

La complejidad del principio *pro homine*

Por Zlata Drnas de Clément

SUMARIO:

I. Introducción.– II. Paso del derecho interestatal y del constitucionalismo internacional al pluralismo global como “ambiente” del principio *pro homine*.– III. Aspectos conceptuales, notas características y rol del principio *pro homine*.– IV.– Reflexiones finales

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo consideramos el “ambiente” en el que se ha generado y desarrollado el principio *pro homine*; las variadas percepciones conceptuales de él, sus notas características, el rol que cumple en el sistema de protección de los derechos humanos y los desafíos de futuro que se le presentan.

Desde hace tiempo hemos venido observando la evolución del principio *pro homine* (PPH) en la jurisprudencia y la doctrina. Nos ha llamado la atención la amplia gama de facetas que presenta a la hora de su aplicación, como también la falta de estructura jurídica del instituto como tal (1). Por ello, en el presente trabajo, consideramos el “ambiente” socio-jurídico en el que se ha generado y desarrollado el PPH; las variadas percepciones conceptuales de él que van desde la idea de simple herramienta interpretativa a la de re-

gla general del derecho de los derechos humanos del más alto nivel jerárquico en el sistema. Observamos sus notas características, el rol que cumple el PPH en el sistema de protección de los derechos humanos y los desafíos de futuro con los que se enfrenta.

II. PASO DEL DERECHO INTERESTATAL Y DEL CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL AL PLURALISMO GLOBAL COMO “AMBIENTE” DEL PRINCIPIO *PRO HOMINE*

El paso de un derecho internacional con bases ordenativas fundadas en el acuerdo de los Estados y en el constitucionalismo internacional a un derecho global, transnacional, centrado en la persona humana es fruto de la revalorización de las teorías sociológicas de fines del siglo XIX e inicios del XX (2).

(1) Hablamos de “instituto” en tanto el principio *pro homine* conforma una idea entendible como conjunto, como complejo con entidad lógico-jurídica propia, que le permite dirigir en abstracto la línea jurídica (plena de valores) a aplicar en casos concretos y, viceversa, desde la situación fáctica ascender a lo general, al instituto jurídico. Es en esta segunda acción en la que percibimos fallas estructurales en el perfil del instituto.

(2) Resultan clarificadores sobre esta puja los debates entre Jan Klabbers, Anne Peters y Geir Ulfstein (“The Constitutionalization of International Law”, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2009) –como actitud y como mecanismo heurístico de corte jurídico– y Dobner y Loughlin (“The Twilight of Constitutionalism?”, E. Oxford University Press, Oxford, 2010) –en tanto percepción sociológica, centrada en la “erosión de la estatidad” y en la legitimación de regímenes jurídicos transnacionales–. Ver, asimismo, Drnas de Clément, Zlata, “Derechos especiales / regímenes autónomos y el derecho internacional”, en Cardona Llorens, Jorge et al. (coords.), “Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, ps. 521 y ss.

La complejidad del principio *pro homine*

En el plano del derecho internacional, más que ningún otro doctrinario, Scelle –bajo la influencia de Duguit y Durkheim– entendió que la comunidad mundial (“*société internationale globale ou oecuménique*”) consiste en una miríada de subsistemas particulares, en una pluralidad de entidades humanas colectivas que van desde la familia, los grupos locales y regionales, las asociaciones y agrupaciones de ámbito nacional, la sociedad estatal, hasta las agrupaciones internacionales especiales o regionales (3). La comunidad mundial no resulta de la yuxtaposición, coexistencia o cooperación de los Estados, más bien consiste en la interpenetración de los pueblos a través de las relaciones internacionales (transnacionales). Su teoría jurídica normativa se aleja del positivismo y del derecho natural, situándose en el derecho internacional entendido como “fenómeno jurídico”, revelándose como “ciencia jurídica” parte de la sociología, conformada por “leyes objetivas” (“*droit objectif*”); derecho que se deriva de la “realidad social” (“*fait social*”) (4). El derecho es un producto de la vida social fundada en la solidaridad humana y la interdependencia. Evoluciona como se despliega y cambia la vida social misma (5). No existe una voluntad, un poder, sino la sumisión a las necesidades solidarias del grupo humano. El solidarismo proclama la existencia de un vínculo biológico entre los seres humanos en el que se funda esa solidaridad planetaria (6).

Según Scelle, dentro de cada sociedad existe en cada momento histórico una suma de convicciones que se consideran como la garantía del interés común, y cuya trasgresión conlleva una reacción colectiva. Es así que el derecho objetivo no

procede del Estado sino de la solidaridad social, producto natural, espontáneo, del desarrollo de la vida social (7). El derecho internacional no está fundado en la voluntad del Estado y a ella adscrito, sino que se va “segregando” de la sociedad humana, por lo que puede “imponerse” a todos los poderes. Su teoría del “desdoblamiento funcional” se refiere a las relaciones entre los distintos ordenamientos jurídicos que componen la comunidad mundial. Existe una jerarquía: todos los ordenamientos jurídicos nacionales están, en última instancia, sujetos al ordenamiento jurídico internacional el que, como tal, es superior al nacional. Si no fuera así, la fuerza de la normativa internacional sería precaria. Es por ello que los agentes de los Estados –al carecer el ordenamiento internacional de agentes propios– deben actuar al mismo tiempo como agentes nacionales e internacionales en las tres funciones intersociales: la elaboración de normas, la adjudicación y la ejecución (8).

Estas centenarias percepciones (en sus raíces, milenarias), en el ámbito de los derechos humanos, han tomado impulso en los últimos veinticinco años, llevando al alejamiento en el plano internacional del voluntarismo de los Estados, permitiendo vislumbrar la anunciada nueva sociedad de ciudadanía multicultural o transnacional en la que la gobernanza y la solidaridad deben reemplazar a la coerción estatal (9). La ciencia jurídica (sociología del derecho) es concebida como fenómeno social complejo, red de permanente diálogo y acomodamiento, que reemplaza a la determinación autoritativa.

La solidaridad crea también la regla de derecho internacional, naciendo ésta de un orden espon-

(3) Cassese, Antonio, “Remarks on Scelle’s Theory of ‘Role Splitting’ (*dedoublement fonctionnel*) in International Law”, *European Journal of International Law* (EJIL), 1990-1, ps. 201 y ss.

(4) Thierry, Hubert, “The European Tradition in International Law: Georges Scelle. The Thought of Georges Scelle”, *European Journal of International Law*, 1990-1, p. 197.

(5) Monereo Pérez, José L. y Calvo González, José, “Léon Duguit [1859-1928]: Jurista de una sociedad en transformación”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (ReDCE), nro. 4, julio-diciembre de 2005, ps. 483 y ss.

(6) Peña, Lorenzo, “Derechos de bienestar y servicio público en la tradición socialista”, en Peña, Lorenzo; Ausín, Txetxu y Bautista, Óscar D. (coords.), “*Ética y servicio público*”, Ed. Plaza y Valdés, Madrid, 2010, ps. 18/19.

(7) Melleray, Fabrice, “Léon Duguit et Georges Scelle”, *Revue d’Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, 2000, 21, ps. 45 y ss. Duguit, Léon, “L’Etat, le droit objectif et la loi positive”, París, 1901, ps. 20 y ss. (consulta de 7/1/2015, obtenible en www.gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k55332n/f23.image.r=.langEN).

