



REVISTA JURÍDICA

DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

NÚMERO 1 | AÑO 2025



**FACULTAD
DE DERECHO**
Universidad Nacional de Tucumán



UNIVERSIDAD
NACIONAL +
DE TUCUMÁN

Revista Jurídica

de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Tucumán

Vol. I | Núm. I | Año 2025



Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad Nacional de Tucumán

©2025

Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJuS)
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Tucumán

25 de Mayo 471, San Miguel de Tucumán (4000)

Teléfono: 0054 381 - 000000

e-mail: editorial@derecho.unt.edu.ar

Diseño de tapa y maquetación: María José Bovi

Autoridades de la Universidad Nacional de Tucumán

Rector

Ing. Sergio Pagani

Vicerrectora

Dra. Mercedes Leal

Autoridades de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Decana

Dra. María Cristina Grunauer de Falú

Vice Decano Subrogante

Dr. Horacio Madkur

Secretario Académico

Dr. Gustavo Bellagamba

Subsecretario Académico

Dr. Juan Manuel Cardozo

Secretario Económico Financiero

Dr. Víctor Esteban Nader

Secretario de Gestión Institucional

Dr. Martín Humberto Rivas

Coordinadora de la Sec. de Gestión Institucional

Dra. Carla Julieta Baigorria

Secretaria de Posgrado

Dra. Graciela Elizabeth Schmieloz

Subsecretaria de Posgrado

Dra. Isolina Barbaglia

Subsecretario de Coordinación de Posgrado

Dr. Ignacio Chasco Olazabal

Secretario de Investigación

Dr. Luis Esteban Caro Zottola

Subsecretario de Investigación

Mag. Manuel Martinez Novillo

REVISTA JURÍDICA

Directora

Dra. Cristina Granauer de Falú

Director Honorario

Dr. Juan Carlos Veiga

Co-directores

Dr. Raúl Díaz Ricci

Dr. Horacio Madkur

Dr. Esteban Nader

Dr. Marcos Arias Amicone

Dr. José Sahian

Dr. Gabriel Pereira

Dra. Belén Japaze

Dra. Inés Hael

Coordinador Editorial

Dr. Luis Esteban Caro Zottola

Secretaría de Edición y Redacción

Prof. María José Bovi

Consejo Académico por Área Disciplinar

ÁREA DERECHO PRIVADO

DERECHO CIVIL

Dr. Mario Rodolfo Leal

Dra. Marina Cossio

Dra. Laura David

Dr. Daniel Moeremans

Dr. Carlos Ibáñez

Dr. Pedro Pérez

Dr. Fabián Navarro Zavalía

Dra. Emma Garcia de Saín

Dr. Edgardo López Herrera

Comisión de referato

Dr. Martin Eugenio Abdala
Dr. Bernardo Carlino
Dra. Claudia Sbdar
Dr. Alejandro Demetrio Chamatropulos
Dra. María Cristina Grunauer
Dra. Belén Japaze
Dr. Mario Rodolfo Leal
Dr. Edgardo Santiago López Herrera
Dr. Pablo Maximiliano Macaron
Dr. Daniel Edgardo Moeremans
Dr. Felipe Mariano Rougés
Dr. José Sahián
Dra. Graciela Elizabeth Schmieloz
Dr. Luis Ontiveros
Dr. Paul Hoffer
Dr. Gonzalo Casas
Dra. Pamela Tolosa
Dra. María Cristina Grunauer
Dr. Gonzalo Salerno.

DERECHO COMERCIAL

Dr. Miguel Eduardo Marcotullio
Dr. Horacio Madkur
Dr. Martin Abdala
Dr. Luis Miguel
Dra. Milagro Gallardo Gambetta
Dra. Carolina Vanni
Dr. Pedro Cagna
Dr. Martínez Folquer

Comisión de referato

Dr. Martin Eugenio Abdala
Dra. María Cristina Grunauer
Dr. Edgardo Santiago López Herrera
Dr. Luis Alberto Miguel
Dr. José Humberto Sahián
Dr. Juan Carlos Veiga
Dr. Bernardo Carlino

ÁREA DERECHO PÚBLICO

DERECHO CONSTITUCIONAL Y PARLAMENTARIO

Dr. Sergio Díaz Ricci
Dra. Carmen Fontán
Dr. Oscar Flores
Dr. Dante Mirra
Dra. Isabel Rico
Dra. Carolina Zalazar
Dr. Víctor Esteban Nader

Comisión de referato

Dra. Ana María de la Vega Madueño
Dr. Sergio Miguel Díaz Ricci
Dr. Oscar Flores
Dr. Augusto González Navarro
Dra. Blanca Argentina Herrera de Villavicencio
Dr. Adolfo Iriarte Yanicelli
Dr. Pablo Martín Mercado
Dr. Víctor Esteban Nader
Dra. María Gilda Pedicone de Vals
Dr. José Roberto Gabriel Pereira
Dr. Roberto Pablo Sobre Casas
Dr. Leonardo Szachniuk
Dra. María Pamela Tenreiro
Dra. Daniela López Testa

DERECHO PENAL

Dr. Carlos S. Caramuti
Dr. Eudoro Albo
Dr. Diego Lammoglia
Dr. Marcelo Rubinstein

Comisión de referato

Dr. Sergio Miguel Díaz Ricci
Dr. Oscar Flores
Dr. Víctor Esteban Nader
Dra. Carmen Fontán
Dra. Gilda Pedicone

DERECHO ADMINISTRATIVO

Dr. Roberto Sobre Casas
Dr. Augusto González Navarro
Dr. Rodolfo Novillo
Dra. Ana De la Vega

Comisión de referato

Dra. Ana María de la Vega Madueño
Dr. Augusto González Navarro
Dr. Pablo Martín Mercado
Dr. Roberto Pablo Sobre Casas
Dra. María Pamela Tenreyro
Dra. María Cristina Grunauer
Dr. Martin Mercado
Dra. Blanca Villavicencio

DERECHO TRIBUTARIO

Dr. Adolfo Iriarte Yanicelli
Dr. Arturo Combes
Dr. Luis Pereyra

Comisión de referato

Dr. Augusto González Navarro
Dr. Adolfo Iriarte Yanicelli
Dr. Pablo Martín Mercado
Dr. Roberto Pablo Sobre Casas
Dr. Leonardo Szachniuk
Dra. María Cristina Grunauer

DERECHOS HUMANOS

Dr. Daniel Posse
Dra. Claudia López
Dr. Gabriel Pereira

Comisión de referato

Dr. Oscar Flores
Dr. Víctor Esteban Nader
Dr. José Roberto Gabriel Pereira
Dr. Gonzalo Salerno

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Dra. Marta Yolanda Tejerizo

Dra. María Elena Caballero

Dra. Luciana Espasa

Comisión de referato

Dr. Oscar Flores

Dr. Víctor Esteban Nader

Dr. José Roberto Gabriel Pereira

Dr. Gonzalo Salerno

Dra María Elena Caballero

AREA DERECHO INTERDISCIPLINARIO

Dr. Fernando Ganami

Dr. Carlos Saltor

Dra. María Marta Cerro

Dra. Erika Moeykens

Dr. Carlos Saúl Ibáñez

Dr. Alfredo Espíndola

Dr. Silvio Dall'Ara

Dr. Horacio Madkur

Dra. Carolina De Mitri

Dr. Marcos Arias Amicone

Comisión de referato

Dra. Griselda Alfaro

Dr. Luis Esteban Caro Zottola

Dra. María Marta Cerro

Dr. Raúl Marcelo Díaz Ricci

Dr. Alfredo Martin Espíndola

Dr. Carlos Eduardo Saltor

Dr. Mario Leal- Dr. Luis Ontiveros

Dr. Silvio Dall'Ara

Dra. Pamela Tolosa

AREA DERECHO PROCESAL

Dra. Cecilia Ponso

Dr. Miguel Marcotullio

Dr. Enrique Pedicone

Dra. Ana Lía Castillo

Comisión de referato

Dra. Inés Hael
Dra. María Elena Marchese
Dr. Luis Alberto Miguel
Dra. Claudia Beatriz Sbdar

AREA CONVERGENCIA

Dr. Carlos Frascarolo
Dr. Enzo Espasa
Dra. Adela Seguí
Dra. Belen Japaze
Dr. Gustavo Bellagamba
Dra. Carolina Falú

Comisión de referato

Dra. Griselda Alfaro
Dr. Luis Esteban Caro Zottola
Dra. María Marta Cerro
Dr. Raúl Marcelo Díaz Ricci
Dr. Alfredo Martin Espíndola
Dr. Carlos Eduardo Saltor
Dra. Belén Japaze
Dr. José Sahián
Dr. Silvio Dall'Ara
Dr. Mario Leal
Dra. Pamela Tolosa
Dra. Graciela Elizabeth Schmieloz
Dr. Luis Ontiveros
Dr. Paul Hoffer

**HONORABLE CONSEJO DIRECTIVO
CONSEJO DIRECTIVO 2022-2024**

Profesores Titulares

Dr. Mario Rodolfo Leal
Dr. Miguel Eduardo Marcotullio

Asociados y Adjuntos

Dra. María del Milagro Gallardo Gambetta
Dr. Oscar Flores

JTP y Auxiliares

Dra. Alicia Estela Carranza
Dr. Pablo Ignacio Rank

Egresados

Prof. Marco Rossi

Nodocente

Lic. Patricia Lucrecia Leiva

Estudiantes

Srta. María Paula Moya
Sr. Augusto Nicolás Geréz
Sr. Cristian Maximiliano Sebastián

ÍNDICE

ARTÍCULOS

Igualdad real y perspectiva de niñez en el debido proceso: análisis de dos casos argentinos sobre el control de convencionalidad y constitucionalidad

Mariana Josefina Rey Galindo

19

Convenção 169 da oit: um instrumento de proteção dos direitos dos povos e comunidades tradicionais em expansão

Gabriel Dourado Rocha; Guilherme Oliveira Silva; Liana Amin Lima da Silva

46

Convencionalización del Derecho del Consumidor y privatización del derecho de los Derechos Humanos. Diálogo entre los Derechos Humanos y los Derechos de los Consumidores

José Humberto Sahián

85

Convergencias dialógicas de los tribunales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Algunos ejemplos esclarecedores

Esteban Nader

128

Vulnerabilidad del trabajador y procesos de insolvencia. Conflicto entre normas protectorias de orden internacional vs. legislación concursal. La solución desde la jurisprudencia

Nicolás J. Di Lella

153

El plazo razonable y el plazo convencional en la duración máxima proceso penal. Espejismos, falacias e inseguridad jurídica

Paul Hoffer

225

El control de Constitucionalidad y Convencionalidad en el transporte de pasajeros prestado a través de plataformas digitales: el caso Uber

María Cristina Grunauer

274

<i>Los “neuroderechos” como novedoso eje temático de los controles de constitucionalidad y convencionalidad</i>	
Demetrio Alejandro Chamatropulos	340
<i>Una lectura convencional del derecho al ambiente sano en la Argentina</i>	
Ana María de la Vega Madueño	377
<i>La reparación plena y razonablemente fundada de los daños. Su jerarquía constitucional</i>	
Graciela Elizabeth Schmieloz	459
<i>Decretos de necesidad y urgencia</i>	
Carlos Miguel Figueroa Vicario	491
<i>El desafío constitucional de la igualdad, a 30 años de la reforma de 1994</i>	
Gonzalo Salerno	532
<i>Hacia un orden convencional ambiental</i>	
María Pamela Tenreyro	575
<i>Protección de los derechos del adulto mayor desde la perspectiva del derecho constitucional y las convenciones internacionales</i>	
Inés de los Ángeles Yamúss	617

DOCTRINA E INVESTIGACIÓN

IGUALDAD REAL Y PERSPECTIVA DE NIÑEZ EN EL DEBIDO PROCESO: ANÁLISIS DE DOS CASOS ARGENTINOS SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD¹

MARIANA J. REY GALINDO

Facultad de Derecho (UNCa)
marianareygalindo@gmail.com

INTRODUCCIÓN

CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el control de convencionalidad emerge como un mecanismo esencial para asegurar que las normativas internas de los Estados armonicen con sus obligaciones internacionales. Este principio, desarrollado y refinado a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), permite a los jueces, jueza y a todas las autoridades públicas verificar la conformidad de las leyes internas con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y otros tratados relevantes.

En materia de infancia, específicamente, la Corte IDH, en los dos últimos fallos dictados en 2023 —“María vs. Argentina” y “Córdoba vs. Paraguay”—, reitera cómo los Estados fracasan en adecuar su legislación y prácticas judiciales a los estándares internacionales

1. Este artículo corresponde a un examen final, modalidad posgrado, del posdoctorado Control de Convencionalidad y Constitucionalidad, presentado el 30 de junio de 2024.

de los derechos humanos de los niños².

Casos como esos no solo destacan las deficiencias en el cumplimiento de los Estados con respecto a sus obligaciones internacionales, sino que también demuestra la importancia del control de convencionalidad en la práctica judicial cotidiana para proteger los derechos humanos.

La relevancia de este artículo radica en una comprensión más profunda de las interacciones entre los sistemas jurídicos nacionales e internacionales, ofreciendo perspectivas críticas sobre el rol del Poder Judicial en el marco de la Doctrina de la Protección Integral de los derechos de NNA, establecida por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esto es especialmente crítico en casos que involucran *el debido proceso*, donde las *garantías judiciales* deben ser manejadas con una consideración cuidadosa del interés superior del niño y sus facultades evolutivas³.

Dos casos argentinos: uno internacional y otro nacional

En el marco del análisis de las garantías procesales desde el enfoque de los derechos humanos de la niñez, en este trabajo tomo como punto de partida, dos casos significativos de Argentina: el caso "María vs. Argentina" resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)⁴ y un caso nacional resuelto por la

2. Sin desconocer que el uso del lenguaje no es inocuo y que la recomendación es expresarnos en términos género-sensitivos, en este documento utilizaré el término "niño" en referencia indistinta a todas las niñas, los niños y adolescentes, entendiendo por éstos a toda persona menor de 18 años cumplidos, conforme al concepto utilizado por la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y el *corpus juris* internacional sobre la materia. En idéntico sentido lo hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para la redacción del informe especial de 2017. En este trabajo también se utilizará las siglas NNA para referirse a los niños, niñas y adolescentes.

3. Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH): artículo 8, 19 y 25; Convención de los Derechos del Niño (CDN): artículo 3, 5, 12; Constitución Nacional (CN): art. 16 y 18; Ley Nacional 26061 (SPI): artículo 3, 5, 27.

4. Corte IDH, caso María y Otros vs Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de agosto

Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN)⁵ sobre Control de Legalidad. Ambos fallos no solo son un emblema técnico por sí mismos, sino que además presentan puntos de contacto claves que ofrecen un terreno fértil para el análisis del tema objeto de este estudio, destacando la interacción entre los tribunales nacionales e internacionales en la protección de los derechos de la niñez.

1. Corte IDH. Caso “María vs. Argentina”

El fallo dictado en este caso aborda cuestiones fundamentales sobre el *debido proceso* en la esfera de los *derechos de la niñez* bajo la luz del control convencional.

La Corte IDH examinó la implementación y el respeto del debido proceso, enfatizando la importancia de que los niños sean oídos y que sus opiniones sean consideradas en los procedimientos judiciales que los afectan, en línea con el principio del interés superior del niño. La sentencia subrayó fallas en el sistema judicial argentino para proporcionar respuestas rápidas y efectivas, resaltando cómo los retrasos y la falta de medidas adecuadas pueden tener impactos negativos duraderos en los NNA involucrados en el escenario judicial y extrajudiciales.

2. CSJN. Control de Legalidad

En el contexto nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación abordó un caso que implicaba la guarda provisoria de dos hermanos menores, donde se cuestionó la legalidad de las decisiones administrativas y judiciales que afectaban su situación familiar.

El tribunal destacó la necesidad de aplicar el principio del interés

de 2023. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_494_esp.pdf

5. CSJN en autos: “Recurso de hecho deducido por G. A. V. y H. E. de M. en la causa B., C. y otro s/ control de legalidad- ley 26.061”, sentencia de fecha 16/05/2024

superior del niño, considerando cuidadosamente los informes psicológicos y las condiciones actuales de los niños.

La sentencia subrayó la importancia de un *enfoque proactivo* en la protección de los derechos de la niñez, garantizando un proceso *que responda adecuadamente a sus necesidades y derechos*⁶.

3. Punto de contacto y análisis crítico

El punto de contacto entre ambos pronunciamientos reside en cómo cada tribunal abordó las garantías judiciales desde una perspectiva centrada en los derechos de la niñez. Uno y otro caso refleja la aplicación de un enfoque basado en el control convencional y constitucional, resaltando la categoría "del interés superior del niño" como una fórmula con potencial sustancial y procesal expansiva.

Sin embargo, del análisis de ambos fallos y la argumentación que cada uno presenta revelan dificultades en la implementación de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de niñez. Esto es particularmente evidente en cuanto a: a) los plazos y la agilidad del sistema judicial; b) el derecho a ser oído y que su participación sea real y no simbólica; c) a su capacidad para adaptarse a las necesidades específicas de los NNA involucrados.

Desde este enfoque crítico, queda demostrada la necesidad de una mayor coherencia y eficacia en la protección de los derechos de la niñez, instando a una continua evaluación y mejora del proceso judicial.

Objetivo y pregunta de investigación

El objetivo principal de este artículo es analizar la aplicación del control de convencionalidad y constitucionalidad en la protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes dentro del sistema judicial argentino.

6. Las cursivas me pertenecen.

Mediante un análisis comparativo de dos sentencias —internacional y nacional—, este estudio busca responder a la siguiente pregunta principal:

¿En qué medida el actual sistema judicial argentino cumple efectivamente con los estándares internacionales de derechos humanos en el tratamiento de casos que involucran a niños, niñas y adolescentes, y qué factores contribuyen a cualquier deficiencia observada?

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

1.1 Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes: conceptos y evolución

Este apartado presenta un resumen conciso de los conceptos y la evolución de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, limitado por la extensión total del trabajo, lo que restringe una exploración más detallada.

Los derechos de la niñez han evolucionado significativamente desde la Declaración de los Derechos del Niño en 1924, pasando por la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, hasta la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en 1989.

La CDN marcó un hito al ser el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que reconoce a los niños como portadores de derechos propios y no simplemente como objetos de protección. Establece en detalle los derechos fundamentales de los niños, incluyendo —para lo que aquí importa— el derecho a tener una voz y participar activamente en los asuntos que los afectan.

En Argentina, la evolución legal ha reflejado estos principios internacionales. La CDN fue incorporada a la Constitución Nacional en 1994, lo que garantiza su jerarquía suprallegal. Posteriormente,

el sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes se consolidó con la Ley 26.061 de 2005, que promueve la protección integral para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento legal. Más recientemente, estos principios se han integrado en el Código Civil y Comercial de la Nación (2015), donde la participación de niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales es reconocida como un principio rector fundamental del proceso de familia (artículos 26, 595, 617, 639, 644, 646, 707 entre otros).

En nuestra provincia, el Código Procesal de Familia de Tucumán —Ley 9.581, sancionada el 15/09/2022— fortalece este marco legal acogiendo los principios convencionales.

1. 2. Principios de control de convencionalidad y constitucionalidad

En el marco de los derechos humanos, los principios de control de convencionalidad y constitucionalidad son determinantes para asegurar que las leyes y prácticas nacionales sean compatibles tanto con la Constitución de un país como con los tratados internacionales ratificados por el Estado. Estos principios se han vuelto fundamentales en la jurisprudencia latinoamericana, destacándose particularmente a partir de interpretaciones y directrices emanadas de la Corte IDH.

El caso emblemático fue “Almonacid-Arellano y otros vs. Chile⁷ en 2006”, y se enfatiza en casos como “Fornerón e hija vs. Argentina (2012)⁸”. Este último resalta la importancia del derecho de los niños a ser oídos en procedimientos que los afecten, subrayando

7. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

8. Corte IDH. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

la necesidad de garantizar la participación infantil en los procesos judiciales y administrativos. En Fornerón, la Corte IDH sostuvo que cualquier proceso legal o administrativo que afecte a un niño *debe incluir mecanismos que aseguren su participación activa y consideren seriamente su opinión, acorde con su edad y madurez*.

Por su parte, el control de constitucionalidad, ejercido en Argentina por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, garantiza que las leyes y actos de gobierno estén en conformidad con la Constitución. Este control se manifiesta tanto de forma preventiva, como represiva, asegurando que las leyes y prácticas nacionales respeten los mandatos constitucionales.

Ambos controles son complementarios y esenciales para el fortalecimiento del Estado de derecho y la protección efectiva de los derechos humanos.

En el contexto de la niñez, estos principios garantizan que las leyes y procedimientos judiciales honren y reflejen el interés superior del niño, asegurando que sus derechos y protecciones no sean solo teóricos o meras declamaciones legales, sino la exigencia que sean efectivamente aplicados y respetados en la práctica.

1. 3. El diálogo entre Tribunales en los dos casos argentinos

El diálogo entre tribunales, entre la Corte IDH y la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, juega un papel determinante en la armonización de los estándares internacionales de derechos humanos con la legislación y jurisprudencia nacional.

En los casos de “María vs. Argentina” y el caso nacional sobre “Control de Legalidad”, este diálogo se manifiesta de manera significativa, mostrando cómo las decisiones de internacionales pueden influir y transformar las prácticas judiciales nacionales.

En el caso internacional, la Corte IDH destacó deficiencias en el sistema judicial argentino en cuanto al tratamiento de las garantías procesales desde una perspectiva centrada en los derechos de la

niñez. Específicamente, la Corte IDH resaltó falencias relacionadas con el derecho a ser oídos y la participación activa y protagónica de la adolescente, quien es madre, y su hijo, ambos directamente implicados en el proceso. En su sentencia [la Corte IDH] enfatizó la necesidad de que Argentina garantice este derecho en todos los procesos que involucren a niños, niñas y adolescentes, alineándose así con la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otro lado, en la trama resuelta por la CSJN, refleja un esfuerzo interno por aplicar principios similares, asegurando que los derechos de los NNA sean una prioridad en los procedimientos judiciales. Este caso muestra una clara influencia de los estándares internacionales, donde ese Tribunal Címero aplicó un enfoque que prioriza el interés superior del niño, como norma procesal, en consonancia con lo promulgado por la Corte IDH.

Este diálogo de fuentes refleja un proceso de retroalimentación donde la jurisprudencia internacional impulsa y en ocasiones corrige la trayectoria de la jurisprudencia nacional.

Interacciones como esas demuestran un compromiso creciente —aunque aún falta mucho más— con los estándares internacionales de derechos humanos, especialmente en lo que se refiere a la protección de los derechos de la niñez, y subraya la importancia del respeto y la implementación de estos derechos en el ámbito nacional.

1. 4. Estándares de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia interamericana

La jurisprudencia de la Corte IDH ha sido fundamental en la definición y aplicación de los estándares de razonabilidad y proporcionalidad, especialmente en casos que involucran los derechos de NNA. Estos principios son esenciales para asegurar que las medidas judiciales guarden coherencia con el principio del *debido proceso en perspectiva de infancia*.

En un acotado recorrido histórico de los casos resueltos por ese Tribunal, en los cuales involucraban derechos de niños, podemos apreciar cuánto insiste en el control de convencionalidad y la debida diligencia por parte de los Estados:

- “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”⁹, donde la Corte IDH abordó la discriminación y la violación de las garantías judiciales en el contexto de la custodia de los hijos debido a la orientación sexual de la madre. Ese Tribunal enfatizó que cualquier decisión que afecte a niños debe considerar primordialmente su interés superior y ser proporcional a los fines que busca proteger, en este caso, el bienestar emocional y psicológico de las niñas.

- En “Villagrán Morales y Otros (Niños de las calles) vs. Guatemala”¹⁰, la Corte IDH se pronunció sobre la responsabilidad del Estado en la protección de niños que vivían en la calle. La Corte sostuvo que el Estado debe actuar con especial diligencia y tomar medidas que sean proporcionales a la situación de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes.

Estos casos reflejan cómo la Corte IDH utiliza los principios de razonabilidad y proporcionalidad para evaluar si las acciones de los Estados en casos que afectan a niños, cumplen con sus obligaciones de proteger los derechos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte IDH ha establecido claramente que las garantías judiciales para niños requieren una consideración cuidadosa de cómo las decisiones judiciales o administrativas afectan sus derechos y su bienestar, asegurando que estas decisiones sean adecuadas y efectivas¹¹.

9. Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_254_esp.pdf

10. Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_77_esp.pdf

11. Corte IDH - Cuadernillo No 5 de Jurisprudencia NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Disponible en

2. Control de Convencionalidad en el caso "María vs Argentina"

El fallo en el caso "María vs. Argentina" proporciona un análisis minucioso sobre la implementación del control de convencionalidad en el contexto de los derechos de la niñez, enfocándose especialmente en el derecho de los niños a ser oídos y participar como garantías judiciales explícitas para la infancia.

Uno de los aspectos más significativos de la condena es la crítica de la Corte IDH hacia las insuficiencias y el déficit del sistema judicial argentino en garantizar este derecho fundamental. El Tribunal señala que, aunque la legislación nacional reconoce teóricamente el principio del interés superior del niño, en la práctica, las instancias judiciales no siempre garantizan que este principio se aplique de manera efectiva. Esto se ve reflejado en la *falta de mecanismos adecuados* que permitan a los niños expresar su opinión de manera informada, considerada y oportuna en los procedimientos judiciales que los conciernen (párrafo 134).

134. De esta forma, este Tribunal considera que a lo largo del proceso no se cumplió con el deber reforzado de escuchar a María, quien era una niña al momento de los hechos, ya que no se hicieron esfuerzos para que sus decisiones fueran realmente informadas, su representación no fue tomada en cuenta sino hasta siete meses después de empezado el proceso y se pusieron obstáculos para reconocer su voluntad de cambiar de representantes [...]

Además, la Corte IDH hace hincapié en otro elemento que compone el *debido proceso*, y es la cuestión del *plazo razonable*. En su fallo, remarca la necesidad de que las decisiones judiciales sean no solo razonables y proporcionadas, sino también *oportunas*. Enfatiza que los retrasos en los procesos pueden tener impactos negativos significativos y duraderos en los niños, agravando su situación de vulnerabilidad y afectando sus derechos fundamentales (párrafos 145 al 148).

145. La falta de diligencia y la duración excesiva del proceso implicó en el caso concreto que Mariano haya permanecido durante más de 8 años, desde su nacimiento hasta la actualidad, con el matrimonio López a pesar de que no cuentan con una declaratoria de guarda. De esta forma se ha perpetuado una situación con vocación temporal. Si bien se estableció un régimen de visitas entre María y su hijo, éste se vio obstaculizado y no ha permitido una verdadera vinculación entre madre e hijo (supra, párrs. 64 a 68). Consecuentemente, teniendo en cuenta los derechos e intereses en juego, el retraso en las decisiones judiciales generó afectaciones significativas a los derechos de María, su madre y su hijo.

146. El retraso judicial en este caso sirvió, además, de fundamento para que los jueces de alzada justificaran la decisión de no proceder con el reintegro y mantener el procedimiento de declaración de adoptabilidad...

148. Con base en todo lo anterior, la duración total del procedimiento de más de ocho años sin que se haya llegado a una decisión definitiva sobrepasa excesivamente un plazo que pudiera considerarse razonable en procedimientos relativos a la guarda y a la vinculación de un niño con su madre, por lo que constituyen una violación del artículo 8.1 de la Convención en relación con el artículo 17.1 y 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de María, su hijo Mariano y su madre [...]

La sentencia destaca la responsabilidad del Estado Argentino de implementar y adecuar todas las medidas necesarias para asegurar que los procedimientos judiciales respeten los derechos de los niños a ser escuchados, conforme a su edad y madurez, y que sus opiniones sean debidamente consideradas en la toma de decisiones. Adviértase que el término utilizado es “todas”, sin dejar dudas que no basta con “algunas”, pues también responde al *principio de*

exigibilidad previsto en artículo 4 de la CDN para la restauración de los demás derechos que se vieron vulnerados como consecuencia de la debilidad del procedimiento.

En resumen, el caso "María vs. Argentina" sirve como un llamamiento crítico de la importancia del control de convencionalidad en la protección de los derechos humanos, especialmente los de los niños, y subraya la necesidad de que los Estados parte en la CADH y de la CDN tomen todas las medidas necesarias para garantizar que estos principios se reflejen verdaderamente en la práctica judicial.

3. Control Convencional-Constitucional en el caso "Control de Legalidad"

Por su lado, nuestra CSJN, en el fallo "Control de Legalidad", también evidencia un cuidadoso e implacable análisis del control convencional y constitucional centrado en los derechos de niños y niñas.

Este caso proporciona un escenario detallado donde la Corte aborda la importancia de considerar el "interés superior del niño", un principio estructurante tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) como en la legislación nacional argentina. Asumiendo que, este principio es entendido como un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución, y que, según el Comité de los Derechos del Niño, el interés superior del niño constituye una consideración primordial, o en algunos casos, "la" consideración primordial (Comité de los Derechos del Niño: Opinión Consultiva No 14/2013).

Con claridad, esta fórmula convencional cobra sentido cuando la CSJN advierte:

[...] Con eje en el principio del interés superior del niño... no se ponderó la situación real de la niña y del niño ni las consecuencias que podrían derivarse para ellos, entre otros aspectos, la edad, la relación afectiva y que carecían de una familia biológica y la familia extensa no se hallaba

en condiciones de asumir la guarda ... 5°) Que esta Corte Suprema ha enfatizado firmemente sobre la necesidad de resolver los asuntos que atañen a los infantes a la luz del principio del interés superior del niño, en tanto sujetos de tutela preferente. En ese contexto, ha puntualizado que la consideración del referido interés superior debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que los involucran, incluido este Tribunal, y en reiteradas ocasiones ha destacado que, ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad, aun frente al de sus progenitores... En tales condiciones, la decisión de la Cámara enfocó el análisis del asunto desde la perspectiva de una de las partes involucradas, sin ponderar la situación real de la niña y del niño ni las consecuencias que podrían derivarse para ellos [...]

El propósito general del despliegue de sus argumentos es promover un verdadero cambio de actitud de las instancias inferiores que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos. Criterio éste que tampoco es nuevo porque es una reiteración de lo expuesto en los autos “DHC (Causa N° 1645)” cuando expusiera:

[E]l “interés superior del niño” no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias comprobadas en cada asunto. [S]u configuración exigirá examinar en concreto, por un lado, las particularidades del caso para privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple del mejor modo la situación real del infante, y por el otro, cómo se ven o se verán afectados sus derechos por la decisión cuestionada y por la que corresponda adoptar. Ello pues, lejos de presentarse como un concepto abstracto y vacío de contenido, el mencionado principio constituye un vocablo que estará delineado y definido por la necesidad de satisfacción integral de los derechos fundamentales de aquel, dado que de lo que se trata es de

alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface ese interés (confr. Fallos: 330:642)..." (considerando N° 6)¹².

Por tanto, esto tiene repercusiones concretas en los siguientes aspectos:

a) la necesidad impostergable de adecuar todas las medidas adoptadas por órganos judiciales a las directrices internacionales sobre los Derechos del Niño;

b) cuando una decisión vaya a tener repercusiones importantes en personas menores de edad, se requiere adoptar un nivel superior de protección y ajustes procedimentales que respeten de forma irrestricta el *interés superior* como estándar internacional de Derechos Humanos aplicado al *debido proceso*.

3.1. Análisis de las garantías judiciales

En función de los hechos que motivaron la intervención judicial (los cuales daban cuenta que se involucraba la determinación de la guarda y la adopción de dos hermanos menores), la CSJN tuvo que considerar no solo el bienestar emocional y social de los niños al mantenerlos en un ambiente familiar estable sino también el cumplimiento de los procedimientos que respetaran sus derechos a "*un debido proceso*".

- El *plazo razonable* como principio de legalidad.

La CSJN analizó la razonabilidad de los plazos procesales, destacando que los retrasos excesivos en los procesos judiciales afectan negativamente el interés superior del niño y violan los principios establecidos tanto en la CDN como en la Constitución Nacional.

