se toma una fotografía, vídeo o audio de naturaleza sexual creado por sí misma y lo envía al receptor, y este último corresponde de manera positiva a la conducta del emisor, demostrando un interés, deseo o placer por la conversación o contenido compartido por el interlocutor, se entenderá que ambas partes han concretado su voluntad concluyente e inequívoca de realizar *sexting*.

2.1.3. La subsistencia de una relación de confianza

Esta característica consiste en la convicción preconcebida de las personas participantes de que los mensajes, fotografías, audios o vídeos de contenido sexual creados por uno o ambos protagonistas, e intercambiados durante la práctica del *sexting*, son de carácter confidencial. Este vínculo de confianza estará, generalmente, fortalecido por la existencia de una relación afectiva, sea esta de matrimonio, noviazgo, convivencia o amistad⁹. Asimismo, el espectro de la confianza incluye aquellas relaciones casuales¹⁰ que se generan en espacios virtuales de conversaciones en línea, como los sitios web o aplicaciones de *smartphones* dedicadas a concertar citas o encuentros.

9 Cfr. Salvadori, Iván. “La controvertida relevancia penal del sexting en el derecho italiano y comparado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19, 2017, p. 6.

10 Cfr. Setty, Emily. “Young People’s Attributions of Privacy Rights and Obligations in Digital Sexting Culture”, *International Journal of Communication*, 12, 2018, p. 4542.

Es así como la existencia de esta característica se sustenta en el juicio axiológico subjetivo que se formula cada participante respecto de su congénere. En consecuencia, la confianza es un elemento que coexiste con el acto de consentimiento de las personas protagonistas. Ello quiere decir que simultáneamente al acto de envío de contenido sexual estas depositan, unilateral o recíprocamente, su creencia y convicción en que la comunicación y contenidos compartidos entre ambas partes gozan de secreto -tomando en cuenta sus valores, principios morales y buena fe-, por lo que no serán divulgados al público por ninguno de los intervinientes.

Finalmente, es importante destacar que la relación de confianza entre los sujetos practicantes del *sexting* se extiende a perpetuidad. Esto significa que aun en aquellos casos en los que se da una ruptura de la relación afectiva, pérdida de la comunicación o simplemente los individuos, dentro de su autonomía de voluntad, han determinado dejar de realizar esta práctica sexual, siempre permanece la convicción de que la comunicación y el contenido compartido permanecerán en secreto y exclusividad.

2.1.4. Creación y envío de contenido sexual

Esta característica consiste en la elaboración premeditada de material de naturaleza sexual que es producido por los mismos sujetos participantes del *sexting*. Significa que los mensajes, fotografías, audios y vídeos intercambiados por ambos sujetos denotan una manifestación de la voluntad del individuo y la exposición de la propia imagen de uno o ambos participantes, cuya finalidad es generar un estímulo de deseo, excitación o placer sexual hacia su congénere.

En relación con esta línea de pensamiento, es importante mencionar que el tipo de contenido que comparten las personas practicantes del *sexting* generalmente corresponderá con una descripción textual o fonética de la actividad sexual o coital que sostendría con su semejante. Se incluye, también, el intercambio recíproco o unilateral de fotografías, vídeos de desnudos o representaciones de sí mismo en posturas explícitas, sugerentes o sexualmente provocativas. En consecuencia, el tipo de contenido que se comparte durante la actividad del *sexting* se clasifica en dos tipologías, a saber: a) contenido sexualmente sugerente, b) contenido sexual explícito.

a) Contenido sexualmente sugerente

Este tipo de contenido alude al enfoque sexual del texto, fotografía, imagen, audio o vídeo, que no constituye una manifestación explícita de la actividad sexual o desnudez del individuo. Por consiguiente, no pretende sexualizar a la persona, sino sugestionar al otro u otra para provocar excitación, deseo o instigar el intercambio de material sexual, el cual podrá aumentar gradualmente su intensidad hasta llegar a considerarse como contenido sexual explícito¹¹.

b) Contenido sexual explícito

Es aquel que incluye una descripción o representación de los actos sexuales, así como una exhibición gráfica de la excitación sexual o desnudez completa de uno o ambos participantes¹²,

11 V. gr. Desnudez implícita o imágenes centradas en partes del cuerpo que pretendan provocar excitación o deseo sexual.

12 V. gr. Desnudez completa o parcial que tenga como primer plano mostrar los

cuyo propósito es generar un estímulo lascivo en el individuo, instigándolo a la autosatisfacción sexual.

Al margen de lo expuesto, otros elementos técnico-jurídicos que se deben tomar en consideración para la concreción de esta característica son los relativos a la fuente que origina el contenido. Esta, para efectos del presente estudio, debe ser entendida como aquel conjunto de componentes o rasgos que existen en la realidad, que representan la identidad de un individuo y que dan origen al contenido sexual. Por otra parte, se encuentra el medio utilizado, el cual alude al conjunto de actividades y herramientas que se usan y despliegan para incorporar la fuente al ámbito de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

En ese sentido, la fuente originaria del contenido, naturalmente, corresponderá a la persona, la cual será representada, en el contexto de la práctica del *sexting*, a través de dos rasgos significativos de su identidad, a saber: a) la libertad de pensamiento, la cual se manifestará mediante la redacción de un texto que exprese su deseo sexual hacia su congénere o describa el acto sexual que sostendría con su contraparte en el hipotético caso de tener acceso carnal; b) la propia imagen, entendida en su acepción más general como la representación de los rasgos físicos o fonéticos de la figura humana que son visibles y perceptibles a los sentidos y que permiten hacer reconocible a un determinado individuo¹³.

De esta manera, el medio utilizado se tratará entonces del dispositivo por el cual se capta la fuente originaria del contenido sexual que, a su vez, produce la existencia de un archivo digital

genitales, glúteos o senos. También se incluyen aquellos que aluden al acto sexual.

13 *Cfr.* Nogueira Alcalá, Humberto. “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, *Ius et Praxis*, 13(2), 2007, p. 260.

de dicha fuente, es decir, en el caso del rasgo identificativo de la libertad de pensamiento, esta se captará mediante el conjunto de caracteres alfabéticos, numéricos o emoticonos que son plasmados en un mensaje de texto electrónico, el cual es expedido a través de mensajería instantánea entre el emisor y el receptor. Por otra parte, la imagen propia será captada por medio de las fotografías, grabación de audio o vídeo que realice el practicante del *sexting* de sí mismo, utilizando un dispositivo móvil, ya sea celular inteligente, tableta, computadora portátil, cámara digital o cualquier dispositivo semejante capaz de capturar los rasgos físicos o fonéticos de una persona.

De igual modo, la concepción del medio se extiende al aspecto de la plataforma virtual a través de la cual las personas participantes sostienen una conversación mediante el intercambio de mensajes, ya sea de texto o multimedia, conversación en la que se propicia, paralelamente, el intercambio de contenido sexual entre las personas interlocutoras. Por ende, la vía mayoritariamente utilizada son aquellos espacios de mensajería instantánea ofrecidos por aplicaciones móviles de las redes sociales, tales como *Whatsapp*, *Telegram*, *Instagram*, *Twitter*, *Snapchat* o *Facebook Messenger*. Esto también incluye aquel contenido que se envía por el servicio de mensajes cortos o multimedia (SMS o MMS, por sus siglas en inglés) y correo electrónico.

Por lo tanto, el medio utilizado se erige como la piedra angular sobre la cual se articula la práctica del *sexting*, en virtud de que la manipulación de los dispositivos digitales y la comunicación sostenida en los espacios virtuales, como las redes sociales, constituyen el prerrequisito para la existencia del *sexting*, en tanto su utilización permite la creación de contenido, propicia el consentimiento entre los sujetos intervinientes y materializa

el intercambio de mensajes, fotografías, audios o vídeos de naturaleza sexual.

Aunado a lo anterior, deberá entenderse que el envío unilateral de fotografías, vídeos, audios o textos de naturaleza sexual, en el que no se obtenga una aceptación por parte de la persona receptora, o bien aquellos supuestos en los que un individuo envía erróneamente contenido sexual de sí mismo a otra persona, no deberán ser considerados como comportamientos calificativos de *sexting*. Ello en razón de que estas conductas en específico carecen de la característica esencial del *sexting* -el consentimiento-, toda vez que este se fundamenta en la reciprocidad de la actividad íntima, mientras que en los supuestos descritos hay una negativa o falta de interés de parte de una de las personas interlocutoras.

En síntesis, el *sexting* es una práctica moderna y actual en la que las personas deciden libremente experimentar nuevas formas de estimular sus relaciones íntimas, generando de esta manera una simbiosis entre la vida privada del individuo y el uso de las plataformas tecnológicas de la información y la comunicación. Lo anterior implica, entonces, realizar una reflexión jurídica relacionada con el ámbito de protección en el que se encontraría amparado el *sexting*, a tenor de los estamentos internacionales en materia de derechos humanos. A su vez, implica examinar cuáles serían los diversos supuestos en los que podría generarse una vulneración a un derecho humano como resultado de esta práctica.

3. El sexting y su vinculación con los derechos humanos

El artículo 11 de la CADH es una disposición que reconoce la protección de la honra y de la dignidad de la persona. Está dotado de una naturaleza jurídica bipartida: por un lado, existe la prerrogativa de protección y respeto a la honra de un individuo y, por otro lado, la prohibición de todo ataque ilegal contra la honra y reputación de las personas. Por tal motivo, los Estados se encuentran en el deber de brindar la protección de la ley contra cualquier ataque a la esfera de este derecho¹⁴.

En relación con esa línea de pensamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo Corte IDH) ha referido que, si bien en el artículo 11 de la CADH se titula “protección de la honra y de la dignidad”, su contenido incluye, entre otros aspectos, la protección de la vida privada¹⁵. De tal manera que el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas¹⁶, pero que comprende, entre otros ámbitos, la protección del domicilio de la persona¹⁷, la reserva de sus comunicaciones¹⁸, la propia imagen¹⁹, la expresión

14 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 57.

15 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 129.

16 *Ibidem*.

17 Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Sentencia de 4 de julio de 2007, párr. 95.

18 Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Sentencia de 6 de julio de 2009, párr. 114.

19 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'amico vs. Argentina*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, párr. 67.

sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos²⁰.

En ese orden de ideas, el derecho a la vida privada es una prerrogativa de la persona que consiste en no ser interferida o molestada por entidad estatal o particular alguna en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente decide mantener fuera del conocimiento público²¹. En consecuencia, el contenido de este derecho está orientado a proteger la autonomía individual, por lo que permite a las personas conducir su vida de acuerdo con sus deseos y expectativas, teniendo la capacidad para desarrollar su propia personalidad²². Asimismo, incluye el derecho a ser diferente y a manifestar esa diferencia en público mediante comportamientos que no estén en concordancia con los valores aceptados en una sociedad o entorno determinados²³.

De esta manera, uno de los aspectos principales del derecho a la vida privada es el relativo a la protección de la autonomía individual, en virtud de que este concepto otorga un derecho a la persona sobre su propio cuerpo, lo que se encuentra íntimamente relacionado con la sexualidad. Por lo tanto, es fundamental para la noción de privacidad que los individuos tengan capacidad para tomar decisiones en relación con las esferas más íntimas de su

20 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 119.

21 Villanueva, Ernesto. “Derecho a la vida privada”, en *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Mac-Gregor Ferrer, Eduardo y otros (coords.), Ciudad de México, 2014, p. 381.