(8) Cassese, Antonio, “Remarks on Scelle’s Theory...”, cit., ps. 211/212.

(9) Parra, José F., “Transmigraciones denizens: Exclusión política y migración internacional”, *Circunstancia* (Investigaciones en Curso), año IV, 10 mayo 2006 (consulta de 10/1/2015, obtenible en www.ortegaygasset.edu/contenidos.asp?id_d=319).

Doctrina

táneo existente en la sociedad global. Las reglas internacionales surgen cuando los miembros del grupo social mundial comprenden que el respeto de esas reglas es necesario para el mantenimiento de la solidaridad intersocial o internacional. Este derecho internacional necesario a la vida social internacional se impone a los Estados. Así, la progresividad del derecho de los derechos humanos se ha ido “imponiendo” a través de grandes principios que mutuamente se nutren, especialmente el principio *pro homine*, con los principios de progresividad / evolutividad / no regresividad en la protección de los derechos humanos.

La exitosa tendencia solidarista intersocial rechaza la idea de “inter-nacionalismo”-“sociedad internacional”. En el plano de los derechos humanos, la corriente intersocial internacional ha ido configurando al derecho de los derechos humanos como “derecho especial” o “régimen autónomo”, correspondiendo una u otra designación conforme el grado de alejamiento de la disciplina central (derecho internacional público) en la

que se inserta o de la que se separa **(10)**. Ha ido construyendo un conjunto de valores propios que conllevan patrones particulares de arquitectura jurídica e interpretación normativa, de solución de conflictos, alejándose cada vez más del derecho internacional clásico y de la voluntad de los Estados que le dieron origen. Desde la sociología se ha señalado que el control nacional e internacional ha fracasado, llevando a nuevas teorías que van desde el supranacionalismo a la auto-poiesis (sistema capaz de reproducirse y conservarse por sí mismo, fundado en el principio químico del auto-mantenimiento de las células vivas) y al activismo global **(11)**.

El movimiento del derecho internacional al influjo del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente desde las percepciones jurídico-críticas humanistas, ha puesto en tela de juicio una serie de instituciones asentadas desde el siglo XVII (v.gr.: soberanía plena, inmunidad de jurisdicción, no injerencia, etc.) **(12)**.

(10) Ver Simma, Bruno, “Fragmentation in a Positive Light”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25 [2003/2004], ps. 945 y ss.; Simma, Bruno y Pulkowski, Dirk, “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”, *EJIL* 17 [2006], ps. 483/529; Koskenniemi, Martti, “The Fate of Public International Law: Constitutional Utopia or Fragmentation?”, *Chorley Lecture 2006* (7 June 2006), London School of Economics; Koskenniemi, Martti y Leino, Päivi, “Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties”, *Leiden Journal of International Law* [2002], 15, p. 553; Fischer-Lescano, Andreas y Teubner, Gunther, “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Mich J Int'l L* [2004]; Paulus, Andreas P, “Commentary to Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner: The Legitimacy of International Law and the Role of the State”, *Mich J Int'l L* [2004]; Paulus, Andreas P, “*Jus Cogens* Between Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal”, *74 Nordic J Int'l L* [2005], ps. 297 y ss.; Paulus, Andreas P, “Between Constitutionalization and Fragmentation: Concepts and Reality of International Law in the 21st century”, *Georg-August-Universität Göttingen*, 2011 (consulta de 8/9/2014, obtenible en [/www.ourcommonfuture.de/fileadmin/user_upload/dateien/Reden/paulus_presentation.pdf](http://www.ourcommonfuture.de/fileadmin/user_upload/dateien/Reden/paulus_presentation.pdf)).

(11) Paulus, Andreas P, “Between Constitutionalization and Fragmentation...”, cit., p. 6.; Tomuschat, en el *Curso General de la Academia de Derecho Internacional de La Haya*, ha señalado este cambio: “A dynamic process in which sovereignty is being complemented, and eventually replaced, by a new normative foundation of international law is going on. One decade ago, the lecturer of the General Course on Public International Law at The Hague Academy of International Law asserted that ‘the international legal order cannot be understood any more as being based exclusively on State sovereignty... States are no more than instruments whose inherent function it is to serve the interests of their citizens as legally expressed in human rights. At the present time, it is by no means clear which one of the two rivaling Grundnorms will or should prevail in case of conflict. Over the last decades, a crawling process has taken place through which human rights have steadily increased their weight, gaining momentum in comparison with State sovereignty as a somewhat formal principle. The transformation from international law as a State-centred system to an individual-centred system has not yet found a definitive new equilibrium” (Tomuschat, Christian, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century (General Course on Public International Law)”, 281 *Recueil des Cours*, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law –1999–*, ps. 161/162). Ver Peters, Anne, “Humanity as the Λ and Ω of Sovereignty”, *EJIL* [2009], no. 20, nro. 3, ps. 514 y ss.

(12) Ver Corten, Olivier, “Le discours du droit international. Pour un positivisme critique”, Ed. Pedone, París, 2009; Ruiz-Fabri, Héléne, “Program Legal Humanism. A Critical Humanism and Diversity” (“Programme Humanisme ju-

La complejidad del principio *pro homine*

Ya en 1960, la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) (13) ha señalado que el propósito de las Altas Partes contratantes al adoptar la Convención (Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) no fue concederse derechos o asumir obligaciones mutuas persiguiendo intereses nacionales particulares, sino realizar los objetivos e ideales del Consejo de Europa y establecer un orden público común (inspirado en valores comunes superiores), entendiendo que el Convenio es esencialmente de carácter objetivo, dirigido a proteger los derechos fundamentales de los seres humanos. Los tribunales especializados, como son la CEDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH), han sido los motores de la evolución y transformación del derecho internacional de los derechos humanos en derecho superior *erga omnes* e incluso, en ciertos casos, *ius cogens*, con contenido sustantivo y procedimental cada vez más alejado del pactado inicial y explícitamente por los Estados Parte en los tratados o aceptados o reconocidos en la práctica.

Ello, en la búsqueda por distintas vías de la mejor protección posible de la persona humana. La aplicación del principio *pro homine* ha sido la gran impulsora de esta evolución.

III. ASPECTOS CONCEPTUALES, NOTAS CARACTERÍSTICAS Y ROL DEL PRINCIPIO *PRO HOMINE*

Tal como lo señala Medellín Urquiaga, la primera definición del PPH se debe al juez de la CtIDH Rodolfo E. Piza Escalante (14), quien señaló que el principio pro persona es “(Un) criterio fundamental (que) (...) impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. (De esta forma, el principio pro persona) (...) conduce a la conclusión de que (la) exigibilidad inmediata e incondicional (de los derechos humanos) es la regla y su condicionamiento la excepción” (15), si bien, el mismo juez ya había adelantado ese concepto en la OC 5/85 (23 de noviembre de 2013, Serie A, nro. 5, párr. 12). Al PPH se lo ha designado también principio “pro persona” (*pro personae*), concibiéndoselo, en su género, en variado espectro: criterio hermenéutico, criterio interpretativo prevalente en materia de derechos humanos, guía interpretativa, conjunto de parámetros-guía, conjunto de directrices para la interpretación y aplicación del derecho de los derechos humanos (16), norma subyacente, norma “no enunciada” (17), regla de preferencia-pre-

ridique. Un humanisme critique et de la diversité”, in partnership with the UMR de Droit Comparé of University Paris 1.