Del fallo surge con meridiana claridad que el derecho al debido proceso en perspectiva de infancia es fundamental en la protección

12. CSJN en "DHC (Causa N° 1645)", sentencia de fecha 20 de abril de 2023. Disponible en <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/4275>.

judicial de los niños involucrados y puede conceptualizarse como un sistema de tres pilares esenciales: 1) el derecho a ser oído; 2) ante un juez competente, independiente e imparcial; y 3) dentro de un plazo razonable.

En primer lugar, *el derecho del niño a ser oído* garantiza la oportunidad de presentarse ante autoridades judiciales competentes para defender derechos o intereses, permitiéndoles expresar sus opiniones y que las mismas sean tenidos en cuenta. Este derecho es intrínsecamente vinculado a la tutela judicial efectiva, asegurando que todas las personas, en la que se incluya a los niños, tengan acceso a un tribunal que pueda emitir una sentencia.

Este derecho adquiere especial relevancia en contextos de vulnerabilidad o durante procedimientos críticos como los de guarda de niños en vistas a una adopción, donde la protección efectiva de los derechos debe ser máxima. La tutela judicial efectiva no solo facilita el contacto directo con el órgano decisor, bajo el principio de inmediación, sino que también se extiende a garantizar todas las medidas necesarias para proteger los derechos de los involucrados en el proceso.

Además, es fundamental que estos derechos se ejerzan dentro de un plazo razonable. La temporalidad de las decisiones judiciales es determinante; decisiones tardías pueden resultar inútiles y violar gravemente el derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva. Por ello, los plazos deben ser tanto máximos, para evitar demoras innecesarias, como mínimos, para asegurar que las partes tengan tiempo suficiente para preparar y presentar su defensa efectivamente.

Finalmente, es importante reconocer que las garantías *del debido proceso en perspectiva de infancia* van más allá de las enumeradas explícitamente en instrumentos legales como el artículo 8 de la CADH. La interpretación de las necesidades específicas de cada caso puede requerir la adaptación o inclusión de garantías adicionales para asegurar la protección efectiva y completa de los derechos

implicados, tal como lo establece el *corpus iuris* de los Derechos del Niño (CDN, Opiniones Consultivas del Comité de los Derechos del Niño; la jurisprudencia de la Corte IDH y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros).

3.2 Recomendaciones a Tribunales inferiores

En su fallo, la CSJN, hizo hincapié en la necesidad de implementar un enfoque más proactivo y centrado en el niño, sugiriendo que los tribunales inferiores aseguren mecanismos efectivos para capturar y considerar la voz de los niños en todos los procesos que los afectan directamente. Esto incluye la adopción de prácticas judiciales que faciliten la participación activa de los niños de manera que puedan expresar sus deseos y opiniones, los cuales deben ser tomados en cuenta seriamente en la toma de decisiones.

4. Derecho a tener un procedimiento especializado (Art. 5.5 y 8.1 CADH)

Es claro que un niño no participa en un proceso judicial de la misma manera que un adulto. Ignorar esta distinción significaría negar la realidad y fallar en la implementación de medidas especiales necesarias para la protección de los niños, lo cual podría resultar en un perjuicio grave para ellos. Por lo tanto, es fundamental reconocer y respetar las diferencias de trato que se deben a las distintas situaciones de quienes están involucrados en un procedimiento.

En última instancia, aunque los derechos procesales y las garantías correspondientes son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños, debido a las condiciones especiales en que se encuentran, se requiere la adopción de medidas específicas. Esto asegura que los NNA gocen de manera efectiva de estos derechos y garantías.

Nada de esto es nuevo. La Corte IDH viene señalando esta necesidad hace más de veinte años. Veamos:

- **Caso “Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004.¹³**

En su sentencia, la Corte IDH dijo, conforme a las normas internacionales relevantes, la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley en Paraguay, junto con sus leyes y procedimientos asociados, debe incluir los siguientes aspectos: 1) la capacidad de implementar medidas que eviten el uso de procesos judiciales para tratar a estos niños; 2) en situaciones donde un proceso judicial sea imprescindible, el tribunal deberá contar con una variedad de medidas como asesoramiento psicológico para el niño durante el proceso, supervisión de cómo se recaba el testimonio del niño y regulaciones sobre la publicidad del proceso; 3) también se otorgará un margen adecuado para el ejercicio de la discreción judicial en todas las etapas del proceso y en las distintas fases de la administración de justicia juvenil; y 4) aquellos que ejerzan estas facultades deben estar debidamente capacitados en derechos humanos y psicología infantil para evitar cualquier abuso de discrecionalidad y garantizar que las medidas tomadas sean adecuadas y proporcionales.

- **Caso “Fornerón e hija Vs. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de abril de 2012.¹⁴**

Ese Tribunal ha enfatizado que, dada la importancia de los intereses involucrados, los procedimientos administrativos y judiciales que afectan la protección de los derechos humanos de los menores, especialmente aquellos relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños en sus primeros años, deben ser

13. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf

14. Op.cit.

administrados con excepcional diligencia y celeridad por las autoridades.

- **Caso “Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2013¹⁵.**

Apuntó que, en el contexto de solicitudes de asilo por parte de niños, los principios de la Convención sobre Derechos del Niño deben guiar tanto los aspectos sustantivos como procedimentales. Los niños solicitantes deben disfrutar de garantías procedimentales y probatorias especiales para asegurar que las decisiones tomadas en su solicitud de asilo sean justas, lo que implica el desarrollo e integración de procedimientos seguros y apropiados para los niños, así como un entorno que genere confianza en todas las etapas del proceso. Además, bajo este mismo principio, si el solicitante principal es excluido de la condición de refugiado, se debe garantizar que las solicitudes de los familiares se evalúen de manera independiente. Sin embargo, estas no son las situaciones presentadas en el caso actual.

5. El derecho a la tutela judicial diferenciada y el sujeto de preferente tutela

Afirman la doctrina que, la tutela judicial efectiva más allá de ser una expresión tautológica, pero aceptada, es —según se mire— un derecho fundamental que beneficia a los justiciables, un deber funcional para el órgano jurisdiccional llamado a hacerlo realidad y también un principio en el sentido de ser un portador de valores¹⁶.

En ese contexto, se reserva al órgano jurisdiccional y estos vienen llamados a asumir el ejercicio de verdaderas y trascendentes

15. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf

16. Peyrano Jorge W. “Importancia de la consolidación del concepto de la tutela judicial efectiva en el ámbito del juicio civil y el análisis de su contenido”, colección ebook Nova Tesis (2013) – Herramientas procesales. Cita: IJ-DCCLI-961.

funciones de garantías destinadas a asegurar la efectiva operatividad de los derechos fundamentales¹⁷.

La tutela judicial real es una garantía que tiene una connotación más relacionada con la eficiencia, sin perjuicio de preocuparse por la eficacia¹⁸. La eficacia y eficiencia denotan que no basta con el respeto de meras fórmulas rituales para tener por satisfecho este derecho, sino que se trata de una garantía que sólo se cumple cuando puede ejercerse el derecho [fondo y forma] de manera certera y efectiva. Es por ello que la compatibilización del *tiempo*, el *proceso* y la *afección del derecho tutelado* se ha tornado en una preocupación constante en la doctrina especializada en Infancia¹⁹.

En función de estos estándares internacionales, considero —tal como lo sostuve en otra oportunidad²⁰— que el principio de la *tutela judicial diferenciada* es un “mandato de optimización” ya que ordena al juez a ser ágil y expedito para tutelar a la persona y su derecho fundamental según fueren las posibilidades jurídicas y fácticas existentes en el caso. Este deber constituye una categoría específica dentro de la tutela judicial efectiva, que no solo implica criterios procesales o pautas procedimentales adaptadas a la naturaleza del derecho en cuestión, sino que también permite una auténtica justicia “protectora” o “de acompañamiento”, en virtud de la fuerza vinculante de los compromisos en materia de derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento. Estos compromisos se

17. Berizzone, Roberto O. “La jurisdicción protectora o de acompañamiento”, SJA 06/02/2019, Cita Online: AR/DOC/3643/2018.

18. Peyrano, Jorge W., Eficiencia del sistema de justicia, en “Nuevas Tácticas Procesales”, Buenos Aires (2011), Ed. Nova Tesis, 12.

19. Para ampliar: *Tratados sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes*, de Silvia Fernández, Editorial Abeledo Perrot (1o y 2o Edición); *Los derechos de niñez y adolescencia hacia una disciplina autónoma*, de Olga Orlandi, Fabián Faraoni y Andrea Kowalenko, Editorial Nuevo Enfoque, Córdoba (2021); *Procesos de familia*, de Gonzalo Javier Gallo Quintian y Hernán Quadri, La Ley, Buenos Aires (2019).

20. Rey Galindo, Mariana J.; Acuña Matías y Silva, María Celeste, “Derechos de las Familias: Fondo y Forma”, Editorial Contexto, Chaco (2021), 582.

convierten en pautas esenciales al momento de resolver un caso concreto, sea de manera definitiva o no.

En cuanto al sujeto protegible o pretensor diferenciado, Torres Traba lo ha definido como aquel que, por estar en condición de extrema vulnerabilidad o en una notoria necesidad de protección amerita que su partición en el proceso judicial obligue al juzgador a optimizar las reglas del procedimiento y asumir un rol activo que le permita ordenar el debate y el dictado de resoluciones oportunas o urgentes, cuya procedencia se encuentra determinada por la naturaleza sensible del derecho a judicializar o por la urgencia de su protección, sea conservándolo o innovando, para evitar con ello lesiones jurídicas irreparables²¹.

Como se advierte, no se trata de una diferencia cualquiera, sino de una situación que involucra a sujetos de preferente tutela o bien de una diferencia notable, grave y esencialmente susceptible de protección judicial.

En la misma línea, la Corte IDH ha sostenido que

[...] toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos". Y que "no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre [...]"²².

21. Torres Traba, Luis, "Tutelas procesales diferenciadas", Suplemento de Doctrina Judicial Procesal (2013), 66. Cita online: AR/DOC/1859/2013.

22. 20 Corte IDH, "Furlán vs Argentina" -sentencia de 31 de agosto de 2012 - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf

En otras palabras, la tutela judicial diferenciada actúa como una herramienta que nos ayuda a entender que, ante determinadas situaciones donde derechos fundamentales como la vida, la identidad, la salud y la integridad personal están en riesgo, y las personas se encuentran en una situación de vulnerabilidad, es lógico y necesario establecer un tratamiento diferenciado a favor del sujeto protegible.

En este mismo sentido, la Comisión No 1 del Congreso Procesal de 2019, titulada ‘Nuevos paradigmas de la jurisdicción protectoria’, recomendó en su conclusión, específicamente en el punto 9, que se establezca una tutela preferente para las personas en condición de vulnerabilidad²³.

6. Análisis de impacto de los dos casos argentinos

El impacto a largo plazo de las sentencias del caso “María vs. Argentina” y el fallo de la CSJN en “Control de Legalidad” ofrece una perspectiva valiosa sobre los cambios legislativos y las prácticas judiciales en Argentina. Estos fallos son significativos no solo en términos de jurisprudencia sino también en su capacidad para influir en la mejora de las prácticas administrativas y judiciales relativas a los derechos de la niñez.

- **Caso María vs. Argentina:**

Este fallo de la Corte IDH ha resaltado defectos significativos en el sistema judicial argentino, especialmente en la rapidez y efectividad con que se manejan los casos que afectan a niños y niñas. Posterior a esta sentencia, ha habido un esfuerzo visible por parte de los órganos judiciales en Argentina para adaptar sus procedimientos y asegurar que se respeten los derechos de ser oídos y una participación real y protagónica de los NNA en los procesos judiciales que los afectan,

23. Congreso Nacional de Derecho Procesal San Juan 2019, Conclusiones Comisión N° 1.

alineándose así con las normativas internacionales y reforzando el principio del interés superior.

- **Caso Control de Legalidad:**

La decisión de la CSJN ha demostrado un compromiso robusto con la implementación del debido proceso con enfoque basado en los estándares internacionales de los derechos humanos de los NNA, enfatizando la necesidad de procedimientos judiciales que prioricen las necesidades y los plazos cuando se trate de sujetos de preferente tutela. El Supremo recomienda a los tribunales inferiores tener una mayor diligencia y celeridad, asegurando que las decisiones se tomen considerando de manera primordial el bienestar de los niños, lo que puede ser visto como un paso hacia prácticas judiciales restaurativas.

RECOMENDACIONES

En síntesis, el análisis de los casos y sus resoluciones reflejan avances de gran envergadura, pero también destacan áreas donde aún es necesario mejorar. Las lecciones aprendidas de estos veredictos deberían guiar futuras reformas tanto en el sistema judicial como en el legislativo.

- **Para los cuerpos legislativos:** fortalecer la legislación existente para asegurar la plena integración de los estándares internacionales sobre los derechos de la niñez, con especial enfoque en la operatividad y ejecución de estas leyes. Como, por ejemplo, la revisión del Código Procesal de Familia en el que se incluyan normas específicas en materia de Niñez, como lo tiene la provincia de Chaco²⁴.

24. Chaco, Ley 2950-M. Disponible en: <https://www.cnaj.gob.ar/cnaj/docs/ChacoL2950M.pdf>

- **Para el sistema judicial:** incrementar la capacitación de personal judicial en materia de Derechos Humanos, Derechos del Niño. Además, es fundamental diseñar e implementar protocolos de actuación específicos que guíen la interacción judicial con niños y niñas, asegurando un trato adecuado y respetuoso de los derechos fundamentales. También es necesario mejorar los mecanismos de supervisión y evaluación de la práctica judicial para garantizar el cumplimiento de los estándares internacionales y la efectividad de estos protocolos en el ámbito judicial.
- **Para los operadores judiciales:** dada la legislación vigente y la operatividad del bloque constitucional actual, es esencial adaptar los procedimientos judiciales a las necesidades de niños, niñas y adolescentes para que sean ágiles, accesibles, apropiados y comprensibles para ellos. Esto incluye asegurar que los niños y adolescentes tengan información suficiente sobre los procedimientos que les afectan, presentada en un lenguaje que puedan entender fácilmente. Además, la tramitación de sus casos debe ser diligente, garantizando una rápida resolución.

Es importante disponer de todos los mecanismos necesarios para facilitar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en todos los procedimientos que les afecten y establecer métodos efectivos para evaluar y documentar cuál sea su interés superior en cada situación.

- Para los defensores de los derechos de la niñez: continuar con la labor de monitoreo y denuncia de las falencias en la aplicación de la ley y en la protección judicial efectiva de los derechos de los niños.

PERSPECTIVAS FUTURAS

Mirando hacia el futuro, es fundamental que nuestro país continúe adaptándose a los desafíos emergentes en el ámbito de los derechos de la niñez.

Esto incluye responder de manera proactiva a las nuevas necesidades que surjan de cambios sociales, tecnológicos y legales, y asegurar que todos los niños disfruten de protecciones legales y judiciales robustas y efectivas.

La adaptación y adecuación continua de las prácticas judiciales y legislativas, alineadas con los desarrollos internacionales y los principios de derechos humanos, serán esenciales para garantizar la justicia y la protección integral de los niños de manera uniforme.

Ajustar los procedimientos judiciales a los NNA para que sean ágiles, accesibles, apropiados y comprensibles para ellos y ellas, asegurando otorgar centralidad a sus derechos de fondo y forma, lo cual implica:

1. Reconocerlos titulares de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y partir de la lógica del desarrollo integral de los NNA;

2. Entender la protección de sus derechos como un continuum y no como intervenciones aisladas y desconectadas;

3. Asumir la existencia de necesidades diferentes en función de la evolución de las capacidades de los NNA y de su crecimiento, las cuales llevan aparejadas responsabilidades de diferente naturaleza e intensidad por parte del Estado, la familia y la sociedad en cada etapa de desarrollo;

4. Respetar la autonomía que progresivamente adquieren los NNA para el ejercicio autónomo de sus derechos, en función de su edad y madurez;

5. Reconocer y promover su derecho a participar y a que su voz y opiniones sean debidamente escuchadas y tomadas en consideración en todas las decisiones que les afecten;

6. Poner especial atención en aquellos grupos de NNA que enfrentan desafíos especiales o particulares en el goce de sus derechos con el objetivo de promover condiciones para asegurar sus derechos;

7. Introducir el principio del interés superior del niño como una consideración principal en todas las decisiones que se adopten que afecten a los NNA, así como adoptar las medidas necesarias para velar que este interés sea efectivamente valorado y justificado objetivamente;

8. Analizar el artículo 8 de la CADH a la luz del artículo 12 de la CDN, como categorías “del debido proceso en perspectiva de infancia” cuya fórmula encierra un potencial sustancial y procesal expansivo.

9. Adoptar una perspectiva de género e intercultural; y

10. Considerar la protección de la familia como un elemento destacado de la protección de los derechos de los NNA.

LA CUENTA PENDIENTE

El análisis realizado en este artículo demuestra que, aunque nuestro país forma parte de los Estados firmantes de los tratados internacionales más importantes en materia de derechos humanos, aún encontramos un déficit en las prácticas judiciales y administrativas de los estándares internacionales de derechos humanos, especialmente en lo que respecta a los derechos de niños, niñas y adolescentes. Tras casi 35 años de la CDN resulta inexcusable seguir deliberando ¿cómo escuchar a un niño? ¿cuándo

escuchar a un niño? ¿a qué edad escuchar a un niño? ¿en qué etapa del proceso escuchar a un niño? ¿se propone abogado del niño? ¿cómo se designa un abogado para el niño? Estas preguntas no hacen más que resaltar una perspectiva adultocéntrica obsoleta y perjudicial.

Es urgente que abordemos estas cuentas pendientes desde una dimensión normativa, programática e institucional que incorporen completamente los derechos de la niñez en todas las fases del proceso judicial.

Al mismo tiempo, es fundamental implementar programas de capacitación continua para jueces y operadores judiciales que enfatizen técnicas de entrevista adaptadas a niños y el respeto por su participación efectiva en los procedimientos judiciales.

Finalmente, la evaluación y supervisión de las prácticas judiciales deben ser mejoradas, garantizando que los cambios no solo sean teóricos sino efectivamente aplicados.

Solo entonces, podremos asegurar que el sistema judicial argentino cumpla plenamente con los compromisos internacionales asumidos para la protección de los Derechos de la Niñez.

- **El reto personal**

Desde una perspectiva propia, albergo la esperanza de que, con el énfasis puesto en el trabajo diario desde lo profesional, en cada intervención jurisdiccional y en aportes académicos como éste, favorezcan y contribuyan significativamente a alcanzar *una igualdad real y a garantizar un debido proceso* que respete plenamente el Sistema de Protección Integral.

"Para el adulto es un escándalo que el ser humano en estado de infancia sea su igual"

(Dolto, Françoise, 1996: *La causa de los Niños*).

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes institucionales y sitios web:

Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Opinión Consultiva N° 14/2013*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

<https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). *Sitio oficial*.

<https://www.corteidh.or.cr/>

Ponencias y congresos:

Comisión N° 1. (2019). *Conclusiones Comisión N° 1: Congreso Nacional de Derecho Procesal – San Juan 2019*.

Libros y capítulos de libros:

Peyrano, J. W. (2011). *Eficiencia del sistema de justicia*. En *Nuevas Tácticas Procesales* (p. 12). Ediciones Nova Tesis.

Peyrano, J. W. (2013). *Importancia de la consolidación del concepto de la tutela judicial efectiva en el ámbito del juicio civil y el análisis de su contenido*. Nova Tesis. [II-DCCLI-961].

Rey Galindo, M. J., Acuña, M., & Silva, M. C. (2021). *Derechos de las familias: Fondo y forma* (p. 582). Editorial Contexto.

Artículos en revistas y suplementos:

Berizzone, R. O. (2019). La jurisdicción protectoria o de acompañamiento. *Suplemento Jurisprudencial Argentina*, 06/02/2019. [AR/DOC/3643/2018].

Torres Traba, L. (2013). Tutelas procesales diferenciadas. *Suplemento Doctrina Judicial Procesal*, (junio), 1-6-13, p. 66. [AR/DOC/1859/2013].

CONVENÇÃO 169 DA OIT: UM INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS EM EXPANSÃO

GABRIEL DOURADO ROCHA
GUILHERME OLIVEIRA SILVA
LIANA AMIN LIMA DA SILVA

Universidade Russa da Amizade dos Povos (RUDN)
gabriel_drocha@hotmail.com

Universidade de Brasília (UnB)
guigoliveiras@gmail.com

Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD)
lianasilva@ufgd.edu.br

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar a expansão dos Estados membros da Convenção 169 da OIT e o fortalecimento e consolidação deste instrumento enquanto base, junto com a Declaração Universal sobre os Direitos dos Povos Indígenas e outros documentos, do Direito Internacional dos Povos Indígenas. Para isso, analisamos brevemente o impacto do tratado em diversas regiões, bem como as tentativas de denúncia ou interpretações restritivas e limitantes dos sujeitos titulares de direito da Convenção 169 da OIT e, por outro lado, a prática dos sistemas regionais de Direitos Humanos enquanto impulsores dos direitos garantidos na Convenção 169 da OIT.

Palavras chave: Convenção 169 da OIT, Direito Internacional, Povos Indígenas, Povos Tribais; Povos e Comunidades Tradicionais.

1. INTRODUÇÃO

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais foi fruto de um longo trabalho de revisão da Convenção 107 da OIT, que se consolidou na 75^a e 76^a Conferências Internacionais do Trabalho, em 1988 e 1989.

Anteriormente, a Convenção 107, aprovada em 05 de junho de 1957 durante a 40^a Conferência Internacional do Trabalho, foi resultado da compilação do trabalho que a OIT realizou na temática de populações indígenas e tribais desde a sua fundação em 1919. Ocorre que, como é comum na área jurídica, este texto necessitou de revisão com o decorrer do tempo, sobretudo com a fundação do Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas na ONU em 1982, que também trabalhava com esta temática, o que fez com que a OIT paulatinamente considerasse a viabilidade de reformular o texto e entre 01 e 10 de setembro de 1986 fosse reunido um grupo de especialistas em Genebra (Suíça) para isto, presidido pelo antropólogo Rodolfo Stavenhagen.

Dito grupo concluiu que, em decorrência da abordagem protetora e paternalista adotada na década de 1950, se colocou implicitamente em vários artigos do texto a concepção da existência de culturas indígenas e tribais são “menos avançadas” ou “menos desenvolvidas” do que o resto da sociedade nacional, de maneira que estas indicações devem ser removidas do instrumento, sendo necessária uma abordagem mais positiva e que leve em consideração as necessidades e demandas expressas pelas organizações de povos indígenas nos níveis nacional, regional e internacional, de acordo à convicção geral que se havia alcançado no âmbito da ONU sobre isto, considerando que devem se estabelecer modelos de maior participação.

Entre 1988 e 1989, esta perspectiva do grupo de especialistas convocados pela OIT foi em grande medida atendida e o texto final foi adotado em 27 de junho de 1989, entrando em vigor apenas dois anos depois, em setembro de 1991, quando se completou doze

meses após a data da segunda ratificação ter sido registrada junto ao Diretor Geral, conforme determina o segundo inciso do artigo 38º do tratado.

A primeira ratificação registrada foi a da Noruega, em 19 de junho de 1990, e a segunda foi a do México, em 05 de setembro de 1990. Lentamente, expandiu-se o número de Estados membros do tratado e também a jurisprudência a ele relacionada, em âmbito nacional e internacional, destacando a experiência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, onde está localizada a maioria dos Estados membros, ou seja, 15 dos 24 países em que a Convenção 169 da OIT está em vigor, sendo que os outros 9 países membros estão distribuídos por todos os demais continentes.

2. A EXPANSÃO DOS ESTADOS PARTES DA CONVENÇÃO 169

Conforme dito anteriormente, desde 1989, 24 países ratificaram a Convenção Nº 169, sendo 15 da região latino americana e caribenha: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, Peru e Venezuela. Os outros oito países que ratificaram a convenção em seus respectivos Estados são: República Centro Africana, Alemanha, Dinamarca, Fiji, Luxemburgo, Nepal, Holanda, Noruega e Espanha.

Entre 1957 e 1989, 27 Estados ratificaram a Convenção 107 da OIT sobre “Proteção a Integração das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes”, que ainda permanece vigente na maioria dos territórios, com exceção de 10 países da América Latina (Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, México, Paraguai e Peru) que a denunciaram e se aderiram à Convenção 169. Observa-se que o padrão de maior adesão na América Latina se repete tanto para a Convenção 107, que teve mais de metade dos membros na região,

ou seja, 14 dos 27 Estados partes, quanto para a Convenção 169, que possui na região 15 dos 24 membros.

Além disso, no âmbito da Convenção 107, foi realizado o Programa Andino da OIT entre 1952 e 1972 para promover a integração “das populações índias da Bolívia, Peru, Equador, Colômbia, Chile e Argentina”¹.

Nesse sentido, Royo (2005, p. 303) aponta que a geografia de interesse nos trabalhos para a redação da Convenção 169 não se diverge substantivamente dos países que participaram da redação da Convenção 107 (América e Australásia²), com algumas consideráveis exceções, uma delas se refere ao fato de que, em contraste com o período de elaboração da Convenção 107, quando muitos países europeus absurdamente negaram a presença de povos indígenas em seus territórios, durante o processo de elaboração da Convenção 169 alguns países tomaram posição ativa no reconhecimento dos direitos desses povos.

Abaixo, descrevemos brevemente os motivos e nuances de cada região e das características do uso da Convenção 169 da OIT em cada país. Sem dúvida, o fato de concentrar a maior prática relacionada ao tema de direito internacional dos povos indígenas reflete a importância deste tema para a região da América Latina.

1. RENS, Jef. *El Programa andino*. Jef Rens, Director General Adjunto de la Oficina Internacional del Trabajo. En: *Ginebra*, 64(6), diciembre de 1961.

2. Cabe ressaltar que o Direito Internacional dos Povos Indígenas é uma área complexa e com várias nuances a serem notadas. Observa-se, por exemplo, que apesar de que o autor indicou que durante a elaboração da Convenção 169 houve grande participação dessas duas regiões, por outro lado durante a votação da Declaração Internacional do Direitos dos Povos Indígenas da ONU em 2007 dessas regiões vieram os quatro voto contrários à Declaração (Austrália, Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia), que posteriormente vieram a ter posições mais amistosas quanto à Declaração, apesar de que nunca haverem integrado a Convenção 107 ou 169 da OIT. Ademais, cabe indicar que a Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada em 2016, sendo que a OEA deu seus primeiros passos para a elaboração da declaração em 1989. A Declaração foi aprovada por unanimidade entre os então 34 membros da OEA, mas há que ressaltar que cinco notas de rodapé, também denominadas notas interpretativas, foram adicionadas por Estados Unidos (1), Canadá (2) e Colômbia (3, 4 e 5), apesar de que em alguns momentos posteriores vieram a ter algumas posições mais amistosas quanto ao tema.

2.a. América Latina e Caribe

Conforme indicado anteriormente, os países da região da América Latina e do Caribe são a maioria entre os signatários das Convenções 107 e 169 da OIT. Assim como esta região é onde se encontra a maioria dos Estados partes da Convenção 169 da OIT, é também onde mais se desenvolveu, a nível internacional e nacional, jurisprudência e práticas administrativas acerca da aplicação do tratado e, mais especificamente, sobre o direito à consulta livre, prévia e informada.

Para efeitos metodológicos, nos restringimos a análise da experiência advinda dos países da América Latina e do Caribe, onde há Estados que ratificaram tanto a Convenção 107 como 169. Nesse sentido, não nos referimos apenas a área continental, geralmente delimitada entre o Belize e a Guiana Francesa, mas também ao Caribe Insular, onde, apesar de que em seus censos demográficos 13 países não apresentam informação sobre povos e línguas indígenas, também há reivindicações de identidade étnica indígena ou de descendência indígena, como na parte ocidental de Dominica, Estado parte da Convenção 169, onde habitam Kalinagos, descendentes de população Caribe³. Mesmo onde não se ratificou a Convenção 169, como no Suriname, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já reafirmou o direito dos povos indígenas e tribais ao direito à consulta livre, prévia e informada a partir da Declaração Universal do Direito dos Povos Indígenas (2007) que obteve voto favorável do Suriname na Assembleia Geral da ONU.

Ademais, a classificação deste subparágrafo é pertinente Canadá e EUA não haverem se aderido ou ratificado a Convenção 169 da OIT, o que não nos impede de ressaltar a participação positiva de alguns setores desses países durante a elaboração da Convenção 169, bem como no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos,

3. UNICEF. *Atlas Sociolingüístico de Pueblos Indígenas en América Latina*. Cochabamba, Bolivia. FUNPROEIB Andes, primera edición: 2009, p. 79.

que em alguns casos, a partir das obrigações estabelecidas na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), já expressou preocupação pelo descumprimento do direito a consulta e consentimento livre, prévio e informado⁴.

De acordo com a OIT há aproximadamente 55 milhões de mulheres e homens indígenas na região, representando 8,5% da população total da América Latina. A Organização considerou que a crise causada pela COVID-19 potencializou a vulnerabilidade em que vivem mais de 800 grupos indígenas na América Latina e aumentou o desafio de estender os sistemas de proteção social na região, bem como pontuou que os salários dos povos indígenas representam apenas 33% dos salários dos não indígenas, tornando a América Latina a região do mundo com a maior diferença de renda do trabalho⁵.

A América Latina não é a região com maior número de línguas, nem de falantes, há estimativas que a quantidade de falantes pode chegar a 25 milhões, mas é a que tem maior diversidade. Segundo o Atlas Sociolinguístico dos Povos Indígenas da América Latina (2009), publicado com o apoio da UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), aproximadamente 500 línguas indígenas faladas estão agrupadas em 99 famílias que se estendem da Patagônia à Mesoamérica.

Apesar de não haver traços linguísticos comuns entre elas, há um fator sociopolítico comum, o fato de serem línguas de povos que sofreram o processo de colonização. Este fator sociopolítico comum

4. OEA. (2002). *Report nº 75/02. Case 11.140 Mary and Carrie Dann vs United States*. December 27, 2002. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002eng/USA.11140.htm>
OEA. (2019). *IACHR expresses its deep concern over the claims of forced sterilizations against indigenous women in Canada*. January 18, 2019. Disponible en: https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2019/010.asp.

5. OIT. *Latin America Low levels of social protection and statistical invisibility increases the vulnerability of 55 million indigenous people*. The COVID-19 pandemic disproportionately affected more than 800 groups of indigenous peoples, who are overly affected by poverty and informality, have few opportunities for decent work, and face obstacles in accessing education or participating politically, says new ILO report. *News*, 15 December 2022.

fez com que em âmbito internacional se desenvolvessem práticas político-jurídicas específicas, como as desenvolvidas no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a partir de suas fontes próprias⁶ ou usando outros instrumentos internacionais como a Convenção 169 da OIT, que em suas disposições garante, entre outros direitos, a consulta livre, prévia e informada.

De fato, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos já se reconheceu a prática de elaboração de protocolos de consulta livre, prévia e informada, seja na audiência conduzida na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (177º Período de Sessões) por Antonia Urrejola Noguera, então Relatora sobre os Direitos dos Povos Indígenas em 09 de outubro de 2020, que contou com participantes de comunidades do Brasil, Colômbia, México, Peru e outras organizações, bem como pelo relatório temático “Direito à autodeterminação dos povos indígenas e tribais” apresentado pela Comissão Interamericana em dezembro de 2021, no qual, reconhecendo as demandas atuais dos povos indígenas e tribais, analisa as normas internacionais e formula recomendações aos Estados para que contribuam nos esforços de reconhecimento e implementação do direito à autodeterminação e cita o trabalho do

6. Para ser mais específico, aqui me refiro aos documentos produzidos pela OEA e por suas organizações antecessoras, com destaque para a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem* (1948), a *Convenção Interamericana de Direitos Humanos* (1969) e a *Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas* (2016). No âmbito das atividades da Comissão Interamericana, a primeira decisão a obrigar os Estados a proteger as terras dos povos indígenas encontra-se no *Caso nº 1690 das Comunidades Guajibas vs. Colômbia* em 1972. Posteriormente, a Comissão também se pronunciou sobre os abusos sofridos pelas comunidades Miskito na Nicarágua e Yanomami no Brasil. Assim como a Conferência Internacional do Trabalho, em 1985, a Comissão instou o Governo do Brasil a concluir a demarcação do território Yanomami e a proteger a segurança e a saúde desse povo (*Resolução nº 12/85*). Em 2020, a Comissão mais uma vez instou o governo brasileiro a garantir a proteção do povo Yanomami e impedir que garimpeiros invadissem suas terras (*Resolução nº 35/2020*). Em 1990, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos criou a *Relatoria sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, com o objetivo de dar atenção aos povos indígenas das Américas, que estão especialmente expostos a violações dos Direitos Humanos devido à sua situação de vulnerabilidade. Ademais, no âmbito da Corte Interamericana foram proferidas mais de vinte sentenças relacionadas direta ou indiretamente com a violação de direitos dos povos indígenas.