22 Corte IDH. *Caso López y otros vs. Argentina*. Sentencia de 25 de noviembre de 2019, párr. 97.

23 Unión Interparlamentaria. “El derecho a la vida privada y a la protección de la vida familiar”, *Derechos Humanos. Manual para Parlamentarios No. 26*, UIP, 2017, p. 161.

vida, incluyendo mantener o no relaciones sexuales, con quién y con qué frecuencia²⁴.

Resulta oportuno analizar el paradigma actual de las manifestaciones de derechos que convergen dentro de la esfera de la vida privada y, sobre todo, que guardan una estrecha relación con la práctica del *sexting*, ya que se trata de una expresión de la sexualidad en la que, generalmente, se expone la imagen propia. En ese ámbito se sostiene una interacción comunicativa a través del uso de plataformas virtuales en las que se realiza esta práctica moderna de tener intimidad.

3.1. Paradigma actual sobre el derecho a la vida privada

3.1.1. Vida privada y sexualidad

En cuanto a la relación entre la vida privada y la sexualidad, la magistratura interamericana ha determinado que existe un derecho a decidir libremente con quien tener relaciones sexuales, lo cual supone un control sobre las funciones corporales básicas y las decisiones más personales e íntimas del ser humano²⁵. En consecuencia, la jurista Rocío Villanueva Flores sostiene que los componentes de la sexualidad que deben considerarse protegidos son, cuando menos, la identidad sexual, la orientación sexual, la elección de pareja y la ausencia de actividad sexual coercitiva²⁶.

24 *Ibidem*, p. 162.

25 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 197.

26 Flores, Villanueva Rocío. “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 43(1), 2006, p. 400.

En ese orden de ideas, la Corte IDH ha tenido la oportunidad de desarrollar el derecho a la vida privada con un enfoque de sexualidad, desde el componente de la libertad de elección de pareja y de las actividades sexuales no coercitivas, en razón de que, a través del análisis y resolución de los casos sometidos a su conocimiento, se han identificado los rasgos característicos comunes de las consecuencias del acceso carnal no consentido²⁷.

Lo anterior ha propiciado una construcción casuística unidimensional del derecho a la vida privada en lo relativo a las relaciones sexuales, toda vez que su estudio se ha basado en el enfoque de las actividades coitales de los individuos, las cuales, sin lugar a dudas, constituyen una necesidad vital del ser humano. Por esta razón el artículo 11 de la CADH garantiza que las personas tengan control sobre su propia sexualidad, sin embargo, según Yuricia A. Rodríguez:

[...] Los seres humanos no solo ejercen su sexualidad con fines de procreación. La sexualidad es una cualidad de los seres humanos y con ella se ejercen distintos tipos de relaciones, como las afectivas y de poder. Así, las conductas y prácticas sexuales generalmente tienen una variedad de funciones y fines como las de satisfacer necesidades afectivas, de comunicación, de relacionarse, de confirmación de identidad, a veces de sometimiento.

La experiencia sexual de cada ser humano depende de su propia historia y condiciones de vida en cada caso. Por lo anterior, cuando se habla de sexualidad, se debe tener presente

27 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 129; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 119; Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*. Sentencia de 20 de noviembre de 2012, párr. 276; Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 367.

que existen diversas prácticas, así como circunstancias y fines con que se realizan o no, con sus diferentes significados y valoraciones constituidas desde la subjetividad de los individuos en el contexto social histórico y cultural en el que viven [...]»²⁸.

De esta manera, se puede colegir que la sexualidad es una construcción social e histórica en la que los propios seres humanos, dentro de su subjetividad, definen las formas en cómo se relacionan y determinan el modo en que obtendrán placer sexual, afectivo o realizarán sus actividades de procreación. Por lo tanto, la dimensión del derecho a la vida privada en el ámbito de las relaciones sexuales de los individuos comprende no solamente el conjunto de actividades o prácticas en las que medie o haya mediado acceso carnal, sino también aquellas en las cuales las personas practican actividades no coitales con la finalidad de obtener placer sexual.

3.1.2. Vida privada y propia imagen

El derecho a la propia imagen es un derecho personalísimo que guarda una estrecha relación con la dignidad humana y refleja una expresión directa de la individualidad e identidad de la persona²⁹. Aunque el derecho a la propia imagen no se encuentra expresamente enunciado en el artículo 11 de la CADH, la Corte IDH ha considerado que las imágenes o fotografías personales,

28 Martínez Rodríguez, A. Yuricia. “Los derechos sexuales de las y los jóvenes en el contexto jurídico nacional e internacional”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 20, 2007, pp. 211-243, (p. 215), disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222932012>

29 Corte Constitucional de Colombia. *Acción de Tutela T-546-2016*. Sentencia de 11 de octubre de 2016, p. 27.

evidentemente, están incluidas dentro del ámbito de protección de la vida privada³⁰.

Este derecho surge a raíz de que el ser humano está en el mundo de manera corpórea o física. Esa realidad de la persona es una de las fuentes de información más importante sobre los individuos, ya que la figura humana es susceptible de ser captada como cara externa de la persona, a través de distintos medios e instrumentos. De allí que se entienda que la propia imagen de una persona se concibe, a su vez, como un dato personal³¹.

Al margen de lo expuesto, la Corte Constitucional de Colombia ha enfatizado que el reconocimiento del derecho a la propia imagen comprende tres facetas, a saber:

(i) la autodefinición de la imagen propia: la autonomía de cada individuo de determinar desde el punto de vista estético su propia imagen o autodefinir su ser, como quiere verse y como quiere que lo perciban los demás, la dimensión de autodefinición del ser (en cuanto a su aspecto físico, el nombre, la voz, entre otras); (ii) la utilización de la imagen, que incluye dos aspectos, a) el positivo relacionado con la potestad de la persona de decidir qué parte de su imagen será difundida y qué parte no –ya sea de manera onerosa o gratuita, pudiendo incluso autorizar a un tercero la utilización de su imagen, y b) negativo, referido a la posibilidad de prohibir la obtención, utilización o reproducción no autorizada de la imagen de una persona; y (iii) la imagen social, que comprende la caracterización que una persona logra de sí misma en la

30 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'amico vs. Argentina*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, párr. 67.

31 *Cfr.* Nogueira Alcalá, Humberto. “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, *Ius et Praxis*, 13(2), 2007, p. 260.

sociedad y que le permite identificarse plenamente frente a los demás³².

En ese sentido, una garantía de protección al derecho a la propia imagen es la facultad que tiene todo individuo para impedir que su apariencia física sea reproducida sin su consentimiento, por lo que cada individuo tiene el control y la potestad de decidir dónde, cuándo, por quién y cómo se capta, reproduce o difunde su imagen³³.

Sin embargo, el uso de las tecnologías de la información y comunicación y, sobre todo, el surgimiento de las denominadas redes sociales virtuales, en las que las personas usuarias comparten información personal, mensajes, fotografías y vídeos, ha supuesto una revolución en los modos en que los seres humanos entablan nuevas relaciones sociales. Ello da lugar al surgimiento de una distorsión de la concepción de privacidad, alimentada cada vez más por las nuevas generaciones de adolescentes, cuya principal actividad de desenvolvimiento ocurre en el mundo virtual.

Esta distorsión de la concepción de privacidad se origina en el hecho de que en las redes sociales virtuales las personas crean contenido, subiendo fotografías de sí mismas a sus perfiles y estas son visualizadas por un número determinado o indeterminado de personas, entablan relaciones comunicativas con otros seres humanos o exponen ciertos datos o ámbitos de su vida privada. Ello puede llevar a algunos individuos a creer que todo este contenido en la red es considerado automáticamente como público, prescindiendo por tal motivo del consentimiento del

32 Corte Constitucional de Colombia. *Acción de Tutela T-379-2013*. Sentencia de 28 de junio de 2013, pp. 30-31.

33 *Cfr.* Ferrand Risso, Martín. “Derecho a la propia imagen y expectativa de respeto a la privacidad”, *Estudios Constitucionales*, 17(1), 2019, p. 126.

titular para su difusión y, con esto, pretender afirmar que las redes sociales son sinónimo de espacio público.

Contemplando de esta manera el panorama tecnológico de las redes sociales, es innegable, por obvio que parezca, que las personas siguen siendo titulares de derechos humanos y su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica. Por consiguiente, en palabras del Tribunal Constitucional Español: “[...] por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal, continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de los millones de usuarios de las redes sociales en internet, siempre que no hayan prestado su consentimiento de una manera inequívoca para ser observados o para que se utilice y publique su imagen [...]”³⁴.

En ese sentido, el máximo tribunal de justicia constitucional en Colombia entiende que el uso de la propia imagen y las circunstancias fácticas en las que se genera su vulneración dependen, en principio, de que la utilización, explotación o exhibición de la imagen o fotografía de las personas se realice sin la debida autorización del titular, lo cual implica que esta lesión al derecho a la propia imagen se vincule con la violación de otros derechos como, por ejemplo, el buen nombre, la intimidad y la honra³⁵.

En síntesis, el derecho a la propia imagen refleja la identidad de la persona, por ende, su captación, reproducción o difusión, aun en contextos del uso de plataformas digitales como las redes sociales, debe contar con el consentimiento expreso e inequívoco del titular de dicha imagen, fotografía, audio o vídeo, toda vez

34 Tribunal Constitucional Español. *STC 27/2020*. Sentencia de 24 de febrero de 2020, p. 21.

35 Corte Constitucional de Colombia. *Acción de Tutela contra particulares T-050-2016*. Sentencia de 10 de febrero de 2016, p. 15.

que el entorno digital no puede ser equiparable a la noción de lugar público para prescindir de este requisito *sine qua non*.

Por lo tanto, para definir cuándo un material difundido en las redes sociales puede ser utilizado sin el consentimiento expreso de una persona se deberá analizar la proyección pública de la fotografía, imagen, vídeo o audio compartido por el propio titular del derecho. Esto significa que todo el contenido que una persona sube o comparte en las redes sociales o plataformas digitales tiene una finalidad cualitativa; en consecuencia, cuando se pretenda utilizar el contenido ajeno con una finalidad distinta a la perseguida por el titular del derecho, deberá recabarse su consentimiento expreso.

3.1.3. Vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones

Daniel Álvarez Valenzuela define el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas como: “aquel derecho, derivación o concreción del derecho a la vida privada, en virtud del cual se prohíbe a los poderes del Estado y a los particulares, la captación, interceptación, grabación y/o reproducción ilegal de una comunicación privada”³⁶. Así, al igual que sucede con el derecho a la propia imagen, la terminología plasmada en el artículo 11 de la CADH no hace una referencia expresa a la protección de la inviolabilidad de las comunicaciones; no obstante, la magistratura interamericana, en el ejercicio de su actividad hermenéutica, ha considerado que las formas de comunicación, al igual que la correspondencia, se encuentran incluidas dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada³⁷.

36 Valenzuela Álvarez, Daniel. “Inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas”, *Revista Chilena de Derecho Informático*, 5, 2004, p. 192.

37 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009,

En tal sentido, el artículo 11 mencionado protege las conversaciones realizadas por los individuos, en virtud de que la protección de la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones³⁸. Conforme a este razonamiento extensivo de la magistratura interamericana, se puede colegir que la protección que emana de este derecho se refiere a la protección de la actividad comunicativa que sostiene la persona con sus congéneres, indistintamente de su contenido o el medio por el cual se lleven a cabo estas conversaciones.

De esta manera, puede observarse que la interpretación delimitada por el tribunal interamericano se circunscribe, por obvio que parezca, a una dimensión de la actividad comunicativa desarrollada en el ámbito privado, por ende, se excluyen de esta protección aquellas comunicaciones que se producen en espacios públicos. De modo accesorio, el término “privado” precisa que una comunicación tiene este carácter cuando el remitente escoge particularmente a la persona que recibirá las llamadas, correos electrónicos o mensajes de texto. Esto implica que tanto la persona emisora como la receptora estén debidamente determinadas³⁹.