(13) ECHR, “Austria v. Italy (‘Pfunders’ case)”, Appl. nro. 788/60, “Yearbook of the ECHR”, vol. 4, 1961, p. 116. En similar sentido se ha pronunciado tempranamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, opinión consultiva OC-2/82, Serie A, nro. 2, párr. 29; “Caso del Tribunal Constitucional”, competencia, Serie C, nro. 55, párr. 41, y “Caso Ivcher Bronstein”, competencia, Serie C, nro. 54, párr. 2.

(14) Medellín Urquiaga, Ximena, “Principio pro persona”, en “Metodología para la enseñanza”, coedición Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, consulta D. F. México, 7/2/2015, obtenible en www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/archivos_Principio%20pro%20persona.pdf.

(15) Opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante, en CtIDH, “Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A, nro. 7, párr. 36.

(16) Ver Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín (coord.), “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, Ed. CELS - Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997; Gutiérrez, Roberto, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” (www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=47330&ptint=2); sentencia C-148/05 de la Corte Constitucional de Colombia, “El principio *pro homine* y la validez de las normas penales”, Diálogo jurisprudencial, nro. 2 [2007], ps. 165 y ss. (consulta de 4/1/2015, obtenible en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dialjur/cont/2/cnt/cnt12.pdf).

(17) De Oliveira Mazzuoli, Valeriy- Ribeiro, Dilton, “The Japanese Legal System and the *Pro Homine* Principle in Human Rights Treaties”, J Civil Legal Sci, vol. 3-3, 2014, p. 2.

Doctrina

dominio **(18)**, regla primaria no escrita inherente al derecho internacional de los derechos humanos, principio ordenador, vector que da sentido y jerarquiza al sistema normativo, principio general del derecho de los derechos humanos, polo cristalizador del orden público en materia de derechos humanos, norma de justicia objetiva, canon catalizador de los objetivos y fines de todo el sistema de protección de los derechos humanos, principio con arreglo al necesario derecho de la *societas gentium* **(19)**, regla que está en la cúspide del complejo *corpus iuris* de los derechos humanos que prioriza a la persona humana frente a otros sujetos internacionales, punto de apoyo de la formación de un *ius commune* transnacional, regla amalgamadora del derecho interno e internacional de los derechos humanos, base de un nuevo *ius gentium* **(20)**.

El PPH carece de un solo significado, ya que es complejo por su propia naturaleza, su origen, por las vías de su aplicación y sus fines.

Algunos doctrinarios han señalado que las pautas hermenéuticas son distintas en materia de derechos humanos a las de otras ramas del derecho y por ello se alejan de las técnicas tradicionales y de la lógica de la argumentación **(21)**.

Por nuestra parte, entendemos que el PPH no es un mero principio interpretativo o criterio hermenéutico en tanto –junto a los principios de progresividad / evolutividad, que necesariamente lo acompañan– ha abierto el camino de la construcción de nuevos derechos sustantivos **(22)** y procesales **(23)**, en calidad de eje dinamizador de todo el sistema de protección de los derechos huma-

(18) Sagüés, Néstor P., “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en Palomino, José y Remotti, José Carlos (coords.), “Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)”, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, 2002.

(19) Cançado Trindade, Antônio A., “El deber del Estado de proveer reparación por daños a los derechos inherentes a la persona humana: Génesis, evolución, estado actual y perspectivas”, en Gialdino Rolando E., (coord.) (consulta de 7/1/2015, obtenible en www.corteidh.or.cr/tablas/).

(20) Pinto, Mónica, “International Institutions and the Rule of Law”, Panel 5 Supranational institutions and the rule of law”, vol. 137 (consulta de 25/1/2014 obtenible en www.law.yale.edu/documents/pdf/Pinto_International_Institutions_and_the_rule_of_law.pdf); De Oliveira Mazzuoli, Valerio y Ribeiro, Dilton, “The Japanese Legal System and the Pro Homine Principle in ...”, cit.; Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: La importancia del principio *pro homine*”, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, vol. 39 [2004] (consulta de 2/2/2015, texto obtenible en www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/La%20importancia%20del%20princ%3adpio%20pro%20homine.pdf); Lixinski, Lucas, “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law”, EJIL, vol. 21, nro. 3 [2010], ps. 588 y ss.; AA.VV., “Los principios rectores de la hermenéutica de los derechos humanos”, ponencia realizada en el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, noviembre de 2011, FES ACATLAN, UNAM (consulta de 10/2/2015, obtenible en www.derecho.posgrado.unam.mx/congresos/congfilodere/ponencias/GustavoMoscocoSalas.pdf); Killander, Magnus, “Interpreting Regional Human Rights Treaties”, Sur - Int'l J. on Hum Rts., vol. 7, nro. 13, 2010, ps. 150 y ss.; voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de fondo y reparaciones en el caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua” [2001], Serie C, nro. 79, párr. 2.

(21) Ver *i.a.*, Carpio Marcos, Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales”, Ed. Palestra, Lima, 2004, ps. 72 y ss.; Vázquez, Yuri, “Applying the Principle of Pro Homine”, Word Intellectual Property Review, julio 2014 (consulta de 27/1/2015, obtenible en www.worldipreview.com/article/applying-the-principle-of-pro-homine).

(22) El “derecho a la verdad” constituye un desarrollo pretoriano de la CtelDH, ya que no se trata de un derecho consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La primera referencia al derecho a la verdad que hace la CtelDH se produce en el caso “Castillo Páez”, en el que expresa que se trata de “un derecho no existente en la Convención Americana aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial, lo cual en este caso se encuentra ya resuelto por la decisión de la Corte al establecer el deber que tiene el Perú de investigar los hechos que produjeron las violaciones a la Convención Americana” (caso “Castillo Páez v. Perú”, fondo, sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C, nro. 34, párr. 86). Ver Amaya Villarreal, Álvaro F., “Efecto reflejo: La práctica judicial en relación con el derecho a la verdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Int. Law Rev. Colomb. Derecho Int., Bogotá (Colombia) nro. 10: 131-152, noviembre de 2007, ps. 131 y ss.

(23) Por ejemplo, la CtelDH, en el caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C, nro. 146, expresó que si por una actuación negligente

La complejidad del principio *pro homine*

nos, alejándose cada vez más de la voluntad de los Estados y el derecho positivo construido por ellos.

La mayoría de los autores ha definido al PPH como pauta que establece un orden de preferencia normativo e interpretativo, pues se debe acudir a la norma o la interpretación más amplia, e, inversamente, a la norma más restringida cuando se trata de establecer de manera permanente el ejercicio de los derechos. Por nuestra parte, creemos que la esencia del PPH puede resumirse diciendo que se trata de una regla general del derecho de los derechos humanos (subyacente a todo el derecho de los derechos humanos) mediante la cual, vía interpretación o adecuación normativa, se busca asegurar que en toda decisión se alcance el resultado que mejor proteja a la persona humana. Es una prescripción de carácter normativo, en tanto constituye un principio general del derecho internacional (24) de los derechos humanos, fuente principal en el sentido del art. 38.1.b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (principio fundamental, esencial, estructural, formulación de carácter normativo concreto, surgida de la práctica internacional con carácter de norma consuetudinaria del derecho de los derechos humanos, distinta de los principios generales del derecho (art. 38.1.c), que son máximas generales, abstractas nacidas en foro doméstico.