Observatório de Protocolos nas notas de rodapés 496, 497 e 503, localizadas nos parágrafos 297, 298 e 300, nas páginas 135 e 140 do relatório⁷.

O Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Livre Prévio e Informado: direitos territoriais, autodeterminação e jusdiversidade é uma rede de pesquisadores(as), representantes de povos tradicionais e organizações da sociedade civil que se propõe a monitorar casos de ameaças e violações ao direito de consulta e consentimento prévio, livre e informado no Brasil e demais países da América Latina e África. O nosso trabalho é fruto da articulação dos povos indígenas e comunidades tradicionais, com apoio da sociedade civil, e de organizações internacionais para que o direito à consulta seja respeitado. Os protocolos autônomos de consulta prévia são instrumentos através dos quais os povos indígenas mostram para os Estados como devem ser consultados, estes instrumentos têm uma relação direta com a autodeterminação dos povos indígenas, já que: Os protocolos comunitários de consulta e consentimento prévio, livre e informado, também denominados de protocolos autônomos, são documentos elaborados pelos povos indígenas, quilombolas e demais povos tradicionais que estabelecem as regras para o procedimento da consulta prévia, livre, informada e de boa fé, para que sejam respeitadas as especificidades culturais, os sistemas jurídicos próprios, as formas de organização social e deliberação coletiva⁸.

Os protocolos comunitários contêm as regras que nortearão um processo de consulta que respeite as organizações comunitárias.

7. OEA. *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 28 de diciembre de 2021. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II)*. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>

8. OBSERVATÓRIO. *Mapa de Protocolos Autônomos de Consulta e Consentimento Prévio, Livre e Informado*, 2023. *Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Livre Prévio e Informado: direitos territoriais, autodeterminação e jusdiversidade*. Disponível em: <https://observatorio.direitosocioambiental.org/>

Conforme documentos disponíveis no Mapa de Protocolos Autônomos, lançados e publicados no Brasil até 31 de outubro de 2022, foram contabilizados 73 protocolos comunitários.

Cabe ressaltar que a prática de construção de protocolos comunitários de consulta, bastante difundida na América Latina, não se restringe apenas ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos e já foi levada ao conhecimento de outras organizações internacionais, como a ONU e a própria OIT.

O Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Livre Prévio e Informado, em 31 de março de 2022, submeteu, a partir de um esforço coletivo com outras organizações, ao Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas um relatório em coalizão (sociedade civil) para o 4º ciclo de monitoramento do Brasil no Mecanismo de Revisão Periódica Universal (RPU/ONU)⁹, que aponta as violações ao direito à consulta e consentimento prévio, livre e informado (CCPLI) de povos indígenas, quilombolas e demais povos e comunidades tradicionais no Brasil com a sistematização de mais de 80 casos de violações nos territórios (projetos extrativos e de desenvolvimento), além das ameaças em relação à Projetos de Leis (como o PDL 177/2021, PL 191/2020, o PL 490/ 2007, entre outros).

Além disso, em 31 de outubro de 2020, a Comissão de Peritos para a Aplicação das Convenções e das Recomendações (CEACR), mecanismo de controle da OIT, recebeu observações encaminhadas pela Central Única dos Trabalhadores (CUT). Considerando as disposições acerca da consulta e consentimento livre, prévio e informado (artigos 6, 7, 15 e 16 da Convenção 169), a CEACR citou

9. A supervisão da aplicação da *Convenção 169* não tem que se restringir aos mecanismos de supervisão da OIT. Assim, pode ocorrer também dentro do mecanismo de *Revisão Periódica Universal* (RPU) no âmbito do *Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas*. Ver: ROYO, Luis Rodríguez-Pinero. *La ratificación del Convenio nº 169 de la OIT por España: más allá de la solidaridad*. Jornadas sobre las implicaciones del Convenio Nº 169 de la OIT sobre pueblos indígenas para el conjunto de las administraciones públicas, organizado por el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Girona (Girona, 20 de junio de 2008), p. 28-29.

as iniciativas dos povos indígenas na elaboração de protocolos de consulta livre, prévia e informada enquanto boa prática para resguardar seus direitos¹⁰.

A expressão de apoio de outras organizações já ocorreu em outros momentos do protagonismo da OIT no âmbito do Direito Internacional dos Povos Indígenas, como durante o processo de revisão da Convenção 157 durante a década de 1980, que foi apoiado pela Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), Organização Mundial de Saúde (OMS) e pelo Instituto Indigenista Interamericano. Nesse sentido, a cooperação inter-institucional é enfatizada na literatura institucional da OIT desde o Programa Andino. Apesar disto, há que se ressaltar que a participação das delegações indígenas é considerada um aspecto espinhoso do processo de redação¹¹.

2.b.África

Pouco antes da aprovação da Convenção 107, a OIT mencionou em um de seus relatórios sobre direito dos povos indígenas e tribais três países sub-saharianos, África do Sul, Etiópia e Gana, pelo simples fato de serem os únicos países independentes naquele momento na região, o que viria mudar radicalmente nos próximos anos. Observa-se, por exemplo, que na Primeira Conferência Regional Africana do Trabalho realizada em Lagos (Nigéria) em 1960 se adotou uma resolução convocando os Estados a ratificarem a Convenção 107 da OIT.

10. OIT. *Report III /Addendum (Part A) Addendum to the 2020 Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations International Labour Conference 109th Session*, p. 703-705, 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_771042.pdf

11. ROYO, Luis Rodriguez-Pinero. *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime (1919-1989)*, 2005, Oxford University Press, p. 302.

Assim como na Ásia, na África o termo “povos indígenas” pode ser usado para se referir àqueles povos que não são dominantes, como, por exemplo, os Mbatí (pigmeus) da África Central ou os pastores nômades Masai.

Na África, a Convenção 107 da OIT foi ratificada logo após a independência dos seguintes países: Angola, Egito, Gana, Guiné Bissau, Malawi e Tunísia.

Segundo Royo¹², a utopia integracionista da OIT expressada na Convenção 107 gerou uma série de breves iniciativas de escasso impacto na África, sobretudo devido a que o crescente interesse da organização pela região não foi acompanhado do devido conhecimento acerca da região. Seguindo o modelo do Programa Andino, na África a OIT buscou a integração das “comunidades tradicionais” às “sociedades modernas”, a transição da “tribo” à “nação”. Os programas da organização desenvolvidos tiveram baixo alcance, como os projetos piloto de baixo impacto, destinado à integração de refugiados na região Kivu (Congo-Kinshasa) e no Burundi, devido ao restrito conhecimento do continente e à alegada dificuldade de identificar os grupos definidos como “tribais” ou “indígenas”.

De fato, mesmo com o reconhecimento de existência de povos tradicionais na maioria dos Estados africanos¹³, o seu reconhecimento nem sempre ocorre de maneira fácil e a Convenção 169 foi ratificada apenas pela República Centro-Africana. Os sindicatos desse país foram raros exemplos de postura ativa no levantamento da situação dos povos indígenas na OIT, com destaque para dois sindicatos, a *Confédération Syndicale des Travailleurs de la Centrafrique* (CSTC) e a *Union Syndicale des Travailleurs de Centrafrique* (USTC), que foram

12. ROYO, Luis Rodriguez-Pinero. *La OIT y los pueblos indígenas en el derecho internacional: Del colonialismo al multiculturalismo*. TRACE 46, Diciembre, 2004, págs. 59-81, CEMCA, México.

13. CHICO, Hermelindo Silvano; KANNO, Paula Harumi, MARÉS, Carlos Frederico. *Estados Africanos E A Convenção 169 Da OIT*. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito Socioambiental, p. 234-235. ISSN: 2595-6221. Disponível em: <https://direitosocioambiental.org/wpcontent/uploads/2021/05/Anais.pdf>.

ativos em workshops e discussões subsequentes na década de 1990 (THORNBERRY, 2017, p. 15).

Ademais, em 2015 a República Centro-Africana foi mencionada em um relatório da CEACR em razão da grave situação de violações de direitos humanos, sendo que a OIT solicitou que se garantisse o pleno respeito aos direitos humanos dos povos indígenas e, em especial, das crianças e mulheres das etnias Aka e Mbororo¹⁴.

Em 1986, o grupo de especialistas convocados pela OIT escreveu em seu relatório que na África Subsaariana há problemas extremamente difíceis relacionados ao fato de que a grande maioria da população tem laços tribais/indígenas.

De fato, peritos africanos indicaram que a Convenção 107 era aplicável em África, apesar das dificuldades particulares que a sua aplicação apresenta, a grupos relativamente isolados no continente, como os san ou bushmen, os pigmeus, os beduínos e outros grupos que compartilham muitas das características desses povos, sendo que os peritos citaram os princípios básicos de consentimento, consulta e participação que se aplicam em seus países em relação às atividades que afetam toda a população nacional, e não apenas a esses grupos, bem como se comentou que o fato de a legislação nacional não distinguir entre diferentes grupos populacionais não era em si uma razão suficiente para decidir que a Convenção não se aplica a um país, já que era necessário examinar se os diferentes grupos étnicos pareciam isolados da comunidade nacional ou se estavam em uma posição desfavorecida¹⁵.

A posição dos Estados africanos durante a redação da Convenção 169 foi ambígua, já que havia suporte à revisão da Convenção 107, enquanto se negava o vínculo da convenção com os Estados africanos, como manifestado pelos representantes do Congo e Somália.

14. SILVA, Liana Amin Lima da. *Consulta Prévia e Livre Determinação dos Povos Indígenas e Tribais na América Latina: Re-existir para Co-existir*. Tese de Doutorado, PUC-PR, 2017, p. 174.

15. PALOMINO, Marco Antonio Huaco. *Los trabajos preparatorios del Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Lima, 2015.

Durante o processo de elaboração da Convenção 169, o representante governamental do Congo, Sr. Kimbembe, manifestou que a revisão permitirá a resolução de múltiplos problemas que afetam as populações indígenas ou tribais no estrito respeito de seus direitos, sua autonomia e sua cultura, fazendo com que participem do processo decisório que dizem respeito a elas e ao país como um todo. Entretanto, indicou que esta questão não se coloca no Congo, já que aí não existia exclusão por motivos tribais ou origens indígenas, já que a nação congoleza é formada pela integração de todos os cidadãos, sejam quais forem seu pertencimento tribal ou suas origens, de maneira que o governo congolês realizada já há mais de vinte anos um programa de integração dos povos pigmeus, que, muito numerosos, viviam nos mesmos habitats que os bantos, frequentavam as mesmas escolas, ocupavam os mesmos empregos públicos e tinham a mesma vocação para os ocupar, gozam das mesmas proteções, dos mesmos direitos e das mesmas obrigações¹⁶.

Nesse sentido, a Sra. Isak Bihi, representante governamental da Somália, apoiou o processo de revisão mas afirmou a inexistência de outras etnias dentro do Estado¹⁷.

O representante governamental de Botswana também apoiou a revisão e citou que esperava o resultado para o uso dos resultados na questão agrária¹⁸.

Mesmo após a aprovação do texto, manifestações acerca do tema ocorreram. Observa-se por exemplo que em 2012 a *Confédération Syndical edu Burundi* (COSYBU) negou a existência de povos indígenas no país perante a OIT, sendo que o Burundi é,

16. OIT. *ILO Conference, Provisional Record, Seventy-fifth Session (1988)*, Appendix 24, p. 36. Disponível em: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1988-75\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1988-75).pdf)

17. OIT. *ILO Conference, Provisional Record, Seventy-sixth Session (1989)*, Appendix 19, p. 30. Disponível em: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1989-76\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1989-76).pdf)

18. OIT. *ILO Conference, Provisional Record, Seventy-sixth Session (1989)*, Appendix 14, p. 10. Disponível em: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1989-76\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1989-76).pdf)

no entanto, o lar do povo Batwa, um povo pigmeu que habita as florestas da África Central desde tempos imemoriais.

O trabalho dos mecanismos de controle da OIT é esclarecedor e usa também as fontes da OIT anteriores à Convenção 107. Em pedido direto ao Governo da República Democrática do Congo em 2014, o CEACR também solicitou informações específicas sobre medidas adotadas para combater a marginalização social dos “pigmeus” com o fim de garantir que sua situação de vulnerabilidade social não os coloque como vítimas de trabalho forçado. Esta questão anteriormente já havia preocupado os órgãos de supervisão da OIT em seu exame da aplicação da Convenção nº 29 da OIT sobre Trabalho Forçado (1930), pelo Congo, sendo que o CEACR solicitou ao Congo que garantisse que aqueles que impõem trabalho forçado sobre os povos indígenas sejam processados e que penas suficientemente eficazes e dissuasivas lhes sejam efetivamente impostas¹⁹.

A partir da experiência da região americana, mais especificamente a partir de um relatório sobre o Brasil, a OIT (2021, p. 703-705) manifestou que a construção de protocolos de consulta são um bom mecanismo para resguardar direitos étnicos das comunidades tradicionais, o que pode se repetir a partir da experiência de outras regiões.

No Observatório de Protocolos de Consulta Livre, Prévia e Informada, temos conhecimento de alguns protocolos de consulta produzidos na África, a saber: Protocolo da comunidade de Marange e Arda Transau (Zimbábue, 2014); Protocolo Biocultural da comunidade DegbeAguinninnou da região de Bonou do Departamento de L’oueme (Benin, 2018); Protocolo Comunitário Biocultural do povo KhoiKhoi (África do Sul, 2019); Protocolo Biocultural da comunidade do Condado de Lamu (Quênia, 2010) e o Protocolo Biocultural da Comunidade Endorois (Quênia, 2019).

19. THORNBERRY, Francesca. *Working Conditions of Indigenous Women and Men in Central Africa: An Analysis Based on Available Evidence* (International Labour Office Working Paper No. 2, 2017), p. 39.

Apesar de sua escassa aprovação, a Convenção 169 foi usada como fonte de direito na decisão da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos no Caso Endorois vs. Kenia (Palomino, 2015, p. 23).

Em 2009, a ACHPR fez recomendações ao Quênia sobre as terras ancestrais dos povos indígenas dos Endorois na área do Lago Bogoria-Endorois e em 2010, esta recomendação foi aprovada pela Assembleia dos Chefes de Estado e de Governo da União Africana²⁰.

A Comissão concluiu que, ao restringir o acesso dos Endorois às terras ancestrais, o Quênia violou vários direitos garantidos na Carta Africana. A decisão da ACHPR é inovadora porque considerou que o Quênia violou a Carta Africana ao não obter o consentimento livre, prévio e informado dos Endorois ou indenizá-los adequadamente pelo despejo.

Mesmo que várias diferenças com o Sistema Interamericano possam ser apontadas, é necessário pontuar a similaridade da aplicação do Direito à Consulta Livre, Prévia e Informada na África com a inter-relação com os instrumentos do Sistema Africano de Direitos Humanos, ou seja, em ambas regiões as fontes próprias são amplamente usadas²¹, mas também se mencionam outros instrumentos e decisões de cortes internacionais.

No âmbito do Sistema Africano de Direitos Humanos, outro caso relacionado ao Quênia se tornou o primeiro decidido pela Corte no que se refere ao Direito Internacional dos Povos Indígenas.

Em sua sentença histórica de 26 de maio de 2017, a Corte reconheceu que os Ogiek são um povo indígena e viviam na floresta de Mau desde tempos imemoriais, concluindo que a auto

20. ANANIDZE, Fridon Revazovich. *Case "Endorois v. Kenya"*. Eurasian Law Journal, n. 6 (73), 2014, p. 80-83. ISSN: 2073-4506.

21. A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, também conhecida como *Carta de Banjul*, já que a sede da Comissão Africana de Direitos Humanos está localizada em Banjul na Gâmbia, foi aprovada em 1981, sendo que em 1998 um protocolo a Carta foi adotado em Burkina Faso para a criação da *Corte Africana de Direitos Humanos*, localizada em Arusha na Tanzânia, que foi estabelecida em 2006 e realizou seu primeiro julgamento em 2009.

identificação está entre os fatores relevantes para determinar se uma comunidade é indígena.

Há notícia de que, embora o governo queniano tenha publicado uma Força-Tarefa para facilitar a implementação em novembro de 2017, não consultou a comunidade nem nomeou nenhum representante da Ogiek para a Força-Tarefa²².

Em razão do não cumprimento por parte do Quênia, em 2022, a Corte reiterou sua posição, refletida na Sentença de mérito, de que é um requisito básico do direito internacional dos direitos humanos que os povos indígenas, como os Ogiek, sejam consultados em todas as decisões e ações que afetem suas vidas e também compete ao Quênia garantir que os Ogiek estejam cientes dos potenciais benefícios e riscos para que possam decidir se aceitam ou não o desenvolvimento proposto. Isso estaria de acordo com a noção de Consentimento Livre, Prévio e Informado, que também está refletido no Artigo 32.2 da Declaração Universal sobre Direito dos Povos Indígenas. A Corte Africana fez diversas menções a julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, destacando-se, no trecho em que estabelece as obrigações relacionadas à consulta prévia²³, a sentença do Povo Kichwa vs. Equador (2012).

O Relator Especial da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Francisco Cali Tzay, disse que este julgamento e concessão de reparações marca outro passo importante na luta dos Ogiek pelo reconhecimento e proteção de seus direitos à terra ancestral na Floresta de Mau e implementação do julgamento de 2017 da Corte Africana de Direitos Humanos²⁴.

22. MINORITY RIGHTS. *Directory of Minorities and Indigenous Peoples. Kenya, Ogiek*. Updated December 2021. Disponível em: <https://minorityrights.org/minorities/ogiek/>

23. CORTE AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS. *The matter of African Commission on Human and Peoples' Rights V. Republic of Kenya. Application No. 006/2012 Judgment (Reparations)*, 23 June 2022, p. 44-47. Disponível em: <https://www.african-court.org/cpmt/storage/app/uploads/public/62b/aba/fd8/62babafd8d467689318212.pdf>

24. OHCHR. Kenya. *Un expert hails historic ruling awarding reparations to Ogiek indigenous peoples*.

Assim, a ordem da Corte para que o Quênia tome medidas legislativas, administrativas ou outras necessárias para reconhecer, respeitar e proteger o direito dos Ogiek de serem consultados com relação a projetos de desenvolvimento, conservação ou investimento em suas terras ancestrais é um exemplo do direito à consulta prévia, livre e informada pelo continente africano.

2.c. Ásia

De maneira similar ao continente africano, na Ásia Bangladesh, Índia e Paquistão ratificaram a Convenção 107 após suas independências.

A prática dos órgãos de controle da OIT no âmbito da Convenção 107, sobretudo do CEACR, buscou enfatizar as disposições protetivas do texto e afastar os aspectos integracionistas defasados.

Graças ao apoio do movimento indígena internacional, a Conferência Internacional do Trabalho pressionou em alguns casos que envolviam os Estados partes da Convenção 107, como o conflito armado nas Colinas de Chittagong (Bangladesh), ou os ataques contra os yanomami na Amazônia brasileira (ROYO, 2004, p. 72).

É sabido que, em diferentes níveis e momentos, China, Índia, Bangladesh, Mianmar e Indonésia expressaram objeções à noção de que "povos indígenas" vivem em seus territórios, a partir do ponto de vista que o conceito de povos indígenas é um produto da experiência comum do assentamento colonial europeu que é fundamentalmente inaplicável àquelas partes da Ásia que não experimentaram um assentamento europeu substancial.

Durante o processo da revisão da Convenção 169, há registros de que Bangladesh afirmou que as disposições da Convenção 107 já eram suficientes e a redação de um novo texto poderia fazer a que haja conflitos e desencorajamento a adesões, a Índia reiterou sua

18 July 2022. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/07/kenya-un-experts-hails-historic-ruling-awarding-reparations-ogiek-indigenous>

posição de que os povos tribais da Índia não são comparáveis, em termos de problemas, interesses e direitos, aos povos indígenas de alguns outros países, a China negou que haveriam povos indígenas vivendo no país e o Japão considerou que o alcance do projeto de convenção não era muito claro e por isto a ratificação seria difícil²⁵.

De fato, no que tange a Convenção 169, o único Estado asiático que a ratificou é o Nepal. No nosso mapa de protocolos, adicionamos o Protocolo de consentimento livre, prévio e informado das comunidades afetadas pelo corredor Marsyangdi de 08 de outubro de 2020, realizado com o apoio do Grupo de Trabalho Internacional para Assuntos Indígenas (IWGIA), uma organização global de direitos humanos com sede na Dinamarca e o Pacto dos Povos Indígenas da Ásia (AIPPI), uma organização regional com sede na Tailândia.

Em 2011, o Diretor da OIT no Nepal indicou que há muitos povos indígenas em Mianmar, Bangladesh, Indonésia e Filipinas, mas esses países ainda não ratificaram a Convenção 169 e o exemplo do Nepal pode ser um caminho a ser seguido para a pacificação entre os diversos países na região²⁶.

Há também notícia de que Bangladesh e Camboja, que não ratificaram a Convenção nº 169, usam a Convenção como quadro de referência para a promoção dos direitos dos povos indígenas²⁷. Nas Filipinas, a Convenção 169 também serviu como modelo para a elaboração em 1997 da legislação denominada como *Indigenous Peoples' Rights Act*²⁸.

A população total do Nepal é dividida em 125 grupos de castas. Destes, 59 grupos de castas são classificados como Adivasi/Janajati

25. MINORITY RIGHTS. *Directory of Minorities and Indigenous Peoples. Kenya, Ogiek*. Updated December 2021. Disponível em: <https://minorityrights.org/minorities/ogiek/>

26. NEPALI TIMES. *ILO 169: Nepal as a model*. From issue #541 (18 Feb 2011 - 24 Feb 2011). Disponível em: <https://archive.nepalitimes.com/news.php?id=17961#.Y8ZVME9BzIU>

27. ERRICO, Stefania. *ILO Convention No. 169 in Asia: progress and challenges*. The International Journal of Human Rights, Volume 24, 2020 - Issue 2-3, p. 156-169.

28. YUPSANIS, Athanasios. *ILO Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries 1989-2009: An Overview*. Nordic Journal of International Law 79 (2010), p. 454.

pelo Estado. Esta categoria é amplamente aceita para se referir aos grupos culturalmente distintos do Nepal que são excluídos da hierarquia social e religiosa dominante e dos processos políticos. Adivasi/Janajati são identificados, tanto pelo governo nepalês quanto pelos próprios grupos, como “povos indígenas” ou “nacionalidades indígenas” que são distintos do resto da população do Nepal e representam 36% da população, ou seja, 10,8 milhões de pessoas e falam mais de 100 idiomas dos 123 idiomas do Nepal. Em 2019, pela primeira vez foi apresentado um relatório sobre o cumprimento da Convenção 169 pela Comissão de Direitos Humanos do Nepal. Em relação à implementação dos direitos dos povos indígenas, o governo do Nepal informou em seu relatório que havia formado uma Comissão Adivasi/Janajati (Comissão de Nacionalidades Indígenas). De acordo com este relatório, o Direito à Consulta Livre Prévia e Informada não é levado em consideração quando planos e programas são desenvolvidos em várias fases do processo de planejamento em qualquer ministério, departamento, parlamento ou estrutura burocrática²⁹.

Assim como na Ásia, onde já houve alegações da inexistência de povos indígenas, já que, seguindo este raciocínio, na maior parte do continente não houve substantivo assentamento populacional europeu e a grande maioria da população poderia ser considerada “indígena”, na Europa também se observam alegações (algumas vezes infundadas) da inexistência de povos indígenas em seus territórios.

2.d.Europa

Bélgica e Portugal ratificaram a Convenção 107 quando ainda possuíam extensos territórios na África, como Angola e Guiné-

29. GHIMIRE, Susma Poudyal. *The Impact of ILO 169 on State Commitments and Policies in Nepal*. UiT the Arctic University of Norway, Faculty of Humanities, Social Sciences and Education, Centre for Sámi Studies. Thesis submitted for the degree of Master of Philosophy in Indigenous Studies - June 2022.

Bissau, que viriam a ratificar a Convenção 107 após a independência, bem como Congo e Burundi, que não ratificaram a Convenção 107 mas aí se desenvolveram programas da OIT para integração de refugiados.

Em outro contexto, a Convenção 169 foi ratificada por Alemanha, Dinamarca, Luxemburgo, Espanha, Holanda e Noruega.

Em contraste com a Convenção 107, em que, em diferentes níveis e momentos, muitos países europeus negaram a presença de comunidades indígenas em seus territórios, na redação da Convenção 169 os países nórdicos e a União Soviética tiveram manifestações de reconhecimento da existência desses grupos e, em alguns casos, tiveram manifestações positivas no reconhecimento desses direitos³⁰.

Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia tiveram manifestações conjuntas durante o processo de revisão da Convenção 107, quando alegaram que, apesar de haver povos indígenas nesses Estados, como o povo Sami da Noruega, Suécia e Finlândia e o povo da Groenlândia, que têm autonomia dentro Dinamarca, não ratificaram a Convenção nº 107 por seu enfoque integracionista e seu modo paternalista, referindo-se ao novo texto como um instrumento de cooperação e respeito mútuo e clamando para que se alcance estes objetivos³¹.

O papel positivo dos países nórdicos durante o processo de revisão da Convenção 107 é expresso pela primeira ratificação ao tratado pela Noruega em 19 de junho de 1990. A Dinamarca ratificou a Convenção 169 em 1996 e acompanhou o depósito de sua ratificação com uma declaração definindo a existência de um único povo indígena, os Inuit na Groenlândia, para fins de propriedade coletiva de terras na ilha, declaração que foi posteriormente

30. ROYO, Luis Rodriguez-Pinero. *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime (1919-1989)*, 2005, Oxford University Press, p. 303.

31. OIT. *ILO Conference, Provisional Record, Seventy-sixth Session (1989)*, Appendix 31, p. 15. Disponível em: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656\(1989-76\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656(1989-76).pdf)

invalidada pelos mecanismos de supervisão da OIT³², já que, “as reservas à ratificação das convenções da OIT não são admissíveis e que, portanto, a Declaração do Governo não é vinculativa”.

Por outro lado, observa-se que a Finlândia e Suécia não ratificaram a Convenção 169, o que tem levado a críticas.

Observa-se, por exemplo, que a Finlândia já negou o visto a Alexei Tsykarev, representante do Mecanismo de Peritos da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas por “ameaça à segurança”³³, bem como a Suécia se absteu de realizar estudos prévios relacionados à atividade da mina de Kallak, incluindo a participação dos pastores Sámi afetados, para que seus direitos de pastoreio fossem garantidos, o que seria garantido pelo artigo 7.3. da Convenção 169, de maneira que uma mudança de rumo na política Sámi da Suécia só pode ser alcançada se for baseada no direito internacional relativo aos povos indígenas e a Suécia deve, sem dúvida, ratificar a Convenção 169 da OIT³⁴.

Alguns órgãos de tratados de direitos humanos têm pedido para que Finlândia e Suécia ratifiquem a Convenção 169 e alguns desentendimentos inclusive retardaram a elaboração da Convenção Nórdica Sami, encaminhada em 2005 aos governos e parlamentos Sami na Finlândia, Noruega e Suécia, sendo que boa parte dos conflitos se relacionam ao artigo 8.2 da Convenção 169 sobre o direito dos povos indígenas de manter seus próprios costumes e instituições, desde que estes não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo ordenamento jurídico nacional

32. OIT. *Relatório da Comissão constituída para examinar a representação de alegação de inobservância pela Dinamarca da Convenção dos Povos Indígenas e Tribais de 1989 (nº 169)*, apresentada nos termos do artigo 24 da Constituição da OIT pela Confederação Nacional dos Sindicatos da Groenlândia (*SulinermikInuussutissarsiateqartutKattuffiat SIK*, GB.277/18/3, GB.280/18/5 (2000), parágrafo 27.

33. Fontanka. *Finlyandiyaotkazala v vizeekspertu OON izKarelii*Tsykarevu. *Prichina* - “ugrozabezopasnosti”. 2 noyabrya 2018, 10:30. Disponível em: <https://www.fontanka.ru/2018/11/02/008/>

34. TSIUVALAS, Apostolos e POTO, Margherita Paola. *Direitos indígenas para defender a terra e atividades tradicionais: um estudo de caso do Sámi no norte da Suécia*. RDFG - Revista de Direito da Faculdade Guanambi, v. 5, n. 1, janeiro-junho 2018.

e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos³⁵. Sobre este trecho da Convenção 169, a antropóloga Rita Laura Segato mencionou que se por um lado se inova no pluralismo que a Convenção introduz, insiste-se, contudo, na necessidade de negociar quando as leis modernas e em especial os direitos humanos se chocam com o caráter intolerável de determinados costumes³⁶.

Retornando ao trabalho da OIT, a União Soviética, durante o período da Perestroika, reconheceu timidamente a existência de povos indígenas, principalmente no extremo norte (região da Rússia localizada principalmente acima do Círculo Polar Ártico), uma posição contrastante com o anterior posicionamento durante os anos 1950, quando se alegou que estes grupos não mais existiam ou haviam sido integrados à sociedade nacional³⁷.

Atualmente, para que a Rússia ratifique a Convenção 169, deveria adequar a sua legislação interna, já que, de acordo a Lei Federal de 30 de abril de 1999 nº 82-FZ sobre as garantias dos Direitos dos Povos Indígenas da Federação Russa, são definidos como “povos indígenas minoritários” os povos que vivem nos territórios de assentamento tradicional de seus ancestrais, preservando seu modo de vida tradicional, atividade econômica e artesanato, totalizando menos de 50 mil pessoas na Federação Russa e reconhecendo-se como comunidades étnicas independentes conforme esta lei, sendo que a lista unificada de povos indígenas minoritários é aprovada e publicada pelo governo da Federação Russa.

Em seminário realizado na Câmara dos Deputados do Brasil em 13 de dezembro de 2022 organizada pela deputada federal Joênia

35. YUPSANIS, Athanasios. *ILO Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries 1989–2009: An Overview*. Nordic Journal of International Law 79 (2010), p. 446-447.

36. SEGATO, Rita Laura. *Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais*. Mana [online]. 10 de agosto de 2006, v. 12, n. 1, pp. 207- 236. ISSN 1678-4944. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-93132006000100008>

37. ROYO, Luis Rodriguez-Pinero. *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime (1919-1989)*, 2005, Oxford University Press, p. 303.

Wapichana com outros representantes indígenas, o pesquisador Apostolos Tsiouvalas apresentou a experiência do Conselho Ártico, criado em 1996, e comentou que em 1991 A Estratégia de Proteção Ambiental do Ártico (AEPS), um acordo multilateral e não vinculativo, foi assinado entre os estados do Ártico (Canadá, Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega, Suécia, União Soviética e Estados Unidos), sendo que neste instrumento estava previsto a proteção do meio ambiente do Ártico e seu desenvolvimento sustentável e equitativo, com a proteção das culturas dos povos indígenas. Três organizações de povos indígenas participaram no desenvolvimento da estratégia e, posteriormente, tornaram-se Participantes Permanentes do Conselho Ártico: o Conselho Saami, a Conferência Circumpolar Inuit e a Associação de Minorias Indígenas do Norte, Sibéria e Extremo Oriente da Federação Russa (RAIPON). Atualmente, outras três organizações indígenas integram o Conselho do Ártico, sendo que em 2 de novembro foi realizada em Moscou a Cúpula dos Povos Indígenas do Ártico como parte das atividades da presidência russa do Conselho do Ártico em 2021-2023. Mais de 120 pessoas participaram dos trabalhos da Cúpula: representantes de 40 grupos étnicos do Norte, Sibéria e Extremo Oriente, representantes do Conselho do Ártico e do Fórum Permanente da ONU sobre Questões Indígenas, representantes de organizações públicas estrangeiras e de povos indígenas dos países do Conselho do Ártico³⁸.