Al margen de lo expuesto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha considerado que la violación de este derecho se consuma en el momento en que se escucha, se graba, se almacena, se lee o se registra -sin el consentimiento de los interlocutores- una comunicación ajena, con independencia de que, con posterioridad, se difunda el contenido de la

párr. 55.

38 Cfr. Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil*. Sentencia de 6 de julio de 2009, párr. 114.

39 Valenzuela Álvarez, Daniel. “Inviolabilidad de las comunicaciones...”, p. 195.

conversación interceptada⁴⁰. Asimismo, la reserva de estas comunicaciones se impone solo frente a terceros, de tal forma que el levantamiento del secreto por una de las personas participantes de la comunicación no se considera violación a este derecho. Lo anterior no resulta óbice para que, en su caso, se configure una vulneración al derecho a la intimidad, dependiendo del contenido de la conversación divulgada⁴¹.

En cuanto al ámbito temporal de la protección de las comunicaciones privadas, continúa manifestando el máximo tribunal de justicia mexicano que este derecho se extiende con posterioridad al momento en el que se produce la comunicación. Esto resulta de especial importancia en aquellos casos en los que el mensaje se materializa en un objeto una vez finalizado el proceso comunicativo, ya que existen muchos medios de comunicación que, por su naturaleza, conservan el contenido de las conversaciones. En consecuencia, existirá también vulneración al derecho en aquellos casos en los que existe una injerencia realizada con posterioridad a los soportes materiales que almacenan la comunicación⁴².

En ese sentido, esta injerencia arbitraria en las comunicaciones privadas requiere de la configuración de un elemento de intencionalidad por parte del sujeto ajeno. Esto significa que deberá intervenir conscientemente en el proceso comunicativo y no como consecuencia de un error o casualidad, en este último supuesto, sostiene la magistratura mexicana, no existirá consecuencia jurídica alguna⁴³. Aunado a este elemento, deberá considerarse también lo atinente al análisis de la funcionalidad

40 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. *Amparo Directo en Revisión 1621-2010*. Sentencia de 15 de junio de 2011, p. 17.

41 *Ibidem*, p. 18.

42 *Ibidem*.

43 *Ibidem*.

interna de la plataforma o dispositivo utilizado, por medio del cual se articula o almacena la comunicación. Ello con el fin de examinar las particularidades de cada caso, para apreciar si ha existido un quebrantamiento del carácter privativo de las comunicaciones.

Así pues, la Suprema Corte mexicana consideró que, en el caso de los mensajes enviados por medio de los correos electrónicos, estos espacios están compuestos por dos elementos, a saber: un nombre de usuario (dirección de correo electrónico) y la contraseña. Esta última es de vital importancia, ya que constituye la llave personal con la que cuenta la persona usuaria para impedir que terceros puedan identificarla y acceder a su cuenta personal. Por lo tanto, la clave personal de seguridad que tiene todo correo electrónico lo reviste de un contenido privado y, por extensión, investido de todas las garantías derivadas de la protección de las comunicaciones privadas y la intimidad⁴⁴.

Por analogía, ese mismo criterio valorativo podría aplicarse a aquellos espacios de configuración de las redes sociales, pues muchos de estos medios requieren indicar un nombre de usuario y una contraseña para su acceso. Por ende, todos los mensajes que la persona usuaria envíe a otro individuo determinado, por medio de sus redes sociales, deberán considerarse amparados por la protección de las comunicaciones privadas. Esto aplica también para aquellos supuestos en los que una persona configura el acceso a su dispositivo móvil con una contraseña compuesta por una serie ordenada de números, figuras o, incluso, el reconocimiento dactilar o facial, en aquellos dispositivos más modernos.

Por lo tanto, los mensajes enviados a través de redes sociales o aquellos almacenados en el dispositivo móvil del titular estarán

44 *Ibidem*.

de igual forma protegidos por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. En consecuencia, cualquier manipulación no consentida para obtener la contraseña o modo de acceso al dispositivo móvil o cuenta de usuario de la red social, con el fin de visualizar, captar, grabar, leer o reenviar comunicaciones del titular del dispositivo, deberá considerarse dentro de las prácticas contrarias al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

3.2. El sexting como una expresión moderna amparada por el derecho a la vida privada

La fluidez informativa que existe actualmente coloca al derecho a la vida privada de las personas en una situación de mayor riesgo, debido a las nuevas herramientas tecnológicas y su utilización cada vez más frecuente. Este progreso no significa que las personas deban quedar en una situación de vulnerabilidad frente al Estado o a los particulares. De allí que el Estado tiene el deber de asumir un compromiso aún mayor, con la finalidad de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada⁴⁵.

Por tal motivo, al ser la CADH un instrumento internacional tendiente a la promoción, protección, respeto y garantía de los derechos humanos, es concebido como un estamento jurídico vivo, cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales⁴⁶. Es decir, que a través de la actividad hermenéutica

45 Cfr. Corte IDH. *Caso Escher y otros vs. Brasil...*, párr. 115.

46 Cfr. Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-16/99. El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. De 1 de octubre de 1999, párr. 114.

de la Convención sus disposiciones deben ser magnificadas de forma que se propicie una reinterpretación del concepto, alcance y pensamiento normativo del derecho en cuestión, procurando hacer extensiva su aplicabilidad a otros supuestos de hecho y de derecho que no existían en el momento de promulgarse la CADH.

En ese orden de ideas, puede afirmarse que el *sexting* es una práctica sexual que está protegida por el derecho a la vida privada, el cual se encuentra inicialmente amparado en la dimensión relativa a la sexualidad del individuo. Ello conforme a que un sujeto, dentro del ejercicio de su autonomía de voluntad, elige con quién entablará y experimentará esta nueva forma de tener intimidad. Así, cada ser humano que interviene en esta práctica va a consentir, establecer y definir la persona, contenido, modo y medio que utilizará para llevar a cabo la actividad sexual de carácter no coital, con ánimo obtener placer sexual, ya sea unilateral o recíprocamente.

Asimismo, salvo ciertas situaciones debidamente tasadas, el *sexting* se relaciona con el derecho a la propia imagen, toda vez que durante esta actividad las personas tienen la potestad de crear contenido de naturaleza sexual de sí mismas, y decidir qué parte de su cuerpo será mostrada al interlocutor a través de fotografías, vídeos o audios. Aunado a esto, cabe mencionar que el derecho a la propia imagen durante las actividades de *sexting* siempre tendrá una proyección privativa, por lo que el contenido compartido es exclusivo de los sujetos intervinientes. Por ningún motivo deberá considerarse que el envío de este contenido, ya sea a título oneroso o gratuito, autoriza automática e inequívocamente a cualquiera de las personas interlocutoras a mostrar, reproducir o difundir las imágenes, fotografías o audios compartidos a terceras personas ajenas a esta práctica.

Por otro lado, el *sexting* también se relaciona con la dimensión del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, en cuanto es una actividad comunicativa de cada individuo que se articula a través del uso de plataformas digitales. Estas permiten el intercambio de correspondencia virtual, ya sea mediante mensajes de texto, mensajes multimedia o correos electrónicos, por medio de los cuales cada individuo realiza una acción de expresar o describir la actividad sexual sostenida con su congénere. Por esta razón, el contenido de dicha comunicación es de naturaleza privada, pues expone los aspectos más íntimos de una persona debidamente individualizada. De esta manera, todo el contenido de la comunicación es exclusivo de las personas interlocutoras, y por ninguna circunstancia deberá considerarse que una de ellas puede revelar las comunicaciones de *sexting* a otra persona, ya que esto implicará, *per se*, la violación al derecho a la intimidad, toda vez que se están exponiendo los aspectos íntimos que un individuo ha decidido mantener fuera del conocimiento público.

En síntesis, la práctica del *sexting* se erige actualmente como un fenómeno social, cultural y jurídico propio de los tiempos modernos, el cual, sin lugar a dudas, ha sido propiciado por el surgimiento, uso generalizado y globalización de las nuevas tecnologías de la información y comunicación. En consecuencia, el *sexting* es una actividad personalísima de cada ser humano que encuentra su punto de partida en la sexualidad, espacio en el que, a su vez, convergen otras manifestaciones del derecho a la vida privada, tales como la propia imagen y la inviolabilidad de las comunicaciones. Por consiguiente, es una práctica enmarcada en el ejercicio del derecho a la vida privada y, por extensión, amparada en el derecho a la protección de la honra y de la dignidad consagrado en el artículo 11 del Pacto de San José.

Esta nueva manera de interrelacionarse supone también una pérdida del control de información y del núcleo esencial de las

actividades que legítimamente una persona decide mantener fuera del conocimiento público. De esta forma, se propicia el surgimiento de nuevas problemáticas jurídicas y, con ello, nuevos modos de afectación al derecho a la vida privada que se originan en el entorno digital, dando como resultado que, en el marco de la práctica del *sexting*, en muchas de las ocasiones las principales afectadas sean las mujeres.

4. Las consecuencias del *sexting* como nuevas modalidades de violencia de género contra las mujeres

El artículo 1.1 de la CADH establece dos grandes obligaciones para los Estados parte del instrumento internacional, en relación con los habitantes que se encuentran sometidos a su jurisdicción. La obligación de respeto, la cual implica una noción axiológica jurídica de carácter negativo, que se traduce en la abstención de los agentes estatales de coartar o intervenir arbitrariamente en el goce y ejercicio de los derechos humanos; y la obligación de garantía, la cual supone que todo Estado, en su objetivo de salvaguardar los derechos convencionales, deberá adoptar todas aquellas medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que permitan hacer efectiva la plena realización de los fines perseguidos por la CADH⁴⁷.

De acuerdo con lo anterior, las obligaciones emanadas del Pacto de San José también se extienden a las relaciones entre particulares, a partir de la denominada teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares

47 *Cfr.* Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 165 y 166.

en relación con otros particulares⁴⁸. Esto significa que las obligaciones *erga omnes* de protección contraídas por el Estado irradian en el resto del ordenamiento jurídico del país en cuestión, generando un efecto expansivo de derechos humanos que alcanza las relaciones interindividuales de los sujetos. Por tal motivo, los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, teniendo así una obligación y deber axiológico de abstenerse de generar afectaciones a los derechos humanos de sus congéneres.

En esta misma línea de pensamiento, y en relación particular con el derecho a la vida privada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que el deber de abstención a interferir arbitrariamente en la vida privada y familiar de un individuo se extiende a las relaciones entre individuos⁴⁹. En consecuencia, un Estado podría violar el derecho a la vida privada, y con ello comprometer su responsabilidad internacional ante una corte supranacional, cuando no investiga, juzga y sanciona las conductas de los particulares que han generado una violación al derecho a la vida privada. Asimismo, cuando no adopta disposiciones de derecho interno orientadas a suplir los vacíos en la legislación que no garantizan el estatus jurídico de la persona, dejándola totalmente desprotegida frente a cualquier amenaza o afectación por parte de terceros⁵⁰.

En ese sentido, al ser el *sexting* una actividad personalísima de cada individuo, según la cual dentro de su autonomía de voluntad y sentidos define el tipo y forma en que se desenvolverá su vida

48 Cfr. Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. De 17 de septiembre de 2003, párr. 140.

49 Cfr. ECHR. *Case of X and Y v. The Netherlands*. Judgement of 26 March, 1985, párr. 23.

50 Cfr. Corte IDH. *Caso Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala*. Sentencia de 14 de octubre de 2019, párr. 59.

privada, naturalmente el grado de afectación a este derecho provendrá, de manera mayoritaria, de las relaciones sostenidas con otros particulares, ya sea con la persona con la que está sosteniendo *sexting* o con un tercero ajeno a esta relación.