Numerosos dictámenes jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales –que por razón de limitación de espacio no podemos ni siquiera enunciar en esta oportunidad– han aplicado explícita o tácitamente al PPH bajo variadas facetas. Sin embargo, observamos que los pronunciamientos no se han detenido o profundizado en la teoría del principio de

manera suficiente como para construir un sólido y bien definido perfil conceptual del PPH.

La aplicación del PPH ha ampliado la acepción de muchos derechos convencionales y ha consagrado nuevos, particularmente a la hora de concebir la dignidad humana, el proyecto de vida, los derechos territoriales de comunidades aborígenes; al crear el derecho a la verdad, al determinar el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales, etc. Incluso ha consagrado nuevos deberes de los Estados en el plano internacional. Así, ha ordenado suscribir y ratificar tratados, como en el caso “Barrios Altos v. Perú” (reparaciones y costas, sentencia de 30 de noviembre de 2001, párr. 44, acuerdo de reparaciones), alejándose del consensualismo consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al disponer la iniciación del “procedimiento para suscribir y promover la ratificación de la Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad (...) dentro de los 30 días de suscrito el acuerdo” (25).

Entre las *notas características* del PPH podemos señalar una serie de particularidades, muchas de ellas imbricadas una en la otra:

– El PPH se ha expandido desde la base convencional hacia la consuetudinaria y la principialista. Inicialmente, los tribunales y doctrinarios sustentaron la existencia del PPH en contenidos preceptuales de instrumentos convencionales. Así, han sido invocados, *i.a.*, los siguientes dispositivos convencionales: art. 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

del Estado no se puede establecer la fecha de la muerte de las presuntas víctimas, para efectos de determinar la competencia temporal de la Corte, ésta podrá conocer de las violaciones, en aplicación “procesal” del principio *pro persona*.

(24) Lo que no quita que funcione como tal en los derechos internos. No decimos que es un principio general del derecho de los derechos humanos en el plano interno, en tanto, en ese ámbito, generalmente los principios generales del derecho y la costumbre operan como fuente normativa auxiliar o supletoria, a diferencia del derecho internacional público en el que los principios generales del derecho y los principios generales del derecho internacional (incluidas sus subdisciplinas, como el derecho internacional de los derechos humanos), normas consuetudinarias, tienen el carácter de fuente principal del derecho (art. 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

(25) Ver Drnas de Clément, Zlata, “Corte Interamericana de Derechos Humanos, ¿Cuarta instancia?”, en “¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia? XVIII Reunión Conjunta de Academias de Derecho de Argentina”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 5/105.

Doctrina

micos, Sociales y Culturales; art. 1.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 15 de la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas, etcétera.

– El PPH, en materia de derechos humanos, *tiene naturaleza sui generis*, ya que posee connotaciones propias. Su perfil excede la tradicional concepción del PPH, el que desde hace más de un siglo se completa en su formulación en los ámbitos del derecho laboral, penal, constitucional, de la seguridad social y otros, con la expresión “*in dubio, pro persona*”. En materia de derechos humanos, el requisito “*in dubio*” se va esfumando y la máxima “*in claris non fit interpretatio*” queda debilitada, atento a la reconocida progresividad de los contenidos de los derechos humanos (tanto en lo sustantivo como en lo procesal) con base en un flexible manejo del alcance del objeto y fin de los convenios y de todo el sistema.

– El PPH *informa todo el derecho de los derechos humanos*, cualquiera sea su ámbito de aplicación (26). Es *connatural* a la existencia misma del sistema de protección de los derechos humanos. Suele señalarse que *subyace a todo el ordenamiento*, que “*irradia*” en forma integral todo el

sistema, incorporándose a la comprensión de los instrumentos internacionales (27) (28).

– El PPH es *autónomo*, tiene entidad propia a pesar de su interactuación con los principios de progresividad, no regresividad, integralidad. Rechaza cualquier encasillamiento, oponiéndose al textualismo y a sus lazos, fortaleciéndose a la luz del objeto y fin de los instrumentos internacionales y de todo el derecho de los derechos humanos (29).

– El PPH *no es absoluto, es relativo*, no admitiendo una aplicación lineal. Los tribunales nacionales e internacionales, al aplicar el principio, deben buscar simetrías, de modo que su pronunciamiento a favor de la víctima no vaya en detrimento del derecho de otros. Más aún, maximice las posibilidades de realización del conjunto de derechos que conforman el sistema de protección de los derechos humanos (30).

– El PPH es *móvil, flexible, dinámico*. Debe entenderse conforme los requerimientos del momento y la situación (31). Permite incorporar nuevas percepciones del contenido de los derechos ya consagrados (por ejemplo, derecho a la vida en los fallos de la CtIDH) e, incluso, la creación de nuevos (por ejemplo, derecho a la verdad en la CtIDH). La CEDH en varios fallos cubre en sus

(26) La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (Corte Sup.), en el consid. 11 del caso “Portal de Belén - Asociación sin fines de lucro v. Ministerio de Salud y Acción Social de la República” [2002] (Fallos 325:292), expresamente, destaca esta característica.

(27) En el caso “Madorrán, Marta C. v. Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación” [2007] (Fallos 330: 1989), la Corte Sup. señaló en el consid. 8 que el PPH es “‘connatural con estos documentos’ (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) (y) determina que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana”.

(28) Ver Gialdino, Rolando E., “Derecho internacional de los derechos humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones”, prólogo de A. A. Cançado Trindade, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013, p. 112.

(29) Ver Letsas, George, “Strasbourg’s Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer”, EJIL, vol. 21, nro. 3 [2010], ps. 523 y ss.

(30) Bazán, Víctor, “El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina”, Estudios Constitucionales, año 8, nro. 2, 2010, Centro de Estudios Constitucionales de Chile - Universidad de Talca, ps. 372 y ss.

(31) En el caso “Tyrer v. Reino Unido” (Application No. 5856/72), párr. 31, la CEDH decidió que el Convenio Europeo “es un instrumento vivo que (...) debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales y para la protección de los seres humanos”. En el caso “Loizidou v. Turquía” [1995] (Application No. 15318/89), párr. 72, el TEDH señaló que sus disposiciones deben ser interpretadas y aplicadas a fin de que sus salvaguardias sean prácticas y efectivas. La CtIDH, *i.a.*, adoptó similares criterios en el párr. 113 de su opinión consultiva OC-16/99 (“El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, Serie A, nro. 16).

La complejidad del principio *pro homine*

consideraciones un abanico que va desde la hermenéutica formalista –atenida a la literalidad, a la lógica y a la sistemática para buscar el sentido y alcance de las formulaciones normativas– hasta la interpretación extensiva, histórico-sociológica, pragmática que percibe a los convenios como instrumentos de contenido mutable que deben ser interpretados a la luz del momento y sus requerimientos a los fines de tornar efectivas las garantías contenidas en el instrumento protector de los derechos humanos, dejando con ello, un amplio margen de apreciación a los magistrados (32). El propio principio se halla en mutación permanente, señalándose en los últimos tiempos incluso su aplicabilidad no sólo a la persona humana sino a la persona ideal o jurídica (33).