Na região da Europa, há ainda outros países que ratificaram a Convenção 169, como Holanda, Espanha e Luxemburgo.

Em geral, estes países não contam com povos indígenas ou tribais em seus territórios, de maneira é possível classificar as

38. Entre estes participantes estiveram os 07 participantes russos do Estágio do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) realizado na Universidade Russa da Amizade dos Povos. Na Rússia, o programa iniciou em 2005, sendo que anteriormente era realizado apenas em inglês, espanhol e francês. Nessa oportunidade, ACNUDH comunicou que está em processo de organização a convocação para o curso em português.

ratificações apenas como “simbólicas”³⁹ ou também entender a aplicação com efeitos práticos no campo jurídico, sendo que nos parece mais adequado, sobretudo no âmbito para a cooperação internacional para o desenvolvimento e também na atuação de empresas transnacionais que possam causar impactos diretos ou indiretos a povos indígenas ou tribais.

De fato, em alguns momentos durante e após a elaboração da Convenção 169 organizações de empregadores tiveram postura rígida quanto aos direitos expressos no texto.

Atualmente, há quem indique inclusive a existência de um assédio empresarial no âmbito da organização contra os povos indígenas⁴⁰ (Gomez, 2016).

Durante a revisão da Convenção 107, entre os grupos de empregadores, há registros de grande oposição à revisão por parte do grupo de empregadores holandeses, que alegaram não haver motivo para a revisão e para o tratamento diferente a outros grupos da população⁴¹. Em pesquisas realizadas nas Antilhas Holandesas e Aruba, não se constatou, em 2019, a existência de povos indígenas nessas ilhas, mas há registros dos últimos falantes de línguas indígenas, todos já falecidos⁴².

39. Ao se referir ao termo “ratificações simbólicas”, Royo (2005, p. 304) se refere aos países que ratificaram convenções da OIT como um meio de cooperar para o desenvolvimento dos Direitos dos Povos Indígenas e Tribais mas não se submeteram ao controle periódico por parte da CACR. O autor observou que na prática anterior da OIT com relação a Convenção 107, não foi exigida apresentação de relatórios periódicos em relação com Estados partes sem população indígena em seus territórios ou que a OIT não contestou os argumentos dos Estados que se negaram a reconhecer a existência dessas populações no interior de suas fronteiras, como foram os argumentos apresentados pelo Egito de que os beduínos não constituíam uma população tribal, ou pela Angola que não possuiria populações indígenas ou tribais desconsiderando a população batwa e de outros povos no norte do país, bem como os argumentos apresentados por Bangladesh e El Salvador; também partes da Convenção 107.

40. GOMEZ, Magdalena. *La OIT frente a empresas y pueblos indígenas*. La Jornada, 10 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.jornada.com.mx/2016/10/04/politica/016a1pol?partner=rss>

41. ROYO, Luis Rodriguez-Pinero. *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime (1919-1989)*, 2005, Oxford University Press, p. 304.

42. UNICEF. *Atlas Sociolingüístico de Pueblos Indígenas en América Latina*. Cochabamba, Bolivia. FUNPROEIB Andes, primera edición: 2009, p. 69. ISBN 978-92-806-4491-3.

Por sua vez, a Alemanha foi o 24º país a ratificar a Convenção 169 em 23 de junho de 2021. Anteriormente, o Parlamento Federal alemão votou contra a ratificação em 2007, o que alguns observadores associaram ao temor das implicações da ratificação sobre as empresas alemãs no estrangeiro⁴³.

Na Europa, há quem opine que não apenas a Rússia necessitaria de mudanças legislativas para se aderir ao regime da Convenção 169, mas também a França, que necessitaria mudar a constituição para que a ratificação seja possível, conforme solicitado por Nicole Kiil-Nielsen⁴⁴, ex-eurodeputada francesa do partido Europa Ecológica - Os verdes (*EuropeEcologie - LesVerts*).

Nesse sentido, Julia Motte-Baumvol⁴⁵, Professora da Universidade de Nice Sophia-Antipolis, também menciona que seria necessário mudar a constituição francesa, pois o princípio da indivisibilidade do povo francês, tal como consagrado na ordem constitucional, se opõe à concessão do estatuto legal de minoria dentro do Estado, e, assim, impede a ratificação da Convenção, embora a França poderia ter condições de ratificar a Convenção nº 169 da OIT utilizando o mecanismo da declaração interpretativa, tal como utilizado no quadro da Carta das Línguas Regionais, entretanto não existe qualquer iniciativa política nesta matéria.

Diante deste impasse, Julia sugere considerar uma mudança de estratégia e uma possível responsabilização das empresas multinacionais francesas em relação a atos contrários à vida, ao território e aos recursos naturais dos povos indígenas por meio das Linhas diretrizes para empresas multinacionais da Organização

43. ROYO, Luis Rodriguez-Pinero. *La ratificación del Convenio nº 169 de la OIT por España: más allá de la solidaridad*. Jornadas sobre las implicaciones del Convenio Nº 169 de la OIT sobre pueblos indígenas para el conjunto de las administraciones públicas, organizado por el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Girona (Girona, 20 de junio de 2008).

44. KIIL-NIELSEN, Nicole. *L'intérêt de la ratification de la convention 169 de l'OIT par la France à travers le cas guyanais*. 5 juin 2010.

45. MOTTE-BAUMVOL, Julia. *Aspects actuels de la protection des peuples autochtones en France*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 35.2, jul./dez. 2015, p. 404-415.

para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para as empresas multinacionais, originalmente aprovado em 1976, cuja última revisão ocorreu em 2011. A proteção dos povos indígenas na França poderia ocorrer por meio deste mecanismo *soft law* de resolução de controvérsias, que não é imune à incapacidade do Estado e não depende da vontade exclusiva das empresas multinacionais.

Ademais, é possível encontrar registros de representantes Kaliña, indígenas das guianas, pressionando pela ratificação do tratado, bem como que a Comissão Consultiva Nacional de Direitos Humanos afirmou em relatório que a Convenção 169 não é necessariamente anticonstitucional. O princípio da indivisibilidade seria compatível com o reconhecimento dos direitos individuais e coletivos dos povos autóctones, como é o caso do povo Kaliña ou do povo Kanak na Nova Caledônia⁴⁶.

Também há casos em que as ratificações não foram aprovadas internamente, como na Áustria e na Suíça, onde está a sede da OIT e em 2006 se encerrou uma tentativa de ratificação diante da possibilidade de que a Convenção 169 fosse aplicada a “povos itinerantes” como “cigano”, “rom”, “sinti”, “yeniche” e outros, após a opinião consultiva emitida pela OIT que a priori não descartou esta possibilidade⁴⁷.

A OIT indicou que “nenhuma disposição da Convenção permite excluir do seu âmbito de aplicação as populações itinerantes que satisfaçam os critérios objetivos previstos na alínea a) do n.º 1 do artigo 1.º e o critério fundamental do conhecimento da identidade

46. EQUAL TIMES. *For Christophe Yanuwana Pierre, France must “recognise the distinctive nature of the Indigenous peoples of French Guiana”*. By Loïc Ramirez 22 February 2019. Disponível em: <https://www.equaltimes.org/for-christophe-yanuwanapierre?lang=en#.YQ9M5OrZFIIU>

47. ROYO, Luis Rodríguez-Pinero. *La ratificación del Convenio nº 169 de la OIT por España: más allá de la solidaridad*. Jornadas sobre las implicaciones del Convenio Nº 169 de la OIT sobre pueblos indígenas para el conjunto de las administraciones públicas, organizado por el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Girona (Girona, 20 de junio de 2008).

tribal"⁴⁸. Abaixo, dedicaremos um capítulo acerca dos sujeitos titulares de direitos da Convenção 169. Antes disso, para finalizar a breve análise das experiências regionais advindas da Convenção 169, brevemente mencionamos a experiência da Oceania.

2.e.Oceania

Apesar da participação positiva da Austrália e Nova Zelândia em alguns foros internacionais sobre Direitos dos Povos Indígenas, inclusive durante o processo de redação da Convenção 169, não realizaram a ratificação da Convenção 169, de maneira que na região da Oceania apenas Fiji ratificou o tratado em 1998. Este país declarou sua independência do Reino Unido em 1970 e tem sua vida política marcada pelas tensas relações entre os dois maiores grupos populacionais: indígenas fijianos e indo-indianos.

Há notícia de que o ex-presidente da Associação de Direitos Indígenas, Francis WaqaSokonibogi, afirmou que a convenção foi ratificada por Fiji, mas não foi incluída em sua Constituição e foi descumprida quando Fiji dissolveu o Grande Conselho dos Chefes Fiji, que funcionou entre 1876 e 2012, quando contava com 55 membros⁴⁹.

Nesse sentido, há quem afirme que antes de sua dissolução, o GCC deu legitimidade legal adicional a instituições consuetudinárias Fiji e foi responsável por fazer recomendações e propostas que considerasse ser para o benefício e boa governança do povo Fiji, bem como que a Constituição de 1997 deu a este Conselho o poder

48. OIT. *Memorando da Organização Internacional do Trabalho (Suíça)* (2001), parágrafo 13.

49. FBC NEWS. *The International Labour Organisation Convention 169, must be included in Fiji's new Constitution for it to be fair to everyone says i-Taukei consultant and former president of the Indigenous Rights Association, Francis Waqa Sokonibogi*. Tukuwasa, Epeli. MARCH 12, 2012 8:10 PM. Disponível em: <https://www.fbcnews.com.fj/news/include-the-ilo-convention-169/>. FBC NEWS. *i-Taukei consultant says Fiji breached ILO Convention* Epeli Tukuwasa. Tukuwasa, Epeli. March 15, 2012. Disponível em: <https://www.fbcnews.com.fj/news/i-taukei-consultant-says-fiji-breached-ilo-convention/>.

de eleger 14 membros do Senado, bem como o presidente e o vice-presidente de Fiji ⁵⁰.

Ademais, conforme mencionado no subcapítulo anterior, caso a França aprovasse a Convenção 169 da OIT, também poderia haver impacto nas relações jurídicas na Polinésia Francesa, território francês que se encontra no Comitê de Descolonização da ONU desde 2013.

3. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Ao contrário das várias tentativas falidas de denúncia da Convenção 169 da OIT (Brasil, Chile e México), o cenário atual aponta para o fortalecimento e expansão deste instrumento enquanto base, junto com a Declaração Universal sobre os Direitos dos Povos Indígenas, do Direito Internacional dos Povos Indígenas.

Durante a presidência de Jair Bolsonaro, houve forte pressão para a denúncia da Convenção 169, sobretudo a partir do Projeto de Lei 177/2021, de maneira que pareceres jurídicos foram emitidos para explicar a ilegalidade da medida. Destaca-se a Nota Técnica emitida pelo Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS) em parceria com o Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Livre Prévio e Informado, oportunidade em que foi indicado que o princípio jurídico do não retrocesso significa não voltar atrás nas conquistas legais humanitárias e ambientais.

Isto significa no âmbito da legislação produzida a partir da OIT significa a proibição da revogação ou denúncias de convenções que garantam direitos aos povos indígenas e tribais, salvo no caso em

50. VUKIKOMOALA, Kiji; Stacy, Jupiter; ERASITO, Elizabeth et CHAND, Kevin. *An analysis of International Law, national legislation, judgements, and institutions as they interrelate with territories and areas conserved by Indigenous Peoples and local communities*. Report No. 19 Fiji. Published by: Natural Justice in Bangalore and Kalpavriksh in Pune and Delhi Date: September 2012.

que a denúncia seja para a adesão a um instrumento mais amplo, como é o caso dos países que, no instrumento de depósito da ratificação da Convenção 169, denunciaram a Convenção 107.

Nesse sentido, o parecer do Observatório de Protocolos também salientou que o regime da Convenção no. 169/OIT define um prazo decenal de denúncia (Art. 39) que conta a partir de doze meses do início da entrada em vigência do instrumento para cada membro que a ratifica, no Brasil o prazo contaria a partir do dia 25 de julho de 2003, quando iniciou oficialmente sua vigência no país, de maneira que o Projeto de Lei brasileiro além de ilegal seria inconveniente. Tudo indica que a proposta brasileira seguirá o mesmo caminho de outras tentativas anteriores.

Ao mesmo tempo que é de conhecimento geral que alguns países tentaram opor reservas ou denunciar a Convenção 169, também é sabido que nenhum país denunciou o tratado e a quantidade de membros se expandiu paulatinamente.

Observa-se, por exemplo, a reserva, mencionada anteriormente, interposta pela Dinamarca, que foi rechaçada pelos mecanismos de supervisão da OIT (2000), pois as reservas à ratificação das convenções da OIT não são admissíveis.

Na América Latina, foram registradas a maior quantidade de tentativas de denúncias.

No México, no fim do mandato de Ernesto Zedillo Ponce de León (1994-2000), houve tentativa de denúncia da Convenção 169, sobretudo a partir dos incômodos causados no governo a partir das manifestações da CEACR de 1997 e 1999 em que comentou que a Convenção 169 foi utilizada como marco para as negociações dos Acordos de San Andrés e vários povos usaram a Convenção 169 como base para o estabelecimento de denúncias contra o governo mexicano. A possibilidade de denúncia foi descartada pelo governo sucessor de Vicente Fox (Gomez, 2019).

No Chile, entre 2018 e 2019, houve uma tentativa de denunciar a Convenção 169, que foi abandonada ante o prazo estabelecido pela

Convenção 169 da OIT e a resistência indígena à proposta, conforme apresentado pelo professor do Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile Felipe Agüero⁵¹.

Sem dúvida, o abandono dessas tentativas é um exemplo da luta dos povos e comunidades tradicionais pelos seus direitos garantidos na própria Convenção 169, que seriam letra morta se não fossem apoderados enquanto ferramentas cotidianas de organização, como os protocolos de consulta livre, prévia e informada.

4. SUJEITOS TITULARES DE DIREITOS DA CONVENÇÃO 169 DA OIT

Segundo a Convenção 169 da OIT, os sujeitos titulares de direito são os povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais, e os povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas.

Nesse sentido, também se estabeleceu que a autoidentificação como indígena ou tribal deve ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da Convenção.

51. AGÜERO, Felipe. Un intento tempranamente frustrado de denunciar el Convenio 169 de la OIT en Chile. *Aportes DPLF, El derecho a la consulta previa, libre e informada a 30 años de la adopción del Convenio 169 de la OIT*. Número 22 / Septiembre de 2020.

Como vimos anteriormente, por meio de um memorando⁵², a OIT aclarou que a Convenção não possui mecanismo que permita aos Estados membros excluir do âmbito de aplicação a um ou vários povos indígenas ou tribais, mas estipula que se inclua os povos que respondam aos critérios do artigo primeiro, de maneira que uma declaração que exclua a priori um ou vários povos dos critérios do artigo primeiro constituiria uma reserva inaceitável e impediria a ratificação da Convenção, o que de fato aconteceu com a Suíça, cujo pedido de exclusão de aplicação a povos itinerantes não foi atendido.

Em outro sentido, no Brasil, na Colômbia e em outras regiões há prática de reconhecimento das comunidades Kalon e Romani enquanto sujeitos de direitos da Convenção 169, inclusive com a elaboração de protocolos de consulta prévia.

Atendendo a demandas de organizações indígenas e quilombolas, a Central Única dos Trabalhadores (CUT) apresentou reclamação⁵³ de não cumprimento da Convenção 169 em 2008 perante a OIT, que entrou em acordo com o governo brasileiro em 2011. De fato, não foram convocadas as organizações representativas das diversas comunidades tradicionais brasileiras que são também sujeitos de direito da Convenção 169, o que gerou o esvaziamento da tentativa de regulamentação⁵⁴.

52. OIT. *Memorando da Organização Internacional do Trabalho (Suíça)* (2001), parágrafo 13.

53. O artigo 24 da Constituição da OIT indica que "Toda reclamação, dirigida à Repartição Internacional do Trabalho, ou uma organização profissional de empregados ou de empregadores, e segundo a qual um dos Estados Membros não tenha assegurado satisfatoriamente a execução de uma convenção a que o dito Estado haja aderido, poderá ser transmitida pelo Conselho de Administração ao Governo em questão e este poderá ser convidado a fazer, sobre a matéria, a declaração que julgar conveniente" BRASIL. *Decreto Nº 10.088, de 5 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm.

54. SILVA, Liana Amin Lima da. *Consulta Prévia e Livre Determinação dos Povos Indígenas e Tribais na América Latina: Re-existir para Co-existir*. Tese de Doutorado, PUC-PR, 2017, p. 225-228.

As alianças entre sindicatos e povos indígenas no âmbito da OIT é uma prática antiga, observada em diversos momentos, como durante a revisão da Convenção 169 da OIT, e que tem grande força na América Latina⁵⁵.

Por outro lado, os critérios aportados pelo tratado e pelos mecanismos de controle da OIT⁵⁶, juntamente com as disposições internas de cada país, permitem o desenvolvimento das categorias de povos indígenas e tribais titulares desse direito. As experiências de cada país nesse sentido são reconhecidas sobretudo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, onde se concentra a maior prática sobre este tema.

De fato, em relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi mencionado que a história do continente americano é marcada pela exploração da mão de obra africana e indígena, que se mantiveram enquanto coletivos étnica e culturalmente diferentes, como por exemplo os Marrons no Suriname, as comunidades tradicionais no Brasil, os Garifunas que atravessaram um processo de sincretismo com os povos indígenas da região da costa atlântica de Honduras, Guatemala e Belize e deram origem a um grupo étnico diferenciado, entre outros. Aliás, há casos julgados perante a Corte Interamericana sobre o Direito a Consulta Prévia em que figuram como vítimas os povos Maroons ou os Garifunas.

Como está indicado no documento, as comunidades tradicionais são sociedades dinâmicas, não estáticas, que passaram por processos de mudança ao longo dos anos e que mantêm no todo ou em parte suas próprias instituições sociais, culturais ou econômicas.

55. OIT. *Alianzas entre sindicatos y pueblos indígenas: experiencias en América Latina*. ISBN: 978-92-2-330483-6. Lima: OIT, 2015, 148 p. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_437655.pdf

56. Sobre o efeito da Convenção 169 perante a maquinária de supervisão da OIT, caracterizado por sua grande complexidade e alto grau de especialização, consultar a seguinte publicação: ROYO, Luis Rodriguez-Pinero. *Historical Anomalies, Contemporary Consequences: International Supervision of the ILO-Convention on Indigenous and Tribal Peoples*. Koninklijke Brill NV. Printed in the Netherlands, 2005b, Kuppe, R. and Potz, R. (eds.). Law & Anthropology, p.55-91.

Também foi reconhecida a experiência de construção de protocolos de consulta enquanto mecanismo para garantir os direitos garantidos na Convenção 169 da OIT, destacando a experiência do Brasil e o trabalho do Observatório de Protocolos de Consulta Livre, Prévia e Informada (CIDH, 2022, p.134-137).

Durante o IX Congresso Brasileiro de Direito Socioambiental (2020), apresentamos o artigo "Direito à consulta e consentimento prévio, livre e informado e seu reconhecimento na jurisprudência brasileira e colombiana", indicando que os povos e comunidades passaram a construir seus próprios protocolos de consulta prévia, exigindo procedimentos conforme as especificidades de cada povo e comunidade diante das violações sofridas e mostram a necessidade de superação do paradigma de uma sociedade homogênea hegemônica, já que há uma imensa pluralidade étnica de povos e comunidades tradicionais.

Na Colômbia, há que se reconhecer a boa prática de definição clara de qual estrutura governamental é responsável pela condução da consulta prévia (Ministério do Interior), que inclusive já editou resolução (022/1999) reconhecendo que a aplicação da Convenção 169 é extensiva ao povo Rom.

No Brasil o reconhecimento dos sujeitos titulares da Convenção 169 é avançado e permite a correta interpretação das disposições do tratado.

Por meio dos Decretos nº 6.040/2007 e nº 8.750/2016, foi instituído o Conselho Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT), que são grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, com formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição. Esta categoria congrega não apenas os povos indígenas, as comunidades quilombolas e povos e comunidades de terreiro/povos e comunidades de matriz africana, mas também povos ciganos, pescadores artesanais, extrativistas, extrativistas

costeiros e marinhos, caiçaras, faxinalenses, benzedeiros, ilhéus, raizeiros, geraizeiros, caatingueiros, vazanteiros, veredeiros, apanhadores de flores sempre vivas, pantaneiros, morroquianos, povo pomerano, catadores de mangaba, quebradeiras de coco babaçu, retireiros do Araguaia, comunidades de fundos e fecho de pasto, ribeirinhos, cipozeiros, andirobeiros, caboclos⁵⁷.

Portanto, a aplicação da Convenção 169 é extensiva a esses povos que ocupam e usam seus territórios e recursos naturais de maneira culturalmente diferenciada, com base em tradições e práticas que os distinguem de outros segmentos da comunidade nacional. A experiência advinda de países integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é rica neste sentido e há tendência que se adapte a práticas de outras regiões, já que a grande maioria dos países partes da Convenção 169 são da América Latina e do Caribe e no âmbito dos mecanismos de controle da OIT há diálogo entre várias experiências, o que pode acarretar influências entre práticas de regiões diversas, não apenas no âmbito de citação jurisprudencial, como anteriormente pontuamos o caso de sentença da Corte Interamericana citada pela Corte Africana de Direitos Humanos, mas também das práticas internas de aplicação da Convenção 169 que são reconhecidas e elogiadas no âmbito dos sistemas regionais de proteção de Direitos Humanos.

V. CONCLUSÕES

Apesar de que seu caminho de implementação seja longo e enfrente resistência de alguns grupos, a Convenção 169 é um instrumento legal que impele os Estados membros a fornecerem melhores condições de vida para os povos indígenas e tribais.

57. SILVA, Liana Amin Lima da. *Consulta Prévia e Livre Determinação dos Povos Indígenas e Tribais na América Latina: Re-existir para Co-existir*. Tese de Doutorado, PUC-PR, 2017, p. 130-131.

No texto mostramos que a expansão da Convenção 169 da OIT não está apenas relacionada à quantidade de países membros, mas também a efetiva garantia de direitos à pluralidade de povos que são titulares das disposições do tratado.

A divisão em continentes facilitou a organização do texto, sem impedir a correlação de experiências entre diversas regiões, seja na prática de alianças entre povos tradicionais e sindicatos no âmbito da OIT, repetida tanto na América como na África, seja pelo diálogo entre os sistemas regionais de direitos humanos com os mecanismos da OIT.

Por outro lado, também foi possível constatar alguns fatos pouco mencionados, como a ausência de ratificação, por diversos motivos, em países considerados desenvolvidos.

Ademais, na África e na Ásia, o argumento obsoleto de que não existem comunidades indígenas, sob a justificativa de que geralmente não houve grande deslocamento demográfico de população europeia a essas regiões, não impediu a ratificação da Convenção 169 na região e o avanço dos direitos dos povos indígenas.

Ao mesmo tempo, não é possível negar que em sua origem o Direito Internacional dos Povos Indígenas foi muito marcado pela expansão colonial europeia, que apesar de possuir amplo discurso favorável aos Direitos Humanos, apresenta restrições para se aderir plenamente ao regime da Convenção 169.

Mesmo na Oceania, o continente com menor população, observa-se a luta pela expansão do Direito Internacional dos Povos Indígenas. Lamentavelmente, não há ratificação da Convenção 169 por parte da Austrália e da Nova Zelândia, pois na região apenas foi ratificada por Fiji, que foi instrumento de disputas diante da plural formação étnico-social fijiana, sobretudo pela baixa colonização permanente europeia, o que na Ásia e África é frequentemente um argumento para rechaçar a ratificação da Convenção 169, mas pela extensa colonização indiana no arquipélago.

Apesar de distante, algumas comparações podem ser traçadas com alguns países caribenhos com grande presença de descendentes indianos, como Suriname, Guiana e Trinidad e Tobago, que, apesar de que não ratificaram a Convenção 169, também estão sujeitos ao direito à consulta prévia a partir do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Mesmo uma década atrás, um líder iroquês, Deskaheh, foi até a Liga das Nações para pedir o reconhecimento da Soberania da Confederação Iroquesa, sendo que em 1925 se dirigiu novamente com o líder Maori Tahupōtiki Wiremu Rātana, novamente sem sucesso na arena pública internacional naquele momento. Por outro lado, atualmente há várias lideranças indígenas que acessam o espaço da ONU e outros fóruns internacionais⁵⁸.

Sem dúvida, o Direito Internacional dos Povos Indígenas constitui um regime amplo e interconectado, com a Convenção 169 exercendo papel chave para o fortalecimento das demandas das comunidades e povos tradicionais, já que possui status de tratado internacional, o que pela doutrina clássica do Direito Internacional Público lhe dá um status superior à Declaração Universal de Direitos dos Povos Indígenas, ainda que este instrumento *soft law* venha paulatinamente sendo observado como obrigatório.

Assim, a expansão da Convenção 169 está entrelaçada com a ampliação do Direito Internacional dos Povos Indígenas e é um meio efetivo para a garantia de direitos a partir do diálogo entre instâncias internacionais e nacionais.

58. ONU. *Concluding Session, Indigenous Issues Permanent Forum Approves Recommendations on Human Rights Meeting, Security Council Partnership, Global Action Plan Funding*. Twentieth Session, 2nd meeting HR/5465 30 april 2021. Disponível em: <https://press.un.org/en/2021/hr5465.doc.htm>

BIBLIOGRAFIA

Livros e revistas

- Agüero, F. (2020). *Un intento tempranamente frustrado de denunciar el Convenio 169 de la OIT en Chile*. Aportes DPLF, El derecho a la consulta previa, libre e informada a 30 años de la adopción del Convenio 169 de la OIT. Número 22 / Septiembre de 2020.
- Ananidze, F. R. (2014). Case "Endorois v. Kenya". *Eurasian Law Journal*, 6(73), 80-83. doi: 10.1007/s13397-014-0086-3
- Errico, S. (2020). ILO Convention No. 169 in Asia: Progress and challenges. *The International Journal of Human Rights*, 24(2-3), 156-169. doi: 10.1080/13642987.2020.1730294
- Gomez, M. (2016, abril 10). La OIT frente a empresas y pueblos indígenas. *La Jornada*. ---- (2019, junio 25). Aniversario 30 del Convenio 169 de la OIT. *La Jornada*.
- Kiil-Nielsen, N. (2010, junio 5). *L'intérêt de la ratification de la convention 169 de l'OIT par la France à travers le cas guyanais*.
- Motte-Baumvol, J. (2015). Aspects actuels de la protection des peuples autochtones en France. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, 35(2), 404-415.
- Royo, L. R.-P. (2005). *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime (1919-1989)*. Oxford University Press.
- Royo, L. R.-P. (2005b). Historical Anomalies, Contemporary Consequences: International Supervision of the ILO-Convention on Indigenous and Tribal Peoples. En R. Kuppe & R. Potz (Eds.), *Law & Anthropology* (p. 55-91). Koninklijke Brill NV.
- Segato, R. L. (2006). Antropologia e direitos humanos: Alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. *Mana*, 12(1), 207-236. doi: 10.1590/S0104-93132006000100008
- Thornberry, F. (2017). Working Conditions of Indigenous Women and Men in Central Africa: An Analysis Based on Available Evidence (International Labour Office Working Paper No. 2).
- Yupsanis, A. (2010). ILO Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries 1989-2009: An Overview. *Nordic Journal of International Law*, 79, 433-456.

Documentos Oficiais

- Brasil. (2019). *Decreto Nº 10.088, de 5 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil.

- Corte Africana de Derechos Humanos. (2022). *The matter of African Commission on Human and Peoples' Rights V. Republic of Kenya*. Application No. 006/2012 Judgment (Reparations), 23 June 2022, 56 p.
- OEA. (2002). *Report n° 75/02. Case 11.140 Mary and Carrie Dann vs United States*. December 27, 2002.

Teses e Dissertações

- Ghimire, S. P. (2022). *The Impact of ILO 169 on State Commitments and Policies in Nepal*. Tesis de Maestría, UiT the Arctic University of Norway, Faculty of Humanities, Social Sciences and Education, Centre for Sámi Studies.

Relatórios e Documentos de Organizações Internacionais

- OIT. (2015). *Alianzas entre sindicatos y pueblos indígenas: experiencias en América Latina*. ISBN: 978-92-2-330483-6. Lima: OIT.
- OIT. (2021). *Report III /Addendum (Part A) Addendum to the 2020 Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations International Labour Conference 109th Session, 2021*.
- OIT. (2022). *Latin America Low levels of social protection and statistical invisibility increases the vulnerability of 55 million indigenous people*.
- ONU. (2021). *Concluding Session, Indigenous Issues Permanent Forum Approves Recommendations on Human Rights Meeting, Security Council Partnership, Global Action Plan Funding*. Twentieth Session, 2nd meeting HR/5465 30 april 2021.
- UNICEF. (2009). *Atlas Sociolingüístico de Pueblos Indígenas en América Latina*. Cochabamba, Bolivia. FUNPROEIB Andes, primera edición.

Sites e notícias

- EQUAL TIMES. (2019, febrero 22). *For Christophe Yanuwana Pierre, France must «recognise the distinctive nature of the Indigenous peoples of French Guiana»*. Disponível em: <https://www.equaltimes.org/for-christophe-yanuwanapierre?lang=en#.YQ9M5OrZfiU>
- FBC NEWS. (2012, marzo 12). *The International Labour Organisation Convention 169, must be included in Fiji's new Constitution for it to be fair to everyone says i-Taukei consultant and former president of the Indigenous Rights Association, Francis Waqa Sokonibogi*. Disponível em: <https://www.fbcnews.com.fj/news/include-the-ilo-convention-169/>
- (2012, marzo 15). *i-Taukei consultant says Fiji breached ILO Convention*. Disponível em: <https://www.fbcnews.com.fj/news/i-taukei-consultant-says-fiji-breached-ilo-convention/>
- FONTANKA. (2018, noviembre 2). *Finlyandiyaotkazala v vizeekspertu OON izKareliiTsukarevu*. Disponível em: <https://www.fontanka.ru/2018/11/02/008/>

- MINORITY RIGHTS. (2021, diciembre). *Directory of Minorities and Indigenous Peoples. Kenya, Ogiek*. Disponível em: <https://minorityrights.org/minorities/ogiek/>
- OBSERVATÓRIO. (2023). *Mapa de Protocolos Autônomos de Consulta e Consentimento Prévio, Livre e Informado*. Disponível em: <https://observatorio.direitosocioambiental.org/>
- OHCHR. (2022, julho 18). *Kenya: UN expert hails historic ruling awarding reparations to Ogiek indigenous peoples*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/07/kenya-un-expert-hails-historic-ruling-awarding-reparations-ogiek-indigenous>

CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS. DIÁLOGO ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES¹

JOSÉ HUMBERTO SAHIÁN

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT)
josesahian@hotmail.com

La economía está al servicio del hombre
Encíclica *Populorum Progressio* (p. 26)

1. OBJETIVOS Y PROPUESTA

Partiendo de la base de una afianzada “fundamentalización” de los derechos de los consumidores, que emerge de investigaciones anteriores²; profundizaremos —en este trabajo— la vinculación dogmática y jurídica entre estos y los derechos humanos.

En otras palabras, despejada la actual “constitucionalización” del Derecho del Consumidor describiremos los argumentos que pueden llevar a una futura admisión de una “convencionalización” del Derecho del Consumidor.

Ello implica la consecuente exportación de principios y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho de los Consumidores.

1. Trabajo final de posdoctorado. Fecha de presentación: 30 de junio de 2024. Tucumán.

2. Sahián, J. (2017). *Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores*. La Ley.

Y, sentado lo anterior, podremos proponer una mirada inversa al fenómeno de conexión entre derechos humanos y de los consumidores, esto es, una influencia de estos últimos a aquellos, habilitándonos a interpelarnos acerca de una inédita hipótesis de “privatización” de la legitimación pasiva en el control de convencionalidad.