En atención a lo anterior, existirá afectación al derecho a la vida privada en el contexto de la práctica del *sexting* cuando cualquiera de los intervinientes, o un tercero, realiza acciones de coacción, amenazas, violencia o chantaje, con la finalidad de privar del libre consentimiento a una persona para sostener *sexting*, anulando, consecuentemente, el control de la libertad de decisión del ser humano para determinar la persona con la cual sostendrá relaciones íntimas de carácter no coital.

Asimismo, existirá vulneración al derecho a la vida privada cuando cualesquiera de los sujetos intervinientes en su actividad de *sexting*, o un tercero ajeno a esta acción, revela, reproduce o difunde, a título oneroso o gratuito, los mensajes, fotografías, audios o vídeos de naturaleza sexual creados y compartidos por alguno de los individuos intervinientes. Igualmente, cuando un tercero ajeno graba, escucha, almacena, lee, registra o fuerza el acceso a la plataforma o dispositivo digital en el que se almacena la conversación del *sexting* y la reproduce, difunde o revela hacia el público, sin el consentimiento de los titulares de dicha comunicación.

En síntesis, el entorno digital ha ocasionado, sin lugar a dudas, el surgimiento de nuevas modalidades de afectación al derecho a la vida privada de las personas en este espacio. La principal afectada de estos actos de difusión, reproducción, grabación y revelación del contenido o conversaciones íntimas hacia el público ha resultado ser la mujer, debido a que el entorno social y cultural actual es aún muy sexista, toda vez que se siguen promoviendo los estereotipos y creencias en

torno a la identificación y comportamiento de roles, violencia simbólica y sexualización de las mujeres⁵¹. Incluso se da el caso, paradójicamente, de que cuando se difunde una foto íntima de una mujer en el entorno digital suele acusársele a ella misma como la culpable.

4.1. Consecuencias negativas del sexting

Para efectos del presente estudio, y sin ánimo de ser restrictivo en la multiplicidad de tipologías de trasgresiones que podrían derivarse de la actividad del *sexting*, resulta necesario analizar las consecuencias negativas más comunes que se presentan cuando se posee, difunde o revela el contenido íntimo o conversaciones de las personas durante esta práctica moderna de intimidad. Interesa particularmente determinar su calificación como nuevas modalidades de violencia de género en perjuicio de las mujeres, de manera que se destacan las siguientes.

a) Ciberacoso o ciberbullying

El ciberacoso es un modo de invasión en el mundo de la vida privada de una persona de forma repetida, disruptiva y sin su consentimiento, que se articula a través de insultos, amenazas, vejaciones o chantaje, utilizando para ello las facilidades que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación⁵².

51 Cfr. Estébanez, Ianire. *Guía didáctica: la ciberviolencia hacia las adolescentes en las redes sociales*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Eco edición, Andalucía, 2018, p. 8.

52 Cfr. Albero Torres, Cristóbal y otros. *El ciberacoso como forma de ejercer la violencia de género en la juventud: un riesgo en la sociedad de la información y del conocimiento*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2013, p. 31.

Tal modalidad implica un comportamiento de acoso repetitivo hacia una o varias personas; por consiguiente, un caso aislado de intrusión en la vida íntima de un individuo, utilizando estas tecnologías, no deberá considerarse *per se* como ciberacoso⁵³.

En tal sentido, este fenómeno se configura por un alto componente psicosocial, según el cual se observa y analiza la forma en la que se percibe el ciberacoso. También influyen los efectos causados en la vida privada de la víctima, los cuales provocan una interrupción en su correcto desenvolvimiento en el ámbito laboral, académico o en el estado general de bienestar personal⁵⁴.

En el contexto del *sexting*, el ciberacoso puede presentarse *ex ante facto* o *ex post facto* al acto de revelación, publicación o difusión del contenido íntimo. El agresor ejerce dominación sobre la víctima mediante estrategias intimidantes o vejatorias, tales como la suplantación de identidad, por medio de la cual crea perfiles falsos, comúnmente en las redes sociales, para hostigar a la víctima con la amenaza o acción de revelar contenido de naturaleza sexual, así como proferir expresiones peyorativas o de descrédito, las cuales pueden estar dirigidas directamente hacia la persona perjudicada, o sus amigos y familiares⁵⁵.

Asimismo, el ciberacoso incluye conductas como la vigilancia de las actividades de la víctima en la red, ataques cibernéticos dirigidos al ordenador o dispositivo de la persona afectada para obtener datos privados, o proferir burlas y humillación acerca de los rasgos físicos de la persona perjudicada, una vez que se ha difundido su contenido íntimo. Esos actos pueden ser provocados directamente por el interlocutor con el que se sostiene o sostuvo

53 *Ibidem*, p. 34.

54 *Ibidem*, p. 32.

55 *Ibidem*, p. 35.

una práctica de *sexting*, o un tercero ajeno a dicha relación⁵⁶. Todo esto puede provocar daños psicológicos en la persona, generando incluso, en algunos casos, consecuencias fatales como el suicidio⁵⁷.

b) Sextorsión

La sextorsión es uno de los ciberdelitos más frecuentes a los que se enfrentan las mujeres en su condición de víctimas, como consecuencia del *sexting*⁵⁸. Su composición lingüística es el resultado de un neologismo que unifica la palabra inglesa *sex*, entendida desde su acepción relativa a la actividad sexual de un individuo, y la palabra extorsión, la cual implica, según Guillermo Cabanellas de Torres, una “usurpación o despojo, por la fuerza, de una cosa perteneciente a otro”⁵⁹.

Así pues, dentro del contexto del *sexting* se puede colegir que el término sextorsión alude a un acto por medio del cual una persona, con ánimo de lucro o con el propósito de obtener un beneficio de naturaleza sexual, ejerce presión sobre otra, con violencia, intimidación, amenaza o chantaje de divulgar las fotografías, vídeos, audios o conversación sostenida y compartida por uno o ambos protagonistas durante la práctica del *sexting*. Ello con la intención de que la víctima realice u omita un determinado acto o negocio jurídico en perjuicio de su propio patrimonio o integridad personal.

56 *Ibidem*.

57 *Ibidem*, p. 31.

58 *Cfr.* Estébanez, Ianire. *Guía didáctica: la ciberviolencia...*, p. 3.

59 De Torres Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Heliasta, p. 132.

Lo anterior supone también la existencia de un ejercicio de dominación de parte del agresor hacia la víctima, en virtud de que esta conducta lesiva se da una vez que el agresor está en posesión del contenido íntimo de uno o ambos protagonistas del *sexting* y amenaza o chantajea a la víctima con mostrar a terceros este material, a fin de conseguir de ella ya sea dinero o dominio de voluntad, continuar obteniendo material sensible o generar una victimización social⁶⁰.

c) Pornovenganza

Algunos ordenamientos jurídicos han optado por modernizar su codificación penal al impulsar propuestas para establecer el delito de pornovenganza dentro de los delitos informáticos. Este consiste en una conducta en la que una persona, sin la autorización del sujeto afectado, difunde, revela, envía, distribuye o de cualquier forma pone a disposición de terceras personas imágenes, grabaciones de audio o audiovisuales de naturaleza sexual, producidas en un ámbito de intimidad, que el autor hubiera recibido u obtenido con el consentimiento de la víctima, cuando la divulgación menoscabe gravemente su privacidad⁶¹. Asimismo, esta tipología se verá agravada cuando el hecho transgresor sea cometido por una persona que esté o haya estado unida a la víctima por razón de matrimonio o relación análoga de afectividad, aun sin convivencia⁶².

60 Castillo Rugama, Karen y otros. *Delitos informáticos presentes en las redes sociales en Nicaragua y su correspondiente aplicación al sistema jurídico penal*, León, 2016, p. 80.

61 Proyecto de Código Penal de la Nación de Argentina, artículo 493, Ediciones Saij, 2019, disponible en: http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/20/2572/proyecto_codigo-penal.3.pdf

62 *Ibidem*.

En síntesis, todas estas consecuencias negativas sobrevenidas por la práctica del *sexting* se circunscriben a un acto de posesión de material sensible e íntimo de la víctima por parte del agresor, quien ejerce un control o dominación sobre las decisiones más íntimas de la mujer, a partir de la amenaza, intimidación o chantaje de difundir dicho contenido sexual en su entorno familiar, laboral o social. Todo ello a sabiendas de que el hecho de difundir este contenido en el espacio digital genera un mayor impacto y viralización, en cuanto el cuerpo de la mujer es comúnmente sexualizado en comparación con el cuerpo del hombre, produciendo un mayor deseo o morbo por ser visto⁶³. A esto habría que agregar que ese patrón se verá mucho más agravado en un contexto sociocultural de fuerte presencia del fenómeno del machismo.

Al margen de lo expuesto, el artículo 1 de la Convención Belém do Pará establece que la conceptualización de violencia contra la mujer implica toda acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado. Por su parte, la Corte IDH ha considerado que no toda violación a un derecho humano en perjuicio de la mujer conlleva *per se* una violación a las disposiciones de la Convención Belém do Pará⁶⁴.

Con base en esa línea de pensamiento, la Corte IDH ha considerado que la violencia contra las mujeres es una manifestación de costumbres sociales que las relegan a una posición de subordinación y desigualdad, colocándolas, en consecuencia, en una situación de desventaja en comparación con

63 Cfr. Díaz-Coral, Milena Ana. “El cuerpo femenino sexualizado: entre las construcciones de género y la Ley de Justicia y Paz”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 17, 2010, pp. 386-387.

64 Cfr. Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 279.

los hombres. Por lo tanto, la violencia contra las mujeres implica un ejercicio desigual de distribución del poder; es entendida como toda conducta dirigida a afectar, comprometer o limitar el libre desenvolvimiento de la personalidad de estas⁶⁵. Supone la existencia de una forma concreta de daño especialmente dirigido hacia las mujeres en los términos del artículo 2 de la Convención Belém do Pará, así como la afectación diferenciada⁶⁶.

En ese sentido, las consecuencias negativas del *sexting*, como el ciberacoso, la sextorsión y la pornovenganza, se erigen como nuevas formas de violencia contra las mujeres, toda vez que el agresor es consciente del temor fundado de la víctima de que su contenido íntimo sea conocido por su entorno familiar, social, laboral o por el público en general, así como también de las consecuencias que podrían sobrevenir hacia su reputación por el acto de divulgación. De manera que, valiéndose de ese factor, el agresor controla mediante diversas artimañas la autonomía de voluntad de la mujer, y con ello inhibe el libre desenvolvimiento de su personalidad, colocándola en una posición de subordinación y desigualdad en comparación con el hombre. Ello por cuanto el cuerpo de la mujer, en sí mismo, es socialmente más sexualizado que el del hombre y, por ende, las fotografías, vídeos, audios o conversaciones en las que se revele la identidad de la mujer tendrán un mayor impacto social con respecto a la difusión del contenido de un hombre.

Por último, estas consecuencias constituyen un acto concreto de violencia en los términos del artículo 2 de la Convención Belém do Pará, en razón de que están orientadas a afectar el

65 Cfr. Clérico, Laura y Novelli, Celeste. “La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 12(1), 2014, p. 25.

66 Cfr. Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 295.

entorno psicológico y, en algunas ocasiones, el patrimonio de la mujer, así como de que ocurren en el entorno o unidad familiar, doméstica o cualquier otra relación interpersonal.