– El PPH es de *aplicabilidad exigible e incondicional*. El propio sistema exige una permanente disposición a la percepción de todo el sistema en favor de la persona, sin admitir excepciones (34). Actúa como punto de partida en los razonamientos jurídicos y como valoración final en los pronunciamientos legislativos, administrativos y judiciales (piso y techo).

– El PPH es *irreversible*. En el escenario judicial, junto a otros principios a los que se halla inextricablemente unido, rige en las técnicas de ponderación, reinando de modo inquebrantable sobre otros criterios de ponderación (35).

– El PPH es *neutralizador de la temporalidad normativa*. Sostiene la atemporalidad. Sin interesar si una norma es anterior o posterior, se valida la más protectora del derecho a salvaguardar en la situación (36).

– El PPH *gravita sobre la asignación de responsabilidad, sobre el proceso, las reparaciones y los acuerdos entre las partes*. Los tribunales, en aplicación del principio, pueden otorgar excepciones a los rigores procesales, disponer que el caso continúe a pesar del desistimiento o allanamiento de las partes en virtud de la voluntad tutelar del principio pro persona, lo que en estos casos pone de manifiesto su visión integral de la protección y no sólo la dimensión individuo-víctima (37).

– El PPH opera como *instrumento de superación del problema de la denominada “proliferación de tribunales internacionales”* mediante la fertilización cruzada, sin importar si la fuente es nacional, internacional (universal o regional), si el pronunciamiento es el resolutivo o una opinión separada o disidente.

– El PPH es un *principio complejo* por diversas causas. Una de ellas es que una sola fuente normativa o judicial no puede cubrirlo, ya que su percepción, por naturaleza, es conceptualmente integral. Por ello, los múltiples pronunciamientos en casos concretos tienen variadas facetas e intensidades (38). Otra causa es que necesariamen-

(32) Ver el perfil asignado a ciertos derechos (v.gr., libertad de expresión, libertad religiosa, libertad de reunión, dignidad humana, igualdad, etc.) por la CEDH, en Ahmed, Tawhida y Butler, Israel de Jesús, “The European Union and Human Rights: An International Law Perspective”, EJIL [2006], vol. 17, nro. 4, 771/801.

(33) Ver Reyna, Jenice, “El principio pro persona aplica a las personas morales” (consulta de 4/2/2015, www.justiciahabla.org/jen-7-8-y-10-abril/27 abril 2014).

(34) Ver Vázquez, Yuri, “Applying the Principle...”, cit.

(35) Ver Carpio Marcos, Edgar, “La interpretación de los derechos...”, cit., ps. 134 y ss.

(36) Julio Barberis, si bien con relación a los tratados, ha considerado que hay principios lógicos que impiden negar el principio “ley posterior deroga a la anterior”: “Il serait aussi impossible de penser que la norme lex posterior derogat legi priori soit susceptible de dérogation (...). Il y aurait une contradiction logique. Si une norme (...) va déroger a cette norme, elle appliquerait à la fois le principe auquel elle déroge” (Barberis, Julio A., “La liberté de traiter des Etats et le *ius cogens*”, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, vol. 30 –1970–, p. 27). Coincidimos con Barberis en que, aun en la excepcionalidad y prioridad que impone la protección de los derechos humanos, una afirmación lineal y tajante de derogación en su ámbito de las relaciones ley posterior-ley anterior no es lógicamente admisible. Por otra parte, la ley posterior involucra valores colectivos superiores que han impuesto el cambio y que no pueden ser desconocidos sin ponderaciones más serias y complejas.

(37) Ver García Ramírez, Sergio, “Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, trabajo presentado al Seminario “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI”, San José, Costa Rica (noviembre de 1999).

(38) Ver al respecto los casos citados por Medellín Urquiaga, Ximena, “Principio...”, cit.

Doctrina

te la aplicación del PPH debe conllevar ponderaciones integrales con relación a la mayor eficacia de otros derechos o su debilitación o vulneración, punto central de legitimación de la aplicación del principio. Todo ello en el contexto de la víctima en el caso concreto, de los demás individuos y del conjunto social (39).

– El PPH se está transformado en el *principio motor de la prevalencia de la protección de los derechos humanos* por sobre todo derecho convencional o pactado internacional o nacional, objeto y fin de todo el sistema jurídico al que reconceptiona y reposiciona (40).

El rol del PPH varía según sus diferentes aplicaciones, actuando como:

– *principio de interpretación de normas* (extensivo, amplio, a la hora de proteger los derechos humanos; restrictivo al momento de aplicar limitaciones a los derechos) (41);

– *principio de determinación de la norma aplicable* en caso de concurrencia o conflicto de normas (aplicación de la norma más favorable al ser humano) (42);

– *principio rector en la relación entre derecho interno y derecho internacional*. No rigen las normas de la jerarquía o la especialidad, aplicándose en visión holística la norma que mejor protege a la persona humana en el caso específico, admitiéndose una integración flexible de distintos sistemas y normas –*monismo dialógico, aplicación acumulativa– unificación conceptual de los derechos humanos* (43).

(39) Ver *infra*.

(40) Ver Hernández Vázquez, Gerardo, “Principio *pro homine*”, Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones jurídico políticas, Tlaxcala, noviembre de 2014.

(41) La interpretación de los convenios y otros instrumentos sobre derechos humanos frecuentemente se ha realizado invocando los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, especialmente en lo que respecta a la interpretación “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Sin embargo, el PPH, al igual que las pautas de no textualidad, progresividad, evolutividad, no regresibilidad hallan sustento en los arts. 38 (normas de un tratado que llegan a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional), 53 (tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general o “*ius cogens*”), 64 (aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general o “*ius cogens*”), 28 (irretroactividad condicionada de los tratados). En la técnica hermenéutica se ha distinguido entre “lagunas normativas” (remedio: nueva norma internacional o interpretación amplia de normas existentes); “lagunas de aplicación” (remedio: nueva norma internacional o interpretación amplia analógica); “lagunas de supervisión” (remedio: nueva norma internacional); “lagunas de implementación” (remedio: establecimiento de nuevos procedimientos o instituciones); “lagunas de ratificación” (remedio: campañas o encomiendas de ratificación para la construcción de nuevos consensos). Esa creación de nuevas normas puede darse en relación horizontal y/o vertical. Ver Consejo Internacional para la Política sobre los Derechos Humanos, “Nuevas normas de derechos humanos: Aprendiendo de la experiencia”, Ginebra, 2006 (consulta de 8/2/2015, obtenible en http://www.ichrp.org/files/reports/32/120b_report_es.pdf).

(42) Cuando varias normas de derechos individuales son aplicables al mismo caso, corresponde aplicar la que mejor proteja al individuo-víctima. Ante el problema de la conciliación de los intereses individuales y los sociales, ya Tomás de Aquino había entendido en su obra *Summa Theologicae* que cuando existía un conflicto entre lo social y lo individual en el seno del mundo material, debía prevalecer el bien común. Pero, por el contrario, si el conflicto afectaba a la esfera íntima del ser humano y a su salvación, en ese caso debía prevalecer el bien del hombre frente al de la sociedad (II-IIae.2, qu. 152, art. 4, ad. 3 y I-IIae.1, qu. 21, art. 4, ad. 3). Ver González Uribe, Héctor, “Fundamentación filosófica de los derechos humanos: ¿personalismo o transpersonalismo?”, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana [19], ps. 328/329 (consultado el 31/1/2015, obtenible en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/19/pr/pr20.pdf).