2. INTRODUCCIÓN: CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

Una mirada retrospectiva nos licencia a sustentar que el paradigma de “constitucionalización” de los derechos de los consumidores se encuentra mayoritariamente consolidado en el derecho comparado.

Dicha constitucionalización es ampliamente predominante en América Latina³. Colombia⁴, El Salvador, Venezuela la regulan como principio; Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Paraguay, Perú, Bolivia, México, como derechos fundamentales. Y en aquellas reformas constitucionales en proceso, como la fracasada de Chile del 2022, se jerarquizaban los derechos de los consumidores en los arts. 81 y 82 del intento de Constitución.

3. Ver:

Sahián, J. (2019). Principios de progresividad y no regresión en el anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. En *Especial comentarios al anteproyecto de LDC*. La Ley. Cita en línea: AR/DOC/596/2019.

Sahián, J. (2018). Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores. *Diario La Ley*, 2018-A, 545. La Ley.

Sahián, J. (2022). Los principios del derecho de los consumidores: Consideraciones generales y breve aproximación a la problemática de los usuarios en entornos digitales. *Revista del Código Civil y Comercial*, (septiembre-octubre), 105. La Ley.

Sahián, J. (2021). Principios generales de protección del consumidor en el proceso e interpretación de las normas. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 308(04/05), 21. La Ley.

4. La constitucionalización del Derecho del Consumidor ha sido ratificada por la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1141/00, del 30/08/2000, expediente D-2830, Demanda de inconstitucionalidad contra los arts. 11 y 29 (parciales) del Decreto 3466 de 1982, Actores: Sigifredo Wilches Bornacelli y Pablo José Vásquez Pino, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ídem: Sentencia C-313/2013, del 23/05/2013, Referencia: expte. D-9345, Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Demandante: Nissan Alfredo Vahos Pérez vs. Ley 1555 de 2012, artículo 1 parcial.

En Europa, Polonia, Lituania, Bulgaria y España los consagraron como “principio” y solo la Constitución de Portugal de 1976 como “derecho fundamental”.

Entonces, en el viejo continente, la fundamentalización, como la de los derechos sociales en general, sigue en debate.

3. PROPENSIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES HACIA LOS DERECHOS HUMANOS

3. 1. Dimensión constitucional

La Constitución de Guatemala considera a los derechos de los consumidores como “derechos humanos sociales”, al menos por la forma en que la protección ha sido recogida en su Sección X.

En México la enunciación de derechos de los consumidores no es cuantitativamente significativa, pero el dispositivo constitucional se encuentra inserto en el Capítulo I, del Título I, denominado “De los Derechos Humanos y sus Garantías”. Los derechos de los consumidores, de modo indirecto mediante reglas de tutela de la libre competencia, son calificados como “Derechos humanos”.

Así, algunos de los sistemas constitucionales americanos aproximan, los derechos de los consumidores, a trato de derecho humano; lo que deviene impensable en los regímenes europeos.

3. 2. Doctrina “consumerista”

En Argentina, la doctrina “consumerista” mayoritaria, con distintos matices, consiente casi uniformemente la vinculación entre derechos humanos y derechos de los consumidores, así Caramelo⁵,

5. Gustavo Caramelo, “La Constitucionalización de los derechos de los consumidores”, en *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, directores Picasso y Vázquez Ferreyra t. III (Buenos Aires: *La Ley*, 2011), 43 y ss y 57.

Wlasic⁶, Tambussi, Torres Buteler⁷, Sobrino⁸, Gherzi⁹, Arias¹⁰, Vinti¹¹, Lovece¹², Chamatropulos¹³, entre muchos otros.

Analizando la publicidad, Martina Rojo explica que *"Por el proceso de 'constitucionalización' y 'convencionalización' del Derecho Privado, la regla no se agota; debe integrarse, no sólo con los principios constitucionales, sino también con aquellos principios derivados de los Tratados de Derechos Humanos"*¹⁴. También se ha afianzado una ligadura entre derechos humanos y de los consumidores, como era previsible, en Brasil¹⁵. Con menor énfasis también se verifica jurisprudencialmente¹⁶.

6. Juan Wlasic, *Manual Crítico de Derechos Humanos*, 2º ed. act., (Buenos Aires: La Ley, 2011), 329-333.

7. Eduardo Torres Buteler, "La Protección del consumidor a la luz de los Tratados internacionales de derechos humanos", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina*, vol. 2 (2009): 125 y ss, doi: <http://bibdigital.uccor.edu.ar/ojs/index.php/RFD/issue/view/201>.

8. Waldo Sobrino, "Prescripción de cinco años en seguros en el nuevo Código", en *Revista La Ley*, t. A (2015): 1008 y ss.

9. Carlos Gherzi y otros, *Derecho y responsabilidades de las empresas y consumidores* (Buenos Aires: Ediciones Organización Mora Libros, 1994), 22-3.

10. María Arias, "Beneficio de justicia gratuita en las relaciones de consumo. Situación de los Tribunales Provinciales de la Ciudad de Rosario", *La Ley Litoral*, septiembre (2015): 815 y ss.

11. Ángela Vinti, "Cuando el cliente no tiene la razón. A propósito de un fallo", *Revista La Ley Buenos Aires*, febrero (2015): 60 y ss.

12. Graciela Lovece, "Las relaciones de consumo. La prevención, la seguridad y el riesgo empresario", *Diario La Ley* 04/08/2016: 7 y ss.

13. Demetrio Chamatropulos, "Defensa del Consumidor", en *Derecho Comercial*. IV, directores Héctor Chomer, y Silvio Sicoli, (Buenos Aires: La Ley, 2015), 294-95.

14. Martina Rojo, "Abusive Advertising And Human Rights In Argentina", *Human(ities) and Rights*, Global Network Journal, Vol.3, Issue 2 (2021): 140. Clara Vila Ortiz, "La publicidad abusiva en el Código Civil y Comercial y la incidencia de los Derechos Fundamentales del Consumidor en su configuración", *Revista de Derecho del Consumidor*, num. 10, abril (2021), 4.

15. Adalberto Pasqualotto, "Fundamentalidade e Efectividade de Defesa do Consumidor", *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, núm. 9, HS editora, octubre – diciembre (2009): 68.

16. Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, 28/11/2014, "Finanpro S.R.L. vs. García, Ramón s/Ejecutivo".

En Argentina, tal diálogo tiene sustento legal en el art. 1097¹⁷ y 1098¹⁸ del CCyC; los que han seguido el faro que, en la región, ha sentado el modelo brasileño y su mentora Claudia Lima Márquez¹⁹.

3.3. Doctrina extra consumerista

Fuera del ámbito del micro sistema de defensa del consumidor hay pronunciamientos aislados²⁰.

Investigaciones en el *Common Law* inglés se han preguntado sobre la vinculación entre derechos humanos y de los consumidores (SinaiDeutch²¹, Jagielska y Jagielski²², Iris Benöhr²³).

Algo semejante es dable de predicar en China²⁴.

17. "Trato digno. Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias".

18. "Trato equitativo y no discriminatorio. Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores".

19. Claudia Lima Marques, "La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes", en *Tratado de derecho del consumidort*. I, directores Gabriel Stiglitz y Carlos Hernández (Buenos Aires: *La Ley*, 2015), 166.

20. XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XIV Congreso Argentino de Derecho Internacional

21. Sinai Deutch, "Are Consumer Rights Human Rights?", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 32, num. 3, York Universit , (1994): 537- 78.

22. Monika Jagielskay MariuszJagielski, "Are consumers rights human rights?", en *European Consumer Protection: Theory and Practice*, editors James Devenney y MelKenny (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 343-44.

23. Iris Benöhr, *EU Consumer Law and Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 48.

24. Shaoping Gan, "Essay: Consumer Rights: A Part Of Human Rights", *Journal of International Business Ethics*, vol. 1, num. 1, Beijing, Center for Applied Ethics - Chinese Academy of Social Sciences (2008): 18, doi: http://www.americanscholarspress.com/content/BusEth_Abstract/v1n108-art2.pdf.

3.4. Instrumentos internacionales

En el ámbito internacional merece recalcarse la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas del 22 de diciembre de 2015 conocida como Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor que, en su punto III.5²⁵, enumera principios hondamente entroncados con los derechos humanos. Aunque *softlaw*, tal documento tiene alta influencia, tanto que la reciente Resolución 137/2024 del 28/05/2024²⁶ decidió emular su nominación y regulación sobre consumidores en situación vulnerable y de desventaja²⁷.

Y en la Agenda 2030 de Naciones Unidas cobra jerarquía el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) N°12 para garantizar modalidades de "consumo y producción sostenibles" como un requisito esencial para el desarrollo sostenible. La ODS 12 conecta: Derechos del consumidor, ambiental y humanos. Es que, derechos humanos de futuras generaciones dependen del derecho de acceso al consumo, en sentido amplio, regulado en el primer párrafo del art. 1094²⁸ del Código Civil y Comercial.

25. "Las necesidades legítimas que las directrices procuran atender son las siguientes: a) b) El acceso de los consumidores a bienes y servicios esenciales; La protección de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja; c) seguridad; d) La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores; e) El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual; f) La educación del consumidor, incluida la educación sobre las consecuencias ambientales, sociales y económicas que tienen sus elecciones; g) La disponibilidad para el consumidor de medios efectivos de solución de controversias y de compensación; h) La libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten; i) j) La promoción de modalidades de consumo sostenible; Un grado de protección para los consumidores que recurran al comercio electrónico que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio; k) La protección de la privacidad del consumidor y la libre circulación de información a nivel mundial".

26. De la Subsecretaría de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial, dependiente del Ministerio de Economía. BO 04/06/2024.

27. Arts. 5º apart. B; 11 apart. A, 42, 77 de las Directrices.

28. Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso

El derecho de “acceso al consumo” puede ser abordado desde dos dimensiones: por un lado, el derecho de “acceso al consumo” propiamente dicho, que encarna la aptitud que tiene una persona de exigir su participación real en el mercado²⁹, esto es la posibilidad que deben tener todos los sectores de la población de llegar a consumir.

Y, por otro, el derecho a un “consumo sustentable”, que importa un llamado a extender la agenda del Derecho del Consumidor, agregándole la temática de la protección del medio ambiente³⁰.

Ambas aristas son de indispensables contemplación para el Derecho de los Derechos Humanos.

3.5. Paralelismo entre los derechos de los consumidores y los ambientales

Existe una irreversible inclinación de subsumir los derechos ambientales en el tipo de derechos humanos “económicos, sociales y culturales” (“DESCA”³¹).

Y, a su turno, ambiente y consumo confluyen en lo que se designa “derechos de la sustentabilidad”. Crece así una propensión del Derecho del Consumidor hacia el “paradigma ambiental”, lo que ha forjado la expresión “consumo verde” o “ambientalización del Derecho del Consumidor”³².

al consumo sustentable.

29. Gabriel Stiglitz, “Los avances del Derecho del Consumidor”, en *Suplemento Actualización* (Buenos Aires: *La Ley*, 2013), 1 y ss.

30. Gabriel Stiglitz, “El principio de acceso al consumo sustentable”, en *Tratado de Derecho del Consumidor*, t. I, directores Gabriel Stiglitz y Carlos Hernández (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: *La Ley*, 2015); Antonio, Benjamín, “Direito do Consumidor, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor”, *Revista dos Tribunais*, N° 8, Sao Paulo: *La Ley*, (1993): 198.

31. Areli Sandoval Terán, *Comprendiendo los Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Descas)*, (México: Equipo Pueblo A.C., 2007), 8, nota al pie 3.

32. Gonzalo Sozzo, “Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del derecho del consumidor (Sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)”, 139-140 y 151, doi: <http://unl.academia.edu/cosimogonzalosozzo>; Gonzalo Sozzo, “La resistematización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil 2012”, *Revista de Derecho Privado*, año II, núm.

Normológicamente, hay constante reglamentación conjunta y cercana (arts. 41, 42 y 43 CN; arts. 37 y 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE; arts. 97 y 98 del fallido intento de Constitución europea).

Ahora bien, a los derechos ambientales se les ha atribuido doctrinal³³ y jurisprudencialmente³⁴, con cierta facilidad, la garantía de progresión y no reversibilidad³⁵, proveniente del Derecho de los Derechos Humanos; en cambio, la aceptación de los derechos de los consumidores como derechos humanos viene requiriendo de mayores esfuerzos, tales como lo visibiliza la presente investigación.

La jerarquización del principio de “consumo sustentable” es una estrategia atrayente para que los derechos de los consumidores corran la buena suerte de los ambientales.

3.6. Tutela cruzada

Esta es una técnica³⁶ empleada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —y no por la Corte Interamericana de Derechos Humanos— para proteger derechos no garantizados explícitamente en las Convenciones. Además de ambientales recién aludidos, la Corte Europea viene subsumiendo, de manera evolutiva, a los migrantes bajo la protección convencional a través de la garantía de derechos convencionales expresamente tutelados, como el derecho a la familia a la vida privada³⁷.

4, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (2013): 87.

33. Michel Prieur, “Prólogo”, en *El principio de no regresión ambiental en el derecho ambiental comparado*, director Mario Peña Chacón (San José de Costa Rica: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013), 10.

34. Corte de Costa Rica, Sala Constitucional, voto 2012-13367 del 21 de septiembre del 2012.

35. Lidia Garrido Cordobera, “Aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y pro homine. Desafío ambiental del Siglo XXI”, *La Ley*, t. F (2014): 1199 y ss.

36. Se llama también “por carambola” o par ricochet.

37. Ana Rita Gill y Susana Almeida, “The direct and indirect (par ricochet) protection of migrants in

El medio ambiente no se encuentra formalmente tutelado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no obstante lo cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁸ demuestra sensibilidad al amparo de los derechos ambientales³⁹.

No se advierte, entonces, argumento alguno, teórico o positivo, para evitar que tales conclusiones puedan ser también exportables al ámbito consumerista, mínimamente en los supuestos en que se verifique una análoga y adecuada yuxtaposición.

3.7. Solapamiento de derechos

Los derechos de los consumidores autónomamente percibidos, enunciados en las Leyes Fundamentales, se replican en varios de los Tratados de Derechos Humanos. A modo de ejemplo: “salud”⁴⁰; “trato digno”⁴¹, tutela judicial efectiva⁴², entre otros.

the light of the European Convention On Human Rights: brief notes on the evolution of the strasbourg court's case-law”, *Human(ities) and Rights*, Global Network Journal, Vol.3, Issue 1 (2021): 120.

38. Sentencia “Hatton I” del 02/10/2001.

39. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, “La defensa cruzada de derechos: La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario Jurídico de La Rioja, Anales del Convenio Universidad de La Rioja - Parlamento de La Rioja*, núm. 10 (2005): p. 20.

40. Arts. 3 y 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y los arts. I y XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. La Carta Social europea avala el derecho a la salud en sus arts. 11 y 13. Mientras que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo asegura en el art. 35.

41. En el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. De un modo más mediato también puede decirse que la educación (para el consumo) está garantizada en el art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. A su vez, la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios puede extraerse de los arts. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 22 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

42. Se garantiza en los arts. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Pero se destaca el derecho a "un nivel de vida adecuado"⁴³, en cuanto prescribe que:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Este derecho no puede sino concretarse a través del consumo, por lo que la satisfacción de dicha garantía requiere una suficiente tutela de los derechos de los consumidores.

Hay un primer caso en este último sentido, donde la Corte Interamericana cuestiona la validación del Estado de la decisión de la aseguradora de salud de finalizar unilateral y arbitrariamente el régimen de "hospitalización domiciliaria" que la niña Martina Vera, diagnosticada con el síndrome de Leigh, requería de modo esencial para su supervivencia⁴⁴.

El fallo recuerda, en el considerando 20, la Observación General N° 15 de 2013 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24). Este documento, a su turno, señala que las autoridades estatales como los prestadores privados que prestan servicios de salud, deben desarrollar programas de atención en el marco de la integralidad de derechos involucrados para hacer efectivo el derecho a la salud desde la perspectiva de los derechos de las niñas y los niños en cuanto usuarios y beneficiarios de los

43. Arts. 25.1 Declaración Universal de Derechos Humanos, 11 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, más elípticamente XI Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 13 Carta Social europea)

44. Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Vera Rojas y Otros vs. Chile", Sentencia de 1 de octubre de 2021.

servicios. Lo que nos interesa, a los fines de nuestro razonamiento, es el mandato a los prestadores privados.

3.8. La dignidad como justificativo de los derechos de los consumidores

Se han catalogado a los derechos de los consumidores como derechos humanos, a partir de que los primeros involucran especialmente diversas manifestaciones de la dignidad y equidad de la persona, al igual que los derechos humanos.

Los ya transcritos arts. 1097 y 1098 del Código Civil y Comercial dan cuenta de esa conexión.

De hecho, con base en el principio anti discriminatorio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asumido, de manera elíptica, una problemática de prácticas empresariales contra usuarios discriminados por su homosexualidad, en un Supermercado⁴⁵.

3.9. Interseccionalidad e Hipervulnerabilidad

Como es sabido, la lógica de “vulnerabilidad” se encuentra muy presente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en un comunicado del 14 de abril del 2020, en el marco de la pandemia por COVID 19, declaró que:

Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las

45. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Olivera Fuentes Vs. Perú”, 04/02/2023, considerando 97.

niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia.

Dicha Corte también ha razonado que “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos”⁴⁶.

Si bien, la noción de hipervulnerabilidad del consumidor no ha sido objeto de pronunciamiento en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este Tribunal ha desarrollado la idea de “interseccionalidad”, que representa el cimiento de lo que hoy llamamos hipervulnerabilidad.

Interseccionalidad es un concepto acuñado por la activista Kimberlé Williams Crenshaw, referente del llamado “feminismo negro”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se introdujo en la lógica de la “interseccionalidad de factores de vulnerabilidad” en el caso “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”⁴⁷, donde refirió a las limitaciones en el acceso a la educación de Talía Gonzales como consecuencia de tener VIH, de ser mujer, con discapacidad, niña y viviendo en condición de pobreza. El cúmulo de características identificadas fortaleció la condición de vulnerabilidad y, como consecuencia, potenció de forma especial la discriminación de la cual fue víctima.

46. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31/08/2012, “Furlán y Familiares v. Argentina”.

47. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 01/09/2015.

Más indirectamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en “Poblete Vilches” responsabilizó al Estado chileno por no garantizar a Poblete Vilches su derecho a la salud sin discriminación, mediante servicios necesarios básicos y urgentes con relación a su situación especial de vulnerabilidad como persona mayor, lo cual derivó en su muerte⁴⁸.

Por su parte, el tratamiento de la problemática de los denominados consumidores “hipervulnerables”⁴⁹ vino cobrando especial trascendencia en los últimos años, con dispar terminología: “subconsumidores”⁵⁰ o “consumidores particularmente frágiles”⁵¹, y cobró renovado impulso en los últimos años⁵².

En las Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor de 2015 se verifican diversas referencias a los consumidores en situación vulnerable y de desventaja (arts. 5 apart. B, 11 apart. A, 42, 77).

Asimismo ha gozado de recepción en el derecho comparado regional⁵³. Y más elípticamente, alguna normativa comunitaria europea contempla casos de consumidores especialmente vulnerables⁵⁴. La Directiva 2011/83/UE en su considerando 34

48. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 08/03/2018, “Poblete Vilches y otros vs. Chile”, párr. 160.

49. Ver, Sergio Barocelli, “Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables”, en *Consumidores Hipervulnerables*(CABA: El Derecho, 2018), 9-53.

50. La expresión pertenece a Ghidini, *Per i consumatori* (Bologna: Zanichelli, 1977), 64.

51. La expresión pertenece a Bihl, “La protection du consommateur particulièrement fragile”, *JCP (Semaine Juridique, ed. Entreprise)*, núm. 2 (1985): 34-6; según cita de Cavanillas Múgica, “La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 18, Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo: Instituto Nacional del Consumo (1990): 45.

52. Ver, Sergio Barocelli, “Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables”, en *Consumidores Hipervulnerables*(CABA: El Derecho, 2018), 9-53.

53. Tal es el caso del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, cuyo art. 39, parág. IV, regla como práctica abusiva el hecho de prevalerse de la ignorancia, edad, salud o condición social del consumidor, para imponerle sus productos o servicios.

54. La Decisión 2010/15 de la Comisión de 16 de diciembre de 2009; la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, sobre Normas Comunes para el Mercado

alude al denominado consumidor vulnerable. El Código de Consumo Francés insinúa este concepto en su art. 121-1; y el Digesto italiano de Defensa del Consumidor hace lo propio en los arts. 4 y 20. Pero estas dos últimas normas de manera muy tímida.

En la versión originaria de la ley General de Defensa del Consumidor y Usuario (LGDCU, luego TRLGDCU) española se incorporó el derecho subjetivo a la “protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión” (art. 2.1.f). Luego, en el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido LGDCU, se mantuvo ese carácter de “derecho básico”, pero reformando la redacción del precepto, asemejándolo más al contexto constitucional. Así, se reglaba: “La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión” (art. 8.f.). En el nuevo texto se conservó la idea de “inferioridad, subordinación e indefensión” que, en rigor, constituye la lógica y finalidad de todo el sistema de tutela a los consumidores, pero que, en esta hipótesis, viene a representar una concreción de la protección debida a aquellos consumidores que sufren una causal agravante de inferioridad, subordinación e indefensión. También se ha reconocido agravada tutela de los consumidores, en algunos estatutos de Comunidades Autónomas españolas⁵⁵.

El punto de inflexión en la temática en la región sudamericana lo marcó la Resolución 139/2020 del 28 de mayo de la Secretaría de Comercio Interior, por la que se positivizó el concepto de

Interior de la Electricidad; el Programa Plurianual de Consumidores, actualmente vigente, esto es para el período 2014-2020 (Reglamento UE 254/2014 del Parlamento Europeo); entre otras.

55. Ver Acedo Penco, “Los subconsumidores como colectivos de especial protección reconocidos en el Estatuto de los Consumidores de Extremadura”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 22, Badajoz, Universidad de Extremadura: Servicios de publicaciones (2014): 195-203.

hipervulnerabilidad⁵⁶. En su art. 2⁵⁷ se ocupaba de efectuar un detalle enunciativo de las debilidades coyunturales que pueden coadyuvar a la configuración de una vulnerabilidad agravada. La norma tenía como eje “hiposuficiencias” tradicionales. Bajo la lógica del art. 3.b de la Resolución 139/2020 se tornaba inexorable la contemplación de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana); es decir, de mejorar la tutela efectiva de estos consumidores especialmente vulnerables.

La aparición de consumidores en entornos digitales parece ponernos en presencia de una nueva clase de hipervulnerabilidad producida por el propio fenómeno tecnológico. En esta dimensión, en un primer momento, el acento solo se puso en el analfabetismo digital⁵⁸, pero hoy ya se advierte que la falta de equiparación con el consumidor no digital, sitúa al consumidor digital per se cómo un hipervulnerable “originario”⁵⁹.

56. Actualmente ha sido sustituida por la Resolución 137/2024 del 28/05/2024, asignando una nueva nominación: “consumidores en situación vulnerable y de desventaja”.

57. Art. 2°.- A los efectos de la presente medida podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, las siguientes condiciones: a) reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes; b) ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero); c) ser personas mayores de 70 años; d) ser personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite; e) la condición de persona migrante o turista; f) la pertenencia a comunidades de pueblos originarios; g) ruralidad; h) residencia en barrios populares conforme Ley N° 27.453; i) situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada por alguno de los siguientes requisitos: 1) Ser Jubilado/a o Pensionado/a o Trabajador/a en Relación de Dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a DOS (2) Salarios Mínimos Vitales y Móviles; 2) Ser Monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; 3) Ser Beneficiario/a de una Pensión No Contributiva y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; 4) Ser beneficiario/a de la Asignación por Embarazo para Protección Social o la Asignación Universal por Hijo para Protección Social; 5) Estar inscripto/a en el Régimen de Monotributo Social; 6) Estar incorporado/a en el Régimen Especial de Seguridad Social para empleados del Servicio Doméstico (Ley 26.844); 7) Estar percibiendo el seguro de desempleo; 8) Ser titular de una Pensión Vitalicia a Veteranos de Guerra del Atlántico Sur (Ley N° 23.848);

58. Germán Muler, “Los principios del sistema de protección del consumidor y su proyección en los entornos digitales”, *Diario La Ley* del 28/12/2020(2020): 1.

59. José Sahián, “Los principios del derecho de los consumidores. Consideraciones generales y breve

Esta nueva realidad torna al Derecho del Consumidor indispensable para que el Derecho de los Derechos Humanos *aggiorne* su teoría de la vulnerabilidad.

En síntesis, el concepto de interseccionalidad de vulnerabilidades del Derecho de los Derechos Humanos presenta un correlato exacto con la idea de hipervulnerabilidad del Derecho del Consumidor.

3.10. Teoría de los Derechos humanos no enumerados

Los Tratados de Derechos Humanos sólo importan un estándar mínimo, que no implica negación de aquellos otros derechos que no se encuentran explícitamente consagrados (art. 29 CADH, arts. 5 PIDESC y PIDCP), en nuestra tesis, los de los consumidores.

En el sistema europeo de derechos humanos no concurren reglas sobre derechos no enunciados, sin embargo mediante una exégesis evolutiva se ha acogido excepcionalmente la posibilidad de contemplar derechos no enumerados⁶⁰. Mismo fin cumplió la idea de dignidad. A partir de esta lógica, los derechos de los consumidores, aunque no enunciados en los Tratados Internacionales, pueden llegar a tener tratamiento como si estuvieran contenidos en convenciones.

Los acápites siguientes constituyen herramientas que permiten justificar lo aquí dicho.

3.11. Teoría de la complementariedad

El carácter complementario que la Constitución otorga a los Tratados internacionales supone la necesaria no contradicción

aproximación a la problemática de los usuarios en entornos digitales", *Revista del Código Civil y Comercial*, septiembre-octubre, (2022): 05.

60. Héctor Gros Espiell, "Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el art. 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 4, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2000): 168; quien cita a Gerard Cohen-Jonathan.

entre los derechos previstos en la parte dogmática de la Constitución y los enunciados en los Pactos de Derechos Humanos. Pero esa complementariedad también genera que la doble protección, interna e internacional, suponga una mutua correlación de los derechos y principios de distinta fuente. Por lo tanto, principios del Derecho Internacional, como el de progresividad, son extrapolables a todo el conjunto de derechos fundamentales, especialmente a los de los consumidores.

3.12. Progresividad

Stiglitz ha postulado la aplicación del principio de progresividad —proveniente del art. 26 de la CADH— a los derechos económicos, sociales y culturales de los consumidores⁶¹.

Enfatiza Tambussi que los derechos humanos y los de los consumidores gozan de caracteres comunes y merecen el mismo tratamiento, con base precisamente en el desarrollo progresivo y no regresivo⁶². Barocelli deriva la prohibición de retroceso, del propio “principio protectorio”.

A partir de esta pauta, una nueva norma, nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un consumidor⁶³. También abonan la extensión a los derechos de los

61. Gabriel Stiglitz, “Los principios del Derecho del Consumidor y los derechos fundamentales”, *Tratado de Derecho del Consumidor*. I, directores Gabriel Stiglitz y Carlos Hernández (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *La Ley*, 2015), 311.

62. Carlos Tambussi, “Ejecución de pagarés de consumo y diálogo de fuentes”, *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, *La Ley* (2015): 205; Carlos Tambussi, “Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos”, *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, núm. 13, año XII, Lima, Universidad de Alas Peruanas (2014): 97; Carlos Tambussi, “Elementos interpretativos y de fondo propios de los derechos humanos en las normas de consumo del Código Civil y Comercial”, *Ley de Defensa del Consumidor*, director Carlos Tambussi (Buenos Aires: Hammurabi, 2017), 445-47.

63. Sergio Barocelli, “Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”, DCCyE, *La Ley*, febrero (2015): 63 y siguientes.

consumidores de la regla de progresividad Villaragut y Calderón⁶⁴ y Garrido Cordobera⁶⁵.

Como consecuencia del control de convencionalidad se propició la vigencia del principio de progresividad y no regresividad de los derechos de los consumidores, cuestionando la ley n° 26.944 de Responsabilidad del Estado, que paradójicamente diluye esa responsabilidad estatal frente a los usuarios⁶⁶.

La modificación en la figura del *bystander* por parte del Código Civil y Comercial motivó debates sobre la posible regresividad de la transformación legislativa⁶⁷. Algunas voces se elevaron, arguyendo que la restricción a la figura del *bystander* —dispuesta por el punto 3.1 del Anexo II de la ley n° 26.994— conllevaba una transgresión a la prohibición de regresividad. Así, Gelcich⁶⁸, Barletta⁶⁹, Sigal⁷⁰, entre otros.

En los derechos supranacionales encontramos algunos ejemplos de jerarquización de la prohibición de regresividad a los derechos de los consumidores. En el art. 906.2 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte le impone a los Estados el deber de evitar,

64. Marcelo Villarragut y Maximiliano Calderón, "El beneficio de gratuidad de la ley de Defensa del Consumidor en la jurisprudencia de las Cámaras de Apelaciones de Córdoba", *La Ley Córdoba*, noviembre (2011): 1047 y siguientes.

65. Lidia Garrido Cordobera, "La aplicación de la prescripción del art. 50 LDC y el principio 'pro consumidor'...", *Tratado de Derecho del Consumidor*. IV, directores Gabriel Stiglitz y Carlos Hernández (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: *La Ley*, 2015), 87-92.

66. Carlos Gherzi, "Las relaciones del manual del usuario con la ley de derechos del consumidor, el Código Civil y Comercial de la Nación y la ley de responsabilidad del Estado", *La Ley Online* AR/DOC/1445/2015.

67. Ver la descripción del problema en: José Sahián, *Dimensión Constitucional de la tutela a los consumidores* (Buenos Aires: *La Ley*, 2017), 261-270.

68. Marcelo Gelcich, "Derogación del bystander: inoperante restricción a los derechos del consumidor", *Errenews*, núm. 2285, diario del 11/12/2015, Erreius, Buenos Aires (2015): 12.

69. Alejandro Barletta, "La eliminación del 'bystander' en el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012", *Revista jurídica UCES*, núm. 18 (Buenos Aires: Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 2014), 39.

70. Martín Sigal, "Contratos de consumo", *Código Civil y Comercial de la Nación*, directores Julio Rivera y Graciela Medina, (Buenos Aires: *La Ley*, 2014), 731.

en el marco de la compatibilización de las medidas relativas a normalización que se adopten, la disminución de las medidas de protección a los consumidores.

En esa dirección, pero con mucha mayor claridad, la Resolución 36/19 del Mercosur diagrama, en su art. 1, una delineación de 14 principios aplicables a los derechos de los consumidores⁷¹; y entre

71. "Art. 1 - Se reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado. El sistema de protección del consumidor se integra con las normas internacionales y nacionales, y tiene el objetivo de tutelar al consumidor, rigiéndose por los siguientes principios: 1) Principios de progresividad y no regresión. Los Estados Partes adoptarán medidas apropiadas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos de los consumidores que se derivan de las normas internacionales y nacionales, sin retroceder en los estándares de tutela alcanzados en los niveles normativos de protección ni en la implementación de la política de protección del consumidor, considerando los costos y beneficios de las medidas que se propongan; 2) Principio de orden público de protección. El sistema de protección del consumidor es de orden público; 3) Principio de acceso al consumo. El sistema de protección del consumidor busca garantizar el acceso al consumo de productos y servicios de calidad; 4) Principio de transparencia de los mercados. El sistema de protección del consumidor contribuye al logro de la transparencia de los mercados. Cada Estado Parte controlará las distorsiones que la afecten, a través de sus órganos competentes; 5) Principio de consumo sustentable. El sistema de protección del consumidor impulsa el consumo y la producción sustentables, en función de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. Para ello, entre otras medidas, favorece la minimización del uso de materias primas y energías no renovables, así como la generación de la menor cantidad de residuos y el aumento del uso de energías o materias primas renovables o producto de reciclaje; 6) Principio de protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja. El sistema de protección del consumidor protege especialmente a grupos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada derivada de circunstancias especiales, en particular niñas, niños y adolescentes, adultos/mayores, personas con problemas de salud o con discapacidad, entre otras; 7) Principio de respeto de la dignidad de la persona humana. Los proveedores, en su actuación en el mercado, deben reconocer y respetar la dignidad de la persona humana conforme a los criterios generales que surgen de las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos. Asimismo, en el diseño e implementación de políticas públicas, los Estados Partes deben observar el mismo principio; 8) Principio de prevención de riesgos. Los proveedores actuarán preventivamente cuando exista probabilidad razonable de una amenaza derivada de productos o servicios que afecten la salud o la seguridad de los consumidores; 9) Principio antidiscriminatorio. El sistema de protección del consumidor implementa las acciones conducentes para alcanzar el objetivo que en el mercado no existan actos u omisiones discriminatorios, conforme lo establecido en los ordenamientos jurídicos nacionales; 10) Principio de buena fe. El sistema de protección al consumidor se asienta en la buena fe de las partes intervinientes en el contrato; 11) Principio de Información. Los proveedores deben suministrar a los consumidores información clara, veraz y suficiente que les permita hacer elecciones adecuadas a sus deseos y necesidades; 12) Principio de armonización. Resulta fundamental armonizar los intereses de los participantes de las relaciones de consumo, haciendo compatible una

ellos destaca en el inciso 1 a la progresividad y no regresión. La Resolución 310/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del 10/09/2020 adoptó como derecho interno dicha Resolución del Mercosur.