5. Conclusiones

Habiendo realizado una exploración, análisis y descripción del fenómeno del *sexting*, sus características esenciales en el entorno digital, su constitución como una práctica moderna del derecho a la vida privada amparada por la CADH, y las consecuencias negativas derivadas de esta actividad, para finalizar el presente artículo y dar cumplimiento al objetivo fijado en la introducción se puede concluir lo siguiente.

Primero, el *sexting* es una práctica íntima de las personas que ha proliferado por el uso de las tecnologías de la información y la comunicación. Esto ha ocasionado que surjan nuevas formas en las que los seres humanos interactúan con sus congéneres, estableciendo nuevos modos de relaciones sociales en los cuales, inevitablemente, se presentará el factor de expresar y experimentar formas de obtener placer sexual en el entorno digital. El *sexting* es una práctica moderna de tener intimidad que se encuentra amparada por el derecho a la vida privada, ya que convergen múltiples manifestaciones de este derecho, tales como la sexualidad, la propia imagen y la inviolabilidad de las comunicaciones, las cuales gozan de las mismas prerrogativas de protección que en la era analógica. En consecuencia, el intercambio de contenido íntimo que se da con el consentimiento de uno o ambos participantes no significa *per se* una autorización expresa para que otra persona utilice el material íntimo sin la autorización de su titular.

Segundo, al constituir el *sexting* un nuevo modo en que los seres humanos deciden manifestar ciertos aspectos de su vida privada, supone también el surgimiento de determinados actos transgresores que afectan la esfera de derechos de la persona en un entorno digital, y de manera particular los derechos de las mujeres. Por tal motivo, el ciberacoso, la sextorsión y la pornovenganza son nuevas formas de violencia de género en contra de las mujeres que se propician en un entorno digital, en algunas ocasiones sin que siquiera medie contacto físico.

Tercero, producto de que el entorno digital supone una pérdida del control de información y, sobre todo, una amenaza a las actividades que legítimamente la mujer decide mantener fuera del conocimiento público, dentro del ejercicio de su potestad soberana y convencional los Estados deberán emprender acciones concretas orientadas a educar a las personas en el uso responsable de las tecnologías de la información y la comunicación, impulsando campañas destinadas a difundir el alcance de los derechos y límites en el entorno digital.

Asimismo, deben adoptar disposiciones de derecho interno orientadas a tipificar aquellas conductas de carácter penal o civil que impliquen una afectación a los derechos de las mujeres en el entorno digital, estableciendo procedimientos judiciales expeditos para sancionar las conductas generadas por la práctica del *sexting*.

Aunado a ello, deben fortalecer las competencias de los órganos estatales encargados de investigar y ejercer la acción público-penal en casos de vulneración a derechos humanos que se originan en el entorno digital, especialmente en situaciones en las que se configure el ciberacoso, la sextorsión y la pornovenganza en perjuicio de las mujeres. Todo esto con la finalidad de que dichos actos transgresores no queden en la impunidad y, por extensión, sean tolerados por los Estados.

Finalmente, la comunidad internacional tiene el gran reto de emprender acciones orientadas a generar instrumentos internacionales por medio de los cuales los Estados se obliguen a supervisar a las empresas propietarias de las plataformas tecnológicas en las cuales se propicia el intercambio de información privada. Ello con motivo de que dichas empresas implementen dentro de sus políticas internas mecanismos efectivos orientados a garantizar y reforzar la protección de datos personales, así como a proteger la esfera de la vida privada de cada individuo en el entorno digital contra posibles amenazas de terceros.

Los argumentos de admisibilidad en la Opinión Consultiva OC-17

*Sergio Ruiz Díaz Arce**

Introducción

La protección de los niños, niñas y adolescentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) puede ser caracterizada como un proceso marcado por el reconocimiento y la afirmación de derechos, a través de la jurisprudencia y la actuación de los órganos del sistema como garantes de cumplimiento. Si bien la puerta de acceso al SIDH se encuentra establecida en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la falta de precisión en el contenido y alcance de esta norma hizo que la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) fuera puesta en movimiento de forma reiterada y, sobre todo, ante las constantes violaciones de derechos humanos por parte de los Estados miembros.

En ese contexto, el tribunal se pronunció por medio de la Opinión Consultiva OC-17, a la que denominó “Condición

* Abogado por la Universidad Nacional de Asunción. Magíster en Derecho por la Universidad de Brasilia. Desarrolla investigación de doctorado en el Programa de Posgraduación en Derecho de la Universidad de Brasilia. Integra el Grupo de Investigación Retórica, Argumentación y Juridicidades -GPRAJ-.

Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, a fin de intentar ofrecer delimitaciones y acuerdos acerca de la norma en cuestión. La OC-17 pasó a constituir un precedente jurídico importante dentro del SIDH, y muy especialmente para los derechos de la niñez, debido a que se refiere de manera específica a la condición jurídica de los niños, niñas y adolescentes dentro del sistema, así como también a la obligación de protección que tienen la familia, la sociedad y el Estado para garantizar el real y efectivo cumplimiento de todos sus derechos. Por medio de la OC-17, además, la Corte IDH utilizó por primera vez su función consultiva para referirse a los derechos de esta población en el SIDH, atendiendo a la solicitud presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Esta función consultiva o no contenciosa de la Corte IDH, la cual no debe ser confundida con su función jurisdiccional o contenciosa¹, se rige por las disposiciones del artículo 64 de la

1 Al respecto, el juez Eduardo Vio Grossi ha manifestado que “la Convención utiliza términos diferentes para referirse a la competencia contenciosa y a la competencia consultiva o no contenciosa de la Corte. No debe ser entendida como casual la distinción que efectúa entre una y otra, así como tampoco la diferencia de los términos que emplea respecto a cada una de ellas, máxime cuando no les asigna a ellos un significado especial”. Vio Grossi, E. “La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Jurídica Digital UANDES*, 2(2), 2018, 200-214, p. 206.

CADH² y de conformidad con su propio reglamento³. Conforme a estas normativas, puede decirse que la función consultiva constituye un medio de consulta al tribunal en relación con la interpretación de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, así como también en relación con la compatibilidad entre leyes internas de los Estados y los mencionados instrumentos internacionales⁴. No obstante, a pesar de la amplitud del artículo 64, la propia Corte IDH ha señalado también que esta no puede ser confundida con la ausencia de requisitos de admisibilidad o la inexistencia de límites en la función consultiva que ella tiene⁵. Por

-
- 2 El art. 64 de la CADH señala que: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”. Asimismo, lo expuesto es reiterado en el art. 2 del Estatuto de la Corte IDH: “La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención. 2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención”. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, vigente a partir del 18 de julio de 1978.
 - 3 Cfr. Corte IDH. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. Título III “De las opiniones consultivas”.
 - 4 Cfr. Hitters, J. C. “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, 2008, 131-155, p. 150; Nikken, P. “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 1999, 161-181, p. 176.
 - 5 Cfr. Corte IDH. *Otros tratados. Objeto de la función consultiva de la corte* (art.

lo tanto, el trayecto recorrido desde la solicitud hasta la admisión del pedido lleva consigo un proceso de análisis, discusiones y desarrollos argumentativos en el interior del tribunal, a fin de ofrecer una respuesta al pedido formulado.

En este sentido, más allá del impacto y de los efectos producidos por la OC-17 en la jurisprudencia de la Corte IDH desde su publicación⁶, cabe cuestionarse también acerca del proceso de admisión realizado por esta opinión consultiva y, muy especialmente, en relación con los argumentos utilizados por el tribunal durante el proceso de admisibilidad. Por ello, resulta adecuado reconstruir el camino realizado por la OC-17 a través de un análisis de los argumentos de la Corte IDH durante dicho proceso.

En cuanto a la metodología empleada, se recurrió a un diagrama de representación de argumentos basado en la teoría de la argumentación jurídica, a fin de identificar y examinar las premisas que fueron utilizadas por el tribunal, es decir, las razones expuestas, la línea argumentativa y la conclusión obtenida. El objetivo de este trabajo es ilustrar las justificaciones de la Corte IDH en el proceso de admisibilidad de la OC-17.

Esta investigación encuentra fundamento en la necesidad de afianzar los estudios en nuestra disciplina y contribuir con los

64 de la CADH). Opinión Consultiva OC-1 de 24 de setiembre de 1982. Serie A N.º 1, párr. 18.

6 Cfr. Argentieri, C. “La interpretación del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿fueron superados los estándares establecidos en la Opinión Consultiva N.º17?” *American University International Law Review*, 27(3), 2012, 581-610; Beloff, M. *Derechos del niño: su protección especial en el Sistema Interamericano. Análisis sistemático de fallos fundamentales*. Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 553.

debates acerca de los derechos de la niñez en Latinoamérica, principalmente en lo relacionado con la protección de los niños, niñas y adolescentes dentro del SIDH, a través de la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH. Ello debido a que se considera que las argumentaciones y los acuerdos realizados por este tribunal favorecen el fortalecimiento de los derechos humanos, tanto en el SIDH como dentro de los sistemas nacionales de protección, y colaboran con garantizar el cumplimiento real y efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la región.

1. Acerca del pedido formulado por la CIDH

El lugar de inicio y punto de conexión entre los derechos del niño y el SIDH se encuentra establecido en el artículo 19 de la CADH, la primera norma dentro del sistema que hace referencia específica a los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes, constituyendo así la base del reconocimiento jurídico y protección especializada en la región. El artículo 19 establece que: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. No obstante, el alcance y el contenido de esta norma han planteado también una serie de cuestionamientos relacionados con su interpretación y aplicación. Al respecto, puede mencionarse la falta de claridad o delimitación precisa en torno a los conceptos de “niño” y “medidas de protección”, así como también en relación con la función atribuida a la familia, la sociedad y el Estado como operadores responsables de estas medidas de protección.

Ante esta situación, y en razón de lo que dispone el artículo 64.1 de la CADH, el 30 de marzo de 2001 la CIDH sometió a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva respecto de la

interpretación de los artículos 8 y 25 de la CADH. El pedido tenía como propósito determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 constituyen límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados en relación con los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, requirió al tribunal la formulación de criterios generales válidos relativos a la materia dentro del marco de la CADH⁷.

En su pedido, la CIDH sostuvo que:

[E]n distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por ende también otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia⁸.

Asimismo, de acuerdo con la CIDH, en el momento de dictar las medidas especiales de protección consagradas en el artículo 19 las autoridades estatales utilizan las siguientes “premisas interpretativas” que tienden al debilitamiento de las garantías judiciales de los niños, niñas y adolescentes:

7 Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N.º 17, párr. 1.

8 *Ibidem*, párr. 2.

[...] a. Los menores son incapaces de juicio pleno sobre sus actos y por consiguiente su participación por sí o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal.

b. Esa carencia de juicio y personería es presumida por el funcionario judicial o administrativo, que, al tomar decisiones que entiende basadas en lo que considera los “mejores intereses del niño”, deja en segundo plano esas garantías.

c. Las condiciones del entorno familiar del niño (situación económica y de integración familiar, falta de recursos materiales de la familia, situación educacional, etc.) pasan a ser factores centrales de decisión respecto al tratamiento cuando un niño o adolescente es puesto bajo la jurisdicción penal o administrativa para decidir su responsabilidad y su situación en relación con una presunta infracción, o para la determinación de medidas que afectan derechos como el derecho a la familia, a la residencia o a la libertad.

d. La consideración de que el menor está en situación irregular (abandono, deserción educativa, falta de recursos de su familia, etc.) puede usarse para intentar justificar la aplicación de medidas normalmente reservadas como sanción para figuras delictivas aplicables sólo bajo debido proceso⁹.