(43) Ver De Oliveira Mazzuoli, Valerio, “Internationalist Dialogical Monism”, *Consulex*, vol. 324, 2010, ps. 50 y ss. (consulta de 10/1/2015, obtenible en www.asadip.files.wordpress.com/2010/08/poa-asadip-mazzuoli.pdf); Gialdino, Rolando E., “Derecho internacional de los derechos humanos...”, cit., ps. 465 y ss. (“diálogo de normas”, “armonización de estándares (...) que pueden ser aplicados de manera acumulativa”); Cançado Trindade, Antônio A., “The Merits of Coordination of International Courts on Human Rights”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2 [2004], ps. 309 y ss.; Lixinski, Lucas, “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights...”, cit., ps. 588 y ss.; Dzehtsiarou, Kanstantsin y O’Mahony, Conor, “Evolutive Interpretation of

La complejidad del principio *pro homine*

Este tipo de monismo es ajeno al monismo y dualismo tradicional.

Creciente número de juristas sostienen esta posición (44), la que implica la coexistencia de los sistemas normativos interno e internacional, sin considerar planos jerárquicos, en permanente intercomunicación e internutrición (45);

– *principio de aplicación del monismo dialógico a los sistemas de derecho interno* (la penetración de los derechos humanos y el principio *pro persona* en todas las ramas del derecho interno) (46) (47);

– *principio de aplicación del monismo dialógico al derecho internacional y a sus derechos especiales* (48).

Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court”, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, vol. 44 [2012-2013], ps. 309 y ss. Con relación a la incorporación constitucional del PPH, ver Bahena Villalobos, Alma R., “La incorporación del principio *pro persona* en la constitución federal”, *Revista Jurídica Jus*, Universidad Latina de América (consulta de 25/1/2015, obtenible en www.unla.mx/iusunla38/reflexion/LA%20INCORPORACION%20DEL%20PRINCIPIO%20PRO.htm); Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (art. 1º, párr. 2º de la Constitución)”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto Jurídico de Investigaciones de la UNAM* (consulta de 27/1/2015, obtenible en www.juridicas.unam.mx); Castilla, Karlos, “El principio *pro persona* en la administración de justicia”, *Cuestiones Constitucionales*, nro. 20 [2009], ps. 65 y ss.

(44) De Oliveira Mazzuoli, Valerio, “Internationalist Dialogical...”, cit.

(45) Aponte Núñez, en aplicación de esta integración, ha sostenido la invalidez de la denuncia venezolana de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entendiendo que los dos niveles, nacional e internacional, se amalgaman, con lo que es imposible desligarse por una vía u otra de las obligaciones internacionales y nacionales: “(...) the denunciation of the American Convention not only reduces the sphere and effectiveness of this right, but moreover it ignores the fact that, based on article 19 of the Constitution, the State has to ensure its obligation regarding human rights according to the *pro homine* principle, and that the anthropocentric exercise of the Power conceives the preeminence of the human rights as superior value of the State’s legal order and activities (...)” (Aponte Núñez, Emercio J., “The International Validity of the Venezuelan Denunciation of the American Convention on Human Rights”, *ICL Journal I*, vol. 8 - 1 –2014–, p. 16).

(46) Waters, Melissa A., “Creeping Monism: The Judicial Trend Toward Interpretive Incorporation of Human Rights Treaties”, *Colum. L. Rev.*, vol. 107 [2007], ps. 643 y ss.

(47) Ver Nader Kuri, Jorge, “El principio *pro homine*. Su desarrollo en el contexto de la convencionalidad internacional y la experiencia mexicana a partir de su incorporación constitucional”, p. 45 (consulta de 4/2/2015, obtenible en www.perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos). Ver asimismo AA.VV., “El principio *pro homine* y su aplicación por los tribunales superiores”, Provincia de Buenos Aires, Ministerio Público, Defensoría de Casación, Secretarías de Actuación ante la Suprema Corte de Buenos Aires, Corte Suprema y organismos internacionales (consulta el 16/1/2015; obtenible en www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL); O’Donnell, Daniel, “Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano”, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ed. Tierra Firme, Bogotá 2004; Ek, Víctor M. C., “Improving Human Rights in Mexico: Constitutional Reforms, International Standards, and New Requirements for Judges”, *Hum. Rts. Brief*, vol. 20 [2012-2013], ps. 7 y ss.

(48) La Corte Internacional de Justicia, órgano de las Naciones Unidas, órgano judicial que se halla en la cúspide jurisdiccional del sistema mundial, en su sentencia de 30 de noviembre de 2010, en el asunto “Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea v. República Democrática de Congo)”, aplicó normas universales y regionales en materia de derechos humanos. En el párr. 66 de la referida sentencia expresó: “(...) Aunque el tribunal no está obligado en el ejercicio de sus funciones judiciales a ajustar su interpretación del Pacto (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) al del Comité (Comité de Derechos Humanos), entiende que debe dar gran consideración a la interpretación adoptada por este organismo independiente, creado especialmente para supervisar la aplicación de ese tratado. Ello hace a la necesidad de claridad y esencial coherencia del derecho internacional, como también a la seguridad jurídica, que es un derecho de las personas beneficiarias de los derechos garantizados, como de los Estados vinculados a respetar las obligaciones convencionales”. Más aún, en este ámbito de los derechos humanos, en el párr. 70, el Alto Tribunal expresó: “(...) La Corte no tiene, en principio, el poder de modificar por su propia interpretación la de las autoridades nacionales, sobre todo cuando esta interpretación proviene de los más altos tribunales internos (véase, para este último caso, ‘Empréstitos serbios’, sentencia nro. 14, 1929, CPJI, Serie A, nro. 20, p. 46, y ‘Empréstitos brasileños’, sentencia nro. 15, 1929, CPJI, Serie A, nro. 21, p. 124). Excepcionalmente, si el Estado realiza una interpretación manifiestamente errónea

Doctrina

Ello lleva a la protección de la persona y su dignidad a un contexto global (49);

– principio articulador del todo el sistema normativo, no sólo el específico de los derechos humanos (nacional o internacional).

IV. REFLEXIONES FINALES

Sergio García Ramírez, en voto razonado concurrente en el caso “Bámaca Velásquez” (CteIDH, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, nro. 70, párr. 3), ha señalado que el impulso tutelar del derecho internacional de los derechos humanos, que pretende llevar cada vez más lejos –en una tendencia que ha estimado pertinente y alentadora– la protección real de los derechos hu-

manos, tiene su más notable expresión en el principio favorecedor de la persona humana, que se cifra en la versión amplia de la regla *pro homine*.

El PPH, como herramienta fundamental de la aplicación de las normas sobre derechos humanos –tal como lo señala Amaya Villarreal (50)–, no puede convertirse en un “comodín” con el cual se extiendan las obligaciones de los Estados a voluntad de un puñado de jueces (51) (52).