La tendencia legislativa se orienta prístinamente en reconocer el principio de progresividad y no regresión a los consumidores⁷².

O sea, en todos estos documentos del Microsistema de Defensa del Consumidor, el principio de progresividad y no regresión ocupa un lugar prioritario.

3.13. Aproximación entre los conceptos de “consumidor”, “ciudadano” y “persona”

Los consumidores no son un grupo separado de personas⁷³, en una sociedad de consumo. Los derechos de los consumidores se caracterizan por pertenecer a todas las personas⁷⁴.

La noción de consumidor frente a una economía de mercado se aproxima a la figura del ciudadano en el constitucionalismo clásico⁷⁵.

adecuada protección y tutela de los derechos de los consumidores con el desarrollo económico y tecnológico, siempre fundamentado en la buena fe y el equilibrio en las relaciones entre consumidores y proveedores; 13) Principio de reparación integral. El sistema de protección al consumidor debe asegurar a éste una reparación integral en caso de daños derivados de las relaciones de consumo, debiendo preverse la disponibilidad de medios efectivos de solución de controversias y de compensación; 14) Principio de equiparación de derechos. Los Estados Partes deben esforzarse por fomentar la confianza en el comercio electrónico, mediante la formulación de políticas transparentes y eficaces. En el ámbito de la contratación electrónica se reconoce y garantiza un grado de protección que nunca será inferior al otorgado en otras modalidades de comercialización”.

72. En ese sentido: los proyectos de Códigos de Defensa del Consumidor exptes: 3143-D-2020; 5156-D-2020; y especialmente el último en debate S-0337/2023.

73. Luis Fernández De La Gándara, “Política y derecho del consumo: reflexiones teóricas y análisis normativo”, Estudios sobre Consumonúm. 34 (Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo: Instituto Nacional del Consumo, 1995), 38.

74. Inmaculada Barral, “Los derechos de los consumidores y los límites del marco competencial en el estatuto de Cataluña de 2006”, Diversidad, Derechos Fundamentales y Federalismo. Un diálogo entre Canadá y España, en Castellacoordinador Andreu y Grammond (Barcelona: Atelier Libros, 2010), 131.

75. En contra Ricardo García Manrique, “Los Enemigos Ocultos de los Derechos Sociales —cinco

Pero ahora ya no es el Estado la única amenaza. Las empresas lo son en igual o mayor grado. Las *Digital ServiceAct* y *MarketServiceAct* de la Unión Europea dan cuenta de ello, en tanto se preocupan por proteger privacidad, intimidad e intereses económicos de los usuarios digitales frente a las grandes empresas (por ejemplo, Google); ya no frente al Estado, como ocurría en otras épocas.

El *homo político* ha sido desplazado por el *homo consumens*⁷⁶.

Se ha producido un devenir de la concepción de ciudadano a la faceta de consumidor⁷⁷. En esta línea, Benjamin define al Derecho del Consumidor como “*la disciplina jurídica de la ‘vida cotidiana’ del habitante de la sociedad de consumo*”⁷⁸.

3.14. Resistencias

Ahora bien, una mirada rigurosa de “exterioridad” nos advierte que la lógica de yuxtaposición entre derechos humanos y derechos de los consumidores —propugnada en los acápites anteriores— requiere todavía de debates sólidos con otras disciplinas jurídicas. Dicho camino no ha logrado plasmarse de manera irreversible en: ámbitos científicos foráneos al Derecho del Consumidor de ciertas

creencias erróneas sobre los derechos humanos—”, *Cuaderno Electrónico* n° 5. *Derechos Humanos y Democracia* (2009): 14, doi: www.portalfio.org/inicio/presentacion/cuaderno-electronico-n-5.html.

76. Zygmunt Bauman, “Exit *Homo Politicus*, Enter *Homo Consumens*”, *Citizenship and Consumption*, editores Soper y Trentmann (Nueva York: PalgraveMacMillan, 2008), 139-153. También: Soper y Trentmann, *Introduction Citizenship and Consumption*, editores Soper y Trentmann (Nueva York: Palgrave MacMillan, 2008), 1 y ss.

77. Marcelo Barría Bahamondes, “Ciudadanía, mercado y violencia estructural en el marco de la modernización del Estado: abandono y exclusión del ciudadano consumidor en Chile”, *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 10, Valparaíso: Universidad Viña del Mar (2013): 23 y 25; Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, “Fundamentos sociales y políticos en los derechos sociales de la Constitución Española”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 71, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (1991): 178; Ángel Pelayo González-Torre, “La sociedad de consumo: crítica rehabilitación ideológica”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 59, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo: Instituto Nacional del Consumo (2001): 55.

78. Antonio Benjamin, “El derecho del consumidor”, *Jurisprudencia Argentina*, t. II, Buenos Aires: Abeledo Perrot (1993): 913.

naciones, en la jurisprudencia de los Tribunales de Derechos Humanos, ni en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, tampoco en ciertos sectores de la doctrina internacional.

O sea, aun no llega a concretarse en áreas estratégicas como los organismos de derechos humanos, como lo viene reclamando Sozzo⁷⁹.

4. PRIVATIZACIÓN DE LA CONVENCIONALIZACIÓN

Los derechos humanos, al menos en su faz internacional, son pensados como garantía frente a transgresiones estatales.

Proponemos interpelarnos por una privatización de los derechos humanos para que cobren más valor frente a los verdaderos violadores masivos de derechos humanos en la sociedad de consumo, esto es las empresas.

Desde luego, una nueva idea de horizontalidad de los derechos humanos también contribuye a un acercamiento de los derechos de los consumidores y los derechos humanos.

4.1. *Drittwirkung der Grundrechte*

La *Drittwirkung der Grundrechte* eficacia (como importación desde Alemania⁸⁰) frente a terceros es una técnica procesal constitucional de protección de derechos fundamentales tendiente a dotarlos de efectividad en las relaciones entre particulares, usualmente en un nivel jurisdiccional superior, tanto estatal como eventualmente internacional. Normológicamente, los derechos

79. Gonzalo Sozzo, "Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del derecho del consumidor (Sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)", p. 142-143 y 145-148, doi: <http://unl.academia.edu/cosimogonzalosozzo>.

80. Sentencia del Tribunal Federal Constitucional de Alemania, 1958, Caso Lüth/ BVerfGE 7 Veit Harlan vs. Erich Lüth, 198.

fundamentales europeos emergieron para garantizar intereses de las personas frente a un Estado potencialmente transgresor. La lógica del *Drittwirkung* vino a atemperar aquella rigurosidad.

En cambio, en Latinoamérica expandió la idea de derechos constitucionales que funcionan tanto frente al Estado como ante particulares (arts. 41 y 43 CN).

Aquel paradigma de derechos constitucionales expansivos, tal vez, pueda ser exportable hacia el Derecho de los Derechos Humanos.

Sociológicamente, se tenía al Estado por el único sujeto capaz de provocar daños masivos, que ameritaran la creación de la categoría de derechos fundamentales y, en lo que nos ocupa, derechos humanos que también nacieron como protección “contraestatal”. Pero la noción de Estado es finita. Tanto así que supranacionalidad, internacionalización y globalización vienen compitiendo tal supremacía conceptual.

Como consecuencia de ello, en la sociedad de consumo, los privados ocupan un lugar que otrora no tenían. Y, en segundo lugar, como consecuencia de las nuevas tecnologías, una empresa como Google es capaz de generar, por ejemplo, un daño a la intimidad mucho peor que el que podría ocasionar cualquier estado. Por lo que una protección contra privados es tan o más importante que contra el sector público. La *Digital Market Act* de la Unión Europea es prueba de ello⁸¹.

La Corte Internacional de Derechos Humanos no ha sido totalmente ajena a la teoría del *Drittwirkung*⁸². La condición de que el sujeto imputable sea solamente el Estado hoy deviene

81. La ley de Mercados Digitales establece un conjunto de criterios objetivos para identificar a los “guardianes”, que son las grandes plataformas digitales que ofrecen los llamados servicios de plataforma central, como motores de búsqueda en línea, tiendas de aplicaciones y servicios de mensajería. La DMA es una herramienta para regular el poder de control de las empresas digitales más grandes. Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

82. Barona Martínez 2022, 45-60.

indiscutible, pero puede compatibilizarse con una exigencia de respeto a nivel colectivo.

Cançado-Trindade fue quien comenzó a mencionar expresamente al *Drittwirkung*. En su voto en la Opinión Consultiva N° 18 explica que los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos son de naturaleza *ius cogens* y, por ende, de exigencia *erga omnes*. Dice el juez citado que la Corte Interamericana ha señalado que el principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, por pertenecer al dominio del *jus cogens*, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares⁸³. Pero igual de importante, se asombra —el magistrado— de que “hasta la fecha, estas dimensiones horizontal y vertical de las obligaciones *erga omnes* de protección hayan pasado enteramente desapercibidas de la doctrina jurídica contemporánea”⁸⁴; lo que *per se* justifica este trabajo.

La aplicación de la *Drittwirkung* radicaría en comprender que la obligación de los particulares de respetar los derechos y libertades de los otros viene normalmente impuesta, de forma inmediata y directa, por el propio poder público.

Este es el planteamiento que ha hecho suyo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que tiene su origen en la sentencia “Airey c. Irlanda”, de 9 de octubre de 1979, posteriormente confirmada en una numerosa relación de sentencias, entre las que destacan, entre muchas otras, López Ostra c. España, de 9 de diciembre de 1994, e “Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia”, de 8 de julio de 2004.

Ahora bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sigue atando la *Drittwirkung* a una obligación estatal, en este caso, asegurar que los particulares respeten los derechos humanos.

83. Voto razonado de Cançado-Trindade en la Opinión Consultiva 18 sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, considerando 74.

84. Voto razonado de Cançado-Trindade en la Opinión Consultiva 18 sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, considerando 78.

Además la doctrina de la *Drittwirkung*, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como en la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conocen límites sustanciales que se manifiestan, mayormente, en el ámbito de los derechos sociales⁸⁵, que en muchos casos se caracteriza por relaciones privadas, como las relaciones de consumo.

4.2. Control de Convencionalidad comunitariedad en América y Europa

El control de convencionalidad tiene dos variantes: interpretación conforme o armonización y declaración de inconvencionalidad⁸⁶. Ha recibido distintas denominaciones respectivamente: represivo o destructivo y preventivo o constructivo⁸⁷; fuerte y débil.

El control de convencionalidad americano, que debe su nombre a la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸⁸, tiene su mayor éxito en convertir a los tribunales nacionales en auxiliares suyos. Ha impuesto a los jueces nacionales de tarea de evacuar el control de convencionalidad sobre las leyes internas, en aplicación directa de la Convención⁸⁹. Ello lleva a Canosa Usera a denominar a este fenómeno como el “*último fruto de laboratorio constitucional iberoamericano*”⁹⁰. En el sistema interamericano, desde una

85. Beatriz Tomás Mallén, “Derechos Fundamentales y Drittwirkungen Perspectiva Multinivel: Desarrollos Recientes en el Derecho Europeo”, UNED. *Revista de Derecho Político*, N° 115, septiembre-diciembre (2022): p. 231.

86. Ferrer Mac-gregor, voto razonado en “Cabrera Gracia y Montiel Flores vs. México, 26/11/2010.

87. Sagues, citado en Raúl Canosa Usera, *Control de Convencionalidad* (Madrid: Thomson Reuters Civitas, 2015), 36.

88. Surge en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrs. 123 a 125.

89. Ariel Dulitzky, “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?”, *Tratado de los Derechos Constitucionales*, t. I, director Julio Rivera (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014), 568-69.

90. Raúl Canosa Usera, “¿Es posible el control pleno de convencionalidad en España?”, ponencia

perspectiva funcional⁹¹ e institucional hay dos controles: uno internacional (de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y uno interno (de jueces nacionales) supervisado por aquel.

Por lo que, se confunde con el test de constitucionalidad en los países que, como Argentina⁹², asignan a los tratados jerarquía constitucional.

A diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha optado por desarrollar una mayor jurisprudencia, pero se ha contentado con que los jueces internos interpreten los derechos internos a la luz de su doctrina, o sea una función armonizadora, sin posibilidad de una declaración de inconveniencia difusa que se asemeje a una inconstitucionalidad.

En cambio, sí lo hizo en materia de comunitariedad, desde el caso "Simmenthal" donde los jueces nacionales son jueces que efectúan control difuso de comunitariedad de la norma nacional. Sagues alega que aquel precedente (junto a "Flaminio Costa") es un equivalente de "Almonacid Arellano" para el sistema convencional americano, por lo que los jueces nacionales europeos podrían protagonizar un control de convencionalidad difuso semejante al de comunitariedad⁹³. Esta misma es lógica es seguida por Jimena Quesada⁹⁴ partiendo del paralelismo entre "primacía" del Derecho Comunitario y

presentada en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional "Jorge Carpizo", realizado entre el 17 al 19 de septiembre de 2013, en Tucumán - Argentina, Libro de ponencias, pp. 95-96. Precisamente uno de los grandes éxitos, probablemente el mayor, conseguido por el activismo inteligente de la Corte de San José de Costa Rica, en contraste con la labor desplegada por Tribunal Europeo de Derechos Humanos, radica en haber logrado eficazmente exigir que los jueces nacionales se conviertan en auxiliares suyos mediante el control de convencionalidad difuso fuerte.

91. Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparos* (México: Porrúa - UNAM, 2013), 19 y 20.

92. En México, por ejemplo, está por encima de la ley pero por debajo de la Constitución. En Europa la tendencia no ha sido reconocerle rango constitucional, salvo Austria y Holanda que inclusive los posiciona por encima. La fórmula más común es suprallegal (Portugal, España, Francia, Bélgica) o legal (Italia, Alemania).

93. Citado en Raúl Canosa Usera, *Control de Convencionalidad* (Madrid: Thomson Reuters Civitas, 2015), 49.

94. Luis Jimena Quesada, *Jurisdicción Nacional y control de convencionalidad* (Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013), 28 y ss.

“prevalencia” de los Tratados. Pero esta idea es rechazada por la doctrina constitucionalista mayoritaria que, a más del distingo conceptual entre esos términos, arguye que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las legislaciones han tenido oportunidad de postular ese control de convencionalidad difuso y no lo han hecho⁹⁵.

Aunque el protocolo 16 implica una aproximación de sistemas, ya que implica un “opinión convencional consultiva”⁹⁶, que se asemeja a la cuestión prejudicial comunitaria y que reforzaría la intersección entre Tribunal Europeo de Derechos Humanos y jueces nacionales.

Lo que se pretende demostrar es que en el control de convencionalidad de jueces nacionales interno, las empresas pueden verse perjudicadas por dicho test, de manera más potente en el sistema americano donde hay un control de convencionalidad fuerte que podría llegar hasta la invalidez normativa. Entonces, nos preguntamos: ¿resulta tan inaceptable —pensar siquiera— que los tribunales internacionales puedan “responsabilizar” —mediante alguna herramienta directa o indirecta— a empresas? En el control de comunitariedad, el Tribunal de Luxemburgo lo hace de ordinario.

95. MaribelGonzález Pascual, “El CSDH como parte del derecho constitucional europeo”, en *El Tribunal de Estrasburgo en el Espacio Judicial Europe*, coordinador Argelia Queralt Jiménez (Cizur Menor: Thomson Reuters, Aranzadi, 2013), 118 y ss.

96. Ricardo Alonso Garcia, *El juez Nacional en la Encrucijada Europea de los derechos fundamentales* (Madrid: Thomson Reuters Civitas, 2014), 152.

En "Olivera Fuentes"⁹⁷, y muchos otros, se forzó una sanción a Perú, por no haber sancionado la conducta discriminatoria de un supermercado. Tal vez sea hora de especular si no se debería haber reprochado también al supermercado, mediante un efecto expansivo o indirecto de la sentencia del tribunal internacional.

4.3. Corpus Iuris

El control de convencionalidad no solo tiene por objeto, en el caso interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos sino que ha ido ampliando el *corpus iuris*, a otros instrumentos similares. Ferrer Macgregor define el corpus juris interamericano:

De esta manera, por ejemplo, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del corpus juris interamericano y crear la norma convencional interpretada como estándar interamericano⁹⁸.

97. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Olivera Fuentes vs. Perú", 4/02/2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). El 11 de agosto de 2004 el señor Olivera y su pareja del mismo sexo fueron amonestados por personal de la cafetería "Dulces y Salados" del Supermercado "Santa Isabel de San Miguel" por desplegar públicamente conductas de afecto. El 1 de octubre de 2004 el señor Olivera presentó una denuncia por discriminación ante el INDECOPI, la cual fue rechazada, obteniendo una última decisión desfavorable en sede de casación el 11 de abril de 2011. La Comisión concluyó que el Estado vulneró la garantía del plazo razonable debido al tiempo en que demoró cada autoridad en resolver los recursos interpuestos, sin que el Estado haya proporcionado razones que justifiquen los lapsos transcurridos para la decisión de cada recurso. A la vista de lo anterior, concluyó que el Estado peruano es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales, vida privada, igualdad ante la ley y protección judicial consagrados en los artículos 8.1, 11, 24 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento.

98. Voto Razonado de Ferrer Mac Gregor en Corte Interamericana de Derechos Humanos "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", del 26/11/2010, nota al pie 64.

Llevando dicho pensamiento al extremo, podría habilitarse que las ODS de Agenda 2030 de Naciones Unidas, los “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”⁹⁹ y especialmente el Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁰⁰ deban ser empleados como *corpus iuris* en el examen de convencionalidad.

Empieza a construirse un Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se dirige específicamente a las empresas.

El aludido Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos¹⁰¹ menciona entre criterios interamericanos fundamentales en materia de empresas y derechos humanos: a) Centralidad de la persona y de la dignidad humana; b) Universalidad, Indivisibilidad, Interdependencia e Interrelación de los Derechos Humanos; c) Igualdad y no discriminación; d) Derecho al desarrollo; e) Derecho a un medio ambiente sano; f) Derecho a defender los derechos humanos; g) Transparencia y acceso a la información; h) Consulta libre, previa e informada y mecanismos generales de participación; i) Prevención y debida diligencia en materia de derechos humanos; j) Rendición de cuentas y efectiva reparación; k) Extraterritorialidad; l) Combate a la corrupción y a la captura del Estado.

El mismo documento instituye que los Estados deben: prevenir violaciones de derechos humanos en el marco de actividades empresariales; supervisar el disfrute efectivo de los derechos humanos en el marco de actividades empresariales; regular y

99. Naciones Unidas, 2011, p. 15.

100. Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 1 de noviembre de 2019 / [Preparado por la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos].

101. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 1 de noviembre de 2019 / [Preparado por la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos].

adoptar disposiciones de derecho interno en el marco de actividades empresariales y derechos humanos; investigar, sancionar y garantizar acceso a mecanismos efectivos de reparación.

El punto 11 de "Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos"¹⁰² prescribe que "las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación".

Creemos que el debate propuesto en nuestra tesis debe darse, porque se ha transformado el contexto en el que germinaron los derechos humanos; y hoy los particulares y especialmente grandes empresas son los principales transgresores.

4.4. El empresario en el control de convencionalidad

En un momento dado, el control de convencionalidad se expandió más allá del ámbito jurisdiccional, llegando al sector administrativo¹⁰³.

Y siguiendo esa línea, pensamos, debe vigorizarse la preocupación del empresario por constituirse como sujeto más activo en la tutela de los derechos humanos, a través de compromisos políticos, procesos de diligencia debida (con sistemas de incentivos y sanciones), y asunción de responsabilidad y deber de reparación.

Pero sabemos que, a la luz del criterio y normativa imperante, media un impedimento de la competencia *ratione personae* para la legitimación pasiva de particulares (empresas) ante cortes internacionales de derechos humanos.

La aplicación procesal del *Drittwirkung* a nivel internacional encuentra un aparentemente insoslayable obstáculo, toda vez que los sujetos del Derecho Internacional Público son principalmente

102. Naciones Unidas, 2011, p. 15.

103. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Gelman c. Uruguay" (párr. 239).

los Estados. Esto reprimiría el máximo grado de horizontalidad que sería que los particulares pudieran ser demandados o juzgados por tribunales internacionales.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por la pétrea idea de que únicamente los Estados tienen *ius standi* en el ámbito del Derecho Internacional Público, se verifica un antagonismo a la posibilidad de horizontalidad que caracteriza al *Drittwirkung*¹⁰⁴. Pero aun ello, no obsta que se habiliten algunas opciones, como enunciaremos seguidamente.

4.5. Sistematización de alternativas de “privatización”

Aunque a la fecha parezca inviable pensar en empresas legitimadas pasivamente en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se presentan varias alternativas de investigación de “Privatización del Derecho de los Derechos Humanos” y, por tanto, de un acercamiento de éste a los habitantes de la sociedad de consumo, esto es, los consumidores y usuarios.

1. La existencia de normas que habilitan la “legitimación pasiva en contra de particulares a nivel interno”, por violación de derechos humanos, no presenta obstáculos, si el régimen constitucional lo habilita. Vgr. un amparo contra particulares en Argentina (art. 43 CN). Esto no era predicable en países europeos respecto de los derechos fundamentales, sino hasta la difusión de la teoría alemana del *Drittwirkung*. Ciertamente, las jurisdicciones ordinarias, a excepción de la contencioso-administrativa, se ocupan diariamente de litigios y vulneraciones de derechos fundamentales entre particulares¹⁰⁵.

104. Clapham Clapham, Andrew, “The “Drittwirkung” of the Convention”, *The European System for the Protection of Human Rights*, Macdonald, editores Matschery Petzold (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 163-206.

105. BeatrizTomás Mallén, “Derechos Fundamentales y Drittwirkungen Perspectiva Multinivel: Desarrollos Recientes en el Derecho Europeo”, UNED. *Revista de Derecho Político*, N.º 115, septiembre-diciembre (2022): 207-35.

Lo dicho se explica porque la aplicación a nivel nacional, de los principios convencionales dependerá del marco normativo y constitucional de cada Estado. En Argentina, como en la mayor parte de América, la aplicación directa de un instrumento convencional entre privados no es cuestionable.

2. Una manifestación más fehaciente del generalizado diseño anterior se visibiliza cuando el control de convencionalidad, que deben realizar los jueces internos, está imperativamente presente en las relaciones entre privados, por mandato constitucional o legislativo. Esto es lo que termina de configurar el fenómeno de "Convencionalización del Derecho Privado". En Argentina, el trascripto art. 1097 del Código Civil y Comercial expresamente lo indica para las relaciones de consumo.

Cabe aclarar que la relación entre Constitución y Código Civil en Europa no es semejante a la realidad en las latitudes latinoamericanas. Es que la inestabilidad de la historia constitucional europea contrasta con la estabilidad de la codificación civil. De allí que lo que se conoce como "constitucionalización del Derecho Privado" tenga más significación en Latinoamérica.

3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido introduciendo a la teoría del *Drittwirkung* de manera lenta y sutil a lo largo de su jurisprudencia¹⁰⁶. Cançado-Trindade fue quien comenzó a sugerir expresamente al *Drittwirkung* en el contexto de una revitalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁰⁷.

106. Natalia Barona Martínez, "Aplicación de la teoría del *Drittwirkung* der Grundrechte en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico ecuatoriano", *Iuris Dictio*, N° 29 (2022): 45-60; doi: <http://dx.doi.org/10.18272/ju.v29i29.2281>.

107. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, párrs. 28-29.

La condición de que el sujeto imputable internacionalmente sea solamente el Estado hoy deviene indiscutible, pero puede compatibilizarse con una exigencia de respeto a nivel colectivo¹⁰⁸.

La Opinión Consultiva N° 18 que, en pocas palabras, explica que los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos son de naturaleza *ius cogens* y, por ende, de exigencia *erga omnes*¹⁰⁹. Dice el juez citado: “el principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, por pertenecer al dominio del *ius cogens*, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares”¹¹⁰. Se asombra el magistrado de que “hasta la fecha, estas dimensiones horizontal y vertical de las obligaciones *erga omnes* de protección hayan pasado enteramente desapercibidas de la doctrina jurídica contemporánea”¹¹¹; atribuye que *per se* justifica este trabajo.

Los otros actores que no pueden comparecer en cortes internacionales también tienen el deber de velar por los derechos humanos de sus pares, porque su respeto es de carácter *erga omnes* y, si bien el Estado responderá internacionalmente, el deber de protección les corresponde a todos¹¹².

108. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, párr. 140.

109. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1982, párr. 140.

110. Voto razonado de Cançado-Trindade en la Opinión Consultiva 18 sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, considerando 74. Ver párr. 110, y cf. punto resolutivo n. 5.

111. Voto razonado de Cançado-Trindade en la Opinión Consultiva 18 sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, considerando 78

112. Natalia Barona Martínez, “Aplicación de la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte* en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico ecuatoriano”, *Iuris Dictio*, N° 29 (2022): 45-60, doi: <http://dx.doi.org/10.18272/ji.v29i29.2281>.

Una solución para ello encontramos en una tutela procesal diferenciada del Derecho del Consumidor que revisa el efecto *res inter aliusiudicata*, flexibilizando el principio de congruencia. Así el Proyecto de Código de Defensa del Consumidor dispone que, al dictar sentencia, el juez podrá flexibilizar la congruencia en aras a una mayor tutela y efectividad de los derechos fundamentales de los consumidores que no hayan sido parte en el proceso, pero que puedan verse afectados por la conducta obrada por el proveedor, especialmente cuando se trate de consumidores con "hipervulnerabilidad"¹¹³. Una norma idéntica encontramos en el penúltimo párrafo del art. 95¹¹⁴ del Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA vigente. Una solución así podría extrapolarse al ámbito internacional del Derecho de los Derechos Humanos, en el marco del dialogo de fuentes pregonado entre derechos humanos y derechos de los consumidores y del principio de complementariedad propio de aquel, para buscar responsabilizar a las empresas, y no solo a los Estados.

4. Otro estadio viene dado por la responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares. Aquí hay diversas intensidades.

Un primer escalón lo marcaría cuando los estados son responsables por complicidad de particulares que atentan contra derechos humanos.

Un peldaño más, donde ya puede hablarse de una intromisión

113. Art. 164 del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor, expte. 5156-D-2020.

114. "Al dictar sentencia el juez resolverá con base en las pretensiones de las partes de manera razonablemente fundada, ajustándose a una solución más eficaz del litigio. Igualmente, podrá flexibilizar la congruencia en aras de una mayor tutela y efectividad de los derechos fundamentales de los consumidores que no hayan sido parte del proceso, pero que puedan verse afectados por la conducta obrada por el proveedor, especialmente cuando se trate de consumidores hipervulnerables, con los alcances de los arts. 1710 a 1713 del Cód. Civ. y Com".

del *Drittwirkung*, lo marca cuando el Estado podría ser internacionalmente responsable frente a la existencia de actitudes de tolerancia, aquiescencia, omisión o falta de fiscalización, por ejemplo cuando los estados carecen de mecanismos “administrativos, judiciales” apropiados de juzgamiento de violaciones a derechos generadas por particulares¹¹⁵.

Un nivel más viene dado por el deber del Estado de debida diligencia o prevención. Fuera del ámbito consumeril, en la Sentencia “*Chowdury y otros c. Grecia*”, la Corte de Estrasburgo concluyó la violación del art. 4 del Convenio como consecuencia de la omisión de las autoridades griegas de impedir que un grupo de cuarenta y dos nacionales de Bangladés fueran contratados sin permiso de trabajo para la recolección de fresas, abocándolos a una situación de trata de seres humanos¹¹⁶.

Ahora bien, cuando el riesgo no es cierto, inmediato y determinado, esta responsabilidad estatal frente al Derecho Internacional de Derechos Humanos es una ficción, que suple la imposibilidad de responsabilidad al particular (empresa, por ejemplo).

Es que se ha dicho, no sin razón, que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción, pues el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de éstos frente a cualquier acto de particulares¹¹⁷.

115. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Olivera Fuentes vs. Perú*”, 4/02/2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

116. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Chowdury y otros c. Grecia* de 30 de marzo de 2017, párr. 86.

117. La impredecibilidad de la conducta humana y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, dicha obligación positiva debe ser interpretada de forma que no imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, párr. 124).

5. Para evitar esta última ficción debe empezar a construirse un Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se dirige específicamente a las empresas, a partir del Corpus Iuris antes descripto.
6. Otra manera de fortalecer el respeto de los derechos humanos en las relaciones jurídicas privadas es erigir el *enforcement* privado. Para ello las propias empresas deben contener mecanismos operacionales (administrados por las propias empresas) para debatir la reparación directa de los daños causados, y deben estimularse medios alternativos de solución de conflicto¹¹⁸, que en el mercado digital se desarrollan como ODR (*Online Dispute Resolution*)¹¹⁹.
7. En nuestra tesis, pensamos que merece un debate robusto el hecho que, si se condena a un Estado por una violación desplegada por un particular, la Corte, además, podría generar un efecto sobre el particular.

¿Cuáles son las herramientas que podrían usarse?

Una posibilidad sería que la sentencia de las Corte Internacionales tenga un "efecto expansivo" contra los particulares que violaron derechos humanos. Pero sin la participación de esos terceros particulares en el proceso devendría cuestionable por transgresión al debido proceso y al derecho de defensa, lo que solo podría ser garantizado íntegramente con algún grado de participación de estos terceros particulares en el proceso.

Una alternativa de lo anterior sería tomar en consideración la teoría de los efectos indirectos de la sentencia¹²⁰

118. "Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos", Naciones Unidas, 2011, considerandos 27-29.

119. Sahian, José H., "ODR Online Dispute Resolution", *Revista La Ley*, 13/10/2021, pp. 1 y ss.

120. Francesco Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil*, T. I, n° 79. Decía "si el juez declara en relación con Ticio que una cosa pertenece a Cayo, la sentencia no impide a Sempronio reivindicarla de Cayo, que la tiene en posesión, pero no le permite considerar ya a Ticio como propietario de ella. Por tanto, en cuanto los terceros sean sujetos de relaciones conexas con la relación definitiva en el proceso, la cosa juzgada despliega su eficacia de reflejo también en relación con ellos".

lexibilizándose el principio de congruencia¹²¹.

Otra opción sería que, sin que la sentencia tenga consecuencias procesales directas sobre particulares, lo resuelto pueda ser tomado en consideración, como una prueba o un título esgrimible contra los particulares, por los damnificados o por el Estado.

En principio el límite de lo dicho sería si hubiera proceso agotados, como en el caso “Olvera Fuentes”. Pero pensamos que aun en esa hipótesis podría caber una flexibilización del principio de cosa juzgada del país, como acontece con ciertos mecanismos como la revisión de la cosa juzgada irrita.

En el Derecho del Consumidor Supranacional ya se consintió una solución de este tipo, flexibilizando —el Tribunal de Justicia de la Unión Europea— la cosa juzgada en pos del principio de efectividad de la tutela a los consumidores en tanto vulnerables¹²².

121. Esto es viable en Argentina, en relaciones de consumo, en el ya aludido art. 95 in fine del *Código Procesal en Relaciones de Consumo de la CABA*.

122. TJUE, 17/05/2022, Sentencias en el asunto C-600/19 Ibercaja banco, en los asuntos acumulados C-693/19 SPV Project 1503 y C-831/19 Banco di Desio e della Brianza y otros, y en los asuntos C-725/19 Impuls Leasing România y C-869/19 Unicaja Banco. Se pregunta al Tribunal de Justicia: “si principios procesales nacionales, como el de la fuerza de cosa juzgada, pueden limitar las facultades de los jueces nacionales, en particular de ejecución, para apreciar el carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales. ¿Son compatibles con la Directiva 93/13 unos principios de Derecho procesal interno que no permiten dicha apreciación en el ámbito de la ejecución, incluso de oficio por el juez que conoce de la ejecución, debido a la existencia de resoluciones judiciales nacionales previas?”. En el primero de los casos citados, el Tribunal de Justicia reafirma que el Derecho de la Unión se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios y los circunscribe exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de una cláusula abusiva después del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró ese carácter abusivo. Asimismo, el Tribunal de Justicia estima que la aplicación de los principios procesales nacionales de que se trata puede hacer imposible o excesivamente difícil la protección de esos derechos, vulnerando de este modo el principio de efectividad. En efecto, el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de principios procesales nacionales en cuya virtud un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y

No sería la primera vez que se excepcione a estos institutos que tienen en miras la seguridad jurídica, como aconteció con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

CONCLUSIONES

1. Debemos poner en agenda internacional un debate robusto sobre la extrapolación de principios del Derecho Convencional de Derechos Humanos al Microsistema de Defensa del Consumidor.
2. La extrapolación de estándares provenientes de los sistemas convencionales de derechos humanos —con base en los principios de progresividad, complementariedad y tutela cruzada de derechos— deberían ser tenidos en cuenta en la defensa de los intereses de los consumidores.
3. Como una retroalimentación simbiótica de lo anterior, debe empezar a “privatizarse” el Derecho de los Derechos Humanos, enfatizándose la idea de responsabilidad y, eventual, legitimación pasiva de las empresas. En esto, el Derecho de los Consumidores puede ser un transcendental jugador en ese novedoso prisma para el DIDH.
4. Debemos interpelarnos sobre cómo responder a los desafíos de una nueva era teologizada¹²³, donde los riesgos provienen de privados, en igual o mayor magnitud que del sector público. Mantener una visión de los derechos humanos como la actual sería equivalente a que Europa se hubiese quedado con la idea de derechos fundamentales exclusivamente verticales.

decretar la restitución íntegra de esas cantidades, cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este.

123. Miguel Ciuro Caldani, “Aportes a la estrategia jurídica humanista en una nueva era /La humanidad en constante evolución”, en *El Derecho Privado en el Siglo XXI*, t. I, Hernández, Frustagli y Santarelli directores (CABA: *La Ley*, 2022), 14.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso García, Ricardo. *El juez Nacional en la Encrucijada Europea de los derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Reuters Civitas, 2014.
- Arias, María P. “Beneficio de justicia gratuita en las relaciones de consumo. Situación de los Tribunales Provinciales de la Ciudad de Rosario”, *La Ley Litoral*. Buenos Aires: *La Ley*, Septiembre, 2015.
- Barocelli, Sergio. “Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables”, *Consumidores Hipervulnerables*. Buenos Aires: El Derecho, 2018.
- Barocelli, Sergio. “Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”, *DCCyE*. Buenos Aires: *La Ley*, febrero, 2015.
- Barona Martínez, Natalia. “Aplicación de la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte* en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico ecuatoriano”, *Juris Dictio*, N° 29. Junio, 2022, doi: <http://dx.doi.org/10.18272/ju.v29i29.2281>.
- Barral, Inmaculada, “Los derechos de los consumidores y los límites del marco competencial en el estatuto de Cataluña de 2006”, *Diversidad, Derechos Fundamentales y Federalismo. Un diálogo entre Canadá y España*, en Castella, Andreu J. y Grammond, S. coordinadores. Barcelona: Atelier Libros, 2010.
- Barría Bahamondes, Marcelo, “Ciudadanía, mercado y violencia estructural en el marco de la modernización del Estado: abandono y exclusión del ciudadano consumidor en Chile”, *Revista de Derechos Fundamentales* núm. 10. Valparaíso: Universidad Viña del Mar, 2013.
- Bauman, Zygmunt, “Exit *Homo Politicus*, Enter *Homo Consumens*”, *Citizenship and Consumption*, Soper y Trentmann editores. Nueva York: Palgrave MacMillan, 2008.
- Bazán, Víctor, “Los Derechos Fundamentales —particularmente Económicos, Sociales y Culturales— en el Estado Plurinacional de Bolivia y ciertos desafíos que a su respecto afronta la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* núm. 16. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Benjamín, Antonio, “Direito do Consumidor, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor”, *Revista dos Tribunais*, N° 8. Sao Paulo: *La Ley*, 1993.
- Benjamin, Antonio. “El derecho del consumidor”, *Jurisprudencia Argentina* II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.
- Benöhr, Iris. *EU Consumer Law and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Canosa Usera, Raúl. *Control de Convencionalidad*. Madrid: Thomson Reuters Civitas, 2015.
- Canosa Usera, Raúl. “¿Es posible el control pleno de convencionalidad en España?”, ponencia en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “Jorge Carpizo”, Tucumán, 2013.
- Caramelo, Gustavo, “La Constitucionalización de los derechos de los consumidores”, *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*. III, Picasso y Vázquez Ferreyra, directores. Buenos Aires: *La Ley*, 2011.

- Chamatropulos, Demetrio A., "Defensa del Consumidor", *Derecho Comercialt.* IV, Chomer, Héctor y Sícoli Silvio, directores. Buenos Aires: *La Ley*, 2015.
- CiuroCaldani, Miguel. "Aportes a la estrategia jurídica humanista en una nueva era /La humanidad en constante evolución", *El Derecho Privado en el Siglo XXI*t. I, Hernández, Frustagli y Santarelli, directores. Buenos Aires: *La Ley*, 2022.
- Clapham, Andrew. "The "Drittwirkung" of the Convention", *The European System for the Protection of Human Rights*, Matscher y Petzold, editores. Macdonald, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- Deutch, Sinai. "Are Consumer Rights Human Rights?", *Osgoode Hall Law Journal*vol. 32, num. 3. Cambridge: York Université, 1994.
- Dulitzky, Ariel. "El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?", *Tratado de los Derechos Constitucionales*, T. I., Rivera, director. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014.
- Fernández de la Gándara, Luis. "Política y derecho del consumo: reflexiones teóricas y análisis normativo", *Estudios sobre Consumonúm.* 34. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo: Instituto Nacional del Consumo, 1995.
- Ferrer Mac-Gregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", *Derechos Humanos: un nuevo modelo constitucional*, en Carbonell Miguel, director. México: UNAM, 2011.
- Fix Zamudio, Héctor y Valencia, Salvador. *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparos*. México: Porrúa. UNAM, 2013.
- Gan, Shaoping. "Essay: Consumer Rights: A Part Of Human Rights", *Journal of International Business Ethics*, Center for Applied Ethics - Chinese Academy of Social Sciences, vol. 1, num. 1, Beijing, 2008, doi: <http://www.americanscholarspress.com/content/BusEth Abstract/v1n108-art2.pdf>
- García Manrique, Ricardo. "Los Enemigos Ocultos de los Derechos Sociales —cinco creencias erróneas sobre los derechos humanos—", *Cuaderno Electrónico n° 5. Derechos Humanos y Democracia*, 2009, doi: www.portalfio.org/inicio/presentacion/cuaderno-electronico-n-5.html
- Garrido Cordobera, Lidia. "Aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y pro homine. Desafío ambiental del Siglo XXI", *Diario La Ley* t. F. Buenos Aires: *La Ley*, 2014.
- Gherzi, Carlos y otros. *Derecho y responsabilidades de las empresas y consumidores*, Buenos Aires: Ediciones Organización Mora Libros, 1994.
- Gill, Ana Rita y Almeida, Susana. "The direct and indirect (par ricochet) protection of migrants in the light of The European Convention on Human Rights: brief notes on the evolution of the strasbourg court's case-law", *Human(ities) and Rights, Global Network Journal*, Vol.3. 2021.
- González Pascual, Maribel, "El CSDH como parte del derecho constitucional europeo, *El Tribunal de Estrasburgo en el Espacio Judicial Europe*. Cizur Menor: Thomson Reuters, Aranzadi, 2013.

- Gros Espiell, Héctor, "Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el art. 29. c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* núm. 4. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Jagielska, Monika y Jagielski, Mariusz. "Are consumers rights human rights?", *European Consumer Protection: Theory and Practice*, Devenney, James y Kenny, Mel, editores. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Jimena Quesada, Luis. *Jurisdicción Nacional y control de convencionalidad*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- Lovece, Graciela. "Las relaciones de consumo. La prevención, la seguridad y el riesgo empresario", *La Ley, diario del 04/08/2016*. Buenos Aires, *La Ley*, 2016.
- Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo. "La defensa cruzada de derechos: La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Anuario Jurídico de La Rioja* núm. 10. La Rioja: *Anales del Convenio Universidad de La Rioja - Parlamento de La Rioja*, 2005.
- Muler, German. "Los principios del sistema de protección del consumidor y su proyección en los entornos digitales", *diario La Ley 28/12/2020*. Buenos Aires, *La Ley*, 2020.
- Mumare, María, "La responsabilidad internacional del Estado por Omisión del control de convencionalidad en causas judiciales sobre derechos de consumidores y usuarios", tesis presentada para el grado de doctor, Facultad de Derecho de la Universidad de Mar del Plata, 2022.
- Pasqualotto, Adalberto. "Fundamentalidade e Efectividade de Defesa do Consumidor", *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, núm. 9. Porto Alegre: HS Editora, octubre - diciembre, 2009.
- Pelayo González-Torre, Ángel. "La sociedad de consumo: crítica rehabilitación ideológica", *Estudios sobre Consumo* núm. 59. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo: Instituto Nacional del Consumo, 2001.
- Prieur, Michel. "Prólogo", *El principio de no regresión ambiental en el derecho ambiental comparado*, Peña Chacón, Mario, director. San José de Costa Rica: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013.
- Rojo, Martina. "Abusive Advertising And Human Rights In Argentina", *Human(ities) and Rights, Global Network Journal*, Vol.3, 2021.
- Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo. "Fundamentos sociales y políticos en los derechos sociales de la Constitución Española", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* núm. 71, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.
- Sagues, Sofia. "Dialogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino", Max Planck Institute, 2017, doi: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/control-de-convencionalidad-a-la-luz-de-la-experiencia-en-argentina.pdf>
- Sahián, José. *Dimensión Constitucional de la tutela a los consumidores*. Buenos Aires: *La Ley*, 2017.

- Sahián, José. "Los principios del derecho de los consumidores. Consideraciones generales y breve aproximación a la problemática de los usuarios en entornos digitales", *RCCyC* (septiembre-octubre). Buenos Aires: *La Ley*, 2022.
- Sahián, José. "ODR Online Dispute Resolution", *Revista La Ley*, 13/10/2021, Buenos Aires: *La Ley*, 2021.
- Sahián, José. "Principios de Progresividad y No Regresión en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor", *Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC*, 111. Buenos Aires, *La Ley*, 2019.
- Sahián, José. "Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores", *La Ley*, 2018-A, 545.
- Sahián, José. "Principios generales de protección del consumidor en el proceso e interpretación de las normas", *RDCO* 308. Buenos Aires, *La Ley*, 2021.
- Sandoval Terán, Areli. *Comprendiendo los Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca)*. México: DESCA Equipo Pueblo A.C., 2007.
- Sigal, Martín. "Contratos de consumo", *Código Civil y Comercial de la Nación*, directores Julio Rivera y Graciela Medina. Buenos Aires: *La Ley*, 2014.
- Sobrino, Waldo. "Prescripción de cinco años en seguros en el nuevo Código". *La Ley*, t. A, Buenos Aires, 2015.
- Sozzo, Gonzalo. "La resistematización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil 2012", *Revista de Derecho Privado*, año II, núm. 4. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2013.
- Stiglitz, Gabriel. "El principio de acceso al consumo sustentable", *Tratado de Derecho del Consumidor* t. I, directores Gabriel Stiglitz y Carlos Hernández. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: *La Ley*, 2015.
- Stiglitz, Gabriel. "Los avances del Derecho del Consumidor", *Suplemento Actualización*. Buenos Aires: *La Ley*, 2013.
- Gabriel Stiglitz. "Los principios del Derecho del Consumidor y los derechos fundamentales", *Tratado de Derecho del Consumidor*, t. I, directores Gabriel Stiglitz y Carlos Hernández. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *La Ley*, 2015.
- Tambussi, Carlos. "Ejecución de pagarés de consumo y diálogo de fuentes", *Revista Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: *La Ley*, 2015.
- Tambussi, Carlos. "Elementos interpretativos y de fondo propios de los derechos humanos en las normas de consumo del Código Civil y Comercial", *Ley de Defensa del Consumidor*, director Carlos Tambussi. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.
- Tambussi, Carlos. "Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos", *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas* núm. 13, año XII. Lima, Universidad de Alas Peruanas, 2014.
- Tomás Mallén, Beatriz. "Derechos Fundamentales y Drittwirkungen Perspectiva Multinivel: Desarrollos Recientes en el Derecho Europeo", *UNED. Revista de Derecho Político*, N° 115, septiembre-diciembre, 2022.
- Torres Buteler, Eduardo. "La Protección del consumidor a la luz de los Tratados internacionales de derechos humanos", *Revista de la Facultad de Derecho y*

- Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina*, vol. 2, 2009, doi: <http://bibdigital.uccor.edu.ar/ojs/index.php/RFD/issue/view/201>
- Vinti, Ángela. "Cuando el cliente no tiene la razón. A propósito de un fallo", *La Ley*, febrero, Buenos Aires, 2015.
- Vila Ortiz, Clara. "La publicidad abusiva en el Código Civil y Comercial y la incidencia de los Derechos Fundamentales del Consumidor en su configuración", *Revista de Derecho del Consumidor*, N° 10, Buenos Aires: IJ Editores, 2021.
- Villarragut Marcelo y Calderón, Maximiliano. "El beneficio de gratuidad de la Ley de Defensa del Consumidor en la jurisprudencia de las Cámaras de Apelaciones de Córdoba", *La Ley Córdoba*, noviembre, 2011.
- Wlasic, Juan. *Manual Crítico de Derechos Humanos*, 2° ed. act.. Buenos Aires: *La Ley*, 2011.

CONVERGENCIAS DIALÓGICAS DE LOS TRIBUNALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. ALGUNOS EJEMPLOS ESCLARECEDORES

ESTEBAN NADER

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT)
esteban.nader@derecho.unt.edu.ar

En Argentina, con anterioridad a 1992, la relación entre los tratados internacionales, las leyes y la constitución era poco clara. En un principio, el artículo 31 de la Constitución Nacional establecía (y establece al día de hoy): "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...", con lo cual, aparentemente, el orden jerárquico estaba liderado por el texto constitucional, las leyes nacionales y los tratados internacionales, en ese orden. Esta postura implicaba que el país consideraba que su derecho interno primaba sobre el derecho internacional.

Sin embargo, a través de la jurisprudencia de la CSJN podían encontrarse casos en donde se aplicaban directamente los tratados internacionales o donde se expresaba que en tiempos de paz la República Argentina adhería a la teoría dualista pero en tiempos de guerra, el país se aparta de esos principios. En fin, como bien lo expresa Góngora Mena, la jurisprudencia no fue estable en este período¹.

La situación entre la Constitución, las leyes y los tratados se aclara con un fallo emblemático de la CSJN en 1992: "Ekmekdjian c. Sofovich"². En ese caso, el tribunal argentino dejó claramente

1. Góngora Mena, Manuel E., *El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad*, Centro de Derechos Humanos de Núremberg, Alemania, 19 de enero de 2007, p. 3.

2. Fallos 315:1492, 07/07/92.

establecido, en forma clara y tajante, que los tratados internacionales tenían supremacía sobre las leyes de la Nación. Si bien fue por una mayoría ajustada (5 a 4), el fallo supuso dejar de lado la postura dualista para abrazar una postura a favor del derecho internacional, revolucionando la concepción imperante hasta ese momento.

1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Esta cuestión quedó resuelta con la reforma del año 1994 y la incorporación del art. 75 inc. 22. Este establece lo que nos interesa: a) la jerarquía suprallegal de todos los tratados internacionales; b) la jerarquía constitucional de 11 instrumentos internacionales sobre derechos humanos³; c) la complementariedad y la no derogación de todos los derechos y garantías de la constitución en las condiciones de su vigencia; d) el procedimiento de denuncia; e) el procedimiento para dotar de jerarquía constitucional a otros tratados sobre derechos humanos⁴.

En primer lugar, con esta norma, Argentina eliminó la incertidumbre sobre la jerarquía de los tratados sobre las leyes, evitando cualquier tipo de contradicción con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, reconociendo la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

En segundo lugar, se internalizó gran parte del derecho internacional de los derechos humanos al dotar de jerarquía constitucional a

3. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

4. Mediante este procedimiento se le otorgó jerarquía constitucional a tres tratados Internacionales de Derechos Humanos más por lo que actualmente son catorce tratados con jerarquía constitucional. Estos tres fueron: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1997), la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (2003) y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014).

catorce instrumentos internacionales (declaraciones, convenciones, protocolos, pactos) sobre esa temática.

El primer efecto de esta decisión fue extender en forma magnífica la carta de derechos. Los derechos a la salud, a la integridad, por poner algunos como ejemplos, que solo tenían cabida en los derechos implícitos previstos por la constitución histórica (artículo 33), y que a partir de su incorporación en el artículo 75 inc. 22 se encuentran contemplados expresamente.

El segundo efecto que podríamos nombrar es lo que se ha denominado la flexibilización de la Constitución Argentina, históricamente rígida, si se piensa que en 161 años solo fue reformada en seis oportunidades. Esto se produce porque la misma cláusula prevé la forma de incorporar o sustraer de esa jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos. Estos, en conjunto con la Constitución, son denominados por la doctrina como "bloque de constitucionalidad federal" o, al decir de Andrés Gil Domínguez, la regla de reconocimiento en el derecho argentino. Al margen de la discusión sobre si los tratados son o no parte de la Constitución, lo cierto es que actualmente la pirámide jurídica fue modificada para pasar a ser un trapecio, con la Constitución y los tratados de derechos humanos jerarquizados en un mismo techo. Con esto, el artículo 31 de la Constitución Nacional hoy debe leerse "armónicamente" con el artículo 75 inciso 22.

1.1 El efecto de apertura constitucional

Dentro de los efectos que tuvo la reforma, hubo uno que nos atrevemos a especular que los constituyentes no previeron en cuanto a su impacto: la constitucionalización de la apertura al sistema interamericano de los derechos humanos. En efecto, dotar de jerarquía constitucional a la Convención Americana de Derechos Humanos implicó para la Argentina reconocer como máximo intérprete de esta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Si bien el país ya formaba parte del sistema y ya había reconocido la jurisdicción de la CorteIDH, la disposición del artículo 75 inciso 22, en conjunto con una jurisprudencia de la misma CSJN, marcaron una verdadera revolución jurídica.

El país lógicamente perdió soberanía con la decisión, ya que, actualmente, un ente como la Corte IDH es quien tiene la última palabra en casos donde se pone en duda la convencionalidad del derecho interno argentino⁵. Sin embargo, las personas han ganado con esta jerarquización de otro ámbito para discutir, luchar y defender sus derechos humanos.

Cabe destacar que la cláusula constitucional argentina funciona también como la válvula de escape a través de la cual se dieron, se dan y pueden darse cambios fundamentales tanto en la jurisprudencia como en el derecho interno del país. Piénsese que, a raíz de la jerarquización y de decisiones importantes de la CorteIDH, la CSJN cambió de criterio en materia de crímenes de lesa humanidad, indultos y amnistías en forma drástica, como veremos más adelante.

De esta forma, la cláusula constitucional hace las veces de mecanismo de ajuste, de dinámica del sistema, sin ser necesaria la convocatoria a una reforma constitucional. Quizás porque la misma Constitución ha dejado de ser una constitución nacional rígida para pasar a ser una constitución convencional flexible, en constante dinamismo como consecuencia de los diálogos multiniveles que se producen con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

5. A partir del fallo Fontevecchia de la CSJN, se debería hacer una relectura de este punto, ya que la postura que toma el máximo tribunal argentino con respecto al margen de apreciación nacional, plantea varios interrogantes.

1.2. El impacto y el contexto regional

Actualmente se torna incuestionable el impacto que la internalización del derecho interno de los Estados tuvo y tiene en la conformación de nuevos ordenamientos jurídicos que se retroalimentan en todas las direcciones y que tienen como eje el respeto de los derechos humanos.⁶

Este fenómeno genera Estados abiertos⁷. Según Mariela Morales, en Sudamérica, esta "estatalidad abierta tiene una fisonomía heterogénea y progresiva. En Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela se constata el avance continuo en la regulación expresa del rango constitucional que se atribuye a los tratados internacionales de derechos humanos en los ordenamientos nacionales y muestran en general una concepción a favor del derecho internacional, del sistema interamericano. Sin embargo, la progresividad va acompañada de una diversidad de mecanismos que permiten la permeabilidad normativa. Hay distintas denominaciones (como cláusulas de apertura, cláusulas de diálogo, normas de reenvío, habilitaciones constitucionales para la integración). Igualmente la graduación va de la generalidad a la especificidad, en la medida en que convergen, de modo acumulativo o no, figuras jurídicas como primacía de los tratados de derechos humanos, bloques

6. Si bien la internacionalización produjo efectos importantes en los sistemas jurídicos estatales, al mismo tiempo la constitucionalización del ordenamiento jurídico internacional y regional produjo efectos en estos ordenamientos.

7. Según Morales Antoniazzi Mariela: "El Estado constitucional actual sólo puede entenderse como un Estado en el concierto de la comunidad internacional y por lo tanto con las limitaciones inherentes a esa pertenencia y las que el Estado, en decisiones soberanas, ha plasmado mediante la transferencia de competencias en su propio texto constitucional. La inherente limitación de los Estados constitucionales, particularmente, en materia de derechos humanos, marcó un cambio en la concepción tradicional de la soberanía. Morales Antoniazzi, Mariela, *El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: Objetivo y desafío del Ius Constitutionale Commune en: Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en américa latina: Una aproximación conceptual*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord), Editorial Porrúa, 2013.

de constitucionalidad, efecto directo, interpretación conforme, derechos implícitos, interpretación por homine”.⁸

Es en este sentido que el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Argentina se torna paradigmático, siendo la primera cláusula constitucional a nivel latinoamericano que incorpora de manera explícita una serie de tratados de derechos humanos y declaraciones, a los cuales otorga jerarquía constitucional. Asimismo, genera un mecanismo por el cual este listado de tratados puede ser ampliado, como ya mencionamos anteriormente.⁹ En este sentido, la Constitución Argentina se convierte en un referente a nivel Latinoamericano¹⁰.

2. CONVERGENCIAS DIALÓGICAS ENTRE LAS CORTES

Estas cláusulas de apertura que se incorporaron en la gran mayoría de las Constituciones latinoamericanas, han permitido de alguna manera que se esparciera un germen común en todo el

8. Morales Antoniazzi, Mariela, *El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: Objetivo y desafío del Ius Constitutionale Commune en Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en américa latina: Una aproximación conceptual*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord), Editorial Porrúa, 2013.

9. El mecanismo establecido por el artículo mencionado consiste en: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.” Por medio de este mecanismo fueron aprobados y poseen jerarquía constitucional: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) por la Ley N° 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, mediante la Ley N° 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003.

10. Si bien según Rodrigo Uprimny, los procesos de reforma constitucionales a partir de los años 90’ en Venezuela, Ecuador y Bolivia parecen inscribirse en los llamados procesos constitucionales más fundacionales, con ruptura del orden anterior, mientras los otros procesos eran más transaccionales o de consenso, como fue en Colombia y Argentina. UPRIMNY, RODRIGO, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Rodríguez Garavito (Coord.), Argentina, 2011. Además debe tenerse en cuenta que en la mayoría de países la equiparación de normas internacionales con normas constitucionales nacionales ha tenido lugar a través de la incorporación de la doctrina del bloque de constitucionalidad por parte de las cortes constitucionales.

continente. Este germen viene conformando las bases de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL) que se va desarrollando y consolidando de manera paulatina¹¹. Un ejemplo claro de esto lo plantean estos ricos diálogos jurisdiccionales que se vienen dando entre las Cortes y el Sistema Interamericano, aunque también entre las mismas Cortes nacionales. Si bien, no podemos negar que todavía nos encontramos en un continente muy desigual y que el progreso latinoamericano no es lineal, estas interacciones van generando certezas sobre cuestiones trascendentales como, la concepción fuerte sobre los DESC, el no retorno a las dictaduras, el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad, solo por citar algunos ejemplos.

2.1. Uno de los impactos de la reforma: el Diálogo entre la Corte IDH y la CSJN y las convergencias de la CCC y la CSJN en el abordaje de casos estructurales

Como pudimos ver, la internalización de los tratados internacionales de derechos humanos, se dio en Latinoamérica en general bajo el formato de las cláusulas de apertura y más bien delimitado a los derechos humanos. Argentina se enmarca dentro de este formato, y al mismo tiempo se convirtió en un referente a nivel latinoamericano a través de la incorporación de la cláusula de apertura de manera explícita en la Constitución. Este fenómeno produjo al mismo tiempo la incorporación cada vez más profunda del derecho internacional en el derecho interno de los países, lo que ocasionó de manera paulatina una internacionalización e interamericanización¹² de los sistemas jurídicos, creando novedosas

11. "Von Bogdandy, Armin, *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador". *Revista Derecho del Estado*. 34 (jul. 2015), 3-50. Para profundizar en más detalles sobre esta línea de investigación del Instituto Max Planck de derecho Público Comparado y Derecho Internacional, ver: <https://www.mpil.de/de/pub/forschung/nach-rechtsgebieten/oeffentliches-recht/ius-constitutionale-commune.cfm>.

12. Morales Antoniazzi, Mariela, ob. cit.

convergencias normativas en el marco del sistema interamericano.

Estos procesos como ya deslizamos, generan Estados abiertos donde se producen procesos de retroalimentación entre las Constituciones y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos¹³ como espacios jurídicos compartidos en el vértice superior de la antigua pirámide y que busca más dibujar la figura geométrica del trapecio.¹⁴

Asimismo estas interacciones, en palabras de Manuel Góngora Mera, generan diálogos policéntricos en el contexto latinoamericano, entendiendo por estos a “las interacciones entre diferentes cortes del sistema sobre el alcance o contenido de derechos y obligaciones, que generan una adopción policéntrica de estándares normativos. A través de estos diálogos se diseminan estándares normativos entre distintos niveles o de un sistema nacional a otro, sin que haya necesariamente una resolución de la Corte Interamericana contra el país o los países respectivos que acogen el estándar”. Según sostiene, a mayor apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos, mayor recepción de estándares globales y regionales.¹⁵

Es en este sentido que, en este puntome propongo mostrar a través de algunos ejemplos, estos diálogos policéntricos que se producen a raíz de la cláusula de apertura de la Constitución Argentina, y la internacionalización e interamericanización del sistema jurídico latinoamericano, entre la CSJN y la CorteIDH.

Asimismo, pretendoexponer las convergencias existentes entre

13. Bazán, Victor, *“Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina”*, en: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, Bazán/Nasch (Coord.), Montevideo, 2009.

14. Pizzolo, Calógero, *“Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros. El caso argentino”*, en *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Méndez Silva, (Coord.), 2002.

15. Góngora-Mera, Manuel Eduardo, *Judicializando las desigualdades raciales en América Latina: Un diálogo interamericano*, en *Diálogo sobre diálogos jurisdiccionales. Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*, von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela (Coord.), México, 2013.

algunas Cortes nacionales en el abordaje de casos estructurales,¹⁶ donde se ven vulnerados de forma sistemática derechos de porciones importantes de personas, en este caso me centraré sobre todo en las convergencias existentes entre la CSJN y la Corte Constitucional Colombiana (CCC).

Para mostrar esta interacción utilizaremos el modelo coevolutivo de interrelaciones entre Cortes utilizada por Manuel Góngora Mera¹⁷. Este modelo nos permitirá observar en la jurisprudencia de ambas cortes: a) convergencia descendente (top-down), en la que la CSJN ha adoptado estándares interamericanos; b) convergencia ascendente (bottom-up), en la que la Corte Interamericana ha adoptado estándares desarrollados por la CSJN, y c) convergencia paralela entre las dos Cortes por la difusión horizontal de estándares consagrados entre las Cortes que impactan de alguna manera en el sistema interamericano¹⁸.

16. Los casos estructurales, están caracterizados por: a) afectar a un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos ya sea directamente o a través de organizaciones que realizan litigio de interés público con su causa, b) involucrar a varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas, c) implicar ordenes de ejecución complejas mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para diagramar crear políticas públicas tendientes a resolver los problemas estructurales, 4) consistir la sentencia tan solo un punto de partida, a partir del cual se van buscando soluciones colectivas a través de la construcción dialógica entre la multiplicidad de actores involucrados.

17. Góngora-Mera Manuel Eduardo, *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, Inter-American Institute of Human Rights, 2011.

18. Según Góngora, las características más importantes de este modelo consisten en: pluralismo, integralidad, deliberación, reciprocidad y multidireccionalidad.

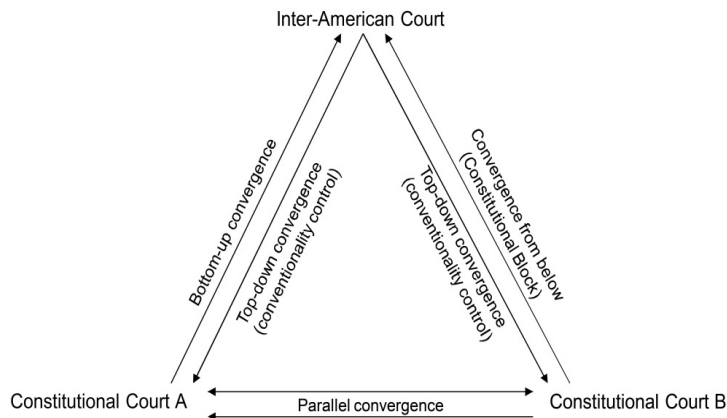


Gráfico 1: Modelo coevolutivo de interacciones formador del ICCAL. Fuente: Manuel Eduardo Góngora Mera, 2011.

2.1.1. Convergencia descendente (top-down) entre la Corte IDH y la CSJN en casos de crímenes contra la humanidad

En este apartado, intentaré demostrar a través de casos concretos de la CSJN, el tipo de diálogo descendente (top-down) entre ambas Cortes. No es la idea de este punto desarrollar in extenso todos los casos sino simplemente revelar estas interacciones a través de algunos ejemplos.

Antes de comenzar a describir las convergencias descendentes, es importante destacar que la CSJN tiene ya desde el año 1995 como regla seguir los lineamientos plasmados en la jurisprudencia de la Corte IDH, lo que determinará la gran importancia e influencia de esta dentro del sistema jurídico argentino¹⁹.

19. Esta regla fue esbozada en el caso Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de casación —causa No. 32/93—, donde la Corte manifestó que: “Que la ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, párr. 2°, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su

Antes de finalizada la dictadura militar en el año 1983, esta sancionó una ley de amnistía con la intención de evitar que sus crímenes sean juzgados, sin embargo dicha ley fue anulada por el gobierno democrático y se juzgaron a nueve comandantes por violaciones graves de derechos humanos. Sin embargo, con posterioridad, fueron dictadas las leyes de Punto Final y la de Obediencia Debida (23.492 y 23.521, respectivamente), además de ser concedidos con posterioridad numerosos indultos a militares en el gobierno de Menem²⁰.

La incorporación de los tratados de derechos humanos como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas²¹ y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad²² en la cláusula de apertura, tanto como las sentencias de la Corte IDH, allanaron el camino para que comiencen a juzgarse en el país los crímenes de lesa humanidad cometidos por la dictadura.

El siguiente esquema es una presentación que intenta mostrar solo algunas de las interacciones²³, que se produjeron a través de citas, donde la CSJN utiliza reglas creadas por la Corte IDH en sentencias que tienen

interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2°, ley 23.054)." (cons. 11).

20. Decreto 1002/89.

21. Se le otorgó jerarquía constitucional por medio de Ley 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997.

22. Se le otorgó jerarquía constitucional por medio de Ley 25.778, aprobada el 20 de agosto de 2003.

23. En el esquema solo se toman en cuenta algunas interacciones a modo ejemplificativo, no la totalidad de las mismas, que se producen en los casos Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros, Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, Mazzeo, Lilio y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad, y tan solo las acontecidas en los votos de la mayoría de cada uno de los fallos. Los tres fallos por su complejidad, produjeron disidencias y votos fundamentados de forma separada por los jueces, es por ello que al no ser un punto central en el artículo se decidió solo analizar los votos de la mayoría, pero a lo largo de los distintos votos de los fallos pueden observarse más interacciones y convergencias que las mencionadas.

como eje el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad perpetrados por la dictadura en Argentina.

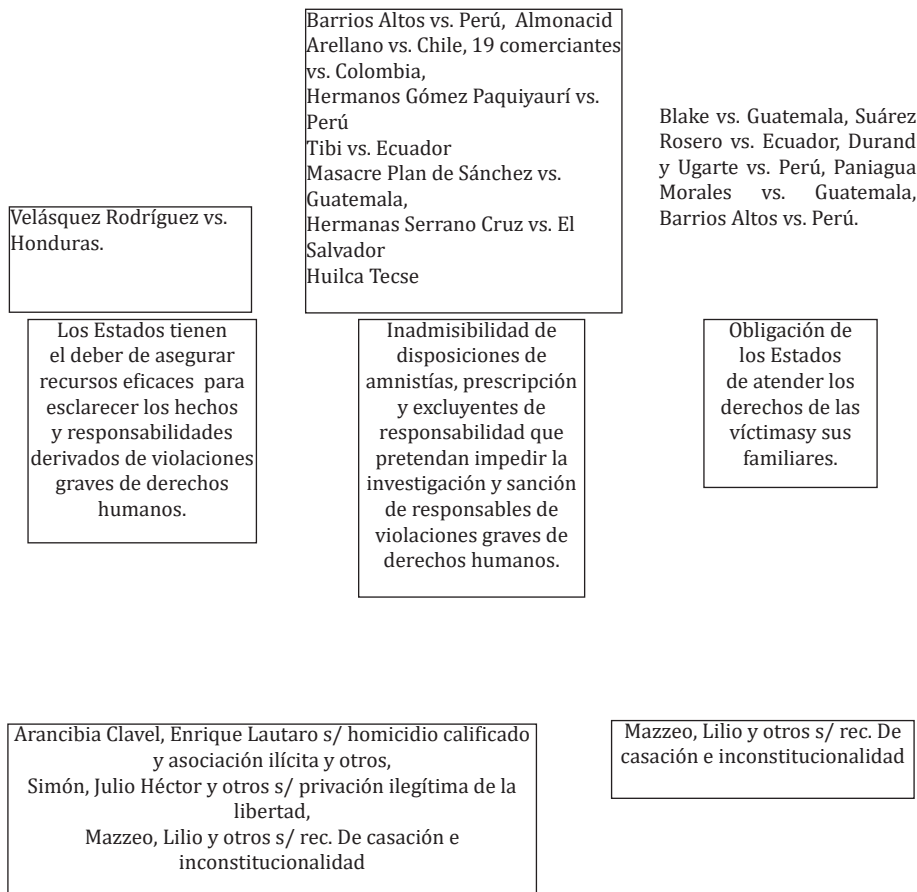


Gráfico 2: Convergencia descendente top-down entre la Corte IDH y la CSJN (cuadros de elaboración propia).

El esquema evidencia el efecto acumulativo de los estándares creados por la jurisprudencia interamericana que se produjeron en, al menos estos tres casos y su convergencia con jurisprudencia de la CSJN en materia de violaciones graves de derechos humanos,

cómo fueron los crímenes de lesa humanidad producidos por la dictadura argentina.

En los tres casos analizados puede observarse claramente cómo la CSJN, basándose en estándares creados por la jurisprudencia interamericana, decide sobre la inadmisibilidad de excluyentes de responsabilidad en estos casos y declara la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y la de Obediencia Debida (23.492 y 23.521, respectivamente) en el caso Simón; manifiesta que la acción penal no se ha extinguido respecto de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, al quedar las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno desplazadas por el derecho internacional consuetudinario, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad²⁴ y, según lo establecido por la jurisprudencia de la Corte IDH; asimismo declara la inconstitucionalidad del decreto 1002/89 por el cual se dispuso el indulto de Julio Mazzeo.

2.1.2. Convergencia ascendente (bottom-up) entre la Corte IDH y la CSJN en el caso Gelman vs. Uruguay

De una manera similar a lo acontecido en Argentina, el Congreso uruguayo sancionó una vez restablecida la democracia la Ley de Caducidad²⁵ por la cual “caducaba el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto” (art. 1). Tras la sanción de esta norma, la Corte Suprema de Uruguay tuvo la posibilidad de manifestarse sobre la inconstitucionalidad de la norma en el año 1989, pero esta sostuvo la constitucionalidad con un fallo dividido

24. Leyes 24.584 y 25.778 respectivamente.

25. Ley 15.848.

con tres votos a favor y dos en contra.²⁶ Con posterioridad, en el año 1989 un grupo de ciudadanos y familiares de desaparecidos logro juntar firmas para promover un referéndum en contra de la Ley de Caducidad, aunque la mayoría de sociedad uruguaya se pronunció a favor de la Ley²⁷. En el año 2009 la Suprema Corte de Justicia declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 5 de la Ley en la causa Sabalsagaray Curutchet Blanca Estela²⁸. Sin embargo, el 25 de octubre de 2009 se sometió a consideración de la ciudadanía a través del mecanismo de iniciativa popular un proyecto de reforma constitucional por el cual se buscaba crear una disposición especial para declarar nula la Ley de Caducidad, pero al no obtener la mayoría necesaria no fue aprobado²⁹.

Con estos antecedentes, el caso Gelman llegó a la Corte Interamericana, quien dictó sentencia el 24 de febrero de 2011³⁰.

El siguiente esquema pretende mostrar, a partir de citas de la Corte IDH, algunas interacciones que ponen de relieve una convergencia de tipo ascendente (*bottom-up*) entre esta y la CSJN en el caso Gelman,

26. Suprema Corte de Justicia de Uruguay, autos caratulados “Detta, Josefina; Menotti, Noris; Martínez, Federico; Musso Osiris; Burgell, Jorge s/inconstitucionalidad de la ley 15.848.

27. Corte Electoral, Testimonio sobre el resultado del referéndum de 1989, acta N°. 6336, de 22 de junio de 1989, aprobada el 23 de agosto de ese año, prueba, folios 3463 a 3468 (porcentaje calculado por la Secretaría con base en la información presentada por las partes), y Servicio Paz y Justicia-Uruguay, Derechos Humanos en el Uruguay. Informe 2009, Montevideo, Uruguay, 2009, prueba, folio 3175.

28. Caso “Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela, Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad”, sentencia N° 365, de 19 de octubre de 2009.

29. El apoyo a la iniciativa se materializaba mediante la introducción en el sobre de votación de las elecciones nacionales a Presidente, Vicepresidente y miembros del Poder Legislativo una papeleta rosada con una sola opción para el SI. Para ser aprobada la propuesta se necesitaba más de la mitad de los votos computados. La propuesta alcanzó el 47.7% de los votos emitidos y el 43.15 % de los votos habilitados (válidos).

30. En relación con los hechos del caso, María Claudia García, madre de María Macarena Gelman García, sufrió la desaparición forzada por parte de la dictadura uruguaya dando a luz en cautiverio. Su hija fue colocada en un canasto y dejada en la puerta de la casa del policía Angel Tauriño, ubicada en el barrio Punta Carretas de Montevideo. Una vez finalizada la dictadura, el Abuelo de la niña, Juan Gelman tomo conocimiento de la posible existencia de su nieta y comenzó su búsqueda, lo que entre otras cosas generó este caso ante la Corte IDH.

que daría la pauta de un verdadero diálogo bidireccional entre ambas Cortes y algunos tribunales inferiores argentinos en lo que refiere a la temática de crímenes de lesa humanidad³¹.

Gelman vs Uruguay

Las operaciones clandestinas incluyeron en muchos casos la sustracción y apropiación de niños y niñas, varios de ellos recién nacidos o nacidos en cautiverio, donde una vez ejecutados sus padres, los niños eran entregados a familias de militares o policías.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 6 de la Capital Federal, Buenos Aires, Argentina, Causa nro. 1278

Cámara Federal en lo Criminal y Correccional, Sala II, Argentina, Causa 17.890

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 10, Expte N°: 275/91

Cámara Federal en lo Criminal y Correccional, Sala II, Causa 17.890.

A fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de amnistía resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos producidos por violaciones graves de derechos humanos.

Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad.

La sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas, afectaba el derecho a la identidad de las víctimas, toda vez que se ha alterado el estado civil de los niños y se han atribuido datos filiatorios que impidieron conocer la verdadera identidad de los mismos, quedando eliminado cualquier indicio relativo a su verdadero origen y evitando el contacto con la verdadera familia.

Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Argentina, Sala Tercera, Causa N° 08.787

Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 6 de la Capital Federal de Argentina, causa N° 403.

Gráfico 3: Convergencia ascendente (*bottom-up*) entre la CorteIDH y la CSJN

31. Aunque a lo largo del fallo puede observarse que el dialogo que propicia la Corte Interamericana no es tan solo con la Corte Suprema Argentina y los tribunales inferiores argentinos, sino también con otros tribunales superiores de países latinoamericanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Organismos Internacionales. Pero a los fines de este trabajo solo abordaremos de forma superficial las interacciones con los primeros.

En el esquema presentado, pueden observarse interacciones ascendentes (*bottom-up*) entre la Corte Suprema Argentina y algunos tribunales inferiores argentinos y la CorteIDH.

La Corte Interamericana no aplica estándares creados por la CSJN y los tribunales inferiores, sino que cita a la Corte Suprema como parámetro y ejemplo de aplicación de estándares del sistema interamericano, con la intención de otorgarle una mayor legitimación a su sentencia y demostrar el cumplimiento de los distintos países a la prohibición de aplicar amnistías o excluyentes de responsabilidad en casos de violaciones graves de derechos humanos, como lo fueron los crímenes de lesa humanidad perpetrados por las dictaduras latinoamericanas, colocando al caso Simón de la CSJN como *leading case* en ese sentido.

Asimismo, a lo largo de la sentencia se apoya en fallos de los tribunales inferiores argentinos a los fines de probar el *modus operandi* de las dictaduras con respecto a la sustracción de niños y niñas de mujeres en situación de cautiverio, quienes eran mantenidas vivas hasta que dieran a luz y en general desaparecidas con posterioridad.

También se nutre de la jurisprudencia argentina, para confirmar el grave perjuicio que los niños y niñas sustraídos sufren al perder todo contacto con su familia biológica. Y es en este sentido que citando un voto minoritario de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sostiene que: “[e]l reconocimiento social del derecho prevaleciente de la familia a educar a los niños que biológicamente traen a la vida, se cimenta además en un dato que cuenta con muy fuerte base científica, que es la herencia genética de las experiencias culturales acumuladas por las generaciones precedentes”, añadiendo que “la personalidad no se forma, entonces, en un proceso sólo determinado mediante la transmisión de actitudes y valores por los padres y otros integrantes del grupo familiar; sino también por las disposiciones hereditarias del sujeto, ante lo cual la vía normal de formación de la identidad resulta ser la familia biológica”, concluyendo que el

“derecho del niño es, ante todo, el derecho a adquirir y desarrollar una identidad, y, consecuentemente, a su aceptación e integración por el núcleo familiar en el que nace” (párrafo 124).

Este tipo de convergencias *bottom-up*, de mantenerse, podrían generar una auspiciosa homogeneización del sistema jurídico interamericano, ya que por el diálogo bidireccional produce una convergencia de tipo evolutiva donde tanto los tribunales nacionales como la Corte IDH se nutren mutuamente a través de la aplicación de estándares generados en los distintos sistemas jurídicos y, al mismo tiempo, genera mayor legitimación de las sentencias de la Corte IDH y espacios de diálogos constructivos³².

2.1.3. La convergencia paralela en el abordaje de casos estructurales entre la Corte Constitucional Colombiana (CCC) y Corte Suprema de Justicia Argentina (CSJN)

Una de las críticas más fuertes que hace parte de la doctrina con respecto al involucramiento de las Cortes en casos estructurales, tiene que ver con que estas en principio carecerían de legitimidad para intervenir en materia de políticas públicas, estas serían un espacio que incumbe a los otros dos poderes del Estado. En ese marco tenemos, por un lado, la crítica de legitimidad democrática, en el sentido de que los miembros del poder judicial no son elegidos directamente por el pueblo, por lo que, de entrometerse las Cortes en materia de políticas públicas, atentarían contra el principio

32. Según Eduardo Ferrer Mac-Gregor Pissot: “transitamos hacia un “Sistema Interamericano Integrado” con un “control de convencionalidad” dinámico y complementario, lo que está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región”. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay), *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina: Una aproximación conceptual*, coordinadores: Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Editorial Porrúa, 2013.

democrático del auto gobierno; y por el otro, la crítica referida a la falta de capacidad institucional del Poder Judicial para decidir sobre cuestiones complejas de políticas públicas.

La disyuntiva se plantea cuando estos poderes que, en principio, serían los que democráticamente pueden y deben efectivizar políticas públicas para garantizar los derechos de la población, se encuentran bloqueados o esclerosados y se mantienen inertes e inactivos para resolver problemas estructurales que provocan la vulneración masiva de derechos de grandes porciones de la población. Es en ese momento donde el Poder Judicial como poder del Estado tiene la obligación de intervenir para contribuir en la resolución de estas vulneraciones de derechos. Justamente su fin último consiste en ejercer el control constitucional tanto de las acciones como omisiones de los demás poderes del Estado que producen estos Estados de Cosas Inconstitucionales, en términos de la CCC.

Esta situación plantea el desafío sobre qué tipo de intervenciones son las adecuadas para que un tribunal se involucre en este tipo de casos estructurales. En ese sentido, trabajos como los de Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco³³, a través un abordaje sociojurídico del estudio del derecho, realizaron un trabajo empírico donde concluyen que los abordajes que, por un lado, inciden en menor medida contra el principio de autogobierno democrático, y por el otro, da mejores resultados en cuanto al verdadero impacto para modificar la realidad social que motiva su intervención serían abordajes dialógicos que Rodríguez Garavito denomina como Empowered Participatory Jurisprudence (EPJ)³⁴.

33. Rodríguez Garavito C. y Rodríguez Franco D. 2015, *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.

Rodríguez Garavito C. y Rodríguez Franco, D. 2010, "Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia", Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, De justicia, Bogotá.

34. Rodríguez Garavito C. 2017, "Empowered Participatory Jurisprudence: Experimentation, Deliberation and Norms in Socioeconomic Rights Adjudication", en Young, K. (ed.), *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, Versión Preliminar.

Los mecanismos institucionales de la EPJ comprenden una intervención de las Cortes que contenga: una afirmación de derechos, sobre todo de DESC, fuertes, remedios moderados y mecanismos de monitoreo fuertes para la implementación de la sentencia. Conceptualmente, la EPJ es una instancia de experimentalismo democrático, donde las Cortes actúan como catalizadoras de procesos interactivos colectivos donde se procuran resolver problemas estructurales.

Estos procesos tienen lugar a través de parámetros legales sustantivos de los DESC, por un lado, y derechos procesales que favorezcan la efectivización de esos derechos, por el otro. Esto último, implica garantizar tanto la participación empoderada dentro del proceso a actores defensores de DESC, como la promoción de negociaciones dialógicas dentro del proceso que, garanticen la implementación de las órdenes de la Corte y se traduzcan en políticas públicas efectivas. Enfoque que se encuentra enmarcado dentro de lo que se conoce como activismo dialógico.

Las Cortes pueden, mediante el uso de un tipo de activismo dialógico, convertirse en un motor de cambios sociales. Lejos de erosionar la democracia, puede servir para crear espacios o arenas complementarias que sean utilizadas para poner en la agenda pública problemáticas estructurales que permitan hacer exigibles los DESC, sobre todo, de una gran parte de la población que aún se encuentra sumergida en graves situaciones de pobreza y desigualdad.

A modo de ejemplo, con dos casos estructurales paradigmáticos a nivel Latinoamericano, el de la contaminación de la Cuenca Matanza Riachuelo en Argentina³⁵ y el de los Desplazados en Colombia³⁶, se

35. Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo), Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Para más detalles sobre el caso de la Cuenca Matanza Riachuelo de la Corte Suprema Argentina ver: Nader, Esteban, "Cortes y Cambios Sociales La Corte Suprema Argentina y su impacto en políticas públicas. El caso de la Cuenca Matanza Riachuelo y el efecto irradiador sobre la Cuenca Salí Dulce del noroeste argentino". Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2021.

36. - 025, Corte Constitucional Colombiana. Para más detalles de este caso ver: Rodríguez Garavito C.

mostrarán estas convergencias que existen a nivel de las Cortes Nacionales en intervenciones sobre casos estructurales.

Caso	Derechos	Remedio	Monitoreo	Impacto
T-025 CCC	fuerte	moderado	fuerte	alto
Caso CMR CSJN	fuerte	moderado	fuerte	alto

Gráfico 3: Convergencias entre Cortes Supremas Nacionales en casos estructurales (cuadro de elaboración propia)

Con respecto a la concepción de derechos, tanto la CSJN como la CCC, sobre todo en materia de DESC, puede verse en ambas intervenciones como optan por una concepción fuerte de derechos, lo cual implica la operatividad directa de estos derechos en ambos sistemas jurídicos. Las concepciones sobre los DESC que, en general se encuentran ya impregnadas en toda Latinoamérica, donde no existen ya dudas respecto a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos y por lo tanto de descarta cualquier tipo de jerarquía entre los mismos, forma parte indispensable de este *corpus iuris* latinoamericano que llamamos Ius Constitutionale Comune Latinoamericano. Esta concepción sobre los DESC, de alguna manera, están influyendo también de manera *bottom-up* o ascendente en ciertas concepciones de la Corte IDH como la que construye a partir del caso Poblete Vilches sobre los DESC³⁷.

En ambos casos pueden observarse que las Cortes interpelan a las agencias estatales a que resuelvan la situación de un número

y Rodríguez Franco D., *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2015.

37. Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (Coordinadoras), “Interamericanización del derecho a la salud Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH”, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México, 2019.

considerable de personas sobre derechos de variada gama como el de salud, vivienda, educación, acceso a la información, etc³⁸.

Con respecto a la forma del remedio por el cual ambas Cortes deciden intervenir, pueden observarse similitudes, ya que, si bien ambas Cortes ante la inacción de las agencias estatales obligan a estas a cumplir con un programa diagramado por ellas que consta de ciertos puntos que, inexorablemente, deben abordar y resolver las administraciones correspondiente, por lo que dejan en manos de estas la elaboración e implementación de las políticas públicas mediante las cuales se resolverán estos puntos del programa.

Esta forma de intervención permite contrarrestar las críticas de cierta parte de la doctrina que sostiene que las Cortes no pueden inmiscuirse en cuestiones de políticas públicas. De esta manera, las Cortes, sin diseñar las políticas, que queda en manos de la administración, obliga a esta a realizar avances, a brindar una solución. Lo que la Corte produce en términos de Mangabeira Unger es una desestabilización de derechos³⁹, no decide sobre qué políticas públicas son las adecuadas para resolver la vulneración estructural de derechos, pero sí mueve el tablero, desbloquea a las agencias estatales y pone el tema en la agenda pública, obligándola a movilizarse.

Por último, un punto vital en la intervención de las Cortes en casos estructurales tiene que ver con el monitoreo del cumplimiento de la sentencia. La instancia se transforma, en este tipo de casos, en una prolongación de la orden remedial, el éxito de depende casi exclusivamente de esta etapa porque los casos estructurales solo comienzan a partir de las sentencias. En la etapa del seguimiento es donde se producen interacciones constantes entre los distintos

38. Para más detalles sobre el caso de la Cuenca Matanza Riachuelo de la Corte Suprema Argentina ver: Nader, Esteban, "Cortes y Cambios Sociales La Corte Suprema Argentina y su impacto en políticas públicas. El caso de la Cuenca Matanza Riachuelo y el efecto irradiador sobre la Cuenca Salí Dulce del noroeste argentino". Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2021.

39. Mangabeira Unger, R. 1987, *False necessity: antynecessitarian social theory in the service of radical democracy*, Cambridge University Press.

actores del proceso que son las que van delineando las políticas públicas adecuadas para resolver los problemas de fondo y van marcando el éxito o fracaso del proceso. Es por ello la importancia de un mecanismo de seguimiento fuerte.

Ambos casos muestran como un mecanismo de seguimiento fuerte, aunque dialógico, fue generando estas dinámicas constructivas entre los distintos actores que redundaron en la implementación de políticas públicas que fueron solucionando algunas problemáticas de forma paulatina. Si bien en ambos casos no se llegó a un cumplimiento total de la sentencia, en casos estructurales como los analizados es prácticamente imposible, la intervención de ambas Cortes permitió que el andamiaje institucional comience a rodar, que las partes por primera vez se vieran las caras, que existan responsable visibilizados para los afectados, y que de forma paulatina se comenzaran a resolver muchos de los problemas estructurales que motivaron la intervención de los Tribunales.

Estas formas de seguimiento dialógicos de las sentencias, generaron patrones que también están siendo tenidos en cuenta en el Sistema Interamericano,⁴⁰ lo que da, nuevamente, la pauta de la convergencia ascendente y marca un claro diálogo multidireccional dentro del universo latinoamericano que va forjando, no sin retrocesos, el contenido tanto teórico como práctico del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina.

40. Parra, Oscar, "Reflexiones generales en torno al impacto y los retos para la implementación de decisiones judiciales en derechos sociales", p. 202-203 en Mariela Morales Antoniazzi y Laura Clérico (Coordinadoras), *Interamericanización del derecho a la salud Perspectivas a la luz del caso Pobleto de la Corte IDH*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México, 2019.

CONCLUSIONES

De lo expuesto se pueden extraer algunas conclusiones. En primer lugar, se observa cómo las cláusulas de apertura constitucionales de los países latinoamericanos han permitido una irradiación de derechos hacia el interior de sus ordenamientos jurídicos y, al mismo tiempo, han generado un espacio de interacción con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La utilización del modelo coevolutivo de interacciones nos permite ver en el caso argentino la existencia de un diálogo entre los tribunales nacionales y el Sistema Interamericano, y como este se traduce en interacciones tanto descendentes como ascendentes, lo que plantea la importancia del diálogo dentro del sistema.

Asimismo, se detectó en el trabajo un tipo de interacción un tanto novedosa que pasa por la manera en que las Cortes intervienen en casos estructurales. Utilizando los ejemplos de dos casos paradigmáticos de la Corte Constitucional Colombiana y de la Corte Suprema Argentina, se llegó a la conclusión de que existen también interacciones, aunque no explícitas, que tienen que ver con la forma en que esta Corte decide intervenir en este tipo de casos, a través de un enfoque fuerte en cuanto a la exigibilidad de los DESC, la utilización de remedios de tipo moderados y un monitoreo del cumplimiento de la sentencia fuerte, Rodríguez Garavito los llama abordajes *Empowered Participatory Jurisprudence*. Tipo de intervención que permite contrarrestar las críticas de legitimidad y falta de capacidad institucional de las Cortes y garantizar mejores resultados.

En definitiva, a partir de esta investigación puede observarse como la conformación de un ICCAL camina en la dirección correcta y va consolidándose paulatinamente, lo que no implica que en algunas ocasiones se observen retrocesos.

BIBLIOGRAFÍA

- Bazán, Victor., *Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina*, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, Bazán/Nasch (Coord.), Montevideo, 2009
- Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, *El derecho constitucional de la libertad*, EDIAR, Argentina, 1989.
- Ferrer Mac-Gregor Pissot, Eduardo, *Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un Ius Constitutionale Commune Americanum. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay)*, en: *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en américa latina: Una aproximación conceptual*, von Bogdandy, Armin Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Editorial Porrúa, 2013
- Gallo, Darío y Álvarez Guerrero, Gonzalo, *El coti*, Sudamericana, Argentina, 2009.
- Gongora-Mera Manuel Eduardo, *Diálogos Jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión Coevolutiva de la convergencia de Estándares sobre Derechos de las Víctimas*, en www.juridicas.unam.mx, consultado en agosto de 2014.
- *El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad*, Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, 19 de enero del 2007.
- *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, Inter-American Institute of Human Rights, 2011.
- *Judicializando las desigualdades raciales en América Latina: Un diálogo interamericano*, en: *Diálogo sobre diálogos jurisdiccionales. Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*, von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (Coord.), México, 2013.
- Mangabeira Unger, R., "False necessity: antynecessitarian social theory in the service of radical democracy", Cambridge University Press, 1987.
- Morales Antoniazzi, Mariela, *El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía en Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en américa latina: Una aproximación conceptual*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord), Editorial Porrúa, 2013.
- Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (Coordinadoras), "Interamericanización del derecho a la salud Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH", Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México, 2019.
- Pizzolo, Calógero. *Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros. El caso argentino*,

- en *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Méndez Silva (Coord), 2002.
- Nader, Esteban, *Cortes y Cambios Sociales La Corte Suprema Argentina y su impacto en políticas públicas. El caso de la Cuenca Matanza Riachuelo y el efecto irradiador sobre la Cuenca Salí Dulce del noroeste argentino*. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2021.
- Rodríguez Garavito C. y Rodríguez Franco D., "Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global", Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2015.
- "Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia", Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2010.
- Rodríguez Garavito C., "Empowered Participatory Jurisprudence: Experimentation, Deliberation and Norms in Socioeconomic Rights Adjudication", en Young, K. (ed.), "The Future of Economic and Social Rights", Cambridge University Press, Cambridge, 2017. Versión Preliminar.
- Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. I, Astrea, Argentina, 2003.
- Uprimny Rodrigo, *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, en: *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Rodríguez Garavito (Coord.), Argentina, 2011.
- Von Bogdandy, Armin, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. Revista Derecho del Estado. 34 (jul. 2015), 3-50.

VULNERABILIDAD DEL TRABAJADOR Y PROCESOS DE INSOLVENCIA. CONFLICTO ENTRE NORMAS PROTECTORIAS DE ORDEN INTERNACIONAL VS. LEGISLACIÓN CONCURSAL. LA SOLUCIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA

NICOLÁS J. DI LELLA

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT)

NOCIONES PRELIMINARES

Después de la segunda guerra mundial, varias naciones Europeas llevaron adelante un proceso de reordenación política, por medio del cual evolucionaron del tradicional Estado de Derecho formal a un Estado material de Derecho, incorporando en sus constituciones derechos fundamentales, aplicables directamente, imbuidos de principios que vinculan a los poderes estaduales, y sistemas de control judicial de constitucionalidad¹.

Este fenómeno, conocido como “neoconstitucionalismo”, tiene como nota relevante la consideración que el ordenamiento jurídico no es un sistema cerrado de reglas, sino también involucra principios y valores², que propician el respeto de derechos básicos, tendientes a salvaguardar la dignidad de toda persona humana. Y este modelo neoconstitucionalista, que superó ampliamente al sistema legalista, al dar preeminencia al valor sobre la norma; a la ponderación

1. Comp. Etcheverry, Juan B., “La práctica del derecho en tiempos del neoconstitucionalismo”, LL, Actualidad, Año: LXXIV, n° 241, p. 1.

2. Vid. Grajales, Amós A.; Negri, Nicolás J., “Ronald Myles Dworkin y la teoría de la argumentación jurídica (in memoriam)”, SJA, 24/04/2013, ps. 3 y ss.

judicial³ por encima de la subsunción; a la omnipresencia de la constitución en lugar de la independencia del Derecho ordinario y a la omnipotencia judicial apoyada en la constitución y tratados internacionales, no es ajeno a la realidad de nuestro país.

En efecto, el 29 de diciembre de 1993, se dictó la Ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma parcial de la Carta Magna de 1853, dando un paso fundamental al traer a nuestro ámbito doméstico el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se le dio vigencia, entonces, por una vía constitucional privilegiada a los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos⁴, los que constituyen una limitación de la soberanía de los gobiernos, a favor de las prerrogativas de la humanidad.

En el año 2015, el Derecho Privado argentino asistió a un momento histórico, a raíz de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación ("CCyCN"), que, bajo el primer capítulo, titulado "Derecho", ordena, expresamente, que los jueces deben resolver los casos —mediante una decisión razonablemente fundada— de acuerdo a la Constitución Nacional y a los Tratados de Derechos Humanos⁵, interpretando la ley según las disposiciones que surgen de los principios, valores jurídicos y derechos humanos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

En ese escenario, el rol de los jueces deja de ser "pasivo", esto es, meros aplicadores o subsumidores mecánicos de la ley como voluntad directa del legislador, para pasar a ser "activo", ya que la aplicación del Derecho requiere, ahora, un tipo de razonamiento práctico valorativo, a fin de compatibilizar las reglas positivizadas con los principios y valores. De ese modo, los jueces, sin perjuicio

3. Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, ps. 160/161.

4. Ver Hitters, Juan C., "La reforma de la constitución argentina de 1994 y los tratados sobre derechos humanos a 20 años de su vigencia", UNLP, 2014-44, 1 y en LLO: AR/DOC/3932/2014.

5. Boretto, Mauricio, "El fenómeno de la constitucionalización del derecho privado en la Argentina y su impacto en el ordenamiento jurídico falencial", LL cita online: AR/DOC/4095/2012.

de apegarse a la legalidad vigente, deben procurar atender al trasfondo humano de los conflictos que se suscitaren y atemperar, con criterios de equidad, las consecuencias personales, familiares y sociales desfavorables. Ello, para poder aplicar la solución más justa posible al caso concreto.

Es que el Estado debe brindar, a todo ciudadano, una tutela judicial y administrativa⁶ efectiva de sus derechos, la que involucra la previsión e implementación de un conjunto de mecanismos y herramientas que permitan garantizarles el ejercicio pleno de las garantías, consagradas tanto constitucional como convencionalmente.

El fenómeno de la constitucionalización del derecho ocurre en todo el sistema jurídico, pero en el especial caso de las personas en situación de vulnerabilidad se abre una nueva perspectiva basada en estándares internacionales que constituyen el marco de las decisiones judiciales por efecto del compromiso estatal asumido internacionalmente⁷. Y es en este ámbito en donde los magistrados deben velar por la protección de los justiciables especialmente vulnerables, es decir, brindar una salvaguarda particular de aquellos sujetos que atraviesan una situación de riesgo, crisis, peligro, daño o marginalidad (v. gr. niños, mujeres gestantes o con dificultades para procrear, ancianos, enfermos, pobres, indígenas, migrantes).

En el marco del presente trabajo de investigación pos-doctoral, y dentro de la órbita del derecho concursal, se hará alusión a ciertos casos en donde la aplicación liminar de las normas de la Ley 24.522 (“LCQ”), confrontaban con los derechos de trabajadores —sujetos

6. Sobre el particular, véase a Muñoz, Ricardo A. (h), “La tutela administrativa efectiva”, LL, 2012-B, 919; Urrutigoity, Javier, “El principio de tutela administrativa efectiva”, Lexis N° 0003/012321 y lo resuelto en CSJN, 14/10/2008, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - Decreto 310/98 s/ Amparo Ley 16.986”; CIDH, 02/02/2001, “Baena, Ricardo y otros”, LL, 2001-D, 573; íd., 06/02/2001, “Ivcher, Bronstein”, LL, 2001-E, 329.

7. Brunetti, Andrea M., “Acceso a la Justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. Hacia la humanización del proceso”, en Basset, Ursula; Fulchiron, Hugues; Bidaud-Garon, Christine - Lafferriere, Jorge N. (Directores), Tratado de la vulnerabilidad, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 669.