Por ello, la CIDH solicitó a la Corte IDH pronunciarse específicamente acerca de la compatibilidad de algunas medidas especiales de protección adoptadas por los Estados y su relación con los artículos 8 y 25 de la CADH, tales como:

a) La separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisor y sin debido

9 *Ibidem*, párr. 3.

proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento;

b) La supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárselos abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor [;]

c) La aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;

d) La tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor [; y]

e) [L]a determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación¹⁰.

De esta manera, la Corte IDH, en ejercicio de su función consultiva, pasó a analizar la solicitud formulada por la CIDH, sometiéndola a un examen de admisibilidad con el objetivo de determinar si cumplía con los requisitos para obtener respuesta. A efectos de realizar un análisis de la argumentación del tribunal en relación con el pedido presentado, será utilizado un diagrama de representación de argumentos.

¹⁰ *Ibidem*, párr. 4.

2. Metodología de análisis

La preocupación por el análisis argumentativo en los tribunales de justicia guarda relación con el requisito de justificar las decisiones judiciales en el contexto de un Estado democrático de derecho¹¹. Ello ha dado como resultado una progresiva relevancia de las teorías de la argumentación jurídica y respecto de la labor que desempeñan los magistrados judiciales. De este modo, el carácter central del argumento se debe, entre otras razones, a la pérdida de legitimidad por la simple autoridad o tradición, siendo entonces la persuasión racional un elemento importante como fuente de legitimidad.

A su vez, la teoría estándar de la argumentación jurídica centra sus estudios en las condiciones de justificación de los argumentos, con pretensiones descriptivas y prescriptivas¹². No obstante, dentro de esta teoría de la argumentación es posible distinguir varias formas de comprensión y estudio, razón por la cual Atienza (2013) identifica algunos elementos que configuran el concepto de argumentación en el derecho¹³. A partir de allí, establece una serie de concepciones para interpretar esos elementos comunes, clasificándolas en formal, material y pragmática¹⁴. Siguiendo estas tres concepciones, dicho

11 Cfr. MacCormick, N. *Retórica y Estado de Derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. (J. Á. Salvador, trad.). Lima, Palestra Editores, 2016.

12 Cfr. Atienza, M. *Las razones del derecho: teoría de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2005, pp. 6-7.

13 Según este autor, los elementos que componen el concepto de argumentación, en un nivel muy abstracto, serían: 1. una acción relativa a un lenguaje; 2. presupone siempre un problema; 3. supone tanto un proceso, una actividad, como el producto o resultado de esa actividad; 4. es una actividad racional, en el doble sentido de que es una actividad orientada a un fin y en el de que hay criterios para evaluar una argumentación.

14 Conforme Atienza (*ibidem*): “[l]a concepción formal ve la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar, en el sentido de que hace abstracción

autor considera posible construir una teoría que permita una argumentación más sólida y resistente, contemplando abordajes relativos a la lógica formal, la lógica material y la retórica-dialéctica.

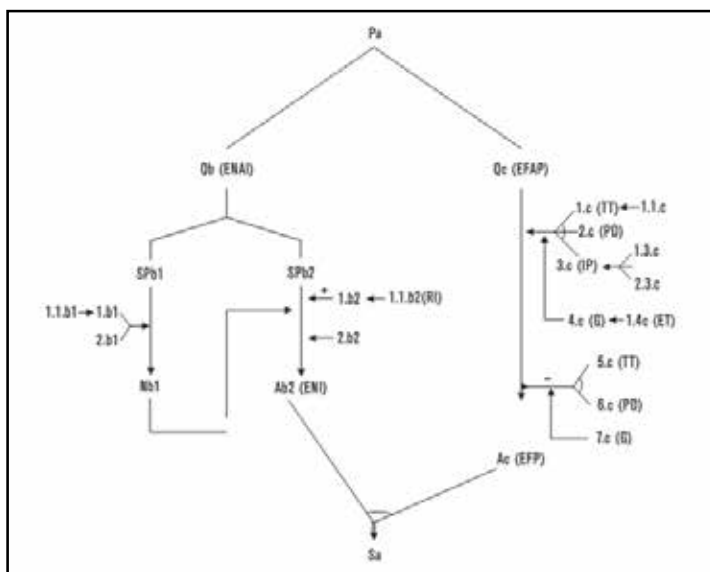
Asimismo, señala que para construir un modelo de análisis de decisiones judiciales se hace necesario responder a las siguientes cuestiones que comúnmente aparecen en el campo del derecho: ¿cómo analizar, cómo evaluar, y cómo argumentar? Según este autor, las dos primeras constituyen operaciones “*ex post*”, o bien con base en una argumentación ya establecida, mientras que la última constituye una operación “*ex ante*”. Sin embargo, esto no significa necesariamente que en las dos primeras operaciones estemos frente a una posición de observador o espectador, ni que en la última sea asumida una posición de participante¹⁵.

del contenido de verdad, o de corrección de las premisas y de la conclusión. Responde a problemas de naturaleza formal: si a partir de enunciados -premisas- de tal forma, se puede pasar a otro -conclusión- de otra determinada forma. [...] Para la *concepción material*, lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los mismos verdaderos o correctos: los hechos naturales o institucionales a que se refieren esos enunciados. Responde al problema de en qué debemos creer o qué debemos hacer; o sea, no problemas formales, sino materiales: explicar, descubrir o predecir un acontecimiento, recomendar o justificar un curso de acción, etc. [...] Finalmente, la *concepción pragmática* contempla la argumentación como un tipo de actividad lingüística, como una serie de actos de lenguaje o un acto de lenguaje complejo; lo que se privilegia, por tanto, no es la dimensión sintáctica o semántica del lenguaje, sino la pragmática. Lo que desencadena la argumentación son problemas relativos a lograr la persuasión de un auditorio, o a interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico”.

- 15 Al respecto, Atienza explica que no es posible afirmar que “la primera operación (el análisis) consista simplemente en describir, mientras que en las dos siguientes lo que se haría es prescribir: analizar un texto argumentativo supone tomar determinadas decisiones (por ejemplo, entender que hay una determinada premisa implícita); la evaluación requiere un tipo de análisis conceptual que no podría calificarse simplemente de prescriptivo; y «cómo argumentar» es obviamente una pregunta ambigua, que puede entenderse en el sentido de cómo debe argumentarse o en el de cómo se argumenta de hecho”. Atienza, M. *Curso*

Para los fines de esta investigación será considerada apenas la primera operación *ex post*, es decir, ¿cómo analizar las argumentaciones?, para luego realizar el análisis de los argumentos presentados por los jueces de la Corte IDH en el proceso de admisibilidad realizado por la OC-17. Con el objetivo de identificar los argumentos que fueron utilizados por el tribunal¹⁶, como instrumento de análisis se recurrirá al siguiente diagrama de representación propuesto por Atienza:

Gráfico 1
Diagrama de representación de los argumentos



Fuente: Atienza, 2013, p. 427

de argumentación jurídica. Trotta, 2013, pp. 423-424.

16 Según Atienza, “[u]na argumentación es el conjunto de pasos, actos de lenguaje y enunciados que median entre el planteamiento de una pregunta inicial -el problema que da lugar a la argumentación- y la respuesta a la misma -la solución-. Un argumento es una razón a favor o en contra de una determinada tesis; las argumentaciones no constan exclusivamente de argumentos. Y una línea argumentativa es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido: a defender una tesis o a atacarla” (*ibidem*, p. 425).

De este modo, la argumentación comienza con la formulación de un problema, representado por la letra P mayúscula, que posee un contenido proposicional a . A partir de allí, el argumento es dividido en dos ramas, lo que significa que la solución del problema depende de dos cuestiones (cada una representada por la letra Q , que antecede a la letra proposicional). Así, en el lado izquierdo se tiene una cuestión de tipo interpretativa (Qb) y a la derecha, una cuestión de tipo probatoria (Qc)¹⁷. Posteriormente, de ambas ramas se desprenden las premisas y sus razones.

Habiendo hecho estas consideraciones en relación con el modelo de análisis, se debe señalar que, para los fines de este trabajo, será considerado únicamente el lado interpretativo (Qb) del diagrama de representación, debido a las particularidades del problema en cuestión, el cual carece de elementos probatorios para ser analizados. Conforme a estas precisiones, será elaborado un esquema de representación para delimitar la estructura de admisibilidad de la OC-17.

3. La estructura argumentativa de la OC-17 a partir de su admisibilidad

Como se indicó, el problema planteado en la OC-17 es de carácter interpretativo, por ello, solo el lado izquierdo del diagrama será considerado para el análisis de la decisión. Así, los elementos de esta fueron identificados de la siguiente manera:

17 *Ibidem*.

Tabla 1
Contenido del diagrama de admisibilidad de la OC-17

Elementos	Descripción
Pa ¹⁸	¿Cómo interpretar los artículos 8 y 25 de la CADH, para determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de esta constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación con los niños, niñas y adolescentes?
Qb (ENAI) ¹⁹	¿La Corte IDH está investida de facultades para interpretar por vía consultiva el pedido formulado, conforme dispone el artículo 64 de la CADH?
SPb1 ²⁰	Inadmisibilidad
SPb2 ²¹	Admisibilidad
1. b1 ²²	Constituye una invitación para desarrollar una especulación puramente académica
1.1. b1 ²³	Debilita el nuevo sistema establecido por la CADH
2. b1 ²⁴	El pedido de la CIDH presenta vaguedad y carece de sentido
Nb1	Negación de las razones expuestas por SPb1
1. b2 ²⁵	Necesidad de interpretación para atender a la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales
1.1. b2 (RI) ²⁶	Principio de buena fe
2. b2 ²⁷	Abordar la interpretación de un Tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en uno de los Estados miembro del Sistema Interamericano
Ab2 (ENI) ²⁸	La Corte IDH estima que debe examinar los asuntos que le fueron planteados

18 Problema.

19 Cuestión de tipo interpretativo que contiene un enunciado normativo a interpretar (ENAI).

20 Primera suposición.

21 Segunda suposición.

22 Razón 1 de la primera suposición.

23 Razón exclusivamente a favor de 1.b1.

24 Razón 2 de la primera suposición.

25 Razón 1 de la segunda suposición.

26 Razón exclusivamente a favor de 1.b2. Es una regla de interpretación (RI), y el signo «+» que aparece sobre la flecha indica que esa es una razón a la que el argumentador atribuyó un peso considerable.

27 Razón 2 de la segunda suposición.

28 La negación de b1 es también una razón para afirmar la interpretación contraria (b2). Contiene un enunciado normativo interpretado (ENI).

Ante el problema de fondo que suscita la consulta (Pa), la Corte IDH primeramente realiza un examen de admisibilidad del pedido, a fin de determinar su competencia para interpretar por vía consultiva la solicitud formulada por la CIDH (Qb) y, posteriormente, emitir una opinión al respecto, si corresponde. La Corte IDH analiza el pedido conforme al artículo 64.1 de la CADH, referente a la facultad para el ejercicio de su función consultiva, dando así apertura a la exposición de argumentos sobre el asunto planteado. De este modo, el lado izquierdo del diagrama se abre hacia dos ramas para solucionar el problema de interpretación que fue formulado: por un lado, la inadmisibilidad (SPb1) y, por el otro, la admisibilidad (SPb2) del pedido.

Al respecto, y atendiendo a la naturaleza de la decisión que debe ser tomada, es decir, una decisión de carácter meramente interpretativo sin elementos probatorios, el propio tribunal se ha manifestado en otras opiniones consultivas acerca de las diferencias entre su competencia consultiva y contenciosa:

[...] Por el contrario, en el ejercicio de su función consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos. En este ámbito, el Tribunal cumple con su función consultiva²⁹.