Las escuelas interpretativas del derecho, desarrolladas durante siglos, no pueden ser dejadas de lado o sólo usadas de modo oportunista como bases de argumentación para sustentar un campo de interpretación sin regla alguna, abierto a la abrogación de las normas escritas o una aplicación *ad libitum* (53).

de su derecho interno, sobre todo con el fin de beneficiarse en un asunto pendiente, corresponde a la Corte la adopción de la interpretación que percibe como correcta” (las traducciones pertenecen a la autora del trabajo). Este considerando puede estimarse que implica un pronunciamiento *contra legem*, si bien, en beneficio de la coherencia en las relaciones entre derecho internacional, derechos humanos y derecho interno y de la buena fe de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Ver Gonenc, Levent y Esen, Selin, “The Problem of the Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution”, Eur. J.L. Reform, vol. 8 [2006], ps. 491 y ss.; Drnas de Clément, Zlata, “La equidad *contra legem* en los fallos de la CIJ”, en Llanos Mardones, H. y Picand Albónico, E. (eds.), “Estudios de derecho internacional. Libro homenaje al profesor Hugo Llanos Mansilla”, Ed. AbeledoPerrot - Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012, ps. 23 y ss.; Montemayor Romo de Vivar, Carlos, “La unificación conceptual de los derechos humanos”, Ed. Porrúa - Facultad de Derecho de la UNAM, México, 2002, ps. 44/46; Pinto, Mónica, “Fragmentation or Unification Among International Institutions: Human Rights Tribunals”, N.Y.U. J. Int’l L. & Pol., vol. 31 [1998-1999], ps. 833 y ss.; Drnas de Clément, Zlata, “Humanization of International Courts”, en Budislav Vukas y Trpimir Sobic (eds.), “Law: New Actors, New Concepts - Continuing Dilemmas”, Ed. Martinus Nijhof, Leiden, 2010.

(49) Carrillo Santarelli, Nicolás, “Enhanced Multi-Level Protection of Human Dignity in a Globalized Context through Humanitarian Global Legal Goods”, German Law Review, vol. 13, nro. 7 [2012], ps. 829 y ss.; Reinisch, August, “The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors”, en Philip Alston (ed.), “Non state actors and human rights (Collected Courses of the Academy of European Law)”, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2005, ps. 75 y ss.

(50) Amaya Villarreal, Álvaro F., “El principio *pro homine*: Interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, Revista Colombiana de Derecho Internacional, nro. 5, junio, 2005, ps. 337/380 (consulta de 2/2/2015, obtenible en www.redalyc.org/articulo.oa?id=82400511).

(51) Debe tenerse en cuenta que, por ejemplo, la CteIDH se compone de siete jueces, con un quórum para las deliberaciones de cinco. Las decisiones se adoptan por la mayoría de los jueces presentes (CADH, arts. 52 y 56; Estatuto de la CteIDH art. 23.2). Es decir, un fallo podría adoptarse con el voto de tres jueces.

(52) Amaya Villarreal, en la obra citada *supra*, trae a colación la cuestión en relación a los listados de derechos contenidos en los arts. 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entendiendo que deben ser tomados de forma taxativa, no pudiendo cercenarse las posibilidades de los Estados de salvaguardar la vida de la nación, la independencia o seguridad del Estado.

(53) Ha sido citado como ejemplo de esa laxitud el voto razonado del juez Cançado Trindade en el “Caso ‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala”, reparaciones y costas (CteIDH, sentencia de 26 de mayo de 2001, Serie C, nro. 77: “A mi juicio, la ausencia de un criterio objetivo de medición del sufrimiento humano no debe ser invocada como justificativa para una aplicación ‘técnica’ –o más bien mecánica– de la normativa jurídica pertinente. Todo lo contrario, la lección que me parece necesario extraer del presente caso de los ‘Niños

La complejidad del principio *pro homine*

“Favorecer a la persona humana” no puede entenderse de modo simplista y llano como “proteger a la víctima” (54), desconociendo el derecho positivo, sin tener en cuenta que esa protección también debe ser ponderada en el conjunto social organizado fundado en y orientado al bien general, es decir, el hombre como individuo y en su conjunto social, compatibilizando los derechos humanos del uno con los del todo humano (55).

En algunos fallos y en parte de la doctrina se ha indicado que esa mejor protección de la persona humana se refiere al “individuo víctima” (56). Creemos que esa percepción es muy cerrada y no coherente con el objeto y fin de la protección de los derechos humanos y todo el sistema jurídico desarrollado en pos de ello. El beneficiario de la aplicación del principio es el “ser humano”. Así, Ferrajoli ha señalado que los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar (57). Bien ha expresado la CteIDH en su OC-20/09 (58): “(...) Cabe agregar que el principio ‘*pro homine*’ presenta la particularidad de que hay que optar entre la aplicación de la interpretación (o de la norma) que sea más beneficiosa para la persona humana. Es por eso que una ‘interpretación extensiva’ del art. 55 de la Convención Americana (...) que pueda lesionar derechos humanos reconocidos por la misma Convención (igualdad de armas procesales o las

garantías del debido proceso legal –art. 8º de la Convención Americana–, es contraria a este principio y por tanto debe ser dejada de lado por la Corte (...)”.

El mismo art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que sustenta al PPH –orientado a la persona individual– exige la visión profunda compleja, integrada, de todos los derechos humanos como conjunto indivisible protector de la integralidad social de los individuos (retroalimentación interactiva).

Es de observar que la evolutividad, progresividad, no regresibilidad al infinito de la aplicación del PPH en forma lineal es lógicamente insostenible, ya que implicaría la derogación de todos los derechos y se transformaría en norma única sin contexto estructural alguno. Toda interpretación teleológica de los derechos particulares debe tener en cuenta la optimización de la armonía social y jurídica del ámbito en el que se aplica.

No debe correrse el riesgo de llevar al PPH a desnaturalizarse y transformarse por vía indirecta en argumento *ad hominem* (*contra el hombre*) (59). Si se genera una repulsa genérica hacia el Estado, desconociendo totalmente su rol representativo del conjunto de individuos constituidos en pueblo organizado, rechazando, tachando, desacreditando de antemano todos los valores colectivos y la validez de la construcción de ellos y confundiendo los excesos de los gobiernos de turno con la des-

de la Calle’ (y también del caso ‘Paniagua Morales y Otros’) es en el sentido de que hay que orientarse por la victimización y el sufrimiento humano, así como la rehabilitación de las víctimas sobrevivientes (...), inclusive para llenar lagunas en la normativa jurídica aplicable e, inclusive por un juicio de equidad, alcanzar una solución *ex aequo et bono* para el caso concreto en conformidad con el derecho. Al fin y al cabo, la jurisdicción (*ius dicere, iurisdictio*) del tribunal se resume en su potestad de declarar el derecho, y la sentencia (del latín *sententia*, derivada etimológicamente de ‘sentimiento’) es algo más que una operación lógica enmarcada en límites jurídicos predeterminados” (párr. 9º).

(54) Ello, a tal punto, que se ha pretendido que el PPH también debía ser designado “cláusula del individuo más favorecido”. Ver Zaragoza Huerta, José y Martínez Zamora, Juan J., “Medios de protección de las garantías individuales (derechos humanos). Principio *pro-homine*” (consulta de 12/2/2015, obtenible en www.doctrina.vlex.com.mx/vid/garantias-individuales-humanos-pro-homine-41496948).

(55) Ver *supra*, nota relativa a la posición de Tomás de Aquino.

(56) Bahena Villalobos, Alma R., “La incorporación del principio pro persona...”, cit.

(57) Ferrajoli, Luis, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 37.

(58) De 29 de septiembre de 2009, solicitada por la República Argentina, art. 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, PPH en argumentaciones de *amici curiae*.

(59) La estructura lógica de este tipo de argumentación es, por ejemplo: 1. el gobierno del Estado A sostiene B; 2. el gobierno del Estado A es reprochable por haber cometido graves violaciones de derechos humanos; 3. lo sostenido (B) por el gobierno del Estado A es, en consecuencia, violatorio de los derechos humanos.

Doctrina

valorización, demérito sistemático a priori de sociedades organizadas y sus instituciones, se produce la *summa injuria* de vulnerar un cúmulo de derechos humanos no puestos en tela de juicio en los estrados tribunales. El descrédito de un gobierno por ciertos actos no puede, mediante el argumento *ad hominem*, trasladarse a los individuos del colectivo sin más, transformándose en un principio discriminador en función de parámetros ideológicos, transicionales, raciales, educativos, de estatus social, de pasado, etc., y, con ello, en instrumento violador de los derechos humanos de otras personas. El PPH debe aplicarse teniendo en cuenta que los derechos humanos corresponden a todas las personas por igual.

Si bien el PPH se inserta en la escuela crítica del derecho y la interpretación libre de las normas, con fuerte carga ideológica y búsqueda de justicia social, basada en argumentaciones sociológicas extrajurídicas (iusliberalismo antiformalista), volviendo inoficioso pretender limitar su aplicación con argumentos del positivismo o iusnaturalismo clásico, ese modelo no puede escapar al principio de coherencia y de reconocimien-

to de la igualdad de todos los seres humanos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 32, establece la correlación entre deberes y derechos y señala que 1. toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad; 2. los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. Esas correlaciones deben ser observadas por los intérpretes y aplicadores del derecho.

No pueden los dictámenes y sentencias de tribunales transformarse en violaciones de los derechos de los demás. Por ejemplo, en ciertos casos, tribunales internacionales al reconocer ciertas violaciones y determinar su reparación han violentado o han desconocido derechos a la dignidad como seres humanos a otras personas convirtiéndolas en víctimas (60).

Siendo el derecho internacional de los derechos humanos parte de un verdadero orden público internacional, un Estado de derecho internacional, una cultura común (61), y siendo la CteIDH –según

(60) Tal la situación de las reparaciones, por ejemplo, en el “Caso del Penal Miguel Castro Castro” a la hora de ordenar –entre otras medidas– que en el plazo de un año el Estado peruano se asegurara que todas las personas declaradas como víctimas fallecidas (senderistas) se encontraran representadas en el monumento “El Ojo que Lloro”, previamente erigido por el Estado y familiares de las víctimas de la violencia de Sendero Luminoso, coordinando con los familiares de las víctimas del Penal de Castro Castro la realización de un acto, en el cual incorporar una inscripción con el nombre de los senderistas víctimas del Estado. El hecho de que la sentencia contemplara reparaciones humillantes para el Estado, agresivas para las víctimas de Sendero Luminoso y para la mayoría de la sociedad peruana, llevó a que Perú el 19 de enero de 2007 expresara a la Corte su decisión de rechazo de la sentencia. El Estado ofreció otro tipo de reparaciones en compensación (reparaciones en materia de salud, educación a las víctimas sobrevivientes, entre otras). Laplante ha señalado que la reacción a la decisión de la CteIDH en el “Caso del Penal Miguel Castro Castro” derivó en una “crisis nacional” (Laplante, Lisa J., “The Law of Remedies and the Clean Hands Doctrine: Exclusionary Reparation Policies in Peru’s Political Transition”, *Am. U., Int’l L. Rev.*, nro. 23, 2007-2008, p. 86). La referida autora recordó que el ministro Jorge del Castillo, perteneciente al gobierno de Alan García, públicamente declaró que la sentencia obligaba al Estado peruano a pagar a los terroristas con dinero de los peruanos y que días atrás la hija de un miembro de Sendero Luminoso se presentó para reclamar 50.000 dólares por la muerte de su padre. El ministro se preguntaba quién pagaría a los inocentes que su padre había matado. Como reacción a la sentencia, el Congreso peruano inició juicio penal al ex presidente Toledo por haber aceptado responsabilidad parcial del Estado por los hechos del Penal de Castro Castro. Repugnaba la idea de completar el monumento memorial a las víctimas del conflicto armado interno designado “El Ojo que Lloro” con el nombre de terroristas de Sendero Luminoso, personas que –aun víctimas de los excesos del Estado– habían causado decenas de muertos en acción contra gobiernos democráticos y civiles desarmados e, incluso, habían causado las víctimas cuyos nombres figuraban en el memorial (CteIDH, “Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C, nro. 160; CteIDH, “Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú”, interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de agosto de 2008, Serie C, nro. 181).

(61) Ver Engle, Eric, “The history of the general principle of proportionality: An overview”, 10 *Dartmouth L. J.*, vol. 10 [2012], ps. 2 y ss. Ver, asimismo, Villanueva, Marcos A., “El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales”,

La complejidad del principio *pro homine*

su propias expresiones– una “formadora de valores comunes”, una “constructora de la conciencia jurídica global y de una nueva precisión del *ius gentium*”, a la hora de dictaminar debe tener en cuenta las consecuencias sociales jurídicas de sus pronunciamientos, atendiendo para ello no sólo al reclamante sino al conjunto humano en que esas medidas operan (violaciones *erga omnes*).

De ese modo, debemos entender que los desagravios y satisfacciones otorgadas al damnificado *in capita* y/o a sus familiares deben colaborar a construir los valores de una sociedad respetuosa del Estado de derecho y la convivencia pacífica con visión integral. Watkins señala que la evolución del derecho internacional hacia un sistema

capaz de promover la “justicia global” incluye el consenso global generado en materia de derechos humanos (62).

Tal como los señaláramos en trabajo anterior, una progresividad acelerada, irreflexiva, unidireccional, ideologizada, transicional, más que fortalecer al sistema de protección de los derechos humanos, llevará a su descrédito y a la retaliación contrahistórica, haciendo que los grandes logros en materia de protección internacional de los derechos humanos pierdan su valor social general y perdurable, destruyendo una de las obras de civilización más destacadas de nuestro tiempo (63). La adecuada aplicación del PPH juega un rol fundamental en el resultado de esa disyuntiva.

UBA Congreso de Derecho Público 2012 (consulta de 4/1/2015, obtenible en www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derechos-humanos-marcos-villanueva.pdf).

(62) Watkins, Jarred L., “The Right to Reparations in International Human Rights Law and the Case of Bahrain”, *Brook. J. Int’l L.*, nro. 34, 2008-2009, p. 559, citando a Richard Falk en “Reparations, International Law, and Global Justice: A New Frontier”, en Pablo De Greiff (ed.), “The Handbook of Reparations” [2006]. Ver asimismo, Drnas de Clément, Zlata, “Corte Interamericana de Derechos Humanos...”, cit., ps. 61 y ss.

(63) Drnas de Clément, Zlata, “Interpretación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales internacionales”, en Torres Bernárdez, S. (ed.), “El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez”, Ed. Iprolex, Madrid, 2013, p. 772.