[...] La labor interpretativa que este Tribunal debe cumplir, en ejercicio de su función consultiva, difiere de su competencia contenciosa en la medida en que no existe un litigio a resolver. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la

29 Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A N.º 16, párr. 47.

Convención, o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos³⁰.

Durante el proceso de admisibilidad, algunos aspectos relacionados con esta función consultiva suscitan los primeros cuestionamientos, y es a partir de aquí que los jueces de la Corte IDH exponen sus argumentos hacia dos vertientes opuestas: la admisibilidad y la inadmisibilidad del pedido. Siguiendo el diagrama elaborado, cada una de las proposiciones contiene dos razones, las cuales buscan anteponer la proposición que sustentan y evitar su consecuente negación, debido a que la negación de una de ellas implica la aprobación de la otra.

De este modo, por un lado la admisibilidad funda su primera razón atendiendo a la **evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales**³¹ (1.b2), según había sido señalado en la Opinión Consultiva OC-16³², la cual se encuentra orientada hacia una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales

30 Corte IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A N.º 25, párr.50.

31 Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*, párr. 21.

32 La Corte Internacional de Justicia señala que “[...] la Corte debe tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho [...]. Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación. En el dominio al que se refiere el presente proceso, los últimos cincuenta años [...] han traído una evolución importante. [...] En este dominio como en otros, el corpus juris gentium se ha enriquecido considerablemente, y la Corte no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones”. Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A N.º 16, párr. 113.

de protección. Esta se refiere, además, a la posibilidad de interpretación de normas que no se encuentran en la CADH, sino que descansan en disposiciones generales consagradas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)³³. El énfasis en esta razón es dado a través del **principio de buena fe** (1.1. b2), para asegurar la concordancia de una norma con el objeto y fin de la Convención³⁴, constituyéndose así en una subrazón de la anterior, a la cual se otorga un peso considerable por ser una regla de interpretación.

En esta primera razón a favor de la admisibilidad los jueces señalan que el artículo 19 de la CADH fue concebido porque existía una preocupación para asegurar al niño o niña la debida protección mediante mecanismos estatales orientados a ello. No obstante, consideran que actualmente debe darse una interpretación dinámica de este precepto, que responda a las nuevas circunstancias sobre las cuales debe proyectarse, y que atienda a las necesidades del niño o niña como verdadero sujeto de derecho, y no solo como objeto de protección³⁵. En relación con la protección de los derechos humanos en uno de los Estados miembros del SIDH, es señalado que la competencia consultiva constituye “un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales”³⁶ referentes a los derechos humanos.

33 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Suscrita el 23 de mayo de 1969, vigente a partir del 27 de enero de 1980.

34 Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*, párr. 21.

35 *Ibidem*, párr. 28.

36 Corte IDH. *Otros tratados. Objeto de la función consultiva de la Corte...*, párr. 39.

La segunda razón de esta vertiente consiste en **abordar la interpretación de un Tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en uno de los Estados miembros del Sistema Interamericano**³⁷ (2.b2). Es mencionado que dicha proposición se extiende incluso a instrumentos jurídicos que no provengan del sistema regional de protección. Para ello, se realizan justificaciones por medio de varios párrafos de la OC-16³⁸, haciendo especial hincapié en la diferencia existente entre competencia consultiva y contenciosa.

En cuanto a la interpretación de tratados de derechos humanos distintos a la CADH, el pedido de la CIDH, además de solicitar la interpretación del artículo 19 y su relación con los artículos 8 y 25 de la CADH, también requirió a la Corte IDH la formulación de criterios generales válidos sobre la materia. Este último pedido fue entendido como una necesaria interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)³⁹, por ser este el instrumento jurídico normativo específico sobre los derechos relativos a la niñez. En consecuencia, además de los artículos de la CADH que fueron citados por la CIDH, se considera necesario incluir a la CDN entre las normas que requieren interpretación. Para ello, y a efectos de incluir este dispositivo jurídico en la consulta, la OC-17 retoma una cuestión que ya había sido resuelta en otro instrumento de la misma naturaleza, la Opinión Consultiva OC-1, la cual otorga a la Corte IDH un doble papel en relación con su función consultiva:

37 *Ibidem*, párr. 21.

38 Cfr. Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal...*, párrs. 14, 31, 37, 40, 41 y 48.

39 Convención sobre los Derechos del Niño. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, vigente a partir del 2 de septiembre de 1990.

A este respecto, cabe destacar que es justamente en su función consultiva, que se pone de relieve el papel de este Tribunal, no sólo dentro de la Convención, sino también dentro del sistema en su conjunto. Ese papel se manifiesta, *ratione materiae*, en la competencia que se reconoce a la Corte para interpretar por vía consultiva otros tratados internacionales diferentes de la Convención; y, además, *ratione personae*, en la facultad de consulta, que no se extiende solamente a la totalidad de los órganos mencionados en el Capítulo X de la Carta de la OEA, sino asimismo a todo Estado miembro de ésta, aunque no sea parte de la Convención⁴⁰.

En este sentido, se cita como ejemplo el caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, en el que la Corte IDH utilizó el artículo 1 de la CDN para fijar el alcance del concepto de “niño”⁴¹ y, de esta manera, afirmar que el tribunal puede acudir a dicha Convención e incluso a otros instrumentos internacionales en la materia cuando se trata de ejercer su función consultiva⁴². Al respecto, cabe señalar que en el caso citado la Corte IDH ejerció su competencia en el marco de su función jurisdiccional o contenciosa.

Por otro lado, en cuanto a la inadmisibilidad del pedido de opinión consultiva, el juez Oliver Jackman expone que el pedido de la CIDH no cumple con los criterios establecidos en el artículo 64 de la CADH, porque entiende que este **es una invitación para desarrollar una especulación académica** (l. b1), y que el tratamiento consultivo por parte de la Corte IDH traería como

40 Corte IDH. *Otros tratados. Objeto de la función consultiva de la Corte...*, párr. 19.

41 Cfr. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N.º 63, párr. 188.

42 Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*, párr. 30.

consecuencia el “debilitamiento del sistema establecido por la CADH y posterior distorsión de la jurisdicción contenciosa” (1.1. b1)⁴³.

En este sentido, el juez Jackman se refiere al “amplio alcance” del artículo 64, que también se menciona en los argumentos a favor de la admisibilidad, principalmente en relación con la competencia consultiva, la cual es entendida como un servicio a todos los integrantes del SIDH, sin necesidad de someterse al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza a un proceso contencioso⁴⁴. Sin embargo, el juez Jackman afirma que no se debe olvidar el propósito de las normas internacionales, que consiste en aconsejar y asistir a los Estados miembros y órganos de la OEA a que cumplan de manera completa y efectiva con las obligaciones emanadas de ellas. Por ende, él considera que la Corte IDH, en tanto órgano de justicia, debería rechazar esta invitación, debido a que no cuenta con una aplicación previsible a situaciones concretas que justifiquen la necesidad de una opinión consultiva, conforme señala la OC-1:

La función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA. Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de ese fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte⁴⁵.

43 Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*, Voto disidente del juez Oliver Jackman, p. 2.

44 *Ibidem*.

45 Corte IDH. *Otros tratados. Objeto de la función consultiva de la Corte...*, párr. 25.

La segunda razón a favor de esta proposición señala que “el pedido de la CIDH presenta vaguedad y carece de sentido” (2. b1)⁴⁶, esto porque se solicita a la Corte IDH la formulación de criterios generales válidos a partir de una serie de hipótesis o prácticas hipotéticas que no revelan urgencia pública ni complejidad jurídica. Aunque el juez Jackman se limita a desarrollar de forma amplia las razones expuestas, se puede inferir su preocupación acerca de la falta de delimitación precisa entre la competencia consultiva y la competencia contenciosa en el pedido presentado por la CIDH y, por consiguiente, en relación con las formalidades establecidas en el artículo 64 que debía cumplir dicho pedido, relativas a la pregunta y la formulación de criterios generales válidos a partir de una serie de prácticas hipotéticas.

Finalmente, y con un resultado de seis votos contra uno -voto disidente del Juez Jackman-, la Corte IDH decidió que tiene competencia para emitir una opinión consultiva y, por consiguiente, la solicitud de la CIDH debe ser admitida. Así, de acuerdo con el diagrama de representación de argumentos se puede observar que las razones que sustentan la inadmisibilidad del pedido fueron negadas (Nb1) y, en consecuencia, se tiene una respuesta favorable para la proposición que sustenta la admisibilidad del pedido. De esta manera, la Corte IDH resuelve examinar los asuntos que fueron formulados por la CIDH (Ab2), para posteriormente emitir una opinión al respecto.

Esta reconstrucción de la argumentación, partiendo desde la pregunta inicial hasta la conclusión, permite determinar la diferencia entre las argumentaciones, las líneas argumentativas y los argumentos utilizados en dos posiciones opuestas:

46 Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*, Voto disidente del juez Oliver Jackman, p. 2.

admisibilidad e inadmisibilidad. En ese sentido, si bien la mayoría de los integrantes del tribunal se adhirió al pedido de la CIDH, resulta conveniente comprender también, de modo más preciso, las premisas y razones que motivaron al juez Oliver Jackman a emitir su voto disidente.

4. Las premisas derrotadas o las razones que fueron negadas

El diagrama de representación utilizado, a diferencia del silogismo jurídico tradicional proporcionado por la lógica demostrativa, incluye no solo las premisas que posteriormente dan lugar a la conclusión, sino también aquellas que fueron negadas. Con ello, se demuestra el sentido pragmático que tiene la argumentación, al permitir identificar todas las razones que se encuentran en el discurso hasta llegar a la conclusión. De esta manera, en un contexto democrático de diálogo, resulta adecuado analizar y entender, además de la posición vencedora, las premisas derrotadas, o bien, la posición minoritaria del tribunal en el caso estudiado, a fin de elucidar los motivos que llevaron al voto disidente.

De acuerdo con el diagrama elaborado, los argumentos contenidos en el voto del juez Jackman revelan una preocupación acerca de los aspectos formales del pedido presentado por la CIDH. Al respecto, cabe mencionar lo referido por la Corte IDH en relación con los supuestos que, de verificarse, podrían negar un pedido de opinión consultiva:

- a) no debe encubrir un caso contencioso o pretender obtener prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la Corte a través de un caso contencioso; b) no debe utilizarse como un mecanismo

para obtener un pronunciamiento indirecto de un asunto en litigio o en controversia a nivel interno; c) no debe utilizarse como un instrumento de un debate político interno; d) no debe abarcar, en forma exclusiva, temas sobre los que la Corte ya se ha pronunciado en su jurisprudencia, y e) no debe procurar la resolución de cuestiones de hecho, sino que busca desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos y, sobre todo, coadyuvar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales⁴⁷.

De este modo, y como fue previamente observado, el pedido de la CIDH consta de dos partes, una relacionada con la interpretación de artículos de la CADH y otra relativa a la formulación de criterios generales válidos. Para ello, la CIDH planteó “cinco prácticas hipotéticas” con el propósito de que la Corte IDH se pronuncie acerca de la compatibilidad de estas con la CADH⁴⁸. Prácticas que, a su vez, están basadas en la existencia de una serie de “premisas interpretativas” que los tribunales nacionales de justicia aplican en el momento de dictar medidas especiales de protección. No obstante, a partir de esta distinción, y de acuerdo con las premisas del voto disidente, es posible realizar el siguiente cuestionamiento: ¿puede la Corte IDH, en su función consultiva, determinar la compatibilidad de normas de la CADH con prácticas hipotéticas, para luego formular criterios o lineamientos generales válidos?

Atendiendo a las cuestiones formales señaladas en este voto, el artículo 64 de la CADH señala que el pedido de opinión consultiva debe versar sobre preguntas específicas, en relación

47 Corte IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano...*, párr. 46.

48 Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*, párr. 18.

con las cuales se pretende obtener una opinión. De la misma manera, el Reglamento de la Corte IDH, en su artículo 71.1, correspondiente a las opiniones consultivas, expresa:

Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el artículo 64.1 de la Convención, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las **preguntas específicas** sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta (destacado por el autor).

En cuanto a la compatibilidad de normas de la CADH con una serie de prácticas hipotéticas provenientes, a su vez, de premisas interpretativas, el juez Jackman entiende que dichas premisas hipotéticas no pueden ser objeto de análisis porque estas no son normas por interpretar. En este sentido, se puede inferir una falta de delimitación precisa en el primer pedido formulado, debido al planteamiento de una pregunta que contiene una serie de supuestos fácticos, así como la inexistencia de una pregunta en el segundo pedido. Acerca de este último, además, considera que no resultaría adecuado que un órgano de justicia dicte lineamientos generales válidos a partir de dichos supuestos, atendiendo a las características de la función consultiva de la Corte IDH.

Asimismo, y según las razones del juez Jackman, puede plantearse otro cuestionamiento, ¿el pedido de la CIDH es de aplicación previsible a situaciones concretas que justifiquen la necesidad de una opinión consultiva? En el pedido se mencionan premisas interpretativas, o bien prácticas hipotéticas que describen el funcionamiento de los tribunales nacionales de justicia para la aplicación de medidas especiales de protección, las cuales debilitan las garantías judiciales de los niños, niñas

y adolescentes, según la CIDH. No obstante, estas premisas no constituyen situaciones concretas, sino una descripción de situaciones o supuestos hipotéticos para ilustrar la realidad de los niños, niñas y adolescentes ante los tribunales nacionales de justicia. Por lo tanto, la falta de delimitación normativa en las premisas mencionadas -por ejemplo, ¿cuáles son los artículos de la CDN a partir de los cuales se construyeron esas premisas interpretativas?- hubiera sido más adecuada en el planteamiento del problema, debido a que se está apelando a la competencia consultiva de la Corte IDH para la interpretación de tratados de derechos humanos. Al respecto, señalan Ventura y Zovatto “[...] en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia, sino a emitir su opinión sobre la interpretación de un norma jurídica” (1989, p. 165)⁴⁹.

Un último cuestionamiento, relacionado con la solicitud de lineamientos generales válidos, podría ser el siguiente: ¿las prácticas hipotéticas citadas revelan urgencia pública y complejidad jurídica? Para el juez Jackman la respuesta fue negativa, y subrayó que estas son una invitación a desarrollar una especulación puramente académica. Al respecto, no considero que el juez Jackman se haya mostrado ajeno al problema de fondo planteado por la CIDH, o que la situación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la región no constituya urgencia pública que merezca ser tratada. Sin embargo, la forma en que fue planteado el pedido para dar cuenta del problema, es decir, por medio de la vía consultiva de la Corte IDH, no fue la más adecuada, según este juez.

49 Ventura, M., Zovatto G. D. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: naturaleza y principios, 1982-1987*. IIDH; Civitas, 1989.

Igualmente, las prácticas hipotéticas que fueron descritas no revelan complejidad jurídica porque no son normas a ser interpretadas, sino supuestos fácticos sobre los cuales se solicita una interpretación para la posterior formulación de criterios generales válidos. En este sentido, puede decirse que para el juez Jackman no existe una complejidad jurídica, sino más bien un problema surgido a partir de una serie de hechos expuestos por medio de esas prácticas hipotéticas. Del mismo modo, las premisas interpretativas que menciona la CIDH en su pedido de consulta son una serie de enunciados normativos interpretados a partir de hechos supuestos, sobre los cuales solicita una interpretación. Y, por ello, emitir una opinión acerca de estos supuestos colocaría a la Corte IDH como un tribunal de alzada, situación que no cabría dentro de su competencia consultiva y la dejaría más próxima a su competencia contenciosa.

Por lo tanto, el problema que presenta el pedido de la CIDH, según el juez Jackman, es la forma confusa en que fue planteado, es decir, por medio de una pregunta imprecisa sustentada en una serie de situaciones hipotéticas provenientes de premisas interpretativas. Por tal motivo, en el voto disidente se destaca que el tribunal, en uso de su función consultiva, no está llamado a resolver cuestiones de hecho, sino a emitir su opinión acerca de la interpretación de normas o tratados concernientes a la protección de los derechos humanos⁵⁰. Por otro lado, si bien la CIDH se refiere a la existencia de una serie de premisas interpretativas -enunciados normativos interpretados-, considero que a partir de ellas es posible obtener las normas que fueron interpretadas hasta llegar a dichas premisas. De esta manera, en el siguiente cuadro se puede observar las premisas presentadas por la CIDH,

50 Cfr. Corte IDH. *Restricciones a la pena de muerte (arts.4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83, de 8 de septiembre de 1983. Serie A N.º 3, párr. 32.

junto con las normas contenidas en la CADH y la CDN que hacen referencia a estas:

Tabla 2
Las premisas de la CIDH y su relación
con las normas del SIDH

ENI Premisas interpretativas	Normas del SIDH	
	CADH	CDN
a. Los menores de edad son incapaces de juicio pleno sobre sus actos y, por consiguiente, su participación por sí mismos o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal.	Art. 25: <i>Protección judicial</i>	Art. 12: <i>Opinión del niño</i> Art. 2: <i>No discriminación</i>
b. Esa carencia de juicio y personería es presumida por el funcionario judicial o administrativo que, al tomar decisiones basadas en lo que considera los “mejores intereses del niño”, deja en segundo plano esas garantías.		Art. 3: <i>Interés superior del niño</i>
c. Las condiciones del entorno familiar del niño o niña (situación económica y de integración familiar, falta de recursos materiales de la familia, situación educacional, etc.) pasan a ser factores centrales de decisión respecto al tratamiento, cuando un niño, niña o adolescente es puesto bajo la jurisdicción penal o administrativa para decidir su responsabilidad y su situación en relación con una presunta infracción, o para la determinación de medidas que afectan derechos como el derecho a la familia, a la residencia o a la libertad.	Art. 8: <i>Garantías judiciales</i>	Art. 9: <i>Separación de los padres</i> Art. 40: <i>Administración de la justicia de menores</i>
d. La consideración de que la persona menor de edad está en situación irregular (abandono, deserción educativa, falta de recursos de su familia, etc.) puede usarse para intentar justificar la aplicación de ciertas medidas, normalmente reservadas como sanción ante figuras delictivas aplicables solo en condiciones de debido proceso.	Art. 7: <i>Derechos a la libertad personal</i>	Art. 37: <i>Tortura y privación de libertad</i>

A partir de la tabla, es posible identificar las premisas normativas de la CADH que fueron utilizadas para construir

los enunciados normativos interpretados por la CIDH, que también guardan relación con otros artículos de la CDN. En este sentido, al incluir dichas “premisas interpretativas”, la CIDH pasó a ilustrar el funcionamiento de las instituciones de justicia de acuerdo con enunciados normativos ya interpretados, dejando en un segundo lugar las normas que deberían ser objeto de interpretación por parte de la Corte IDH. Por consiguiente, considero que la presentación de estas prácticas hipotéticas en el pedido de consulta, fundadas en premisas interpretativas, pudo haber sido uno de los motivos más importantes para que el juez Jackman manifestara su oposición al pedido de la CIDH.

Consideraciones finales

La reconstrucción del camino realizado por la OC-17 durante el proceso de admisibilidad ha permitido identificar las argumentaciones de la Corte IDH, tanto a favor como en contra, en relación con el pedido formulado por la CIDH. Para ello, fue utilizado un diagrama de representación que permitió ilustrar el desarrollo argumentativo de la Corte IDH, desde el problema hasta la conclusión. Asimismo, durante el análisis de los argumentos fue posible determinar la línea argumentativa de ambas posiciones -admisibilidad e inadmisibilidad- en referencia a la solicitud presentada y a los criterios tomados en cuenta para el examen de admisibilidad.

La mayoría de las personas integrantes del tribunal se mostró favorable a la admisibilidad del pedido, al señalar que se debe atender a la evolución de los tiempos y a las condiciones de vida actuales. Por lo tanto, se orientó hacia una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección, incluso aquellos que no provienen del SIDH. Para ello, y a efectos de incluir a la CDN en el pedido de consulta, la posición

mayoritaria del tribunal señaló que es necesario abordar la interpretación de un Tratado siempre que esté directamente implicada en la protección de los derechos humanos.

Por otro lado, el voto disidente del juez Jackman, en contra de la admisibilidad, consideró que el pedido de la CIDH es una invitación para desarrollar una especulación académica, y que su admisibilidad traería como consecuencia el debilitamiento del sistema establecido por la CADH y la posterior distorsión de la jurisdicción contenciosa. Igualmente, señaló que el pedido de la CIDH presenta vaguedad y carece de sentido. En este voto se hace énfasis en las diferencias entre la competencia contenciosa y la competencia consultiva de la Corte IDH, principalmente en relación con el alcance, requisitos y características de esta segunda función. De ahí que es posible inferir una preocupación relacionada con la falta de delimitación clara entre competencia consultiva y competencia contenciosa en el pedido de la CIDH, y, por consiguiente, en relación con las formalidades que debía cumplir dicho pedido, establecidas en el artículo 64 de la CADH y relativas a la pregunta y a la formulación de criterios generales válidos a partir de una serie de prácticas hipotéticas.

Puede decirse que el análisis de los argumentos de admisibilidad en la OC-17 revela un proceso de diálogo por medio de dos líneas argumentativas opuestas, a fin de ofrecer una respuesta al pedido formulado por la CIDH e ilustrar las justificaciones del tribunal. El examen de las argumentaciones puede constituir un importante objeto de estudio, ya sea para acompañar el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH en relación con temas de derechos humanos, o bien para auxiliar en el abordaje del litigio estratégico. Asimismo, esta reconstrucción de los argumentos contribuye al fortalecimiento del SIDH, generando mayores espacios de debate y permitiendo afianzar nuestros estudios acerca de los derechos de la niñez en la región.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Asamblea General
(Composición 2021)

Presidencia Honoraria
Thomas Buergenthal
Sonia Picado

Claudio Grossman
Presidente

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Wendy Singh
Vicepresidenta

Carlos M. Ayala Corao
Lloyd G. Barnett
Eduardo Bertoni
Allan Brewer-Carías
Antonio A. Cançado Trindade
Santiago A. Cantón
Douglass Cassel
Margaret Crahan

Robert K. Goldman
María Elena Martínez Salgueiro
Juan E. Méndez
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Carlos Portales
Víctor Manuel Rodríguez Rescia
Hernán Salgado Pesantes
Fabián Salvioli
Mark Ungar
José Antonio Viera Gallo
Renato Zerbiní Ribeiro Leao

José Thompson J.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

**Comisión Interamericana
de Derechos Humanos**

Antonia Urrejola Noguera
Julissa Mantilla Falcón
Flávia Piovesan
Margarette May Macaulay
Esmeralda Arosemena de Troitiño
Joel Hernández García
Edgar Stuardo Ralón Orellana

**Corte Interamericana
de Derechos Humanos**

Elizabeth Odio Benito
Leoncio Patrício Pazmiño Freire
Eduardo Vio Grossi
Humberto Antonio Sierra Porto
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Eugenio Raúl Zaffaroni
Ricardo Pérez Manrique

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos