

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2006

ANUARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL
LATINOAMERICANO
2006

Tomo II



Konrad
-Adenauer-
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Sudamérica

© 2006 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

Año 12

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.

Tiergartenstrasse 35

D-10785 Berlin

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo

Uruguay

Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974

Fax: (#598-2) 908 6781

e-mail: ius@kasuy.org

www.kas.de

Editor Responsable

Jan Woischnik

Asistentes de Redacción

Rosario Navarro

Manfred Steffen

Correctores

María Cristina Dutto (español)

Paulo Baptista (portugués)

Impreso en Mastergraf

Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60*

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 338.851 - Comisión del Papel

Edición amparada al Decreto 218/96

ISSN 1510-4974

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido citando la fuente.

Índice

TOMO II

Prefacio	11
I. Derecho constitucional	
Perspectivas trialistas para la valoración de la ética judicial <i>Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina)</i>	15
La evolución del concepto europeo de Estado de derecho <i>Jürgen Brand (Alemania)</i>	37
Peligrosos prejuicios sobre soberanía <i>Heber Arbuét-Vignali (Uruguay)</i>	65
Reforma constitucional en Chile <i>Francisco Cumplido Cereceda (Chile)</i>	105
Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia <i>Fernando Muñoz León (Chile)</i>	115
La reforma constitucional: criterios de justiciabilidad <i>Matthias Herdegen (Alemania)</i>	131
Retos de la reforma judicial en las sociedades de la información. La situación en España y Perú <i>Laura Zúñiga Rodríguez (España)</i>	137
Los partidos políticos en el sistema constitucional de la República Federal de Alemania. Fundamentos jurídico-constitucionales y realidad constitucional <i>Rupert Scholz (Alemania)</i>	171
La jerarquía de las leyes constitucionales en el derecho constitucional guatemalteco <i>Carlos Rafael Rodríguez-Cerna Rosada (Guatemala)</i>	183
La regulación de los estados de excepción en Guatemala y la necesidad de reforma de la Ley de Orden Público que los contiene, para su congruencia con la normativa de la Constitución Política de la República <i>Luis Felipe Sáenz J. (Guatemala)</i>	203

Teoria geral das Comissões Parlamentares de Inquérito brasileiras <i>Hidemberg Alves da Frota (Brasil)</i>	229
Estado social y ordenación constitucional del sistema económico venezolano <i>José Ignacio Hernández G. (Venezuela)</i>	261
La pertenencia de las bancas en el ordenamiento argentino <i>Mario A. R. Midón (Argentina)</i>	287

II. Derecho procesal constitucional

Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina <i>Francisco Fernández Segado (España)</i>	301
El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma <i>Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)</i>	353
El derecho procesal constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional <i>Aníbal Quiroga León (Perú)</i>	377
Constitución y relaciones internacionales. El control constitucional previo en la Comunidad Andina, el Mercosur, y su tratamiento en la Constitución Política del Estado de la República de Bolivia <i>Juan Carlos Dueñas Muñoz (Bolivia)</i>	405
Eficacia de la sentencia de amparo en la jurisdicción ordinaria. Reflexiones <i>Jorge Eduardo Tenorio (El Salvador)</i>	443
El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias <i>Humberto Nogueira Alcalá (Chile)</i>	449
La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano <i>Víctor Bazán (Argentina)</i>	475
La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco (análisis sobre la acción, el proceso y la decisión de inconstitucionalidad abstracta) <i>Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez (Guatemala)</i>	507
El proceso constitucional de hábeas corpus en el Perú <i>Luis Alberto Huerta Guerrero (Perú)</i>	557

III. Derecho de la integración

El nuevo Tribunal Arbitral del Mercosur <i>Wilfrido Fernández (Paraguay)</i>	595
Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur <i>Roberto Puceiro Ripoll (Uruguay)</i>	615

Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur a través de los tribunales superiores de los Estados partes <i>Roberto Ruiz Díaz Labrano (Paraguay)</i>	629
El Tribunal de Justicia Permanente de la CAN y el Mercosur <i>Ricardo Vigil Toledo (Perú)</i>	653
Eficacia de las instituciones en el Mercosur. El caso de la Secretaría Técnica <i>Mario J. Filadoro (Argentina)</i>	667
Jerarquía del derecho comunitario (análisis del caso boliviano) <i>Rodrigo Javier Garrón Bozo (Bolivia)</i>	703
Las medidas cautelares dictadas por la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la controversia entre Nicaragua y Honduras por la ratificación del tratado Ramírez-López y la aplicación de la ley 325 como contramedida <i>Orlando Guerrero Mayorga (Nicaragua)</i>	719
Instrucciones para la presentación de los artículos	729

TOMO II

IV. Derecho indígena

Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario <i>Raúl Llasag Fernández (Ecuador)</i>	749
Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional <i>Frank Semper (Alemania)</i>	761
La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco <i>Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano (Guatemala)</i>	779
Tratados de libre comercio, propiedad intelectual y protección del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas <i>Ignacio Basombrío (Perú)</i>	797
El proceso penal indígena: desde el delito hasta la sanción <i>Bolívar Beltrán Gutiérrez (Ecuador)</i>	807
Avances del acceso de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala <i>Rita Marina García Ajquijay (Guatemala)</i>	815

V. Derechos y garantías individuales

La libertad de asociación y de reunión en México <i>Miguel Carbonell (México)</i>	825
Interpretación constitucional. Análisis a la luz de casos concretos sobre derechos fundamentales y derechos humanos <i>Matthias Herdegen (Alemania)</i>	843

Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica <i>Jaime Araújo Rentería (Colombia)</i>	853
El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana <i>Luis Castillo Córdova (Perú)</i>	879
Contenido y alcances del hábeas data en Bolivia <i>Willman Ruperto Durán Ribera (Bolivia)</i>	903
A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor <i>Túlio Lima Vianna (Brasil)</i>	933
La censura judicial <i>Augusto César Belluscio (Argentina)</i>	949
Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>Néstor Pedro Sagüés (Argentina)</i>	965
Los derechos individuales en el procedimiento de extradición y en la Orden Europea de Detención y Entrega <i>Esther Gómez Campelo (España)</i>	977
Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán <i>Evelyn Haas (Alemania)</i>	1007
Las garantías constitucionales del proceso penal <i>Dino Carlos Caro Coria (Perú)</i>	1027
El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental <i>Oscar Julián Guerrero (Colombia)</i>	1047
La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico <i>Miguel Ángel Iglesias Río y Juan Antonio Pérez Parente (España)</i>	1071

VI. Derechos humanos regionales e internacionales

Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana <i>Sergio García Ramírez (México)</i>	1111
El derecho del acusado a un juicio justo según la Convención Europea de Derechos Humanos <i>Rudolf Dolzer (Alemania) y Jan Wetzel (Alemania)</i>	1175
Reaccionarismo penal frente al ¿terrorismo? La crisis de los derechos fundamentales ante las reformas penales coyunturales <i>Gerardo Briceño (Venezuela)</i>	1191
La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus reglamentos <i>Rolando E. Gialdino (Argentina)</i>	1207
El desarrollo jurisprudencial del sistema comunitario de protección de los derechos humanos: la experiencia europea <i>Susana Mosquera Monelos (España)</i>	1225

Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina <i>Enrique S. Petracchi (Argentina)</i>	1253
Paisajes de una Argentina invisible <i>Fabián Ferreira, Mariano Capel, Paula Harrington, Magali Miranda, Federico Robledo y Daniel Tur (Argentina)</i>	1279
Los derechos fundamentales: el desafío para el constitucionalismo chileno del siglo XXI <i>Claudio Nash Rojas (Chile)</i>	1305
El Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en Perú. Un resumen crítico respecto a los avances de sus recomendaciones <i>Adrian Oelschlegel (Alemania)</i>	1335
VII. Derecho internacional público	
El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas <i>Lautaro Ríos Álvarez (Chile)</i>	1371
Las declaraciones de la Unesco en materia de bioética, genética y generaciones futuras. Su importancia y su incidencia en el desarrollo del derecho internacional <i>Héctor Gros Espiell (Uruguay)</i>	1405
O Tribunal Penal Internacional e sua integração ao direito brasileiro <i>Valerio de Oliveira Mazzuoli (Brasil)</i>	1417
História e razão do paradigma vestefaliano <i>Marcílio Toscano França Filho (Brasil)</i>	1445
Instrucciones para la presentación de los artículos	1467

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2006

ANUARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL
LATINOAMERICANO
2006

Tomo II



Konrad
-Adenauer-
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Sudamérica

© 2006 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

Año 12

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.

Tiergartenstrasse 35

D-10785 Berlin

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo

Uruguay

Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974

Fax: (#598-2) 908 6781

e-mail: ius@kasuy.org

www.kas.de

Editor Responsable

Jan Woischnik

Asistentes de Redacción

Rosario Navarro

Manfred Steffen

Correctores

María Cristina Dutto (español)

Paulo Baptista (portugués)

Impreso en Mastergraf

Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60*

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 338.851 - Comisión del Papel

Edición amparada al Decreto 218/96

ISSN 1510-4974

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido citando la fuente.

Índice

TOMO II

Prefacio	11
I. Derecho constitucional	
Perspectivas trialistas para la valoración de la ética judicial <i>Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina)</i>	15
La evolución del concepto europeo de Estado de derecho <i>Jürgen Brand (Alemania)</i>	37
Peligrosos prejuicios sobre soberanía <i>Heber Arbuét-Vignali (Uruguay)</i>	65
Reforma constitucional en Chile <i>Francisco Cumplido Cereceda (Chile)</i>	105
Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia <i>Fernando Muñoz León (Chile)</i>	115
La reforma constitucional: criterios de justiciabilidad <i>Matthias Herdegen (Alemania)</i>	131
Retos de la reforma judicial en las sociedades de la información. La situación en España y Perú <i>Laura Zúñiga Rodríguez (España)</i>	137
Los partidos políticos en el sistema constitucional de la República Federal de Alemania. Fundamentos jurídico-constitucionales y realidad constitucional <i>Rupert Scholz (Alemania)</i>	171
La jerarquía de las leyes constitucionales en el derecho constitucional guatemalteco <i>Carlos Rafael Rodríguez-Cerna Rosada (Guatemala)</i>	183
La regulación de los estados de excepción en Guatemala y la necesidad de reforma de la Ley de Orden Público que los contiene, para su congruencia con la normativa de la Constitución Política de la República <i>Luis Felipe Sáenz J. (Guatemala)</i>	203

Teoria geral das Comissões Parlamentares de Inquérito brasileiras <i>Hidemberg Alves da Frota (Brasil)</i>	229
Estado social y ordenación constitucional del sistema económico venezolano <i>José Ignacio Hernández G. (Venezuela)</i>	261
La pertenencia de las bancas en el ordenamiento argentino <i>Mario A. R. Midón (Argentina)</i>	287

II. Derecho procesal constitucional

Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina <i>Francisco Fernández Segado (España)</i>	301
El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma <i>Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)</i>	353
El derecho procesal constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional <i>Aníbal Quiroga León (Perú)</i>	377
Constitución y relaciones internacionales. El control constitucional previo en la Comunidad Andina, el Mercosur, y su tratamiento en la Constitución Política del Estado de la República de Bolivia <i>Juan Carlos Dueñas Muñoz (Bolivia)</i>	405
Eficacia de la sentencia de amparo en la jurisdicción ordinaria. Reflexiones <i>Jorge Eduardo Tenorio (El Salvador)</i>	443
El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias <i>Humberto Nogueira Alcalá (Chile)</i>	449
La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano <i>Víctor Bazán (Argentina)</i>	475
La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco (análisis sobre la acción, el proceso y la decisión de inconstitucionalidad abstracta) <i>Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez (Guatemala)</i>	507
El proceso constitucional de hábeas corpus en el Perú <i>Luis Alberto Huerta Guerrero (Perú)</i>	557

III. Derecho de la integración

El nuevo Tribunal Arbitral del Mercosur <i>Wilfrido Fernández (Paraguay)</i>	595
Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur <i>Roberto Puceiro Ripoll (Uruguay)</i>	615

Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur a través de los tribunales superiores de los Estados partes <i>Roberto Ruiz Díaz Labrano (Paraguay)</i>	629
El Tribunal de Justicia Permanente de la CAN y el Mercosur <i>Ricardo Vigil Toledo (Perú)</i>	653
Eficacia de las instituciones en el Mercosur. El caso de la Secretaría Técnica <i>Mario J. Filadoro (Argentina)</i>	667
Jerarquía del derecho comunitario (análisis del caso boliviano) <i>Rodrigo Javier Garrón Bozo (Bolivia)</i>	703
Las medidas cautelares dictadas por la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la controversia entre Nicaragua y Honduras por la ratificación del tratado Ramírez-López y la aplicación de la ley 325 como contramedida <i>Orlando Guerrero Mayorga (Nicaragua)</i>	719
Instrucciones para la presentación de los artículos	729

TOMO II

IV. Derecho indígena

Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario <i>Raúl Llasag Fernández (Ecuador)</i>	749
Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional <i>Frank Semper (Alemania)</i>	761
La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco <i>Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano (Guatemala)</i>	779
Tratados de libre comercio, propiedad intelectual y protección del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas <i>Ignacio Basombrío (Perú)</i>	797
El proceso penal indígena: desde el delito hasta la sanción <i>Bolívar Beltrán Gutiérrez (Ecuador)</i>	807
Avances del acceso de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala <i>Rita Marina García Ajquijay (Guatemala)</i>	815

V. Derechos y garantías individuales

La libertad de asociación y de reunión en México <i>Miguel Carbonell (México)</i>	825
Interpretación constitucional. Análisis a la luz de casos concretos sobre derechos fundamentales y derechos humanos <i>Matthias Herdegen (Alemania)</i>	843

Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica <i>Jaime Araújo Rentería (Colombia)</i>	853
El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana <i>Luis Castillo Córdova (Perú)</i>	879
Contenido y alcances del hábeas data en Bolivia <i>Willman Ruperto Durán Ribera (Bolivia)</i>	903
A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor <i>Túlio Lima Vianna (Brasil)</i>	933
La censura judicial <i>Augusto César Belluscio (Argentina)</i>	949
Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>Néstor Pedro Sagüés (Argentina)</i>	965
Los derechos individuales en el procedimiento de extradición y en la Orden Europea de Detención y Entrega <i>Esther Gómez Campelo (España)</i>	977
Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán <i>Evelyn Haas (Alemania)</i>	1007
Las garantías constitucionales del proceso penal <i>Dino Carlos Caro Coria (Perú)</i>	1027
El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental <i>Oscar Julián Guerrero (Colombia)</i>	1047
La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico <i>Miguel Ángel Iglesias Río y Juan Antonio Pérez Parente (España)</i>	1071

VI. Derechos humanos regionales e internacionales

Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana <i>Sergio García Ramírez (México)</i>	1111
El derecho del acusado a un juicio justo según la Convención Europea de Derechos Humanos <i>Rudolf Dolzer (Alemania) y Jan Wetzel (Alemania)</i>	1175
Reaccionarismo penal frente al ¿terrorismo? La crisis de los derechos fundamentales ante las reformas penales coyunturales <i>Gerardo Briceño (Venezuela)</i>	1191
La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus reglamentos <i>Rolando E. Gialdino (Argentina)</i>	1207
El desarrollo jurisprudencial del sistema comunitario de protección de los derechos humanos: la experiencia europea <i>Susana Mosquera Monelos (España)</i>	1225

Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina <i>Enrique S. Petracchi (Argentina)</i>	1253
Paisajes de una Argentina invisible <i>Fabián Ferreira, Mariano Capel, Paula Harrington, Magali Miranda, Federico Robledo y Daniel Tur (Argentina)</i>	1279
Los derechos fundamentales: el desafío para el constitucionalismo chileno del siglo XXI <i>Claudio Nash Rojas (Chile)</i>	1305
El Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en Perú. Un resumen crítico respecto a los avances de sus recomendaciones <i>Adrian Oelschlegel (Alemania)</i>	1335
VII. Derecho internacional público	
El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas <i>Lautaro Ríos Álvarez (Chile)</i>	1371
Las declaraciones de la Unesco en materia de bioética, genética y generaciones futuras. Su importancia y su incidencia en el desarrollo del derecho internacional <i>Héctor Gros Espiell (Uruguay)</i>	1405
O Tribunal Penal Internacional e sua integração ao direito brasileiro <i>Valerio de Oliveira Mazzuoli (Brasil)</i>	1417
História e razão do paradigma vestefaliano <i>Marcílio Toscano França Filho (Brasil)</i>	1445
Instrucciones para la presentación de los artículos	1467

IV. Derecho indígena

- *Raúl Llasag Fernández (Ecuador)*
Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario
- *Frank Semper (Alemania)*
Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional
- *Rodolfo Rohmoser Valdeavellano (Guatemala)*
La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco
- *Ignacio Basombrío (Perú)*
Tratados de libre comercio, propiedad intelectual y protección del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas
- *Bolívar Beltrán Gutiérrez (Ecuador)*
El proceso penal indígena: desde el delito hasta la sanción
- *Rita Marina García Ajquijay (Guatemala)*
Avances del acceso de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala

Raúl Llasag Fernández (Ecuador) *

Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario

1. Introducción

La reforma constitucional de 1996 declaró al Ecuador como “Estado Multiétnico y Pluricultural”, lo que se ratificó en la Constitución vigente desde el 10 de agosto de 1998.

La consagración constitucional del principio de la diversidad étnica y cultural¹ responde a una realidad. Por ello, algunos autores lo denominan también *adjetivos*, *predicados básicos*, *constitución de la Constitución*² o *decisiones constitucionales fundamentales*.³ Por tanto, este principio no es una mera declaración puramente retórica, sino que constituye una proyección en el plano jurídico del carácter democrático, participativo y pluralista de la República.⁴

* Miembro del pueblo Kichwa de Cotopaxi. Doctor en Jurisprudencia. Candidato a magíster en Derecho Constitucional. Ex secretario técnico del Parlamento Indígena de América y ex director ejecutivo del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador. Consultor jurídico externo de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) en Derecho de los Pueblos Indígenas. Conferencista en la Administración de Justicia Indígena. Autor de varios artículos referentes a los derechos de los pueblos indígenas. <rllasag@hotmail.com>

¹ Preámbulo de la Constitución Política del Ecuador; artículos 1, 3 y 62 de la misma Constitución.

² Ángel Garrorena Morales: *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid: Tecnos, pp. 21 y 22.

³ Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución*, citado por Garrorena o. cit., p. 21.

⁴ Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: ST-188/93, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muños; ST-342/94, magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Este principio, adjetivo, predicado básico, constitución de la Constitución o decisión constitucional fundamental de la diversidad étnica y cultural reconoce implícitamente a las colectividades o pueblos indígenas como nuevos sujetos de derecho, con sus diferentes formas de vida y sistemas de comprensión del mundo, diferentes de la cultura occidental; pero además obliga de manera fundamental a lo siguiente:

1. A desarrollar el principio de manera transversal en toda la normatividad constitucional, lo que en el caso del Ecuador se ha cumplido de manera parcial, pues únicamente se limita a reconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas, pero no se cambia la estructura del Estado.
2. A que las normas existentes se adecuen a este principio y las normas que se dictaren lo precautelen y desarrollen.
3. Al desarrollo obligatorio en la interpretación constitucional y legal, pues se presumen criterios básicos para la construcción de un nuevo Estado y, entre ellos, el bienestar de los sujetos de derechos.
4. A la readecuación o redefinición de conceptos jurídicos, políticos, económicos, sociales, religiosos, etcétera.
5. A la reestructuración de las funciones o instituciones del Estado.
6. A la aplicación obligatoria en las políticas públicas.
7. Al cambio tanto de la mentalidad como de los referentes y actitudes racistas y etnocéntricos, porque dichos marcos no permiten análisis científico alguno y tampoco permiten conocer y entender a las colectividades diversas, lo que demanda elementos intersociales, interculturales y mutidisciplinarios que permitan construir sistemas lógicos estructurados.

Pero ¿qué tiene que ver esto con el tema de la jurisdicción y competencia en la administración de justicia indígena? Durante muchos años se ha pretendido imponer y desarrollar el modelo de *Estado uninacional*, es decir, un Estado con un solo territorio, una sola religión, una sola forma de educación, una sola forma de familia, una sola cultura, una sola forma de producción de derecho, una sola forma de administrar justicia, etcétera.

Para alcanzar este ideal y de una sociedad y organización política homogénea, los gobiernos, a lo largo de la historia, han seguido diversas políticas con respecto a las minorías culturales. Algunas minorías fueron físicamente eliminados, ya fuese mediante expulsiones masivas (lo que hoy se denomina *limpieza étnica*) o bien mediante el genocidio. Otras minorías fueron asimiladas de forma coercitiva, forzándolas a adoptar el lenguaje, la religión y las costumbres de la mayoría. En otros casos, las minorías fueron tratadas como extranjeros residentes, sometidos a segregación física y discriminación económica, así como a privación de los derechos políticos.⁵

En el contexto de la organización política y social referida, se desarrolla la doctrina jurídica llamada *derecho moderno*, que establece un modelo de configuración

⁵ Will Kymlicka: *Ciudadanía multicultural*, trad. Carme Castells Auleda, Barcelona: Paidós, 1996, p. 14.

estatal que supone el monopolio estatal de la violencia legítima, la producción jurídica y la administración de justicia. Es lo que se llama el *monismo jurídico*.⁶ En esta doctrina del monismo jurídico se desarrolla y se reconoce a un solo sujeto de derecho individual, se asimila la idea de la identidad Estado-derecho proveniente de la teoría jurídica positivista formulada originalmente por Hans Kelsen, y consecuentemente se centraliza el poder político en el Estado y se especializan las formas de control social.

En este modelo de Estado, y por tanto desde la doctrina política y jurídica desarrollada, no es nada fácil explicar ni encontrar alternativas de convivencia de pueblos diversos dentro de un mismo Estado.

Por ello, es importante entender lo que implica la aparición del principio de la diversidad étnica y cultural en nuestra Constitución Política, sin que de ninguna manera se pretenda aquí desarrollar sus implicaciones, pues sería un completo tema de trabajo de investigación. Por ello, en este ensayo únicamente dejo enunciadas varias de esas implicaciones.

Pueblos indígenas, nuevos sujetos de derecho

La categoría de *pueblos indígenas* jurídicamente no existe sino a partir de la vigencia de la Constitución de 1998, pero ello no significa que antes de ese año no existieran, pues han sobrevivido en condiciones de ilegalidad estatal y subordinación política, adquiriendo formas clandestinas y marginales. Justamente por ello, desde el movimiento indígena se planteó la reforma de la Constitución Política que recogiera de alguna forma la realidad del Estado ecuatoriano.

Frente a esta exigencia del movimiento indígena, se incrusta el principio de la diversidad étnica y cultural en la Constitución Política y se reconoce como un nuevo sujeto de derecho a los pueblos indígenas,⁷ que son colectividades agrupadas en comunidades con formas de vida propias, con un territorio definido, con creencias, prácticas sociales, formas de gobierno, de resolución de conflictos y de socialización.

Estas colectividades diferentes que forman parte del Estado Ecuatoriano⁸ tienen un derecho fundamental: el de la autonomía o libertad.

La autonomía, en este caso, implica que el grupo puede tomar las decisiones que son vitales para su permanencia como grupo, que deben darse la condiciones para que estas decisiones puedan ser tomadas (libertad en sentido positivo) y que no debe haber intervenciones en la toma de decisiones (libertad en sentido negativo).⁹

⁶ Raquel Yrigoyen Fajardo: *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999, p. 11.

⁷ Artículos 1, 83, 84 y 191 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

⁸ Artículo 83 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

⁹ Esther Sánchez Botero: *La jurisdicción especial indígena*, Santa Fe de Bogotá: Procuraduría General de la Nación e Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2000, p. 104.

A partir de este derecho fundamental, la Constitución Política reconoce a los pueblos indígenas varios derechos, entre los que en este ensayo me voy a permitir señalar los siguientes: “Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de autoridad”;¹⁰ “Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico”;¹¹ “Territorios, lo que cubre la totalidad de hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”;¹² “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes”.¹³

El principio de la diversidad étnica y cultural así concebido permite el reconocimiento del pluralismo jurídico establecido en el inciso cuarto del artículo 191 de la Constitución Política.

El “pluralismo jurídico o legal”, a diferencia del monismo legal, permite hablar de la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. En términos genéricos se llama sistema jurídico o “derecho” a los sistemas de normas, instituciones, autoridades y procedimientos que permiten regular la vida social y resolver conflictos. También incluye normas que establecen cómo se crean o cambian las normas, los procedimientos, las instituciones y autoridades.¹⁴

Consecuentemente, la inclusión del pluralismo jurídico en la norma constitucional indicada comprende el reconocimiento de:

1. pueblos indígenas como nuevos sujetos de derechos;
2. las autoridades de los pueblos indígenas;
3. existencia de normas y procedimientos propios, no solamente para resolver los conflictos internos, sino también para elegir las autoridades, crear instituciones, crear normas internas;
4. la facultad de conocer, resolver y obligar el cumplimiento de sus resoluciones haciendo uso de la fuerza pública.

En este contexto, intentaré dilucidar el tema de la jurisdicción y la competencia de los pueblos indígenas para administrar justicia.

¹⁰ Artículo 84.7 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

¹¹ Artículo 84.1 de la Constitución Política de la República del Ecuador

¹² Artículo 13, 14, 15 del Convenio 169 de la OIT; artículos 84.2, 84.3, 84.4, 84.5 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

¹³ Artículo 191, inciso cuarto, de la Constitución Política de la República del Ecuador.

¹⁴ Yrigoyen Fajardo: o. cit., p. 20.

2. Jurisdicción

La jurisdicción, como “facultad de administrar justicia”,¹⁵ constituye un poder, poder que desde el monismo jurídico “pertenece al Estado de manera privativa, que no se puede delegar”.¹⁶

Desde la perspectiva teórica del pluralismo jurídico, este poder ¿está limitado al Estado y por tanto es indelegable? Me parece que no, pues, la Constitución Política concede a los pueblos indígenas el poder de administrar justicia, y ese poder se concreta por intermedio de sus autoridades. A esas autoridades no las elige o “capacita”¹⁷ el Estado sino el pueblo indígena en ejercicio de la autonomía comunitaria. A su vez, las autoridades de los pueblos indígenas, cuando administren justicia, aplicarán normas y procedimientos propios; éstos son elaborados por el mismo pueblo indígena siguiendo sus normas internas. Por tanto, tienen facultades legislativas.

¿De dónde proviene el poder de administrar justicia? De la Constitución Política de la República.¹⁸ Los pueblos indígenas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible;¹⁹ por tanto, el paraguas que nos cobija a todos los ecuatorianos, incluidos los pueblos indígenas, es la Constitución Política.

La teoría clásica del derecho procesal establece como elementos de la jurisdicción: la facultad de conocer los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia corresponden a cada autoridad, que presupone la facultad de citar a las partes, recaudar pruebas, hacer notificaciones (*notio*), la facultad de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento (*iudicium*) y la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas sus decisiones (*imperium*).²⁰

Si la Constitución Política reconoce la jurisdicción a los pueblos indígenas, debe entenderse que estos elementos (*notio*, *iudicium* e *imperium*) también son constitutivos de ella. Pero tampoco es mi intención desarrollarlo en este ensayo, sino tratar de dejar planteadas algunas inquietudes con respecto a la competencia.

3. Competencia

Si desde la teoría del monismo jurídico la jurisdicción es el poder de administrar justicia privativa e indelegable del Estado, la competencia es la “capacidad que el

¹⁵ Andrés F. Córdova, citado por Jorge Zavala Baquerizo: *El proceso penal*, tomo I, 4.^a ed., Bogotá, 1989, p. 122.

¹⁶ Zavala Baquerizo: o. cit., p. 12.

¹⁷ *Ibidem*, p. 123.

¹⁸ Walter Guerrero: *Jurisdicción y competencia*, tomo I, Quito: Colección Ensayistas de Hoy, 1989, p. 79.

¹⁹ Artículo 83 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

²⁰ *Enciclopedia jurídica Omeba*, tomo XVII, Buenos Aires: Driskill, pp. 359 y 538.

Estado concede al órgano jurisdiccional para que, a su nombre, ejerza la función de administrar justicia”.²¹

En un Estado multiétnico y pluricultural, evidentemente tal concepción de la competencia no permite el desarrollo de este nuevo modelo de Estado; por ello tendríamos que realizar los siguientes interrogantes: ¿quién concede la capacidad para ejercer la función de administrar justicia a las autoridades de los pueblos indígenas?; ¿quién elige a las autoridades de los pueblos indígenas?; ¿quién determina las normas y procedimientos para administrar justicia?

De alguna manera ya se ha contestado a estos interrogantes, pero cabe precisar. Las autoridades de los pueblos indígenas que administran justicia son designadas por los mismos pueblos indígenas, siguiendo los procedimientos vigentes en cada uno de ellos, y que por cierto pueden diferir de un pueblo a otro, por su carácter de ser pueblos diferentes. Si las autoridades que administran justicia son designadas por cada uno de los pueblos indígenas, éstos les conceden la facultad de administrar justicia, en ejercicio de su poder autónomico. Las normas y procedimientos que aplicarán las autoridades de los pueblos indígenas facultadas para administrar justicia los determinan cada uno de los pueblos indígenas en ejercicio de su facultad legislativa.

Debemos entender la competencia en la jurisdicción especial de los pueblos indígenas como la capacidad que tienen las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer la función de administrar justicia.

La teoría clásica del derecho procesal ha establecido reglas básicas que determinan la competencia de una autoridad facultada para administrar justicia; éstas son: la materia, la persona y el territorio. ¿Rigen estas reglas para la jurisdicción especial indígena?

Competencia material

La teoría clásica del derecho procesal se desarrolla dentro de la óptica del monismo jurídico, y, dentro de ella, la materia es la regla que determina la competencia. Esta regla se justifica “porque la administración de justicia procura la especialización y tecnificación de los jueces y magistrados, que solamente se logra al profundizar el estudio en uno de los amplios campos de la ciencia jurídica”.²²

Los sistemas jurídicos indígenas, “con diferentes principios normativos y directrices para la acción concreta, no están siempre y necesariamente garantizados por la coacción mediante un cuerpo especializado. A veces son sancionados por el mero acuerdo, creencias y controles ‘difusos’, y transmitidos mediante la creencia en mitos. Igualmente tampoco cabe exigir que las normas jurídicas estén especializadas y

²¹ Zavala Baquerizo: o. cit., tomo 1, p. 129.

²² Guerrero: o. cit., p. 165.

separadas de otras esferas de la vida social”;²³ por ello tampoco existen jueces y operadores jurídicos especializados en la administración de justicia de los pueblos indígenas.

Por esta razón y con mucha sabiduría, ni en el artículo 191, inciso cuarto, de la Constitución Política del Estado, ni tampoco en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se “limita el conocimiento de alguna materia al derecho y la justicia indígena. Jurídicamente, pueden regular y conocer todas las materias, sin límite alguno de cuantía o gravedad. Es más: el Convenio 169 de la OIT especifica que se respetarán los métodos de control penal de los pueblos indígenas, por lo cual inclusive es claro que la materia penal (si se pretendiera dividir por materias) es de conocimiento del derecho indígena. A diferencia del sistema colonial y del modelo republicano integracionista, no se limitan las materias que pueda conocer el derecho indígena a casos de menor gravedad o de mínima cuantía. En síntesis, el derecho y la justicia indígenas están facultados para regular y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias, sin importar [su] gravedad o cuantía”.²⁴

Competencia personal

Los derechos indígenas están destinados a la regulación ordinaria de la vida social y la vida interna de los pueblos indígenas, sus comunidades y miembros como parte del derecho a la propia vida cultural; en este sentido debe tenerse en cuenta el grupo étnico al que pertenecen las partes involucradas.

Antes de graficar las diferentes situaciones que se pueden presentar al dilucidar la competencia personal, es necesario establecer: ¿cómo se determina la pertenencia étnica de una persona?, o ¿cuáles son los criterios para considerar a una persona miembro de un pueblo indígena? Éste es un tema que debe dilucidar el derecho indígena de cada uno de los pueblos indígenas, pero básicamente se determina por el hecho de que la persona se identifique como miembro o parte de un pueblo indígena y que ese pueblo indígena lo considere como miembro. Los pueblos indígenas suelen considerar miembros a las personas que participan activamente en la vida comunitaria, generalmente a través de mingas, reuniones, aportes económicos e intelectuales, actos sociales, etcétera.

Al momento de determinar la competencia por la pertenencia étnica, se pueden presentar varios casos en combinación con la competencia territorial y otras circunstancias.

1. Un miembro de un pueblo indígena tiene un conflicto con otro miembro del mismo pueblo indígena y los hechos ocurren en el territorio de ese pueblo. En

²³ Sánchez Botero: o. cit., p. 59.

²⁴ Yrigoyen Fajardo: o. cit., p. 90.

este caso no hay duda de que la competencia es de la autoridad de ese pueblo indígena.

2. Un miembro de un pueblo indígena tiene un conflicto con otro miembro del mismo pueblo indígena y los hechos ocurren fuera del territorio ese pueblo. En este caso, generalmente conoce la autoridad del pueblo indígena al que pertenecen los infractores.
3. Un miembro de un pueblo indígena tiene un conflicto con otro miembro del mismo pueblo y los hechos ocurren en el territorio de otro pueblo indígena. En este caso pueden darse varias situaciones: a) que sea conocido y resuelto por la autoridad del pueblo indígena al cual pertenecen los infractores; b) que sea conocido por la autoridad del pueblo indígena donde se produjeron los hechos; c) que sea conocido por las autoridades de los dos pueblos indígenas; d) que las autoridades de ambos pueblos, de mutuo acuerdo, decidan la competencia.
4. Un miembro de un pueblo indígena tiene un conflicto con un miembro de otro pueblo indígena y los hechos ocurren en el territorio del pueblo indígena de uno de los infractores. En este caso se dan también varias posibilidades: a) que sea conocido por la autoridad del pueblo indígena donde se produjeron los hechos; b) que sea conocido por las autoridades de los dos pueblos indígenas; c) que las autoridades de los ambos pueblos, de mutuo acuerdo, decidan la competencia.
5. Un miembro de un pueblo indígena tiene un conflicto con un miembro de otro pueblo indígena y los hechos ocurren en el territorio de un tercer pueblo indígena. En este caso las posibilidades son: a) que sea conocido y resuelto por la autoridad del pueblo indígena al cual pertenece uno de los infractores; b) que sea conocido por la autoridad del pueblo indígena donde se produjeron los hechos; c) que sea conocido por las autoridades de los tres pueblos indígenas; d) que las autoridades de los tres pueblos, de mutuo acuerdo, decidan la competencia.
6. Un miembro de un pueblo indígena tiene un conflicto con un miembro de otro pueblo indígena y los hechos ocurren fuera de los territorios de los pueblos indígenas. En este caso pueden darse varias situaciones: a) que sea conocido y resuelto por la autoridad del pueblo indígena al cual pertenece uno de los infractores; b) que sea conocido por las autoridades de los dos pueblos indígenas; c) que las autoridades de ambos pueblos, de mutuo acuerdo, decidan la competencia.
7. Un no indígena comete una infracción en contra de un miembro de un pueblo indígena, en territorio de éste. En este evento, de manera general conoce y resuelve la autoridad del pueblo indígena al cual pertenece la víctima, excepto si la conducta no está sancionada en el sistema jurídico indígena.
8. Un miembro de un pueblo indígena tiene un conflicto con un no indígena y los hechos se producen fuera de los pueblos indígenas. En estas circunstancias deben tomarse en consideración tres cuestiones: a) Que la conducta sólo esté sancionada por el ordenamiento nacional y no por el sistema jurídico

indígena. En este evento, a su vez, deberían tomarse en cuenta al menos dos circunstancias: a.1) que el miembro del pueblo indígena, de manera accidental, haya entrado en relación con una persona no indígena y que, por su particular cosmovisión, no le fuera dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable. En este caso el juez debería aplicar lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio 169 de la OIT y devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; a.2) que el miembro del pueblo indígena, por su especial relación con la cultura mayoritaria, conociera el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el sistema judicial estatal, en cuyo caso la competencia será del juez estatal. b) Que la conducta sea sancionada por los dos ordenamientos jurídicos; en esta circunstancia será de competencia de la jurisdicción nacional, tomado en consideración la conciencia étnica del miembro del pueblo indígena y el grado del aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar el tipo de sanción que se le impondrá, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT, en concordancia con el artículo 24.2 de la Constitución Política. c) Que la conducta sea sancionada únicamente por el ordenamiento jurídico indígena; en este caso debe ser de competencia de la autoridad indígena a la que pertenece.

Como regla general, si la autoridad Estatal es competente, en el momento de juzgar “a los miembros de los pueblos indígenas debe considerar su cultura y costumbres, conforme lo establece el artículo 9 del Convenio 169 de la OIT [...] si se imponen sanciones, éstas deben ser preferentemente alternativas a la cárcel, por así ordenarlo el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT”.²⁵

9. Dos no indígenas tienen conflictos entre sí y los hechos se producen en el territorio de un pueblo indígena. Este caso debería ser de competencia de las autoridades estatales. En este evento pueden darse tres situaciones: 1) que la conducta sea sancionada únicamente por el sistema jurídico nacional, caso que debe ser conocido y resuelto por la autoridad estatal; 2) que la conducta sea sancionada por los dos ordenamientos jurídicos; en este evento será de competencia de la autoridad estatal; o 3) que la conducta sea sancionada únicamente por el sistema jurídico indígena, en cuyo caso deberá conocer la autoridad indígena.
10. También se dan conflictos entre dos pueblos indígenas, casos en los cuales generalmente recurren a una organización de segundo o tercer grado.²⁶

²⁵ Raúl Llasag Fernández: “Derechos colectivos y administración de justicia indígenas”, en Judith Salgado (comp.): *Justicia indígena, aportes para un debate*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2002.

²⁶ Artículo 28 del Estatuto del Pueblo Situ Kara.

Competencia territorial

Ni el artículo 191, inciso cuarto, de la Constitución de la República del Ecuador, ni el Convenio 169 de la OIT, especifican nada sobre la competencia territorial del derecho indígena, aunque el instrumento internacional indicado tiene un capítulo referido al territorio y tierras de los pueblos indígenas.²⁷ Sin embargo, la competencia para la regulación de la administración de justicia indígena es el espacio territorial en el que se ubican los pueblos y comunidades indígenas.

Surge una inquietud: ¿qué es territorio de un pueblo indígena o comunidad indígena? El Convenio 169 de la OIT conceptualiza el territorio como “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”,²⁸ pero también se debería entender así a los espacios tradicionales de las actividades económicas y culturales del pueblo indígena, como los mercados adonde concurren mayoritariamente los miembros de los pueblos indígenas.

Como se pudo apreciar al revisar la competencia personal, pueden darse situaciones jurídicas o conflictos fuera del pueblo indígena o las comunidades pero cuyos sujetos están bajo la jurisdicción y competencia de las autoridades de los pueblos indígenas.

En tales casos, el derecho y la justicia indígenas también podrían ser competentes para garantizar el derecho a la propia vida cultural de las personas indígenas comprometidas en la situación que se trate. Dichos casos podrían remitirse a la justicia indígena.²⁹

Conclusiones

1. El artículo 191, inciso cuarto, de la Constitución Política de la República del Ecuador reconoce el pluralismo jurídico.
2. Los sujetos jurídicos del derecho de administración de justicia son los pueblos indígenas.
3. La jurisdicción indígena comprende los poderes de la *notio*, la *indicium* y el *imperium*.
4. La competencia en el caso de los pueblos indígenas está delimitada por el territorio, la pertenencia étnica y las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración de los sujetos respecto a la cultura mayoritaria, factores que se conjugarán para determinar el conflicto interno.
5. No existe limitación de la competencia por materias; por tanto, la jurisdicción indígena tiene la facultad de conocer todos los conflictos internos, sin importar su cuantía ni su materia.

²⁷ Artículos 13 al 19 del Convenio 169 de la OIT.

²⁸ Artículo 13.2 del Convenio 169 de la OIT.

²⁹ Yrigoyen Fajardo: o. cit., p. 90.

Bibliografía

- CHENAUT, Victoria: *Pueblos indígenas ante el derecho*, México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, CIESAS, 1994.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura: *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá: ILSA, 1991.
- GARRORENA MORALES, Ángel: *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid: Tecnos.
- GUERRERO, Walter: *Jurisdicción y competencia*, tomo I, Quito: Colección Ensayistas de Hoy, 1989.
- Enciclopedia jurídica Omeba*, tomo XVII, Buenos Aires: Driskill.
- KYMLICKA, Will: *Ciudadanía multicultural*, trad. Carme Castells Auleda, Barcelona: Paidós, 1996.
- *Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, n.º 3, octubre 1997.
- INSTITUTO INDIGENISTA INTERAMERICANO: *Memorias. Seminario Internacional sobre Administración de Justicia Indígena y Pueblos Indígenas*, San José, 1999.
- LEVAGGIL, Abelardo: *El aborigen y el derecho en el pasado y el presente*, Universidad del Museo Social Argentino, 1990.
- LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl: “Discriminación de los pueblos indígenas: un enfoque jurídico”, en *Diversidad ¿sinónimo de discriminación?*, Quito: INREDH, serie Investigaciones 4, 2001.
- *Los derechos colectivos y el movimiento indígena*, Quito: Centro de Estudios Políticos y Sociales, Generalitat Valenciana y CONAIE, 2000.
- “Derechos colectivos y administración de justicia indígenas”, en Judith SALGADO (comp.): *Justicia indígena, aportes para un debate*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2002.
- PALACIO, Germán: *Pluralismo jurídico, el desafío al derecho oficial*, Bogotá, 1993.
- PNUD: *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.
- SÁNCHEZ BOTERO, Esther: *Justicia indígena y pueblos indígenas de Colombia*, Santa Fe de Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, UNIJUS, 1998.
- *La jurisdicción especial indígena*, Santa Fe de Bogotá: Procuraduría General de la Nación e Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2000.
- TAYLOR, Charles: *El multiculturalismo y la política de reconocimiento*, México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999.
- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge: *El proceso penal*, tomo I, 4.ª ed., Bogotá, 1989.

Frank Semper (Alemania) *

Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

1. Introducción

Desde fines de la década de 1980, la mayoría de los Estados latinoamericanos han intentado tomar en consideración los derechos de los pueblos indígenas que habitan su territorio en el marco de nuevas constituciones nacionales, y regular la relación con los pueblos indígenas bajo la influencia de una nueva actitud y política internacional.

Los pueblos indígenas y sus organizaciones políticas y sociales son un factor importante, sobre todo en los Estados andinos de Bolivia y Ecuador. En estos países, la confrontación permanente entre los gobiernos y los pueblos indígenas y sus organizaciones, producto de ideas divergentes sobre el futuro desarrollo del país, ha derivado en una profunda crisis institucional, que en el caso de Bolivia incluso podría poner en peligro la unidad nacional. En esencia, los temas centrales de estos conflictos son el alcance y los límites de la autonomía indígena, que amenaza con desbordar el marco del Estado constitucional existente. En tanto que para los Estados la reivindicación de autonomía de los indígenas excede lo posible, para los pueblos indígenas el grado de autonomía que ofrece el Estado no es suficiente. El antagonismo de las posturas encontradas afecta la identidad del Estado constitucional latinoamericano y sus cimientos.

* Periodista y doctor en Jurisprudencia, Goethe-Universität Frankfurt am Main (Alemania). Autor de varios libros sobre Latinoamérica. <frank.semper@sebra-verlag.de>

En Colombia, en cambio, la *cuestión indígena* desempeña un papel secundario en general. En buena medida ello guarda relación con el hecho de que la participación de los sectores indígenas en el total de la población no supera el 2%. De allí que la Asamblea Constituyente no tuvo mayores problemas en concederle amplios derechos en la Constitución Política de Colombia del 20 de julio de 1991 (CP).

La proclama de los derechos indígenas es un aspecto; su implementación y concreción, otro. La CP no sólo consagró constitucionalmente los derechos materiales de los indígenas, sino que además creó algunos instrumentos jurídicos procesales para su defensa y concreción, en particular la *acción de tutela* (artículo 86 de la CP)¹ y las instituciones correspondientes, entre las que se destaca la Corte Constitucional (artículos 239 ss.), de modo que los indígenas gozan de una efectiva protección jurídica. Desde que inició su labor y hasta la fecha, la Corte Constitucional ha dictado unas cincuenta sentencias² sobre los derechos de los indígenas, las que intentan iluminar las dudas existentes en cuanto a las disposiciones constitucionales.

La cuestión indígena está estrechamente relacionada con la problemática general de los derechos humanos, aunque no se limita a ella. En tanto que en lo concerniente a la conformación y el desarrollo del estatus constitucional se registran considerables avances para los pueblos indígenas en Colombia, su realidad es todo menos satisfactoria y se ve caracterizada por continuas y graves lesiones a sus derechos humanos.³

2. Las fuentes jurídicas del derecho indígena en Colombia

Con la puesta en vigencia de la nueva Constitución colombiana, el 7 de julio de 1991, comenzó una nueva era para los indígenas del país. Con la participación de tres

¹ “ Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando crea que éstos resultan vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

”La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

”Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

”En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

”La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

² Los fallos de la Corte Constitucional fueron extraídos del banco de datos JURISCOL, <http://juriscol.banrep.gov.co:8080/basisjurid_docs/jurisprudencia/juris_buscar_cortec_cont.html>.

³ Informes de la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2004/13 § 90-92, 17 de febrero de 2004; E/CN.4/2005/10, Anexo III § 7-9, 28 de febrero de 2005.

representantes indígenas, la Asamblea Constituyente incorporó amplias disposiciones sobre el derecho indígena en el texto constitucional que en su conjunto conforman una *constitución indígena*.⁴

La *atmósfera proindígena* durante las sesiones de la Asamblea Constituyente determinó que Colombia ratificara, en directa conexión con las disposiciones constitucionales, la Convención 169 de 1989 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la tradujera en derecho nacional mediante la ley 21 de 1991, que hasta ahora es la convención internacional más amplia para garantizar los derechos indígenas. Según la jurisprudencia permanente de la Corte Constitucional, las disposiciones constitucionales y las regulaciones de la convención 169 de la OIT forman un *bloque de constitucionalidad*.⁵

Las disposiciones legales pertinentes complementan las disposiciones constitucionales, y, dado que afectan al campo de los derechos humanos, queda excluida la limitación de sus contenidos, aun durante la vigencia de estados de excepción. En la medida en que se ven afectados los derechos humanos, una acción de tutela puede basarse en una violación a una disposición de la Convención 169 de la OIT.

Las disposiciones constitucionales y las regulaciones de la Convención 169 de la OIT se ven complementadas por varias leyes y decretos preconstitucionales que en parte datan del siglo XIX y siguen teniendo vigencia. Los sectores indígenas deducen algunos de sus derechos centrales de la ley 89 de 1890,⁶ mediante la cual se reintrodujo el estatus especial vigente en la época colonial para los indígenas (entre otros, el derecho a la autogestión, así como la exención del servicio militar y del pago de tributos).

A pesar de la construcción básicamente poco feliz de la ley y de una gran cantidad de conceptos discriminatorios,⁷ los sectores indígenas durante mucho tiempo la consideraron esta ley el *arma jurídica* para sus acciones.⁸

Además de las reglamentaciones jurisdiccionales del derecho positivo, cabe mencionar los derechos autóctonos (derecho consuetudinario indígena, derecho popular y derecho tribal, usos y costumbres) de los pueblos indígenas.

⁴ La gran cantidad de normas constitucionales que se ocupan de los derechos de los indígenas permite hablar de una *constitución indígena*, en pie de igualdad con los restantes cuatro ordenamientos fundamentales que son la constitución económica, la ambiental, la social y la cultural.

⁵ Instructiva es la sentencia de la Corte Constitucional (SCC) Sala Unida (SU)-510/98 y (Tutela) T-606/01.

⁶ “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes, que vayan reduciéndose a la vida civilizada”. Reproducido en Roque Roldán (comp.): *Fuero indígena colombiano*, Bogotá: Presidencia de la República, 1990, pp. 46-56.

⁷ LA CC declaró con sentencia de constitucionalidad (C)-139/96 como inconstitucionales las regulaciones discriminatorias de la ley 89 de 1890, aunque no puso en tela de juicio la vigencia de la ley.

⁸ Christian Gros: *Colombia indígena. Identidad cultural y cambio social*, Bogotá: Cerec, 1991, p. 220.

Los derechos autóctonos de los 82 pueblos indígenas en Colombia⁹ son múltiples y desarrollan diferentes efectos de cohesión sobre sus miembros. En el caso de la mayoría de los pueblos indígenas en Colombia, las reglas de conducta autóctonas forman parte de su orden social e identidad étnica. Sin perjuicio del reconocimiento de estos derechos en la Constitución, su fuerza interior nace de sus orígenes pre y extraestatales como derecho originario.

3. El principio constitucional de la diversidad étnica y cultural (artículo 7 de la CP)

El punto de referencia central para la actual situación jurídica de los pueblos indígenas en Colombia es la disposición constitucional del artículo 7 de la CP:

El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

El artículo 7 de la CP fue introducido con el propósito de poner oficialmente fin a la política de asimilación del Estado frente a los indígenas que desde la década de 1980 suscitó el rechazo internacional.¹⁰

La disposición se basa en la evidente intención del constituyente de terminar con la tutela de los indígenas por parte del Estado. No obstante, la naturaleza jurídica y el alcance del principio constitucional formulado en términos genéricos son poco claros y problemáticos. La Corte Constitucional determina el área de aplicación del artículo 7 de la CP en el caso concreto, ponderándolo con otros principios constitucionales que poseen un peso comparable.¹¹ Ubica el principio de la *diversidad étnica y cultural* en una relación directa con los principios de *democracia* y *pluralismo* (Preámbulo, artículos 1 y 2 de la CP),¹² señalando que se trata de una manifestación de la estructura pluralista del Estado colombiano.¹³ En el principio de la *diversidad étnica y cultural* quedaría establecido el estatus especial para las comunidades indígenas, el cual se manifestaría en el ejercicio de los derechos de legislación y jurisprudencia dentro de su área territorial, en coincidencia con sus propios valores culturales (artículo 246 de la CP), de la autogestión mediante poderes propios dentro de sus usos y costumbres (artículo 330 de la CP), la creación de distritos electorales especiales para senadores y diputados indígenas (artículos 171 y 176 de la CP) y el ejercicio irrestricto de la propiedad sobre sus *resguardos* y territorios.¹⁴ Asimismo, el principio debe ac-

⁹ Con 785 356 integrantes, cifras del DANE para 2002.

¹⁰ Respecto de la formulación concreta del artículo 7 de la CP, el diputado indígena Rojas Birri en *Gaceta Constitucional* n.º 67, p. 21.

¹¹ Véase SCC n.º T-349/96.

¹² SCC n.º SU-510/98, T-188/93, T-342/94, T-039/97.

¹³ SCC n.º SU-510/98.

¹⁴ SCC n.º SU-510/98.

tuar sobre la definición conceptual de los diferentes derechos fundamentales, que la Corte constitucional ha desarrollado en beneficio de las comunidades indígenas.¹⁵

El principio sólo debe ser limitado en la medida en que quede afectado un principio constitucional o un derecho fundamental en favor de un individuo de mayor rango.¹⁶

4. Los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derechos (fundamentales) colectivos

La Corte Constitucional define a las “comunidades indígenas” como sujetos de derechos (fundamentales) colectivos. En general, el tribunal utiliza el concepto de *comunidad indígena* para asegurar los derechos colectivos de los indígenas como grupo, sin recurrir al concepto más amplio e internacionalmente vinculante de *pueblo indígena*. El concepto de *comunidad indígena* tiene en Colombia una larga tradición y es habitual tanto entre los indígenas como en la política y la administración estatales.¹⁷

La definición legal consta en el decreto 2001 de 1988, artículo 2.¹⁸ En esta definición se entiende por comunidad indígena:

[...] el conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional como formas de gobierno y control social internos que las distinguen de otras comunidades rurales.

En buena medida, la definición se guía por la discusión que simultáneamente se desarrolló en la OIT respecto del concepto de *pueblos indígenas* y que luego fue integrado en el artículo 1.b de la convención 169, por un lado, y por las particularidades de la situación colombiana, por el otro.

El reconocimiento de la *comunidad indígena* como sujeto de derechos (fundamentales) propios surge del principio fundamental del artículo 7 de la CP y constituye una necesaria premisa para su protección. La Corte Constitucional aclara que la comunidad indígena es un sujeto de derecho colectivo y no una acumulación de sujetos de derecho individuales que comparten los mismos derechos o extensivos intereses comunes, y les abre de esta manera la protección jurídica a través de las demandas populares que tienen a su disposición.¹⁹

¹⁵ SCC n.º SU-510/98.

¹⁶ SCC n.º T-496/96.

¹⁷ Frank Semper: *Die Rechte der indigenen Völker in Kolumbien*, Hamburgo: Sebra, 2003, pp. 48 ss.

¹⁸ Por el cual se reglamentan el inciso final del artículo 29, el inciso 3.º y el § 1.º del artículo 94 de ley 135 de 1961, en lo relativo a la constitución de *resguardos* indígenas en el territorio nacional.

¹⁹ SCC n.º T-380/93.

Para la Corte Constitucional los pueblos y comunidades indígenas no son únicamente un dato de la realidad sino también sujetos de derechos fundamentales. La Constitución reconoce diferentes formas de vida y concede a las comunidades indígenas personería jurídica para que puedan ejercer sus derechos fundamentales y reclamar protección.²⁰ La consagración de la titularidad de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas es un desvío de la concepción predominante de los derechos fundamentales individuales en el capítulo 2 de la Constitución (artículos 11 ss. de la CP) y que, en la medida en que fueron incorporados a la lista del artículo 85 de la CP, obligan al poder público.

5. Los derechos centrales de los pueblos y comunidades indígenas

Los derechos centrales de los pueblos y las comunidades indígenas apuntan a asegurarles su territorio, fortalecer y desarrollar su autodeterminación y proveer a una justa participación en el Estado y sus instituciones.

La Corte Constitucional enumera expresamente entre los derechos fundamentales de la comunidad indígena:²¹

- el derecho a la subsistencia a resultas del derecho a la vida (artículo 11 de la CP);
- el derecho a la integridad étnica, cultural, social y económica a resultas del derecho a la integridad física (artículo 12 de la CP), en particular como derecho a la defensa contra la desaparición forzada;
- el derecho a la propiedad de tierra comunitaria;
- el derecho a la participación en decisiones y medidas que pudiesen afectar a las comunidades indígenas, en particular relacionadas con la extracción de recursos naturales en sus territorios según el artículo 6.15 de la ley n.º 21 de 1991, artículo 330 de la CP (“Consulta previa”).

De la jurisprudencia de la Corte Constitucional se infieren otros derechos en favor de las comunidades indígenas.²²

No queda claro, sin embargo, si se trata de derechos fundamentales independientes o más bien de diferentes concreciones de los derechos fundamentales enumerados más arriba. La Corte Constitucional tampoco rechaza los derechos a la identidad o diversidad y autodeterminación (autonomía), reclamados y reconocidos en el plano internacional, pero no los cuenta entre los derechos fundamentales.

²⁰ SCC n.º T-606/01.

²¹ SCC n.º SU-510/98.

²² Por ejemplo, el derecho a reconocimiento y protección de las prácticas medicinales tradicionales, SCC n.º C-377/94 n.º T-214/97.

Sin perjuicio de la consagración constitucional del derecho a la identidad (cultural) en el artículo 68 § 5:

Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

Se plantean dificultades conceptuales y dogmáticas. En las sentencias de la Corte Constitucional se alude en diferentes oportunidades al derecho a la identidad (cultural), pero sin pasar de un sentido declaratorio. El derecho a la identidad se concreta sobre la base de los otros derechos fundamentales.

5.1. *Resguardo indígena*²³

El artículo 63 de la CP define la propiedad de tierras comunitarias de los indígenas bajo la forma jurídica del *resguardo*:

[...] las tierras de resguardo [...] son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

La disposición se ve complementada por el artículo 329.2:

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

De esta manera se consagra constitucionalmente la prohibición de vender o gravar las tierras comunitarias indígenas. El reconocimiento constitucional de la propiedad colectiva del *resguardo* sirve a la preservación de las culturas indígenas y de sus valores espirituales. La tierra indígena no sólo constituye la base de su subsistencia, sino que es al mismo tiempo parte fundamental de su cosmovisión, cultura y religiosidad.²⁴

El *resguardo* es una invención de la época colonial que perdura en el presente. Sin embargo, ya no se condice con las ideas actuales de los indígenas sobre su tierra. Por eso durante las sesiones de la Asamblea Constituyente se desarrollaron conceptos más amplios respecto de los territorios indígenas (artículos 286 y 287 de la CP) y *entidades territoriales indígenas* (artículo 329 de la CP), que fueron volcados al texto constitucional sin que quedara claro qué relación guardan las diferentes figuras jurídicas entre sí. Tampoco la Corte Constitucional ha contribuido con sus sentencias a una mayor claridad en este ámbito, al constatar, desconcertada, que un *resguardo* no es idéntico a una entidad territorial.²⁵

²³ Los 638 resguardos que jurídicamente les han sido asignados a las comunidades indígenas cubren el 27% del territorio nacional, con un total de 31,3 millones de hectáreas de superficie titulada. El 13% de los indígenas vive en territorios que no constituyen superficies de resguardo (cifras DANE, 2002).

²⁴ SCC n.º T-188/93.

²⁵ SCC n.º T-634/99.

La institución de los *resguardos* se remite al *repartimiento* español, que era la repartición y asignación de las tierras a los indígenas. En los siglos XVII y XVIII no se trazaron límites precisos, sino que se designaba a la tierra según puntos y caminos dentro de cuya superficie debían asentarse los indígenas.²⁶ En el caso del *resguardo*, se trató de la figura de propiedad de la tierra comunal para los indígenas (*pleno dominio y propiedad*), que debía ser no enajenable y que era confirmada mediante el otorgamiento de títulos sobre las tierras.²⁷

A medida que crecía la población criolla y mestiza, hacia fines del siglo XVIII se prohibió la constitución de nuevos *resguardos* y los existentes fueron integrados sucesivamente a las parroquias de la población española y criolla.²⁸

El primer presidente de Colombia y libertador, Simón Bolívar, dispuso por decreto de fecha 20 de mayo de 1820 la devolución de los *resguardos* a los indígenas. Sin embargo, al año siguiente el Congreso de Cúcuta dispuso la disolución de los *resguardos*. La ley del 11 de octubre de 1821²⁹ quería romper la tradición colonial y perseguía la división de la tierra de los *resguardos* y su traspaso a la propiedad privada.

La ruptura de la tradición de la propiedad comunitaria de los indígenas se manifestó más tarde en la disposición del Código Civil de 1873.³⁰ No obstante, la figura del *resguardo* revivió en la Ley 89 de 1890. El Congreso colombiano quería someter los asuntos indígenas a una ley uniforme e integral, porque creía que sólo de ese modo podría garantizar el orden interno de vastas partes del país contra la persistente resistencia de los indígenas. Por eso, el artículo 40 de la ley dejaba abierta una puerta trasera para más expropiaciones legales de tierras indígenas y no fue aplicado a superficies de *resguardo* que eran consideradas “abandonadas” por los indígenas.³¹

Que la figura del *resguardo* pudiera sobrevivir hasta el presente se debe a la resistencia indígena contra la política estatal. En particular, el relevamiento efectuado por el indígena páez Manuel Quintín Lame (1916-17) y la elaboración de un programa de siete puntos que, entre otras cosas, reclamaba la reintroducción y ampliación de las superficies de *resguardo*, terminaría siendo la chispa inicial para el posterior desarrollo de un movimiento indígena nacional.

²⁶ Juan Friede: *El indio en lucha por la tierra*, Bogotá: Punta de Lanza, 3.^a ed., 1976, p. 153.

²⁷ Respecto del procedimiento de asignación en particular, Margarita González: *El resguardo en el Nuevo Reino de Granada*, Bogotá: Universidad Nacional y El Áncora, 1992, pp. 32 ss.

²⁸ Semper: o. cit., p. 82; Augusto Gómez: *Indios, colonos y conflictos. Una historia regional de los Llanos Orientales 1870-1970*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Colombiano de la Antropología y Siglo XXI, 1991, “Introducción”, sección III.

²⁹ Reproducido en Roldán: o. cit., p. 13.

³⁰ El Código Civil colombiano de 1873 se basa en gran parte en el Código chileno, que ya había sido adoptado por el estado de Santander el 18 de octubre de 1858 y el estado de Cundinamarca en 1859.

³¹ Semper: o. cit., p. 103.

La ley sobre la reforma agraria social (ley 135 de 1961) fue sancionada con la intención de democratizar las actuales formas de propiedad de las tierras, en particular de superar la antinomia entre latifundios y minifundios. La ley de reforma agraria de 1961 reconoció a las comunidades indígenas, aun cuando a los efectos de insertarlos en el sistema económico capitalista como unidades de producción y de consumo.³²

El presidente Virgilio Barco Vargas dictó durante su gobierno (1986-1990) el decreto 2001 de 1988, que debía reorganizar los procedimientos de asignación de tierras de *resguardo*. En la práctica se cristalizaron dos diferentes formas de asignación: por un lado, a través de *terrenos baldíos*; por el otro, a través de predios y mejoras del *Fondo Nacional Agrario*.

La actual situación jurídica sigue asignándole al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) las tareas legales de *constitución, ampliación y saneamiento* de *resguardos*, según la ley 160 de 1994 en relación con el decreto 2164 de 1995.

Por *saneamiento* se entiende una estrategia de conservación ambiental y recuperación de aquellas zonas en las que se superponen superficies de parques nacionales, *resguardos* y superficies de uso agropecuario.³³

El INCORA constata, sobre la base de estudios propios, si el *resguardo* cumple la función social y ambiental establecida.³⁴ No queremos entrar en los pormenores del complejo procedimiento de asignación y nos limitamos a señalar simplemente que las trabas burocráticas a la hora de formar una propiedad de *resguardo* obstaculizan el derecho de propiedad de los indígenas y su derecho a la autonomía, aun cuando la figura jurídica especial fue revaluada por su inclusión en la Constitución.

Desde el punto de vista de la dogmática constitucional, la propiedad comunitaria del *resguardo* está sujeta a la sistemática de contenidos y barreras según el artículo 58 de la CP, como está vigente también para la propiedad privada. En la jurisprudencia constitucional, el derecho a propiedad de *resguardo* se emplea prácticamente en forma equivalente al derecho de los indígenas a una existencia segura. De esta manera se desdibujan los contornos específicos del derecho fundamental de la propiedad, que pasa casi por completo a un segundo plano frente al ámbito de aplicación del derecho fundamental a la vida (en forma de la subsistencia) y el derecho fundamental a la integridad étnica, social, cultural y económica.

³² El artículo 29 contiene disposiciones sobre la asignación de *baldíos*, en zonas que fueron pobladas por indígenas, lo que encierra, al mismo tiempo, la negación de las reivindicaciones indígenas tradicionales sobre las superficies de *posesión inmemorial*.

El artículo 94 intentó solucionar el problema de los minifundios indígenas y encargó al INCORA estudiar la situación socioeconómica, para restablecer sobre esa base las antiguas estructuras de *resguardo*, volver a asentar a la población indígena original y eventualmente ampliar el *resguardo* comprando otras superficies del distrito comunal.

³³ Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006, p. 243.

³⁴ En particular Semper: o. cit., pp. 139 ss.

La propiedad de los recursos naturales no renovables en los *resguardos* no es de los indígenas sino del Estado. Dice el artículo 332 de la CP:

El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

Los indígenas sólo obtienen un derecho privilegiado según el artículo 124 del Código de Minas (ley 685 del 2001).

5.2. *Contenidos y límites de la autonomía indígena*

Mucho más difícil se plantea la inclusión y concreción del proclamado derecho indígena a la autodeterminación (autonomía) en la sistemática constitucional. En virtud de las consecuencias jurídico-internacionales que acarrea el *derecho a la autodeterminación de los pueblos*, los Estados son sumamente cautos en el reconocimiento de este derecho. Colombia no es la excepción.

El concepto de autonomía es entendido como la capacidad de un grupo de darse formas de organización social, económica y política propias, poseer el derecho a designar autoridades propias, diseñar sus relaciones en virtud de sus tradiciones y sus actividades económicas, preservar su lenguaje, poseer formas de educación y salud propias.³⁵

Encontramos bases constitucionales del derecho a la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas en las regulaciones sobre la organización territorial (título XI, artículos 287, 329 y 330 de la CP) y en las regulaciones respecto de la *jurisdicción especial indígena* (artículo 246), entre otros instrumentos.

Desde la perspectiva de la Corte Constitucional, la garantía de la autonomía indígena es una cuestión atinente a la protección de los derechos fundamentales, cuando las injerencias afectan el derecho a la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos y las comunidades indígenas.

La autonomía de las entidades territoriales se establece en el artículo 287 de la CP:

Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales.

³⁵ Rojas Birri, en Enrique Sánchez, Roque Roldán y María Fernanda Sánchez: *Derechos e identidad. Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*, Bogotá: Disloque (Coama), 1993, p. 37.

A los territorios indígenas se aplica el artículo 329 de la CP:

La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

Parágrafo. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.

El artículo 329 de la CP se ve complementado por el artículo 330:

De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre uso del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio en armonía con el Plan nacional de desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por la debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en sus territorios.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren.
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

La Corte Constitucional subrayó que la circunstancia de que hasta ahora no se sancionara la Ley sobre Ordenamiento Territorial no debe constituir un obstáculo para la existencia y el desarrollo de la identidad y la autonomía indígenas.³⁶ Pero el tribunal tuvo que reconocer que, en la aplicación práctica del derecho, el trazado de límites de los territorios indígenas es una condición importante para una adecuada aplicación del derecho a consulta previa en relación con decisiones y medidas del Estado que garantiza la Constitución.³⁷ La falta de una ley ha creado, por otra parte, permanentes problemas en relación con las *transferencias de la nación* para subsidiar los territorios indígenas.

³⁶ SCC n.º T-606/01.

³⁷ SCC n.º SU-383/03 respecto de las fumigaciones con *glifosato* contra plantaciones de coca en la región amazónica de Colombia.

Por eso, mediante el decreto 1718 de 2001 se reincluyó el artículo 359 de la CP, que en el número 4 se refiere a la figura de los *resguardos* como beneficiarios de las transferencias de la nación.

El 25% de los recursos del impuesto del valor agregado IVA que se recaude a nivel nacional, se destinarán única y exclusivamente al fortalecimiento de los planes y programas de inversión social en un 13% para los municipios con menos de 25.000 habitantes, un 4% para todos los corregimientos, un 4% para los *resguardos indígenas* y un 4% para los estratos uno (1), dos (2) y tres (3) de los Distritos y Municipios del país.

En la medida en que no esté sancionada la Ley de Ordenamiento Territorial, la administración recurre al artículo transitorio 56 de la CP:

Mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el Gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales.

En primer término, *autonomía* significa para los pueblos y las comunidades indígenas autonomía territorial, y describe la autodeterminación sobre una cierta franja territorial delimitable. Es decir que la autonomía indígena no es concebible sin referencia a un determinado territorio. El ámbito territorial es la base irrenunciable para la institución y el ejercicio de la autogestión indígena, que incluye, entre otros elementos, la elección de autoridades propias (artículo de la 330 CP) y el derecho a la jurisdicción especial indígena (artículo 246 de la CP).

A los pueblos y comunidades indígenas no sólo se les concede dentro de sus territorios la misma autonomía administrativa, fiscal y financiera que también se concede a los departamentos, distritos y municipios, sino, además, una cierta autonomía en cuestiones políticas y jurídicas.³⁸

Asimismo, existen elementos de autonomía personal en cuanto a idioma, educación (artículo 68, párrafo 5, de la CP) y cultura (artículo 70, párrafo 2) de los indígenas.

La autonomía de los pueblos y las comunidades indígenas no se funda sólo en las disposiciones constitucionales correspondientes y las regulaciones de la ley 21 de 1991, en particular el artículo 7, párrafo 1, que les concede a los pueblos indígenas el derecho a establecer las propias prioridades del proceso de desarrollo.

Los indígenas extraen elementos centrales de su derecho a autonomía de la ley 89 de 1890. Los decretos reglamentarios 2001 de 1988 y 2164 de 1995 modernizaron la terminología de la ley, adaptándola a la nueva política indígena. La institución más importante de autogestión de los pueblos y comunidades sigue siendo el *cabildo indígena*, a cuyo frente está el *gobernador*, sobre todo en los pueblos indígenas más populosos en la región andina meridional del país, entre los que figuran las etnias Páez³⁹ y Guambiano, según el artículo 3 de la ley 89 de 1890. La Constitución habla

³⁸ SCC n.º T-254/94, n.º T-606/01.

³⁹ Con 120 000 miembros, es la etnia más grande y políticamente más influyente.

además de *consejos* (artículo 330) y *autoridades de los pueblos indígenas* (artículo 246).

5.3. *El principio de la maximización de la autonomía indígena*

La autonomía de la que se benefician los pueblos y comunidades indígenas se deduce de los principios generales de la participación democrática y pluralista consagrada en el artículo 7 de la CP.

La Corte Constitucional ha destacado reiteradas veces que sólo se habrá hecho justicia al artículo 7 de la CP una vez que se les conceda a las comunidades indígenas un máximo de autonomía. Sólo con un máximo de autonomía se puede asegurar la supervivencia cultural de las comunidades indígenas.⁴⁰ Sobre la base de esta reflexión, la Corte Constitucional desarrolló el principio de la maximización de la autonomía, frente al que se opone una limitación de injerencia como forma de proteger intereses superiores.⁴¹

El principio de maximización de la autonomía en beneficio de los pueblos y comunidades indígenas trasciende todo el orden jurídico nacional. Su manejo práctico queda demostrado en el caso de la colisión de bienes e intereses entre diferentes derechos e intereses privados y generales.

Consideraciones de orden procesal deben pasar a segundo plano frente a la noción de autonomía. Así lo decidió la Corte Constitucional ya en 1992, cuando suspendió la construcción de una carretera cuyo trazado atravesaba un *resguardo*.⁴²

Por primera vez se estipuló que los derechos de los pueblos y comunidades indígenas (a la autonomía) no son meros intereses particulares, sino intereses generales que se desprenden del principio consagrado en el artículo 7 de la CP.

En caso de derechos e intereses contrapuestos de igual rango, éstos deben ser llevados a un justo equilibrio, en el cual los derechos fundamentales involucrados no pueden verse afectados en su esencia.⁴³ En su sentencia sobre la legalidad de las fumigaciones de plantaciones de coca desde el aire con el herbicida *glifosato* en las zonas del Amazonas colombiano, la Corte Constitucional dejó en claro que no bastaba una remisión global a la convivencia pacífica y al orden público como bienes jurídicos de mayor rango para la limitación de derechos constitucionales.⁴⁴

⁴⁰ SCC n.º SU-510/98, T-349/96, T-523/97, T-266/99.

⁴¹ SCC n.º T-349/96; n.º T-523/97; SU-383/03.

⁴² SCC n.º T 428/92.

⁴³ SCC n.º SU-383/03.

⁴⁴ SCC n.º SU-383/03.

5.4. Derecho a consulta previa

A partir de las diversas regulaciones de la participación de pueblos y comunidades indígenas, establecidos en la Constitución y en la ley 21 de 1991, la Corte Constitucional desarrolló el instrumento de la *consulta previa* y lo dotó de la protección de la que gozan los derechos fundamentales.⁴⁵

En principio, se trata del deber del Estado de consultar a los indígenas cuando se adoptan medidas legislativas o administrativas que pudieran afectarlos en forma directa. La *consulta previa* no es un fin en sí mismo, sino que tiene por objeto asegurar la efectividad y la concreción de los derechos fundamentales a la integridad cultural, social y económica de la comunidad indígena y su subsistencia como grupo social. Al mismo tiempo, la *consulta previa* sirve a la concreción o bien maximización de la autonomía indígena.⁴⁶

La disposición central es el artículo 6 de la ley 21 de 1991:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a. Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimiento apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - b. Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c. Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Una concreción constitucional del derecho general de consulta previa en beneficio de los pueblos y las comunidades indígenas existe respecto de la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas. Este tipo de medidas constituye una considerable amenaza para la integridad cultural, social y económica de los pueblos indígenas afectados y su supervivencia como grupo social. Así lo explicitó firmemente la Corte Constitucional en su sentencia *U'wa*.⁴⁷

Dice el *parágrafo* del artículo 330 de la CP:

⁴⁵ Mayores detalles brinda la SCC n.º T- 652/98.

⁴⁶ SCC n.º SU 383/03.

⁴⁷ SCC n.º SU-039/97 (explotación de petróleo en el territorio de los U'wa).

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las disposiciones que se adopten respecto a dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

La disposición constitucional sigue al artículo 15 de la ley 21 de 1991:

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, obtenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o exploración de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

La Corte Constitucional ha relativizado la *consulta previa* haciendo referencia al artículo 34 de la ley 21 de 1993, en la medida en que se remite a la posibilidad que todo país posee de diseñar en forma flexible la naturaleza jurídica y las medidas que serán aplicadas para la concreción de ese derecho.⁴⁸

Por lo tanto, en lo que se refiere a la mera fijación y delimitación de las zonas mineras indígenas por la autoridad minera competente establecida en el artículo 122 del Código de Minas (ley 685 de 2001),⁴⁹ el legislador no necesariamente tiene que remitirse a las disposiciones sobre la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas, porque la disposición debe leerse en relación directa con el segundo párrafo.⁵⁰

5.5. *Jurisdicción especial indígena*

Una manifestación especial de la idea de autonomía indígena es la constitución de una *jurisdicción especial indígena* con arreglo a lo estipulado en el artículo 246 de la CP:

⁴⁸ SCC n.º SU 383/03; n.º C-418/02.

⁴⁹ “*Zonas mineras indígenas*. La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la explotación y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios.

”Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código”.

⁵⁰ SCC n.º C-418/02.

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional

La disposición plantea una serie de preguntas metodológicas y prácticas.

La Corte Constitucional ha deducido cuatro criterios individuales del texto poco claro de la disposición: 1) la existencia de autoridades asimilables a jueces en los pueblos indígenas; 2) la facultad de fijar normas y mecanismos; 3) el sometimiento de la jurisdicción indígena, sus normas y procedimientos, a la Constitución y a la ley, y 4) la competencia del legislador de coordinar la jurisdicción especial indígena con el sistema jurídico nacional.

La sistemática de la disposición sugiere que la *jurisdicción especial indígena* sería interpretada como otra forma más de jurisdicción especial, además de la jurisdicción militar (artículo 221 de la CP) y los jueces de paz (artículo 247 de la CP). En ese sentido, forma parte de la justicia extraordinaria pero no extraestatal. A los efectos de la aplicación jurídica, el Consejo Superior de la Judicatura ha desarrollado para los otros órdenes jurisdiccionales un *Atlas para la jurisdicción especial indígena* que brinda, ordenado por pueblos y *resguardos*, una breve introducción a los temas: territorio, identidad y autoridad; representación y participación; desarrollo propio y actividad económica, seguidos de un glosario.⁵¹

A diferencia de las restantes jurisdicciones especiales, la jurisdicción indígena no está alcanzada por la reserva de ley, por lo que las consecuencias normativas deben resultar directamente de la Constitución.⁵²

La jurisdicción indígena no está integrada a una vía de instancias.

Hasta la fecha, el legislador no ha hecho uso de su facultad para coordinar la jurisdicción indígena con el sistema jurídico nacional, lo que ha dado lugar a una considerable inseguridad jurídica. En el caso de demandas individuales de indígenas o de sus órganos de representación reconocidos ante los tribunales ordinarios, éstos en general se declaran competentes, con lo que interfieren con la jurisdicción de las autoridades indígenas.

El dilema radica precisamente en el amplio campo de aplicación de la acción de tutela según el artículo 86, párrafo 1, de la CP, que abre la vía judicial a través de los *actos jurídicos* de las autoridades indígenas como sujetos del poder público ante los tribunales ordinarios.

La cuestión del juez natural se plantea en otro sentido más. La no consideración de la jurisdicción indígena (por parte de otros órdenes jurisdiccionales o autoridades

⁵¹ <<http://200.74133.182/atlasjei/>>.

⁵² SCC n.º T-606/01.

administrativas) es una violación al principio del juicio justo y el derecho a la debida defensa en el proceso.⁵³

En definitiva, se trata de una injerencia en la autonomía de los pueblos y las comunidades indígenas.

Para evaluar las decisiones de las autoridades indígenas, la Corte Constitucional toma como parámetro los derechos humanos generales.

6. Conclusión

Con su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha contribuido a concretar y robustecer los derechos indígenas consagrados constitucionalmente.

Claro que existen muchas preguntas centrales que hasta la fecha siguen sin solución.

A primera vista, la cuestión de las tierras parece estar resuelta de manera bastante satisfactoria en Colombia a través del modelo de los *resguardos*, porque un gran porcentaje de los pueblos y las comunidades indígenas vive dentro de superficies tituladas. Pero, a pesar del elevado porcentaje de superficies asignadas oficialmente a los indígenas, en muchos casos éstas son insuficientes para una adecuada explotación, ya que se trata básicamente de tierras de calidad inferior. Los procesos de ampliación y saneamiento de *resguardos* ya existentes son complejos y largos, por lo cual se incrementa la pobreza extrema dentro de muchos *resguardos*.

En cuanto al alcance de la autonomía indígena, la CP prevé numerosas disposiciones. La concreción de la autonomía se materializará sobre la base de las entidades territoriales indígenas. En la medida en que no se concrete un reordenamiento del orden territorial colombiano y no se instituyan las entidades territoriales indígenas, la autonomía de los indígenas queda limitada al área de sus *resguardos*. Los *resguardos* no están previstos como entes de derecho público y, por ende, tampoco pueden elevar reclamos frente al gobierno central u otros entes territoriales.

Para paliar las necesidades más urgentes dentro de los *resguardos*, la política oficial y la administración les otorgan el mismo trato que a los entes territoriales, a lo sumo, en cuanto a determinadas transferencias de la nación. Es un recurso de urgencia que aún sigue muy lejos de la concreción y maximización de la autonomía indígena.

Es preciso que el derecho de *consulta previa* de los indígenas se ordene de manera vinculante y que efectivamente sea aplicado en la práctica. Tal como lo demuestra la gran cantidad de sentencias dictadas por la Corte Constitucional, existe un grave déficit en este campo. Es necesario que el derecho a *consulta previa* adopte por fin una forma institucional obligatoria, como ya ha ocurrido en parte con *comisiones* y *mesas permanentes* a escala nacional y departamental.

⁵³ SCC n.º T-606/01.

En el ámbito de la *jurisdicción especial indígena* es donde más se aprecia el antagonismo entre la aspiración del Estado constitucional moderno a la unidad nacional, en particular en forma de unidad jurídica, y el postulado del pluralismo de derechos. La superación de este antagonismo y la confluencia de diferentes sistemas jurídicos presupone dos cosas: por un lado, un Estado constitucional democrático con instituciones que se acerquen a los indígenas y a sus ideas en forma comprensiva y brinden apoyo en caso de duda; por el otro, pueblos y organizaciones indígenas que puedan interpretar a las instituciones del Estado como propias y participen (tengan la posibilidad de hacerlo) en su desarrollo.

Bibliografía

- FRIEDE, Juan: *El indio en lucha por la tierra*, Bogotá: Punta de Lanza, 3.^a ed., 1976.
- GÓMEZ, Augusto: *Indios, colonos y conflictos. Una historia regional de los Llanos Orientales 1870-1970*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Colombiano de la Antropología y Siglo XXI, 1991.
- GONZÁLEZ, Margarita: *El resguardo en el Nuevo Reino de Granada*, Bogotá: Universidad Nacional y El Áncora, 1992.
- GROS, Christian: *Colombia indígena. Identidad cultural y cambio social*, Bogotá: Cerec, 1991.
- ROLDÁN, Roque (comp.): *Fuero indígena colombiano*, Bogotá: Presidencia de la República, 1990.
- SÁNCHEZ, Enrique, Roque ROLDÁN y María Fernanda SÁNCHEZ: *Derechos e identidad. Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*, Bogotá: Disloque (Coama), 1993.
- SEMPER, Frank: *Die Rechte der indigenen Völker in Kolumbien*, Hamburgo: Sebra, 2003.

Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano (Guatemala) *

La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco

1. Antecedentes

Como todo convenio internacional, el Convenio 169 es el fruto del esfuerzo de muchas delegaciones representantes de diversos Estados, así como de los cuerpos asesores de éstas, en conjunción con importantes dictámenes emitidos por órganos asesores de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados. Es, a la fecha, el más completo instrumento internacional, vinculante para los Estados que lo han ratificado, en relación con el reconocimiento internacional de los derechos de los pueblos indígenas. El antecedente más inmediato lo constituye el Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, del 5 de julio de 1957, que, acorde con su época, mantiene un tono paternalicio hacia las poblaciones indígenas al preconizar la teoría, ya superada, de la integración social de dichos pueblos; es decir, la asimilación o incorporación de las culturas de éstos a los patrones occidentales; en tanto que mediante el Convenio 169 se promueve el respeto a la individualidad de estos pueblos, sus costumbres y tradiciones, pero estableciendo el goce y ejercicio de los mismos derechos que posee el resto de la población. Se trata, pues, de un instrumento inspirado en el respeto a las diversas culturas, sus formas de vida y la organización tradicional de los pueblos indígenas, que establece al propio tiempo los mecanismos adecuados para hacer efectivos tales derechos ante el orden jurídico local.

* Abogado y notario de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Cursó el Doctorado en Derecho Internacional en la Universidad Libre de Bruselas. Magistrado de la Corte de Constitucionalidad. profesor universitario en Derecho Internacional y Derechos Humanos. Asesor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores. Ha ocupado puestos diplomáticos en Bélgica, Holanda, Naciones Unidas y fue embajador en los Estados Unidos. Publica artículos en revistas especializadas y periódicos. Es especialista en resolución alternativa de conflictos (RAC).

2. Naturaleza jurídica

Se trata de un convenio internacional regido tanto por el derecho internacional general como por el derecho interno del Estado parte en el convenio que lo haya ratificado de conformidad con las propias normas del segundo y del propio derecho internacional. Desde el punto de vista de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (vigente en Guatemala), es un tratado internacional, ya que, según la propia Convención, ambos términos son equivalentes. Por ende, pertenece al derecho internacional convencional y, por lo tanto, se halla regido por el derecho internacional general. En otras palabras, ha nacido a la vida jurídica por un acto de voluntad del organismo del Estado que, de conformidad con su Constitución Política, tenga el *poder de celebrar tratados* (*Treaty making power*) y haya, además, satisfecho los requisitos exigidos por el derecho internacional general para su legal conformación (suscripción y firma). Habiendo nacido en esa forma en el derecho internacional general, *ingresa*, por así decirlo, al derecho interno, a través de un acto (aprobación o ratificación, según el país) de quien tenga, conforme el orden constitucional, el poder de legislar.

En el derecho guatemalteco, tal poder lo tiene el organismo legislativo, el que, si lo considera conveniente, emite una ley de aprobación. La aprobación legislativa implica que el instrumento internacional no se opone a la legislación vigente ni viola el orden público. Siendo así, el presidente de la República ya está en capacidad de ratificarlo, acto que implica que el tratado ha satisfecho todos los requisitos legales internos al efecto exigidos y que, por consiguiente, debe tenérselo como ley interna con todos los requisitos y características que la Constitución exige al respecto. Posteriormente, el presidente de la República procederá al depósito del instrumento respectivo ante la Organización Internacional que el tratado disponga, para que a su vez éste informe al resto de los Estados parte que es obligatorio en el país de que se trate.

Los requisitos anteriores ya se han llenado con respecto al Convenio 169 de la manera siguiente:

- *Denominación:* Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- *Organismo creador:* La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)
- *Fecha y lugar de creación:* Resolución adoptada el 27 de junio de 1989 en su 76.^a asamblea, en Ginebra.
- *Entrada en vigor en el derecho internacional:* 5 de septiembre de 1991.
- *Aprobación:* Decreto número 9-96 del Congreso de la República, el 5 de marzo de 1996 (*Diario Oficial* del 28 de marzo de 1996).
- *Ratificación:* Decreto del 10 de abril de 1996 (*Diario Oficial* del 24 de junio de 1997).
- *Depósito:* OIT Ginebra, 5 de junio de 1996.

- *Vigencia en Guatemala*: 25 de junio de 1997.
- *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*: No hay a la fecha.
- *Doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad*: No hay a la fecha.

3. Opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad

Antes de la aprobación, el Congreso de la República decidió consultar la opinión de la Corte de Constitucionalidad con fundamento en la facultad que al efecto le confiere el artículo 171 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

La Corte formó el expediente n.º 199-95 y emitió su opinión consultiva el 18 de mayo de 1995. El tribunal estudió el Convenio en forma global y luego lo hizo desglosadamente, en cada uno de los apartados que lo conforman.

Es importante hacer notar su opinión en los aspectos que se consideran más importantes para las finalidades del presente trabajo.

3.1. Opinión general

La Corte sostuvo la constitucionalidad del Convenio. En otras palabras, encontró que no había incompatibilidad con la *Norma normarum*, en general, ni en ninguna de sus disposiciones.

3.2. Aspectos específicos importantes

3.2.1. Lugar que ocupa el Convenio dentro del ordenamiento jurídico

La Corte mantuvo el criterio de la infraconstitucionalidad de los tratados internacionales. Esta posición ya la había esgrimido en el caso *Ríos Montt*, en su sentencia del 19 de octubre de 1990,¹ y ha reiterado este criterio en sus sentencias del 12 de marzo de 1997,² 31 de octubre de 2000³ y 28 de junio de 2001.⁴ Son, pues, más de tres fallos en el mismo sentido, sin ninguno en contrario, lo que obliga a afirmar que la Corte ha integrado doctrina legal en el sentido indicado.

En esencia, la Corte sostiene:

1. Que los tratados en general y aquéllos sobre derechos humanos ocupan una posición *infraconstitucional* en el derecho guatemalteco. Más adelante, en apartado, específico se relaciona más ampliamente la manera como opera el artículo 46 de la Constitución en relación con lo expresado.

¹ Expediente n.º 280-90, *Gaceta* n.º 18, p. 99.

² Expediente n.º 131-95, *Gaceta* n.º 43, p. 47.

³ Expediente n.º 30-2000, *Gaceta* n.º 58.

⁴ Expediente n.º 872-2000.

2. Que los tratados que no se refieren a derechos humanos ocupan una posición *superlegal*. Ello es cierto, pero, a mi juicio debió la Corte haber fundado su afirmación en el artículo 149 de la Constitución, invocando el principio *pacta sunt servanda*, el cual está reconocido por virtud de dicho artículo. Al no hacerlo así, omitió una fundamentación muy importante.
3. Que los tratados sobre derechos humanos tienen igual rango que la Constitución de la República. Sin embargo, no dice en qué se basa su afirmación. Hay que notar que la Constitución, en el artículo 46, se refiere a *preeminencia* y ésta, según el *Diccionario* de la Real Academia Española, es la “[...] ventaja o preferencia que goza alguien respecto de otra persona por razón o mérito especial”. Por lo tanto, al indicar la Corte que los tratados de esta clase se *constitucionalizan*, no está siguiendo de cerca lo que ordena el artículo citado, según el cual, como se advierte, debe dársele a esa clase de tratados una ventaja o preferencia por mérito especial.

La Corte afirma que de no pensar de esa manera se estaría admitiendo que la Constitución pueda ser reformada por mecanismos que no son los que ella misma indica para lograr ese propósito. Este criterio es equivocado, porque supone que al acordar a los tratados sobre derechos humanos un tratamiento *preeminente* se estaría modificando la Constitución, lo cual no es correcto, según se pone de manifiesto en apartado específico de este trabajo.

Finalmente, la Corte estima que el ingreso que hacen los convenios sobre derechos humanos al derecho interno se efectúa por virtud del artículo 44 de la Constitución y no por vía del 46. Lamentablemente, ese criterio confunde las fuentes del derecho internacional. En efecto, el artículo 46 se refiere al derecho internacional convencional, en tanto que el artículo 44 se refiere al derecho internacional general de los derechos humanos. En otras palabras, los tratados sobre derechos humanos hacen su ingreso al derecho interno por efecto del artículo 46, y *otros derechos humanos*, que no aparezcan en tratados ni en la Constitución, ingresan por virtud del artículo 44. Tal es el caso de los derechos humanos conocidos en la doctrina como *innominados*, que son los que no están regulados expresamente en la Constitución ni en los tratados sobre derechos humanos. No otra conclusión puede obtenerse del contenido tajante del artículo 44 en cuanto a que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, “aunque no figuren expresamente en ella son inherentes a la persona humana”. Ese artículo, pues, posibilita que el operador jurídico pueda ampliar el plexo de derechos humanos no sólo a los contemplados en las citadas fuentes —Constitución y convenios vigentes al respecto—, sino además a otras fuentes del derecho, tales como el derecho consuetudinario. De esa manera es posible que, en un caso concreto, en aras de brindar la máxima protección en la materia aludida, puedan aplicarse en forma directa derechos y facultades que no están comprendidos dentro del concepto *numerus apertus* a que se refieran la Constitución o los tratados vigentes sobre la materia.

3.2.2. *El uso del concepto pueblo en el convenio*

La Corte dijo:

[...] el término *pueblo* no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el Derecho Internacional, sino que debe entenderse como *pueblo*, según los conceptos del propio Convenio, aquellos sectores o grupos de la colectividad cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen del resto de la sociedad y que estén regidos por sus propias costumbres o tradiciones, así como los que descendan de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que perteneció el país [sic] en la época de la conquista o colonización [...]

La Corte consideró oportuno referirse al particular ya que, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y también como un principio reconocido en el derecho internacional, los pueblos tienen derecho a su *autodeterminación*, y este concepto podría interpretarse como que el Convenio favorecería el criterio independentista de los pueblos indígenas de Guatemala, lo cual vendría a lesionar severamente la unidad territorial de la nación. Nada más alejado de la realidad. Por lo consiguiente, la Corte consideró preciso referirse a:

[...] El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobados y ratificados por Guatemala disponen que todos los pueblos tienen derecho a su libre determinación y, en virtud de este derecho, establecen libremente su condición política y cultural. Además, la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, del catorce de diciembre de mil novecientos sesenta, que contiene la Declaración sobre la concesión de la independencia de los países y pueblos coloniales, regula el derecho de autodeterminación de los pueblos, reservando el ejercicio de este derecho a los habitantes de los territorios no autónomos o bajo administración fiduciaria pero hace expresa excepción de que no es aplicable ese principio a los pueblos de los países independientes ni puede atentar contra la integridad territorial de los Estados [...]

Al respecto, es preciso tener presente que la ONU en repetidas oportunidades se ha manifestado en el sentido de que el derecho a la libre determinación de los pueblos no puede ser invocado contra Estados soberanos e independientes y, por ende, no puede poner en peligro su integridad territorial mediante un criterio de secesión. También la ONU se ha pronunciado reiteradamente sobre que las minorías no pueden ser consideradas como *pueblos* y, en consecuencia, carecen del derecho a la libre determinación.

Lo dicho pone de manifiesto, pues, que no sería aceptable por la comunidad internacional que los pueblos indígenas guatemaltecos invocaran a su favor la autodeterminación y, por consiguiente, su independencia de la patria de la que inveteradamente han sido parte, ya que, como lo reconoció la Corte, el ejercicio del derecho a la libre determinación sólo es dable concebirlo en los habitantes de territorios no autónomos o sujetos a administración fiduciaria por medio de la ONU, cual naturalmente no

es el caso de Guatemala, como Estado soberano e independiente y miembro, además, de la organización de las Naciones Unidas.

3.2.3. *La Participación de los pueblos mediante mecanismos de consulta*

La Corte asentó:

[...] La Constitución prevé mecanismos de participación democrática a través de los cuales los ciudadanos pueden pronunciarse en cuestiones de elección de autoridades, respecto de decisiones de especial trascendencia y en aquellos casos, en que se haga necesaria su participación en planes de desarrollo urbano y rural, por lo que la participación en la planificación, discusión y toma de decisiones de los problemas que conciernen a un pueblo indígena no vulnera ningún precepto constitucional, sino que reafirma y afianza los principios democráticos sobre los que se asienta el Estado de Guatemala [...]

Ese derecho reconocido a los pueblos indígenas, desafortunadamente, nunca se ha reconocido en Guatemala. Existen infinidad de casos en los que se ha hecho obra pública, por ejemplo, en detrimento absoluto de los pueblos en cuya circunscripción se llevó a cabo, a los cuales se los cambió de lugar sin recabar previamente su opinión en forma democrática. Es deplorable, asimismo, que los afectados no hayan hecho uso de los mecanismos constitucionales idóneos para hacer valer sus derechos en juicio, ya que, como queda claro, estos derechos son del todo incuestionables.

3.2.4. *Las normas denominadas programáticas en el Convenio*

La opinión consultiva toma nota de la existencia en el Convenio de algunas normas programáticas que, en orden a su completa operatividad, requerirían de la intervención del legislador para desarrollarlas. Ello es cierto, y es el mismo caso contemplado en el artículo 70 de la Constitución. El legislador no ha actuado en cumplimiento de dicha norma constitucional. Sin embargo, *lex suplendi causa*, se dispone, afortunadamente, del Convenio 169, el cual, a no dudarlo, ha venido a constituirse en la legislación que desarrolla los principios contenidos en la Constitución con relación a los pueblos indígenas, en los artículos 66 a 70. Si bien ello es cierto, no se exculpa desde ningún punto de vista la inacción del legislador al respecto. En mi criterio, es factible usar los mecanismos constitucionales para exigirle el cumplimiento de estos mandatos.

Ahora bien, la doctrina es unánime en cuanto a no excusar al juzgador que se inhiba de aplicar las normas programáticas argumentando oscuridad o insuficiencia de éstas, y la Ley del Organismo Judicial en su artículo 15 es contundente al respecto. Por tal motivo, el Convenio 169 es vinculante para el operador jurídico, ya que, como se ha advertido, integra, sin ninguna duda, el orden jurídico guatemalteco.

3.2.5. *El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas*

Es preciso tomar nota, antes que nada, del concepto que se tiene de *derecho consuetudinario*. Es el derecho de la costumbre; es decir, el orden jurídico que se integra por virtud de la repetición constante en el tiempo y en el espacio de determinadas prácticas, con la convicción de que se está actuando en el cumplimiento de una obligación legal. Por tal motivo, para que se configure una costumbre, la jurisprudencia y la doctrina son unánimes en exigir la concurrencia de dos elementos: uno objetivo, integrado por la repetición de una misma conducta en forma inveterada (*inveterata consuetudo*), y otro subjetivo, consistente en la convicción de que se está actuando jurídicamente, en concreto, por obligación (*opinio juris*).

El Convenio 169 establece que debe tomarse en consideración el derecho consuetudinario de los pueblos a conservar sus costumbres e instituciones propias, *siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*.

La Corte consideró:

El artículo 8 al señalar que al aplicar el derecho a los pueblos interesados deberán tomarse en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario, no establece que se juzgará con base en esas costumbres sino que se tomarán en consideración éstas al momento de juzgar [...]

Esta interpretación restrictiva de la Corte contrasta con la amplitud con que había venido tratando el tema en su opinión consultiva. Es, pues, una lamentable regresión a criterios superados por ella misma.

Es preciso acotar que el Convenio obliga a *tomar en consideración*, y ello no debe interpretarse restrictivamente, sino todo lo contrario: con la amplitud que el propio Convenio confiere a la costumbre como fuente del derecho.

Como ya se advirtió en este trabajo, la Ley del Organismo Judicial, en su artículo 2, reconoce a la costumbre como fuente del derecho y advierte que ella regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de ésta, con las salvedades que se referirán en breve. Nadie pone en duda la importancia de la costumbre en materia laboral (artículos 15, 20, 116 y 144 del Código de Trabajo) ni en materia mercantil (artículos 311 y 1022 del Código de Comercio); en ambos casos se cumple con la exigencia relativa a que se aplica una u otra costumbre por delegación expresa de la ley. Pues bien, es exactamente el mismo caso que la aplicación que se haría de la costumbre de los pueblos indígenas, por indicarlo así el artículo 8 del Convenio. La única excepción, según la Ley del Organismo Judicial y también según el Convenio, es que no se transgredan normas de categoría superior, como podrían ser las contenidas en tratados y convenios sobre derechos humanos, la moral o el orden público. Esta excepción a la aplicación de la ley competente está regulada por todo el orden jurídico guatemalteco

y no sólo para la costumbre, en el artículo 44 de la Ley del Organismo Judicial. En igual sentido se pronuncia el decreto 79-97 que modificó el Código Procesal Penal.

En esa consecuencia, el operador jurídico actuaría de la siguiente manera: Primero, resolvería si en el caso concreto rige la costumbre por delegación de la ley (el Convenio 169 es también ley de la República, según ya quedó ampliamente explicado). Segundo, si tal fuere la situación, aplicarla, salvo que al hacerlo encontrara que se halla inmerso en alguna de las excepciones ya dichas. Si se actuó jurídicamente o no sería un problema a determinar por operadores superiores en jerarquía al que conoció primero. Como ya se advirtió, la no aplicación de la ley competente por virtud del concepto *orden público* se irá determinando poco a poco hasta llegar a constituirse en jurisprudencia o en doctrina legal.

3.2.6. *Preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento*

La Corte puso de manifiesto la importancia del artículo 10 del Convenio, en el sentido de dar preferencia a distintos tipos de sanción contemplados dentro de la legislación en lugar del encarcelamiento, y al mismo tiempo privilegiar el reconocimiento de las particularidades de cada región para que, con base en las fuentes reales, surja la norma jurídica que más convenga al caso. Así por ejemplo, concluir que no es posible legislar de igual manera para indígenas del oriente de la República que del occidente, o bien de la costa sur. Por tanto, al legislar es deseable atender a los factores reales e históricos de las distintas regiones. De esa forma, cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

A este respecto es importante acotar que los juzgadores ya están reaccionando positivamente ante los mandatos relacionados del Convenio. En efecto, existen algunos fallos que privilegian este tipo de sanciones frente al encarcelamiento. Para el efecto conviene tener a la vista la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Tonicapán, el 25 de junio de 2003, de la cual se cita:

CONSIDERANDO: En el presente caso el Juzgador, al tomar en cuenta una de las principales características del derecho indígena (maya), es que es conciliador, porque a diferencia del derecho oficial, contempla las secuelas del “conflicto” sobre los implicados y la comunidad, por ello privilegia la conciliación, el acuerdo mutuo sobre la simple aplicación de la sanción al victimario, busca la reparación del daño ocasionado tanto espiritual como materialmente, contemplando tanto la situación de la víctima como la del victimario, lo que contribuye a restaurar según unas tesis, la armonía entre ambos [...]

Es el mismo sentido, hay que citar también el fallo del Juzgado de Paz Comunitario del municipio de San Andrés Semetabaj, departamento de Sololá, del 14 de abril de 2003, en su parte conducente:

V) Se permite a los condenados retribuir el daño causado, mediante la prestación de Servicio Social a favor de la comunidad, el cual consiste en la reforestación en terrenos de la finca agraviada [...] el cual será la siembra de doscientos árboles por cada uno de los sindicatos, dentro del plazo de treinta días, sin exceder dicha labor de ocho horas semanales, a partir de quedar firme el presente fallo, bajo pena de instruirle proceso por el delito de DESOBEDIENCIA a quien incumpliere dicha labor [...]

En igual sentido, la sentencia del mismo juzgado de fecha 10 de septiembre de 2003, en su parte conducente:

IV) Asimismo se le permite retribuir el daño caudado mediante la prestación de Servicio Social a favor de la comunidad del caserío [...] de este municipio, en caso de no conmutar la pena impuesta, consistente en ayudar a preparar el almuerzo escolar en beneficio de los niños de la escuela [...] del caserío [...] de este municipio, durante tres días dentro del plazo de quince días a partir de quedar firme el presente fallo bajo pena de instruirle proceso por el delito de DESOBEDIENCIA (sic) [...]

3.2.7. *Propiedad y posesión sobre la tierra*

Al respecto la Corte fue del criterio:

[...] la obligación de los gobiernos de respetar la importancia especial que para las culturas reviste su relación con las tierras o territorios, así como el hecho de reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, se encuentra concurrente con los preceptos de los artículos 66, 67 y 68 de la Constitución [...]

Como se comprenderá, el tema relativo a la propiedad y posesión sobre la tierra es de incalculable trascendencia. Si bien la Constitución en una forma muy embrionaria reconoce a favor de los pueblos indígenas ese derecho, es importante resaltar que el Convenio 169 da un paso adelante al reconocerlo en forma expresa, en relación con las tierras que tradicionalmente ocupan, así como, el derecho de estos pueblos a no ser trasladados o reubicados sin su consentimiento y a regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron el traslado o la reubicación, con la advertencia de que, si el retorno no fuera posible, deberá compensárseles en los términos contemplados en el Convenio.

Hay que lamentar que en Guatemala el gobierno haya dispuesto innumerables traslados o reubicaciones de pueblos indígenas en abierta violación a los derechos que reconoce el Convenio. En este trabajo se acredita la operatividad de éste en tales casos. Por tal motivo, es del caso recomendar la utilización de los mecanismos previstos en la Constitución y en las leyes para la debida eficacia de estos mandatos.

Es preciso señalar, además, que con el Convenio no se pretende despojar a los legítimos propietarios o poseedores de las respectivas tierras. El Convenio se refiere a “las tierras que tradicionalmente ocupan”. Claro, si resulta que esas tierras ahora están siendo ocupadas por otros, el caso habrá de resolverse conforme las normas y

procedimientos establecidos dentro del marco del sistema jurídico nacional, como lo advierte el Convenio.

El tema, pues, es eminentemente controversial y objeto de litigios largos y costosos que quizás los interesados no estén en capacidad de afrontar. Sin embargo, hay que apreciar la labor que al efecto desarrollan en la actualidad algunas organizaciones no gubernamentales (ONG) en favor de las poblaciones más desposeídas. Por otra parte, esas organizaciones, utilizando el sistema jurídico nacional, podrían obligar al gobierno a poner en vigor planes de reivindicación o de concesión de tierras, cuando fuere el caso.

3.2.8. *Interpretación extensiva del Convenio 169*

La opinión consultiva es muy clara al respecto. Como instrumento de derechos humanos, su interpretación debe ser *extensiva* y jamás *restrictiva*, con el objeto de brindar la máxima protección en esta materia. Tal criterio está absolutamente acorde con el artículo 2.º de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, según el cual las disposiciones legales en esta materia deberán siempre interpretarse en forma extensiva, a fin de procurar la adecuada protección del citado plexo de derechos, así como el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional.

4. **La jerarquía del Convenio 169 en la Constitución de la República**

La mayoría de las Constituciones de los países ofrecen un orden jerarquizado de normas en el que aparecen no sólo aquéllas pertenecientes al orden interno, sino también al orden internacional. Ese orden, conocido también como *el principio de supremacía o supralegalidad constitucional*, asegura a la Constitución la categoría de *norma prima o suprema*, de la cual se nutren las otras fuentes de la legalidad, tanto de derecho interno como de derecho internacional.

La Constitución guatemalteca no es la excepción, aunque esa *jerarquización* debe ser interpretada, en vista de que la norma fundamental no lo establece en forma expresa. Es decir, no existe un artículo que establezca dicho orden, siguiendo una norma después de la otra, en forma descendente en importancia. La Constitución sí establece que ella es la norma primigenia, al disponer en el artículo 175:

Artículo 175. Jerarquía constitucional. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso jure*.

Igual conclusión se advierte en el artículo 204:

Artículo 204. Condiciones esenciales de la administración de justicia. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el

principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.

Sin embargo, la conclusión se complica al analizar el artículo 46:

Artículo 46. Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derecho humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Se complica tanto, que hay juristas que han creído ver una contradicción entre el artículo 204 y el artículo 46. La contradicción no existe o, en todo caso, es más aparente que real, ya que ambas normas se están refiriendo a cosas distintas. En efecto, el artículo 204 contiene la regla general y el artículo 46, la excepción. Claro, no está dicho en forma expresa. Hay que deducirlo, pero esta última interpretación estaría apoyada por los artículos 3 y 114 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad —que es una ley constitucional—, los cuales preceptúan:

Artículo 3. Supremacía de la Constitución. La Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno.

Artículo 114. Jerarquía de las leyes. Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley y tratado internacional, sin perjuicio de que en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.

Así como también en el artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial que dice:

Artículo 9. Supremacía de la Constitución y Jerarquía normativa. Los Tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados y convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno. Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos. Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior.

El texto expreso de ambas disposiciones pone de manifiesto esa afirmación, ya que sienta una regla general: los tratados son infraconstitucionales, y una excepción: los tratados de derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno. Esto equivale a asentar que tal especie de tratados son supraconstitucionales, pues, obviamente, la Constitución pertenece al orden interno y no al orden internacional. Más adelante se discurrirá sobre el particular.

Siendo así, el tema está planteado, sin perjuicio de otras argumentaciones que se analizarán más adelante para inclinarse hacia alguna de las distintas posiciones.

Está definido, pues, el tema de discordia entre constitucionalistas e internaciona- listos. Este trabajo pretende hacer la paz entre ambas posiciones antitéticas, llevando luz a una de ellas, y espera contribuir a zanjar la diferencia en una forma convincente y alejada totalmente de los apasionamientos propios del calor con que se defiende una y otra tesis.

¿Se incluye la Constitución en el concepto *derecho interno*? No, según precedentes de la Corte de Constitucionalidad. Se hace referencia a dos sentencias: la primera, fechada el 19 de octubre de 1990, en la cual, en lo conducente, la Corte dijo:

[...] esta Corte estima conveniente definir su posición al respecto. Para ello parte del principio hermenéutico de que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe interpretarse en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto. En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el Derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, *pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional* que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia constitución, y este ingreso se daría no por vía de su artículo 46, sino —en consonancia con el artículo 2 de la Convención— por la del primer párrafo del 44 constitucional [...]

[...] El artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero si entraren en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el refrendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución. (Artículos 44 párrafo tercero, 175 párrafo primero, 204, 277, 278, 279, 280 y 281 de la Constitución Política) Por otro lado, la pretensión de preeminencia sobre la Constitución tendría sentido si la norma convencional entrase en contravención con la primera, puesto que la compatibilidad no ofrece problemas a la luz de lo establecido en el artículo 44 constitucional, pero resulta que el poder público guatemalteco está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la constitución, por lo que no podría concurrir al perfeccionamiento de un convenio o tratado internacional que la contravenga [...]⁵

En la segunda, de fecha 12 de marzo de 1997, la Corte asentó:

[...] los tratados y convenios internacionales, en cuya categoría se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no son parámetro para establecer la constitucionalidad de una ley o una norma, pues si bien es cierto el artículo 46 de la constitución le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, lo único que hacer es establecer que en la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional prevalecerían estas últimas; pero ello no significa, como se dijo, que las mismas puedan utilizarse como parámetro de constitucionalidad [...]⁶

⁵ Expediente n.º 280-90, *Gaceta* n.º 18, p. 99 (cursivas añadidas).

⁶ Expediente n.º 131-95, *Gaceta* n.º 343, p. 47.

La Corte también se refirió al tema en la opinión consultiva del 18 de mayo de 1995. En lo atinente al tema, señaló:

En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el derecho interno, debe entenderse como su reconocimiento a la evolución en materia de derechos humanos, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico interno aquellas normas que superen al reconocimiento explícito de los derechos que ella posee, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso o recepción a la legislación nacional se daría, por lo tanto, no por vía del artículo 46, sino por la del primer párrafo del artículo 44.⁷

Sí; es decir, sí se incluye la Constitución en el concepto derecho interno según el criterio de la Corte Suprema de Justicia, al dictar la sentencia de 12 de octubre de 1990, que resolvió en primer grado el amparo promovido por las organizaciones políticas Partido Institucional Democrático (PID), Frente de Unidad Nacional (FUN) y Frente Republicano Guatemalteco (FRG), contra el Tribunal Supremo Electoral. Señaló:

[...] esta Corte estima, que si bien en materia de derechos humanos los Tratados y Convenciones Internacionales prevalecen sobre todo el derecho interno, *inclusive la Constitución*, al analizar la denuncia que antecede se aprecia que el artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su numeral 2, establece que el ejercicio de los Derechos Políticos de todos los ciudadanos, exclusivamente se puede limitar por las razones en él contempladas [...]⁸

¿Cómo opera el artículo 46? Dicho artículo es una regla de conflicto y, por tanto, su naturaleza jurídica es indicar, entre varias, cuál es la ley competente. Opera dicha norma pues, igual que las normas de derecho internacional privado (*règles de rattachement*). Planteado un conflicto de leyes (*conflict de lois*), en uso de la regla de conflicto, el juez o cualquier operador jurídico escogerá la norma que indique la regla de conflicto. Así, por ejemplo, en un caso concreto, el juez encuentra que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por un lado, y el Código Penal, por el otro, tienen soluciones antitéticas. ¿Cuál norma debe escoger? No cabe la menor duda de que en aplicación del artículo 46 escogerá la norma que éste indica como competente; esto es, en el caso, la Convención Americana.

Ahora bien, el problema se complica cuando el conflicto se da entre la norma perteneciente al derecho internacional convencional de los derechos humanos (tratados y convenciones sobre derechos humanos) y la propia Constitución, que, como quedó afirmado, integra el concepto de derecho interno. Y no puede ser de otra manera. El orden jurídico es uno, pero para efectos didácticos se divide en dos: interno e internacional.

⁷ Expediente n.º 199-95, *Gaceta* n.º 37.

⁸ Expediente n.º 71-90. El resaltado es propio.

La solución no tiene por qué ser diferente: el operador jurídico, en cumplimiento del artículo 46, aplicará la norma proveniente del tratado o convención sobre derechos humanos. Para el caso en análisis, aplicará preferentemente el Convenio 169.

En ambos casos, la única salvedad, como también quedó asentado, es que no se disminuya, restrinja o tergiversa un derecho humano, sino que, todo lo contrario, se amplíe o beneficie, tal como lo exige el artículo 44.

Este argumento obliga a echar mano de la teoría del orden público. No es nada improbable que, ante el resultado chocante que resultaría de aplicar una norma internacional, el operador jurídico se vea obligado a invocar el orden público internacional—según la terminología usada por Bustamante—reconocido por la doctrina universal y, naturalmente, por el derecho interno. Concretamente, tal excepción a la aplicación de las leyes extranjeras está contenida en el artículo 44 de la Ley del Organismo Judicial, que dispone:

Artículo 44. Hermetismo del orden público. No tienen validez ni efecto alguno en la República de Guatemala las leyes, disposiciones y las sentencias de otros países, así como los documentos o disposiciones particulares provenientes del extranjero, si menoscaban la soberanía nacional, contradicen la Constitución Política de la República o contravienen el orden público.

Queda claro, pues, que lo que causa discordia es el término *preeminencia*, ya que en la concepción constitucionalista no es dable encontrar una norma arriba de la Constitución. Y ello es cierto si se piensa en conceptos tales como *arriba*, *abajo* y otros similares que eventualmente podrían herir susceptibilidades. El error está en pensar en esos términos, en vez de mantener la tesis de que el derecho no se mide ni se pesa; no son vocablos idóneos al efecto. En materia legal hay que determinar simplemente si una norma jurídica es competente o no lo es. Quizás el legislador constituyente no haya sido muy afortunado en su terminología, pues, si hubiera usado el término *competencia* en vez de *preeminencia*, tal vez el escrúpulo constitucionalista no existiría. Sin embargo, no hay que olvidar las motivaciones que obligaron al legislador constituyente a usar esa terminología. Estaba urgido por demostrarle al mundo, con la Constitución de 1985, que Guatemala se regiría en lo sucesivo por el más irrestricto respeto por los derechos humanos, en vista de la negra noche que recién había pasado, en la que se cometieron las atrocidades más incalificables a los derechos fundamentales de la persona humana. Por ello, sin duda, fue que se prefirió usar un término en vez de otro. Sin embargo, a la larga, lo que se quiso decir fue sencillamente que, en aras de la protección de la persona humana, deberá prevalecer la norma competente, salvo que al hacerlo el resultado sea inaceptable, situación en la cual deberá aplicarse la norma territorial.

Caso concreto: la Convención Americana (artículo 4.º, literal 5) establece que no se aplicará la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez y la Constitución (artículo 18, literal *b*) dispone que dicha pena no podrá imponerse a las mujeres. Aquí se tiene un caso concreto en que, de conformidad con el artículo 46, debería aplicarse

la Convención, pero, de hacerlo, se estaría restringiendo un derecho humano que está ampliamente garantizado en el orden interno y que por tal motivo debería prevalecer. Así, en aplicación de la teoría del orden público, recogida en la legislación guatemalteca, el operador jurídico haría inaplicación de la norma contenida en la disposición competente, que es la Convención, y por excepción de orden público aplicaría la norma más favorable; en este caso, la Constitución de la República.

Ésa es, pues, la manera como opera el artículo 46, como una norma indicadora de normas, designando competencias, salvo la excepción de orden público. No obedecer el mandato de dicho artículo aplicando la ley competente equivale a violarlo.

5. Conclusiones

El Convenio 169 de la OIT es un tratado internacional que, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se halla regido por el derecho internacional general. Al propio tiempo, es vinculante en el derecho interno guatemalteco, ya que para el efecto satisfizo todos los requisitos exigidos por la Constitución de la República.

Su naturaleza jurídica es la de ser un tratado sobre derechos humanos, ya que su contenido se refiere a éstos, con relación a los pueblos indígenas, y a la manera como pueden hacerse efectivos ante el derecho interno.

Por ser un instrumento internacional referente a derechos humanos, se halla regido por el artículo 46 de la Constitución; por ende, su aplicación debe ser *preeminente* a cualquier disposición de derecho interno que se le oponga.

En el orden interno guatemalteco se halla incluida la Constitución y, por lo tanto, la aplicación del Convenio 169 de la OIT debe ser *preeminente* a ésta, en caso de conflicto entre las disposiciones de uno y otra, siempre y cuando, tal como lo exige el artículo 44 constitucional, los derechos humanos respectivos no se vean disminuidos, restringidos o tergiversados, sino que, todo lo contrario, con la aplicación del Convenio se vean ampliados y mejorados respecto a los que garantiza la Norma Prima.

El artículo 46 constitucional debe entenderse como una *regla de conflicto* en el sentido de que, cuando una disposición del Convenio entre en choque o conflicto con alguna norma del orden interno (incluida en ésta la Constitución), deberá prevalecer aquélla, siempre y cuando no limite, restrinja o tergiversarse los derechos y garantías indicados en la Norma Fundamental, pues si eso sucediere, de conformidad con ella, deberá aplicarse la norma más garantista; todo en aras de brindar en materia de derechos humanos la máxima protección, que es la teleología de la que están imbuidos tanto la Constitución como los tratados y convenciones sobre esa materia, aceptados y ratificados por Guatemala.

En el caso concreto del conflicto que eventualmente pudiere plantearse entre el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT (derecho consuetudinario indígena) y el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial (fuentes del derecho), deberá dársele la preemi-

nencia acordada en el artículo 46 constitucional al primero, por regular una materia internacional que tiene que ver con los derechos humanos. Sin embargo, el conflicto es más aparente que real, pues de conformidad con el citado artículo 2 de la LOJ la costumbre puede regir por delegación de la propia ley, que para el efecto es el artículo 8 del Convenio.

Podrá, no obstante, con apoyo, en el citado artículo 2 de la LOJ, argumentarse que dentro del derecho consuetudinario indígena algunas costumbres podrían ser calificadas como contrarias a la moral o al orden público y, por lo tanto, hacer prevalecer dicha disposición frente al artículo 8 del Convenio. Si se diere el caso, a mi juicio, es correcto invocar la moral o el orden público en referencia; todo estriba en que el operador jurídico razone adecuadamente su fallo. En materia de invocación del orden público —*lato sensu*—, éste se va formando poco a poco en casos concretos hasta llegar a constituirse en jurisprudencia o en doctrina legal.

El Convenio 169 de la OIT es ejecutivo por él mismo; en consecuencia, tiene fuerza vinculante *per se*, según lo argumentado en este trabajo, sin que sea preciso para su total operatividad emitir leyes o reglamentos de ninguna naturaleza que desarrollen sus principios.

Sin embargo, sí hay que reconocer que algunas de sus partes, por tratarse de normas programáticas, ofrecen cierta dificultad al operador jurídico al ser aplicadas al caso concreto. En tal virtud, sería recomendable que el legislador cumpliera el mandato contenido tanto en la Constitución como en el Convenio 169, relativo a emitir leyes que desarrollen el contenido de las referidas disposiciones.

Asimismo, con el objeto de evitar eventuales conflictos entre el derecho oficial y el derecho indígena, es harto recomendable que el legislador actúe emitiendo las disposiciones legales que armonicen ambos órdenes jurídicos. Esto no es nada nuevo; España, por ejemplo, ha emitido ya disposiciones que evitan los roces entre el derecho común y el derecho foral de las comunidades autonómicas, los cuales podrían, naturalmente, servir de importante fuente de inspiración.

Es deplorable la falta de conocimiento que existe en el medio guatemalteco sobre el Convenio 169 y sus ventajas. De esa cuenta, es recomendable incentivar las conferencias, simposios y talleres de trabajo que puedan realizarse para darlo a conocer. Las universidades, institutos y ONG relacionados con el tema pueden desempeñar un papel muy importante al promover tales eventos.

Ante la pasividad manifiesta del legislador en materia de derechos de los pueblos indígenas, corresponde a los jueces poner en operatividad la legislación existente, que, aunque deficitaria y necesitada de mayor desarrollo, garantiza, en principio, la protección legal de aquéllos.

Como corolario de lo anterior, corresponde también a tales pueblos, dada la ancestral discriminación de que son objeto, emplear con frecuencia los mecanismos constitucionales y legales de que disponen para hacer efectivos los derechos que la legislación les confiere.

El derecho consuetudinario indígena padece actualmente de imprecisión y de deficiencias conceptuales debido a una deficitaria labor de rescate que se ha llevado a cabo en forma insuficiente. Urge, por tanto, profundizar de manera competente ese rescate, antes de que se pierda definitivamente con el fallecimiento de quienes lo practican y lo transmiten de generación en generación.

En esa consecuencia, la labor de rescate del derecho consuetudinario indígena debe ser llevada a cabo con competencia y cuanto antes por historiadores, antropólogos, sociólogos y juristas, a fin de evitar su imprecisión y determinar cuándo se está frente a una *costumbre* que llene los requisitos que quedaron indicados en este trabajo, evitando de ese modo caer en criterios de *arbitrariedad*.

Bibliografía

- Derechos humanos y cuestiones indígenas*, Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cuaderno de Estudio 40, 2003.
- GARCÍA, Rita, Marisol GARRIDO y Rebeca MONZÓN: *Convenio 169 de la OIT*, Universidad Rafael Landívar, Maestría en Derechos Humanos.
- ORDÓÑEZ REYNA, Ailyn: *Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad referente mujeres, indígenas y menores*.
- SAYED, Bachir Mustafa: *Los procesos de autodeterminación de los pueblos coloniales*, Universidad de Barcelona, 1997.
- STAVENHAGEN, Rodolfo: "En búsqueda del nuevo derecho indígena", en *Revue Québécoise de Droit International*, vol. II.I, 1998.
- VEGA GIRÓN, Astrid Beatriz: *El acceso a la justicia de las comunidades indígenas*, tesis, octubre del 2004.

Ignacio Basombrío (Perú) *

Tratados de libre comercio, propiedad intelectual y protección del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas

1. Consideraciones generales

En el proceso de negociaciones del Tratado de Libre Comercio, uno de los asuntos que mayor importancia poseen para los Estados Unidos es el relacionado con la defensa de los elementos constitutivos de la propiedad intelectual. Naturalmente, éste es un aspecto en el cual influye el dominio que en materia tecnológica posee la gran potencia del norte. En cambio, los países andinos tienen en general una limitada capacidad de innovación.

En este asunto, lo que está en juego son las condiciones con base en las cuales, dentro del marco de la globalización, el impacto tecnológico procedente de las potencias industrializadas puede marcar las tendencias en las relaciones económicas internacionales.

Sin duda, se trata de un asunto delicado en términos económicos y sociales, tal como ha podido apreciarse a lo largo del proceso negociador. Además, ha provocado diversas manifestaciones que sectores de la sociedad civil de los países andinos han tomado con preocupación, cuando no oposición, sobre los alcances de lo que podría negociarse en el marco del TLC.

Existe una inquietud sobre todo en lo que respecta al impacto que tendrían los nuevos acuerdos en materia de patentes en las políticas de salud.

Al analizar el marco dentro del cual se discute el TLC, Luis Alonso García, quien fue jefe del equipo negociador de propiedad intelectual por parte del Perú, ha subrayado que “la globalidad marca la competencia económica sobre todo en sectores de alta

* Abogado. Presidente del Centro Peruano de Estudios Internacionales. Profesor universitario. Miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. <nachob@speedy.com.pe>

tecnología. Se calcula que el potencial del mercado mundial de solicitudes relacionadas con la ciencia de la vida y la biotecnología, incluyendo la agricultura, será superior a 2 billones de euros en 2010”.

Es importante tomar en consideración las grandes asimetrías que se registran en el ámbito de la investigación tecnológica entre las potencias desarrolladas y las naciones del sur, entre las cuales se encuentran los tres países andinos que actualmente negocian el TLC.

Por ejemplo, Estados Unidos invierte 182 000 millones de dólares cada año en investigación y desarrollo. Esta cifra decuplica lo que gasta México en el mismo rubro y, por cierto, no puede tener un elemento de comparación con los magros recursos que se destinan en el caso peruano para la promoción de la investigación tecnológica y el desarrollo de proyectos.

Las normas de propiedad intelectual, a lo largo del tiempo, han adquirido una condición más global, y de esa manera han acompañado el proceso de apertura económica internacional. En tal contexto, los intereses de los grandes grupos económicos han impuesto las condiciones esenciales, dado que son los que cuentan con los recursos y la capacidad para impulsar programas de investigación científica y tecnológica amparados en los entendimientos internacionales.

En general, dentro del marco de la Organización Mundial de Comercio se han adoptado entendimientos para ampliar el ámbito de la protección de los elementos constitutivos de la propiedad intelectual vinculada al comercio. Sin embargo, ello no ha significado progresos para el mundo en desarrollo, salvo casos muy singulares como los de China, la India y, en menor medida, el Brasil.

No ha sido posible, en efecto, que se le otorgue la necesaria importancia estratégica a la innovación tecnológica a efectos de que, dentro del proceso global, también las naciones del sur tengan la posibilidad de obtener mayores beneficios.

Ahora bien, en el caso de los países andinos es importante en las negociaciones con los Estados Unidos considerar que deben excluirse, utilizando al efecto las normas vigentes en el plano global, los compromisos que supongan patentes de animales o de plantas, o que, en todo caso, éstos se definan con precisión y a partir de acuerdos adoptados en el ámbito interno, que son los sectores y las condiciones en los cuales tiene sentido otorgar patentes.

2. Asuntos prioritarios

Los temas ambientales, la protección de los derechos de las poblaciones, el respeto a los principios pluriétnicos y de la diversidad cultural, constituyen elementos que se encuentran presentes dentro de los nuevos términos en los cuales se pretenden organizar las relaciones internacionales.

Ha transcurrido una etapa en la cual se intentó, con una percepción sin duda limitada del proceso de globalización, imponer criterios uniformes para abordar pro-

blemas diversos, en razón de las realidades también diferentes de los países que participan en tal proceso.

A lo largo de los últimos años ha sido posible, en parte como consecuencia de las movilizaciones populares y también por la vigencia de nuevos principios en el plano internacional, establecer algunos parámetros con relación a la protección del medio ambiente y al respeto de los derechos de las poblaciones que pudieran verse afectadas por el desarrollo de proyectos productivos o del aprovechamiento indebido de sus recursos y conocimientos tradicionales.

Sin duda, es un problema que debe abordarse desde diferentes perspectivas y no únicamente en función de los intereses de los grandes grupos económicos y de las políticas de Estado destinadas a aumentar la producción y las exportaciones a partir de la explotación de los recursos naturales.

Considero que es posible, progresivamente, establecer criterios en orden a determinar lo que significa el desarrollo ambiental para proteger los ecosistemas y para generar factores de demanda e impulsar el desarrollo tecnológico de los pueblos indígenas y originarios.

Es necesario diseñar políticas orientadas a proporcionar a las empresas y los países los bienes y los servicios que se requieren para atenuar, prevenir, limitar y corregir el daño ambiental que se pudiera haber producido en el agua, el aire o la tierra, debido a la explotación de los recursos naturales y, en general, como consecuencia del proceso de desarrollo económico.

La actual situación, empero, debería ser perfeccionada, por cuanto no se ha originado sobre la base de entendimientos fundamentales adoptados sobre la base de negociaciones internacionales destinadas a corregir los factores de asimetría.

En verdad, en materia de políticas ambientales, parte importante de los objetivos se ha establecido sin el deseable consenso. De tal manera, no se ha otorgado la importancia debida a las políticas relacionadas con la protección de los recursos naturales y de los derechos de los denominados *pueblos originarios*. Es decir, de aquellos que han mantenido conocimientos tradicionales, valores ancestrales y recursos que podrían ser afectados como consecuencia de procesos indiscriminados de explotación de los sectores extractivos de la economía.

Entre los elementos que deben figurar en ese consenso se incluyen:

1. la necesidad del manejo de la contaminación ambiental;
2. el desarrollo de las tecnologías limpias;
3. el uso eficiente de los recursos para obtener los mayores beneficios del proceso económico sin afectar el medio ambiente, y
4. el permitir un mayor bienestar de las poblaciones que se encuentran en la zona de influencia de los proyectos de explotación de los recursos naturales.

Sin duda, el escenario futuro de la sociedad internacional mostrará una cada vez mayor importancia de los denominados *servicios* y de las *políticas ambientales*.

Cabe señalar que, a pesar de los esfuerzos realizados en América Latina para mejorar la gestión ambiental, en lo que respecta al mercado internacional de servicios vinculados con el desarrollo sustentable, Estados Unidos representa el 38%, la Unión Europea el 30% y el Japón el 17%, mientras que nuestra región sólo participa con el 2%.

Sin duda, la situación muestra que todavía existe un amplio camino por recorrer a efectos de lograr una mayor acción en el campo de los servicios ambientales para permitir un creciente bienestar de las poblaciones afectadas actualmente por las insuficientes políticas ambientales.

3. El problema de las nuevas tecnologías

Otro elemento que debe considerarse en el análisis integral del tema de la propiedad intelectual se refiere a los aspectos vinculados con la protección de la diversidad biológica y del paisaje. Esta cuestión, relacionada con la cultura y con el desarrollo del turismo, que es otra fuente importante de generación de recursos en las economías en desarrollo, se complementa con los aspectos más tradicionales de las políticas ambientales, como el manejo de los desechos sólidos y peligrosos, la protección del aire, del ambiente y del clima.

Éste es uno de los temas que se discuten en el marco de las relaciones internas de los países latinoamericanos. Pero, además, debería ser considerado con igual énfasis en lo que concierne a las negociaciones con los Estados Unidos a efectos de establecer los términos del Tratado de Libre Comercio.

Los estudios preliminares efectuados a propósito de las negociaciones que culminaron en la celebración del Tratado de Libre Comercio de los Estados Unidos con Chile, así como el de CAFTA (el acuerdo suscrito por los Estados Unidos de América con los países centroamericanos y la República Dominicana), señalan la importancia asignada al reconocimiento de los derechos en materia de propiedad intelectual. Ello pese a que tales asuntos también son materia de negociaciones en el marco de la Organización Mundial de Comercio.

Los precedentes chileno y del CAFTA pueden servir para anticipar cuáles podrán ser en definitiva los compromisos que se adopten por los países andinos dentro del TLC.

Del análisis de las posiciones que actualmente se encuentran en la agenda negociadora, se aprecia que existen algunas discrepancias en lo que respecta a la visión norteamericana y la global, derivada de los entendimientos adoptados en el marco de la OMC. Lo anterior se explica por la estrategia negociadora de los países andinos, que inicialmente estaban dispuestos a pagar el costo del TLC por las expectativas de algunos sectores poderosos de mantener las concesiones unilaterales otorgadas en el ATPDEA.

4. La singularidad del mundo andino

En lo que respecta a la negociación del TLC por parte de Colombia, Ecuador y Perú, es importante formular algunos criterios con relación a la situación de la región en lo que respecta a su patrimonio natural.

Se reconoce que en los países andinos existe posiblemente la mayor biodiversidad del planeta. Sin embargo, tal como lo ha señalado un reciente trabajo de Gonzalo Llosa, no ha sido posible conseguir, hasta ahora, una adecuada rentabilización del patrimonio natural. Hay lecciones que no han sido aprendidas y, por ello, puede resultar posible que, como consecuencia del TLC, se repitan errores acumulados en el pasado, cuando se depredaron los recursos naturales y se disfrutó temporalmente de un bienestar aparente, para retornar luego a una situación de pobreza y marginación.

En la medida en que la negociación sea conducida sobre la base de los criterios que pretenden establecer quienes aspiran a impulsar, sin balances ni contrapesos, la utilización de los recursos existentes, es evidente que no se estarían tomando en cuenta debidamente las posibilidades de llevar a cabo estrategias destinadas a otorgarles un mayor valor agregado y una protección adecuada a los recursos naturales y originarios.

Por otro lado, existen problemas para concretar y poner en valor las eventuales concesiones que pudieran obtener los países andinos, luego de un complejo proceso de negociación con los Estados Unidos. Los factores que deben tenerse en consideración son:

1. la existencia de intereses contrapuestos;
2. la incapacidad del sistema productivo interno;
3. las limitaciones tecnológicas y financieras de las comunidades de las zonas más atrasadas de los países andinos;
4. la carencia de políticas de Estado para promover la industrialización de los recursos, su colocación en el mercado norteamericano, el obtener las necesarias patentes y los elementos que protejan debidamente la propiedad intelectual;
5. la limitada prioridad y los magros recursos asignados para la investigación científica y tecnológica.

En todo caso, frente a una realidad caracterizada por la existencia de amplios recursos en la región andina, que otorgan una masa crítica de biodiversidad capaz de potenciar el desarrollo presente y futuro, es conveniente reflexionar sobre la necesidad de establecer una agenda que permita conseguir algunos objetivos, en cumplimiento de entendimientos que ya han sido adoptados en el marco de la Comunidad Andina de Naciones.

Al respecto, debe tenerse presente que en 1993, mediante la decisión 345, la Comisión del Acuerdo de Cartagena estableció normas para proteger los derechos de las variedades vegetales. En 1996, como resultado de la aprobación de la decisión 391, se estableció el régimen común para el acceso a los recursos genéticos. Finalmente, en julio del 2002, mediante la decisión 523, se estableció la estrategia regional de biodiversidad para los países del trópico andino.

Por otro lado, se han establecido pautas y políticas de acción en el ámbito andino para dar cumplimiento a los entendimientos internacionales destinados a otorgarle al desarrollo una perspectiva ambiental, de manera tal que al mismo tiempo se puedan proteger los recursos naturales, aplicando las políticas nacionales de ocupación y explotación del territorio con adecuadas tecnologías.

5. ¿Existen políticas andinas y nacionales?

Conseguir resultados concretos como consecuencia de los compromisos asumidos en el marco de la Comunidad Andina en materia de propiedad intelectual exige un gran esfuerzo de los gobiernos y, además, de la sociedad civil. Las empresas, por su parte, con una renovada visión de responsabilidad social, deben considerar la implementación de una nueva estrategia para armonizar las expectativas de los sectores mayoritarios de la sociedad y, en especial, de quienes habitan las zonas de influencia de los proyectos, con su legítimo interés por obtener beneficios al desarrollar proyectos de inversión.

Es conveniente tomar en consideración que todavía no ha sido posible adoptar un régimen integral internacional que regule el acceso a los recursos genéticos, permita la distribución equitativa de sus beneficios y reconozca el aporte de los pueblos indígenas.

Por la premura de los gobiernos de los países andinos y de algunos grupos de interés para culminar las negociaciones del TLC con los Estados Unidos, es posible que pudieran comprometerse aspectos que son esenciales para el futuro económico y social y para la gobernabilidad de los países andinos.

Parece razonable, en tal sentido, aguardar que en los foros de la Organización Mundial de Comercio y de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se adopten los entendimientos fundamentales que permitan un mayor equilibrio en el tratamiento de los temas que interesan a los pueblos andinos y amazónicos.

Es conveniente tener en consideración que existen no sólo problemas derivados de la diferencia tecnológica existente entre los países andinos y las grandes potencias industriales, sino, además, como lo señala la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA), la urgencia de actuar en los territorios andinos y amazónicos para la prevención y el combate de la biopiratería.

Mediante este delito, que es internacional, determinados sectores tienen acceso indebido y utilizan ilegalmente los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales. Para enfrentar este grave problema, resulta necesario, tal como lo ha señalado la SPDA, actuar desde diferentes frentes, como la investigación, las campañas, la formación de redes, la organización de eventos y todas aquellas actividades indispensables para proteger la riqueza y la diversidad biológica, tanto de los países andinos y amazónicos como de las comunidades que los habitan.

6. El compromiso andino

La negociación del TLC en lo relativo a los temas de la propiedad intelectual y del desarrollo sustentable debería basarse en algunos principios que la Comunidad Andina, a lo largo de más de 30 años de proceso integrador, ha definido como puntos centrales en los ámbitos del conocimiento y de la innovación tecnológica.

Los elementos que se toman en consideración, o que deberían ser básicos en las negociaciones, incluyen:

1. la búsqueda de la preservación de la normativa andina vigente en materia de propiedad intelectual;
2. el mantener la libertad y la flexibilidad necesarias para atender las demandas de la salud;
3. el adoptar esquemas claros en materia de acceso de medicamentos, a efectos de que mejoren las condiciones de abastecimiento al consumidor en un marco de competencia, y finalmente
4. el combate a la biopiratería, teniendo en cuenta para esta opción estratégica la biodiversidad y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas.

Tales son los criterios existentes en la Comunidad Andina y que, en buena medida, orientan el esquema negociador de Colombia, Ecuador y Perú en el marco del TLC.

Sin embargo, Estados Unidos, que tiene la condición de dominante en el ámbito de las nuevas tecnologías, posee una agenda más amplia, conforme se ha podido apreciar como consecuencia del análisis de los términos en que negoció TLC con otros países o en las propias demandas que ha planteado en la mesa de negociación con los países andinos.

Básicamente lo que pretenden obtener los estadounidenses en la negociación consiste en: a) la ampliación de los plazos de protección de las patentes; b) la patentabilidad de objetos no contemplados en los acuerdos adoptados en el marco de la Organización Mundial de Comercio, y c) plazos nuevos de protección para aquellos productos que, por algún motivo, no tienen patente, a través de la denominada *protección de los datos de prueba*.

7. Presiones en las negociaciones

Cabe señalar que, en el marco de las negociaciones sobre la propiedad intelectual, los grupos económicos, tanto en los países andinos como en los Estados Unidos, han concentrado sus esfuerzos en el ámbito de las patentes. Sin embargo, no ha habido el mismo énfasis en lo que respecta a otro aspecto que interesa a los sectores más amplios de las comunidades y de las poblaciones indígenas de los países andinos, cual es la protección del medio ambiente y de la biodiversidad.

Es un tema en el cual existen intereses de largo plazo que los países andinos deben considerar como parte de su renta estratégica por participar en una economía internacional globalizada. No puede, por tanto, ser abordado únicamente desde una perspectiva de corto plazo, con el propósito de utilizar este asunto como un factor complementario o adicional a la negociación de los elementos de la propiedad intelectual.

Por tal razón, es importante tomar en consideración un conjunto de temas que vinculan la negociación desde la perspectiva peruana con los asuntos relativos al medio ambiente y la diversidad biológica.

Debe tenerse presente al respecto que, en el marco de la OMC, el Comité de Comercio y Medio Ambiente, dentro de las negociaciones de la Ronda Doha, considera, entre otros temas, la relación que posee el medio ambiente con el comercio de bienes y de servicios.

Por otro lado, Estados Unidos tiene una posición definida en lo que concierne al tema ambiental, la cual ha quedado reflejada en diferentes propuestas. Una de ellas, por ejemplo, fue la que presentó en el marco de las negociaciones del ALCA; otra, la que figura en los TLC con Chile y Centroamérica. En esa línea de pensamiento se negocia en la actualidad entre los países andinos y la potencia del norte.

8. Opciones negociadoras

¿Cómo manejar las negociaciones el ámbito del medio ambiente? Sin duda, para los países de la región andina lo importante es contar con un buen mecanismo de cooperación ambiental y, por otro lado, evitar que los estándares o medidas ambientales constituyan barreras injustificadas o encubiertas al comercio.

En todo caso, siguiendo la actual tendencia internacional, se trata de lograr un sistema mediante el cual el comercio de bienes y de servicios tenga una sustentación ambiental. Es decir que se apliquen normas y políticas que permitan lograr el desarrollo sustentable.

Ahora bien, entre otros temas de negociación se encuentra el de la manera de resolver las controversias ambientales. En un esquema de cooperación mutua lo importante es que exista respeto por las realidades y políticas ambientales nacionales, de manera tal que se propicie que la solución de controversias se alcance mediante acuerdos directos entre las partes.

En el capítulo ambiental que podría formar parte del TLC se encuentra, entre otros asuntos, el relativo a la diversidad biológica y el comercio. Ésta es una cuestión que se vincula con el interés de las comunidades y de los pueblos indígenas, a efectos de lograr que los entendimientos en materia de propiedad intelectual y temas vinculados en el marco del TLC no los afecten ni perjudiquen.

En tal sentido, además del planteamiento de los países andinos para que se reconozcan responsabilidades comunes pero diferenciadas entre los Estados, el tema de la

diversidad biológica se considera como un asunto fundamental y, además, como uno que no aparece en los TLC anteriormente suscritos por los Estados Unidos.

Conforme lo señala Ernesto Guevara, jefe del equipo negociador peruano del grupo de medio ambiente, el objetivo fundamental es “la búsqueda del aprovechamiento sostenible de la biodiversidad a través del comercio”.

En tal sentido, son tres elementos esenciales que deben tomarse en consideración, a saber:

1. la conservación y el uso de la biodiversidad;
2. la vinculación estrecha entre el comercio y el medio ambiente, y
3. la promoción del uso sostenible de recursos en los países andinos, que son centro de origen de diversidad genética.

9. Conclusión

El objetivo central de todas las acciones que se llevan a cabo en el tema de la propiedad intelectual, desde la perspectiva de nuestros países, es contar con mecanismos que permitan defender los derechos soberanos sobre los recursos genéticos. Al mismo tiempo, garantizar que los conocimientos tradicionales sean utilizados con el conocimiento y la participación de las comunidades en cuyos territorios se encuentran tales recursos.

Es necesario, en este marco, establecer procedimientos de concesión de patentes que reconozcan la realidad de los países andinos. Estos países requieren el apoyo de la comunidad internacional para llevar a cabo las tareas de investigación y los procesos destinados a obtener el reconocimiento de sus derechos en el plano global. No son, sin duda, tareas fáciles ni pueden considerarse como de pronta ejecución y realización.

Por el contrario, una inadecuada negociación del TLC con los Estados Unidos podría colocar a los países andinos en una situación de desventaja, con pocos márgenes de acción y con una limitada, insuficiente e inadecuada infraestructura de investigación tecnológica, de capacidad industrial y de comercialización internacional para concretar los derechos que pudieran eventualmente obtenerse, en forma nominal, durante las negociaciones en curso.

Bolívar Beltrán Gutiérrez (Ecuador) *

El proceso penal indígena: desde el delito hasta la sanción

América es un continente con una gran población indígena. Puede afirmarse que es multiétnico, pluricultural, diverso, con alrededor de 41 millones de pobladores indígenas.

El momento histórico que atraviesa nuestra América es de extrema preocupación, porque se ha impuesto la institucionalidad, la forma de organización de los Estados uninacionales, desconociendo a ese gran conglomerado indígena que ha estado en estas tierras aun antes de la llegada de Europa.

Ahora la crisis de las instituciones judiciales ha llegando a los niveles más bajos y aquello se refleja en la falta de credibilidad, desconfianza, corrupción, etcétera. Tanto, que el Departamento de Estado de los Estados Unidos, en el programa denominado “Iniciativa regional andina”, en el año 2001, mencionaba en relación con las funciones judiciales:

Las ramas judiciales de la región son débiles e incapaces. Padecen de ineficiencia, equipos y entrenamiento deficientes, bajos salarios, corrupción generalizada y, en el caso de Colombia, intimidación. Como consecuencia, los casos legales, tanto criminales como civiles, languidecen durante años en el sistema, y frecuentemente resultan en decisiones cuestionables. Este fenómeno es el meollo del grave problema de la impunidad en la mayor parte de los países. La gente común no tiene confianza en el sistema judicial, lo que la empuja a buscar medios extrajudiciales para solucionar sus disputas o proteger sus intereses. Los inversionistas extranjeros han experimentado falta de protección segura de la Ley, lo cual obviamente desalienta la inversión.

* Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, Doctor en Jurisprudencia y abogado. Diplomado Internacional en Pueblos Indígenas y Desarrollo (México). Integrante del equipo de investigación y de apoyo a los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador y director ejecutivo del Centro Lianas. <satei@andinanet.net>

En medio de esta crisis judicial el sistema legal indígena es desconocido, ha sido malinterpretado y se ha confundido su ejercicio. Ejemplos de ello son los informes de los medios de comunicación, que lo han difundido como *crónica roja* de la siguiente manera:

Una turba de miles de indígenas aymaras atacó el 26 de abril del 2004 a las autoridades de la provincia peruana del Collao, dando muerte al alcalde Cirilo Robles y al regidor Arnaldo Chambilla, a quienes acusaban de nepotismo y corrupción.

El 19 de mayo del 2004 otro linchamiento se produjo cerca de Llave, jurisdicción de Puno, al sur de Perú. Esta vez mil indígenas “ajusticiaron” a un boliviano acusado de robos.

El 15 de junio del 2004 en Ayo Ayo, al sur de Bolivia, la comunidad aymara secuestró y asesinó al alcalde Benjamín Altamirano bajo los cargos de delitos dolosos y actos de corrupción.

Los linchamientos como práctica de justicia indígena no son pocos.¹

Así transmite la prensa estos actos que nada tienen que ver con el sistema legal indígena, distorsionando y confundiendo esta legislación milenaria.

Las acciones delictivas que han sido mencionadas son una muestra del estado de descomposición de la justicia en general. En este sentido, tampoco puede afirmarse que la justicia indígena sea perfecta.

La justicia indígena no es linchamiento, mucho menos justicia por mano propia. Según el *Diccionario jurídico* de Guillermo Cabanellas, *linchamiento* es:

Forma popular de ejecutar justicia, aplicando la pena capital, sin esperar al pronunciamiento del fallo condenatorio por el tribunal competente, producida como reacción excesiva ante la comisión de un crimen.

Tampoco es justicia por mano propia o *ley del talión*, esto es, “ojo por ojo y diente por diente”. Linchamiento no es otra cosa que el nombre del sistema punitivo más espontáneo y sencillo, que castiga el delito con un acto igual contra el delincuente. La pena es el propio daño que se ha causado a la víctima.

El sistema legal indígena no tiene nada que ver con el linchamiento, ni mucho menos con la justicia por mano propia. Este sistema tiene autoridad y normas, no es espontáneo; es un sistema completo y cuenta con un procedimiento. La sanción no puede ser igual al mal que se ha causado a la víctima, es decir, hay una sentencia que no es punitiva sino sobre todo reparadora, sanadora, que intenta recuperar el equilibrio que ha sido alterado. Aquello que se ha publicitado, como los baños en agua fría, el trabajo, el hostigamiento y, como medida extrema, la expulsión de la comuna tienen como fin recuperar el equilibrio colectivo.

¹ Señales. *La Revista Latinoamericana*, n.º 32, agosto del 2004.

1. Sistema milenario

La vigencia del sistema penal indígena provoca resistencias y negatividad en algunos sectores de las sociedades uninacionales. Me reafirmo en manifestar que sobre todo se trata de desconocimiento, por cuanto:

No admiten la existencia de múltiples y profundos avances sobre la pluralidad jurídica. [...] Desde el punto de vista conceptual hay la pretensión de anclarlo únicamente en la noción antropológica, sin considerar que esas sociedades diversas conocidas como pueblos indígenas son entidades colectivas portadoras de un sistema de organización sociopolítica, de un ejercicio de la democracia participativa y de una forma de administración de justicia practicada desde tiempos inmemoriales, que permite desarrollar una institucionalidad acorde a sus códigos culturales.²

El debido proceso sumario e inmediato es una de las características del sistema. Para ello existen normas de carácter colectivo, que se expresan en las asambleas, con la presencia de autoridades legales y legítimas como los cabildos, consejos de gobierno, etcétera.

La ruptura del equilibrio individual o comunitario altera el modo de vida dentro de la comunidad indígena y es allí que se activan los mecanismos para el reestablecimiento del orden. En estos pueblos se sancionan delitos como el chisme, la mentira, el ocio y, lógicamente, varios de los delitos que surgen del sistema capitalista y que tienen que ver con la propiedad privada.

En el inicio del proceso penal las partes involucradas deben presentar las pruebas de acusación y de descargo, respectivamente; además se puede solicitar la presencia y declaración de testigos. Dentro del mundo indígena andino es frecuente el careo (cara a cara). La autoridad puede decidir la integración de una comisión que investigue los acontecimientos anteriores al hecho que motiva el proceso, las circunstancias en torno de la infracción, y a veces solicita a la comisión que sugiera un mecanismo de reparación.

Los miembros de las comunidades indígenas cometen infracciones como en cualquier sociedad, pero también puede cometerlas gente extraña a la comunidad; en esos casos se plantean interpretaciones en cuanto a qué autoridad es la llamada a conocer y resolver el conflicto. No es una cuestión fácil, ya que el infractor extraño puede no ser indígena y entonces surgen una serie de preguntas, como las siguientes:

1. Si un extraño indígena comete una infracción en una comunidad indígena vecina, ¿quién lo sanciona?
2. Si el infractor es un no indígena y comete un delito dentro de una comunidad indígena, ¿quién es competente para juzgarlo?

² Nina Pacari Vega: "Pluralidad jurídica: una realidad constitucionalmente reconocida", ponencia presentada en el Coloquio sobre Administración de Justicia Indígena, Cuenca (Ecuador): Universidad Andina Simón Bolívar, 2002.

3. Si un indígena comete una infracción fuera de la jurisdicción indígena, ¿cuál es la autoridad que debe conocer y resolver su caso?

Para responder a estas interrogantes hay que tener presentes algunos principios legales, como los de competencia, autoridad, jurisdicción, debido proceso, garantía de derechos, etcétera.

En ese marco, es preciso aclarar que la *autoridad indígena* es competente para resolver todo tipo de acciones que alteren el equilibrio interno de la comunidad. Para la cosmovisión indígena no existe la separación o especialización por materias propia de la justicia ordinaria —jueces civiles, penales, de menores, militares, de tránsito...—; el sistema legal indígena es un todo y frente a una acción u omisión que altere la armonía interna comunitaria su intervención es inevitable. Por ello, si el infractor es miembro de la comunidad y su acción se dio en la jurisdicción indígena, la intervención de la autoridad de la comuna es inmediata y no existe duda.

En cuanto a la jurisdicción, no debe olvidarse que los pueblos indígenas están asentados sobre un territorio plenamente identificado, por lo que aquel espacio territorial es su jurisdicción. Es más: la ratificación del Convenio 169 de la OIT por parte de muchos Estados garantiza este derecho jurisdiccional.³

Las variables para el ejercicio y la aplicación del sistema legal indígena han sido numerosas.

Si el infractor indígena es de otra comunidad, son las autoridades de ambas las que tradicionalmente han resuelto el conflicto.

Si el infractor es no indígena y comete la infracción en jurisdicción indígena, existe la posibilidad de que la autoridad indígena intervenga y resuelva, si el infractor acepta ser juzgado en la comunidad, o bien que la comuna lo entregue a los jueces ordinarios.

Lo mismo ocurre —o debería ocurrir— cuando un indígena comete una infracción fuera del territorio indígena. El citado convenio 169 de la OIT establece esa posibilidad, al mencionar en su artículo 9, numeral 2:

Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

³ Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, parte II: “Tierras”, artículo 13:

“1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

”2. La utilización del término “tierras” en artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera”.

Y en el artículo siguiente:

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Es decir que la autoridad ordinaria debería tener presentes en su sentencia las características culturales de pertenencia del individuo al pueblo indígena o, en caso contrario, entregar al infractor indígena a la autoridad indígena para su correspondiente sanción.

Existe legislación de plena vigencia en América que regula la relación entre estos sistemas legales, lo cual permite la construcción, hasta ahora incipiente o desconocida, de la pluralidad jurídica como respuesta a la realidad innegable de esta convivencia legal.

3. Cosmovisión y filosofía indígena

Las sociedades o colectividades indígenas son entidades milenarias que se han desarrollado sobre la base de instituciones económicas, sociales, culturales, filosóficas, políticas y lógicamente jurídicas. En ese quehacer han sido —y varias continúan siendo— sociedades completamente desarrolladas en proceso permanente de perfeccionamiento.

La sociedad no indígena ha concebido al mundo desde el punto de vista de la perfección; por el contrario, para la mayoría de los pueblos indígenas el mundo nace de la imperfección, y es allí donde se confunden en uno solo el ser humano, la naturaleza y el cosmos: la sociedad basada en un modo de vida económico comunitario, la naturaleza que brinda los medios necesarios y suficientes para garantizar la seguridad alimentaria de la población, el cosmos en su permanente guía de conservación y orientación del desarrollo de todas las vidas.

Es una alianza estratégica y equilibrada que no sólo permite el desarrollo, sino que permanentemente intenta perfeccionarse. Por ello considero que varios de nuestros problemas surgen a partir de cómo concebimos la creación, la vida, porque de ello depende cómo es la existencia humana; para unos se trata de procesos individuales, excluyentes; para los pueblos indígenas son procesos comunitarios, incluyentes.

Parte fundamental de la supervivencia de estas colectividades milenarias ha sido la existencia y el ejercicio de su sistema jurídico; ello les ha permitido desarrollarse como sociedades organizadas en proceso de perfeccionamiento permanente.

4. Definición

En los últimos años se ha iniciado una serie de discusiones, investigaciones y teorizaciones sobre el quehacer legal en o de los pueblos indígenas. Varios autores y

los propios indígenas han dado definiciones de la más variada concepción, y hay que recuperarlas como un aporte a un proceso de construcción. Se lo ha definido como:

- derecho consuetudinario;
- derecho indígena;
- derecho quichua, aymara, maya, etcétera;
- justicia por mano propia;
- justicia tradicional;
- mecanismos alternativos de resolución de conflictos;
- sistema legal indígena;
- derecho originario;
- ley indígena.

Cada definición responde a una realidad y a un momento del quehacer social, y lógicamente cada una está enmarcada dentro de una concepción de un modelo de sociedad.

Para aquellos que sostienen que este modelo de organización social que se sostiene en relaciones económico-sociales capitalistas neoliberales es el perfecto, todo lo que está fuera de las normas impuestas y que se resisten al modelo de globalización es secundario, marginal, y si es posible intentan desconocerlo o excluirlo de manera deliberada, hasta el punto de definirlo como algo fuera de la ley y que atenta contra aquella. Por ello consideran el quehacer legal de los pueblos indios como *consuetudinario*, que viene de la costumbre y nada más, y cuando éste demuestra en la práctica su efectividad en la resolución de las controversias, lo minimizan diciendo que son *mecanismos alternativos de resolución de conflictos*, pero nunca lo reconocen como un quehacer milenario, colectivo, inmediato, ágil y duradero, sustentado en una institución sólida que le permite constituirse en un verdadero sistema legal de los pueblos indígenas.

Al responder y ser parte fundamental de una organización social, este sistema legal se constituye necesariamente en un eje de consolidación y desarrollo de estas colectividades; de allí que se caracteriza por ser:

1. *Milenario*, al igual que la existencia de las propias colectividades. Puede decirse que los pueblos están sometidos a sus propias leyes porque éstas derivan de su autoridad como pueblos.
2. *Colectivo*. No pertenece a tal o cual cabildo, a tal generación, ni menos a autoridad alguna, sino a la colectividad entera de ayer, de hoy y de mañana. No es derecho u obligación individual; su ejercicio y aplicación es responsabilidad comunitaria.
3. *Está en permanente proceso de perfeccionamiento*. El hecho de transmitirse de generación en generación le permite esta condición, sin alcanzar a ser la respuesta última a cada realidad y circunstancia que se presenta para su tratamiento.

4. *Es ágil, oportuno y dinámico.* Al ser un quehacer colectivo transgeneracional y reparar antes que reprimir, optimiza, prioriza y emplea el tiempo como medida reparadora, lo que le permite dar tratamiento y resolución en lapsos relativamente cortos. A la agilidad se une la oportunidad; estos dos elementos permiten una existencia dinámica del sistema legal indígena.
5. *Es justo.* En controversias el resultado puede parecer justo o injusto, según el lado de los intereses en que uno se encuentre, pero al ser un quehacer colectivo, sumario y dinámico, tiene pocas posibilidades de constituirse en injusto. Su garantía es el control y la participación social efectiva en su ejecución.
6. *Es oral.* No está escrito en textos ni es parte de la historia escrita, sino un quehacer que se transmite en las leyendas, mitos, en las reuniones familiares y comunitarias y en toda la vida diaria de estos conglomerados humanos.

En suma, el sistema legal indígena se adapta a los diferentes lugares y tiempos, de acuerdo con los modos de vida de cada pueblo.

Esta práctica ha nacido y existido con los pueblos, pero en el caso de América, una vez llegados los europeos, ha sobrevivido en la exclusión y la clandestinidad, en un proceso de resistencia que a lo largo de los tiempos le ha permitido ser reconocida.

Es necesario y urgente reconocernos como diversos y en esa diversidad unirnos, para juntos construir la pluralidad jurídica en el continente.

Rita Marina García Ajquijay (Guatemala) *

Avances del acceso de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala

Con la evolución del derecho internacional en materia de derechos humanos, los pueblos indígenas cada vez cobran mayor espacio de discusión dentro de la temática en una forma más específica, porque pese a que existen importantes instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, aplicables a todas las personas, sin distinción de ningún tipo, por su carácter de universal, la desigualdad real con relación a los otros sectores de la población evidenciaba que tales derechos no se hacían efectivos, lo que demandaba una protección legal especial de estos pueblos.

Uno de los instrumentos jurídicos internacionales importantes de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que constituye el marco jurídico de reconocimiento y protección de los derechos de pueblos indígenas, complementado por otros instrumentos internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, a los que se suman la Declaración sobre la Raza y Prejuicios Raciales y la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural.

Guatemala, por su carácter pluricultural, multiétnico y multilingüe, con un alto porcentaje de la población indígena, al igual que otros países, no podía dejar de suscribir, aprobar y ratificar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Lo aprobó a través del decreto 9-96 del Congreso de la República y entró en vigencia el 5 de junio de 1997, sin que lo precediera una discusión desde diversos puntos de vista. Unos sectores no estaban de acuerdo en que fuese aprobado y ratificado, lo cual motivó que el Congreso de la República, antes de la aprobación, solicitara opinión consultiva sobre la constitucionalidad de este Convenio a la Corte de Constitucionalidad. Ésta concluyó que

* Magistrada de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Guatemala. <ritag@itelgua.com>

las disposiciones de ese instrumento no entran en incompatibilidad con el texto constitucional, sino que desarrollan los artículos constitucionales que reconocen, respetan y promueven las formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, uso del traje en hombres y mujeres, idiomas y dialectos de los pueblos indígenas.¹

El Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas influyó para que el Convenio 169 de la OIT fuese ratificado por el Estado de Guatemala, lo cual se dio un año después de su suscripción. En él se reconocen los derechos económicos, sociales y políticos de los pueblos indígenas, que por mucho tiempo fueron ignorados, y ha ido generando algunos cambios de actitudes en la administración pública, incluso en lo que respecta a la administración de justicia.

Inicialmente este acuerdo y los demás suscritos tenían el carácter de acuerdos políticos, sin ningún marco jurídico que diera carácter coercitivo a su cumplimiento. Sin embargo, a mediados del 2005 se aprobó la ley marco de cumplimiento, a lo que debe sumarse el recurso financiero necesario para ello y la voluntad política para el cumplimiento de otros compromisos —por ejemplo, la aprobación de la ley para ratificar la vigencia de la competencia del Comité contra la Discriminación Racial.

Este acuerdo se ha cumplido en forma mínima, según informe de verificación de la Misión de las Naciones Unidas para Guatemala (Minugua), del año 2001, en relación con algunos derechos económicos, sociales y culturales. Entre ellos se cuentan la creación del fondo de tierras —que tiene como fin resolver el problema de tierras, pero que hasta la fecha no ha incidido significativamente en su solución—, la regulación de lugares sagrados, la creación de una defensoría de la mujer indígena, y otros en cuya discusión no ahondamos porque escapan del tema principal de esta presentación. Este contexto nos lleva a revisar algunos avances del acceso de los derechos de los pueblos indígenas en materia de administración de justicia penal, para lo cual me referiré a algunas experiencias, en el siguiente orden:

1. Derechos de los pueblos indígenas legislados en el Código Procesal Penal.
2. Casos de reconocimiento de su derecho a la identidad cultural.
3. Resoluciones judiciales emitidas con relación a conflictos penales resueltos por el derecho indígena:

1. Derechos de los pueblos indígenas legislados en el CPP

1.1. Asistencia de intérpretes

El Código Procesal Penal guatemalteco en vigencia regula la asistencia de intérpretes en casos de sindicados pertenecientes a pueblos indígenas, pues en su artículo 90 prescribe el derecho del imputado a elegir un traductor o intérprete de su confian-

¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Recopilación de instrumentos*, Guatemala, 2004, p. 20.

za, para ser asistido en su calidad de sindicado, el cual le debe ser designado de oficio a falta de ejercicio de este derecho. Por otro lado, el artículo 142 del mismo código establece que los actos procesales deberán realizarse en idioma español, cuando fuere el caso, o bien en lengua indígena con traducción simultánea al español, en cuyo caso las actas y resoluciones deben redactarse en ambos idiomas.²

Los dos derechos encuentran fundamento legal en primer término por reconocimiento constitucional, a través del artículo 66 de la Constitución, el cual establece que el Estado reconoce, respeta y promueve sus idiomas y dialectos, entre otros derechos. En segundo término, el Convenio 169 de la OIT y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos jurídicos de los que el Estado es parte, garantizan respectivamente el derecho de toda persona a ser asistida en su propio idioma, por medio de un intérprete, para comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales, y de ser informada sobre la naturaleza y las causas de la acusación que se formula en su contra en un idioma que comprenda.

1.2. Usos y costumbres como medios de desjudicialización del proceso penal

La exposición de motivos del Código Procesal Penal guatemalteco indica que los usos y costumbres indígenas deben ser aplicados mediante mecanismos adecuados, dado el carácter multiétnico, pluricultural y plurilingüe de la nación guatemalteca. Es requisito esencial de su aplicación que no violen preceptos constitucionales ni tratados internacionales de derechos humanos. Debe indicarse que estos usos y costumbres se han de aplicar llenando determinados requisitos; entre ellos, que *no* se trate de delitos graves, de compleja investigación, de criminalidad organizada o que amenacen o afecten la seguridad colectiva; que la culpabilidad del imputado sea atenuada o culposa, en todo caso, no caracterizada por circunstancias agravantes, etcétera.

Hemos de indicar que la incorporación de usos y costumbres en la finalización de los conflictos penales en Guatemala constituye un paso importante; sin embargo, el reconocimiento expreso de los usos y costumbres indígenas en las normas procesales no se hace sino en la exposición de motivos, únicamente, lo cual invita a plantear una discusión con el objeto de posibilitar su regulación en forma más amplia y clara.

2. Casos de reconocimiento constitucional de elementos de la identidad cultural

La identidad social y cultural es uno de los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocido en muchas Constituciones Políticas y en instrumentos jurídicos

² Código Procesal Penal de Guatemala.

internacionales de derechos humanos. En una afirmación simple, puede decirse que la identidad implica la actitud de pertenencia a una cultura, y por ello la persona hace suyos un idioma, una religión, un derecho, una forma de vestir, etcétera, que deben respetarse dentro del conglomerado social. Al presente, se tiene conocimiento sobre dos fallos que reconocen elementos de la identidad cultural, dictados dentro de procesos penales.

2.1. Derecho al uso del traje indígena

En la Constitución Política de la República de Guatemala, el artículo 66 reconoce, respeta y promueve el uso del traje indígena en hombres y mujeres. Sin embargo, este reconocimiento constitucional aún no se concreta en la vida cotidiana, pues se han dado diversos casos en los que niñas o señoritas han tenido que dejar de usar su traje indígena en establecimientos educativos o de servicio público, ante los cuales se han hecho pronunciamientos de protesta de carácter administrativo, en orden a que se respete el derecho de su uso.

En el año 2003, la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones, constituida en Tribunal de Amparo, conoció de una acción de amparo planteada por el procurador de los Derechos Humanos a favor de *Lorenza Quej*, mujer indígena del pueblo maya K'ekchí que fue obligada a despojarse de su traje indígena en el centro reclusorio de detención preventiva del sistema penitenciario, para utilizar el uniforme consistente en overol color naranja. Ello fue considerado una imposición que viola el derecho del uso del traje indígena, consagrado en el artículo 66 de la Constitución Política y desarrollado en el Acuerdo de Paz de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, suscrito en 1995, así como una violación a la dignidad de la persona humana de los privados de libertad, en relación con el artículo 19 de la Constitución Política, 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que garantizan el derecho el trato respetuoso del privado de libertad, por respeto a su dignidad humana, y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que regula que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El tribunal de amparo resolvió la procedencia de la acción promovida, razonando que la Constitución Política establece en sus artículos 2 y 58, respectivamente, el deber del Estado de garantizar a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, lo cual implica que los ciudadanos guatemaltecos deben ver respetados sus derechos culturales y su seguridad personal, de conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política. El hecho de uniformar a reclusos o reclusas pertenecientes a los pueblos mayas, como el caso de conocimiento, constituye a criterio del tribunal de amparo una flagrante discriminación del artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, instrumento del que Guatemala es parte, y esa discri-

minación contraviene la disposición constitucional que prescribe que el Estado reconoce, respeta y promueve las formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, y las lenguas de los pueblos indígenas. La declaración de procedencia de esta acción constitucional de amparo trajo como consecuencia que se dejara sin efecto la disposición administrativa del uso del overol color naranja para las personas privadas de libertad que pertenezcan a los pueblos indígenas y utilicen el traje de su región.³

Este fallo es el primero que se dictó en esta materia en Guatemala, y sienta precedente en lo que respecta al respeto que se ha de tener a las personas reclusas pertenecientes a pueblos indígenas, en conservar su traje indígena mientras permanezcan privadas de libertad, tanto en forma preventiva como en el cumplimiento de la pena de prisión dictada dentro de un debido proceso.

2.2. *Derecho a la libertad de culto*

La constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 36, garantiza la libertad de religión, preceptuando que toda persona tiene derecho a practicar su religión o creencia, tanto en público como en privado, por medio de la enseñanza, el culto y la observancia, sin más límites que el orden público y el respeto debido a la dignidad de la jerarquía y a los fieles de otros credos. El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 2.b, y el artículo 27 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también reconoce este derecho.

El Juzgado de Primera Instancia Penal de Santiago Atitlán, departamento de Sololá, emitió el 14 de abril de 2003 un fallo por medio del cual decidió sobreseer el proceso penal abierto contra *Pablo Antonio Tumax Tzoc*, indígena del pueblo K'iche, por el delito de comercialización ilícita de licor clandestino. El Juzgado emitió el fallo con el argumento de no encontrar fundamento serio y concreto para plantear acusación y promover el juicio público, porque en el desarrollo de la fase de investigación del proceso la defensa demostró que el transporte del licor no se hizo con el ánimo de comercializarlo, sino que obedecía a motivos de culto religioso. En efecto, en Santiago Atitlán se rinde culto al dios tz'utuhil Maximón, y ese licor se entrega como ofrenda.

En este caso, desempeñó un papel primordial el peritaje cultural, con el cual se probó que los hechos imputados a *Pablo Antonio Tumax Tzoc* no eran reales. El órgano jurisdiccional sobreseyó el caso invocando el artículo 46 de la Constitución Política, que se refiere a la preeminencia de los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos, entre éstos el Convenio 169 de la OIT —aprobado

³ Organismo Judicial: *Recopilación de 24 resoluciones dictadas con fundamento en usos y costumbres indígenas*, Guatemala, 2004, pp. 44-49.

y ratificado por el Estado de Guatemala—, cuyo artículo 8 reza que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse en consideración sus costumbres y su derecho consuetudinario. Por lo tanto, el fallo debía dictarse en el sentido en que se pronunció, pues se había demostrado que el sindicato no había incurrido en ilícito penal alguno, y mediante el peritaje cultural se estableció que el licor que transportaba estaba destinado para el culto a Maximón.

Este fallo, a su vez, es el primero en Guatemala en el que se practica el peritaje cultural, lo cual constituye un avance y una base en el reconocimiento de valores culturales que el derecho penal oficial no toma en consideración —pese al reconocimiento constitucional del respeto y la promoción de la vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social de los pueblos indígenas—, por lo que suele dictar fallos violatorios de los derechos humanos de estos pueblos.

3. Resoluciones judiciales emitidas con relación a conflictos penales resueltos por el derecho indígena

Dentro de la organización de los pueblos indígenas en Guatemala, existen autoridades legitimadas que tienen la facultad de conocer y recoger el sentir y las opiniones colectivas respecto a un hecho considerado delito, que rompe la armonía en la comunidad, y proceder conforme a la líneas dominantes de opinión o encontrar la solución que permita restaurar el equilibrio dentro de su conglomerado social.⁴

3.1. Caso cantón Chiyax, Totonicapán

El 25 de junio de 2003, el Juzgado de Primera Instancia Penal del departamento de Totonicapán resolvió sobreseer el proceso penal iniciado contra *Sebastián Poz Hernández, Julián Cutz Vicente y Miguel Álvarez Sontay*, por el delito de robo agravado, a petición del Ministerio Público, sobre la base de que la comunidad indígena conocida como cantón Chiyax, del municipio de Totonicapán, había conocido y juzgado los hechos imputados y había aplicado una sanción consistente en realizar trabajos comunitarios durante treinta días. La sanción quedó plasmada en un acta y el juez de garantía consideró que el contenido de dicho documento no contraviene disposiciones relativas al derecho internacional en materia de derechos humanos ni de la Constitución Política de la República, y sobre la base de las consideraciones de derecho relacionadas con el Convenio 169 de la OIT, a las que se suman los principios de no intervención o de mínima intervención del derecho penal —que en esencia consiste en intervenir en *ultima ratio*—, junto con el principio *non bis in idem* —que estable-

⁴ Coordinación de Organizaciones del Pueblo Maya de Guatemala: *Más allá de la costumbre. El derecho del pueblo Maya de Guatemala*, Guatemala, 1999, p. 44.

ce que una persona no puede ser juzgada más de dos veces por el mismo hecho—, estimó pertinente aprobar y reconocer legalmente el documento.

Si bien es cierto que este fallo viene a sumarse a casos que promueven el reconocimiento de derechos de pueblos indígenas dentro del sistema oficial de justicia penal, hemos de indicar que no se pronuncia en un sentido de reconocimiento pleno del derecho indígena en la solución del conflicto, sobre la base de un reconocimiento constitucional y en aplicación del Convenio 169 de la OIT. Se apoya en cambio en otros razonamientos que hacen viable la conclusión del conflicto penal con intervención del derecho indígena, como la intervención mínima del derecho penal o la aplicación del *non bis in idem*, lo cual no es necesario invocar, pues el Estado reconoce y respeta su aplicación sin necesidad de justificarlo con principios propios de un derecho ajeno. En ese sentido, se hace necesario que los fallos de los administradores de justicia tiendan al reconocimiento pleno del derecho indígena.

3.2. Caso de la comunidad de Payajxit, departamento del Quiché

En contra del indígena k'iche' *Francisco Velásquez López*, el Juzgado de Instancia Penal del departamento del Quiché dictó sentencia condenatoria por el delito de robo agravado, después de haber sido juzgado desde el derecho indígena. Esta sentencia fue apelada ante la Sala Novena de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, que profirió sentencia de segundo grado confirmatoria del fallo. El acusado recurrió este fallo en casación, por motivo de fondo, e invocó el caso de procedencia contenido en el inciso 5 del artículo 441 de Código Procesal Penal. Señaló como infringidos los artículos 46 y 66 de la Constitución Política de la República, 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 8, 9 y 10 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Argumentó que la Sala interpretó erróneamente el artículo 46 constitucional, al no darle preeminencia debida a la Convención Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas ni a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los que obligan a Guatemala al respeto debido de los métodos, costumbres e instituciones propios de los pueblos indígenas por parte de los tribunales y autoridades del Estado que deben pronunciarse en materia penal para juzgar los delitos que cometen los miembros de aquéllos. El recurrente señaló que el error del tribunal de alzada fue admitir que no había hecho punible a perseguir por la justicia oficial, ya que en la comunidad de Payajxit, a la que él pertenece, de conformidad con sus instituciones propias, el caso ya había sido resuelto en aplicación de su justicia tradicional, en asamblea pública, en el mes de mayo del 2002, con la participación de las comunidades de Payajxit y Pamesebal I y II y en presencia de las autoridades tradicionales, situación en la cual él aceptó su participación en el hecho, se arrepintió, pidió perdón, se comprometió a no volver a cometer hechos punibles, etcétera. La Corte, al resolver procedente el recurso, se fundamentó en lo que pre-

ceptúa el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prohíbe juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho.

La sentencia dictada en este recurso de casación se basó fundamentalmente en el principio de *non bis in idem*, lo cual es positivo. Sin embargo, a efectos de un reconocimiento del derecho indígena en Guatemala, desde la base del instrumento jurídico internacional de derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales, los fallos judiciales deberían basarse en el Convenio 169 de la OIT.

V. Derechos y garantías individuales

- *Miguel Carbonell (México)*
La libertad de asociación y de reunión en México
- *Matthias Herdegen (Alemania)*
Interpretación constitucional. Análisis a la luz de casos concretos sobre derechos fundamentales y derechos humanos
- *Jaime Araújo Rentería (Colombia)*
Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica
- *Luis Castillo Córdova (Perú)*
El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana
- *Willman Ruperto Durán Ribera (Bolivia)*
Contenido y alcances del hábeas data en Bolivia
- *Túlio Lima Vianna (Brasil)*
A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor
- *Augusto César Belluscio (Argentina)*
La censura judicial
- *Néstor Pedro Sagiúes (Argentina)*
Censura judicial previa a la prensa.
Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *Esther Gómez Campelo (España)*
Los derechos individuales en el procedimiento de extradición y en la Orden Europea de Detención y Entrega
- *Evelyn Haas (Alemania)*
Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán
- *Dino Carlos Caro Coria (Perú)*
Las garantías constitucionales del proceso penal
- *Oscar Julián Guerrero (Colombia)*
El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental
- *Miguel Ángel Iglesias Río y Juan Antonio Pérez Parente (España)*
La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico

Miguel Carbonell (México) *

La libertad de asociación y de reunión en México

Introducción

El artículo 9 de la Constitución mexicana de 1917 contempla dos derechos fundamentales distintos: el de reunirse y el de asociarse. Su texto es el siguiente:

No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada, tiene derecho de deliberar.

No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto o una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee.

En los siguientes dos apartados se estudia cada uno de estos derechos por separado, ya que se trata de derechos que, a pesar de estar regulados en un mismo precepto constitucional, tienen diferencias importantes entre ellos, como se verá enseguida.

1. Libertad de reunión

El derecho de reunión implica la libertad de todos los habitantes de la República para poder congregarse con otros con cualquier finalidad y objeto, siempre que dicha reunión sea de carácter pacífico y tenga un objeto lícito. Si se trata de reuniones de carácter político (es decir, que tengan relación directa con la celebración de las campañas electorales o con la emisión de los sufragios o, en general, con los procesos electorales), solamente podrán participar los ciudadanos mexicanos.

* Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Su último libro es *Los derechos fundamentales en México* (México, Porrúa, 2005). <miguelc6@hotmail.com>

La libertad de reunión conlleva la obligación para las autoridades públicas de no entorpecer la realización de cualquier congregación, siempre que reúna los requisitos que se encuentran en el texto del artículo 9; esto quiere decir que ninguna autoridad puede disolver una manifestación o asamblea, tal como lo precisa, justamente, el segundo párrafo del mismo artículo 9.

El derecho de reunión se encuentra, como ha señalado el Tribunal Constitucional español, a medio camino entre la libertad de expresión y el derecho de asociación:

Históricamente, el derecho de reunión surge como un derecho autónomo intermedio entre los derechos de libre expresión y de asociación, que mantiene en la actualidad una tan íntima conexión doctrinal con ellos, que bien puede decirse, en una primera aproximación al tema, que el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto un cauce del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son, según la opinión dominante, el subjetivo —una agrupación de personas—, el temporal —de duración transitoria—, el finalístico —licitud de la finalidad— y el real u objetivo —lugar de celebración.¹

Retomando las ideas de la sentencia que se acaba de exponer, se puede decir que el derecho de reunión es un derecho individual si se contempla desde el punto de vista de su titularidad, pero su ejercicio es de carácter colectivo, pues para que pueda haber una reunión (objeto de tutela de la disposición del artículo 9) tiene que haber al menos dos sujetos. La reunión supone un ámbito temporal transitorio en el ejercicio del derecho, pues una reunión de carácter permanente se asemejaría más, quizá, a una asociación. Además, la finalidad tiene que ser jurídicamente admisible. Y en cuanto al lugar de celebración, conviene hacer algunas precisiones particulares, pues la problemática al respecto no es del todo sencilla.

Para empezar, hay que señalar que el derecho de reunión se debe compatibilizar con otros derechos; para efectos del lugar en que se pueden realizar las reuniones, hay que distinguir entre las que se llevan a cabo en lugares públicos y las que se realizan dentro de propiedades privadas. Para las segundas, se debe tomar en cuenta el derecho de propiedad, de forma tal que, si la reunión se va a celebrar dentro de una propiedad privada, se debe tener el consentimiento del titular de dicho derecho. Como lo señala Juan María Bilbao:

[...] los ciudadanos no tenemos derecho a reunirnos en el lugar que mejor nos parezca (en el domicilio de otra persona, por ejemplo), sin contar con la autorización o el consentimiento de quien jurídicamente tiene atribuida la facultad de disponer de ese local o espacio abierto. Otros derechos de rango fundamental (derecho de

¹ Sentencia 85/1988.

propiedad, inviolabilidad del domicilio, libertad de empresa) condicionan el ejercicio del derecho de reunión. En realidad, la disponibilidad del lugar escogido para celebrar la reunión es el presupuesto objetivo para poder ejercer el mencionado derecho.²

Para las reuniones que se lleven a cabo en lugares públicos no se requiere ningún tipo de autorización; aunque en México la Constitución no lo establece, en el derecho comparado se encuentra suficiente evidencia para sugerir que la realización de reuniones en lugares públicos puede suponer para los que las convocan la obligación simplemente de avisar a la autoridades que dicha reunión se va a llevar a cabo, para el único efecto de que éstas puedan a su vez hacerlo del conocimiento del resto de los ciudadanos y tomar las precauciones necesarias para conservar el orden público.

En este contexto, se puede citar el artículo 21 de la Constitución española, en cuyo párrafo segundo se dispone: “2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”; la legislación que desarrolla este precepto se encarga de señalar que “La celebración de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones deberán ser comunicadas por escrito a la autoridad gubernativa correspondiente por los organizadores o promotores de aquéllas, con una antelación de diez días naturales, como mínimo y treinta como máximo [...] Cuando existan causas extraordinarias y graves que justifiquen la urgencia de convocatoria y celebración de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones, la comunicación [...] podrá hacerse con una antelación mínima de veinticuatro horas”.³

Sobre este tema el Tribunal Constitucional español ha sostenido:

El derecho de reunión, como todo derecho fundamental, tiene sus límites, por no ser un derecho absoluto e ilimitado. Es, indudablemente, un derecho subjetivo de ejercicio colectivo, que al ser realizado incide en el derecho y en los intereses de otros ciudadanos y en la utilización exclusiva de bienes públicos; posibilitando, a veces, la alteración de la seguridad ciudadana y del orden general, que corresponde garantizar y salvaguardar al poder público. El valor preeminente de estos valores afectados exige, en una sociedad democrática, que la Constitución conceda poderes a la autoridad para imponer al ciudadano el deber de comunicar con antelación razonable, como requisito indispensable de la proyectada reunión, para poder conocer su alcance y determinar la procedencia de previas averiguaciones, facilitar el uso del lugar u modificar su emplazamiento y tomar las medidas de seguridad que fueran precisas, otorgándole, además, la facultad de prohibirla si concurren las circunstancias que constitucionalmente así lo determinan.⁴

Un problema especial se genera cuando el derecho de reunión quiere ejercerse dentro del espacio de una empresa, a través de la reunión de sus trabajadores. En este

² *La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros*, Madrid: CEPC, 1997, p. 820.

³ Artículo 8 de la ley orgánica 9/1983, reguladora del derecho de reunión. Para la interpretación de esta ley, Jesús González Pérez: *Derecho de reunión y manifestación*, Madrid: Civitas, 2002.

⁴ Sentencia 36/1982.

punto, la jurisprudencia comparada parece reconocerle al empresario el derecho de mantener ciertas reglas dentro de su establecimiento, de forma que las reuniones no se podrían llevar a cabo —bajo ese concepto, al menos— dentro de los horarios de trabajo.⁵ Cuestión distinta sería que, en ejercicio de alguna prerrogativa derivada de derechos de signo estrictamente laboral (como el derecho de sindicación) se convocara a alguna reunión, pero en todo caso se trataría del ejercicio de un derecho que cuenta con una distinta cobertura constitucional y con un diferente régimen legal.

El derecho de reunión, y particularmente las manifestaciones públicas, generan para las autoridades algunas obligaciones. En primer término, la obligación de no entorpecer, reprimir o prohibir la manifestación. Pero también les suponen la obligación de proteger el ejercicio del derecho frente a agresiones de terceros, puesto que, como señala Tomás R. Fernández, “el derecho a manifestarse no es siquiera concebible si no se asegura de forma adecuada frente al riesgo de contramanifestaciones”.⁶

Las autoridades también deben generar las condiciones para que el ejercicio del derecho de reunión no signifique la violación de otros derechos fundamentales; en este punto, tan delicado, se debe realizar un ejercicio de ponderación entre derechos, de forma que se asegure —en la medida de lo posible— la maximización de todos los derechos en conflicto.

Particularmente compleja es la relación entre el derecho de manifestación y la libertad de tránsito, pues si el primero se ejerce en la vía pública el segundo puede correr algún tipo de riesgo, sobre todo en las grandes urbes en las que los problemas de tráfico son parte de la cotidianidad. Desde luego, la libertad de tránsito no supone el derecho de pasar por donde queramos o de hacerlo en el momento en que nos parezca más oportuno, pero también es cierto que la oclusión completa de una vía de circulación principal, a determinadas horas del día, puede generar un caos de enormes proporciones.

La proporcionalidad exigiría, en este punto, que las reuniones que se celebren en la vía pública no impidan por completo la circulación (por ejemplo, que dejen libre al menos un carril para el paso de los automóviles), o que a ciertas horas no pudieran discurrir por las arterias viales más importantes (la limitación horaria debe ser, a su vez, muy limitada, porque de otra forma estaría vaciando de contenido el derecho de reunión; por ejemplo, si se dijera que en una avenida muy importante las manifestaciones solamente se podrán realizar entre las 2 y las 3 de la madrugada, esta limitación, evidentemente, no sería proporcional y por tanto violaría la libertad de reunión).

⁵ Sobre este punto, el Tribunal Constitucional español señala que “el ejercicio del derecho de reunión [...] ha de ajustarse a determinadas reglas y límites cuando tiene lugar en el seno de la empresa, pues ha de compatibilizarse con los derechos y obligaciones que nacen de la relación de trabajo y, en particular, con los derechos del empresario en cuanto a la dirección y organización del trabajo y sobre los locales y útiles de la empresa”. Auto 869/1988.

⁶ Citado por González Pérez: o. cit., pp. 103-104.

En todo caso, hay que recordar que el derecho es un instrumento para permitir la convivencia social pacífica, y que en la consecución de ese objetivo se deben emprender esfuerzos para lograr armonizar de la mejor forma posible el ejercicio de los derechos fundamentales. Por eso es que sería importante contar con una o varias leyes reguladoras del derecho de reunión, siguiendo los modelos de las que ya existen en otros países.

2. Libertad de asociación

Por su parte, el derecho de asociación consiste en la libertad de todos los habitantes para conformar, por sí mismos o con otras personas, entidades que tengan una personalidad jurídica distinta de la de sus integrantes; es decir, se trata de poder constituir lo que Kelsen llamaría un “centro de imputación de derechos y obligaciones”, con el objeto y finalidad que sus integrantes libremente determinen, siempre que sea lícito. De nuevo hay que decir que en materia política solamente los ciudadanos de la República podrán ejercer ésta libertad, que tampoco les ha sido concedida a los ministros de culto religioso de acuerdo con el artículo 130, inciso E.⁷

La libertad de asociación tiene un papel esencial en la conformación de las democracias modernas, pues expresa la posibilidad de constituir agregados interpersonales de intereses, que tengan reconocida una personalidad jurídica. Por medio de las asociaciones las personas añaden un elemento importante a su convivencia y pueden expandir su horizonte vital, participando con otras personas en la consecución de ciertos fines. La participación asociativa incrementa el sentimiento cívico de los ciudadanos, les permite incidir de forma más directa en las decisiones importantes de su comunidad y refuerza los vínculos amistosos e incluso familiares. La participación asociativa es una de las formas más importantes de creación de lo que se ha denominado el “capital social”.⁸

Tiene razón Peter Häberle cuando escribe que la libertad de asociación es “un elemento irrenunciable de la democracia pluralista o de la *Constitución del pluralismo*”.⁹ En el mismo sentido, pero muchos años antes, Alexis de Tocqueville escribía: “Después de la libertad de obrar solo, la más natural al hombre es la de combinar sus

⁷ Esta limitación seguramente es contraria al derecho internacional de los derechos humanos, como lo explica José de Jesús Orozco Henríquez: “Artículo 9”, en Varios autores, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 18.ª ed., México: UNAM, Porrúa, 2004, tomo I, p. 174.

⁸ La caracterización sociológica de asociacionismo y su relación con el capital social puede verse en el importante libro de Robert Putnam: *Solo en la bolera. Colapso y resurgimiento de la comunidad norteamericana*, Barcelona: Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 2002.

⁹ *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid: Trotta, 1998, p. 79 (cursivas del autor).

esfuerzos con los de sus semejantes y obrar en común. El derecho de asociación me parece casi tan inalienable por su naturaleza como la libertad individual. El legislador no puede querer destruirlo sin atacar a la sociedad misma”.¹⁰

La diferencia entre la libertad de reunión y la de asociación consiste sobre todo en la duración de los efectos que conlleva el ejercicio de una y otra. En tanto que, como ya se ha mencionado, la libertad de reunión despliega sus efectos mientras físicamente se encuentran reunidas las personas que la ejercen, la libertad de asociación se proyecta con efectos temporales más extendidos, en la medida en que se crea una personalidad jurídica distinta de la que corresponde a las personas que la ejercen.

Las libertades mencionadas se encuentran reconocidas en muchas declaraciones internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de 1948 (artículo 20), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 21), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8), la Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículos 15 y 16) y el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre libertad sindical. Algunas de estas declaraciones aportan matices importantes a lo señalado en la Constitución y, en virtud de que conforman lo que el artículo 133 llama la *Ley Suprema de toda la Unión*, deben ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar el artículo 9.

En algunos otros preceptos de la Constitución se detallan las formas concretas que puede tomar en derecho de asociación; así por ejemplo, en el artículo 41 se habla de las asociaciones que toman la forma de *partidos políticos* y cuya función, entre otras, consiste en constituirse como vehículos para que los ciudadanos puedan tener acceso a la funciones representativas; de la misma forma, en el artículo 123 se prevén los sindicatos obreros y las asociaciones profesionales. La libertad de asociación política se reitera, además, en el artículo 35, fracción III, de la misma Constitución. El artículo 130 se refiere a las iglesias y asociaciones religiosas, las cuales desde luego tienen una personalidad jurídica distinta a la de sus miembros.

A luz de lo anterior, quizá sea oportuno distinguir entre el régimen jurídico de *las asociaciones en general* (que sería el que estaría tutelado por el artículo 9) y el régimen jurídico de *ciertas asociaciones en particular* (que tendría un distinto marco de protección constitucional).

La exigencia de que las libertades de reunión y asociación tengan un objeto lícito que menciona el artículo 9 constitucional, debe interpretarse en forma muy restrictiva, pues si bien el Código Civil Federal proporciona un concepto de ilicitud (su artículo 1830 establece: “Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”), dicho concepto puede o no ser adecuado a las exigencias de una sociedad democrática, en la que el legislador, si bien puede interpretar con bastante amplitud los mandatos constitucionales, no puede hacer con ellos lo que quiera, por

¹⁰ *La democracia en América*, México: FCE, 2003 (reimpresión), pp. 209-210.

ejemplo anulándolos a través de una legislación restrictiva en materia de derechos fundamentales.

Por ello, deben evitarse en la legislación secundaria las referencias a la licitud como conformidad con “las buenas costumbres” o “las leyes de orden público” o cualquier expresión o concepto semejante: lo correcto es entender que es ilícito todo acto que vaya en contra de la ley; dicha ley, para no ser inconstitucional, no puede limitar un derecho fundamental a menos que: a) sea necesario para preservar otro derecho del mismo rango; b) sea necesario para garantizar el igual goce por otras personas del mismo derecho, y c) la limitación se desprenda de un mandato constitucional concreto, es decir, que esté prevista directamente por el texto constitucional y el legislador se limite a recogerla en la ley.

Incluso, para reducir al mínimo las posibilidades de intervenciones arbitrarias de las autoridades sobre la libertad de asociación, la ilicitud debería reducirse al campo del derecho penal; es decir, solamente pueden considerarse ilícitas aquellas asociaciones que realicen conductas previstas como delictivas por la ley. Es más, a la hora de dictar leyes penales, el legislador debe cuidarse de no vulnerar el contenido esencial del derecho de asociación; lo cual supone, como señalan González Pérez y Fernández Farreres, que “el legislador no puede tipificar delitos estrictamente asociativos, es decir, delitos cuyo ámbito de aplicación se circunscriba únicamente a las asociaciones, de manera que el fin perseguido, o el medio utilizado, por la asociación ha de encontrarse tipificado como delito con carácter general —y no específicamente por relación a las asociaciones— si se pretende sancionar como delictiva a la asociación que persiga ese fin o utilice ese medio”.¹¹

Si la anterior observación se considera oportuna y, en consecuencia, se limita la ilicitud de una asociación al ámbito penal, se podría considerar que tienen carácter ilícito las asociaciones que: a) tengan por objeto cometer un delito o que promuevan su comisión; b) los grupos y bandas terroristas o paramilitares; c) las que empleen medios violentos para lograr sus objetivos, y d) las que promuevan la discriminación, la xenofobia o el odio racial.

En México, la jurisprudencia ha señalado que la carga de la prueba para demostrar la ilicitud de una asociación recae en la autoridad:

Si la autoridad responsable no rinde prueba alguna que demuestre que una asociación tiene fines ilícitos, viola la garantía que consagra el artículo 9o. constitucional, si pretende coartar a los integrantes de aquélla, el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, como lo es el puramente recreativo.¹²

En otro asunto, la Suprema Corte se ha pronunciado sobre los alcances de la libertad de asociación al estudiar la constitucionalidad del artículo 5.º de la Ley de las

¹¹ *Derecho de asociación*, o. cit., p. 112.

¹² *Semanario Judicial de la Federación*, tomo LXVII, Quinta Época, Segunda Sala, p. 2096.

Cámaras de Comercio y de las de Industria que preveía la afiliación obligatoria para cierto género de comerciantes. En su sentencia, la Corte afirma que la esfera de protección derivada del artículo 9.º constitucional puede operar en tres posibles direcciones:

1.º derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente; 2.º derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella, y 3.º derecho de no asociarse. Correlativamente, la autoridad no podrá prohibir que el particular se asocie; no podrá restringir su derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella, ni, tampoco, podrá obligarlo a asociarse. Consecuentemente, el artículo 5.º de la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria al imponer la obligación a los comerciantes e industriales a afiliarse a la Cámara correspondiente, viola la libertad de asociación establecida por el artículo 9.º constitucional.¹³

También ha emitido un criterio jurisprudencia la Suprema Corte en referencia a los colegios de profesionistas y a algunas limitaciones que para el registro de los mismos establece la ley; se trata de la siguiente tesis:

COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. LOS ARTÍCULOS 44 Y 45, FRACCIÓN I, DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 50. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL, AL CONDICIONAR SU REGISTRO AL CUMPLIMIENTO DE CIERTOS REQUISITOS, NO TRANSGREDEN LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN. De conformidad con el criterio sustentado por el Pleno de este Alto Tribunal en la jurisprudencia P/J. 28/95, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, octubre de 1995, página 5, la libertad de asociación que como garantía individual consagra el artículo 9o. de la Constitución Federal, implica el derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente; el derecho a permanecer en una asociación o renunciar a ella y el derecho a no asociarse. En congruencia con lo anterior, es posible afirmar que el artículo 44 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal que establece que todos los profesionistas de una misma rama podrán constituir en el Distrito Federal uno o varios colegios, sin que excedan de cinco por cada rama profesional, y el diverso artículo 45, fracción I, de la propia ley que prevé que para constituir y obtener el registro de un colegio de profesionistas en dicha entidad, deberán tener cien socios como mínimo, no transgreden la citada garantía constitucional. Ello es así, porque los referidos preceptos no impiden la incorporación de los particulares a una sociedad ya existente, ni la creación de una nueva, ni tampoco que elijan no pertenecer a ninguna, sino que se limitan a reglamentar ciertas modalidades que deben observarse para obtener el registro como colegio de profesionistas, a fin de salvaguardar los intereses colectivos que se persiguen con su establecimiento. Además, el hecho de que el legislador ordinario en el precepto citado en último término haya establecido el mínimo de cien miembros que deban reunirse para obtener el registro de una asociación como colegio de profesionistas, lejos de vulnerar la libertad de asociación, la fortalece, pues con este requisito sólo se pretendió que se creara un ente colectivo permanente, con representatividad suficiente de la profesión que agremia y con fuerza para defender sus intereses, respetando así la naturaleza del derecho de colegiación

¹³ *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, tomo II, octubre de 1995, p. 5.

profesional. Amparo en revisión 295/99. Colegio Mexicano de Licenciados en Administración, A.C. 8 de mayo de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Ángel Ramírez González. Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XII, Septiembre de 2000, Tesis: P. CXXXV/2000, página 15.

Es importante subrayar algo obvio, pero que vale la pena repetir: la libertad de asociación comporta la facultad del sujeto para ingresar a una asociación, pero también supone la posibilidad de salir de ella cuando lo considere oportuno; es decir, la libertad de asociación, para ser tal, nunca debe convertirse en algo obligatorio, ni para efecto del ingreso ni para efecto de la salida de una asociación (a menos que la obligación esté establecida directamente por el texto constitucional, como sucede con los colegios profesionales en España, aunque en este caso lo que es obligatorio es el ingreso, pero no la permanencia, puesto que dichos colegios pueden abandonarse en el momento que se quiera, con la consecuencia, sin embargo, de que ya no se podrá ejercer la actividad profesional que rigen los mismos colegios). La Declaración Universal de 1948 lo establece con meridiana claridad en su artículo 20.2: "Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación".

Las diferentes manifestaciones de la libertad de asociación quedan también muy bien reflejadas en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2002 sobre derecho de asociación vigente en España; su contenido, en los párrafos que ahora interesan, establece que:

2. El derecho de asociación comprende la libertad de asociarse o crear asociaciones, sin necesidad de autorización previa.

3. Nadie puede ser obligado a constituir una asociación, a integrarse en ella o a permanecer en su seno, ni a declarar su pertenencia a una asociación legalmente constituida.

[...]

5. La organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo. Serán nulos de pleno derecho los pactos, disposiciones estatutarias y acuerdos que desconozcan cualquiera de los aspectos del derecho fundamental de asociación.

6. Las entidades públicas podrán ejercitar el derecho de asociación entre sí, o con particulares como medida de fomento y apoyo siempre que lo hagan en igualdad de condiciones con éstos, al objeto de evitar una posición de dominio en el funcionamiento de la asociación.

7. Las asociaciones que persiguen fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

La doctrina española ha llamado la atención sobre las dificultades que en la práctica pueden surgir al momento de intentar ponderar hasta dónde puede llegar la autonomía de las asociaciones frente al mandato de que su organización y funcionamiento interno sean democráticos.¹⁴ Su Tribunal Constitucional ha señalado:

¹⁴ González Pérez y Fernández Farreres: *Derecho de asociación*, o. cit., pp. 127 ss.

La potestad de organización que comprende el derecho de asociación se extiende con toda evidencia a regular en los Estatutos las causas y procedimientos de la expulsión de los socios. La asociación tiene como fundamento la libre voluntad de los socios de unirse y permanecer unidos para cumplir los fines sociales, y quienes ingresan en ella se entiende que conocen y aceptan en bloque las normas estatutarias a las que quedan sometidos. Y en cuanto la asociación crea no sólo un vínculo jurídico entre los socios, sino también una solidaridad moral basada en la confianza recíproca y en la adhesión a los fines asociativos, no puede descartarse que los estatutos puedan establecer como causa de expulsión una conducta que la propia asociación, cuya voluntad se expresa por los Acuerdos de sus órganos rectores, valore como lesiva a los intereses sociales.¹⁵

Particularmente intensa puede ser esa tensión cuando la asociación de que se trata es un partido político. Al respecto el Tribunal Constitucional español ha señalado lo siguiente:

El precepto constitucional que consagra de modo genérico el principio de democracia interna admite muy diversas concreciones, ya que los modelos de organización partidista democrática que caben dentro del mencionado principio constitucional son muy diversos, tanto como dispares puede ser, en contenido y en intensidad, los derechos, y en general, el estatuto jurídico que puede atribuirse a los afiliados en orden a garantizar su participación democrática [...] el legislador deberá respetar, además naturalmente del contenido esencial del derecho de participación democrática, el contenido de otros derechos como los que éste guarda íntima relación como son el derecho de libre creación y, muy especialmente, el derecho de autoorganización del partido, un derecho, éste último, que tiende, precisamente, a preservar la existencia de un ámbito libre de interferencias de los poderes públicos en la organización y funcionamiento interno de los partidos.¹⁶

En esa misma sentencia, el Tribunal entiende que la democracia interna exige “que los partidos rijan su organización y funcionamiento internos mediante reglas que permitan la participación de los afiliados en la gestión y control de los órganos de gobierno y, en suma [...] mediante el reconocimiento de unos derechos y atribuciones a los afiliados en orden a conseguir esa participación en la formación de la voluntad del partido”.

Sobre la regulación constitucional del derecho de asociación en materia política consistente en la libertad de crear partidos políticos y actuar en su vida interna, existen en México algunas tesis jurisprudenciales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que tienen interés para nuestro tema; entre ellas se pueden citar al menos las siguientes:

DERECHO DE AFILIACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. CONTENIDO Y ALCANCES.
El derecho de afiliación político-electoral establecido en el artículo 41, fracción I, párrafo

¹⁵ Sentencia 218/1988.

¹⁶ Sentencia 56/1995. Un análisis detallado de esta sentencia puede verse en Pablo Salvador Coderch, Ingo Von Münch y Josep Ferrer: *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid: Civitas, 1997, pp. 74 ss.

segundo, *in fine*, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con lo dispuesto en el artículo 5.º, párrafos 1 y 3, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, es un derecho fundamental con un contenido normativo más específico que el derecho de asociación en materia política, ya que se refiere expresamente a la prerrogativa de los ciudadanos mexicanos para asociarse libre e individualmente a los partidos políticos y a las agrupaciones políticas, y si bien el derecho de afiliación libre e individual a los partidos podría considerarse como un simple desarrollo del derecho de asociación en materia política, lo cierto es que el derecho de afiliación —en el contexto de un sistema constitucional de partidos como el establecido en el citado artículo 41 constitucional— se ha configurado como un derecho básico con caracteres propios y, por tanto, con mayor especificidad que el derecho de asociación y está garantizado jurisdiccionalmente, mediante el sistema de medios de impugnación en materia electoral previsto en el artículo 41, fracción IV, primer párrafo, *in fine*, en relación con lo dispuesto en el artículo 99, fracción V, de la Constitución Federal. Además, el derecho de afiliación comprende no sólo la potestad de formar parte de los partidos políticos y de las asociaciones políticas, sino también la prerrogativa de pertenecer a éstos con todos los derechos inherentes a tal pertenencia; en particular, el derecho fundamental de afiliación político-electoral consagrado constitucionalmente faculta a su titular para afiliarse o no libremente a un determinado partido político, conservar o ratificar su afiliación o, incluso, desafiliarse. Del mismo modo, la libertad de afiliación no es un derecho absoluto, ya que su ejercicio está sujeto a una condicionante consistente en que sólo los ciudadanos mexicanos podrán afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos. Igualmente, si el ejercicio de la libertad de afiliación se realiza a través de los institutos políticos, debe cumplirse con las formas específicas reguladas por el legislador para permitir su intervención en el proceso electoral. *Tercera Época*: Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-117/2001.— José Luis Amador Hurtado.— 30 de enero de 2002.— Mayoría de cinco votos.— Los Magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron porque se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis.

Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-127/2001.— Sandra Rosario Ortiz Noyola.— 30 de enero de 2002.— Mayoría de cinco votos.— Los Magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron porque se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis.

Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-128/2001.— Dora Soledad Jácome Miranda.— 30 de enero de 2002.— Mayoría de cinco votos.— Los Magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron porque se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis. *Sala Superior, tesis S3ELJ 24/2002*.

DERECHO DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. BASE DE LA FORMACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y AGRUPACIONES POLÍTICAS. El derecho de asociación en

materia político-electoral es un derecho fundamental consagrado en el artículo 35, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que propicia el pluralismo político y la participación de la ciudadanía en la formación del gobierno. La libertad de asociación, que subyace a ese derecho, constituye una *conditio sine qua non* de todo Estado constitucional democrático de derecho, pues, sin la existencia de este derecho fundamental o la falta de garantías constitucionales que lo tutelen, no sólo se impediría la formación de partidos políticos y de asociaciones de diversos signos ideológicos, sino que el mismo principio constitucional de sufragio universal, establecido en forma expresa en el artículo 41, fracción I, párrafo segundo, de la Constitución Federal, quedaría socavado; por lo tanto, el derecho de asociación en materia político-electoral está en la base de la formación de los partidos políticos y asociaciones políticas. Sobre el particular, es necesario dejar establecido que todo ciudadano mexicano tiene derecho a asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país; específicamente, es derecho de los ciudadanos mexicanos constituir partidos políticos nacionales y agrupaciones políticas, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 9o.; 35, fracción III; 41, fracciones I, párrafo segundo *in fine*, y IV, y 99, fracción V, de la Constitución Federal, así como 5o., párrafo 1, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Así, en ejercicio del derecho de asociación en materia político-electoral, los ciudadanos pueden formar partidos políticos y agrupaciones políticas, cumpliendo con los requisitos que se establecen en la ley. El ejercicio de la libertad de asociación en materia política prevista en el artículo 9o. constitucional está sujeta a varias limitaciones y una condicionante: las primeras están dadas por el hecho de que su ejercicio sea pacífico y con un objeto lícito, mientras que la última circunscribe su realización a los sujetos que tengan la calidad de ciudadanos mexicanos, lo cual es acorde con lo previsto en el artículo 33 de la Constitución Federal. Asimismo, si el ejercicio de esa libertad política se realiza a través de los partidos políticos, debe cumplirse con las formas específicas que se regulen legalmente para permitir su intervención en el proceso electoral. *Tercera Época*: Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-117/2001.— José Luis Amador Hurtado.— 30 de enero de 2002.— Mayoría de cinco votos.— Los Magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron porque se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis.

Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-127/2001.— Sandra Rosario Ortiz Noyola.— 30 de enero de 2002.— Mayoría de cinco votos.— Los Magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron porque se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis.

Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-128/2001.— Dora Soledad Jácome Miranda.— 30 de enero de 2002.— Mayoría de cinco votos.— Los Magistrados Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo votaron porque se confirmara la resolución impugnada, al considerar que la parte actora no comprobó el hecho fundatorio de sus pretensiones jurídicas, omitiendo, en consecuencia, pronunciarse sobre la cuestión jurídica que aborda la presente tesis. *Sala Superior, tesis S3ELJ 25/2002.*

ESTATUTOS DE UN PARTIDO POLÍTICO O DE UNA COALICIÓN. HIPÓTESIS DE IMPUGNACIÓN. El control de la constitucionalidad y legalidad de los estatutos de los partidos políticos o de las coaliciones se ejerce a través de la impugnación de los actos de autoridad que se encuentren vinculados con la regulación estatutaria, en cuanto a su reconocimiento y aplicación, mediante la formulación de los agravios encaminados a la demostración de la ilegalidad o inconstitucionalidad de los dispositivos de normatividad interna que se combatan, siempre y cuando tales procesos se promuevan o interpongan por personas con interés jurídico respecto al acto o resolución concretos de que se trate. De este modo, las hipótesis de impugnación de los estatutos de un partido político o de una coalición pueden ser las siguientes: a) Que la inconstitucionalidad o ilegalidad pretendida, se encontrara en el texto original de los estatutos que se presentaron ante el Instituto Federal Electoral para su aprobación, y que no obstante eso, el Consejo General de dicho instituto haya considerado, expresa o tácitamente, que las normas estatutarias están apegadas a la legalidad y constitucionalidad, y se haya otorgado, en consecuencia, el registro como partido político nacional a la organización solicitante o a la coalición, en términos de los artículos 30 y 31 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. En esta hipótesis, quien tenga interés jurídico, especialmente los demás partidos políticos, en cuanto entes legitimados para deducir acciones para la tutela de intereses difusos o colectivos, puede impugnar el otorgamiento del registro y plantear los vicios de ilegalidad o inconstitucionalidad de los estatutos admitidos; b) Que los vicios de inconstitucionalidad o ilegalidad atribuidos surjan por alguna modificación posterior a los estatutos, y que al comunicarse al Instituto Federal Electoral haya sido declarada su procedencia constitucional y legal, a que se refiere el artículo 38, apartado 1, inciso l), del citado código, y c) Que la autoridad electoral emita un acto o resolución electoral, cuyo contenido o sentido reconozca, como base fundamental de sustentación, a las normas estatutarias que se consideran inconstitucionales o ilegales, o fueran efectos o consecuencias directas de ellas. En estas situaciones, se puede presentar la impugnación contra el primer acto de aplicación que afecte el interés jurídico del promovente, con el objeto de impedir la causación de perjuicios en su interés o de ser restituido en los que se le hayan ocasionado con el acto concreto de aplicación que se reclame destacadamente, y allí se puede argumentar lo conducente contra las normas estatutarias en que se funde el acto o resolución, por lo cual estos razonamientos sólo serán motivo de examen y pronunciamiento cuando puedan constituir el medio idóneo para conceder al peticionario el beneficio o derecho que defiende o evitarle el perjuicio del que se quiere librar, y no cuando se advierta que, aunque el órgano jurisdiccional analice dicha argumentación y la acoja, por considerar inconstitucionales o ilegales los estatutos en cuestión, esto es insuficiente para obsequiar al promovente sus pretensiones, por existir otros motivos legales que se opongan a ello. Debe enfatizarse, desde luego, que en todos los casos deben cumplirse los requisitos que fija la ley, en cuanto a los presupuestos procesales, los requisitos de procedibilidad y admisibilidad, especialmente de legitimación e interés jurídico. *Tercera Época: Recurso de apelación. SUP-RAP-036/99.— Miguel Ángel Garza Vázquez.— 16 de febrero de 2000.— Unanimidad de votos. Recurso de apelación. SUP-RAP-003/2000 y acumulados.— Coalición Alianza por el Cambio.— 16 de febrero de 2000.— Unanimidad de votos.*

Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-039/2000 y acumulado.— Ana Cristina Enríquez Miér.— 17 de mayo de 2000.— Unanimidad de votos. *Sala Superior, tesis S3ELJ 55/2002.*

Esta última tesis es muy importante, ya que refrenda la idea de que cierto tipo de asociaciones, por el papel de representación de algún interés público que puedan realizar, tienen una serie de deberes añadidos a los que tienen el resto de asociaciones. Es el caso de los partidos políticos, que siendo instrumentos esenciales para el funcionamiento del Estado democrático, deben ellos mismos seguir una serie de pautas internas que permitan a todos los interesados en participar en sus trabajos ejercer una serie de derechos. En este contexto, es obvio que los estatutos de un partido deben reunir una serie de requisitos y lo que hace la tesis transcrita del Tribunal Electoral es corroborar la idea de que, si tales requisitos no se cumplen, la jurisdicción electoral debe estar en posibilidad de conocer de las impugnaciones correspondientes, que pueden ser ejercidas por los interesados o incluso por la autoridad administrativa electoral (el Instituto Federal Electoral o los institutos electorales locales, en su caso).

También la Suprema Corte ha tenido oportunidad de emitir algunos criterios sobre los partidos políticos como forma de expresión del derecho de asociación en materia política; entre ellos se puede citar el siguiente:

PARTIDOS POLÍTICOS. CORRESPONDE AL LEGISLADOR ESTABLECER LOS REQUISITOS PARA SU CREACIÓN, CON APEGO A LAS NORMAS CONSTITUCIONALES CORRESPONDIENTES Y CONFORME A CRITERIOS DE RAZONABILIDAD QUE PERMITAN EL PLENO EJERCICIO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICA. El artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza la existencia de los partidos políticos, mas no establece cuáles son los elementos de organización a partir de los cuales deben crearse, por lo que en este aspecto existe una delegación al legislador sujeta a criterios de razonabilidad guiados por el propósito de que dichas entidades de interés público cumplan con los fines que prevé dicho precepto, esto es, que sean el medio para promover la participación del pueblo en la vida democrática, que contribuyan a la integración de la representación nacional y que hagan posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público. Por otro lado, los artículos 9o. y 35, fracción III, de la Constitución Federal, que prevén la garantía de libre asociación en materia política para los ciudadanos de la República, no señalan la forma concreta de organización en que debe ejercerse ese derecho, por lo que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 constitucional, corresponde al legislador regular tal aspecto, con los límites ya descritos. Por tanto, de una interpretación armónica de lo dispuesto por los artículos 9o., 35, fracción III y 41, fracción I, de la Ley Fundamental, se concluye que la libertad de asociación, tratándose de partidos políticos, no es absoluta, sino que está afectada por una característica de rango constitucional, conforme a la cual su participación en los procesos electorales queda sujeta a lo que disponga la ley ordinaria, esto es, corresponde al legislador, ya sea federal o local, establecer en la ley relativa la forma en que se organizarán los ciudadanos en materia política, conforme a criterios de razonabilidad que permitan el pleno ejercicio de ese derecho fundamental, así como el cumplimiento de los fines que persiguen los partidos políticos. Acción de inconstitucionalidad 6/2004 y su acumulada 9/2004. Partido del Trabajo y la Agrupación Política Nacional denominada "Movimiento Nacional de Organización Ciudadana". 16 de marzo de 2004. Mayoría de ocho votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Disidentes: Genaro David Góngora Pimentel y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan Díaz Romero.

Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Laura García Velasco. Novena Epoca, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIX, Junio de 2004, p. 867.

Este criterio es importante porque, además de señalar la posibilidad ya comentada de que la ley señale algunos requisitos o límites a la organización interna de los partidos políticos, a la vez establece una limitación para el propio legislador: los requisitos y límites señalados deberán ser “razonables”; al introducir el canon hermenéutico de la razonabilidad la Suprema Corte se suma a una importante corriente del pensamiento constitucional contemporáneo que por medio de ese tipo de conceptos ha desarrollado un eficaz control del poder.

2.1. La organización interna de las asociaciones y los efectos horizontales del derecho de asociación

La intervención de los poderes públicos sobre las formas de organización interna de las asociaciones es uno de los puntos centrales de debate en torno a la libertad de asociación. No hay un modelo único de organización y, como principio general, debe prevalecer la más amplia libertad para quienes quieran conformar una asociación, a menos que se den algunas circunstancias excepcionales.

Por ejemplo, las asociaciones deben necesariamente tener un funcionamiento interno democrático cuando el ingreso en las mismas es un requisito para poder ejercer algún derecho fundamental; tal sería el caso, que ya se ha mencionado, de los partidos políticos, pero también estaríamos en el mismo supuesto tratándose de los colegios u organizaciones profesionales,¹⁷ si es que la ley impone como requisito para ejercer determinada profesión la pertenencia a dichos órganos colegiados.

En los casos que se acaban de referir la libertad de organización interna cede en virtud de que se trata de instituciones que representan un interés no meramente particular, sino de carácter social y que llevan ese interés ante los órganos del poder público, lo que hace que requieran de un estatuto jurídico particular.¹⁸

También en ese supuesto se encuentran, en algunos países y habría que discutir si también en México, las federaciones deportivas que regulan alguna actividad deportiva profesional, así como las asociaciones que tienen por objeto la representación de algún interés social. En este último caso, se entiende que las asociaciones deben tener condiciones flexibles de ingreso, dado que “quien pretende asumir la condición

¹⁷ Al respecto, véase el artículo 36 *in fine* de la Constitución española. Sobre la posibilidad de que el requisito del funcionamiento democrático interno se pueda extender o no a todas las asociaciones, véase Ascensión Elvira: “Asociaciones y democracia interna”, en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid: CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, tomo I, pp. 607 ss.

¹⁸ Coderch, Von Münch y Ferrer: o. cit., p. 21.

de portavoz, ante las instancias públicas y en las relaciones sociales, de los intereses de un cierto colectivo de personas, debe permitir que confluyan a la formación de la voluntad del grupo todas las corrientes de opinión que se generen dentro del círculo de aquéllos a los que se dice querer representar”.¹⁹

El derecho de asociación puede tener efectos, como es natural, frente a las autoridades, por ejemplo al limitar la posibilidad de que las mismas puedan disolver una asociación, de que le impongan decisiones tomadas por órganos externos o de que no le permitan a una persona formar parte de una organización, etcétera. Pero también puede, en determinadas circunstancias, tener efectos frente a particulares, es decir, dar lugar a la *Drittwirkung der Grundrechte*.

Hay dos circunstancias concretas en que los efectos horizontales de la libertad de asociación pueden presentarse:

- a. La primera se da cuando se incumplen los estatutos de la propia asociación; en este supuesto, uno o varios de sus miembros ven vulnerada su libertad de asociación. Dentro del alcance de dicha libertad se encuentra el hecho de que “quienes ingresan en una asociación, quienes lo pretenden y quienes desean permanecer en ella tienen derecho a que las reglas del juego en el que aceptan o aceptaron participar se cumplan hasta el final”.²⁰
- b. La segunda se puede presentar cuando la asociación detenta una posición de monopolio dentro de una comunidad determinada;²¹ en el ámbito del derecho de asociación el concepto de monopolio es difícil de delimitar y no puede transportarse mecánicamente desde la teoría económica, pero la idea que contiene es la de que si se trata de la única asociación que existe en una comunidad para realizar X o Y actividad, entonces la libertad de configuración de su organización interna debe ceder para asegurar un mínimo de condiciones; por ejemplo en cuanto a los requisitos de ingreso, los cuales no podrán ser discriminatorios.
- c. Por lo que respecta a la posibilidad de utilizar algún criterio discriminatorio al momento de aceptar nuevos miembros dentro de una asociación, hay que decir que dicha posibilidad debe ser objeto de un escrutinio estricto por parte de los tribunales si se llega a presentar; a menos que se pruebe que existe un interés ineludible, que pone en riesgo la existencia misma de la asociación, no pueden esgrimirse criterios discriminatorios para impedir el ingreso de alguna persona en una asociación.

¹⁹ *Ibidem*, p. 108.

²⁰ Coderch: “Introducción”, en Coderch, Von Münch y Ferrer: o. cit., p. 18.

²¹ *Ibidem*, pp. 18 y 103 ss.

Este segundo caso se presenta, por mencionar dos ejemplos, cuando se trata del único club deportivo que tiene una pileta de natación en la comunidad, o si se trata de la única academia en la que se puede obtener la licencia para ser piloto aviador. En estos casos no se podría prohibir por medio de disposiciones estatutarias internas el ingreso a las mujeres, por citar un caso que ha tenido que ser decidido por algunos tribunales constitucionales. El mismo razonamiento se ha aplicado a los llamados *clubs privados* en los Estados Unidos, que solamente admitían como socios a hombres.²²

En algunos casos particulares, se ha admitido que también están sujetas a los mismos límites las asociaciones que, sin ser monopolísticas, tengan una posición dominante dentro de un ámbito social o económico determinado.²³

Bibliografía

- CARBONELL, Miguel: *Los derechos fundamentales en México*, México: CNDH, UNAM, Porrúa, 2005 (reimpresión).
- BILBAO UBILLOS, Juan María: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros*, Madrid: CEPC, 1997.
- CODERCH, Pablo Salvador, Ingo VON MÜNCH y Josep FERRER: *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid: Civitas, 1997.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Derecho de reunión y manifestación*, Madrid: Civitas, 2002.
- ELVIRA, Ascensión: “Asociaciones y democracia interna”, en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid: CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, tomo I.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús: “Artículo 9” en Varios autores, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 18.^a ed., México: UNAM, Porrúa, 2004, tomo I.
- PUTNAM, Robert: *Solo en la bolera. Colapso y resurgimiento de la comunidad norteamericana*, Barcelona: Galaxia Gutemberg-Círculo de Lectores, 2002.

²² A partir de importantes sentencias de la Suprema Corte, como por ejemplo en la sentencia del caso *New York State Club Association vs. City of New York*, resuelto por unanimidad de votos en junio de 1988, siguiendo el criterio ya establecido en la sentencia *Roberts vs. U.S. Jaycees*, fallado en 1984. El criterio de la Corte se aplica a las asociaciones que no sean “estrictamente privadas” (es decir, las que no ofrezcan servicios al público); no se aplica, sin embargo, a las corporaciones religiosas.

²³ Coderch: “Introducción”, cit., p. 105.

Matthias Herdegen (Alemania)*

Interpretación constitucional. Análisis a la luz de casos concretos sobre derechos fundamentales y derechos humanos

1. Introducción

1.1. Visiones distintas

Corresponde a cada generación formar su propio concepto de la jurisdicción constitucional y sus relaciones con los poderes políticos a la luz del texto de la Constitución. En los países occidentales, con una fuerte Corte Constitucional, esas visiones cubren un panorama amplio de expectativas diferentes: desde la Corte Constitucional que actúa con mayor *self-restraint* frente a preferencias socioeconómicas corroboradas en mecanismos democráticos, o —al contrario— la Corte como tejedor activo de un corsé de valores constitucionales, hasta la Corte como taller de reparación de defectos, incluso del proceso legislativo y voz de una particular racionalidad artísticamente extraída de la Ley Fundamental.

A pesar de todas las divergencias, existen perspectivas comunes. Consideramos nuestras cortes constitucionales no como voz auténtica de la Constitución, sino como autoridad máxima en su interpretación, con libertad de ajustar su propia jurisprudencia a nuevas inspiraciones. Coincidimos en reconocer a la Corte Constitucional como último guardián de los derechos fundamentales y del balance entre los poderes públicos.

* Director del Instituto del Derecho Público y del Instituto de Derecho Internacional de la Universidad de Bonn, profesor honorario de la Pontificia Universidad Javeriana y profesor visitante del Colegio Mayor del Rosario y la de Uninorte. Visitante, además, de la Escuela Global de Derecho en Nueva York y de la Sorbona de París. <herdegen@uni-bonn.de>

1.2. Casos selectos

1.2.1. Estatus constitucional de la vida prenatal

La segunda gran sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el aborto¹ desarrolla la obligación del Estado de brindar protección a la vida prenatal a la luz del derecho fundamental a la vida (artículo 2 [2] de la Ley Fundamental) y de la dignidad (artículo 1 [1] LF). Es una sentencia que trata sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una legislación liberal que despenalizó el aborto y dio cierta libertad a la mujer embarazada para abortar dentro de las primeras 12 semanas del embarazo. En ese fallo la Corte Constitucional alemana desarrolló un concepto bastante proactivo sobre obligaciones del Estado de brindar protección a la vida prenatal. El tenor de esa sentencia, con una multitud de subdivisiones, señala a la rama legislativa cómo desarrollar la debida protección a la vida prenatal. En ese contexto, ésta es la sentencia más dinámica, casi atrevida, en el derecho constitucional comparado; sus bases constitucionales se encuentran en el artículo 2 (2) de la Ley Federal, que protege la salud, la integridad física y la vida del ser humano, y en el artículo 1 (1), de la Ley Fundamental, que reconoce la dignidad humana como valor inviolable que cada rama del Estado tiene la obligación de respetar y proteger.

Es la única norma de la Constitución alemana que habla en términos explícitos de una obligación del Estado de brindar protección a un valor protegido por un derecho fundamental. Eso es importante porque en la visión tradicional los derechos fundamentales protegen al particular, al individuo, frente al Estado.

En el caso del aborto la situación es muy diferente: la amenaza viene por parte de los padres, de la madre embarazada y de los médicos que realizan el aborto; en estos casos el Estado se encuentra en un papel mediador, bajo cierta obligación de brindar protección a la vida del embrión frente a la acción de particulares. El tema casi eterno es hasta qué grado podemos extraer criterios concretos para limitar la discrecionalidad de la rama legislativa. Por eso consideramos de la mayor trascendencia este fallo de la Corte Constitucional alemana.

1.2.2. Libertad de opinión y de prensa v. privacidad (caso von Hannover)

Se trata de un conjunto de decisiones conflictivas de los tribunales alemanes por un lado y la Corte Europea de Derechos Humanos por el otro, sobre la debida protección de un personaje notable frente a los medios.

En este caso, se analiza una demanda civil de la princesa Carolina de Hannover. La princesa se encuentra bajo asedio permanente de los medios y bajo vigilancia de

¹ BVerfGE 88, 203; Fundación Konrad Adenauer (ed.): *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (compilación de sentencias por J. Schwabe), 2003, p. 71.

los fotógrafos de varios de ellos, en particular de prensa. Contra tal persecución inició una acción negatoria con la que llegó hasta la última instancia, es decir, la Corte Suprema de Justicia de Alemania. En todo ese proceso bastante largo, la demanda fracasó porque, haciendo una ponderación de intereses, todas las cortes civiles hasta la sala civil de la Corte Suprema de Justicia otorgaron primacía al derecho constitucional de libertad de prensa y de libre comunicación, argumentando que la princesa Carolina es objeto de cierta curiosidad en esa parte del mundo. Una vez que una corte alemana declara que una persona —en este caso la princesa Carolina— es objeto de interés trascendente por ser figura de los tiempos contemporáneos, las jurisdicciones civiles opinan que existe un interés legítimo del público en enterarse de varias facetas de su vida. La princesa de Hannover inició después una queja constitucional, algo similar a un amparo o una tutela, fundamentada en una supuesta violación de su derecho constitucional a la privacidad para poder llevar su propia vida fuera de la vigilancia pública.

Se trata en efecto de derechos fundamentales entre particulares, algo que sale de la función clásica de libertades y derechos fundamentales. Las bases constitucionales para resolver este conflicto son los derechos contemplados en el artículo 5 (1) de la Ley Fundamental, que protege la libertad de prensa y la libertad de información en televisión, por un lado, y los artículos 1 y 2 LF, que forman la base del derecho a la privacidad de la autodeterminación del individuo. La demanda ante la Corte Constitucional alemana prosperó solamente en una parte, es decir, en cuanto a situaciones en las cuales los *paparazzi* acecharon y fotografiaron a la princesa estando ella con sus hijos. El Tribunal Constitucional decidió que la protección de la vida en familia hace parte del derecho a la privacidad de la familia y esto está fuera del interés público. En tal caso de conflicto de intereses prevalece el derecho a la familia, el derecho de llevar su vida familiar fuera de la persecución pública. Pero en cuanto a las demás situaciones, el Tribunal Constitucional rechazó la demanda. Reconoció que cuando la demandante se encuentre en sus residencias particulares está protegida contra intromisiones de los medios, pero tan pronto salga de su casa, de su palacio, ya está presa legítima de los fotógrafos.

Con posterioridad, la princesa de Hannover inició una demanda individual ante la Corte Europea de Derechos Humanos invocando el derecho a la privacidad consagrado en la Convención Europea de Derechos Humanos. Esta demanda sí prosperó, porque la Corte Europea, también procediendo a un balance de intereses, otorgó primacía a la vida privada, haciendo un análisis muy interesante de los diferentes niveles de los derechos de comunicación.² La Corte Europea insistió en que las libertades de comunicación (artículo 10 de la CEDH) están plenamente garantizadas si defienden

² CEDH, *Hannover v. Germany* (application 59320/00), sentencia del 24 de junio de 2004, *EuGRZ* 2004, p. 404.

un proceso abierto y transparente en el área política, porque aquí sí existe un interés muy importante del público sobre cómo actúan mandatarios políticos u otras personas que son líderes de opinión. Por otro lado, la Corte Europea decidió que la princesa de Hannover estaba bajo acoso de los *paparazzi* como persona privada, ya que ella no tiene ningún cargo político, ni en Alemania ni en su principado de Mónaco. Es decir, es solamente persona privada y como tal no hay un interés preponderante de la prensa que pudiera justificar la intromisión en su la vida privada.

2. Activismo en la interpretación constitucional

Con la audacia de simplificar indebidamente, podemos discernir varios tipos de actitudes frente a la exégesis de nuestras constituciones. Las cortes supremas del modelo norteamericano muestran cierta deferencia por la letra y por las intenciones de los autores de los textos fundamentales. La Corte Suprema de los Estados Unidos es protagonista de una visión muy disciplinada y más estrecha del control constitucional de leyes. Es exponente de un marcado respeto a escogencias hechas por los poderes democráticamente legitimados. Por otro lado, no son pocas las cortes constitucionales o cortes supremas con una específica jurisdicción constitucional que demuestran un alto grado de dinamismo en la interpretación constitucional, incluso frente a la rama legislativa.

En varios países de la Europa continental el debate sobre el activismo judicial y sus límites es una melodía constante de la jurisprudencia constitucional. En el viejo continente, clasifica en primera fila la visión activista del Tribunal Federal Constitucional de Alemania. Este Tribunal construyó toda una estructura constitucional a la cual se deben someter completas áreas de reglamentación, como el régimen legal de radio y televisión, la financiación de los partidos políticos o la solidaridad financiera entre los estados federados. En el campo de los derechos fundamentales, la jurisprudencia alemana logró “constitucionalizar” muchos aspectos del derecho civil.

El instrumento mas poderoso que se forjó el Tribunal alemán es la función de derechos fundamentales como *valores constitucionales*, los que el legislador, el poder ejecutivo y el juez tienen que proteger y alimentar, incluso en relaciones entre particulares.³ Así el estatus del embrión se define por el valor de la vida humana como interés de alto rango constitucional. El derecho fundamental a la libre opinión y las demás libertades de comunicación hacen parte de un “orden objetivo de valores” que repercute sobre la aplicación de los leyes civiles en conflictos entre particulares.⁴

³ Sobre la “irradiación” de los derechos fundamentales como valores constitucionales en el derecho civil *BVerfGE* 7, 198 (205); sobre la protección de la vida del embrión *BVerfGE* 39, 1 (41ss.); 88, 203 (251ss.).

⁴ *BVerfGE* 7, 198 (205).

Así, la jurisprudencia alemana recurrió a la protección constitucional de la familia para establecer beneficios tributarios de dimensión macro-económica.⁵ En la Alemania de hoy, a pesar de la retórica doctrinal, el control de constitucionalidad hace parte integral del proceso legislativo.

De manera similar, otras cortes en Europa y en América Latina basan una jurisprudencia activista sobre valores constitucionales que extraen de los textos de sus leyes fundamentales. Así, la nueva Corte Constitucional de Colombia muestra una marcada tendencia activista, en el sentido de destilar principios y valores constitucionales del texto constitucional y de estirar los parámetros tradicionales de interpretación con cierta creatividad.⁶ Este activismo se desplegó ampliamente en el desarrollo de los derechos fundamentales como directivas para la legislación y como escudo contra amenazas emanadas de particulares.

El activismo de la Corte Constitucional de Colombia tiene ciertos paralelos en algunos países de América Latina, en particular con la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. También hay algo de audacia incluso en la jurisprudencia de otras cortes latinoamericanas: basta referirse a la famosa sentencia que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala que *motu proprio* emitió contra el golpe de Estado del entonces presidente en 1995, salvando así el orden constitucional sin mandato explícito.⁷

3. La vinculación metodológica de la jurisdicción constitucional

La Corte Constitucional es el único órgano que puede hasta cierto grado autodefinir el alcance de su intervención, porque es máxima autoridad sobre los parámetros del control que ejerce. Por eso, la vinculación a una metodología consistente es tema clave de la ubicación de una Corte Constitucional en el concierto de los grandes órganos del Estado.

Desde antaño la interpretación constitucional oscila entre dos polos: la sumisión a cánones establecidos, por un lado, y el ajuste de las normas a los cambios de la realidad externa, por el otro. La idea de la Constitución como orden durable, preferiblemente eterno, estimula un vaivén permanente entre el texto constitucional, las condiciones de convivencia y los conceptos prevalecientes en la sociedad. Podemos considerar ese juego como oxígeno en el corsé del texto constitucional o aceite en la

⁵ BVerfGE 82, 60 (85); 99, 216 (233).

⁶ Véase el excelente análisis de M. J. Cepeda Espinosa: "Judicial activism in a violent context: The origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court", *Washington University Global Studies Law Review* 3 (2004), número especial.

⁷ *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1995*, p. 321. Al respecto, M. Herdegen: "La Corte de Constitucionalidad como guardián último del orden constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1995*, pp. 337 ss.

mecánica de interpretación. Esta visión alimenta el concepto de *living constitution*.⁸ Por otro lado, el carácter de la constitución como ley exige un mínimo de metodología que garantice cierta previsibilidad de la interpretación constitucional.

Este carácter como ley se manifiesta en los clásicos criterios de interpretación (interpretaciones literal, sistemática, histórica y teleológica).

La jurisprudencia constitucional se caracteriza por un fenómeno universal: una elasticidad grande en la elección de la metodología y la libertad de ajustar los parámetros de interpretación a lo que parece oportuno en el contexto dado. Esa discrecionalidad en general caracteriza el esplendor y la miseria de la jurisprudencia constitucional en general.

Además, la interpretación constitucional está particularmente expuesta a la tentación de romper la cadena de argumentación cuando desemboca en el juicio meramente subjetivo, tal como lo describe Hans Albert:

Uno suele hablar con relación a afirmaciones cuya justificación con argumentos no se quiere continuar de autoevidencia, de autojustificación, de fundamentación en conocimiento inmediato [...] o indicar de otra manera que uno está dispuesto a interrumpir el regreso de argumentación en un punto dado [...], declarando este mismo el punto arquimédico de la cognición.⁹

Por esta razón es un desafío de mayor trascendencia definir las “reservas de interpretación” —dentro y fuera de la Constitución— que se agregan al texto de las normas concretas.¹⁰

4. Reservas de interpretación inherentes a la Constitución

Las constituciones modernas ofrecen todo un ramillete de principios, complementando las normas que se dirigen directamente a un escenario concreto de dimensión constitucional. Sobre todo, los principios que definen la finalidad del Estado —como el principio del Estado de derecho y el principio del Estado social— despliegan un dinamismo considerable en unión con los derechos fundamentales y otras normas de la Ley Fundamental.

La interpretación de los derechos fundamentales como valores abre a los exegetas un potencial de construcción discrecional casi ilimitado. Estos valores constitucionales son vehículos para fortalecer o frenar el impacto de otros principios o reglas de rango constitucional. Así, los derechos de la personalidad limitan las libertades de

⁸ Véase W. Rehnquist: “The Notion of a ‘Living Constitution’”, *Texas Law Review* 52 (1976), pp. 693 ss.

⁹ H. Albert: *Traktat über kritische Vernunft*, 5.^a ed. 1991, pp. 15 s.

¹⁰ M. Herdegen: “Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin”, en *Juristen-Zeitung* 2004, pp. 873 ss (876 ss).

comunicación; la vida humana, incluso del embrión como un valor fundamental, entra en conflicto con la autodeterminación de la mujer embarazada. En algunos países el recurso a una ponderación de intereses constitucionales es tarea ineludible porque los redactores del texto constitucional en la Asamblea Constitucional prefirieron abstenerse de limitar los derechos fundamentales en términos claros.

A la utilidad de valores constitucionales para el juez constitucional corresponde, por otro lado, la tentación de moverlos como peones en la mesa de ajedrez. Dentro de este peligro, cabe el riesgo de que los derechos fundamentales, como valores que limitan las libertades de otros particulares, se conviertan en estrecho corsé para la autonomía privada y la libertad de contratos, aun fuera de escenarios donde el legislador o el juez tengan que remediar un desbalance marcado en pro del partido más débil. Además, existe el peligro de que estos valores constitucionales se presten para elevar cualquier interés público a rango constitucional y para enfrentarlo con las libertades constitucionales del ciudadano. No solamente la seguridad interna o externa del Estado, sino también la lucha contra el desempleo o la estabilidad financiera de seguros públicos se transforman así en intereses de rango constitucional, justificando casi toda intervención en la esfera privada del ciudadano, en aquellos acuerdos celebrados entre empresas y sindicatos o casi toda imposición de nuevas cargas tributarias.

En general, los textos constitucionales ofrecen raramente criterios claros para un ordenamiento jerárquico de los valores fundamentales. Un ejemplo famoso es la dignidad humana como valor máximo y como garantía intocable, incluso a raíz de reformas constitucionales bajo la Ley Fundamental de Alemania (artículo 1 [1] y artículo 79 [3]).

Cada metodología tiene que ajustarse al ordenamiento de las responsabilidades a la luz del texto constitucional. En un sistema de democracia representativa, los grandes conflictos entre intereses sociales o entre diferentes sectores de la sociedad se resolverán primordialmente mediante los mecanismos democráticos, esto es, a través de elecciones y decisiones mayoritarias de los cuerpos legislativos.

5. Reservas de interpretación fuera de la Constitución

Desde siempre, los jueces constitucionales se han inspirado en parámetros extraconstitucionales de interpretación. La problemática no reside tanto en esta inspiración como tal, sino en la exigencia imprescindible de hacerla transparente. Hoy en día se puede reconocer un núcleo de cánones extraconstitucionales que prestan una práctica función heurística:

1. estándares del derecho internacional, en particular sobre derechos humanos;
2. el derecho comparado;
3. la empírica, y
4. la historia que determina la autopercepción de la comunidad constituida.

5.1. Estándares del derecho internacional

Dentro de los parámetros extraconstitucionales, las reglas del derecho internacional se destacan por un grado relativamente alto de transparencia y de tangibilidad. El Estado moderno de derecho no se puede concebir sin respeto por el *jus cogens*, en particular cuando se trata de derechos humanos. No son pocas las constituciones de Europa continental y de América Latina que abren una especie de puente para una ósmosis entre el ordenamiento constitucional y reglas fundamentales del derecho internacional o tratados sobre derechos humanos (véase el artículo 93 de la Carta de 1991). La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica se atrevió incluso a conceder rango supraconstitucional a derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.¹¹ Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que es obligación de los Estados contratantes ajustar su ordenamiento interno a las garantías de la Convención Americana, a pesar de normas constitucionales contrarias.¹² Desde esa perspectiva internacional, el tratado prevalece sobre la Constitución.

En el caso *von Hannover v. Germany*, la Corte Europea de Derechos Humanos fortaleció la protección de la privacidad frente a los medios,¹³ de tal manera que los jueces alemanes —e incluso el Tribunal Constitucional— tendrán que limitar la libertad de la prensa, generosamente protegida bajo la interpretación tradicional de la Ley Fundamental alemana, si quieren evitar un conflicto con la jurisdicción europea.

En su jurisprudencia reciente, el Tribunal Constitucional de Alemania hace énfasis en la interpretación de leyes (incluso la Ley Fundamental), de conformidad con las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, el Tribunal alemán no le otorga rango constitucional a la Convención Europea de Derechos Humanos. Más bien, la Convención Europea y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos operan dentro de los márgenes de interpretación que encuentra el juez cuando aplica la ley. En este sentido, el juez alemán actúa en una especie de corredor de balance. Según el Tribunal Constitucional, un juez alemán que quiere desviarse de la jurisprudencia europea tiene que fundamentar tal decisión a la luz de la Ley Fundamental.¹⁴

¹¹ Sentencia n.º 3435 del 11 de noviembre de 1992.

¹² Caso *La última tentación de Cristo (Olmedo-Bustos v. Chile)*, serie C n.º 73 (2001).

¹³ Caso *von Hannover v. Germany* (application 59320/00), sentencia del 24 de junio de 2004, *EuGRZ* 2004, p. 404.

¹⁴ Corte Constitucional, *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, p. 3407 (3411).

5.2. *Derecho comparado*

La perspectiva comparada brinda una ventaja específica: integra varios “biotopos” y una diversidad de casos concretos. Ofrece así una buena base para la verificación de condiciones o consecuencias inherentes a ciertas interpretaciones. Hasta la Corte Suprema de los Estados Unidos —en el pasado, exponente de un constitucionalismo bastante introvertido— reconoce el valor hermenéutico de una perspectiva comparada. De las Cortes Constitucionales recientemente establecidas, las Cortes de Colombia y de Sudáfrica son ejemplos de una alta sensibilidad hacia conceptos desarrollados en otros países. Es ejemplo de tal intercambio la adopción del concepto francés de *bloque de constitucionalidad* por parte de la jurisprudencia colombiana.¹⁵

5.3. *La empírica*

El recurso a supuestos radicados en la empírica no puede ofrecer un fundamento normativo en el sentido de una justificación autosuficiente para cierta interpretación, pero la empírica soporta elementos deductivos en la cadena de argumentación y permite su escrutinio objetivo. El Tribunal Federal Constitucional de Alemania justificó la independencia del Banco Central frente a los demás órganos políticos y su exención de un control democrático, con un dictamen empírico. El Tribunal alemán se fundamentó en la corroborada experiencia de que la ruptura con el principio democrático beneficia una gestión en pro de la estabilidad monetaria.¹⁶ Por otro lado, la empírica exige diligencia antes de que una Corte Constitucional sustituya su propia evaluación de un escenario dado a la luz del texto constitucional al juicio de los poderes legislativo o ejecutivo. Así, una garantía constitucional de un ajuste de salarios o pensiones para empleados públicos a la tasa de inflación puede desembocar en una generosidad en contra de quien paga impuestos, si tal ajuste ignora el desarrollo del PIB.

5.4. *La historia que determina la autopercepción de la comunidad constituida*

En todos los países la interpretación constitucional no puede abstraerse de traumas históricos o de otras facetas de la historia a los cuales ciertos principios constitucionales quieren responder.

A la luz del terrorismo estatal bajo el régimen nacionalsocialista, la jurisprudencia alemana brinda ejemplos impresionantes como el concepto de la protección de la vida humana.¹⁷

¹⁵ Sentencia C-225/1995.

¹⁶ *BVerfGE* 89, 155 (208).

¹⁷ *BVerfGE* 18, 112 (117); 39, 1 (36, 67).

Por otro lado, la debida consideración de contextos históricos ciertamente no impone una canonización de conceptos del pasado o una extrapolación rigurosa de preferencias que real o supuestamente inspiraron la Constituyente. Vale recordar la fresca premonición de Thomas Jefferson de no quedarse petrificado por veneración a generaciones pasadas:

Some men look at constitutions with sanctimonious reverence, and deem them like the ark of the covenant, too sacred to be touched. They ascribe to the men of the preceding age a wisdom more than human. [...] I knew that age well. [...] It was very like the present, but without the experience of the present. [...] Let us follow no such examples, nor weakly believe that one generation is not capable as an other of taking care of itself, and of ordering its own affairs.¹⁸

6. Conclusión

Previsibilidad y metodología sólida son fundamentos de la jurisprudencia constitucional. La mirada comparada nos abre la vista a un laboratorio donde ciertas soluciones en textos similares ya están bajo escrutinio o comprobadas. Así se fortalece la base objetiva para un diálogo fructífero entre nuestras culturas de derecho constitucional.

¹⁸ T. Jefferson, carta a S. Kercheval (julio 1816), en M. Peterson (ed.): *The Portable Thomas Jefferson*, 1975, pp. 558 s.

Jaime Araújo Rentería (Colombia) *

Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica

El objeto de nuestra investigación es llamar la atención sobre lo que hay detrás de las técnicas del control de constitucionalidad y su gran carga ideológica.

1. Juicio de proporcionalidad o razonabilidad

La técnica de control de constitucionalidad que se ha denominado *juicio de proporcionalidad* es distinta del *test de igualdad*. Este último es creación del constitucionalismo norteamericano, mientras que el primero es del constitucionalismo europeo.

El control de constitucionalidad por medio del principio de proporcionalidad (o racionalidad) no es más que una relación entre medios y fines. Lo primero que debemos precisar es que éste sólo se aplica a las acciones de los poderes públicos y no a las acciones entre particulares, que no deben someterse al principio de proporcionalidad.

Respecto del fin, hay que señalar que cada acción estatal tiene que perseguir un fin legítimo y éste debe tener ciertas características; entre otras, no estar prohibido, ya que si la Constitución tiene un fin prohibido la ley que lo persigue es inconstitucional. El fin debe estar entonces permitido. Debe ser además un fin constitucionalmente permitido y relevante. Es preciso aclarar que el Estado no tiene un único fin, sino pluralidad de fines.

* Presidente de la Corte Constitucional de Colombia. Libros publicados: *El referendo en Colombia*; *El régimen presidencial en el derecho comparado*; *Principios de derecho constitucional*; *Teoría de la Constitución*; *El derecho fundamental a la igualdad: Precisiones*. <jaimeAR@corteconstitucional.ramajudicial.gov.co>.

El medio utilizado (la ley que se somete al control de constitucionalidad) tampoco debe estar prohibido; por ejemplo, si el fin es la búsqueda de la verdad dentro de los procesos, un medio como la tortura está prohibido en el Estado de derecho, y si una ley permite la tortura del sindicado debe ser declarada inconstitucional. Además de estar permitido, el medio debe además ser adecuado para lograr el fin que se persigue. Este requisito apunta a la idoneidad del medio utilizado. Si éste no lleva al fin que se persigue, porque es inocuo o no es idóneo, la norma debe ser declarada inconstitucional, pues no sirve para el fin que se persigue.

La Constitución trata de erigirse en una valla para quien desee perseguir sus fines (justos o injustos) por medios que la comunidad ha juzgado históricamente peligrosos o que afecten intereses dotados de consenso. Por esto ha sido tan común en nuestra historia que diversos grupos hayan tratado de eliminarla, suspenderla, sustituirla o, más modestamente, utilizar sus resquicios.

Cada individuo persigue lo que entiende como sus propios fines por los medios que juzga conducentes. Pero en esa persecución hay vías que le está vedado recorrer: no puede resolver sus problemas sentimentales matando a su cónyuge, ni agregar una habitación a su vivienda invadiendo la del vecino, ni incrementar la rentabilidad de su negocio omitiendo el pago de impuestos o abonando salarios inferiores a los establecidos, ni asegurarse el respeto y la obediencia de sus hijos mediante mutilaciones o castigos crueles, ni divertirse en sus fiestas causando ruidos molestos, ni llegar puntualmente a sus compromisos estacionando el automóvil en doble hilera. Todos esos fines son lícitos, pero sólo pueden perseguirse por medios no prohibidos, cualquiera sea el juicio del interesado acerca de la mayor eficacia de alguno de los medios vedados respecto de los permitidos. Las restricciones se imponen por una vía ajena a la ética, porque no es posible confiar, no ya en la fuerza de voluntad de los infractores potenciales (en especial frente a balances valorativos coyunturales e individuales opuestos a la restricción), sino incluso en el acuerdo unánime respecto de la inconveniencia de tales medios.¹

El medio, además de no estar prohibido y ser idóneo, debe ser necesario, de tal manera que, si es idóneo pero no necesario, la norma debe ser declarada inconstitucional. El concepto de *necesidad* es muy importante, ya que, si existe otro medio alternativo que permita lograr el mismo fin con una menor restricción o limitación del derecho fundamental y el legislador no lo emplea, la norma debe ser declarada inconstitucional. Como se ve, el concepto de *necesidad* (medio necesario) es muy importante en el control de constitucionalidad para salvaguardar los derechos fundamentales, por cuanto la ley está restringiendo o limitando un derecho de un ciudadano y la regla general es que los ciudadanos disfruten plenamente de sus derechos, sin restric-

¹ Ricardo Guibourg: "Fines y medios: una aproximación a los derechos", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 12, 1992, Alicante (España).

ciones, sin límites, sin cortapisas. De modo que, si existe otra restricción menos gravosa del derecho, el legislador debe acudir necesariamente a la menos gravosa, y si escoge la más grave, la más restrictiva, la norma debe ser declarada inconstitucional.

Queremos señalar aquí que la Corte Constitucional de Colombia ha aplicado mal el principio de proporcionalidad, ya que en muchos casos se ha limitado a controlar que el medio sea adecuado, sin hacer el control de necesidad, lo que ha permitido que muchas leyes inconstitucionales se hayan encontrado ajustadas a la Constitución. Esta confusión se ha originado por mezclar el sistema norteamericano de *test de igualdad* (flexible, medio, estricto) con el sistema de control europeo de proporcionalidad, que, como hemos dicho, son distintos.

En consecuencia, en el control de constitucionalidad con el principio de proporcionalidad el medio no puede estar prohibido, debe estar permitido, ser adecuado y además necesario, pues si el control llega sólo hasta el elemento adecuado es un control de constitucionalidad deficiente, que permite que se vulneren los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Finalmente, este método de control de constitucionalidad tiene la denominada *proporcionalidad en sentido estricto*, que en términos económicos sería una relación costo-beneficio, dado que, si el costo es mayor que el beneficio, la norma debe ser declarada inconstitucional. Dicho de otra manera, la norma sólo está ajustada a la Constitución si el beneficio que recibe la sociedad es mayor que el costo de haber restringido o limitado un derecho fundamental. El Tribunal Constitucional debe preguntarse en primer lugar cuál es la importancia del fin que el Estado persigue con su intervención; en segundo lugar, cuál es la importancia del derecho fundamental que se limita por medio de la ley. Después de comparar los dos derechos en conflicto y de determinar que el que se limita es menor que el que se protege con el fin perseguido, se puede declarar que la limitación del derecho se ajusta a la Constitución.

Como se observa, el control de constitucionalidad por medio del principio de proporcionalidad exige que se cumplan todos los elementos arriba analizados, de forma que, si falta alguno de ellos, la ley debe ser declarada inconstitucional.

1.1. Acerca de la razonabilidad

En muchas ocasiones, se modifica el juicio de proporcionalidad y se habla de juicio de razonabilidad. Pero ¿qué se quiere decir con este concepto? Lo primero que debemos señalar es que se refiere a la interdicción o prohibición de arbitrariedad. Lo segundo, que busca analizar si la distinción que hizo el legislador está justificada o no.

Existe una diferenciación arbitraria “cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible”. Por lo tanto, una diferenciación es arbitraria y está por ello prohibida cuando no es posible encontrar una razón calificada de una determinada manera. La calificación de esta razón es descrita de múltiples

maneras. En la cita que se acaba de presentar se exige que se trate de una *razón razonable* o que *surja de la naturaleza de la cosa* o que, de alguna otra manera, *sea concretamente comprensible*. En otras formulaciones se exige que la falta de objetividad de la razón de la diferenciación no sea *evidente*, y, en otras, simplemente que la razón haga que la diferenciación esté *justificada*. El trasfondo de estas fórmulas está constituido por el postulado de *una forma de consideración orientada por la idea de la justicia*.

De todo esto se infiere que tiene que haber una razón suficiente para las justificaciones, y que la cualificación de la razón como *suficiente* es un problema de valoración. Aquí habrá de interesar sólo lo primero. Que para la admisibilidad de las diferenciaciones tiene que haber una razón suficiente que las justifique significa que, cuando no existe una razón tal, está ordenada la igualdad de tratamiento. Esto puede formularse con el siguiente enunciado, que constituye una precisión de la versión débil de la máxima general de igualdad propiciada más arriba: “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”.²

En abstracto, el examen de razonabilidad puede descomponerse en dos patrones diferenciados: por un lado, el de la constitucionalidad de la finalidad pretendida por la norma y, por otro, el de la adecuación entre la distinción establecida por la norma y la finalidad de ésta. El legislador es libre de perseguir cualesquiera finalidades, siempre que sean lícitas en el marco constitucional.

Si lo anterior es cierto, el examen exigido por el principio genérico de igualdad en la ley puede reducirse a la exigencia de adecuación suficiente entre la clasificación empleada y la finalidad de la norma, que es en lo que en realidad ha consistido el análisis jurisprudencial de la *razonabilidad* de las distinciones consideradas. Ahora bien, en realidad, si esta relación entre medios y fines pudiera y debiera ser perfecta, el examen de razonabilidad se convertiría en un ejercicio técnico, básicamente objetivable en los términos de las ciencias sociales y que se podría reducir sin más a una aplicación de lo que Max Weber denominó *racionalidad instrumental*. Pero si, por un lado, la existencia de una relación de igualdad relevante entre dos o más individuos presupone una atribución valorativa y, por otro lado, la adecuación entre fines y medios normativos, particularmente en cuanto afecta al principio genérico de igualdad ante la ley, no siempre necesita ser estricta o exacta para ser calificada como razonable, entonces el examen de razonabilidad no puede reducirse al de racionalidad, lo que deja abierto el campo a la introducción de juicios de valor en la determinación de la propia relación de adecuación. Veámoslo por partes.

En efecto, por un lado, ninguna relación de igualdad, especialmente en contextos sociales, éticos y jurídico-políticos, es propiamente de identidad, por lo que la determinación de aquélla supone necesariamente la existencia de ciertos rasgos comunes y ciertos rasgos disímiles, de los que se destacan los primeros como relevantes en función de un determinado aspecto o trato. Esto significa que la simple predicación de una determinada relación de igualdad entre dos o más personas, incluso en contextos descriptivos, exige evaluar y seleccionar los rasgos que se consideran relevantes en uno u otro aspecto. Además, en las relaciones de igualdad

² Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 395.

prescriptivas, esto es, cuando la relevancia de la igualdad se determina en función de un determinado trato que se propone como debido o prohibido, la propia conexión entre los rasgos considerados comunes y el trato asociado a su posesión depende a su vez de una valoración de carácter práctico y, en último término, ético. Tal conexión, así pues, no puede comprobarse empíricamente, al modo de la racionalidad instrumental, sino que, en el mejor de los casos, supone un juicio de razonabilidad, en el que se aportan argumentos capaces de recibir mayor o menor adhesión en un determinado contexto histórico-social.³

2. Acerca del concepto de *razón suficiente*. Precisión lógica

En la cita de Robert Alexy que hicimos arriba y en la jurisprudencia europea, americana y colombiana, cuando se avoca el control de constitucionalidad de una norma se dice con frecuencia que existe una razón suficiente para su existencia o expedición (o, más exactamente, para la diferenciación que establece) y que en consecuencia está ajustada a la Constitución.

La lógica o ciencia del pensar correctamente tiene cuatro principios fundamentales: identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente. Los tres primeros los “descubrió” o sistematizó Aristóteles y el cuarto es creación de Leibniz.

Frente a la pregunta de cuál es el fundamento de algo o qué hace que una cosa sea de cierta manera y no de otra (¿Qué hace que el perro sea perro y no gato? ¿Cuál es la razón de que el hombre sea hombre y no elefante, mico u otro ser de la naturaleza?), se acudía al concepto de *razón suficiente*, que en ese contexto fue utilizado por Aristóteles y todos los filósofos hasta que Leibniz cambió el significado del concepto y de paso modificó los principios lógicos.

Ya hemos señalado que, mientras para el derecho la cuestión es de validez o invalidez de la norma jurídica, para la lógica es de verdad o falsedad del juicio.

Desde Aristóteles y hasta Leibniz, la lógica solo tenía una categoría de verdad: la verdad necesaria. Leibniz introdujo al lado de ésta otra verdad: la verdad contingente. El principio de la razón suficiente lo que hace es explicar las verdades contingentes. Veamos cómo fue la evolución:

La causa, en el sentido de razón de ser. Éste es uno de los principales significados del término *causa*, y justo aquel por el que contiene la explicación y justificación racional de la cosa de la cual es causa. Dice Aristóteles:

Creemos conocer absolutamente un objeto en particular —o sea, no accidentalmente o de modo sofista— cuando creemos conocer la causa por la cual la cosa es, conocer que ella es causa de la cosa y que, por lo tanto, ésta no puede ser de otra manera.⁴

³ Alfonso Ruiz: “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 12, 1992, Alicante (España).

⁴ Aristóteles: *Analytica posteriora* 1, 2, 71.b.8.

En este sentido, la causa es razón, *logos*,⁵ ya que hace comprender no solamente el acaecer de hecho de la cosa, sino su *no poder ser de otra manera*, esto es, su necesidad racional. En la doctrina aristotélica, por lo tanto, como en las que dependen de ella, la causa-razón es un concepto ontológico que expresa la necesidad propia del ser en cuanto sustancia. Hegel adopta el concepto en este mismo sentido: “El Fundamento (F.) —dice— es la esencia que es en sí y ésta es esencialmente F., y F. es sólo en cuanto fundamento de algo, de un otro”.⁶ En efecto, en este sentido el F. es “la esencia puesta como totalidad”,⁷ o sea, la razón de la necesidad de una cosa, como lo consideraba Aristóteles.

No obstante, por obra de Leibniz la noción adquirió un significado distinto y específico, por el cual se distingue nítidamente del de causa esencial o sustancia necesaria. Es decir, pasa a designar una relación privada de necesidad y aun la que da a entender o justificar la cosa; el principio de esta relación es denominado *principio de razón suficiente* (*Principium rationis sufficientis*). Leibniz llega a la formulación de este principio a través de la oposición entre la relación libre pero determinante y la relación necesaria. Dice:

La relación o concatenación es de dos especies: una es absolutamente necesaria, de manera tal que su contrario implica contradicción, y tal relación se verifica en las verdades eternas como son las de la geometría; la segunda no es necesaria sino que es *ex hypothesi* y, por así decirlo, por accidente, y es contingente en sí misma, ya que su contrario no implica contradicción.

Esta segunda conexión se verifica en la relación entre una sustancia individual y sus acciones: por ejemplo, el fundamento del hecho de que César pasara el Rubicón se encuentra indudablemente en la naturaleza misma de César, pero ello no dice que el hecho fuera necesario en sí mismo y que su contrario implique contradicción. Del mismo modo, Dios elige siempre lo mejor, pero lo elige libremente y lo contrario de lo que elige no implica contradicción.

Toda verdad fundada en este tipo de decretos es contingente, aun siendo cierta, porque estos decretos no cambian, en efecto, la posibilidad de las cosas, y aun cuando Dios, como he dicho ya, elija siempre indudablemente lo mejor, ello no impide que lo que es menos perfecto no sea y no permanezca posible en sí mismo, si bien no suceda, dado que no es su imposibilidad lo que lo hace rechazar, sino su imperfección. Ahora bien, nada cuyo opuesto sea posible, es necesario.⁸

Como es evidente a través de estos textos de Leibniz, el F. o razón suficiente tiene una capacidad explicativa diferente de la causa o razón de ser de Aristóteles. Esta última, en efecto, explica la necesidad de las cosas, el porqué de que la cosa no

⁵ Aristóteles: *De partibus animalium* 1, 1, 639.b.15.

⁶ Ene., § 121.

⁷ Ibídem.

⁸ *Discours de métaphysique*, 1686, § 13.

pueda ser de otra manera que como es. El fundamento o razón suficiente explica la posibilidad de la cosa, esto es, explica por qué la cosa puede ser o comportarse de determinada manera. Precisamente por esta razón Leibniz consideró el principio de razón suficiente como fundamento de las verdades contingentes y continuó admitiendo, como ya lo había hecho Aristóteles, el principio de no contradicción como base de las verdades necesarias.^{9 10}

Podemos concluir que el principio de razón suficiente creado por Leibniz hace referencia a verdades contingentes o no necesarias y no a verdades necesarias (que se basan en otro principio que es el de no contradicción). Si por otro lado recordamos que el control de constitucionalidad debe verificar que el medio empleado (la ley que distingue) sea necesario, ya que si existe otro medio menos gravoso hay que utilizarlo, no se comprende por qué se habla de que existe una razón suficiente.

Cuando se habla de razón suficiente lo que se quiere decir, en realidad, es que ese medio no es necesario, y si no es necesario debe ser declarado inconstitucional.

3. Sobre el *test de igualdad*

Un *excursus* histórico por la interpretación constitucional norteamericana muestra cómo surgieron ciertas teorías para resolver algunos problemas prácticos propios de su sistema jurídico y cómo las utilizamos en Colombia en un contexto social y jurídico diverso, sin saber de dónde vienen y qué fin o interés perseguían, a quiénes perjudicaban o beneficiaban, y mientras no tomemos conciencia de su origen o finalidad no sabremos distinguir la gran carga ideológica que se esconde detrás de ellas. En toda la parte de historia constitucional de Estados Unidos seguiremos en lo fundamental a Christopher Wolfe en su obra *La transformación de la interpretación constitucional*.

El denominado *test de igualdad* surgió para resolver un problema práctico en el constitucionalismo norteamericano, fundamentalmente por el conflicto surgido entre el presidente Roosevelt y la Corte Suprema de Estados Unidos. El presidente norteamericano se quejaba de que la Corte Suprema le declaraba inconstitucionales sus leyes de contenido económico y que le impedía aplicar su programa económico, lo cual le generó un gran conflicto con esa Corte, que dividió la opinión pública norteamericana. Como los magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos son nombrados por el presidente de la República, el Roosevelt logró hacer una mayoría en la Corte Suprema. Ese tribunal así conformado cambió la jurisprudencia de la Corte Suprema, para decir que el control de constitucionalidad sobre temas económicos de

⁹ *De scientia universali*, en *Opera*, ed. Erdmann, p. 83.

¹⁰ 6, 7, 8, 9 tomado de Nicola Abbagnano: *Diccionario de filosofía*, México: Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 578-579.

ahora en adelante iba a ser más flexible y que abandonaba el control estricto que había hecho para dejar que el gobierno y el Congreso hicieran las leyes económicas como quisieran, pues lo único que exigiría en el futuro sería un mínimo de racionalidad en la ley. Con este cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema, el gobierno de Roosevelt logró lo que quería, que era atenuar y debilitar el control de constitucionalidad sobre sus leyes económicas, y lógicamente esta tesis benefició al Poder Ejecutivo y restringió el control de constitucionalidad. Éste es el origen histórico de los diferentes *tests* en el control de constitucionalidad, y no hay duda de que surgió para beneficiar al gobierno, con el riesgo de afectar derechos económicos de los ciudadanos. Toda ley tiene un mínimo de racionalidad, pues no habría sido expedida si fuese un absurdo total, y muchas leyes violan derechos de los ciudadanos, pero, al aplicarles un *test* débil, el Tribunal Constitucional termina avalándolas en detrimento de los derechos fundamentales.

En los años 60, el Tribunal cambió su política posterior a 1937 con el fin de emplear la cláusula de la igual protección como instrumento de sus reformas igualitarias. Naturalmente, la redistribución se basaba en dicha cláusula. Por tanto, a mediados de la década de los años 60 el Tribunal desarrolló una interpretación a dos niveles en cuanto a la igual protección. Fue en el nivel inferior, aplicable sobre todo a la regulación económica, donde el Tribunal tenía sólo que demostrar que su clasificación era “racional”. Después había un nivel superior, en el que la clasificación estatal estaba sometida al “estricto escrutinio” y que sólo podía justificarse a partir del “interés estatal irrenunciable”. Este nivel superior tenía dos ramas: en primer lugar, había algunas “clases sospechosas”, cuyo ejemplo clásico era la raza; y en segundo lugar, había determinados “derechos fundamentales”, cuyo mejor ejemplo era la igualdad en el derecho al voto.

Sin embargo, el cambio en la composición de la Corte Suprema y especialmente por la designación que de nuevos jueces hicieron los presidentes del partido Republicano llevó a que el Tribunal Burguer modificase los *tests* del control de constitucionalidad (débil y estricto) e introdujese el *test* intermedio o más exactamente diversos niveles de control. Veamos cómo fue el proceso:

El fallo de Powell rechazó, pues, el análisis de los “derechos fundamentales” porque la igualdad en la educación no es un derecho constitucionalmente garantizado. Un derecho es fundamental no por su importancia social, sino porque está explícita o implícitamente garantizado por la Constitución. El que sea necesaria cierta educación para tener acceso efectivo al derecho a la libertad de expresión o al derecho al voto puede apoyar la demanda de un mínimo de educación —demanda no realizada en este caso—, pero no una demanda de igualdad educativa. Por otro lado, la ley de Texas había contribuido mucho a hacer que los gastos educativos del distrito fueran más iguales legislando ayuda suplementaria estatal que beneficiaba de forma desproporcionada a los distritos más pobres. Dada la razón de que la financiación local ayuda a proteger el control local, Texas podía libremente emplear este sistema financiero.

La opinión de Marshall en desacuerdo contenía algunas observaciones cáusticas. Mientras que algunos de los derechos fundamentales en anteriores casos de igual protección estaban garantizados por la Constitución (por ejemplo, el implícito de rechazo constitucional a viajar, en *Shapiro v. Thompson*), Marshall preguntaba si la Constitución garantizaba el derecho a procrear, el derecho a votar en las elecciones

estatales, o el derecho a apelar por una condena. Repitió su sugerencia de Drandridge, de que el Tribunal adoptase una norma de “escala móvil” para sustituir el “enfoque rígido” de la norma de dos niveles —es decir, en lugar de clasificar los casos en una o dos categorías rígidas (una con un control extremadamente estricto, otra con un control extremadamente deferente), el Tribunal reconociese una escala de derechos (desde el menos importante subiendo gradualmente hasta el más importante a través de diferentes niveles) y varía la severidad del control según la importancia del derecho. En ciertos aspectos, la sugerencia tenía bastante sentido una vez que el Tribunal hubiese decidido elevar ciertos derechos y darles una protección especial, práctica a la que la mayoría se negó a renunciar. Al mismo tiempo, es difícil resistir a la tentación de creer que la conversión de Marshall a un enfoque “más flexible” se hubiese producido en 1971 más que en 1968 a causa de su especulación en cuanto al futuro del Tribunal. Si el Tribunal Warren hubiese seguido a todo vapor en los años 70, sumando sin cesar nuevos derechos al “estricto escrutinio”, ¿hubiera criticado Marshall la “rigidez” de su enfoque? O ¿fue su conversión a la flexibilidad tan sólo un reconocimiento de que con el Tribunal Burger media tajada era mejor que nada?

En 1972 surgió también un deseo de un nivel intermedio, más fuerte que la *mera racionalidad*, pero menor que el *estricto escrutinio*: se trataba de un caso que derogó una ley de Massachusetts que prohibía la distribución de contraceptivos a los menores solteros, o a las parejas casadas a no ser que fuera a través de un farmacéutico o de un médico, y en el curso incierto de las decisiones sobre leyes referidas a hijos ilegítimos.

La norma intermedia ha proporcionado al Tribunal un marco para examinar un número mayor de leyes con mayor atención. Si el estricto escrutinio suponía una opinión más restringida de los poderes legislativos, dado que dicho escrutinio era generalmente “fatal de hecho” (cualquiera sea el significado de la posibilidad teórica de demostrar un interés estatal obligatorio y estrechamente cortado), la misma severidad impuso un tipo de disciplina al Tribunal —una duda en cuanto a ampliar mucho la categoría.

Con el escrutinio intermedio, el Tribunal se sentía libre para examinar más leyes cuidadosamente, sabiendo que las menores demandas de este escrutinio le permitirían apoyar muchas de las leyes así examinadas. No obstante, la evaluación de si un interés del gobierno era “importante” y si la ley favorecía “esencialmente” esos intereses dejó necesariamente al Tribunal en un marasmo de juicios subjetivos. Como argumentó Burger en su desacuerdo en *Plyler v. Doe* (1982), el Tribunal podía remendar “retazos de lo que podía clasificarse de categoría cuasi sospechosa y análisis de derechos cuasi fundamentales” y prolongar “una teoría cortada por la costumbre sobre los hechos” de un caso. El resultado es una orientación simplemente burda. Que, a su vez, es sencillamente un régimen por decreto arbitrario, y no una operación de gobierno en virtud y a través del principio de derecho. Quizá algunas personas hayan agradecido al Tribunal Burger que sus decretos sean con frecuencia más moderados de lo que fueron o serían los del Tribunal Warren. Incluso si esto es cierto, a duras penas justificaría, sin embargo, el principio de tal norma.¹¹

¹¹ Christopher Wolfe: *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid: Civitas, 1991.

Las diferencias que el Tribunal Supremo estadounidense ha ido desarrollando a lo largo del tiempo en el examen o test utilizado para analizar las alegaciones de violación de la cláusula de “la igual protección de las leyes” garantizada por la Enmienda XIV. Según la reconstrucción propuesta por Gerald Gunther, tal jurisprudencia puede sistematizarse en tres tipos de *tests*: a) un *test* estricto —denominado *strict scrutiny*—, para las distinciones normativas que afectan a derechos fundamentales o son “sospechosas” (esto es, utilizan la raza o, con menos rotundidad, la filiación ilegítima conforme al cual los fines de la norma o medida deben ser “perentorios” (*compelling*) y la distinción “necesaria” (*necessary*) para la realización de tales fines; b) un *test* mínimo —denominado *Minimum Rationality Requirement* o *Rational Basis Test*— utilizado en principio para la generalidad de las distinciones normativas, que exige únicamente que los fines sean “lícitos” (*legitimate*) en el marco de alguna concepción del interés general y que la distinción esté “racionalmente relacionada” (*rationality related*) con ellos; y, en fin, c) un *test* intermedio —llamado *Intermediate Review*—, que se ha ido abriendo paso entre los dos anteriores para las distinciones que utilizan categorías “sensibles” (aunque no “sospechosas”), como el sexo, la discapacidad o la edad, y por el que se exige que el fin de la norma o medida sea “importante” (*important*) y que la distinción esté “sustancialmente relacionada” (*substantially related*) con tal fin. En la anterior tripartición, es claro que la mayor o menor exigencia en la relación entre la distinción normativa y su finalidad corresponde con la mayor o menor tolerancia hacia la infra o suprainclusividad de la norma en cuestión.¹²

Síntesis

La evolución del control de constitucionalidad en Estados Unidos nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

- a. Que de un control estricto se pasó, a raíz del conflicto con el presidente Roosevelt, a dos niveles, pues se creó un nivel débil para controlar la legislación económica, donde sólo se exigía que la norma fuera racional. Que el control estricto se aplicaba a las categorías sospechosas (raza, etcétera) y a los derechos fundamentales.
- b. Que el tribunal Burger redujo los miembros integrantes de la categoría sospechosa y los derechos fundamentales y que creó una categoría intermedia —*test* medio que en realidad son diversos *tests* intermedios.
- c. Que en realidad, hoy, el control de constitucionalidad se ha relajado contra los derechos de los ciudadanos y esto ha permitido a los gobiernos mantener una serie de leyes que con un control estricto deberían de ser declaradas inconstitucionales y que han vulnerado derechos fundamentales de pueblo norteamericano.

¹² Ruiz: o. cit., p. 62.

4. La ponderación de los principios constitucionales. Riccardo Guastini¹³

Puede suceder (ciertamente, ocurre a menudo) que dos principios —al igual que acontece con las normas— entren en conflicto. Más aún, algunos entienden que es un rasgo definitorio de los principios el que cada uno de ellos se encuentre en conflicto con otros, de manera que, dado un supuesto de hecho al que sea de aplicación un principio P1, hay siempre al menos otro principio P2 igualmente aplicable al mismo supuesto de hecho e incompatible con P1. Incompatible, en el sentido de que la aplicación de P2 llevaría a resultados diversos de la aplicación de P1.

Ahora bien, los conflictos entre principios —ejemplo paradigmático: los conflictos entre principios constitucionales (sobre los que se centra lo que sigue)— presentan generalmente (no siempre y, por tanto, no necesariamente) tres características que merecen ser reseñadas.

1. En primer lugar, los conflictos entre principios —en particular, entre principios constitucionales— son antinomias entre normas coetáneas y de idéntico rango en la jerarquía de fuentes.

2. En segundo lugar, los conflictos entre principios son, por lo general, antinomias *en concreto*. Este punto requiere alguna explicación.

Se da una antinomia *en abstracto* (o necesaria) cada vez que dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles con supuestos de hecho abstractos, es decir, con clases de supuestos de hecho (concretos) que se superponen (en todo o en parte) conceptualmente. De esta suerte, la antinomia puede ser identificada ya en el plano de la interpretación textual, *en abstracto*, es decir, sin que sea necesario representarse un supuesto de hecho concreto. Si, por ejemplo, una primera norma prohíbe el aborto y una segunda norma permite el aborto terapéutico, la antinomia puede ser reconocida *en abstracto*, con independencia de cualquier supuesto concreto, desde el momento en que la clase de los abortos terapéuticos está conceptualmente incluida en la clase de los abortos sin especificaciones.

Por el contrario, se da una antinomia *en concreto* (o contingente) cuando en el momento de la aplicación dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo supuesto fáctico concreto. Esto ocurre cada vez que un supuesto de hecho concreto (o una subclase de supuestos de hecho concretos) recae simultáneamente en dos clases de supuestos de hecho diversos y no relacionados conceptualmente para los que el derecho prevé consecuencias jurídicas incompatibles. De este modo, la antinomia puede ser identificada sólo en sede de aplicación de las normas al caso concreto (al que, precisamente, se dé la circunstancia de que ambas sean aplicables). Imaginemos que una primera norma disponga: “Los ciudadanos deben pagar los impuestos” y una segunda norma disponga: “Los desempleados no deben pagar ningún impuesto”. Los supuestos de hecho abstractos a que las dos normas se refieren —respectivamente, *ciudadanos* y *desempleados*— carecen de relación desde el punto de vista conceptual, pues que existan o no de hecho ciudadanos sin empleo es algo contingente. Por tanto, el conflicto entre las dos normas en cuestión no es necesario: ninguna antinomia se presenta hasta el momento en que se trata de decidir si la obligación tributaria grava —supongamos— a ciudadanos empleados o a extranjeros y apátridas desempleados. Pero, cada vez que esté en discusión la obligación tributaria de un ciudadano desempleado, comparece una antinomia. Esto sucede por la simple razón de que, aun siendo diversos los dos supuestos de hecho abstractos, existen supuestos de

¹³ Riccardo Guastini: *Distinguiendo*, Barcelona: Gedisa, 1999.

hecho concretos que entran dentro del campo de aplicación de ambas normas: los ciudadanos sin empleo pertenecen tanto a la clase de los ciudadanos como a la de los desempleados. En cambio, de hecho, no se presentaría ninguna antinomia si la clase de los desempleados estuviera vacía, es decir, si no existieran ciudadanos en situación de desempleo. Por tanto, puede decirse, las antinomias en abstracto dependen de la estructura conceptual del lenguaje legislativo, mientras las antinomias en concreto dependen de la estructura del mundo.

3. En tercer lugar, los conflictos entre principios son normalmente antinomias de tipo eventual, o, según la terminología de A. Ross, *parcial-parcial*. También en este caso parece oportuno hacer alguna precisión.

A veces, dos normas, N1 y N2, disponen consecuencias jurídicas incompatibles para dos clases de supuestos de hecho que se superponen completamente, de manera que cada supuesto de hecho concreto que entre en el campo de aplicación de N1 entrará también en el campo de aplicación de N2. Este tipo de antinomia se llama *absoluta* (o *total-total*). Si, por ejemplo, una norma califica de lícito y otra califica de ilícito el divorcio, la antinomia será del tipo absoluto.

Otras veces, la clase de supuestos de hecho disciplinada por una de las dos normas, N1 está enteramente incluida en la (constituye una subclase de la) clase de supuestos de hecho disciplinada de forma incompatible por la otra N2 de manera que habrá supuestos de hecho que entran sólo en el campo de aplicación de N2, y supuestos de hecho que entran también en el campo de aplicación de N1; el conflicto nace sólo en relación con estas últimas. Este tipo de antinomia se llama unilateral (o “total-parcial”). Si, por ejemplo, una norma califica de ilícito el aborto y otra califica de lícito el aborto terapéutico, la antinomia será del tipo unilateral.

Otras veces, las dos normas, N1 y N2, disciplinan clases de supuestos de hecho que se superponen sólo parcialmente. Así, hay supuestos de hecho disciplinados sólo por N1, supuestos de hecho disciplinados sólo por N2, y supuestos de hecho disciplinados por ambas normas: el conflicto nace solamente en relación con estos últimos. Este tipo de antinomia se llama eventual (o *parcial-parcial*). Si por ejemplo, una norma N1 impone un tributo a los productores de vino tinto, una segunda norma N2 atribuye la denominación de origen controlada a ciertos vinos blancos y tintos, y una tercera N3 exime del impuesto a los productores de vino con denominación de origen controlada. La antinomia entre N1 y N3 —o, si se prefiere, entre N1 y el combinado dispuesto por N2 y N1— será de tipo eventual.

Por consiguiente, la conclusión es que los conflictos entre principios o al menos los que se dan entre principios constitucionales no pueden ser resueltos con las mismas técnicas habitualmente usadas para resolver los conflictos entre normas. No es aplicable el criterio *lex superior derogat inferiori*, porque se está hablando de normas del mismo rango en la jerarquía de fuentes. Tampoco es aplicable el criterio *lex posterior derogat priori*, porque los principios implicados se encuentran (al menos en el caso de los principios constitucionales) estatuidos por un mismo documento normativo, y, en consecuencia, son coetáneos. Por último, no se puede aplicar el criterio *lex specialis derogat generali*, porque, cuando se trate de una antinomia del tipo eventual, no concurre entre las clases de supuestos de hecho disciplinados por los dos principios una relación de género a especie.

La técnica apropiada —y, por tanto, la que efectivamente se usa, en especial por los tribunales constitucionales para resolver los conflictos de este tipo— es la que se conoce con el nombre de *ponderación*.

La ponderación de principios consiste en instituir entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil.

A) Una jerarquía axiológica es una relación de valor instituida [no por las mismas fuentes, sino] por el intérprete, precisamente mediante un subjetivo juicio de valor. Instituir una jerarquía axiológica consiste en atribuir a uno de los dos principios en conflicto mayor *peso*, es decir, mayor valor, respecto del otro. El principio dotado de mayor valor prevalece, en el sentido de que es aplicado; el principio axiológicamente inferior sucumbe —no en el sentido de que resulte inválido o abrogado, sino en el sentido de que se deja de lado.

Obsérvese que, en este contexto, *ponderar* no significa atemperar, conciliar o algo por el estilo, es decir, no significa hallar un punto de equilibrio, una solución “intermedia” que tenga en cuenta ambos principios en conflicto y que —de algún modo— aplique o sacrifique parcialmente a ambos.¹⁴ La ponderación consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio aplicando el otro.

B) Una jerarquía móvil, por otra parte, es una relación de valor inestable, mudable, que vale para el caso concreto, pero que podría invertirse en relación con un caso concreto diverso.

En efecto, para instituir esta relación jerárquica, el juez no sopesa el valor de dos principios en abstracto y de una vez por todas, sino que valora el posible impacto de su aplicación al caso concreto. Si el resultado que tendría en el caso concreto la aplicación del principio P1 parece más justo (o menos injusto) que el resultado que tendría la aplicación del principio P2, entonces, en el caso concreto se prescindirá del principio P2, mientras que en el caso concreto se aplicará el principio P1.

Pero, téngase en cuenta, *en el caso concreto*. Nada impide que, en caso diverso, sea la aplicación de P2 la que tenga resultados que se consideren más justos (o menos injustos) que la aplicación de P1, y que, por tanto, la relación jerárquica resulte invertida, aplicando P1 y prescindiendo de P2. En este sentido, pues, se trata de una jerarquía móvil: si en un caso se ha atribuido mayor peso o valor a P1, nada impide que en un caso diverso se atribuya mayor peso o valor a P2.

En consecuencia, el conflicto no se resuelve de manera estable, de una vez por todas, haciendo sin más prevalecer uno de los dos principios en litigio sobre el otro; toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto y, por tanto, la solución del conflicto en casos futuros resulta imprevisible.

Creo que es patente que esta operación comporta una doble discrecionalidad. Es discrecional la operación consistente en instituir una jerarquía de valores entre los principios implicados, y es asimismo discrecional la operación consistente en cambiar el valor relativo de tales principios a tenor de los diversos casos concretos.

¹⁴ Una cosa es ponderar dos principios, es decir, “sopesarlos”, para decidir cuál de los dos, por tener mayor “peso” o valor, debe ser aplicado y de cuál, por tener menor “peso” o valor, debe prescindirse; otra es “atemperar” dos principios. Como ejemplo de atemperación o conciliación entre principios, puede mencionarse la regla conforme a la cual la parte que ha interrumpido las negociaciones, frustrando así las expectativas de la contraparte, debe resarcir los gastos producidos y/o el daño sufrido por haber renunciado a ocasiones más favorables. Los principios atemperados son, obviamente, el de la libertad contractual y el de la obligación de buena fe en los negocios.

5. La interpretación. Kelsen

5.1. Los tipos de interpretación

El individuo que quiere acomodar su conducta a lo que exige el orden jurídico tiene que comprender los preceptos jurídicos que quiere respetar; para ello, establece su sentido, es decir las interpreta.

La ciencia jurídica, cuando describe el derecho positivo y señala el sentido en que debe entenderse las normas, debe interpretarlas. Cuando un órgano jurídico tiene que aplicar el derecho, debe, ante todo, establecer el sentido de la norma que quiere aplicar, o sea, debe interpretarla. Se interpretan las normas no sólo cuando se produce una sentencia judicial, sino también cuando se deben producir otros actos de aplicación del derecho. Por ejemplo, tenemos una interpretación de la Constitución por el órgano legislativo (aplicación inmediata de la Constitución), en tanto le corresponde aplicarla a través del procedimiento legislativo.

Hay entonces, dos tipos de interpretación del derecho: a) la efectuada por un órgano jurídico encargado de aplicar el derecho, y b) la efectuada por una persona privada o de un doctrinante del derecho. Para nuestro trabajo sobre la interpretación constitucional, sólo nos detendremos en la primera de estas interpretaciones.

5.2. La interpretación y los métodos de interpretación

Los distintos métodos de interpretación, como el gramatical, el histórico, el lógico, el sistemático, el finalista, etcétera, sólo demuestran la existencia del conflicto permanente entre voluntad del creador de la norma y expresión de esa voluntad. Todos ellos llevan siempre a distintos resultados, nunca a un resultado único, "correcto". Desde el punto de vista del derecho positivo es lo mismo acoger estrictamente el tenor literal de la norma a aplicar, sin preocuparse por la voluntad del legislador, que inclinarse por la voluntad supuesta del creador de la norma, dejando de lado su tenor literal.

La propia existencia de distintos métodos de interpretación de una misma norma es una prueba del hecho de que existen distintas posibilidades para su aplicación.

5.3. La indeterminación del acto de aplicación del derecho

El acto de aplicación del derecho es relativamente indeterminado en relación con la norma que se aplica, no sólo en cuanto al contenido del acto. Hasta la norma más meticulosa tiene que dejar al ejecutor cierta cantidad de determinaciones. Por ejemplo, si un juez da la orden de privar de libertad a una persona, el ejecutor, la policía judicial, tiene que decidir cuándo, cómo y dónde ejecuta la orden, según las circunstancias; el juez no dice cuándo (si de día o de noche), cómo (si pacífica o violentamente, ya que eso depende de la resistencia que haga quien va a ser capturado) ni dónde

(si en su casa o en la casa donde se oculta el delincuente). Esta indeterminación consciente lo que busca es obtener una mayor eficacia en la aplicación de las normas jurídicas, pues si a la policía judicial se le diera la orden de que sólo puede capturar de día y encuentra al delincuente de noche, éste no podría ser capturado en esas circunstancias.

La indeterminación del acto de aplicación del derecho puede *no ser* intencional; puede deberse a la ambigüedad (ambivalencia) o vaguedad de una palabra o grupo de palabras. Aquí el órgano que debe aplicar la norma se encuentra ante distintos significados posibles y, por lo mismo, ante varias interpretaciones posibles. El órgano encargado de aplicar la norma cree encontrar una discrepancia entre la expresión gramatical de la norma y la voluntad de quien la dictó. Puede también presentarse la situación de indeterminación del acto jurídico que se quiere aplicar, como consecuencia de que dos normas con pretensión de validez simultánea se contradigan total o parcialmente. En todos estos casos son posibles varias interpretaciones.

La indeterminación del acto de aplicación del derecho puede ser intencional, producto de la voluntad del creador de la norma, y puede referirse tanto al hecho condicionante como a la consecuencia condicionada. Por ejemplo, la norma penal puede dejar al juez, en caso de determinado delito, la decisión de si aplica una u otra. Puede también fijar un límite máximo y uno mínimo para la pena, dejando al juez la facultad de decidir en cada caso la sanción concreta dentro de esos parámetros.

Es un esfuerzo inútil pretender fundar “jurídicamente” una de esas posibilidades con exclusión de las otras. Que el recurso interpretativo usual del argumento a contrario y a la analogía es enteramente carente de valor ya surge suficientemente de la circunstancia de que ambos conducen a resultados contrapuestos, no existiendo criterio alguno para resolver cuándo debe recurrirse al uno o al otro. También el principio de la estimación de los intereses sólo es una fórmula, pero no una solución del problema que aquí se presenta. No da un patrón objetivo que permita cotejar entre sí los intereses contrapuestos, y según el cual puedan resolverse los conflictos de intereses. En especial ese patrón no puede extraerse de la norma interpretada, o de la ley que la contiene, o de la totalidad del orden jurídico, como afirma la doctrina del cotejo de intereses. Puesto que la necesidad de una “interpretación” resulta justamente de que la norma por aplicar, o el sistema de normas, deja abiertas varias posibilidades, lo que significa, por lo tanto, que no contiene ninguna decisión sobre cuál de las interpretaciones en competencia sea la de mayor valor, con lo que deja esa determinación del rango de los intereses justamente al acto que se efectúe de producción de normas.¹⁵

¹⁵ Hans Kelsen: *Teoría pura del Derecho*, México: UNAM, 1986, p. 353.

5.4. Caracterización de la interpretación hecha por un órgano de aplicación del derecho

La interpretación que hace un órgano encargado de aplicar el derecho se diferencia de la que hace una persona no encargada de aplicarlo (particular o la doctrina), en que, además de fijar el marco de las posibilidades de aplicación, realiza un acto de voluntad, consistente en escoger una de esas varias posibilidades. La decisión entre esas varias posibilidades es una decisión política, no jurídica:

La pregunta de cuál sea la posibilidad “correcta”, en el marco del derecho aplicable, no es, según los supuestos previos, ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórica-jurídica, sino que es un problema político. La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en lo esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta. Así como no se puede obtener, partiendo de la Constitución, mediante interpretación, la única ley correcta, tampoco puede lograrse, a partir de la ley, por interpretación, la única sentencia correcta.¹⁶

La interpretación entendida como un cuadro dentro del cual existen varias posibilidades

Como consecuencia de la indeterminación querida o no de la norma, se ofrecen a la aplicación del derecho distintas posibilidades. Por lo mismo, todo acto de aplicación es conforme a derecho si puede imputarse a una de las posibilidades de ese marco, si se mantiene dentro de él, y sólo dejará de estar conforme a derecho si se sale de ese marco.

6. El principio de libertad base fundamental de la interpretación constitucional en el Estado de derecho

El tribunal constitucional, al hacer el control de constitucionalidad, debe tener siempre presente cuáles son los fundamentos del Estado social y democrático de derecho.

6.1. Libertad e igualdad

La libertad y la igualdad de todos los hombres son los fundamentos de la democracia. La libertad es el principio fundamental de la democracia: “El principio de la aristocracia es la virtud; el de la oligarquía, la riqueza, y el de la democracia, la libertad”.¹⁷

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Aristóteles: *Política*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1970 p. 182.

La democracia tiene como finalidad la libertad:

El fundamento del régimen democrático es la libertad; es el fin a que tiende toda democracia [...] Forzosamente tiene que ser soberana la muchedumbre, y lo que apruebe la mayoría, eso tiene que ser el fin y lo justo (lo que beneficie a la mayoría) [...] Otra es el vivir como se quiere, ésta es el resultado de la libertad [...] Éste es el segundo rasgo esencial de la democracia, y de aquí vino el no ser gobernado, si es posible por nadie, y si no, por turno. Esta característica contribuye a la libertad fundada en la igualdad.¹⁸

Las sublevaciones tienen, pues, siempre por causa la desigualdad y los que se sublevan lo hacen buscando la igualdad.¹⁹

La base sobre la cual descansa el edificio de la libertad es la igualdad. El nexo indisoluble que existe entre libertad e igualdad fue también percibido por Rousseau al establecer la finalidad de la ley (y la ley era, para él, la expresión de la voluntad general). La ley debe perseguir el mayor bien de todos y esto se logra asegurando dos objetivos: la libertad y la igualdad.

La libertad, porque toda dependencia individual es otra tanta fuerza sustraída al cuerpo del Estado. La igualdad, porque la libertad no puede subsistir sin ella.²⁰

El concepto filosófico de libertad está íntimamente relacionado con el de libertades públicas, derechos civiles, garantías sociales, etcétera.

El primer pensador que estableció esta conexión entre el aspecto filosófico y el político-social fue Hegel:

En tanto que con anterioridad a Hegel el concepto del libre albedrío era considerado sobre todo en el aspecto personal, en el plano de la libertad de los actos humanos, para Hegel incluye, a la par con el aspecto propiamente filosófico, también el aspecto político-social, y llega a ser un sinónimo del concepto de libertad en general.

“El libre albedrío es la libertad en general, y todas las otras libertades sólo son formas de éste”, afirmó. En esas libertades incluye, entre otras, la libertad de palabra, la libertad política y la libertad religiosa, considerando que son modificaciones, manifestaciones especiales del concepto universal del libre albedrío.²¹

6.2. Individuo y autoridad: dos supuestos radicalmente opuestos

El Estado de derecho parte del supuesto de que la libertad del individuo es en principio ilimitada. Como consecuencia de ello, el individuo puede hacer todo aquello

¹⁸ *Ibíd.*, p. 250.

¹⁹ *Ibíd.*, pp. 205-296.

²⁰ Juan Jacobo Rousseau: *El contrato social*, México: UNAM, 1962, p. 53.

²¹ K. A. Novikov: *El libre albedrío y el determinismo marxista*, México: Cartago, 1984, pp. 35-36.

que no le esté expresamente prohibido por la ley. En cambio, el gobernante, la autoridad, actúa siempre con competencias que en principio son limitadas.

Al individuo, al ciudadano, lo que no le está expresamente prohibido le está permitido. Al funcionario público, lo que no le está expresamente atribuido, le está prohibido. Al particular le basta con saber que su conducta no está prohibida para que pueda realizarla; en cambio, al gobernante no le sirve este mismo argumento. Para que él pueda actuar, necesita mostrar la norma que lo faculte para actuar; si esa norma no existe, para él está prohibida esa actuación.

En el Estado de derecho, la posición del individuo es radicalmente opuesta a la de la autoridad. Como se parte del supuesto de que el individuo goza, en principio, de una libertad ilimitada, él puede potencialmente realizar todos los actos; el individuo puede hacer todo aquello que no le esté expresamente prohibido; en cambio, la autoridad sólo puede hacer lo que el orden jurídico le autoriza realizar. En consecuencia es una mala técnica jurídica prohibir una conducta a un órgano del Estado, pues basta no autorizarla para que no pueda llevarla a cabo.

Este esquema fundamental de relaciones entre gobernante y gobernado del Estado de derecho es consecuencia del principio de que la libertad del hombre es en principio ilimitada, y de que el hombre era libre antes de entrar en relaciones políticas y debe continuar siéndolo dentro de estas relaciones.

Por esa misma razón, Kelsen, al estudiar el contenido de la Constitución, señala que es un error de técnica establecer en la Constitución permisiones o autorizaciones a los ciudadanos para ejercer sus derechos, pues ellos son concebidos como seres libres que no necesitan de ninguna autorización para ejercer sus libertades; que lo correcto sería establecer en las constituciones las *prohibiciones constitucionales*, cuando *se quiera* limitar su libertad.

Las prohibiciones constitucionales dirigidas a los órganos del Estado tienen sentido sólo cuando previamente se ha concedido una autorización casi que ilimitada a un órgano del Estado y quiere restringirse esa autorización, especialmente las autorizaciones concedidas al órgano legislativo.

Las prohibiciones constitucionales dirigidas a los individuos tienen pleno sentido, ya que éstos, de no existir aquéllas, podrían realizar la conducta, ya que gozan de una libertad en principio ilimitada y estas prohibiciones son una manera de restringir esa libertad.

7. Crítica de los *tests* y de la razonabilidad

7.1. Intensidad del test

Reiteramos que la Corte Constitucional de Colombia ha trasladado un modelo de control de constitucionalidad hecho por la Corte Suprema de los Estados Unidos a una Constitución diversa y a unas circunstancias diferentes, sin explicar las razones que

dieron origen a aquél y los problemas prácticos que con él se quisieron resolver, para aplicarlo mecánicamente a una Constitución y a una realidad distintas.

Nuestro sistema jurídico es distinto del estadounidense; nuestra Constitución, a diferencia de la de Estados Unidos, tiene definidos unos derechos como fundamentales y ordena a la Corte Constitucional guardar la integridad de la Constitución, sin hacer diferencias en el método de control ni en el tipo de ley que se controla. Nuestro parámetro constitucional (que no está en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica) es el de la integridad de la Constitución y, si la Corte no lo aplica, deja desprotegidos los derechos de los ciudadanos.

El examen de constitucionalidad de una norma no puede, a la luz de la Constitución colombiana, realizarse aplicando lo que se denomina un *test*, de *intensidad* variable según la materia a que se refiera, de tal suerte que será *leve* si se trata de “materias económicas, tributarias o de política internacional”, por cuanto lo que a la Corte le confía el artículo 241 de la Carta es: “la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución”, sin que pueda establecerse de manera subjetiva que en unos casos debe ser más estricta que en otros, pues lo único que ha de guiar su labor es el ejercicio de la función de control que se le atribuye por la citada norma “en los estrictos términos” que la propia Constitución le señala.

La constitucionalidad de normas sometidas a control con el concepto de *intensidad del test* (*leve, mediano o estricto*) es subjetiva y caprichosa, por cuanto habría que preguntarse: ¿Quién determina la intensidad del test? ¿Por qué a unas materias se aplicaría un *test* leve, a otras uno mediano y a otras uno estricto? Interrogantes éstos que nos podrían conducir en esa materia a preguntar *ad infinitum*.

Por otra parte, aplicado en una de esas modalidades subjetivas, ese *test* siempre debería hacerse así en el futuro. Eso lleva a que la Corte Constitucional “se case con la tesis de que a ciertas materias se aplique de antemano un *test* de intensidad determinada” que la Constitución no autoriza.

Afirmar que en materias económicas el análisis de constitucionalidad se oriente mediante “un *test* leve de razonabilidad” compromete a la Corte en un sentido determinado y la pone a andar un camino que después no puede deshacer, y le impide, en cambio, examinar con objetividad cada caso concreto. No es verdad que todo lo que se refiere a materias económicas tenga la misma trascendencia jurídico-constitucional. Por eso, resulta imposible de antemano afirmar que el análisis debe ser *leve* en esas materias, pues, como se sabe, hay unas de mayor importancia y trascendencia que otras, aunque sean todas de contenido económico. Así, no es lo mismo una ley que concede un subsidio a los veteranos de la guerra del Perú (de los cuales sobreviven muy pocas personas) que la ley que adopta el Plan de Desarrollo e Inversiones Públicas, para juzgarlas ambas con poco rigor, con un *test* leve. La dificultad se evita si, en los dos casos, se juzga aplicando sin esguinces la Constitución Política. Lo mismo sucedería con un tratado internacional, si se juzga con fundamento en la Constitución uno destinado al intercambio cultural entre Colombia y Venezuela, por ejemplo, que

otro que estableciera la pena de muerte para quienes crucen la frontera como indocumentados. En los dos casos, aunque son diversos, la constitucionalidad ha de juzgarse única y exclusivamente con aplicación de las normas previstas por la Carta en una y otra hipótesis, sin necesidad de acudir a la intensidad del *test*, no prevista en la Constitución.

Conviene recordar que esa técnica jurídica de la intensidad de los *tests* de constitucionalidad, producto de la experiencia constitucional norteamericana, permite clasificarlos de tal suerte que unos serán estrictos, otros medianos y otros leves, lo que dependerá del intérprete y dejará sin resolver por qué apenas se considerarían esas tres categorías y no otras adicionales, que llevaran, por ejemplo, a un *test* “estrictísimo”, a un *test* “levísimo”, a uno “medio estricto” o a otro “medio leve”. Para agravar la incertidumbre cabría preguntarse: ¿Quién determina el *test* que se escoge? ¿Existen criterios objetivos para hacerlo? ¿O más bien es el intérprete quien escoge subjetivamente un *test* y luego, a posteriori trata de justificarlo? ¿Y con qué fundamento constitucional?

A mi juicio, el rigor en el control sobre la constitucionalidad de los actos sometidos a ese control por decisión de la Carta Política debe ser, siempre, el que resulte de la confrontación de las normas inferiores con aquélla, sin que pueda, en ningún caso, aumentarse o disminuirse para que quepa o no la norma causada dentro de la Constitución según la materia a que ella se refiera, pues ello equivale a que la Constitución se alargue o se acorta según convenga, tal como ocurría con el *lecho de Procasto*, en el que, para que el usuario cupiera, se le estiraba o se cercenaba, a fin de que de todas maneras diera la medida.

Los propios autores norteamericanos como Dowrkin no creen en los *tests* y sus grados de intensidad.

Tampoco discuto mucha doctrina jurídica técnica, excepto cuando es absolutamente necesario. Cada parte del derecho, incluido el derecho constitucional, hace uso de mecanismos y categorías especiales inventados en un intento de disciplinar principios jurídicos abstractos con un vocabulario técnico. Sin embargo, los principios resisten tal disciplina, y los aparatos tienen una vida de estantería finita —con frecuencia muy corta—. Cada uno comienza con una estrategia útil y modesta al demostrar las implicaciones de principios generales para un conjunto limitado de problemas. Pero algunos desarrollan luego una vida y fuerza propias, y se convierten en tiranos que envejecen, cuyas malas rachas y cuidados generan más desgracias que dichas, hasta que son finalmente desechados —sin dientes, sin nada— por un juez creativo con nuevos ardidés. Por ejemplo, los estándares de niveles “estricto”, “relajado” e “intermedio” de “escrutinio”, que la Corte Suprema ha usado por décadas en sus decisiones de protección, quizá alguna vez sirvieron a un propósito útil al ofrecer presunciones funcionales acerca de las discriminaciones que indican o no fallas a la preocupación igual. Pero ya no lo hacen más. Este libro niega que tales artificios doctrinales se concentren en los principios fundamentales a los que se supone sirven.

7.2. *El juicio de razonabilidad*

El objeto es hacer unas reflexiones que muestren toda la problemática que existe detrás del concepto de razonabilidad.

El *principio de razonabilidad* no es más que un límite a la legislación y, más concretamente, al órgano legislativo.

Este principio ha tenido origen en la interpretación que se ha hecho del *principio de igualdad* y especialmente de la *regla de la igualdad*, que establece que los casos iguales deben ser tratados por el legislador del mismo modo y los desiguales deben ser tratados de manera diferente.

Esta regla de igualdad, sin embargo, no resuelve el problema, sino que lo traslada a otro lugar, pues plantea el problema de decidir cuáles son los casos iguales (para darles igual tratamiento) y cuáles no lo son (para darles distinto tratamiento); dicho de otra manera, cuáles distinciones se justifican y cuáles no (y, por lo mismo, son discriminatorias).

El principio de razonabilidad trata de dar una respuesta a esta pregunta; sin embargo, implica una contradicción lógica, ya que, como dijo Riccardo Guastini, es una respuesta tautológica, pues las distinciones hechas por el legislador deben ser razonables para no ser discriminatorias. Esto significa que para distinguir deben existir razones; razones que deben ser buenas razones, buenos argumentos, que equivalen a justificaciones. Por esa razón, Guastini señala que, según el principio de razonabilidad, una distinción es justificada cuando está justificada, y esto, desde el punto de vista lógico, es una tautología.

El principio de razonabilidad es también una fuente de las denominadas *lagunas axiológicas*. Se denomina *laguna axiológica* no a la falta de norma, porque sí existe norma, pero la norma que existe no es para el intérprete la que debería existir, sino otra diversa. No es entonces la falta de cualquier norma, sino la falta de una norma justa, es decir, de una norma jurídica que no existe, pero que debería existir a causa del sentido de justicia del intérprete o para la justa aplicación de una norma superior (constitucional).

Cuando el legislador trata de igual modo casos que al intérprete (de la Constitución o, más exactamente, al Tribunal Constitucional) le parecen diversos, o sea, cuando el legislador no distingue cuando debería distinguir; entonces el Tribunal Constitucional dirá que falta una norma diferenciadora (existe una laguna).

Cuando el legislador trata de modo diverso casos que al intérprete de la Constitución le parecen iguales, y, en consecuencia, el legislador ha distinguido sin razón, entonces el intérprete manifestará que falta una norma igualadora (en este caso también existe laguna, ya que falta la norma que iguala y que confiere el mismo derecho).

Como se puede observar, el principio de razonabilidad es una máquina creadora de lagunas jurídicas, y es —hay que decirlo claramente— un instrumento de poder en manos de los tribunales constitucionales para revisar discrecionalmente las decisiones

del legislador, e incluso para suplantarlos. Precisamente por ser un instrumento tan poderoso es que requiere un uso muy prudente, y es por eso que hay que despojarlo de todas sus mitificaciones.

Si bien es cierto que las Cortes o Tribunales que hacen control de constitucionalidad han aplicado una técnica denominada *test de razonabilidad del criterio de igualdad*, esta técnica se aplica no sólo al derecho fundamental a la igualdad (artículo 13 de la Constitución Política de Colombia), sino a todos los demás derechos fundamentales. Se utiliza cuando una ley limita cualquier derecho fundamental y busca salvaguardar el contenido esencial de ese derecho.

Este método busca proteger los derechos fundamentales aun frente al propio legislador, ya que la posibilidad que éste tiene de limitar los derechos fundamentales no es ilimitada. El Congreso sólo puede restringirlos cuando estas restricciones se hacen en interés del bien común, es decir, cuando se pueden justificar con consideraciones razonables y objetivas del bien común (fin perseguido) y se compaginan con el principio de proporcionalidad. La limitación tiene que ser adecuada a la obtención del objetivo público perseguido. El medio tiene que resultar necesario, o sea, que no se habría podido elegir otro medio igualmente eficaz pero que no afectara, o lo hiciera en medida sensiblemente menor, el derecho fundamental.

Los derechos fundamentales exigen su máxima realización posible, o, lo que es lo mismo, está prohibida su protección deficiente, de modo que en caso de conflicto entre principios se debe mirar la relación costo-beneficio. Si un derecho se realiza como un medio en un grado mayor que otro pero afecta con mayor intensidad otro derecho, puede no ser el adecuado; en cambio, si otro medio que realiza menos un derecho afecta de una manera menor los bienes y derechos que juegan en sentido contrario, es más adecuado. Por ejemplo, si con el medio A se realiza un derecho en un 95% pero se afecta a otro derecho en un 90%, y el medio B realiza un derecho en un 85% pero afecta sólo en un 10% al derecho que juega en sentido contrario, será preferible este último medio, pues tiene una mejor relación costo-beneficio.

Como se puede observar, esta técnica —que, como toda técnica, es útil— no se puede recibir sin espíritu crítico, ya que encubre una serie de problemas que no podemos dejar pasar por alto y sobre los cuales queremos llamar la atención:

- a. ¿Quién determina el fin perseguido?
- b. ¿Quién determina que ese fin es más importante que otros fines?
- c. Aceptando que el Estado tiene diversos fines, ¿por qué se privilegia un fin frente a los otros?
- c. ¿Qué sucede cuando un fin entra en conflicto con otro fin?

Idénticas preguntas debemos hacernos ante el concepto de *bien común*, que es el fin que justifica la restricción de un derecho fundamental. ¿Qué es el bien común? Similares cuestionamientos surgen ante el concepto de razonabilidad:

- a. ¿Qué es la razonabilidad?
- b. ¿Quién determina lo razonable?
- c. ¿Cómo se resuelve el conflicto entre razones encontradas?
- d. ¿Qué es lo irrazonable?
- e. ¿Es lo razonable un concepto objetivo o un concepto subjetivo?
- f. ¿Es lo razonable un concepto válido en todo tiempo y lugar o es un concepto histórico, con limitaciones temporales y espaciales?

Unos pocos ejemplos nos demuestran cómo lo razonable es un concepto histórico. Aristóteles, descubridor de la lógica, que no es más que las reglas del razonar correctamente, y que no puede ser acusado de irracional o de ser persona que no supiera razonar, consideraba razonable que unos hombres fuesen esclavos de otros hombres y que las mujeres fueran inferiores a los hombres.

La Corte Suprema de los Estados Unidos consideró durante más de 150 años que era razonable que los negros estuviesen separados de los blancos y que existiese el *apartheid* en las escuelas, y aun después de reconocer la igualdad entre negros y blancos se regía por el principio de *iguales pero separados*. Para la Corte Suprema era razonable al comienzo que negros y blancos no fueran iguales, y después, cuando los consideró iguales, era razonable que los iguales estuviesen separados, y hubo que esperar hasta 1954, cuando en una célebre sentencia dio la razón a la familia Brown, para que los iguales no estuviesen separados. Estos dos ejemplos muestran cómo el concepto de razonabilidad debe ser sometido a crítica constante.

Idénticos cuestionamientos podemos hacer respecto del concepto medio o de las características de éste, como son la eficiencia o la necesidad. ¿Qué es lo eficiente o ineficiente? ¿Qué es lo necesario o no necesario?

Alf Ross, uno de los más importantes positivistas modernos y quien se atrevió a llamar a Kelsen *cuasipositivista*, ya que según él no lo era suficientemente; al referirse a la exigencia de igualdad en el derecho vigente dijo:

Está claro, pues, que una exigencia general indiscriminada de que todos sean tratados de igual manera sólo significa que el trato acordado a cada persona debe seguir reglas generales. Si tal exigencia está autorizada por el derecho, se torna una cuestión de interpretación determinar si debe hacerse caso omiso de ella, como una formulación meramente ideológica, jurídicamente vacía, o si es posible acordarle significado específico en base a un fundamento histórico. Si tal exigencia aparece en la doctrina, es tarea de la crítica demostrar su vacuidad y averiguar qué se ha querido, posiblemente, decir con ella.

La situación es distinta si la exigencia recibe un contenido especial; por ejemplo, igualdad no obstante las diferencias de sexo o raza. Tal exigencia tiene un significado. Prohíbe que las leyes que rigen el status jurídico de una persona empleen criterios determinados por su sexo o raza. En este caso, según las circunstancias, pueden surgir problemas de interpretación referentes al exacto alcance de la prohibición. Unos pocos ejemplos pueden ilustrar esto.

1. Algunas constituciones expresan en forma específica que todos los ciudadanos son iguales ante la ley. Tales cláusulas parecen estar desprovistas

de significado específico. Parecería que sólo pueden significar una de estas dos cosas:

- a. que la ley, según su contenido, debe aplicarse sin consideración a las personas; ello va de suyo y se encuentra ya en el concepto de norma;
- b. que la ley no debe basarse en distinciones o características que sean consideradas *irrelevantes* o *injustas*; pero tal prohibición de leyes *injustas* no tiene significado preciso, puesto que *injusticia*, en este contexto, es la expresión de un prejuicio emocional que no puede ser definida mediante criterios objetivos.

Es presumible que las cláusulas de este tipo pueden ser explicadas histórica e ideológicamente como una reacción contra un derecho anterior, en el cual ciertos grupos de la población —por ejemplo, la nobleza— tenía privilegios, en particular privilegios frente a la posibilidad de ser demandados. Es posible comprenderlas según las circunstancias, con fundamento histórico, como que prohíben la reimplantación de tales privilegios.

Si la exigencia de igualdad es calificada mediante una referencia a criterios definidos que no pueden ser usados para introducir discriminaciones, entonces, por el contrario, la cláusula tiene un significado tangible. Excluye la presencia de tales criterios en la legislación ordinaria.

2. A veces se establece un principio abstracto de igualdad como una guía para la administración en el ejercicio de su discreción. Lo que ha sido dicho en el apartado 1 vale, en lo pertinente, también aquí. En principio, no contiene ninguna norma material para el ejercicio de la discreción, sino que expresa únicamente una exigencia formal, a saber: que la decisión sea hecha sobre la base de valoraciones y consideraciones generales, y no en forma caprichosa o arbitraria.

3. En la doctrina del derecho internacional, la igualdad abstracta de los Estados se presenta a menudo como uno de los llamados derechos fundamentales éstos. Una demanda de formulación tan abstracta carece de significado, pero tras ella está oculta, por un lado, la prohibición de discriminar sobre la base del tamaño de los Estados, y por otro, ciertas reglas que nada tienen que ver con la igualdad o desigualdad (el principio de unanimidad y la regla sobre inmunidad de los Estados).

4. En la doctrina de la expropiación se sostiene que la línea que separa a ésta de las restricciones al dominio sin compensación está, en principio, determinada por un criterio de igualdad: las restricciones no dan derecho a obtener compensación si afectan a todas las propiedades del mismo tipo. Resulta claro, sin embargo, que el principio de igualdad es aquí tan carente de significado como en otras partes. Todo precepto que describe el objeto de la restricción mediante conceptos o características generales se refiere por igual a todas las propiedades *del mismo tipo*. La mano de la naturaleza no determina qué objetos son *del mismo tipo*; ello depende únicamente de la inclusión de esos objetos en la misma categoría conceptual, cualquiera sea la forma como se la defina.

La palabra *granja* define un grupo de objetos *del mismo tipo*. Pero ello ocurre también con cualquier otra definición conceptual, por ejemplo: “granjas con una población animal de más de cien cabezas”, “granjas con una población animal de más de cien cabezas y de una extensión superior a los cincuenta acres”, “granjas ubicadas en Ohio, con una población animal de más de cien cabezas y una extensión superior a los cincuenta acres, cuyo propietario haya estado en posesión de la granja durante más de veinticinco años y que esté gravada con una hipoteca de más de \$ 5 000”. Esto, sin considerar si hay siquiera una granja que satisfaga las condiciones dadas.

Si se dice que la exigencia de igualdad no debe ser tomada en sentido formal, sino que el factor decisivo es si la limitación tiene lugar de acuerdo con características

distintivas que están *bien fundadas*, que son *razonables* o *justas*; esto quiere decir que la idea de igualdad se esfuma, para ser remplazada por una referencia a lo que se considera *justo* según una opinión subjetiva y emocional. Tal “principio” no es un principio auténtico, sino el abandono de todo intento de análisis racional.²²

7.3. Crítica de interpretación por valores

La interpretación por medio de valores o principios presenta dos grandes inconvenientes: 1) que los valores que no están previamente definidos son siempre subjetivos, y 2) que, como no existe una jerarquía de los principios, sino una escala móvil, donde en un caso de conflicto entre valores (A y B) puede primar un valor (A sobre B) y en otro caso puede primar el valor que antes no primó (B sobre A), no existe nunca certeza jurídica ni regla general, lo que crea inseguridad, pues nunca se sabe cómo fallará el juez y, lo que es más importante, el derecho se convierte en un catálogo de casos.

Algunos argumentos de quienes defienden principios son perjudiciales; las guerras religiosas, la esclavitud, la inquisición y el nazismo no fueron sólo un cálculo utilitario, sino también la consecuencia de principios en los que creían algunos hombres. El peligro de los argumentos de principios es que constituye un principio para quien habla, pero no necesariamente para quien lo escucha, y el ser elevado o definido como principio no lo hace necesariamente bueno

La interpretación por principios o valores atenta contra uno de los valores fundamentales del derecho, como es la seguridad jurídica. Si dos valores están en conflicto y el uno no deroga al otro, sino que la técnica se reduce a aplicar en ese caso concreto uno y dejar de aplicar el otro, en otro caso el que se dejó de aplicar se aplica, y se deja de aplicar el que antes se aplicó. Este método crea una gran inseguridad, ya que nunca se sabe de antemano cuál de los dos valores en conflicto debe ceder ante el otro. Los ciudadanos nunca saben qué valor primará sobre el otro, dado que no existe una escala de valores predeterminada que permita a los ciudadanos prever el fallo judicial, pues ningún valor vale más que otro. La jurisprudencia no permite a los ciudadanos orientarse en las decisiones judiciales ni en sus conflictos, ya que los casos anteriores pueden ser modificados en el nuevo caso dándole primacía al valor que antes no primó. La acción del Tribunal Constitucional se convierte en una decisión de caso por caso, sin que sea posible definir una escala permanente de valores; esto atenta contra la seguridad jurídica y, lo que es más grave, deja los derechos fundamentales (o no fundamentales, pero derechos al fin y al cabo) de los ciudadanos en manos de los tribunales, debido a que los ciudadanos no saben nunca con certeza si la vida vale más que el libre desarrollo de la personalidad o viceversa.

²² Ross Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba, 4.ª ed., 1977, pp. 277-280.

Luis Castillo Córdova (Perú) *

El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana

1. Introducción

La etapa previa al nacimiento del constitucionalismo se caracterizó por el ejercicio arbitrario y despótico del poder por los monarcas absolutos. El constitucionalismo en general y la Constitución en particular surgieron con la finalidad de evitar que el poder fuera ejercitado de modo que interfiriese en la esfera de autodeterminación individual de las personas. Se empezó, entonces, a hablar de la Constitución como un límite al poder político. Pero ¿qué valor tiene la Constitución en el logro de ésta su finalidad ontológica?

Preguntarse por el valor de una Constitución es preguntarse por su grado de vinculación y consecuente exigibilidad en la actuación de sus destinatarios. Aunque inicialmente se entendió que las disposiciones de la Constitución estaban previstas para regular las relaciones entre poder político y particulares, hoy en día es prácticamente unánime la aceptación de que los destinatarios de los distintos dispositivos de la Constitución no sólo son el poder público, sino también los particulares. En definitiva, todos los miembros de la comunidad política que organizada como Estado se ha dado una Constitución.

¿Qué grado de vinculación tiene una Constitución con sus destinatarios? El respeto que gobernantes y gobernados profesen por su Constitución, evidentemente, dependerá del grado de madurez de unos y otros. Más allá de esta constatación sociológica, lo importante aquí es preguntarse por los elementos jurídicos que se pueden predicar de la Constitución de modo que jurídicamente se pueda exigir su cumplimiento efectivo. Y esos elementos son al menos los dos siguientes: la consideración de la Constitución como una norma fundamental, base de todo el ordenamiento jurídico de

* Profesor de Derecho Constitucional, de Protección Jurídica de Derechos Humanos y en el Máster de Derecho de la Universidad de Piura. <lfcastil@udep.edu.pe>.

un Estado; y la consideración de la Constitución como una realidad que nace y está destinada a normar efectivamente las relaciones entre particulares y poder político, y entre los particulares entre sí.

A estos dos elementos se dedica este estudio: la Constitución como norma fundamental y la Constitución como norma jurídica. Especial importancia tiene la referencia de este carácter normativo fundamental de los dispositivos constitucionales que recogen los derechos de las personas, porque defender y garantizar los derechos constitucionales significa proteger y garantizar a la persona humana como fin de toda realidad social y estatal. Igualmente, se hará referencia a la posición constitucional del Tribunal Constitucional como órgano encargado de resguardar los dos elementos antes mencionados, es decir, que la Constitución rija como norma jurídica fundamental. Como ya se puede advertir del título, este trabajo se realizará en referencia a la Constitución peruana (CP). Complementariamente se aludirá a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) y al Código Procesal Constitucional (CPC).

2. La Constitución como norma fundamental

2.1. La Constitución como fundamento del ordenamiento jurídico

En sentido estricto, toda norma que quiera llamarse realmente Constitución debe ser concebida como un instrumento jurídico dirigido a limitar efectivamente el ejercicio del poder, en particular del poder político. Esta finalidad puede alcanzarse a través de dos medios. El primero es evitar la concentración del poder político en un solo titular y, por tanto, prever facultades a órganos constitucionales distintos, como pueden ser el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial (la constitucionalmente conocida *división de poderes*). El segundo es reconocer y garantizar a través de una lista, cerrada o abierta, los derechos de la persona en cuanto persona.¹

Pero esta finalidad intrínseca a toda Constitución verdaderamente tal no podría ser posible si el texto constitucional no es considerado como un texto normativo, es decir, si es considerado como una simple declaración, sin que genere una necesaria y efectiva vinculación a sus destinatarios, particularmente al mismo poder político en sus distintas manifestaciones, ejecutiva, legislativa o judicial. A su vez, sólo podrá

¹ Como ha recordado Diez-Picazo, desde sus orígenes las declaraciones de derechos han tenido como finalidad dotar a los particulares de derechos, precisamente, frente a los poderes públicos; derechos en los que la acción de estos últimos debe hallar un tope jurídicamente insuperable. En este sentido, puede decirse que las declaraciones de derechos constituyen el estatuto jurídico-político básico de los ciudadanos y, más en general, de las personas. Las declaraciones de derechos recogen los principales límites sustantivos al poder político. Resulta comprensible, pues, por qué las declaraciones de derechos son uno de los dos grandes temas de todo el constitucionalismo: el otro es la búsqueda de una regulación equilibrada de los poderes públicos". Luis Marfá Diez-Picazo: "Aproximación a la idea de derechos fundamentales", en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, n.º 2, 2000, p. 221.

considerarse que la Constitución genera efectiva vinculación a sus destinatarios si se la concibe como norma fundamental, es decir, si se la coloca como fundamento de todo el ordenamiento jurídico.

La Constitución debe ser considerada como norma fundamental, como norma primera, que funciona como base sobre la cual descansa todo el restante ordenamiento jurídico, de modo que inspire el concreto contenido de éste, a la vez que define su validez jurídica en tanto se ajuste o no a todas las disposiciones de la norma constitucional. En este contexto se puede afirmar que “los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico”;² y que “[l]a Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico-estatal y, como tal, la validez de todos los actos y normas expedidos por los poderes públicos depende de su conformidad con ella.”³

Si no se coloca la Constitución en la mencionada posición fundamental, entonces se abre la posibilidad de que tanto el Parlamento como la Administración pública, e incluso el mismo aparato Judicial, puedan actuar cualquiera de sus facultades de manera contraria a las exigencias constitucionales, de modo que queden habilitados para contradecir la norma constitucional. Si esto ocurriera, evidentemente, se vaciaría de contenido y se desnaturalizaría a la Constitución, en la medida en que su finalidad de limitar el poder político se haría inalcanzable. En estos casos, sólo formalmente se puede estar ante una Constitución, pero en ningún caso materialmente.

2.2. *El principio de supremacía constitucional*

La consideración de la Constitución como norma fundamental y como base del entero ordenamiento jurídico ha sido recogida en el texto de la Constitución peruana. En efecto, en ella se recoge el llamado *principio de supremacía constitucional*, por el cual se considera a la Constitución como la norma jerárquicamente superior, por encima de las demás normas que conformen el ordenamiento jurídico peruano. Así, ha dispuesto el constituyente peruano: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal, la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente” (artículo 51 CP).

Esto significa que la ley o la norma reglamentaria deberán ajustarse a la Constitución si pretenden ser válidas y regir efectivamente. Ninguna norma con rango de ley, ni mucho menos con rango de reglamento, podrán disponer de modo distinto a lo que dispone la Constitución. Sólo será posible considerar a la Constitución como norma fundamental cuando la ley no puede —y, consecuentemente, tampoco el reglamento—contraponérsele eficazmente, si es que se considera a la Constitución como una norma rígida. En palabras del Tribunal Constitucional: “es indubitable que en un

² Exp. 0976-2001-AA/TC, de 13 de marzo de 2003, f. j. 5.

³ Exp. 2209-2002-AA/TC, de 12 de mayo de 2003, f. j. 7.

sistema jurídico que cuenta con una Constitución rígida, ninguna ley o norma con rango de ley (como las leyes orgánicas) tiene la capacidad para reformar, modificar o enmendar parte alguna de la Constitución”.⁴

Que la Constitución sea rígida significa que el procedimiento de reforma constitucional es distinto —más complicado— que el procedimiento legislativo. Uno es el camino previsto para reformar el texto constitucional y otro distinto es el mecanismo instituido para aprobar una ley el Parlamento. La Constitución peruana puede ser modificada mediante dos procedimientos. El primero es a través de un proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso por mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificado mediante referéndum. El segundo es a través de la aprobación del proyecto de reforma constitucional por el Congreso en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. En este último caso, se prescinde de la consulta popular a través del referéndum (artículo 206 CP).

A partir de la consideración de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional, con acierto, ha derivado la obligación de interpretar el ordenamiento jurídico entero *desde la Constitución y conforme con ella*: “el Tribunal Constitucional debe recordar que, en todo ordenamiento que cuenta con una Constitución rígida y, por tanto, donde ella es la fuente suprema, todas las leyes y disposiciones reglamentarias, a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas ‘desde’ y ‘conforme’ con la Constitución”.⁵

2.3. *Sistemas de control de la constitucionalidad de las normas*

Precisamente por esta supremacía que supone considerar a la Constitución como norma fundamental, dentro del ordenamiento constitucional peruano se han previsto los dos principales sistemas de control de la constitucionalidad de las normas: el llamado *control difuso* y el llamado *control concentrado*. De esta manera, para el caso peruano, se trata de un modelo dual o paralelo que “es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse”.⁶

2.3.1. *El llamado control difuso*

Como se sabe, la *judicial review*, o modelo norteamericano, o control difuso de la constitucionalidad de las leyes atribuye a todos los magistrados del sistema judicial

⁴ Exp. 0014-2002-AI/TC, de 21 de enero de 2002, f. j. 4.

⁵ Exp. 1230-2002-HC/TC, de 20 de junio de 2002, f. j. 4.

⁶ Domingo García Belaunde: *Derecho procesal constitucional*, Bogotá: Temis, 2001, p. 133.

la potestad de inaplicar, al caso que resuelven, una ley que consideren inconstitucional. En el momento de aplicar el derecho, los jueces deben aplicar en primer lugar la Constitución, y sólo después las demás normas. Esto significa que, si en su labor jurisdiccional concluyen que una norma contraviene la Constitución, tienen el deber de preferir la norma constitucional antes que la norma legal y, consecuentemente, inaplicar ésta al caso que resuelven.

Este modelo o sistema se define a partir de tres características. La primera es el ser *difuso*; es decir, se trata de una facultad atribuida a todos los jueces y magistrados del Poder Judicial (además del propio Tribunal Constitucional). La segunda característica es que es *incidental*, es decir, el pronunciamiento de inaplicación de la norma por inconstitucional sólo es posible si existe previamente un caso concreto que esté siendo conocido por los jueces o magistrados. Y la tercera característica es que el pronunciamiento sólo tiene efectos para el caso concreto, de modo que la norma considerada inconstitucional mantiene su vigencia, hasta el punto de que puede ser aplicada por otro juez que no considere inconstitucional a la norma cuestionada.

La Constitución peruana ha recogido este sistema de control de la constitucionalidad de las normas cuando ha dispuesto que “[e]n todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera” (artículo 138 CP). Todos los magistrados del Poder Judicial y los magistrados del Tribunal Constitucional, en la medida en que estos últimos deban resolver casos concretos (como última instancia en los procesos de amparo, hábeas corpus y hábeas data, y de ser el caso en los conflictos de competencia), tienen la obligación de preferir la norma constitucional antes que la legal en la solución de la concreta litis que deben resolver.

Con acierto ha establecido el Supremo intérprete de la Constitución: “El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que habilita el artículo 138.º de la Constitución”.⁷ No es una simple facultad que el juez decidirá emplear o no, arbitrariamente, sino que, ahí donde considere que una norma contraviene la Constitución, tiene el deber de inaplicarla y preferir la norma constitucional. El Tribunal Constitucional incluso ha ligado el cumplimiento de este *poder-deber* con la configuración de un proceso judicial como debido, de modo que se estará frente a un proceso judicial indebido cuando el juez haya resuelto el caso aplicando la norma inconstitucional. Ha dicho el Alto Tribunal:

Este control es el poder-deber consubstancial a la función jurisdiccional a efectos de garantizar que el proceso sea debido, en el sentido que sea un proceso constitucional, es decir, que una causa ha de conducirse procesalmente y ser resuelta, en cuanto al fondo, conforme a normas de indubitable constitucionalidad, pues no puede reputarse como debido proceso a aquél en el que, o es resuelto conforme a

⁷ Exp. 1109-2002-AA/TC, de 6 de agosto de 2002, f. j. 22.

normas procesales de cuestionable constitucionalidad, o el fondo de él es resuelto en aplicación de normas sustantivas cuya inconstitucionalidad resulta evidente. Por ello, además, desde tal perspectiva, el control de inaplicabilidad también viene a ser un principio de la función jurisdiccional en el sentido del artículo 139.º de nuestra Constitución.⁸

Tómese en consideración que, en todo caso, la inconstitucionalidad de la norma debe ser manifiesta. No debe haber habido duda sobre la inconstitucionalidad de la norma preferida por el juez en la solución del caso para argumentar la configuración de un proceso judicial indebido, el cual incluso puede dar lugar a la interposición de un proceso constitucional de amparo o de hábeas corpus (artículo 4 CPC).

Por tanto, el control difuso de la constitucionalidad de las normas está previsto para asegurar la vigencia efectiva de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, es decir, está pensado “como mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51.º de nuestra Norma Fundamental”.⁹

2.3.2. *El llamado control concentrado*

Pero la Constitución peruana no sólo ha recogido el mencionado control difuso, sino que prevé también el llamado modelo europeo o control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Este sistema también se define a partir de tres características que se formulan en contraposición al sistema americano comentado anteriormente. A diferencia de este sistema de control, que es atribuido a todos los jueces, el encargo de revisar la constitucionalidad de las leyes está fijado en un solo órgano, en el caso peruano, en el Tribunal Constitucional. La primera característica que define este sistema, por tanto, es la de ser concentrado, en contraposición al anterior, que era difuso.

La segunda característica es ser principal, a diferencia del anterior sistema, que era incidental. Esto significa que para la procedencia de este sistema de control no se necesita que previamente exista un litigio concreto que esté siendo conocido por —en este caso— el Tribunal Constitucional, sino que el sistema mismo prevé la existencia de una acción pensada para iniciar el proceso destinado a intentar arrojar del ordenamiento jurídico una ley inconstitucional. Esa acción comúnmente —como en el caso peruano— se denomina *acción de inconstitucionalidad* (artículo 200.4 CP).

Y, como tercera característica, es que se trata de un sistema con efectos *erga omnes*. Quiere decir que, si la norma con rango de ley es encontrada inconstitucional y así lo declara el Tribunal Constitucional, esa declaración produce sobre la ley efectos derogatorios. La ley, entonces, deja de formar parte del ordenamiento jurídico, pierde su vigencia.

⁸ Exp. 0145-1999-AA/TC, de 8 de septiembre de 1999, f. j. 3.

⁹ Exp. 2737-2002-AA/TC, de 25 de marzo de 2004, f. j. 17.

En el caso peruano, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes está exclusivamente depositado en el Tribunal Constitucional, el cual es definido como “el órgano de control de la Constitución” (primer párrafo del artículo 201 CP). Y esta labor de control la realiza, entre otras formas, resolviendo “en instancia única, la acción de inconstitucionalidad” (artículo 202.1 CP). La acción de inconstitucionalidad “procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo” (artículo 200.4 CP).

Mediante la acción de inconstitucionalidad se pretende “la declaración, por parte del Tribunal Constitucional, de la inconstitucionalidad de una norma jurídica, en uso del control concentrado y con efectos *erga omnes*, para expulsarla definitivamente del sistema jurídico”.¹⁰

Interpuesta la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, éste podrá fallar declarando constitucional o inconstitucional la norma impugnada. Si declara esto último, “[l]a sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto” (primer párrafo del artículo 204 CP).

Pero no sólo normas con rango de ley pueden contravenir la Constitución, sino que también normas con rango inferior a la ley pueden expedirse en contradicción con la norma constitucional. Precisamente, el principio de que la Constitución es la norma fundamental exige que también pueda ser revisada la constitucionalidad de las normas que tengan rango inferior a la ley. En el caso peruano se ha previsto para ello la llamada acción popular “que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen” (artículo 200.5 CP) y que se presenta ante el Poder Judicial (salas superiores, según el artículo 85 CPC).

Tanto respecto de las normas con rango de ley como respecto de las normas reglamentarias, “[l]os procesos de acción popular y de inconstitucionalidad tienen por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo” (artículo 75 CPC, primer párrafo).

3. La constitución como norma jurídica

3.1. *Un mandato genérico*

Sólo si la Constitución está colocada en la base de todo el ordenamiento jurídico podrá hablarse de efectos vinculativos y, consecuentemente, se podrá estar ante una

¹⁰ Exp. 1311-2000-AA/TC, de 19 de junio de 2001, f. j. 1.

norma jurídica, es decir, ante una norma que somete efectivamente a sus destinatarios, y cuyo cumplimiento puede ser sometido a control, ya sea mediante mecanismos jurídicos, ya mediante mecanismos políticos. Llegada la exposición a este punto, se hace necesario estudiar si la Constitución peruana recoge —y cómo lo hace, de ser el caso— el principio de normatividad. Resulta de especial interés el estudio de este principio porque todas las consecuencias que se deriven de él se predicarán igualmente de las normas constitucionales que reconocen derechos, pues se trata de normas que conforman el contenido básico, esencial en toda Constitución que pretenda ser una verdadera Constitución.

Existen disposiciones en la Constitución peruana que permiten concluir que se trata de una norma llamada a regir de modo efectivo, por cuanto está destinada a vincular a sus mandatos toda la actuación de cualquier persona, en particular de las que en cada momento determinado tengan atribuido el ejercicio del poder político. Al respecto existe un mandato genérico en el artículo 38 CP, que luego terminará por singularizarse. Dice el mencionado artículo: “Todos los peruanos tienen el deber de [...] respetar, cumplir y defender la Constitución”. Al decir “todos los peruanos”, este deber atañe al peruano en cuanto tal, independientemente de su condición de gobernante o gobernado.¹¹

3.2. Vinculación del poder político a las normas constitucionales

3.2.1. Vinculación del Ejecutivo, del Legislativo y del Judicial

Pero la Constitución peruana no sólo se limita a establecer un mandato genérico de cumplimiento de ella misma, sino que singulariza este mandato para cuando se trata de los gobernantes como ejercitadores del poder político. En efecto, la Constitución dispone que “[e]l poder político emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen” (artículo 45 CP). Como el poder político tiene varios ámbitos de desenvolvimiento —al menos tres— a través de sus correspondientes ejercitadores, se han de diferenciar, como lo hace la norma constitucional peruana, los ámbitos ejecutivo, legislativo y judicial.

En lo que se refiere al ámbito ejecutivo, se encuentra el dispositivo constitucional que establece: “Corresponde al Presidente de la República cumplir y hacer cumplir la Constitución” (artículo 118.1 CP). Si el presidente de la República es el jefe del Ejecu-

¹¹ Esto no se debe interpretar como si el deber de cumplimiento de la Constitución no involucrara a los extranjeros que habitan en el territorio peruano. Por una elemental consideración del principio de soberanía, es indudable que el ordenamiento jurídico peruano (y particularmente su Constitución) es exigible también a los extranjeros cuando se encuentren en territorio peruano.

tivo en la medida en que representa al Estado dentro y fuera de la República (artículo 118.2 CP) y en la medida en que dirige la política general del Gobierno (artículo 118.3 CP), entonces la obligación suya de cumplir la Constitución se hace extensiva igualmente al resto del cuerpo ejecutivo. Aunque es de lamentar la inexistencia de un mandato expreso de sometimiento de la administración pública a la Constitución, esta ausencia no debe interpretarse como si la Constitución no la vinculara, porque el vacío normativo se llena perfectamente con los enunciados generales contenidos en los artículos 38 CP y 45 CP ya mencionados.

En lo concerniente al ámbito legislativo, no existe disposición alguna que de manera clara y contundente exprese la vinculación del Parlamento a la Constitución. Sin embargo, la vinculación se puede deducir del inciso 2 del artículo 102 CP, que dispone: “Es atribución del Congreso velar por el respeto de la Constitución”. El razonamiento que con base en esta norma se puede formular es el siguiente: si la atribución constitucional es velar por el cumplimiento de la Constitución, necesariamente deberá también respetar aquello cuyo cuidado se le encarga. Nuevamente se ha de acudir a los enunciados generales de los artículos 38 CP y 45 CP antes citados, esta vez para no interpretar el término *atribución* como una facultad de la cual pueda prescindir el Parlamento, sino más bien en el sentido de deber que siempre ha de cumplir.

Y en lo que se refiere al ámbito judicial, en el primer párrafo del artículo 138 CP se proclama: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”. El actuar judicial en todos los niveles está, pues, vinculado primordialmente a la norma constitucional, y luego a la ley.

El Tribunal Constitucional tiene manifestada expresamente la vinculación del Legislativo a la Constitución, vinculación referida especialmente a los derechos ahí reconocidos. Sin embargo, por la manera como se ha formulado, esta vinculación debe hacerse extensiva también al Ejecutivo y al Judicial. Así ha dicho el supremo intérprete de la Constitución:

[...] el Congreso de la República, en el ejercicio de su función legislativa, no puede “suprimir o disminuir los derechos fundamentales”, pues, en su condición de poder constituido, se encuentra vinculado no sólo por los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo primero del Título I de la Constitución, sino por todos los derechos de la persona reconocidos en dicho texto, independientemente del capítulo y título como éstos se hallen consagrados.¹²

Es decir, todos los derechos reconocidos en el texto constitucional —de manera expresa o que se deriven de los principios recogidos en el artículo 3 CP— vinculan al poder político. Esto se traduce en que la vinculación del poder político —en sus diversas manifestaciones— hacia los derechos constitucionales es una vinculación a su contenido constitucional, tema éste cuyo estudio se abordará en la sección siguiente.

¹² Exp. 0014-2002-AI/TC, citado, f. j. 92.c.1.

3.2.2. *Mecanismo de control de la vinculación*

Pero la norma constitucional peruana no sólo dispone una vinculación del poder político a ella misma, sino que también recoge una serie de mecanismos dirigidos a controlar el efectivo sometimiento del poder, tanto en su actuación política como en su actuación normativa. Así, en lo concerniente a su actividad política, en la Constitución peruana se han recogido el *antejuicio político* y el *juicio político*.

El antejuicio político viene recogido en el artículo 99 CP, en el que se dispone que corresponde a la Comisión permanente del Parlamento acusar ante el pleno del Congreso al presidente de la república¹³ y a los ministros de Estado, a los parlamentarios y a los vocales de la Corte suprema y fiscales supremos “por infracción de la Constitución”.

Por su parte, el juicio político se recoge en el artículo 100 CP, cuando se establece que, una vez formulada la acusación, el pleno del Congreso puede decidir sancionar o no al acusado constitucionalmente. Si decide sancionarlo deberá escoger, según la gravedad de la falta, entre la suspensión, la destitución y la destitución seguida de inhabilitación para el ejercicio de la función pública hasta por diez años. Estas sanciones, que son de carácter político, se aplicarán independientemente de cualquier otra sanción penal o civil que establezca el Poder Judicial y que el funcionario pueda recibir derivada de la infracción constitucional (artículo 100 CP). En palabras del Tribunal Constitucional:

[...] la Constitución Política del Estado de 1993, a diferencia de las anteriores constituciones, ha consagrado la institución del llamado “Antejuicio Constitucional”, como un procedimiento destinado a determinar la procedencia de un juzgamiento penal de funcionarios de alto rango por ante el Poder Judicial, previa habilitación del Congreso de la República, y a su vez ha reconocido la existencia del “Juicio Político”, que supone la potestad de procesamiento y sanción de la que está investido el Congreso, en los casos de infracción de la Constitución por funcionarios de alto rango y en la que, en principio, no interviene en lo absoluto el Poder Judicial.¹⁴

En cuanto a la producción normativa tanto del Legislativo como del Ejecutivo, también se prevén mecanismos de control, esta vez de naturaleza jurídica. En lo concerniente a la producción normativa del Parlamento, como ya se tuvo la oportunidad de adelantar, pueden ser sometidas a acción de inconstitucionalidad las normas con rango de ley que corresponda emitir al Congreso: las leyes, los reglamentos del Congreso y los tratados cuando son aprobados por el Congreso, en los casos que contravengan la Constitución, ya sea en la forma o en el fondo (artículo 200.4 CP). Y en lo referido a las normas emanadas del Poder Ejecutivo, también procede impugnar vía acción de inconstitucionalidad las normas con rango de ley que emita el Ejecutivo: los

¹³ Según el artículo 117.º de la Constitución peruana, el presidente de la República durante el ejercicio de sus funciones sólo puede ser acusado políticamente ante el Parlamento por traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso en los casos no previstos por la Constitución, y por impedir su reunión y funcionamiento, o los del Jurado nacional de elecciones y otros organismos del sistema electoral.

¹⁴ Exp. 0358-1998-AA/TC, de 16 de julio de 1998, f. j. 5.

decretos legislativos, los decretos de urgencia y los tratados cuando son aprobados directamente por el presidente de la república (artículo 200.4 CP). Así mismo, se prevé la acción popular, la que, como ya se dijo, está dirigida a impugnar reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general que infrinjan la Constitución y/o la ley (artículo 200.5 CP).

Queda clara, pues, la vinculación del poder político a la Constitución y, por tanto —y de modo principal—, a lo que ésta disponga sobre los derechos constitucionales. Por lo demás, así lo dispone el artículo 44 CP al establecer como deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, entre otros deberes; a su vez, el artículo 200 CP, en sus tres primeros incisos, recoge las llamadas acciones de garantía: hábeas corpus (inciso 1), acción de amparo (inciso 2) y hábeas data (inciso 3), dirigidas a proteger los derechos constitucionales contra toda acción u omisión cometida por cualquier autoridad o funcionario¹⁵ que suponga una amenaza de violación o una violación efectiva de los respectivos derechos constitucionales.

3.3. Vinculación de los particulares a la norma constitucional

Como ya se dijo, el artículo 38 CP dispone que todos los peruanos tenemos la obligación de respetar, cumplir y defender la Constitución. Una consecuencia inmediata de esta disposición es que la Constitución peruana es (debe serlo) normativa y, por tanto, vincula también a los particulares. Esta vinculación tiene especial significación cuando se trata de disposiciones de la Constitución que reconocen derechos. Así, la Constitución en general, y los derechos constitucionales en particular, vinculan no sólo al poder político sino también a los particulares. Se habla entonces de lo que en la doctrina jurídica alemana se llama *Drittwirkung*, para significar la eficacia de los derechos constitucionales no sólo en las relaciones poder político-particular, sino también en las relaciones particular-particular.

En palabras del Tribunal Constitucional, “[l]a Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general”. De conformidad con el artículo 38° de la Constitución, “Todos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir [...] la Constitución [...]”. Esta norma establece que “la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares”.¹⁶

¹⁵ El artículo 39.º de la Constitución dispone: “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y el Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley”.

¹⁶ Exp. 1124-2001-AA/TC, de 11 de julio de 2002, f. j. 6.

Así, la Constitución resulta ser una realidad normativa también para los particulares. Las disposiciones constitucionales que afecten las relaciones entre privados —especialmente las referidas a los derechos constitucionales, para lo que ahora interesa resaltar— deben ser respetadas de modo que ninguna actividad privada llegue a contravenir la Constitución. Si esta contravención ocurre, la relación es inconstitucional y el afectado por ella puede activar los mecanismos constitucionales correspondientes.

Por tanto, hay que diferenciar una doble esfera de consecuencias. La primera, referida a los efectos normativos de las disposiciones constitucionales que recogen derechos; la segunda, referida a los mecanismos de control de esta acción vinculante. En lo que respecta a lo primero, el Tribunal Constitucional ha mencionado:

[...] la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos [...], resulta inexorablemente inconstitucional.¹⁷

En particular sobre los derechos constitucionales, el supremo intérprete de la Constitución peruana ha manifestado que éstos no sólo vinculan al poder político sino que igualmente vinculan a los particulares:

[...] esta vinculación de los derechos fundamentales en la que se encuentran los organismos públicos, no significa que tales derechos sólo se puedan oponer a ellos, en tanto que las personas (naturales o jurídicas de derecho privado) se encuentren ajenas a su respeto. El Tribunal ha manifestado en múltiples ocasiones (algunas veces de manera implícita, otras de manera expresa) que, en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares.¹⁸

En lo que se refiere a los mecanismos de protección, el Tribunal Constitucional ha diferenciado entre los derechos constitucionales que directamente regulan las relaciones entre privados y los que sólo lo hacen indirectamente. Para cuando la regulación es directa, se podrá acudir a los mecanismos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data:

Los derechos fundamentales tienen eficacia directa en las relaciones *inter privatos* cuando esos derechos subjetivos vinculan y, por tanto, deben ser respetados, en cualesquiera de las relaciones que entre dos particulares se pueda presentar, por lo que ante la posibilidad de que éstos resulten vulnerados, el afectado puede promover su reclamación a través de cualquiera de los procesos constitucionales de la libertad.¹⁹

¹⁷ *Ibídem.*

¹⁸ Exp. 0964-2002-AA/TC, de 17 de marzo de 2003, f. j. 3.

¹⁹ Exp. 0976-2001-AA/TC, citado, f. j. 6.

Esta eficacia directa es posible concluirla del hecho de que las tres mencionadas garantías constitucionales proceden “ante el hecho u omisión, por parte de cualquier [...] persona, que vulnera o amenaza” un derecho constitucional (artículo 200 CP, incisos 1, 2 y 3). Así, por ejemplo:

Que cualquiera pueda interponer un amparo contra acciones u omisiones provenientes de una persona (natural o jurídica de derecho privado), quiere decir que los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones *inter privatos* y, precisamente porque vinculan, su lesión es susceptible de repararse mediante esta clase de procesos.²⁰

En cambio, cuando la regulación es sólo indirecta los problemas entre particulares no podrá resolverse mediante las mencionadas garantías constitucionales, sino a través de los mecanismos judiciales ordinarios:

[...] se dice que los derechos fundamentales sólo tienen eficacia indirecta cuando no tienen la capacidad de regular directamente las relaciones *inter privatos*, sino que tal eficacia se materializa [...] a través de su recepción por la ley y la protección de los jueces de la jurisdicción ordinaria, quienes están llamados a aplicar las leyes y reglamentos de conformidad con la Constitución y, en especial, con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales [...]. Desde esta perspectiva, un problema entre privados en materia de derechos fundamentales no es resoluble, en principio, mediante los procesos de la justicia constitucional de la libertad, sino a través de los que existen en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.²¹

4. Aplicación inmediata de las normas constitucionales que reconocen derechos

4.1. La aplicación inmediata como regla general

Si la Constitución es norma jurídica, y además fundamental, es necesario atribuirle un carácter adicional a efectos de que su finalidad de limitar al poder político no se vea desacreditada. Tal carácter, como regla general, es el de aplicabilidad inmediata, particularmente de las normas referidas a derechos constitucionales. Lo contrario supondría dejar su efectividad en manos (y al arbitrio) de aquel a cuyo control y limitación va precisamente dirigida la norma constitucional, pues se estaría supeditando el cumplimiento de las normas constitucionales en general, y las referidas a los derechos en particular, a una futura legislación o reglamentación, ya del órgano legislativo, ya de la administración pública.

Y es que no puede ser de otro modo, pues “una norma de tales caracteres [norma fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico] no puede depender en

²⁰ Ídem, f. j. 8.

²¹ Ídem, f. j. 7.

su eficacia de ninguna otra. Es por eso de aplicación inmediata”.²² Y para lo concerniente a las normas sobre derechos constitucionales, debido al importante papel que juegan como límites del poder y, por tanto, como obligaciones estatales,²³ se “exige además que los derechos fundamentales sean directamente vinculantes para todos los poderes del Estado [...] que el desarrollo que pueda o deba efectuar el legislativo no se configure como una mediación necesaria e imprescindible para su efectiva vigencia”.²⁴

Dirijamos nuestra atención a lo que sobre este punto ha establecido la norma constitucional peruana, limitando el estudio a lo que realmente interesa ahora: los derechos constitucionales. La regla general de directa aplicabilidad de los derechos constitucionales no tiene problema alguno de verificarse cuando se trata de normas sobre derechos que, por su propia naturaleza o contenido, basta sean recogidos en el texto constitucional para que, a partir de ahí y sin ninguna dificultad, puedan desplegar toda su virtualidad normativa.

Normas acerca de derechos como el derecho a la vida (artículo 2.1 CP), a la igualdad ante la ley (artículo 2.2 CP), a la libertad de conciencia y religión (artículo 2.3 CP), a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (artículo 2.4 CP) no requieren desarrollo legislativo para ser plenamente vinculantes, ni para ser invocadas ante un tribunal frente a su eventual desconocimiento por el poder político o los particulares, pues se trata de normas que reconocen verdaderos y plenos derechos subjetivos ejercitables y exigibles directamente. Estas normas constitucionales pueden ser objeto de desarrollo legislativo; sin embargo, su eficacia directa e inmediata no está condicionada a ese desarrollo.

4.2. Algunos casos especiales

No es tan fácil de predicar la directa aplicabilidad cuando se trata de ciertos tipos de normas constitucionales que reconocen derechos y que presentan algunas particularidades que matizan la vigencia de la regla general de aplicación inmediata. Estas normas son al menos de tres tipos: primero, normas constitucionales que recogen derechos y limitaciones sujetos a ley; segundo, normas constitucionales que recogen derechos cuyo ejercicio efectivo exige una normativa adicional; y tercero, normas constitucionales que recogen derechos cuyo ejercicio efectivo está supeditado a que

²² Antonio Torres del Moral: *Principios de derecho constitucional español*, 2.^a edición, Madrid: Átomo, 1991, p. 65.

²³ Recuérdese que, según el artículo 44.º de la Constitución peruana, es un deber primordial del Estado peruano el garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

²⁴ Luis Prieto Sanchís: “El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2, marzo de 1983, Madrid: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, p. 382.

el Estado cuente con recursos económicos suficientes. Formulada esta clasificación, es necesario advertir que estos tres grupos de derechos pueden actuar de manera combinada, de modo que un mismo derecho puede estar ubicado en más de un grupo.

4.2.1. *Normas sobre derechos y limitaciones sujetos a ley*

Respecto del primer grupo, se trata de dispositivos constitucionales que reconocen derechos y que a la vez prevén expresamente que su contenido tiene unos límites que deben ser explicitados por la ley. Si bien en el siguiente capítulo se abundará en el contenido constitucional (también llamado *esencial*) de los derechos constitucionales, se puede ya decir que todos los derechos cuentan con un contenido limitado, cuyas fronteras o contornos deben ser puestos a la luz por —entre otros— el legislador. Se entiende que tales límites brotan de la propia naturaleza y significado del derecho de que se trate. El legislador, en el momento de definir esos contornos jurídicos que trae cada derecho, debe respetar lo que se ha dado en llamar el *contenido esencial del derecho constitucional*.

Así, el derecho a solicitar sin expresión de causa la información que se requiera de una entidad pública, exceptuando “las informaciones que afecten la intimidad personal y las que *expresamente se excluyan por ley*, o por razón de seguridad nacional” (artículo 2.5 CP).²⁵ Del mismo modo, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, por el que se prohíbe ingresar a un domicilio sin autorización de quien lo habita o sin mandato judicial, salvo delito flagrante, y “[l]as excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo *son reguladas por ley*” (artículo 2.9 CP).²⁶

Este grupo de derechos es, de los tres mencionados, el menos problemático para el cumplimiento total de la regla general, en tanto sólo una parte o ámbito del cumplimiento del derecho ha quedado supeditado a una regulación posterior. En los ejemplos propuestos, mientras no se expidan las normas respectivas, no se habrá terminado de delimitar totalmente el contenido jurídico del derecho a solicitar y recibir información de alguna entidad pública, y del de inviolabilidad de domicilio. Pero ello no implica que desde un primer momento tales derechos no puedan ser invocados por sus titulares para exigir su cumplimiento. Podrán hacerlo, e incluso hasta se podría rechazar cualquier intento de sujetar al titular del derecho a alguna excepción o limitación que, sin desprenderse de la Constitución y debiendo haber sido formulada legislativamente, aún no se haya hecho o, si se ha hecho, se haya formulado de modo que desnaturalizan el derecho constitucional mismo.

²⁵ Para saber cuáles son las informaciones exceptuadas por ley debe acudir a la ley 27 806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (TUO, aprobada por 043-2003-PCM); especialmente los artículos 15 a 19.

²⁶ Cursivas añadidas.

4.2.2. *Normas sobre derechos que necesitan de desarrollo legislativo*

En lo concerniente al segundo grupo, se trata de derechos que, si bien son reconocidos por la propia Constitución, necesitan de una legislación adicional para lograr su real y plena efectividad. Se trata de una legislación que regulando el derecho constitucional (normas de desarrollo constitucional) posibilita que su(s) titular(es) lo pueda(n) ejercitar de modo pleno.

Así, por ejemplo, los derechos de asociación y constitución de fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro *con arreglo a ley* (artículo 2.13 CP). Por sí sola, esta disposición no posibilitaba el ejercicio pleno del derecho reconocido, al no establecer ni los procedimientos ni las formas de crear las asociaciones o las demás organizaciones jurídicas para que pudieran ser reconocidas jurídicamente como tales. Se requerían necesariamente normas adicionales, como las del Código Civil, que normaran los referidos procedimientos y formas.

Otro ejemplo lo constituyen los derechos de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum, los cuales “tienen los ciudadanos *conforme a ley*” (artículo 2.17 CP).²⁷ Ninguno de estos derechos pudo ser ejercido sin que antes entrara en vigencia la ya comentada LPCC, ley de desarrollo del artículo 2.17 CP, la misma que regula los requisitos, procedimientos y efectos de cada uno de estos derechos.

4.2.3. *Normas sobre derechos que suponen prestaciones estatales*

Y en cuanto al tercer grupo, se ha de recordar lo mencionado al referirse a los derechos sociales: que se trata de derechos constitucionales completamente identificados, y no de simples principios o declaraciones de buenas intenciones. Estos derechos, sin embargo, tienen la particularidad de que en algunos casos, al suponer el ejercicio pleno del derecho la obligación estatal de otorgar una serie de prestaciones que demandan sumas importantes del tesoro público, la propia Constitución ha posibilitado que determinadas prestaciones no lleguen a formar parte del contenido constitucional del derecho y, por tanto, que no sean exigibles sino hasta un momento futuro en el que se cuente con los recursos suficientes para que el poder político cumpla con otorgar las prestaciones correspondientes.

Sobre este punto se ha tratado al estudiar los derechos constitucionales llamados *derechos sociales*. Ahora simplemente conviene mencionar, a título de ejemplo, algunos de los dispositivos constitucionales que recogen estos derechos: la obligación del Estado de proteger especialmente al niño y al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (artículo 4 CP), el derecho de todos a la salud (artículo 7 CP) y el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social (artículo 10 CP).

²⁷ Cursivas añadidas.

4.3. *¿Ineficacia total de las normas constitucionales referidas a los casos especiales?*

Ni el segundo ni el tercer grupo de derechos de los casos especiales antes mencionados suponen la ineficacia total de la regla general de aplicación inmediata de los derechos constitucionales. Es decir, la vinculación efectiva de los obligados por los derechos constitucionales no queda suspendida, postergada y supeditada a la promulgación de la respectiva legislación o a la obtención de los recursos correspondientes. La regla general de aplicación inmediata de las normas constitucionales sobre derechos, en estos dos supuestos, se mantiene vigente, aunque de modo matizado, de manera que genera un doble ámbito de vinculación.

4.3.1. *Vinculación negativa*

En primer lugar, una vinculación que se puede llamar *negativa*. Esto significa que las normas constitucionales que reconocen derechos y que necesitan de una legislación posterior o de recursos públicos suficientes para su plena efectividad obligan a los titulares del poder político —mientras se da la ley o se consiguen los recursos— a no actuar o legislar en contra de los derechos constitucionales ahí reconocidos. Es decir, puede ser legítimo que por razones justificadas aún no se expida la ley que desarrolle y permita el ejercicio pleno de un derecho, o que por la falta de recursos no se pueda exigir al Gobierno el otorgamiento de determinadas prestaciones. Pero lo que no es legítimo por ningún motivo es que, mientras se expida la ley o se obtengan los recursos, el poder político efectúe actos positivos (normativos o no) en contra de los derechos constitucionales.

4.3.2. *Vinculación positiva*

En segundo lugar, una vinculación que se puede llamar *positiva*. Mediante ésta se obliga al poder político, en su función legislativa, a que apruebe lo antes posible las correspondientes normas de desarrollo de preceptos constitucionales que reconocen derechos, a fin de posibilitar su pleno ejercicio.²⁸ Obliga además a que el poder político asuma como

²⁸ En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, se habla de un “contenido mínimo” de los derechos fundamentales para significar que, aunque exista un derecho contenido en una disposición constitucional y que necesita de desarrollo legislativo, el derecho tendrá vigencia aun a pesar de que la ley de desarrollo no haya sido todavía expedida. Se habla entonces de “contenido mínimo” de los derechos fundamentales, exigible ante los tribunales de justicia. Así por ejemplo, ha declarado el Tribunal Constitucional español que “cuando se opera con una ‘reserva de configuración legal’ es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido, que ha de verse desarrollado y complementado por el legislador”. STC 254/1993, de 20 de julio, f. j. 6.

una de sus prioridades la satisfacción de las demandas generadas por los derechos sociales, a fin de que ahí vayan destinados los recursos públicos. En uno u otro caso, se requiere de una verdadera conciencia constitucional y de un sincero compromiso con la promoción de los derechos constitucionales de la persona que, recordémoslo una vez más, es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 CP).

5. El Tribunal Constitucional

5.1. *Órgano de control de la constitucionalidad*

No se puede dar por finalizado este artículo sin hacer referencia al Tribunal Constitucional peruano, guardián y órgano supremo de interpretación de la Constitución, al que corresponde —no exclusivamente pero sí de modo destacado— la función de velar por hacer de la Constitución una verdadera norma fundamental de vigencia plena. El Tribunal Constitucional es un órgano cuya regulación se encuentra en los artículos 201, 202, 203 y 204 CP, y desarrollada en la LOTC, ley 28 301. Se trata de un órgano autónomo e independiente compuesto por siete miembros, quienes son elegidos por el Parlamento con una votación de al menos dos tercios del número legal de congresistas, es decir, como mínimo 80 votos (cuarto párrafo del artículo 201 CP).

El Tribunal Constitucional se define como el *órgano de control de la Constitución* (primer párrafo del artículo 201 CP). En sentido estricto, lo que se controla no es la Constitución, sino las diferentes situaciones o actos que tienen la potencialidad de atacarla. De ahí que la referida definición sea equívoca y el Tribunal deba entenderse como *órgano supremo de control de la constitucionalidad* (artículo 1 LOTC) o utilizando alguna otra frase que signifique *controlar para que la Constitución exista realmente como norma jurídica suprema*.

5.2. *Órgano supremo de interpretación constitucional*

Precisamente por ser el máximo órgano de control de la vigencia efectiva de la Constitución, deben atribuírsele al Tribunal Constitucional especiales funciones de interpretación de la norma fundamental. La mencionada LOTC ha definido al Tribunal Constitucional como “el órgano supremo de interpretación [...] de la constitucionalidad” (artículo 1 LOTC). De hecho, el propio Tribunal Constitucional ha manifestado que, entre los llamados a interpretar la Constitución,²⁹ es él el máximo intérprete: “corresponde a los intérpretes de la Constitución, y en especial, al Tribunal Constitucional como Supremo Intérprete de la misma ponderar los bienes y derechos en con-

²⁹ En este sentido, Quispe Correa ha escrito que “existe una pluralidad de intérpretes constitucionales. No hay más el intérprete único”. Alfredo Quispe Correa: “Los intérpretes de la Constitución”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, n.º 2, 2000, p. 181.

flicto”.³⁰ Y como supremo intérprete de la Constitución “y mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, se encarga de declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas consignados en el corpus constitucional”.³¹

Es el máximo intérprete de la Constitución, hasta el punto de que “deviene en imposible que sus resoluciones sean inconstitucionales”.³² Sin embargo, el que sus resoluciones no puedan ser calificadas de inconstitucionales no debe confundirse con una no admitida situación de infalibilidad de sus magistrados. Sus resoluciones no pueden ser calificadas de inconstitucionales por la sencilla razón de que no hay una instancia por encima de él en el ordenamiento jurídico interno a la cual pueda apelarse. La posible impugnación ante un tribunal internacional de alguna de las resoluciones del Tribunal Constitucional se formulará argumentando violación del tratado internacional respectivo.

5.3. *Funciones del Tribunal Constitucional y energía correctora*

Las funciones que constitucionalmente tiene atribuidas el Tribunal Constitucional lo colocan en un lugar predominante dentro del ordenamiento jurídico peruano. Su propia definición constitucional lleva a pensar en una *energía correctora* capaz de detener o revertir una situación que resulte atentatoria contra la normatividad de la Constitución, provenga tanto de los particulares como del propio poder político.

Efectivamente, según el artículo 202 CP, tres son las funciones del Tribunal Constitucional. En primer lugar, la ya mencionada atribución de conocer, en instancia única, las acciones de inconstitucionalidad (artículo 202.1 CP). En virtud de esta atribución, el Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucional —con los consiguientes efectos derogatorios— cualquier norma con rango de ley, provenga ésta del Parlamento (leyes, los tratados aprobados por el Parlamento y reglamentos internos), del Ejecutivo (decretos legislativos, los tratados aprobados por el Presidente de la república y decretos de urgencia), de los gobiernos regionales (normas regionales de carácter general) o de los gobiernos locales (ordenanzas municipales). Deberá hacerlo solamente cuando las referidas normas contravengan la Constitución, sea en la forma o en el fondo.

Pero el Tribunal Constitucional no sólo está facultado para controlar la actividad normativa del poder político, sino que eso que aquí se ha llamado *energía correctora* se extiende también a actos de naturaleza distinta, provengan de particulares o de quienes ejercen el poder, siempre que lesionen derechos recogidos en el texto constitucional.

³⁰ Exp. 2790-2002-AA/TC, de 30 de enero de 2003, f. j. 4.

³¹ Exp. 1752-2002-AA/TC, de 28 de marzo de 2003, f. j. 1.

³² Exp. 0200-2002-AA/TC, de 15 de octubre de 2002, f. j. 2.

Así, la segunda competencia del Tribunal Constitucional, recogida en el inciso 2 del mencionado artículo 202 CP, es conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo y hábeas data. Se trata de acciones de garantía previstas constitucionalmente para la defensa de cualquier derecho con rango constitucional, pues proceden cuando éstos son vulnerados o amenazados por cualquier hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona.

Y la tercera competencia recogida en el inciso 3 del citado artículo 202 CP consiste en conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución a los distintos órganos del Estado, pudiendo incluso, como lo dispone el artículo 52 LOTC, anular las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. En palabras del mismo Tribunal Constitucional:

[...] el Tribunal Constitucional tiene como tareas la racionalización del ejercicio del poder, el cual se expresa en los actos de los operadores del Estado, el mismo que debe encontrarse conforme con las asignaciones competenciales establecidas por la Constitución; asimismo, vela por la preeminencia del texto fundamental de la República sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico del Estado; igualmente se encarga de velar por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona, así como de ejercer la tarea de intérprete supremo de los alcances y contenidos de la Constitución.³³

Por ello:

Es evidente que el Tribunal Constitucional, por su condición de ente guardián y supremo intérprete de la Constitución, y mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, se encarga de declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas consignados en el corpus constitucional.³⁴

Consecuentemente:

[...] el Tribunal Constitucional [...] se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona. De ahí que formen parte de su accionar, la defensa *in toto* de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal.³⁵

5.4. Posición constitucional del Tribunal Constitucional

5.4.1. El Tribunal Constitucional no retiene la soberanía

El Tribunal Constitucional puede, por todo lo dicho, controlar la actividad normativa del poder político, produciendo la derogación de normas e incluso inaplicándolas

³³ Exp. 2409-2002-AA/TC, de 7 de noviembre de 2002, f. j. 1. a.

³⁴ *Ibídem*.

³⁵ *Ibídem*.

cuando conoce de un caso distinto a una acción de inconstitucionalidad. Controla también los demás actos del poder y de los ciudadanos y los declara ineficaces en la medida en que contravengan la Constitución por agredir derechos constitucionales. Así las cosas, puede —con García de Enterría— plantearse la siguiente cuestión:

[...] ¿hay que concluir entonces que al sobreponerse en sus decisiones a todos los órganos constitucionales y al poder fijar finalmente el papel y ámbito de desenvolvimiento de cada uno de ellos es entre todos los órganos el Tribunal Constitucional el superior, del que por tanto, podría decirse que retiene la nota de la soberanía?³⁶

La respuesta, perfectamente aplicable al caso peruano, la formula el mismo autor:

[...] el Tribunal Constitucional es un *pouvoir neutre*, que se limita a sostener la efectividad del sistema constitucional.³⁷

La soberanía sigue residiendo en el poder constituyente (manifestación directa del pueblo), ya sea en su versión de originario o constituido. De ahí, por ejemplo, que las funciones del Tribunal Constitucional vengán decidida por el propio poder constituyente, el cual incluso podría decidir la desaparición del Tribunal Constitucional, pues para el caso peruano éste no es un tema vedado a la reforma constitucional. Y es que el referido Tribunal tiene un límite preciso: la Constitución, que debe interpretar para determinar la inconstitucionalidad o no de los actos del poder y de los particulares sometidos a su control.

5.4.2. *El Tribunal Constitucional como comisionado del poder constituyente*

Justificación como comisionado

El Tribunal Constitucional es comisionado del poder constituyente por la sencilla razón, ya apuntada, de que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento peruano y, por tanto, vinculante para todos, y con mayor razón para el Tribunal Constitucional. Éste no retiene la soberanía porque no es el poder constituyente; por el contrario, está sujeto a lo que éste haya dispuesto en el texto constitucional.

Pero el Tribunal Constitucional sí cumple la función de comisionado del poder constituyente, como afirma García de Enterría.³⁸ El poder constituyente le ha dado el encargo de velar por el sostenimiento y aseguramiento de la Constitución, tanto para su garantía y protección, como para su desarrollo y adaptación a lo largo del tiempo. En definitiva, para aquello que significa controlar la constitucionalidad: velar por que la Constitución exista realmente como norma jurídica suprema plenamente efectiva y vinculante.

³⁶ Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 1991, p. 197.

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ *Ibíd.*

¿El Tribunal Constitucional es el único comisionado?

La cuestión que convendría plantear ahora es si para el caso peruano el Tribunal Constitucional es el único comisionado del poder constituyente. Entendida la Constitución como norma jurídica suprema, el control de la constitucionalidad no debía organizarse como control político, sino como control jurídico, y encargarse a un tribunal especial, a los jueces ordinarios o a ambos, como ocurre en el ordenamiento jurídico peruano, donde tanto los jueces ordinarios del Poder Judicial como el Tribunal Constitucional tienen asignada la tarea de controlar la plena vigencia de la Constitución.

Con respecto a los actos normativos, como se apuntó, los jueces ordinarios tienen la obligación de preferir la norma constitucional antes que la legal y, evidentemente, antes que la norma reglamentaria; del mismo modo, tienen la competencia para declarar inconstitucional o ilegal una norma reglamentaria cuando sea impugnada mediante acción popular. El Tribunal Constitucional, en cambio, tiene atribuida la derogación de normas con rango de ley a través de su declaración de inconstitucionalidad en un fallo que resuelve la acción de inconstitucionalidad, y la tiene atribuida en forma exclusiva y excluyente. Sin embargo, tanto ésta como aquéllos tienen la facultad de emitir juicios de constitucionalidad de las normas que se les presenten según sus competencias.

En lo concerniente a los actos distintos de los normativos, provenientes tanto de particulares como del poder político, que supongan infracción de la Constitución por agravio de derechos constitucionales, el control también recae tanto sobre los jueces ordinarios como en el Tribunal Constitucional. Efectivamente, los encargados en primera instancia de conocer las acciones de hábeas corpus, amparo y hábeas data son los jueces ordinarios. El Tribunal Constitucional tiene una actuación como última instancia, y en el supuesto de que una acción de garantía haya sido desestimada por el juez ordinario.

Como se puede apreciar, esa *energía correctora* a la que se ha hecho alusión, capaz de “controlar la Constitución” en el sentido ya apuntado, está depositada, aunque de manera distinta, también en los jueces ordinarios. De esta manera, no es exagerado extender el término *comisionado*, además del Tribunal Constitucional, también a los jueces del Poder Judicial.

¿Jerarquía entre comisionados del poder constituyente?

Resulta conveniente ahora preguntarse si en el caso peruano se puede establecer alguna jerarquía entre los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional, como *comisionados del poder constituyente*. La respuesta no es otra que afirmar una supremacía del citado Tribunal sobre los jueces ordinarios en lo que se refiere al control de la efectiva vigencia de la Constitución. Esto es así porque la Constitución llama expresamente *controlador de la Constitución* sólo al Tribunal Constitucional, pero también —y principalmente— por los mayores poderes que para el cumplimiento del encargo tiene éste respecto de los jueces ordinarios.

Son mayores poderes tanto en intensidad como en extensión. Los mayores poderes en intensidad vienen reflejados en los efectos derogatorios de sus juicios de inconstitucionalidad de normas con rango de ley; y en el constituir la última instancia en lo referido a la solución de las acciones de garantía. Los mayores poderes en cuanto a extensión quedan manifestados en el hecho de que el Tribunal Constitucional tiene asignada la función de resolver conflictos de competencia, función que es ajena a los magistrados del Poder Judicial.

Por ejemplo, una manifestación de esta superioridad es que, si el Tribunal Constitucional declara inconstitucional una ley, ésta queda derogada, aunque haya sido aplicada en diversas oportunidades por los jueces ordinarios convencidos de su constitucionalidad. Si, por el contrario, el Tribunal Constitucional declara infundada la demanda de inconstitucionalidad y, por tanto, constitucional la ley impugnada, los jueces ordinarios, aunque la hayan inaplicado por entenderla inconstitucional, están en la obligación de aplicarla. Así ha quedado establecido en el Código Procesal Constitucional, cuando dispone: “Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad” (artículo VI CPC).

La misma supremacía ocurre respecto de las garantías constitucionales de *habeas corpus*, acción de amparo y *habeas data*. El juez ordinario pudo concluir que en la situación controvertida no hay violación ni amenaza del derecho constitucional invocado, y por tanto desestima la demanda. Pero el Tribunal Constitucional puede, sobre el mismo caso, concluir algo distinto, y su conclusión prevalecerá sobre la del juez ordinario, como consecuencia necesaria de ser la *última instancia* para conocer estos casos. A esto se debe agregar que “[l]as sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo” (artículo VII CPC).

Complementariamente, y para mayor abundamiento en reconocer la supremacía del Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución, la LOTC ha dispuesto: “Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos” (primera disposición final de la LOTC).

Willman Ruperto Durán Ribera (Bolivia) *

Contenido y alcances del hábeas data en Bolivia

1. Derechos tutelados por el hábeas data

El hábeas data es un proceso constitucional especializado, destinado a tutelar la esfera personal respecto de perturbaciones externas no deseadas, garantizando fundamentalmente la *privacidad o intimidad personal*.¹

La doctrina entiende que el precedente más claro del hábeas data puede encontrarse en el derecho a ser dejado en soledad o a no ser importunado (*the right to be let alone*), invocado por el Juez Cocley y desarrollado por los juristas norteamericanos Warren y Brandeis, con el que intentaron proteger a las personas de aquellos actos que divulgaban datos personales sin el consentimiento del afectado, combatiendo así las intromisiones ilegítimas en la vida privada.²

El ámbito de protección de este derecho, debido fundamentalmente al desarrollo tecnológico de los últimos años, que permite el almacenamiento ilimitado de informa-

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor de posgrado de Derecho Penal y Constitucional. Magistrado y presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia. <Willmand2001@hotmail.com>

¹ La jurisprudencia argentina ha señalado: “La acción de hábeas data es una modalidad de amparo que permite a toda persona interesada acceder al conocimiento de los datos que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes, y a exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización, en caso de falsedad o discriminación. Esta información debe referirse a cuestiones relacionadas con la intimidad, no pudiendo utilizarse por terceros sin derecho a hacerlo” (C1a. Cont. adm. Córdoba, “Flores, M. c/Provincia de Córdoba”, LLC, 1996-316), cit. por Alicia Pierini, Valentín Lorences y María Inés Tronabene: *Hábeas data. Derecho a la intimidad*, Buenos Aires: Universidad, 1999, p. 17.

² Cf. Francisco J. Eguiguren P.: “El hábeas data y su desarrollo en el Perú”, en *Ius et Praxis* (“Derecho a la autodeterminación informativa y acción de hábeas data en Iberoamérica”), Talca: Universidad de Talca, 1997, p. 122. También Francisco Fernández Segado: “El régimen jurídico del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal en España”, en *Ius et Praxis*, o. cit., pp. 33 ss.; Francisco Zúñiga: “El derecho a la intimidad y sus paradigmas”, en *Ius et Praxis*, o. cit., p. 289.

ción y su envío a otros bancos, ha dotado a este derecho de una nueva dimensión, pues ahora se configura ya no sólo como una garantía destinada a rechazar la intromisión de terceras personas en la esfera privada, sino como un derecho fundamental destinado a controlar la información, rectificando o eliminando en su caso los datos desactualizados, falsos o sensibles. En palabras de Delpiazzo, es el “derecho de los individuos, grupos o instituciones para determinar por sí mismos cuándo, cómo y con qué extensión puede ser comunicada a terceros la información acerca de aquéllos”.³

Al parecer, el primer precedente legislativo del hábeas data se encontraría en el *Acta privada* de los Estados Unidos de América de 31 de diciembre de 1974, seguido por el *Acta de protección* británica de 1984,⁴ para luego adquirir rango constitucional en el año 1976 en Portugal a través del artículo 35 de su Constitución, que consagró el derecho del ciudadano a: 1) conocer la información y la posibilidad de rectificarla o actualizarla; 2) que la información no sea utilizada para el tratamiento de datos “sensibles”, referentes a convicciones políticas, religiosas o asuntos de la vida privada; 3) que no se atribuya a los ciudadanos un número nacional único de identificación.⁵

Dos años después, la Constitución de España de 1978 establecía en el artículo 18.4 que la ley limitaría “[...] el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”; precepto constitucional desarrollado por la Ley Orgánica sobre Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos, de 5 de octubre de 1992,⁶ que siete años más tarde fue sustituida por la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (ley 15/1999 de 13 de diciembre).⁷

En Iberoamérica, la Constitución de Brasil de 1988, al parecer, fue la primera que estableció el hábeas data en la región, seguida por las de Colombia, Paraguay, Argentina y Perú, entre otras; toda ellas con la idea común de proteger, fundamentalmente, el *derecho a la intimidad personal y familiar*, además de otros derechos, como “el buen nombre” (Colombia), el derecho al honor, la buena reputación, la voz y la imagen propia (Perú).

El hábeas data también encuentra presencia en los instrumentos internacionales básicos de protección de derechos humanos (pactos internacionales). Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece en su artículo 12: “Nadie será

³ Carlos E. Delpiazzo: “Protección de los datos personales en tiempos de internet. El nuevo rostro de la intimidad”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, n.º III, Montevideo, 2002.

⁴ Eguiguren P.: o. cit., p. 122; Fernández Segado: o. cit., p. 36.

⁵ Cf. Eguiguren P.: o. cit., p. 122.

⁶ Fernández Segado: o. cit., pp. 42 ss.

⁷ El artículo 1 establece el objeto de la referida ley en los siguientes términos: “La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor, e intimidad personal y familiar”.

objeto de injerencias arbitrarias en su *vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia*, ni de ataques a su honra o reputación”,⁸ y precisa en el mismo precepto: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias”. Similar redacción contiene el Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁹

En lo regional, el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos contiene un texto análogo,¹⁰ el cual prescribe en su inciso 3: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencia o esos ataques”, con lo cual se pone de relieve la obligación que tienen los Estados partes de crear una norma procesal que haga posible la eficacia de este derecho.

1.1. Derecho a la privacidad e intimidad

Del contenido de los textos constitucionales y los pactos internacionales citados, se extrae que el derecho protegido por el hábeas data es fundamentalmente el derecho a la privacidad, concepto que un importante sector de la doctrina identifica con el de intimidad personal, que hace referencia a aquellos actos o situaciones que por su carácter personalísimo no se encuentran expuestos a la divulgación.¹¹ Conforme a esto, el derecho a la privacidad,¹² de manera genérica, abarcaría también el derecho a la intimidad, y comprendería los siguientes aspectos: a) aquellos hechos que el hombre realiza sobre su propio cuerpo en forma reservada (los problemas de salud de la persona y su familia), con las limitaciones establecidas por las leyes; b) las creencias religiosas, ideas filosóficas y políticas, cuya emisión y ejercicio generalmente están garantizados en las Constituciones; c) la vida pasada de la persona, cuando ésta puede ser vergonzante para él; d) la vida doméstica, no sólo en cuanto a la inviolabilidad del domicilio, que tiene protección constitucional independiente,¹³ sino también a los

⁸ Cursivas añadidas.

⁹ “Artículo 17

”1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

”2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

¹⁰ “Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

”1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

”2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

”3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

¹¹ Eduardo Meins: “Consideraciones sobre la acción de hábeas data”, en *Ius et Praxis* (“Derecho a la autodeterminación informativa y acción de hábeas data en Iberoamérica”), Talca: Universidad de Talca, 1997, p. 222; Comisión Andina de Juristas: *Protección de los derechos humanos. Definiciones operativas*, Lima: 1997, p. 182.

¹² El contenido de la vida privada fue esbozado por Meins: o. cit., p. 225 ss.

¹³ Véase el artículo 21 de la CPE.

hechos que se producen dentro del hogar y que no tienen por qué ser divulgados; e) los conflictos que pueden existir en la familia: la relación matrimonial, los problemas con los hijos, etcétera, deben ser sólo de dominio de la familia, lo mismo que las situaciones relativas a adopciones, las cuales deben quedar en reserva; f) las relaciones sentimentales, que comprende también el aspecto sexual y las relaciones de amistad; g) las comunicaciones privadas, que como forma de transmisión de ideas y sentimientos encuentran protección constitucional también independiente;¹⁴ h) la situación económica personal, como el nivel de ingreso, patrimonio, etcétera. En todos estos casos, se salvan las limitaciones al derecho a la privacidad establecidas legalmente, como por ejemplo, la facultad de los jueces de expedir el mandamiento de allanamiento de domicilio o la incautación de correspondencia en los casos permitidos por el ordenamiento.

El criterio expuesto no es compartido por aquella posición que entiende que el derecho a la privacidad tiene claras diferencias con el derecho a la intimidad; dado que este último tutelaría las esferas más reservadas de la vida (como el domicilio y la correspondencia), los cuales de manera general hallan protección en las normas constitucionales, a través de las garantías de inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y los papeles privados, mientras que el derecho a la privacidad protegería esferas más amplias de la personalidad,¹⁵ como el comportamiento, el respeto a las relaciones personales, sentimentales, secretos de la persona, expresiones corporales, etcétera.¹⁶

En Bolivia, el legislador constituyente ha asumido el segundo criterio sostenido por la doctrina. En efecto, el artículo 23 de la Constitución, en el entendimiento de que hay diferencia entre ambos conceptos, optó por precisar que lo que se protege a través del hábeas data es la afectación al “derecho fundamental a la intimidad y

¹⁴ Véase el artículo 20 de la CPE.

¹⁵ Hernán González García: “La acción de hábeas data y el procedimiento penal”, en *Ius et Praxis* (“Derecho a la autodeterminación informativa y acción de hábeas data en Iberoamérica”), Talca: Universidad de Talca, 1997, p. 252.

¹⁶ Zúñiga: o. cit., p. 299. La distinción entre el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad también es realizada por la Ley Orgánica Española 51/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, cuya exposición de motivos señala: “[...] la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan un retrato de la personalidad el individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo”. Cit. en Ana Rosa González Murúa: *El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L.O. 5/1992, de 29 de octubre de regulación del tratamiento automatizado de datos personales*, Barcelona: Universidad del País Vasco, 1994.

privacidad personal y familiar”. En correspondencia con ello, la protección que brinda la Constitución boliviana a través del hábeas data no se reduce solamente al ámbito de mayor reserva del individuo y de su familia, sino que se extiende al derecho a la privacidad, entendido como el derecho a la libertad de la persona para conducirse en determinados espacios y tiempo, libre de perturbaciones ocasionadas por terceros, así como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados. Así lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal en la SC 1420/2004-R, al señalar:

[...] es la potestad o facultad que tiene toda persona para mantener en reserva determinadas facetas de su personalidad. Es un derecho que se inscribe en el marco del valor supremo de la libertad en su dimensión referida al “status” de la persona que implica la libertad-autonomía, lo que importa que esté íntimamente relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad; la consagración de este derecho se encamina a proteger la vida privada del individuo y la de su familia, de todas aquellas perturbaciones ajenas que, de manera indebida, buscan penetrar o develar los sucesos personales o familiares.

Consideramos, sin embargo, que lo anotado precedentemente no es un obstáculo para que, con la expresión genérica *derecho a la privacidad*, se pueda aludir a ambos conceptos, esto es, intimidad y privacidad, dada su estrecha vinculación.

1.1.1. El sentido positivo y negativo del derecho a la privacidad

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en sostener que derecho a la privacidad tiene un sentido positivo y negativo. En el primer sentido, el derecho implica la libertad de la persona para decidir qué hacer con su vida privada y para guardar reserva sobre aquellos aspectos que no desea que sean conocidos por los demás. En este sentido, la privacidad está vinculada al arbitrio, a la facultad de las personas para adoptar en su vida privada los comportamientos de su preferencia, ejerciendo el derecho al libre desarrollo de la personalidad.¹⁷

En un sentido negativo, el derecho significa no ser molestado y mantener una vida privada sin intromisiones de ningún particular ni del Estado. En consecuencia, no se podrá interferir arbitrariamente en los diferentes ámbitos de la vida privada, como el domicilio, la correspondencia y la conducta personal y familiar.¹⁸

El sentido positivo, el derecho a la privacidad (como libertad) encuentra en el hábeas data la tutela al derecho a la autodeterminación informática.¹⁹ Debe precisar-

¹⁷ Eduardo Cifuentes Muñoz: “El hábeas data en Colombia”, en *Ius et Praxis* (“Derecho a la autodeterminación informativa y acción de hábeas data en Iberoamérica”), Talca: Universidad de Talca, 1997, p. 87.

¹⁸ Comisión Andina de Juristas: o. cit., p. 183.

¹⁹ La Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia de unificación jurisprudencial SU-082 de 1 de marzo de 1995, estableció que el núcleo esencial del hábeas data estriba en la defensa del derecho a la “autodeterminación informática”, que faculta a la persona a autorizar la conservación, el uso y la circulación de sus datos que constan en un archivo público o privado. Citado por Cifuentes Muñoz: o.

se, sin embargo, que es un derecho implícito, que deriva de la protección del derecho a la vida privada y a la intimidad familiar y personal, a la propia imagen, a la honra de la persona y de su familia, derechos que emanan de la dignidad de la persona.²⁰

Según este entendimiento, el derecho a la autodeterminación informática constituye la facultad de una persona para autorizar la recolección, conservación, uso y circulación de los datos existentes en una base de datos pública o privada, así como para conocerla, actualizarla, rectificarla o cancelarla, y también determinar por sí misma, cuándo y dentro de qué límites pueden revelarse situaciones referentes a su propia vida.²¹

1.2. Derecho a la imagen

Podría conceptualizarse el derecho a la imagen como la facultad privativa que tiene su titular (la persona) para difundir o publicar su propia imagen y, derivado de ello, para que terceros no la reproduzcan o publiquen sin su consentimiento, cuando entiende que daña su intimidad, honor, reputación o decoro.

No todos los países consagran de manera expresa en sus textos constitucionales este derecho. España, por ejemplo, lo recoge en el artículo 18.1, al proclamar: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Sobre esa base normativa, el Tribunal Constitucional español, pese a que este derecho se encuentra consagrado juntamente con los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, reconoció su existencia como derecho autónomo”.²²

La Constitución boliviana no consagra de manera expresa el derecho a la imagen; sí lo hace el Código civil, al expresar:

cit., pp. 87-89. Sobre el derecho a la autodeterminación informativa y su vinculación al derecho a la intimidad, puede consultarse Zúñiga: o. cit., p. 293.

²⁰ Humberto Nogueira Alcalá: “Reflexiones sobre el establecimiento constitucional del hábeas data y del proyecto de ley en tramitación parlamentaria sobre la materia”, en *Ius et Praxis* (“Derecho a la autodeterminación informativa y acción de hábeas data en Iberoamérica”), Talca: Universidad de Talca, 1997, p. 265.

²¹ Cifuentes Muñoz: o. cit., pp. 89; Eguiguren P.: o. cit., p. 124.

²² Al señalar: “Se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad de evitar su difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y protección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual”. SC 231/1988, <<http://www.tribunalconstitucional.es>>.

Cuando se comercia, publica, exhibe o expone una imagen de una persona lesionando su reputación o decoro, la parte interesada y, en su defecto, su cónyuge, descendientes o ascendientes pueden pedir, salvo los casos justificados por ley, que el juez haga cesar el hecho lesivo.

Sin embargo, su no consagración expresa no impide que, al tratarse de un derecho inherente a la persona humana, pueda encontrar protección a través de los recursos previstos en la Constitución, como lo ha entendido el Tribunal Constitucional al reconocer que el derecho a la imagen se deriva del derecho a la dignidad humana:

[...] pero que tiene su ámbito de protección en forma autónoma, con elementos propios de los que pudieran tener los derechos a la intimidad, al honor o a la identidad con quienes guarda cierta aproximación, de modo que no puede ser confundido con ninguno de estos derechos, pues el derecho a la imagen es un derecho humano que comprende la facultad de proteger la imagen propia a fin de que aquella no se reproduzca, total o parcialmente en forma íntegra o deformada, sin consentimiento del titular. Sin embargo, también cabe referir que aunque tiene independencia propia y autónoma frente a esos derechos también personalísimos, su protección en el orden internacional a través de diversos instrumentos sobre derechos humanos, está inmersa en la protección a los derechos a la intimidad y al honor.²³

De la jurisprudencia glosada se entiende que, a través del recurso de hábeas data, se podrá alegar vulneración de este derecho cuando se impida conocer, objetar u obtener la eliminación, rectificación o la reserva de los bancos de datos que contengan *imágenes* (fotografía, videos, retratos...) de la persona que se considere agraviada, y se recalca que para que exista acto ilegal es necesario que la persona *no haya otorgado su consentimiento* para la difusión o reproducción de su imagen, sin que sea necesario que ésta afecte su honra, reputación u honor.

1.3. Derecho a la honra y a la reputación

La honra es un derecho que deriva de la dignidad de la persona y se vincula a los derechos a la intimidad, a la reputación y al honor. La honra se expresa en la pretensión de respeto de cada individuo como consecuencia del reconocimiento de su dignidad, y se diferencia del honor en tanto éste hace referencia a la percepción que el propio sujeto tiene de su dignidad, en un plano interno y subjetivo. Es decir, el honor es la valoración que la propia persona hace de sí misma, en tanto que la honra es la ponderación que los demás hacen de ella.²⁴

²³ Cf. SC 1376/2004-R. La misma sentencia señaló que, por la naturaleza de ese derecho, “[...] los instrumentos técnicos para provocar una lesión en el mismo, serán la fotografía, un dibujo o retrato, una caricatura, video, película, libro o un artículo periodístico, siendo importante que la reproducción que se haga de esta imagen sea tal que sirva para identificar e individualizar en concreto a la persona representada y por medio de ellos pueda reconocérsela”.

²⁴ En este sentido, el Tribunal Supremo español hace esta diferenciación del siguiente modo: “El derecho fundamental al honor se encuentra integrado por dos aspectos o actitudes íntimamente conexados: 1) el de la inmanencia o mismidad, representada por la estimación que cada persona hace

La reputación, conforme lo entiende la doctrina, es el juicio que los demás tienen sobre las cualidades de una persona, sean éstas morales, profesionales, personales u otras. También conocida como el *derecho al buen nombre*, se encuentra relacionada con la fama adquirida por el individuo por sus acciones personales, atendiendo al mérito o demérito.

Conforme a ello, atentarán contra el derecho a la honra y la reputación aquellas acciones que impidan conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de aquellos datos ajenos a la verdad, que denigren a la persona y distorsionen su prestigio social; por ejemplo, la falsa imputación de delitos, inmoralidades, menosprecio, etcétera. En estos casos, necesariamente debe existir el ánimo de lesionar, es decir, la intención de afectar en forma directa la honra o la reputación de un individuo.²⁵

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la SC 686/2004-R, ha definido el *derecho a la honra* como:

[...] la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida y tratada por los demás miembros de la colectividad que le conocen; es el derecho que tiene toda persona a que el Estado y las demás personas reconozcan y respeten la trascendencia social de su honor. Es un derecho que se gana de acuerdo a las acciones realizadas por cada persona, de manera que en virtud de ellas pueda gozar del respeto y admiración de la colectividad como consecuencia de su conducta correcta e intachable acorde con valores de la ética y la moral, o, por el contrario, carezca de tal imagen y prestigio, en razón a su indebido comportamiento social; cabe advertir que la honra, se constituye en una valoración externa de la manera como cada persona proyecta y presenta su imagen; de manera que las actuaciones buenas o malas, son el termómetro positivo o negativo que la persona irradia para que la comunidad se forme un criterio objetivo respecto de la honorabilidad de cada ser; pues las buenas acciones acrecientan la honra, las malas decrecen su valoración. En este último caso se entiende que no se puede considerar vulnerado el derecho a la honra de una persona, cuando es ella misma quien ha impuesto el desvalor a sus conductas y ha perturbado su imagen ante la colectividad.

En Bolivia, la Ley Fundamental, en armonía con las constituciones y los pactos internacionales aludidos, introdujo el instituto jurídico objeto de nuestro estudio²⁶ como una garantía constitucional destinada a tutelar los derechos a la intimidad y privacidad personal y familiar, a la imagen, honra y reputación, según el siguiente texto:

Artículo 23. I. Toda persona que creyere estar indebida o ilegalmente impedida de *conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación* de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético, informático en archivos o bancos

sí misma, y 2) el de la trascendencia o exterioridad, integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad; por ello, el ataque y lesión, en su caso, al honor se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia intimidad e incluso de la familia, como en el externo del ambiente social y por ende profesión al en que cada personas se desenvuelve, que hace trascender el referido derecho del ámbito estrictamente intimista". Así SS Sala 1.^a, de 23.03 y 22-10-87.

²⁵ Comisión Andina de Juristas: o. cit., pp. 179-180.

²⁶ En Bolivia, el hábeas data se introduce en la reforma constitucional de 20 de febrero de 2004.

de datos públicos o privados que afecten su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación reconocidos en esta Constitución, podrá interponer el recurso de hábeas data ante la Corte Superior del Distrito o ante cualquier Juez de Partido a elección suya”.

II. Si el tribunal o juez competente declara procedente el recurso, ordenará la revelación, eliminación o rectificación de los datos personales cuyo registro fue impugnado.

De un análisis gramatical del texto de la Constitución, podría parecer que el artículo 23 sólo atiende a las finalidades de dar a conocer, eliminar o rectificar los datos personales de los registros impugnados; de lo que se podría concluir que la persona, a través de este recurso, no podría preservar la confidencialidad de los datos que constan en un registro. Sin embargo, tratándose de la protección de derechos, no es posible realizar una interpretación restrictiva. Más bien, partiendo de los derechos protegidos, entre los cuales se encuentra el derecho a la intimidad —que implica en un sentido positivo, como se vio, la libertad que tiene la persona para decidir qué hacer con su vida privada y de guardar reserva sobre aquellos aspectos que no desea que sean conocidos por los demás—, se debe entender que la persona, en ejercicio de esa libertad, puede decidir qué aspectos de su vida privada deben ser mantenidos en forma confidencial y, por lo mismo, también puede objetar la circulación de esa información. En consecuencia, es dable sostener que en nuestra Ley Fundamental, en coherencia con la doctrina y legislación comparada, el recurso tiene entre sus finalidades las de posibilitar que el agraviado conozca, elimine, rectifique (actualice o modifique) y mantenga en reserva los datos que consten en archivos públicos o privados.

Corresponde precisar, por su relevancia jurídico-constitucional, que del contenido de la expresión “que afecten su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación reconocidos en esta Constitución”, utilizada por el artículo 23.I de la CPE, se infiere que los derechos aludidos han sido implícitamente incorporados al catálogo de los derechos fundamentales, establecido en el artículo 7 de la Constitución. Su no incorporación expresa en la Constitución llevó a Gareca Perales a sostener que esto ocurrió “quizás porque en la década de los sesenta la precariedad de los medios de comunicación de aquel entonces y el escaso desarrollo tecnológico no permitieron al legislador avizorar las amenazas del desarrollo informático y de las comunicaciones”.²⁷

2. Alcance de la expresión *banco de datos, archivos o registros*

Dado que las lesiones a los derechos fundamentales que tutela el hábeas data tienen su origen en los registros, archivos o bancos de datos de entidades públicas o

²⁷ Pedro Gareca Perales: *El hábeas data*, Sucre: Gaviota, 2004, p. 99.

privadas, se hace necesario precisar qué debe entenderse por archivos o banco de datos.

Según una definición restringida, los bancos de datos son depósitos electrónicos de datos institucionalizados, es decir, el conjunto de archivos computarizados que permiten el almacenamiento de información, así como su acceso, sea mediante una clave específica o de forma abierta al público. Sin embargo, según una definición amplia, el requisito de medios electrónicos o computarizados para el almacenamiento de datos no es imprescindible, ya que sólo es una consecuencia del avance tecnológico actual.

Consiguientemente, cuando las normas constitucionales de los diferentes países aluden a *bancos de datos*, hacen referencia a cualquier archivo o registro, legajo, expediente u otra forma utilizada para agregar datos o manipularlos, que puede ser mecánica o manual, por lo que se concluye que estos términos designan en forma indistinta al conjunto organizado de datos, electrónico o no, cualquiera sea la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso.²⁸

Ahora bien, la doctrina señala que la privacidad personal y familiar está conformada por los datos privados o reservados de la persona y su familia, por lo que éstos tienen que autorizar la divulgación o publicación de esa información. Por consiguiente, no pueden ser considerados privados aquellos datos que tienen la característica de ser públicos, razón por la cual podrá demandarse su conocimiento, actualización o modificación, mas no su reserva o confidencialidad. Tienen esta característica, por ejemplo, los datos relativos a la identificación de las personas, como el nombre, apellido, edad, profesión, estado civil; información que, si bien la persona no está obligada a otorgar a terceros, no puede evitar que una vez difundida sea conocida.

Esta situación puede alcanzar mayor nivel de tensiones entre derechos debido al desplazamiento hacia los particulares de cierta información que hasta ahora estaba en manos del Estado; pues, como bien advierte Acuña Llamas: “Esta *sociedad de la información* hacia la que avanza la civilización occidental se refiere al proceso gradual mediante el cual el Estado democrático moderno ha venido delegando, en manos de particulares, una serie de potestades públicas —traslación legalizada—, fenómeno que no deja de suscitar enormes réplicas y al que se le conoce también como la ‘despublicación’, el cual entraña nuevas incógnitas ahí donde se produce el riesgo del derecho a la privacidad de los ciudadanos”.²⁹ El autor considera aquí *de riesgo* los datos más sensibles de las personas (origen o pertenencia étnica, religión, aficiones, salud, preferencias sexuales).

Son privados aquellos datos personales que sólo en algunas circunstancias las personas están obligadas a proporcionar a terceros, quienes deben impedir su difusión y respetar la voluntad de confidencialidad sobre ellos. Ahora bien, si estos datos son

²⁸ Pierini, Lorences y Tronabene: o. cit., pp. 29-30, 91.

²⁹ Francisco Javier Acuña Llamas et al.: *Derecho de acceso a la información* (eds.: Ernesto Villanueva e Issa Luna Pla), México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

divulgados sin la autorización de su titular o sin orden de autoridad competente, se vulnera el derecho a la privacidad.

Conforme a ello, se ha señalado que afectan a la intimidad personal y familiar: la información “sensible” (raza, ideología, religión, enfermedades que pueden resultar discriminatorias, creencias, etcétera), los datos secretos (secreto profesional, bancario, confesión), aquellos datos reservados (información que el titular no está obligado a proporcionar a terceros, como las adopciones, la calidad de víctimas de delitos contra la libertad sexual, etcétera) y los datos privados que el titular debe proporcionar ante alguna autoridad (por ejemplo, las declaraciones juradas impositivas, información que sólo puede ser utilizada para el fin con que fue otorgada).³⁰

En Bolivia, el artículo 23.I de la CPE señala que el recurso de hábeas data puede ser interpuesto por la persona que crea estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de “los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético, informático en archivos o bancos de datos públicos o privados”; en consecuencia, la norma constitucional, en coherencia con la doctrina sobre el particular, establece en forma amplia las modalidades de registro de los datos, las que no están restringidas al aspecto electrónico.

3. Finalidad del recurso

De manera más o menos coincidente, desde las primeras configuraciones del hábeas data, esta garantía estuvo dirigida a precautelar el derecho de las personas a conocer la información almacenada en archivos, con la posibilidad de rectificarla, actualizarla o excluir aquellos datos sensibles, que pudieran lesionar los derechos a la intimidad, honra y reputación de las personas. Así, la Constitución de Brasil de 1988, en el artículo 5, inciso LXXII, instituyó el hábeas data con los siguientes cometidos:

- a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona de quien lo pide, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlos en proceso reservado judicial o administrativo.

A su vez, la Constitución de Colombia de 1991, en el artículo 15, señala que todas las personas tienen derecho:

[...] a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

³⁰ Julio Núñez: Ponce: “Perú: la acción constitucional de hábeas data y la comercialización de información judicial en Internet”, <http://premium.vlex.com/doctrina/REDI_Revista_Electronica_Derecho_Informatico/Accion_Constitucional_Habeas_Data_Comercializacion_Informacion_Judicial_Internet/2100-107351,01.html>, p. 5.

Por su parte, la Constitución de Paraguay de 1992, en su artículo 135, expresa:

[...] toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, sobre sus bienes obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.

La Constitución argentina establece en el artículo 43:

Toda persona puede interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registro o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

La jurisprudencia argentina, interpretando el contenido del texto constitucional glosado, ha precisado que el hábeas data tiene cinco objetivos principales, a saber:

a) que una persona pueda acceder a la información que conste sobre ella en un registro o banco de datos; b) que se actualicen los datos registrados; c) que se rectifiquen los inexactos; d) que se asegure la confidencialidad de cierta información legalmente obtenida para evitar que sea conocida por terceros, y e) la supresión de la información sensible.³¹

La doctrina, sobre la base del desarrollo normativo y jurisprudencial, asigna al hábeas data, los siguientes cometidos:³²

1. *Conocer la información* existente en un banco de datos, compulsarla y verificar su veracidad, así como informarse sobre su finalidad y el uso que se le dará.³³
2. *Actualizar* los datos existentes en una base de datos, añadiendo los datos omitidos o poniendo al día la información atrasada.³⁴
3. *Modificar o corregir* la información cuando los registros contienen datos incorrectos o cuando éstos son ajenos a la verdad.

³¹ Cf. CNFed. Cont-adm, Sala IV, “Farrel, D.A c/Banco Central y otros”, JA, 1995-IV-350.

³² Néstor Pedro Sagüés: “El hábeas data en Argentina (orden nacional)”, en *Ius et Praxis* (“Derecho a la autodeterminación informativa y acción de hábeas data en Iberoamérica”), Talca: Universidad de Talca, 1997, pp. 137 ss.; Eguiguren P.: o. cit., p. 120; Pierini, Lorences, Tronabene: o. cit., pp. 23 ss.

³³ Néstor Pedro Sagüés denomina al hábeas data que tiene esta finalidad como *informativo*, que a su vez se divide en hábeas data *exhibitorio*, *finalista* y *autorral*. El primero tiene por fin “tomar conocimiento de los datos”, lo que implica ejercitar el derecho de acceso a la base de datos por parte del registrado; el segundo está orientado a saber para qué y para quién se registran los datos; finalmente, el tercero tiene como fin preguntarse acerca de quién obtuvo los datos existentes en el registro.

³⁴ Este hábeas data es denominado por Sagüés como *hábeas data aditivo*, pues su propósito es agregar más datos de los que deberían constar en el respectivo banco de datos o poner al día la información retrasada (hábeas data actualizador).

4. *Preservar la confidencialidad* de cierta información que, si bien contiene datos correctos, obtenidos legalmente, no puede ser otorgada en forma indiscriminada; con la activación del recurso se impide que esos datos sean divulgados o comunicados a otras personas, salvo que la información sea solicitada por autoridad competente o por el interesado.
5. *Excluir aquella “información sensible”*, es decir, los datos que sólo interesan al titular, por estar vinculados a ideas políticas, religiosas, comportamiento sexual, ciertas enfermedades que son o pueden ser discriminatorias y pueden lesionar el derecho al honor o a la privacidad del titular.

4. Marco procesal

Muchas de las Constituciones de Latinoamérica han optado por aplicar a los recursos de hábeas data, al menos con carácter transitorio, el procedimiento que sus respectivos ordenamientos establecen para el amparo constitucional. Éste es el caso de Brasil, Colombia y Argentina.³⁵

En Bolivia se ha seguido esta misma técnica legislativa, de lo que se infiere que la doctrina constitucional sentada para el amparo también es aplicable al recurso de hábeas data; por tanto, en la admisión³⁶ del hábeas data están presentes las exigencias de legitimidad, subsidiaridad e inmediatez; entre otras. Sin embargo, como sostiene Rivera Santibáñez:

Como acción tutelar, el hábeas data sólo se activa a través de la legitimación restringida, la que es reconocida a la apersona afectada, que puede ser natural o jurídica. En consecuencia no admite una activación por la vía de acción popular, es decir, no se reconoce la legitimación activa amplia.³⁷

³⁵ Eguiguren P.: o. cit., p. 130.

³⁶ El artículo 97 de la *Ley del Tribunal Constitucional* (LTC) establece como requisitos para la admisión del recurso de amparo constitucional los siguientes: I. Acreditar la personería del recurrente; II. Nombre y domicilio de la parte recurrida o de su representante legal; III. Exponer con precisión y claridad los hechos que le sirvan de fundamento; IV. Precisar los derechos o garantías que se consideren restringidos, suprimidos o amenazados; V. Acompañar las pruebas en que se funda la pretensión, y VI. Fijar con precisión el amparo que se solicita para preservar o reestablecer el derecho o la garantía vulnerados o amenazados. El artículo 98, establece: “El Tribunal o juez competente, en el plazo de veinticuatro horas admitirá el recurso de amparo constitucional que cumpla los requisitos de forma y contenido exigidos por el artículo precedente; caso contrario será rechazado. Los defectos formales podrá subsanar el recurrente en el plazo de cuarenta y ocho horas de su notificación sin ulterior recurso”.

³⁷ José Antonio Rivera Santibáñez: *Jurisdicción constitucional*, Cochabamba: Kipus, 2.^a ed., 2004, p. 434.

4.1. *Requisitos de admisión*

De manera general, sobre los requisitos de admisión el Tribunal Constitucional ha establecido dos subreglas básicas: a) cuando se omite alguno de los requisitos en la etapa de admisión y ello no se subsana dentro del plazo de ley, da lugar al rechazo, y b) si el recurso fue admitido pese a no cumplirse con los requisitos exigidos por ley, se da lugar a la improcedencia del amparo, sin ingresar al análisis del fondo del asunto.³⁸

Conforme a esto, al interponer el recurso de hábeas data será preciso que el recurrente acredite su personería, señale el nombre y domicilio de la parte recurrida, exponga con claridad los hechos, acompañe las pruebas en que se funda su pretensión, fije con precisión la tutela que solicita y precise los derechos que considere han sido vulnerados, que no podrán ser otros que los señalados en el artículo 23 de la CPE, es decir, los derechos a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación.

4.1.1. *Legitimación activa*

En desarrollo del artículo 19.II de la CPE,³⁹ la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que la legitimación activa es aquella que “corresponde al afectado que directamente acredita interés en el asunto y en quien recaen las consecuencias jurídicas de la resolución o acto de la autoridad que se impugna”;⁴⁰ en otros términos, es la “relación directa entre el recurrente y el derecho que se invoca como violado, en función del interés personal que tiene quien pide el Amparo”.⁴¹ Sólo la puede interponer quien acredite un interés directo y un daño potencial o cierto que lo habilite al reclamo.

En concordancia con lo señalado, el artículo 23 de la CPE faculta a “toda persona que creyere estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético, informático en archivos o bancos de datos públicos o privados que afecten su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación”, a interponer el recurso de hábeas data. Lo que se exige en ambos preceptos es que debe existir identidad entre la persona que interpone el recurso y la que reclama su derecho supuestamente vulnerado; sin embargo, dada la

³⁸ Así, SSCC 227/2002-R y 905/2002-R, 1127/2003-R y 0652/2003-R, entre otras.

³⁹ Este precepto dice textualmente: “El recurso de amparo se interpondrá por la persona que se creyere agraviada o por otra a su nombre con poder suficiente —salvo lo dispuesto en el artículo 129.º de esta Constitución—, ante las Cortes Superiores en las capitales de Departamento, o ante los Jueces de Partido en las provincias, tramitándose en forma sumarísima. El Ministerio público podrá también interponer de oficio este recurso cuando no lo hiciere o no pudiere hacerlo la persona afectada”.

⁴⁰ Cf. SC 134/2002-R.

⁴¹ Cf. SC 517/2002-R.

configuración procesal del artículo 19 y 129 de la CPE, el recurso puede ser interpuesto por el Ministerio Público cuando no lo presente o no pudiere hacerlo la persona afectada, o bien por el Defensor del Pueblo.

Ahora bien, conviene precisar que, al ser la privacidad familiar uno de los derechos protegidos por el hábeas data, pueden tener legitimación activa los miembros del grupo familiar (compuesto por el padre, la madre y los hijos), aunque el acto ilegal no recaiga directamente sobre la persona que interpone el recurso, sino, en forma genérica, sobre la familia.

La legitimación activa puede recaer tanto en una persona natural como en una persona jurídica, pues, si bien hay discusión en la doctrina en cuanto a la posibilidad de lesión que pueden sufrir las personas colectivas en su derecho a la intimidad, y que en este entendido algunas legislaciones limitan su protección de manera expresa únicamente a las personas naturales,⁴² nos parece que no puede decirse lo mismo cuando se trata de la lesión a los derechos a la reputación o al buen nombre.⁴³

En este orden, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha entendido:

La legitimación activa del hábeas data recae en la persona natural o jurídica —aunque el precepto constitucional no lo determina de esa manera en forma expresa, se entiende que dentro de la protección de este recurso se puede y debe abarcar tanto a las personas físicas como a las jurídicas, de quienes también se pueden registrar datos e informaciones— respecto de la cual la entidad pública o privada haya obtenido y tenga registrados datos e informaciones que le interesen a aquella conocer, aclarar, rectificar, modificar, o eliminar, y que no haya tenido respuesta favorable por la citada entidad para lograr esos extremos.⁴⁴

4.1.2. *Legitimación pasiva*

La Constitución boliviana habla en forma genérica de bancos de datos públicos o privados, sin establecer ningún límite en cuanto a los últimos, como lo hace la Constitución argentina, que expresamente señala que los bancos de datos privados deben estar destinados a proveer informes.

Por la naturaleza de los derechos que protege el hábeas data (intimidad, privacidad familiar, honor, imagen, reputación), entendemos que sólo es posible interponer el

⁴² Así lo establece el artículo 1 de la ley orgánica 15/1999 de 3 de diciembre, de España, al reducir la protección únicamente para las “personas físicas”.

⁴³ Es importante la precisión que sobre el particular hace el artículo 56 del Código Civil boliviano, cuando prevé: “[...] las personas colectivas deben adoptar, a tiempo de constituirse, un nombre al cual es aplicable lo dispuesto por el artículo 12”. Esta última norma establece: “La persona a quien se discuta el derecho al nombre que lleva o sufra algún perjuicio por el uso indebido que de ese nombre haga otra persona, puede pedir judicialmente el reconocimiento de su derecho o la cesación del uso lesivo. El juez puede ordenar que la sentencia se publique por la prensa”.

⁴⁴ Cf. SC 965/2004-R.

recurso contra las personas de derecho privado cuando éstas estén a cargo de un banco de datos que tenga como objetivo otorgar información a terceras personas sobre los datos consignados en sus archivos, dado que sólo cuando esos registros se hacen públicos se lesionan los derechos antes señalados; consiguientemente, sólo en tales circunstancias puede recaer la legitimación pasiva en bancos privados de datos.

El Tribunal Constitucional ha establecido que hay legitimación pasiva cuando existe “coincidencia entre la autoridad que presuntamente causó la violación de los derechos y aquella contra quien se dirige la acción”.⁴⁵

En el recurso de hábeas data, considerando que la acción se interpone contra los actos que impidan conocer, objetar u obtener la eliminación, rectificación o mantener en reserva los datos existentes en archivos o bancos de datos públicos o privados, se entiende que la legitimación pasiva recae en el representante legal de la entidad pública o privada que esté en posesión de los archivos.

4.2. De la demanda y su régimen procesal

Conforme a lo establecido por el artículo 23 de la CPE, en concordancia con su artículo 19, el recurso de hábeas data se interpone por la persona que se creyere agraviada u otra a su nombre con poder suficiente, ante las cortes superiores en las capitales de departamento o ante los jueces de partido en las provincias,⁴⁶ y se tramita en forma sumarísima.

Si es que la demanda cumple con los requisitos exigidos, el juez o tribunal del recurso, en el plazo de veinticuatro, horas admitirá el hábeas data; en caso contrario será rechazado, salvo que se trate de defectos formales, que podrán ser subsanados en el plazo de 48 horas.

Admitido el recurso, se fijará día y hora de audiencia, que debe tener lugar dentro del plazo máximo de 48 horas desde la citación, la cual se efectuará en forma personal o por cédula a la autoridad o particular recurrido.

⁴⁵ 396/2004-R, entre otras.

⁴⁶ La jurisprudencia constitucional ha establecido en la SC 1382/2002-R, que, “en el sentido de la Constitución, los recursos de hábeas corpus por violaciones a la libertad individual, en cualquiera de las formas establecidas en la Ley del Tribunal Constitucional, que se cometan en las capitales de departamento, deben ser conocidos y resueltos por la Corte Superior de Distrito en una de sus salas, o por el Juez de partido de turno; en cambio, si tales actos ilegales u omisiones contra la libertad, se cometen en las provincias, será competente para conocer el recurso de hábeas corpus en cuestión, el juez de partido, y en ausencia de éste, el juez de instrucción, del ámbito territorial dentro del cual ejerzan jurisdicción y competencia los nombrados órganos jurisdiccionales. *Este entendimiento interpretativo es aplicable, en lo conducente, a los recursos de amparo constitucional*; en ambos casos regirán, en lo pertinente, las reglas de la jurisdicción y competencia territorial establecidas por el artículo 35 de la Ley de Organización Judicial”; doctrina que conforme quedó precisado líneas arriba, es también aplicable a los recursos de hábeas data. *Cursivas añadidas.*

La audiencia no podrá ser suspendida por la incomparecencia del Ministerio Público, y en ella el recurrente elevará informe sobre los hechos denunciados. El juez o tribunal deberá pronunciar resolución en la misma audiencia, declarando procedente o improcedente el recurso. En el primer caso, se determinará la existencia o no de responsabilidad civil y penal; en el segundo, se impondrá y fijará costas y multa al recurrente. Esta resolución será elevada en revisión, de oficio, ante el Tribunal Constitucional en el plazo de 24 horas.

4.2.1. *Improcedencia por subsidiaridad*

El carácter subsidiario del hábeas data está expresamente establecido por el artículo 19.IV de la CPE, aplicable al hábeas data, que determina que la autoridad judicial que conoce el recurso deberá examinar la competencia del funcionario o los actos del particular y, si encuentra cierta y efectiva la denuncia, concederá el amparo solicitado *siempre que no hubiere otro medio o recurso legal* para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados.⁴⁷

4.2.2. *Improcedencia por falta de inmediatez*

El Tribunal Constitucional ha sentado la línea jurisprudencial según la cual la persona que se considere agraviada por la lesión de un derecho fundamental debe activar la jurisdicción constitucional hasta un máximo de seis meses después de tener conocimiento del acto ilegal o la omisión indebida, o, en su caso, dentro de los seis meses después de haberse agotado los medios y recursos previstos en la ley para

⁴⁷ En efecto, la SC 965/2004-R precisó: “Tomando en cuenta sus fines y objetivos, así como la aplicación supletoria de las normas previstas por el artículo 19 de la CPE, dispuesta por el artículo 23 párrafo V antes referido, se entiende que el hábeas data es una acción de carácter subsidiario, es decir, que solamente puede ser viable en el supuesto que el titular del derecho lesionado haya reclamado ante la entidad pública o privada encargada del banco de datos, la entrega de la información o datos personales obtenidos o almacenados, y en su caso, la actualización, rectificación o supresión de aquella información o datos falsos, incorrectos, o que inducen a discriminaciones, y no obtiene una respuesta positiva o favorable a su requerimiento, o sea que la entidad pública o privada no asume inmediatamente la acción solicitada. Dicho de otro modo, el hábeas data se activa exclusivamente cuando la persona demuestra que ha acudido previamente ante la entidad pública o privada para pedir la restitución de su derecho lesionado y no ha podido lograr la reparación a dicha vulneración”.

Conviene también precisar que el principio general de subsidiaridad del hábeas data ha sido modulado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las SSCC 1089/2003-R, 552/2003-R, 106/2003-R, 374/2002-R, 1337/2003-R, entre otras, que han señalado que no “podrá ser interpuesta esta acción extraordinaria, mientras no se haya hecho uso de los recursos ordinarios o administrativos y, en caso de haber utilizado los mismos deberán ser agotados dentro de ese proceso o vía legal, sea judicial o administrativa, *salvo que la restricción o supresión de los derechos y garantías constitucionales ocasione perjuicio irremediable e irreparable*” (cursivas añadidas).

hacer cesar la lesión denunciada.⁴⁸ Este entendimiento está sustentado en el principio de preclusión de los derechos para accionar, dado que, por principio general del derecho, ningún sujeto procesal puede pretender que el órgano jurisdiccional esté a su disposición en forma indefinida, pues sólo podrá estarlo dentro de un tiempo razonable, y si en ese tiempo el agraviado no presenta ningún reclamo, ello implica que no tiene interés alguno en que sus derechos y garantías le sean restituidos.⁴⁹

En consecuencia, la acción debe ser interpuesta por el agraviado hasta el término de seis meses, contados a partir del momento en que se le hubiera impedido conocer, objetar u obtener la eliminación, rectificación o reserva de los datos registrados en archivos o bases de datos, si es que no existe otro medio o recurso para el efecto, o desde que éstos hubieran sido agotados sin lograr la reparación de los derechos vulnerados.

4.2.3. Improcedencia por actos consentidos libre y expresamente

El artículo 96.2 de la Ley del Tribunal Constitucional establece que el recurso de amparo constitucional no procede contra los actos consentidos libre y expresamente, causal que tiene su fundamento, según la jurisprudencia constitucional, en el libre desarrollo de la personalidad, pues:

[...] toda persona puede hacer lo que desee en su vida y con su vida sin que la Sociedad o el Estado puedan realizar intromisiones indebidas en dicha vida privada; pues se entiende que toda persona tiene la absoluta libertad de ejercer sus derechos de la forma que más convenga a sus intereses, con la sola condición de no lesionar el interés colectivo o los derechos de las demás personas; por lo mismo, frente a una eventual lesión o restricción de su derecho fundamental o garantía constitucional la persona tiene la libertad de definir la acción a seguir frente a dicha situación, ya sea reclamando frente al hecho ilegal, planteando las acciones pertinentes o, en su caso, de consentir el hecho o llegar a un acuerdo con la persona o autoridad que afecta su derecho, por considerar que esa afección no es grave y no justifica la iniciación de las acciones legales correspondientes.⁵⁰

En este sentido, la causal de improcedencia descrita también es aplicable al hábeas data, pues si el titular de los derechos protegidos por esta acción ha consentido la invasión a su intimidad y privacidad personal o familiar, no puede solicitar la protección que brinda el hábeas data.

4.2.4. Improcedencia por cesación de los efectos del acto reclamado

El 96.2 de la LTC determina que el amparo constitucional no procede cuando hubieren cesado los efectos del acto reclamado, es decir, cuando la causa para la

⁴⁸ Así, las SSCC 1442/2002-R, 1155/2003-R, entre otras.

⁴⁹ Así, SC 1157/2003-R.

⁵⁰ Así, SC 700/2003-R.

interposición del recurso haya desaparecido antes de la citación a los demandados con el recurso; la improcedencia se explica porque, cuando desaparece el objeto del recurso, la tutela ya no tendría razón de ser ni objeto.⁵¹

Esta causal, al ser aplicable a los recursos de hábeas data, determina que, si antes de la citación con la acción el recurrido da a conocer, rectifica, elimina o dispone mantener en reserva la información contenida en la base de datos, el recurso resulta improcedente.

4.2.5. *Identidad de sujeto, objeto y causa*

Ésta es una causal de improcedencia expresamente contenida en el artículo 96.2 de la LTC, que prevé que el recurso de amparo no procederá “cuando se hubiere interpuesto anteriormente un recurso constitucional con identidad de sujeto, objeto y causa”.

Para que opere esa causal de improcedencia —aplicable al recurso de hábeas data— es preciso que, como lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, exista necesariamente la concurrencia de las tres identidades (sujeto, objeto y causa), es decir:

a) de sujetos: que sean las mismas personas que presentan el recurso y lo dirigen contra la misma autoridad o personas particulares contra las que recurrieron antes; b) de causa: que el motivo (acto o resolución), que da origen al amparo, sea el mismo en ambos casos, y c) de objeto: que el propósito del recurso sea el mismo tanto en el primer como en el segundo amparo.⁵²

5. **Derecho al acceso a la información pública**

El derecho de acceso a la información pública está previsto en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como parte del derecho a la libre expresión consagrado por el mismo precepto.⁵³ También como parte del derecho

⁵¹ Así, las SCC 050/2004-R, 905/2004-R.

⁵² Así, SC 115/2003-R.

⁵³ El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

”2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

”a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

”b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

a la libertad de expresión, el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho de acceso a la información pública.⁵⁴ Ambos preceptos reconocen que este derecho puede estar sujeto a ciertas restricciones, las que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para:

- a. Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás:
- b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.⁵⁵

La Corte Interamericana, interpretando el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la opinión consultiva sobre “La colegiación obligatoria de periodistas”, señaló que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”, y que, en consecuencia, existiría una doble dimensión del derecho: individual y social. Así, en la dimensión individual, nadie puede ser arbitrariamente impedido de manifestar su pensamiento, lo que comprende, además, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundirlo, y, en lo social, un derecho colectivo a *recibir cualquier información* y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.⁵⁶

En ese orden, el derecho a la información forma parte del derecho a la libre expresión e implica la facultad de toda persona de solicitar información a las instituciones públicas, las cuales se encuentran obligadas a proporcionarla, salvo en algunos supuestos en los que se determina la confidencialidad de los datos. Ésta, no obstante, debe ser razonable y destinada a la protección de determinados valores, como la defensa y seguridad nacionales.⁵⁷

La doctrina establece que las solicitudes deben estar dirigidas a obtener información pública, entendida como el “conjunto de datos y hechos ordenados que tienen como propósito servir a las personas para la toma de decisiones, de manera que se enriquezca la convivencia y participación democrática”.⁵⁸ En ese sentido, la información pública tiene una doble perspectiva, pues opera como un “deber del Estado de dar a conocer a la sociedad sus propias decisiones y derecho de los ciudadanos a acceder a dicha información pública”.⁵⁹

⁵⁴ El precepto aludido se halla redactado en similares términos que el de la Convención Americana.

⁵⁵ Artículo 13.2.

⁵⁶ Citado en Luis M. García: “La protección de la identidad de las fuentes periodísticas a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de los estándares de sus órganos de aplicación”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2004, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, p. 639.

⁵⁷ Comisión Andina de Juristas: o. cit., pp. 219-220.

⁵⁸ Ernesto Villanueva: *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM, <www. Bibliojurídica.org/libros>, p. LXXXIII.

⁵⁹ Miguel Julio Rodríguez Villafaña: “Acceso a la información pública en Argentina”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2004, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, p. 587.

Como deber, nace de la forma republicana de gobierno e importa ya no solamente la obligación de publicar aquellos actos trascendentales de los órganos ejecutivo, legislativo y judicial (decretos, leyes y sentencias), puesto que, dados los requerimientos actuales, es necesario brindar la más amplia información, como muestra de transparencia de las actividades desplegadas por la administración pública, que permita a las personas controlar los actos de gobierno y conocer la información de carácter público que pueda tener relevancia no sólo personal, sino también para el grupo social al que pertenece el individuo que solicita los datos, lo que enriquece el sistema democrático representativo. Conforme a este entendimiento, la información pública se presenta como:

[...] un bien social al que se debe poder acceder y se tiene que brindar por ser definitorio de una forma de gobierno y, a su vez, una perspectiva de la necesidad de la información del accionar estatal o de la que sea de interés público, en su dinámica propia de derecho humano a garantizar y respetar.⁶⁰

Ahora bien, ¿cuál es el objeto del derecho de acceso a la información pública? Villanueva considera que “es el derecho de las personas a mejorar su calidad de vida, en la medida en que existen distintos derechos subsidiarios cuya interrelación permite que los flujos de la información puedan convertirse en herramientas para tomar decisiones informadas”.⁶¹ Por otra parte, el mismo autor sostiene que la información le pertenece al público y que ésta sólo es administrada por Estado, y que el derecho de acceso a la información permite democratizar el acceso a los datos. Así, por ejemplo, mediante este derecho los individuos y grupos tienen acceso a las políticas del gobierno respecto a salud, infraestructura, etcétera, que pueden estar plasmadas en diferentes proyectos.

En Bolivia, si bien este derecho no está previsto de manera expresa en la Ley Fundamental, como ocurre en otros países de nuestro entorno,⁶² se entiende que, cuando el artículo 7, inciso *b*, de la CPE establece que toda persona tiene derecho a “emitir libremente sus ideas y opiniones por cualquier medio de difusión”, consagra el derecho a la libre expresión, el cual, conforme a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos antes aludida, comprende la libertad de buscar y

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ Villanueva: o. cit., p. XXVIII.

⁶² En otras constituciones de nuestro entorno, este derecho se encuentra previsto en la Constitución. Así, Brasil, en el artículo 5.XIV, señala: “Queda garantizado a todos el acceso a la información y salvaguardado el secreto de las fuentes cuando sea necesario para el ejercicio profesional”; Colombia, artículo 74: “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”; Paraguay, artículo 28: “Las fuentes públicas de información son libres para todos. La Ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo”; Perú, artículo 2.º: “Toda persona tiene derecho: 5) A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido”.

recibir información de toda índole. En consecuencia, en virtud del principio de favorabilidad, reconocido como básico en toda hermenéutica interpretativa de los derechos fundamentales, dado que el intérprete está obligado a optar por aquel entendimiento interpretativo que desarrolle de mejor forma y con la mayor efectividad los derechos, principios y valores que consagran el orden constitucional, debe entenderse que el derecho de acceso a la información está comprendido dentro del derecho a la libre expresión.

Además de lo anotado, se debe tomar en cuenta que este derecho es desarrollado por el artículo 18 de la Ley de Procedimiento Administrativo, entre los derechos de las personas respecto a la Administración pública.

5.1. Derecho al acceso a la información pública y hábeas data

El hábeas data, de acuerdo con lo anotado, es una garantía constitucional que tutela, fundamentalmente, el derecho a la vida privada, y es una forma de derecho de acceso a la información pública,⁶³ en la medida en que garantiza el acceso de las personas a los registros o bases de datos públicos o privados que contengan información que les concierna.

No obstante, el hábeas data tiene sustanciales diferencias con el derecho de acceso a la información pública. En lo fundamental, estas diferencias se resumen en los siguientes puntos:

1. El derecho de acceso a la información pública es un derecho que puede ser invocado por *todas* las persona que deseen acceder a una información de interés público, siempre que esos datos no estén restringidos por ley. La facultad de solicitar información, entonces, no está limitada por la correspondencia del interés personal con los datos que cursan en archivos públicos; es decir, no es exigible que la persona que pide la información acredite su condición de *directa* interesada o agraviada con el procedimiento concreto. En cambio, en el recurso de hábeas data tiene legitimación activa la persona que posee un interés directo en el registro o base de datos, por vulneración a uno de los derechos protegidos por el recurso.

2. Los datos que pueden obtenerse a través del ejercicio del derecho de acceso a la información se refieren, fundamentalmente, a la actividad desplegada por la Administración pública, habida cuenta de que es un derecho que “parte de que la información pública le pertenece a la sociedad”,⁶⁴ en tanto que en el hábeas data sólo se puede consultar la información concerniente a la persona registrada, en virtud de la protección de los derechos a la intimidad y vida privada personal o familiar, honor, reputación e imagen, precisamente como límite al derecho de acceso a la información.

⁶³ Villanueva: o. cit., p. XXV.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. XXVI.

3. Mientras en el derecho de acceso a la información pública se puede consultar información que conste sólo en registros públicos, en el hábeas data se puede acceder a información de bancos de datos públicos o privados.⁶⁵

4. A través del derecho de acceso a la información pública, meramente se permite la consulta y la reproducción de los datos, en tanto que en el hábeas data la persona interesada puede solicitar la actualización, corrección o supresión de la información consultada.

Ahora bien, tomando en cuenta que el derecho de acceso a la información implica la facultad de solicitar información de las instituciones públicas, que permite la participación y el control del ciudadano respecto a la administración pública, en asuntos que le interesen personalmente o al grupo social al que pertenece, este derecho puede colidir, en determinado momento, con los derechos protegidos por el recurso de hábeas data. Éste es, en definitiva, un límite al derecho de acceso a la información pública, como se verá en el siguiente punto.

5.2. Límites al derecho al acceso a la información pública

El ejercicio del derecho al acceso a la información no es absoluto, sino que, de hecho, existen algunas limitaciones en virtud de los intereses superiores que deben ser protegidos: la defensa nacional, la seguridad del Estado, la intimidad de las personas, etcétera. Estos límites están establecidos por la generalidad de las legislaciones,⁶⁶ y previstos en la Ley Modelo de Acceso a Información Administrativa para la Prevención de la Corrupción, de la Organización de Estados Americanos.

Éste ha sido el criterio seguido en Bolivia por la Ley de Procedimiento Administrativo, que en el artículo 18 consagra el derecho de los ciudadanos a la información pública.⁶⁷

⁶⁵ *Ibíd.*, p. XXVI.

⁶⁶ En Colombia, el artículo 15 de la constitución establece: “En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judiciales, en los casos y con las formalidades que establece la ley”, y señala expresamente que el secreto profesional es inviolable. La Constitución española, en el artículo 105, determina que la Ley regulará el “acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. El artículo 2.5 de la Constitución del Perú expresa que se exceptúan del derecho de acceso a la información, “las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del fiscal de la nación o de la comisión investigadora del Congreso con arreglo a la ley y siempre que se refieran al caso investigado”.

⁶⁷ Artículo 18. (Acceso a archivos y registros y obtención de copias): “I. Las personas tienen derecho a acceder a los archivos, registros públicos y a los documentos que obren en poder de la Administración Pública, así como a obtener certificados o copias legalizadas de tales documentos cualquiera que sea la forma de expresión gráfica, sonora, en imagen u otras, o el tipo de soporte material en que figuren.

La indicada ley a su vez establece las siguientes excepciones al derecho de acceso a la información:

5.2.1. Defensa nacional y seguridad del Estado

Ésta es una de las excepciones más controvertidas respecto al derecho de acceso a la información, debido a la complejidad de la definición de ambos términos, que puede variar según el tipo de Estado del que se trate.⁶⁸ Desde una visión clásica, se sostiene que uno de los fines del Estado es el *fin de la existencia*, es decir, el derecho a conservar la suya propia como medio necesario para alcanzar todos sus fines, lo que implica una actitud de defensa, de mantenimiento de la integridad de la sociedad organizada llamada Estado,⁶⁹ ya sea de fuerzas externas o internas.

La defensa nacional y la seguridad del Estado sirvieron, en determinados momentos históricos, para la exaltación del nacionalismo como valor absoluto de todos los ciudadanos, y su defensa se convirtió así en el principal fin del Estado, en desmedro de los derechos y garantías de las personas.⁷⁰ Actualmente, ambos términos han sido redefinidos, poniendo el acento en el desarrollo integral de la persona, en la preservación de la democracia como base de la seguridad, la subordinación de las Fuerzas Armadas a la autoridad constituida democráticamente, su actuación dentro de los límites constitucionales y el respeto a los derechos humanos.⁷¹

En Bolivia no existe una ley sobre el derecho de acceso a la información y, por lo mismo, tampoco existe una enumeración de aquellos datos que pueden ser reservados en virtud de la defensa nacional y de la seguridad del Estado. Simplemente, la Ley de Procedimiento Administrativo, al prever ese derecho, determina sus límites, entre los que se encuentra el acceso a los registros que contengan información relativa a la defensa nacional o seguridad del Estado, sin establecer tampoco límite alguno en cuanto al mantenimiento de la reserva de la información. De ello se extrae que existirá un amplio margen de arbitrariedad respecto a qué materias, específicamente, están comprendidas dentro del alcance de la Ley y durante cuánto tiempo.

”II. Toda limitación o reserva de la información debe ser específica y estar regulada por disposición legal expresa o determinación de autoridad administrativa con atribución legal establecida al efecto, identificando el nivel de limitación. Se salvan las disposiciones legales que establecen privilegios de confidencialidad o secreto profesional y aquellas de orden judicial”.

⁶⁸ Villanueva: o. cit., p. LXXI.

⁶⁹ Manuel Osorio: *Diccionario de ciencias jurídicas, política y sociales*, Heliasta, p. 285.

⁷⁰ Para un análisis completo, véase Comisión Andina de Juristas: *Seguridad ciudadana. Cambios necesarios*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 1999, pp. 15 ss. También Augusto Ramírez Ocampo: “La seguridad hemisférica a las puertas del nuevo milenio”, en *Desafíos de la democracia en la región andina. Ensayos sobre nuestra realidad*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 1998, p. 189 ss.

⁷¹ Ramírez-Ocampo: o. cit., pp. 203 ss.

No obstante lo anotado, entendemos que estarán comprendidos dentro de la reserva aquellos planes, proyectos e información de las Fuerzas Armadas relativos a la seguridad nacional, pues, conforme lo establece el artículo 208 de la CPE, éstas tienen como misión fundamental:

[...] defender y conservar la independencia nacional, la seguridad y estabilidad de la República y el honor y soberanía nacionales; asegurar el imperio de la Constitución Política, garantizar la estabilidad del Gobierno legalmente constituido y cooperar en el desarrollo integral del país.

Respecto a la Policía Nacional, estarán sujetos a reserva los planes, las políticas y la información relativa a la seguridad del Estado en lo concerniente al aspecto interno, pues, por mandato constitucional, la Policía, como fuerza pública, tiene la misión específica de la defensa de la sociedad y la conservación del orden público y el cumplimiento de las leyes en todo el territorio nacional (artículo 215). En ese sentido, el artículo 55.f de la Ley Orgánica de la Policía Nacional establece como obligación fundamental de la Policía:

Guardar reserva sobre investigaciones, informaciones y documentación policial que comprometan el curso de aquéllas, la seguridad del Estado o puedan causar daño moral a los involucrados, salvo orden expresa en contrario de autoridad competente.

La información reservada sobre ambos aspectos (defensa nacional y seguridad del Estado) encuentra protección penal en los artículos 115 y 116 del Código Penal.⁷²

De acuerdo con el artículo 29 de la Ley del Defensor del Pueblo, los documentos con carácter secreto o reservado *podrán ser solicitados por el defensor del Pueblo*; sin embargo, el presidente de la República y los ministros de Estado pueden negar la remisión de esos documentos, con la certificación que acredite la negativa. Si el defensor del Pueblo entiende que ese documento declarado secreto puede afectar en forma decisiva los resultados de la investigación, debe poner el hecho en conocimiento del Congreso Nacional.

⁷² Artículo 115 (Revelación de secretos): “El que revelare secretos de carácter político o militar concernientes a la seguridad del Estado, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores, incurrirá en privación de libertad de uno a seis años.

”La sanción será elevada en un tercio, si el agente perpetrare este delito abusando de la función, empleo o comisión conferidos por la autoridad pública”.

Artículo 116 (Delito por culpa): “Si la revelación de los secretos mencionados en el artículo anterior fuere cometida por culpa del que se hallare en posesión, en virtud de su empleo u oficio, la sanción será de reclusión de seis meses a dos años”.

5.2.2. *Ejercicio de facultades constitucionales*

La ley de procedimiento administrativo establece que el derecho de acceso a la información no podrá ser ejercido sobre los expedientes referidos al ejercicio de facultades constitucionales por parte de los poderes del Estado. Se entiende que esta excepción no abarca a todas las facultades constitucionales, sino aquellas que por disposición de la Constitución o de las leyes de desarrollo deben ser mantenidas en reserva.

Así, la Ley Fundamental establece, en el artículo 58, que las sesiones del Congreso y de ambas Cámaras son públicas, y sólo pueden hacerse secretas cuando dos tercios de sus miembros así lo determinen. En desarrollo de esta norma fundamental, el Reglamento general de la H. Cámara de Senadores, en el artículo 94, establece que puede decretarse *sesión reservada* a pedido del Poder Ejecutivo o a moción de un senador apoyado por otros dos. La misma norma establece que las sindicaciones o denuncias contra los senadores y los asuntos que recaigan sobre la individualidad de personas naturales serán tratados necesariamente en sesión reservada.

El mismo artículo determina que, en casos excepcionales y por razones de Estado, podrá extenderse copia de documentos reservados, previa autorización por dos tercios de votos de los miembros de la Cámara y bajo juramento de guardar reserva. El artículo 96 establece que el levantamiento de la reserva debe ser resuelto por dos tercios de votos, y añade que la violación de la reserva comprobada por la Comisión de Ética será considerada falta grave y dará lugar a la aplicación del numeral 4.º del artículo 67 de la CPE (separación temporal o definitiva del Congreso).⁷³

5.3. *Defensa nacional, seguridad del Estado, ejercicio de facultades constitucionales y hábeas data*

Sobre los datos sujetos a reserva, no existe unanimidad en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia comparada, respecto a la posibilidad de que los registrados puedan acceder a ellos, solicitar su rectificación, su eliminación o su reserva, pues en estos casos existe un fin trascendente cual es la protección del Estado. Sin embargo, algunos autores opinan que, al existir identificación concreta entre los datos y la persona, se da un derecho de pertenencia sobre aquéllos y, en tal sentido, la persona puede obtener la información deseada, aun de los archivos sobre la seguridad del Estado.

⁷³ Singular importancia tienen la interpelación a los ministros del Poder Ejecutivo para obtener la modificación de políticas que se consideren inadecuadas. Esta interpelación puede ser planteada por cualquier senador o diputado (artículo 70 de la CPE). Las sesiones en las que se realiza la interpelación son públicas; sin embargo, pueden ser reservadas cuando se refieran a asuntos de seguridad nacional o que afecten a la moral pública, mediante voto de dos tercios (artículo 167 del Reglamento del H. Senado Nacional; artículo 151 del Reglamento de la Cámara de Diputados).

De nuestra parte, entendemos que la excepción prevista en el artículo 18 de la Ley de Procedimiento Administrativo, respecto a la reserva de datos en esas materias, sólo es aplicable al derecho de acceso a la información, mas no respecto al hábeas data, pues en este último caso se protegen los derechos a la intimidad, privacidad personal y familiar, honor, reputación e imagen. En consecuencia, existe una persona directamente agraviada en esos derechos que deben ser tutelados a través del hábeas data, que pide, si es el caso, su conocimiento, rectificación, eliminación o que se mantenga en reserva, porque efectivamente esos datos le conciernen directamente. Esta afirmación se sustenta en que la Ley Fundamental sólo ha establecido una restricción a esta acción, y es la relativa a la imposibilidad de levantar el secreto de prensa, que será analizada posteriormente.

6. Derecho de acceso a la información, hábeas data y secreto periodístico

Al parecer, hay coincidencia en la legislación comparada en cuanto a que los comunicadores sociales y periodistas, para “asegurar un eficaz ejercicio de sus tareas informativas”, tienen derecho a guardar el *secreto de las fuentes*.⁷⁴

En ese orden, algunas constituciones latinoamericanas han incluido normas que establecen la inviolabilidad del secreto de prensa. Así la Constitución colombiana, en el artículo 73 dispone que “La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional”, y en el artículo 74 señala expresamente que el secreto profesional es inviolable.

En el mismo sentido, la Constitución de Ecuador de 1998, en su artículo 81, determina:

El Estado garantizará el derecho a acceder las fuentes de información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales.

A su vez la Constitución del Paraguay, en el artículo 29, prescribe:

[...] los periodistas de los medios masivos de comunicación social, en cumplimiento de sus funciones, no serán obligados a actuar en contra los dictados de su conciencia ni a revelar sus fuentes de información.

Otras Constituciones, como la de Argentina, si bien no prevén en forma expresa el secreto de las fuentes periodísticas, establecen limitaciones en el recurso del hábeas data respecto al secreto de prensa. Así, el artículo 43 determina que a través del hábeas data “no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodísti-

⁷⁴ Miguel Carbonell: “La libertad de expresión en la Constitución mexicana”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 2004, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, p. 477.

ca". Sin embargo, como señala el profesor Sagüés, no existe uniformidad de criterio en ese país sobre los alcances del precepto.

En el Perú, la doctrina entendió que el hábeas data podía ser utilizado para solicitar la rectificación de información inexacta o agravante, emitida por un medio de comunicación; sin embargo, al parecer, la presión del gremio periodístico determinó en 1995 que se reformara el precepto en orden a eliminar la posibilidad de dirigir el hábeas data contra los medios de prensa.

En Colombia, esta controversia me parece que ha sido dilucidada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional a través de la sentencia T-512/92, del 9 de septiembre, en la que se estableció:

[...] los medios de comunicación no pueden invocar el derecho a la información para invadir la esfera inalienable de las situaciones y circunstancias que son del exclusivo interés de la persona y de sus allegados, pues ese reducto íntimo hace parte de la necesaria privacidad a la que todo individuo y toda unidad familiar tienen derecho. Esa prerrogativa es oponible a terceros considerados de manera individual y con mucha mayor razón a los medios masivos, ya que éstos, por la misma función que cumplen, están en capacidad de hacer público lo que de suyo tiene el carácter de reservado por no ser de interés colectivo.

Y agregó:

No es aceptable que un medio de comunicación, sin el consentimiento de la persona, dé a la publicidad informaciones sobre hechos pertenecientes al ámbito estrictamente particular, como son los casos de discrepancias o altercados entre esposos, o entre padres e hijos sobre asuntos familiares; padecimientos de salud que la familia no desea que se conozca públicamente; problemas sentimentales o circunstancias precarias en el terreno económico, pues todo ello importa únicamente a los directamente involucrados y, por ende, ninguna razón existe para que sean del dominio público, a no ser que en realidad, consideradas las repercusiones de la situación concreta, esté de por medio un interés de la comunidad, el cual tendría que ser debidamente probado y cierto para dar paso a la información.

En Bolivia, la Constitución, en el artículo 23, excluye expresamente la posibilidad de que a través del hábeas data se pueda afectar el secreto en materia de prensa, cuya inviolabilidad está desarrollada por el artículo 8 de la Ley de Imprenta. Nos parece, sin embargo, que esa inviolabilidad no es absoluta, sino que puede ser revelada judicialmente, según se extrae del contenido del artículo 9 de la Ley de Imprenta, que expresa:

El editor o impresor que revela a una autoridad política o a un particular el secreto de anónimo, sin requerimiento del juez competente, es responsable, como delincuente, contra la fe pública conforme al Código Penal.

Esto puede resultar sostenible en la medida en que se conceptualice al secreto de prensa como la facultad del periodista de no revelar las fuentes de su información, lo que no podría impedir que a través del hábeas data se pueda actualizar, modificar, preservar la confidencialidad o excluir la información "sensible" que se hubiera publi-

cado, con la salvedad de que ello sólo procedería cuando se hubiera publicado la información y no previamente.⁷⁵

Una interpretación en sentido opuesto no parece congruente con el texto constitucional, pues, si el legislador constituyente hubiera buscado excluir la base de datos de la prensa de los alcances del recurso de hábeas data, lo habría establecido en el texto constitucional, expresamente,⁷⁶ precisando la preeminencia del derecho a la libre expresión sobre los derechos protegidos por el hábeas data. Más bien parece evidente que en el precepto constitucional se ha intentado conciliar esos derechos, permitiendo la corrección o reserva de los datos existentes en los registros o bancos de datos de la prensa, pero no así el conocimiento de las fuentes de la información, que sí está excluido de los alcances del recurso.

⁷⁵ Pierini, Lorences y Tronabene: o. cit., pp. 199.

⁷⁶ *Ibídem*, p. 201.

Túlio Lima Vianna (Brasil) *

A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor

If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me.

*Thomas Jefferson*¹

* Doutorando em Direito do Estado pela UFPR. Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Professor de Direito Penal da PUC Minas. <tuliovianna@pucminas.br>, <www.tuliovianna.org>

¹ Jefferson, Thomas. *The Writings of Thomas Jefferson*. Disponível em: <<http://www.constitution.org/tj/jeff13.txt>>. “*Se a natureza produziu uma coisa menos suscetível de propriedade exclusiva que todas as outras, essa coisa é ação do poder de pensar que chamamos de idéia, que um indivíduo pode possuir com exclusividade apenas se mantém para si mesmo. Mas, no momento em que divulga, ela é forçosamente possuída por todo mundo e aquele que a recebe não consegue se desembaraçar dela. Seu caráter peculiar também é que ninguém a possui de menos, porque todos os outros a possuem integralmente. Aquele que recebe uma idéia de mim, recebe instrução para si sem que haja diminuição da minha, da mesma forma que quem acende um lampião no meu, recebe luz sem que a minha seja apagada.*” Tradução: Ortellado, Pablo. *Por que somos contra a propriedade intelectual*. Disponível em: <http://riseup.net/anarquista/porque_somos_contra.htm>.

1. A invenção da propriedade intelectual

Historicamente, a preocupação com a tutela dos direitos de autores de obras intelectuais é bastante recente. Na Antiguidade e na maior parte da Idade Média as dificuldades inerentes aos processo de reprodução dos originais, por si só, já exerciam um poderoso controle da divulgação de idéias, pois o número de cópias de cada obra era naturalmente limitado pelo trabalho manual dos copistas.

Com a invenção da imprensa, os soberanos sentiam-se ameaçados com a iminente democratização da informação e criaram um ardiloso instrumento de censura, consistente em conceder aos donos dos meios de produção dos livros o monopólio da comercialização dos títulos que editassem, a fim de que estes, em contrapartida, velassem para que o conteúdo não fosse desfavorável à ordem vigente.

Em 1557, dezoito anos depois que Wiliam Caxton lá [na Inglaterra] introduziu a máquina de escrever (printing press), Felipe e Maria Tudor concederam à associação de donos de papelaria e livreiros o monopólio real para garantir-lhes a comercialização de escritos. A corporação, então, tornou-se uma valiosa aliada do governo em sua campanha para controlar a produção impressa. Eram comerciantes que, em troca da proteção governamental ao seu domínio de mercado, manipulavam os escritos direitos? do indivíduo ao conteúdo, exercendo a censura sobre aqueles que lhe fossem desfavoráveis na oposição à realeza.

A esse privilégio no controle dos escritos chamou-se copyright, que nasceu, pois, de um direito assegurado aos livreiros, e não como um direito do autor dos escritos. Durou mais ou menos duzentos anos, e é a semente das leis (Statutes) relativas a esse direito herdadas pela Inglaterra, e, mais tarde, pelos Estados Unidos da América do Norte.²

Esta perversa simbiose entre o poder dominante e os donos de meios de produção de livros não visava tutelar qualquer direito de autor, mas tão-somente garantir o monopólio de reprodução das obras, daí por que foram chamados de *copyright* (direito de cópia).

Foi a Revolução Francesa, paralelamente à Revolução Industrial, com seu ideário de igualdade, liberdade e fraternidade, que fez a história do outro direito, da outra faceta do direito autoral, o seu conteúdo moral, de respeito às idéias de cada um na sua integridade e significado político, ideológico ou meramente ficcional. Pierre Recht noticia que na França, desde o século XVI, os autores iniciavam a consciência de que teriam um direito sobre as suas criações. Mas, do mesmo modo que na Inglaterra, a edição de livros era também uma concessão real. A primeira obra editada foi de 1686, e os escritores começaram a reivindicar seus direitos na venda, na reprodução da obra, como um corolário de seu direito autoral de propriedade.

Foi a jurisprudência francesa, então, que começou a disciplinar as relações entre escritores e editores, e os laços perpétuos que os uniam, obrigando, em histórica decisão, que das futuras transações desses direitos participassem os herdeiros de grandes escritores como La Fontaine e Fénelon.

² Abrão, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. p.28.

Em 30/8/1777 novas regras foram estabelecidas na França entre autores, editores e livreiros. Embora mantidos os privilégios na comercialização, reconheceram ao autor o direito de editar e vender as suas obras. Ainda segundo Recht, obra citada, p. 32, as normas produziram uma diferença capital na natureza jurídica das duas categorias de privilégios: a dos autores, uma “propriedade de direito”, e a do editor, uma “liberalidade”.³

A invenção da “propriedade intelectual” remonta, pois, às origens do sistema capitalista, quando, por pressão dos autores de obras intelectuais, toma-se por propriedade um ente incorpóreo que em rigor é “trabalho intelectual”.

A propriedade é, e sempre foi, um instituto jurídico caracterizado fundamentalmente pelo direito de usar, gozar e dispor com exclusividade da coisa.⁴

No direito de propriedade, encontram-se integrados os direitos de ser usada a coisa conforme os desejos da pessoa a quem pertence (jus utendi ou direito de uso); o de fruir e gozar a coisa (jus fruendi), tirando dela todas as utilidades (proveitos, benefícios e frutos) que dela possam ser produzidas, e o de dispor dela, transformando-a, consumindo-a, alienando-a (jus abutendi), segundo as necessidades ou a vontade demonstrada.⁵

Um proprietário de um apartamento, por exemplo, tem interesse no uso exclusivo do imóvel, pois é evidente que não se sentiria confortável com a presença de pessoas estranhas em sua sala, cozinha ou banheiro. Já o autor de um livro ou o compositor de uma música tem justamente o interesse oposto, pois ninguém produz uma obra artística para o seu deleite egoístico. Quanto mais pessoas lerem e ouvirem uma criação, tanto maior prazer trará a seu autor, que terá seu talento reconhecido.

Um proprietário de uma fazenda tem interesse em fruir com exclusividade dos frutos de sua terra e é natural que não deseje dividir sua colheita com ninguém. O escritor de uma obra de caráter técnico-científico, por outro lado, tem interesse em ser citado em obras de outros autores e, longe de desejar impedir que outros fruam de suas idéias, sente-se honrado com a menção que fazem a seu trabalho.

Por fim, somente ao proprietário cabe o direito de alienar (doar, permutar ou vender) a coisa, pelo óbvio motivo de que ao fazê-lo perderá os direitos de dela usar e fruir. O autor, porém, nada perde com a cópia da sua obra. Pelo contrário, quanto mais pessoas lerem seus textos, ouvirem sua música e apreciarem a sua arte, tanto mais reputação ganhará na sociedade.

A obra intelectual, como seu próprio nome indica (lat. *opèra,ae* ‘trabalho manual’), não é, pois, uma espécie de propriedade, mas simplesmente “trabalho intelectual”. A invenção da “propriedade intelectual” nas origens do sistema capitalista teve a função ideológica de encobrir esta sua natureza de “trabalho”.

³ Abrão, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. p.30.

⁴ Cf. art.1.228 do Código Civil

⁵ Silva, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. p.477.

Enquanto o trabalho manual modifica a matéria prima, produzindo perceptíveis variações nos objetos trabalhados e com isso aumenta seu “valor de uso” naturalmente vinculado ao objeto corpóreo, o trabalho intelectual não tem necessariamente seu “valor de uso” vinculado a qualquer objeto, pois as idéias são, por natureza, entes incorpóreos.

Assim, ainda que o “trabalho intelectual” tenha um imenso “valor de uso” em qualquer sociedade, seu “valor de troca” estará sempre condicionado a uma “venda casada” de produtos (o pergaminho, o papel) e serviços (a cópia manual, a cópia impressa). Uma idéia, quando reproduzida oralmente, por maior “valor de uso” que tenha, não possui qualquer “valor de troca” pelo simples fato de poder ser reproduzida infinitamente sem estar limitada pelo problema fundamental da economia: a escassez.

2. A questão da escassez

Não há bem mais precioso para os seres humanos do que o ar que respiramos. Não obstante seu imenso “valor de uso”, o ar não tem hoje qualquer “valor de troca”, pelo fato de existir na natureza em abundância. Há séculos a água potável também não possuía “valor de troca” na maioria das sociedades, mas ao tornar-se escassa na sociedade atual, adquiriu “valor de troca” e passou a ser vendida.

Vê-se, pois, que o “valor de troca” de determinado bem está diretamente relacionado à sua disponibilidade na sociedade. Some-se a esta constatação o fato de que a maioria absoluta dos bens e serviços que consumimos são socialmente escassos:

Nossos desejos materiais são virtualmente insaciáveis e ilimitados.

Os recursos econômicos são limitados ou escassos. Devido a estes dois fatos da vida, não podemos ter tudo que desejamos. Portanto, enfrentamos a necessidade de fazer escolhas.⁶

Assim, é natural que se opte por comprar um apartamento ou uma casa; por um carro ou uma motocicleta; por uma viagem nas férias de janeiro ou de julho. Tais escolhas são necessárias em virtude de nossos limites produtivos.

Por muito tempo, o problema da escassez limitou a quantidade de cópias e definiu o “valor de troca” de obras intelectuais. No período anterior à invenção da imprensa, a aquisição de uma obra intelectual implicava em uma necessária aquisição conjunta de bens e serviços, consistente em um meio material (um pergaminho, por exemplo) sobre o qual se realizou um serviço (a cópia manual da obra intelectual).

Com a invenção da imprensa, manteve-se a necessária aquisição conjunta de bens e serviços, pois o “valor de troca” da obra continuava vinculado à sua consubstanciação em meio físico. A drástica redução dos custos do serviço de cópia, possibilitada pela reprodução em série, obrigou os autores a alienarem seu “trabalho intelec-

⁶ Wonnacott, Paul. Wonnacott, Ronald. *Economia*. p.23

tual” aos detentores dos meios de produção que, em contrapartida, exigiram-lhes a concessão do monopólio da distribuição das obras.

A natureza do trabalho intelectual, que poderia ser replicado *ad infinitum*, acabou por ser tomada como “propriedade intelectual”, mesmo contra toda as evidências de que, uma vez alienada, a propriedade não pode mais ser utilizada por quem um dia a possuiu. Firmou-se então a ideologia da “propriedade intelectual”, ocultando a venda do trabalho intelectual dos autores aos detentores dos meios de produção.

No século XX, com a invenção dos sistemas informáticos e o advento da Internet, as funções de divulgação e distribuição das obras intelectuais, que tradicionalmente eram realizadas pelas editoras, gravadoras e produtoras, puderam ser realizadas diretamente pelo próprio autor através de páginas pessoais. Assim, qualquer pessoa conectada à Internet pode ter acesso a livros, músicas, filmes e programas de computador produzidos em qualquer lugar do mundo e, em questão de horas, ou mesmo minutos, pode copiá-los, a um custo ínfimo, para seu computador.

O suporte material da obra, que até então era predominantemente o papel, foi substituído por dispositivos de armazenamento magnéticos (disquetes, discos rígidos, etc) e ópticos (CDs, DVDs, etc.) de baixíssimo custo e com grande capacidade, possibilitando a qualquer pessoa ter gigantescas bibliotecas pessoais em formato digital. O serviço necessário à reprodução da obra foi minimizado a ponto de ser realizado pessoalmente pelo próprio interessado em questão de minutos. O custo de reprodução de volumosas coleções de livros tornou-se praticamente insignificante.

Este novo sistema de distribuição do trabalho intelectual reduziu o custo dos bens e serviços necessários à aquisição de uma obra a praticamente zero, e suprimiu o problema da escassez. Como consequência direta disso, o “valor de troca” do trabalho intelectual, que sempre esteve vinculado à escassez inerente à venda conjunta de bens e serviços, não pôde mais ser mantido. O sistema capitalista se deparou com uma realidade que a ideologia da “propriedade intelectual” até então muito bem ocultara: no “livre mercado” o “valor de troca” do trabalho intelectual é zero, pois pode ser reproduzido *ad infinitum* e não está limitado pela escassez.

Esta constatação, longe de colocar em risco a remuneração do trabalho intelectual dos autores, demonstra tão-somente que, no sistema capitalista, é imprescindível a consubstanciação da obra intelectual em meio físico para que esta adquira “valor de troca”. Não obstante a ausência de escassez em meio digital, a “venda casada” da obra intelectual com produtos (papel) e serviço (impressão) continua ocorrendo.

A digitalização das obras intelectuais não aboliu a impressão de livros. As leis, que sempre foram de domínio público, estão fartamente disponíveis na íntegra na Internet, mas as editoras jurídicas continuam produzindo e vendendo códigos impresos. Inúmeras traduções da Bíblia podem ser encontradas na Internet com facilidade, mas a obra sagrada continua sendo o livro mais vendido no mundo. A genial literatura de Machado de Assis, em domínio público pelo passar do tempo, também pode ser

encontrada na Internet, mas várias editoras continuam imprimindo seus trabalhos, inclusive em edições luxuosas.

Se é assim com as obras de domínio público, do mesmo modo será com as obras tuteladas pelo “direito autoral”. Apesar da divulgação destes trabalhos em meio digital e da sua conseqüente ausência de escassez, ainda assim haverá interessados em adquiri-las em edições palpáveis. Desse modo, manter-se-á o velho esquema de alienação pelos autores do “trabalho intelectual” aos proprietários dos meios de produção, garantindo àqueles a remuneração por seu trabalho e a estes o lucro por seu investimento.

Lado outro, na sociedade capitalista digital o trabalho intelectual, mesmo *in natura*, possui considerável “valor de troca” enquanto permanecer inédito. O pioneirismo na exploração de uma idéia garante ao capitalista um período de vantagem em relação à sua concorrência. Assim, a compra do “trabalho intelectual” inédito pelos detentores do meio de produção garante os lucros derivados do pioneirismo de sua exploração.

Este fenômeno é particularmente visível em toda sorte de invenções da indústria tecnológica que, após serem comercializadas, são logo copiadas pela concorrência. Não são as patentes que garantem os lucros das empresas, mas principalmente o segredo industrial e o pioneirismo.

3. O novo paradigma da tutela jurídica do trabalho intelectual

O novo paradigma de remuneração do trabalho intelectual começou a ser disciplinado em 1984, quando surgiu nos Estados Unidos da América um movimento liderado pelo programador Richard Stallman, com o objetivo de desenvolver um sistema operacional de livre distribuição. Esta iniciativa resultou na criação da *Free Software Foundation* — *FSF* (Fundação para o Software Livre) e, para fundamentar juridicamente o projeto, foi redigida a *GNU General Public License - GPL* (Licença Pública Geral do GNU) que rompia com a antiga tutela do direito de cópia (*copyright*):

“Software livre” se refere à liberdade dos usuários executarem, copiarem, distribuírem, estudarem, modificarem e aperfeiçoarem o software. Mais precisamente, ele se refere a quatro tipos de liberdade, para os usuários do software:

A liberdade de executar o programa, para qualquer propósito (liberdade no. 0)

A liberdade de estudar como o programa funciona, e adaptá-lo para as suas necessidades (liberdade no. 1). Acesso ao código-fonte é um pré-requisito para esta liberdade.

A liberdade de redistribuir cópias de modo que você possa ajudar a seu próximo (liberdade no. 2).

A liberdade de aperfeiçoar o programa e liberar os seus aperfeiçoamentos, de modo que toda a comunidade se beneficie (liberdade no. 3). Acesso ao código-fonte é um pré-requisito para esta liberdade.⁷

⁷ GNU. *O que é software livre?* Disponível em: <<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.pt.html>>.

Garantia-se a livre distribuição e modificação das obras e, em contrapartida, as novas distribuições ficavam vinculadas à mesma licença. Assim, um programador poderia até modificar um software livre, mas necessariamente o novo programa resultante destas modificações deveria ser distribuído nos termos da GPL.

Pela primeira vez, consagrava-se juridicamente a realidade econômica de que, no sistema capitalista, o trabalho intelectual *in natura* não possui “valor de troca” em virtude da ausência de escassez.

A estas licenças que garantiam o direito de distribuir e modificar livremente as obras intelectuais convencionou-se chamar de *Copyleft*, em uma nítida alusão de repúdio às licenças tradicionais de *Copyright* que garantiam o monopólio do direito de reprodução das obras intelectuais. Não tardou para que o novo conceito de livre distribuição e alteração do software passasse a ser aplicado a outras formas de criação intelectual e foi criada a *GNU Free Documentation License* (GFDL — Licença de Documentação Livre do GNU), aplicável a textos, imagens, músicas, filmes e outros documentos.

Paradoxalmente, o *Copyleft* não veda a comercialização da obra. Desde que permitam a livre distribuição e modificação da obra produzida, as empresas podem explorá-la comercialmente. Assim, uma editora pode editar e vender livremente uma obra distribuída na Internet sob *Copyleft*, de modo semelhante às obras em domínio público, mas jamais poderá impedir que alguém copie o livro impresso, por qualquer meio, ou que outra editora o publique, pois a licença original não permite ações monopolistas.

A partir do *Copyleft*, surgiram outras licenças com tratamentos diversos dos direitos morais do autor, em especial no que diz respeito à atribuição obrigatória do nome do autor, à vedação a alterações da obra e à vedação de distribuição com fins comerciais. Estas novas licenças consagram um modelo de distribuição do trabalho intelectual que permite a livre cópia da obra em formato digital (onde não há escassez) e ao mesmo tempo garante ao autor o direito de ser remunerado quando seu trabalho intelectual for consubstanciado em meio físico para fins de comércio. Trata-se da superação da velha ideologia da “propriedade intelectual” em prol de um novo paradigma de tutela do “trabalho intelectual”.

O novo paradigma, porém, não agradou aos detentores dos direitos de produção, que mantiveram a defesa inarredável da ideologia da “propriedade intelectual”, capaz de sustentar o monopólio de distribuição das obras. Este monopólio é o instrumento que garante a escassez da “obra intelectual” e, conseqüentemente, cria artificialmente um “valor de troca”, pois um trabalho que poderia ser reproduzido *ad infinitum* em um livre mercado comandado pela escassez, *in natura* teria “valor de troca” zero.

Dessa forma, um dos elementos definidores dessa nova Era será a luta entre a esfera cultural e a esfera comercial; a cultural primando pela liberdade de acesso, e a comercial buscando o controle sobre o acesso e o conteúdo dessa produção cultural, com intuito comercial. Evidentemente, estamos passando por um período

de transição, de longo prazo, de um sistema baseado na produção industrial para uma produção cultural, em que o importante não é a propriedade do bem, mas o acesso a ele. A realização da utopia marxiana?

Neste contexto há abundância de bens culturais e intelectuais, e diante disto a velha economia agoniza, baseada que é na defesa irracional da indústria cultural, em detrimento da cultura e dos verdadeiros produtores da cultura, os autores intelectuais.⁸

Na tentativa de sustentar a ideologia da “propriedade intelectual”, a “indústria cultural” cria estatísticas mirabolantes para afirmar a tese de que a pirataria acarreta prejuízo de bilhões de reais por ano. O sofisma funda-se no argumento cretino de que todo aquele que pirateia uma obra intelectual, caso fosse impedido de fazê-lo, necessariamente compraria o produto.

De acordo com a ABES [Associação Brasileira de Empresas de Software], uma pesquisa da Price Water Coopers revela que, se o índice de pirataria de software brasileiro, atualmente em 56%, fosse reduzido para o equivalente dos países desenvolvidos, em torno de 25%, o setor deixaria de perder R\$ 1,7 bilhão em faturamento e quase 25 mil novos empregos seriam gerados, com aproximadamente R\$1,2 bilhão arrecadados em impostos diretos e indiretos. Mas alto lá.

A indústria não perde 1,7 bilhão por ano. Este valor corresponde à sua expectativa de lucro caso quem pirateia acima da média não tivesse alternativa, nem para escolher software livre nem para instalar software pirata. A conta honesta seria outra. Desses 56%, quantos instalariam software livre ou deixariam de comprar o computador se não pudessem piratear? Descontados estes, o que a indústria perde é apenas o valor das licenças restantes. Valor que não obriga a corresponder às expectativas de lucro das empresas, mas ao que o poder aquisitivo dos agentes econômicos consegue absorver, como bem mostra a atual crise da telefonia privatizada.⁹

Sob o pretexto de se tutelar os “direitos de autor”, o combate à pirataria é tão-somente um instrumento de reafirmação da velha ideologia da “propriedade intelectual”, única capaz de legitimar o monopólio do direito de cópia dos detentores dos meios de produção.

O monopólio do direito de cópia (*copyright*), longe de tutelar os direitos do autor, é contrário a seu interesse de maior divulgação possível da obra. O que garante aos autores a remuneração por seu trabalho não é o monopólio do direito de cópia, mas a alienação deste trabalho aos detentores dos meios de produção que irão consubstanciá-lo em meio físico e vendê-lo no livre mercado. Pouco importa ao autor a ausência de escassez da obra em meio digital, ou mesmo se uma única ou uma dezena de empresas irá produzir seu trabalho em meio tangível, pois sua remuneração depende tão-somente da venda da obra materializada.

⁸ Rover, Aires José. Os paradoxos da propriedade intelectual. In: *Internet legal: o Direito na Tecnologia da Informação*. p. 177.

⁹ Resende, Pedro Antônio Dourado de. Programas de Computador: a outra face da pirataria. In: *Internet legal: o Direito na Tecnologia da Informação*. p. 227. Para dados atualizados da ABES, cf: <<http://www.abes.org.br/polonego/dadoseto/dadose1a.htm#%CDndice%20de%20Pirataria%20no%20Software>>.

A livre divulgação da obra em meio digital é extremamente interessante ao autor, pois lhe permite uma visibilidade muito maior, dando-lhe prestígio e valorizando-o como profissional no mercado. É este prestígio social que lhe garantirá a oferta de novos trabalhos na forma de palestras, shows, trabalhos por encomenda e outras atividades que indiretamente também remunerarão seu trabalho intelectual.

O *Copyleft* é a superação jurídica da velha ideologia da “propriedade intelectual” e a consagração de um novo paradigma de tutela do “trabalho intelectual” que privilegia o autor em detrimento do interesse das empresas no monopólio do direito de cópia (*copyright*).

4. O velho paradigma da tutela penal da propriedade intelectual

A superação da ideologia da propriedade intelectual e o surgimento, na esfera cível, do *Copyleft* como novo paradigma de tutela dos direitos do autor não foram, até o momento, acompanhados pelo Direito Penal.

Os art.184, *caput*, do Código Penal, e o art.12 da Lei nº 9.609/98 mantêm-se fiéis à ideologia da “propriedade intelectual”, tipificando a vaga conduta de “violiar direito de autor”.

A opção do legislador pela norma penal em branco é problemática, pois o tipo penal não pode fundar-se no mero descumprimento de uma norma civil.

O conceito de tipo, introduzido por Beling na dogmática penal, pode ser definido de três diferentes pontos de vista: a) como tipo legal constitui a descrição do comportamento proibido, com todas suas características subjetivas, objetivas, descritivas e normativas, realizadas na parte especial do CP (e leis complementares); b) como tipo de injusto representa a descrição da lesão do bem jurídico, compreendendo os fundamentos positivos da tipicidade (descrição do comportamento proibido) e os fundamentos negativos da antijuridicidade (ausência de causas de justificação); c) como tipo de garantia (tipo em sentido amplo) realiza a função político-criminal atribuída ao princípio da legalidade (art.5º, XXXIX, CF), expressa na fórmula *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, e compreende todos os pressupostos da punibilidade: além dos caracteres do tipo de injusto (tipicidade e antijuridicidade), também os fundamentos de reprovação do autor pela realização do tipo de injusto (culpabilidade), assim como as condições objetivas de punibilidade e os pressupostos processuais.¹⁰

Sob o aspecto de tipo legal, a expressão “violiar direito de autor” não descreve o comportamento proibido de forma minimamente precisa. Ao remeter a um conceito da lei civil nº 9.610/98, esvanesce totalmente sua função de garantia, contrariando o princípio constitucional da taxatividade.

Apesar de expressar-se a lei penal em palavras e estas não serem nunca totalmente precisas, nem por isso o princípio da legalidade deve ser desprezado, mas cabe exigir do legislador que ele esgote os recursos técnicos para dar a maior

¹⁰ Santos, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. p.29.

exatidão possível à sua obra. Daí, não basta que a criminalização primária se formalize em uma lei, mas que ela seja feita de uma maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível, conforme ao princípio da máxima taxatividade legal.¹¹

Lado outro, a lei civil não supre a função de garantia a ela delegada pela norma penal, pois na atual sistemática imposta pelo *Copyleft* a tutela patrimonial dos direitos autorais é regra que admite inúmeras exceções de ordem meramente contratual. Assim, a intrincada leitura dos referidos tipos penais implicaria em uma jornada da norma penal em branco à lei civil que a complementa, mas que, muita vez, remeteria o intérprete a uma licença com características contratuais na qual o autor dispensaria a tutela legal dos seus direitos patrimoniais. Uma interpretação extremamente complexa até mesmo para profissionais do Direito, e praticamente impossível para o cidadão leigo, a quem a função de garantia dos tipos penais deveria contemplar.¹²

4.1. Em busca do bem jurídico

É sob o aspecto de tipo de injusto, porém, que se encontra a mais grave ofensa ao princípio da taxatividade. Isto porque a vaga descrição da conduta típica fundamenta-se na tutela penal de um bem jurídico tão impreciso que contradiz a objetividade inerente à natureza do bem jurídico.

Quando o legislador se encontra diante de um ente e tem interesse em tutelá-lo, é porque o valora. Sua valoração do ente traduz-se em uma norma, que eleva o ente à categoria de bem jurídico. Quando quer dar uma tutela penal a esse bem jurídico, com base na norma elabora um tipo penal e o bem jurídico passa a ser penalmente tutelado.

Vejam os que se passa com um pouco mais de clareza: o legislador encontra-se diante do ente “vida humana” e tem interesse em tutelá-la, porque a valora (a considera positiva, boa, necessária, digna de respeito etc). Este interesse jurídico em tutelar o ente “vida humana” deve ser traduzido em norma; quando se pergunta “como tutelá-lo?”, a única resposta é: “proibindo matar”. Esta é a norma proibitiva “não matará”.¹³

¹¹ Zaffaroni, Eugênio Raúl. Batista, Nilo. Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal. p.206-207.

¹² Neste sentido decidiu o TJMG: *Violação de direitos autorais. CD pirata - O princípio constitucional da legalidade é a garantia de que todo cidadão só poderá ser condenado criminalmente se houver lei prévia que permita a ele saber - ainda que potencialmente - que a conduta é crime no ordenamento jurídico. A expressão “violar direitos autorais” é demasiadamente vaga e até mesmo especialistas em Direito Penal não poderiam precisar o seu âmbito de significação, quanto mais um vendedor ambulante sem educação jurídica. O desconhecimento da lei é escusável se esta não for suficientemente clara para permitir que qualquer um do povo possa compreender - ainda que potencialmente - o seu significado.* Apelação Criminal nº 1.0172.04.910501-5/001, Relator: Erony da Silva. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=172&ano=4&numeroProcesso=9105015&complemento=1&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavras%20C%20onsulta>.

¹³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. p.455.

Ainda que se conceba tipos penais complexos, como o roubo (em que se tutela a liberdade e o patrimônio), em todos eles a individualidade de cada um dos bens jurídicos tutelados deve estar perfeitamente demarcada. Desta forma, o bem jurídico deve ser caracterizado por um único e indivisível interesse jurídico a ser tutelado pela norma penal e não por um conjunto de interesses difusos reunidos arbitrariamente sob uma abstrata ideologia de “propriedade intelectual”.

A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligíveis por todos os cidadãos. Formular tipos penais “genéricos ou vazios”, valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados” ou “ambíguos” equivale teoricamente a nada formular, mas é, prática e politicamente, muito mais nefasto e perigoso.¹⁴

A doutrina nacional¹⁵ indica os “direitos autorais” como bem jurídico penalmente tutelado pelo delito de “violação de direitos de autor”. Estes, por sua vez, são considerados tão-somente uma espécie do gênero “propriedade intelectual”.¹⁶

O delito de “violação de direitos de autor” é um tipo penal vago, fundamentado em um bem jurídico indeterminado. É uma verdadeira afronta ao princípio constitucional da taxatividade, pois reúne sob o rótulo de “propriedade intelectual” uma gama de interesses tão diversos quanto: o direito de atribuição de autoria, o direito de assegurar a integridade da obra (ou de modificá-la), o direito de conservar a obra inédita, entre outros direitos morais, e os direitos de edição, reprodução (*copyright*) e outros patrimoniais. Trata-se, portanto, de um tipo penal complexo que tutela não um, mas inúmeros bens jurídicos de natureza moral e patrimonial, agrupados sob a ideologia da “propriedade intelectual”.¹⁷

¹⁴ Batista, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. p. 78.

¹⁵ Neste sentido: Fragoso, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial* parte especial: arts. 121 a 212 do CP. p.504; Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 3: parte especial*: arts.184 a 288. p.53; Mirabete, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial*: arts.121 a 234 do CP. p.374. Delmanto, Celso *et al.* *Código penal comentado*. p.437. Em sentido semelhante, afirmando ser a “propriedade intelectual” o bem jurídico tutelado: Nucci, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. p. 609.

¹⁶ “Em relação às obras literárias, científicas ou filosóficas, denominadas de obras ou produções do pensamento, e às obras artísticas (escultura, pintura), a propriedade intelectual é geralmente conhecida pela denominação direitos autorais. E quanto às invenções, na terminologia do Direito Comercial, designam-se, especialmente, propriedades industriais, que se concretizam pelas patentes de invenções, expedidas pelo poder público em favor dos inventores.” (Silva, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. p.479-480).

¹⁷ “Acerca da natureza jurídica da matéria, a melhor doutrina pátria (Antonio Chaves, Walter Moraes, Carlos Alberto Bitar, José de Oliveira Ascensão, Fabio Maria de Mattia) é unanimemente dualista: direitos de autor são um conjunto de prerrogativas de ordem moral e de ordem patrimonial, que se interpenetram quando da disponibilização pública de uma obra literária, artística e/ou científica. Os direitos morais pertencem exclusivamente à pessoa física do criador, e, no caso da obra audiovisual, são exercidos pelo diretor. Os patrimoniais, ao criador originário, se não os transferiu, ou ao terceiro, pessoa física ou jurídica, a quem os tenha cedido ou licenciado.” (Abrão, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. p.16)

Pela própria função de garantia do tipo penal, a decomposição do hipotético bem jurídico “propriedade intelectual” (ou “direitos autorais”) em suas unidades mínimas tem conseqüências importantíssimas. Se é certo o interesse jurídico na tutela penal dos direitos morais do autor, a tutela penal dos direitos patrimoniais é bastante controversa.

Há um interesse individual e social em se tutelar a autenticidade de uma obra, bem como sua integridade. Não só é de interesse de Picasso que o público saiba que Guernica foi pintado por ele, mas também é de interesse do público e de historiadores da arte ter conhecimento de que aquela obra provém das mãos deste artista. Da mesma forma, é do interesse não só do autor, mas do público, que a pintura permaneça no tom monocromático, adequado ao tema, e que ninguém a modifique com detalhes em dourado.

A reprodução desta obra em livros de arte, porém, longe de lesar um interesse do artista ou do público, beneficiará a todos. Assim como é interessante para o artista ter seu trabalho apreciado por um público maior, é de interesse do público ter acesso à maior variedade de obras possível.

Não há qualquer interesse jurídico do autor em evitar a reprodução de sua obra, muito pelo contrário, quanto mais seu “trabalho intelectual” for divulgado, maior prestígio social ele ganhará. O interesse em limitar a reprodução da obra é tão-somente dos detentores dos meios de produção, que procuram manter um monopólio na distribuição da obra para, com isso, produzirem artificialmente uma escassez inexistente na era digital.

A decomposição do bem jurídico “propriedade intelectual” ou “direitos autorais” demonstra que há não só uma tutela de interesses diversos (morais e patrimoniais), mas de interesses de pessoas diversas: autor e “indústria cultural”. Se o interesse patrimonial do autor é vender seu “trabalho intelectual” ao proprietário dos meios de produção, que irá consubstanciá-lo em meio físico e comercializá-lo, o interesse da “indústria cultural” é manter um monopólio do mercado que lhe garantirá a maximização dos lucros.

A tutela penal da “violação de direitos de autor” tal como é concebida hoje é um disparate jurídico que só se justifica quando encoberto pela ideologia da “propriedade intelectual”. Tal delito tutela ao menos três bens jurídicos absolutamente diversos: a) os direitos morais do autor; b) o direito do autor à remuneração pelo trabalho intelectual explorado pelos detentores dos meios de produção e c) *mirabile dictu*, o direito de monopólio de mercado dos proprietários dos meios de produção.

4.2. A tutela penal de uma obrigação civil

Quanto aos direitos morais do autor, por se tratarem de direitos personalíssimos, que abarcam interesses públicos e privados, é bastante justificável a tutela penal. Em relação aos direitos patrimoniais, porém, sua natureza eminentemente civil afasta qual-

quer interesse público na tutela penal, seja dos interesses dos autores em receberem uma remuneração por seu trabalho, seja dos interesses das empresas de manterem seu monopólio comercial.

A pirataria em meio físico atinge os interesses do autor, que tem seu “trabalho intelectual” comercialmente explorado sem a correspondente remuneração pelo proprietário dos meios de produção. Trata-se, no entanto, de uma dívida civil, jamais de ilícito penal.

Se o legislador *ab absurdo* criasse uma lei tipificando a conduta: “violar direito de locador”, ninguém teria dúvidas em afirmar a absoluta inconstitucionalidade da norma.

Argumentar-se-ia, por certo, que os direitos do locador são vários e esta norma lesaria o princípio constitucional da taxatividade. Ainda que os diversos bens jurídicos tutelados por este delirante tipo penal complexo fossem decompostos, em determinado aspecto ele seria visivelmente inconstitucional: tratar-se-ia de uma criminalização do descumprimento de uma obrigação civil, vedada expressamente pela Constituição Federal:

Art.5º, LXVII — não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

E pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos — “Pacto de San José de Costa Rica”:

Artigo 7 — Direito à liberdade pessoal — [...] 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Se assim é em relação à tutela da propriedade material, razão alguma haveria para se proteger com maior ênfase uma abstrata “propriedade intelectual” que, neste aspecto, tutela o direito do autor a receber a remuneração por seu trabalho intelectual, explorado comercialmente por um proprietário dos meios de produção.

Deixar de receber uma renda ou salário, ainda que se trate de descumprimento de obrigação civil, jamais pode ser equiparado a uma lesão patrimonial semelhante ao crime de furto. No delito de furto há um decréscimo patrimonial; na violação de direitos autorais, o autor deixa de ter um acréscimo em seu patrimônio. No furto, há ofensa a um direito real; na violação de direitos autorais, a um direito obrigacional. Naquele temos uma vítima; neste, um credor.

A produção de obras intelectuais em meio físico que não foi autorizada pelo autor é, portanto, tão-somente um descumprimento de obrigação civil. Dada a sua natureza eminentemente privada e seu caráter exclusivamente pecuniário, sua criminalização afronta não só o princípio da intervenção penal mínima, mas também a vedação constitucional às prisões por dívidas.

A pirataria digital, por outro lado, lesa principalmente os interesses da empresa, pois no sistema capitalista o trabalho intelectual *in natura* não possui qualquer “valor

de troca” e o autor só é remunerado diretamente com a venda da obra em meio físico. A fonte primordial de sua remuneração é o salário indireto, decorrente do prestígio adquirido com a repercussão de sua obra.

Assim, a criminalização da pirataria digital tem como única função garantir à “indústria cultural” o monopólio do direito de reprodução da obra (*copyright*), mesmo contrariando os interesses do autor na maior divulgação possível de seu trabalho intelectual. O Direito Penal é travestido, pois, em instrumento de regulação do mercado econômico, garantindo um monopólio de direito de cópia concedido pelo Estado aos detentores dos meios de produção.

Se o Estado brasileiro mantém seu contestável interesse na concessão deste monopólio do direito de reprodução aos proprietários dos meios de produção, deve limitar-se a garanti-lo por meio de sanções cíveis, tais como aquelas previstas no Título VII da Lei nº 9.610/98. A tutela penal deste monopólio viola não só o princípio da intervenção mínima, mas também, e principalmente, a vedação constitucional à prisão por dívidas.

5. A guisa de conclusão

O monopólio do direito de reprodução das obras intelectuais (*copyright*) surgiu há séculos como instrumento de censura política em uma simbiose dos monarcas com os detentores dos meios de produção. Com o advento do sistema capitalista, este monopólio passou a ser sustentado até os dias de hoje, sob a ideologia da “propriedade intelectual”, em benefício dos detentores dos meios de produção, e acabou por constituir verdadeira censura econômica.

O alto valor de livros, CDs, DVDs e de programas de computador é sustentado por uma escassez de obras intelectuais criada artificialmente por um monopólio do direito de cópia concedido pelo Estado aos detentores dos meios de produção. Esta escassez artificial, longe de tutelar os direitos do autor da obra intelectual, beneficia principalmente a “indústria cultural”, em detrimento da classe hipossuficiente da população, que é obrigada a escolher entre o consumo de bens de subsistência e de bens culturais e acaba optando impreterivelmente por aqueles. Desta forma, aumenta-se o fosso cultural existente entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos e, internamente, entre os membros de uma elite econômica e cultural e a massa da população fadada ao trabalho braçal, à miséria e à ignorância.

Sob a secular ideologia da “propriedade intelectual”, a “indústria cultural” procura desesperadamente justificar a necessidade de uma tutela penal da conduta de “violar direitos de autor”. Uma detida análise do bem jurídico tutelado demonstra, no entanto, a nítida dicotomia entre a justificada tutela penal dos direitos personalíssimos do autor e a inconstitucional criminalização do descumprimento de obrigações civis originadas dos direitos patrimoniais de autor.

Necessário se faz uma imediata releitura dos artigos 184 do CP e 12 da Lei 9.608/98 pelos Tribunais para que se declare inconstitucional a tutela penal dos direitos patrimoniais

de autor, seja pela inobservância do princípio constitucional da taxatividade, seja pela inobservância da vedação constitucional à prisão por dívidas. Entender de forma diversa é consagrar a instrumentalização do Direito Penal como meio de coerção ao pagamento de dívidas civis e de intervenção econômica para a garantia de monopólios privados.

Bibliografia

- ABES — Associação Brasileira de Empresas de Software. Pólo de Negócios- Dados do Setor. Disponível em: <<http://www.abes.org.br/polonego/dadoseto/dadose1a.htm#%CDndice%20de%20Pirataria%20no%20Software>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2005.
- ABRÃO, Eliane Yachouh. Direitos de autor e direitos conexos. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. 229p. ISBN: 851003141X
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito da Internet e da sociedade da informação: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 329p. ISBN: 8530915259.
- BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. ISBN: 8571060231.
- DELMANTO, Celso et al. Código penal comentado. 6ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 1078p. ISBN: 8571471665.
- ELIAS, Paulo Sá. Novas tecnologias, telemática e os direitos autorais: inclui breves comentários sobre a Lei nº 9.609/98. Jus Navigandi. Teresina, a.7, n.63, mar. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3821>. Acesso em: 5 de agosto de 2004.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte especial: arts. 121 a 212 do CP. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 615p.
- GANDELMAN, Henrique. De Gutemberg à Internet: direitos autorais na era digital. 4ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Record, 2001. 333p. ISBN: 8501048771.
- GNU. O que é software livre? Disponível em: <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.pt.html>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2005.
- JEFFERSON, Thomas. The Writings of Thomas Jefferson. Disponível em: <http://www.constitution.org/tj/jeff13.txt>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2005.
- KAMINSKI, Omar. Introdução à gestão de direitos digitais. Verba Iuris. Disponível em: <http://www.cem.itesm.mx/verba-iuris/articulos/080203.htm>. Acesso em: 5 de agosto de 2004.
- LESSIG, Lawrence. Code: and other laws of cyberspace. New York: Basic Books, 297p. ISBN: 0465039138.
- MACHADO, Cynthia Semíramis Figueiredo. Software e Privacidade: uma defesa do código-fonte aberto na preservação do direito constitucional à vida privada. In: CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz, IRIARTE, Erick, PINTO, Márcio Morena (Coord.). Informática e Internet; Aspectos legais internacionais. Rio de Janeiro: Esplanada, 2001. p.81-93. ISBN: 8570341989.

- MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Violação de direitos autorais. Apelação Criminal nº 1.0172.04.910501-5/001, Relator: Erony da Silva. Belo Horizonte, 23 de novembro de 2004. Disponível em: http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=172&ano=4&numeroProcesso=9105015&complemento=1&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta. Acesso em: 18 de fevereiro de 2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal: parte especial: arts.121 a 234 do CP. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. 508p. ISBN: 8522437394.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 1023p. ISBN: 8520323324.
- ORTELLADO, Pablo. Por que somos contra a propriedade intelectual? Manifesto Anarquista. Disponível em: http://riseup.net/anarquista/porque_somos_contra.htm. Acesso em: 19 de fevereiro de 2005.
- PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 3: parte especial: arts.184 a 288. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. ISBN: 8520321771.
- RESENDE, Pedro Antônio Dourado de. Programas de Computador: a outra face da pirataria. In: KAMINSKI, Omar (Org.). Internet Legal: o Direito na Tecnologia da Informação. Curitiba: Juruá, 2003. p. 225-228. ISBN: 8536204397.
- ROVER, Aires José. Os paradoxos da proteção à propriedade intelectual. In: KAMINSKI, Omar (Org.). Internet Legal: o Direito na Tecnologia da Informação. Curitiba: Juruá, 2003. p.173-178. ISBN: 8536204397.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 323p. ISBN: 8571062560.
- SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. ISBN: 8530901029.
- VIANNA, Túlio Lima. Fundamentos de Direito Penal Informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 170p. ISBN: 8530916190.
- WACHOWICZ, Marcos. O programa de computador e sua proteção no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2530>. Acesso em: 10 de junho de 2003.
- WONNACOTT, Paul. WONNACOTT, Ronald. Economia. 2ª ed. São Paulo: Makron Books, 1994. 833p. ISBN: 8534601496.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. Direito penal brasileiro: primeiro volume — teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 658p. ISBN: 8571062749.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 890p. ISBN: 8520321720.

Augusto César Belluscio (Argentina) *

La censura judicial

1. Los textos constitucionales argentinos; sus antecedentes

La Constitución de la República Argentina, desde su texto originario de 1853-60, contiene tres disposiciones que resultan aplicables a la determinación de si es admisible la censura judicial: el artículo 14, según el cual todos los habitantes de la Nación gozan, entre otros, del “derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa” conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; el 32, que establece que “el Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”, y el 33, que añade que “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

El texto de 1853-60 reconoce como primer antecedente el Reglamento para la Libertad de Imprenta dictado por la Primera Junta de Gobierno el 20 de abril de 1811, en cuyo artículo 1.º se disponía que todos los cuerpos y personas particulares tienen libertad de “escribir, imprimir, y de publicar sus *ideas políticas* sin necesidad de licencia, revisión y aprobación alguna anteriores a la publicación”. En el artículo 2.º se decretaba la abolición de los antiguos juzgados de imprenta y se disponía que los autores o editores serían responsables del abuso de aquella libertad. Finalmente, en el artículo 6.º se establecía la salvedad de que todos los escritos en materia de religión quedaban sujetos a la “censura previa de los ordinarios eclesiásticos, según lo establecido en el Concilio de Trento”, en virtud del cual el papa Pío IV hizo publicar, por primera vez en 1564, el *Index* con la nómina de las obras impresas cuya publicación y

* Abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Ex juez de la Corte Suprema de Justicia. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. <acbelluscio@yahoo.com.ar>

lectura estaban prohibidas por la Iglesia de Roma. Ese texto inicial fue seguido por el decreto del Primer Triunvirato del 26 de octubre de 1811, en el que se reiteró la libertad de todo hombre de “publicar sus ideas libremente y sin censura previa”, es decir, sin hacer referencia ya a las “ideas *políticas*”, y manteniendo la censura previa en materia religiosa. Además, dispuso la creación de una *Junta Protectora de la Libertad de Imprenta*, cuya función era examinar los textos ya publicados para determinar si el papel que había dado lugar a alguna reclamación tenía mérito para ser remitido a los tribunales judiciales. El Estatuto provisional de 1815 y el Reglamento Provisorio sancionado por el Congreso de las Provincias Unidas del Sud de 1817 reprodujeron, a su turno, las disposiciones del decreto sobre libertad de imprenta de 1811, las que también fueron incluidas en los textos de las constituciones de 1819 y 1826, antecedentes de la Constitución de 1853-60.

2. Origen de la censura

Las modalidades con que los reyes medievales y las monarquías absolutas imponían la censura previa a las ideas eran, en resumidas cuentas, tres:

a. La licencia real previa a la instalación de imprentas y publicaciones. La corona retenía como parte de la autoridad real la libertad de permitir o rechazar la instalación y utilización de las imprentas, que conllevaba para los titulares de la licencia el poder de requisar y destruir toda imprenta o publicación hecha por terceros. Además, la corona se reservaba el derecho de censurar el contenido de las publicaciones hechas con licencia real. En Francia, la primera imprenta fue establecida en los sótanos de la Sorbona en 1470 y en Inglaterra la primera licencia fue concedida en 1476 a un grupo de aproximadamente 90 impresores de Londres. Desde los tiempos de la reina Elizabeth I nada podía ser publicado sin que previamente hubiera sido visto, examinado y admitido por el arzobispo de Canterbury o por el obispo de Londres. La prerrogativa de la censura previa que resultaba del requisito de licencia era ejercida por los reyes en nombre de la Iglesia Católica, y se hacía efectiva mediante la requisa y destrucción por medio del fuego de todas las obras no autorizadas o prohibidas, listadas en el *Índex*. El mismo método utilizó a su turno Lutero, que en 1520 quemó en la hoguera la bula que decretaba su excomunión, junto con las decretales y otros textos del derecho canónico.

b. El segundo modo de controlar el contenido del discurso oral e impreso era el ejercicio de las acciones por difamación, expresión tomada del derecho eclesiástico. La ley *De Scandalis Magnatum* (1275) imponía prisión a todo aquel que relatará historias falsas relacionadas con los prelados, duques, condes, barones y demás grandes hombres del reino, porque se consideraba que tales historias constituían motivo de discordia entre el rey y su pueblo, de la que inevitablemente provenía la subversión del orden natural de las cosas. Las leyes de esta clase, antes que defender la reputación personal de la corona y de los nobles, constituían el medio de impedir la revuelta

política y la propagación de las ideas contrarias al poder absoluto. El juicio de estos delitos correspondía a la Star Chamber, directamente dependiente del rey. En cambio, la reputación de las personas ordinarias, es decir, de los villanos, correspondía originariamente a los clérigos y, en caso de ofensas o difamación, el responsable debía retractarse públicamente en el atrio frente a los clérigos y parroquianos. Esta jurisdicción eclesiástica, relacionada con el orden y estado espiritual de los ofensores y ofendidos y la moral de la comunidad, fue paulatinamente pasando a manos de los tribunales ordinarios, que administraban justicia en nombre del rey.

c. La tercera modalidad de imponer el poder absoluto e impedir la propagación de cualquier idea contraria a él tenía lugar mediante la aplicación de las leyes de traición, que penaban con la muerte “imaginar o planificar la muerte del rey” tanto como ayudar a sus enemigos. Por aplicación de una ley de este tipo, el impresor John Twyn fue ahorcado y descuartizado en razón de haberse descubierto en su domicilio pruebas de imprenta de un libro en el que se sostenía que el rey debía ser responsable de sus actos ante el pueblo.

Sin embargo, después de las revueltas campesinas, la separación del poder temporal del espiritual, la reforma, la abolición de los monopolios y demás transformaciones políticas de la época, para 1769 Blackstone, en sus *Comentarios a las leyes de Inglaterra*, reflejaba la idea ya establecida de que la libertad de imprenta consiste en no imponer restricciones previas sobre las publicaciones. Sujetar a la prensa al poder restrictivo de una *licencia* o permiso previo, decía, es *sujetar* toda la libertad de opinión a los prejuicios de un solo hombre y convertirlo en el juez arbitrario e infalible de todos los puntos controvertidos en materia de educación, religión y gobierno.

Esta breve reseña de los orígenes de la censura pone en evidencia que el control de la prensa tuvo desde su génesis propósitos políticos, aunque a veces estuvieran encubiertos, como en el caso de la necesidad de licencia previa, la sujeción a la autoridad eclesiástica, o por la vía indirecta de la represión de los delitos de la supuesta o real afectación de la reputación de los personajes públicos. El control de la prensa en materia de “educación, religión y gobierno”, como decía Blackstone, sintetiza la idea de que la censura como medida de control sobre la prensa tuvo, como aún lo tiene, el propósito de controlar y dominar políticamente el espacio de lo público, definido por oposición a lo que constituye la esfera de la vida privada de los particulares.

Esta tensión entre la libertad de prensa —entendida como prohibición de control sobre el discurso, es decir, sobre la palabra y sobre los medios alternativamente utilizados para su transmisión— y la protección del ámbito de lo privado de cada individuo —cuya libre extensión y desarrollo constituye la justificación misma de las instituciones políticas y explica la existencia de la autoridad pública como tal— constituye el tema constante de todas las decisiones que deben tomar los jueces cuando se pretende que, acción judicial mediante, censuren las palabras o expresiones concretamente cuestionadas.

Por esta razón es indispensable examinar los razonamientos sucesivamente utilizados por los tribunales en la búsqueda de reglas de decisión justas, esto es, que aseguren la vigencia efectiva de la pluralidad de opiniones inherente a toda sociedad que se pretenda democrática y garanticen el respeto, también indispensable, de la esfera de la vida privada del individuo; ya que en definitiva la democracia liberal, que es el sistema de gobierno común a todos los países de la región, es el único sistema en el cual los individuos se gobiernan a sí mismos conservando plenamente su individualidad.

3. La interpretación de los textos argentinos

Una interpretación literal y aislada del texto del artículo 14 conduciría a dos conclusiones: la primera, que el derecho se limita a la publicación de ideas u opiniones, lo que excluiría las noticias o informaciones; la segunda, que ese derecho es susceptible de ser reglamentado; la última, que solamente está protegida la prensa escrita —libros, folletos, periódicos, etcétera—, mas no los otros medios de divulgación de informaciones o ideas. Sin embargo, ninguna de esas conclusiones sería correcta. En primer lugar, porque el contenido de las normas adoptadas se explica por la preocupación de los constituyentes de desterrar la persecución ideológica que había imperado en la Argentina durante las primeras décadas de vida independiente, y, luego, porque no podían prever el ulterior desarrollo de los medios de comunicación.

Que la protección constitucional no se limita a la publicación de ideas resulta del artículo 32, que alude a la libertad de imprenta en general; de la primacía otorgada por esta disposición a dicha libertad resulta también que no es susceptible de reglamentación a pesar de la disposición general del artículo 14. Por tanto, cabe establecer, como principio fundamental del sistema constitucional argentino, que las garantías que rodean al derecho de prensa impiden a las autoridades públicas controlar las noticias, relatos, opiniones e ideas antes de su impresión, como así también toda acción u omisión que restrinja la publicación y la circulación de la prensa. Lo dicho respecto de la libertad de prensa es aplicable a la libertad de expresión en general, no sólo por el carácter enunciativo de las garantías establecido en el artículo 33 sino también porque una interpretación dinámica del texto constitucional obliga a incluir a los medios de comunicación distintos de la prensa, que no existían al tiempo de sancionarse la Constitución ni podía ser previsible para los constituyentes que apareciesen luego, y cuya importancia es similar a la de la prensa escrita. De ahí que queden comprendidos la radiofonía, la televisión, internet, los espectáculos públicos —teatro y cinematografía—, la exhibición de imágenes, las grabaciones de palabras o sonidos, etcétera.

Cabe recordar que en varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia argentina ha afirmado que, entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que tienen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal. La Cons-

titución protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica.

Es posible también preguntarse si corresponde aplicar las limitaciones que resultarían del artículo 13, incisos 4 y 5, de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establecen respectivamente que “los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia” y que “estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

A ese respecto, corresponde señalar en primer término que la reforma de 1994 estableció en el nuevo artículo 75, inciso 22, la *jerarquía constitucional* de ese y otros tratados internacionales de derechos humanos, y añadió que no derogan “artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Por tanto, en modo alguno podría aceptarse que la Convención limitase la libertad de expresión asegurada por los textos internos. De todos modos, la objeción a un espectáculo únicamente podría tener lugar una vez realizada su primera representación, con lo que la prohibición ulterior no tendría el carácter de *previa*; en cuanto a la propaganda bélica y la apología del odio, sólo podrían ser reprimidas una vez producidas.

4. La censura judicial. Los textos internacionales y la jurisprudencia europea

Los textos fundamentales a la luz de los cuales corresponde examinar la posibilidad de la censura judicial, esto es, la censura impuesta por vía de una resolución o sentencia judicial fundada en ley, son la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Europea sobre Derechos Humanos, y, asimismo, sus interpretaciones respectivamente formuladas por la Corte Interamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos.

El artículo 13 de la Convención Americana dispone que el ejercicio del derecho de libertad de pensamiento y de expresión, que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole a través de cualquier procedimiento, “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores” expresamente fijadas por la ley. Sólo admite la censura previa en materia de espectáculos públicos con el exclusivo objeto de regular el acceso para la protección moral de la infancia y la adolescencia, aunque podría considerarse otra excepción a este principio el inciso 5.º, que prohíbe toda propaganda en favor de la guerra y la apología del odio nacional, racial o religioso que incite a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas.

Por su parte, la Convención Europea no reconoce la misma explícita prohibición absoluta de censura previa que el sistema interamericano, ya que, sin perjuicio de prohibir la injerencia de la autoridad estatal, establece que el ejercicio de las libertades de opinión y de recibir o comunicar informaciones o ideas podrá ser sometido a ciertas formalidades, consideraciones, restricciones o sanciones previstas por la ley que constituyan medidas necesarias para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial. Sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sido renuente a permitir restricciones previas a la libre expresión, como lo ilustran las sentencias dictadas en los siguientes casos:

4.1. Observer and Guardian contra Reino Unido y Sunday Times contra Reino Unido, del 26 de noviembre y 24 de octubre de 1991, respectivamente

Spycatcher era un libro, publicado en Estados Unidos, que contenía las memorias de un ex alto miembro del Servicio de Seguridad Británico (M15). Dicho libro versaba sobre la organización operativa, los métodos y el personal de M15 e incluía un relato de presuntas actividades ilegales del Servicio de Seguridad. Ante una orden judicial basada en fundamentos de seguridad nacional que impedía la publicación de información obtenida del libro, los periódicos ingleses denunciaron ante la Corte que aquella constituía una restricción incompatible con la libertad de expresión. La Corte Europea llegó a la conclusión de que la orden no podía considerarse necesaria para la protección de la seguridad nacional debido a que la confidencialidad del material se había destruido por la publicación del libro en otro país; por lo tanto, era incompatible con la libertad de expresión.

4.2. Sunday Times, también conocido como el caso de la talidomida, del 26 de abril de 1979

De 1958 a 1961 una sociedad farmacéutica británica (la Distillers) comercializó un medicamento con efectos sedantes que contenía talidomida, prescrito especialmente para mujeres embarazadas; éstas dieron a luz a niños que sufrían malformaciones. Los padres de los niños malformados denunciaron al laboratorio haciéndolo responsable de negligencia en la producción y comercialización del medicamento. Muchas de las acciones emprendidas se resolvieron amistosamente mediante las negociaciones llevadas a cabo entre el laboratorio y los padres. Durante este tiempo aparecieron regularmente en la prensa y en la televisión comentarios sobre los niños víctimas de malformaciones por la talidomida. El *Sunday Times*, uno de esos periódicos

cos, publicó un artículo en el que se examinaba el problema, y muy especialmente las propuestas de acuerdo entre los padres y el laboratorio, que calificó de *grotescas* en relación con los perjuicios causados. El artículo en cuestión terminaba anunciando otro nuevo en el que se narraría la historia de la tragedia. La sociedad farmacéutica presentó una demanda contra el *Sunday Times* alegando que incurría en *contempt of court* debido a que trataba un caso que todavía estaba *sub judice*. La Cámara de los Lores prohibió la publicación del artículo señalando que impedía una administración de justicia imparcial porque las partes en litigio podían sentirse presionadas y la autoridad del tribunal menoscabada como consecuencia de la publicación. La Corte Europea dejó sin efecto la orden que prohibía la publicación, sosteniendo que en las concretas circunstancias del caso dicha orden constituía una injerencia gubernamental innecesaria para asegurar la autoridad del Poder Judicial en una sociedad democrática, por lo que violaba uno de los requisitos básicos establecidos en el artículo 10 de la Convención. En particular, tomó en cuenta que la existencia de los juicios por la talidomida era conocida desde varios años antes, que el asunto se había debatido en el Parlamento mismo y había sido seguido por diversos medios de prensa, de modo tal que el contenido específico del artículo que el *Sunday Times* no había podido publicar no constituía un peligro real para la imparcial administración de justicia. Concluyó que la injerencia no se correspondió con una necesidad social tan imperiosa como para privilegiar el interés público sobre la libertad de expresión en el sentido en que lo entiende el Convenio.

4.3. Lingens, del 8 de julio de 1986

El señor Lingens, un periodista austríaco, publicó en 1975 dos artículos en los que criticaba a Friedrich Peter, jefe del Partido Liberal, por haber sido miembro de las SS durante el nazismo (participación que Peter había admitido), y al canciller Bruno Kreisky por haber hecho declaraciones públicas en defensa de Peter frente a las acusaciones dirigidas contra éste por Simón Wiesenthal. Kreisky había dicho que Wiesenthal utilizaba “métodos mafiosos”. Lingens llamó a Kreisky “oportunista”, “inmoral” e “indigno” por haber salido en respaldo de Peter y haberse mostrado benevolente hacia los ex nazis en vísperas de una elección, en tiempos en que se hablaba de una posible alianza con los liberales. Kreisky querreló a Lingens por difamación, en los términos del artículo 111 del Código Penal austríaco. El Tribunal de Viena condenó al periodista al pago de una multa, dispuso el secuestro de los artículos remanentes y ordenó la publicación del fallo. Como circunstancia atenuante, dijo que en el caso de personalidades políticas la existencia de injurias debía juzgarse con un criterio menos estricto, pero igualmente consideró que las expresiones de Lingens habían constituido manifestaciones falsas y deshonorosas para el canciller, sin que el periodista hubiera podido demostrar la veracidad de sus afirmaciones. La Corte Europea señaló que la condena equivalía a una forma de censura en tanto amenazaba con disuadir a los periodistas de

participar en el debate político. Por otra parte, formuló una distinción entre las opiniones, entendidas como juicios de valor no susceptibles de ser verdaderos o falsos, y las afirmaciones sustentadas en circunstancias de hecho, cuya verdad o falsedad puede ser determinada. Dijo que los calificativos de *oportunista*, *inmoral* e *indigno* atribuidos por Lingens a Kreisky constituían juicios de valor, razón por la cual el imputado no había podido valerse de la defensa consistente en demostrar la veracidad de sus afirmaciones, prevista en el artículo 111 del Código Penal de Austria. Sobre la base de estos fundamentos, concluyó en que la condena impuesta a Lingens significaba una restricción innecesaria a la libertad de publicar sus ideas por la prensa, en tanto no respondía a ninguna exigencia imperativa propia de una sociedad democrática.

4.4. Prager y Oberschlick, del 26 de abril de 1995

En 1987 Prager, un periodista radicado en Viena, publicó en la revista *Forum*, editada por Oberschlick, un artículo titulado “¡Cuidado! Jueces brutales” (cruels, *harsh*), en el que se cuestionaba la actuación de varios jueces penales austríacos y, en particular, la actitud de nueve miembros de la Corte Regional de Viena. Las críticas decían que los jueces se comportaban de manera arrogante, que humillaban a los imputados y abogados defensores, que imponían las penas más severas que era posible, que extendían las detenciones provisionales hasta el máximo admitido y que prescindían invariablemente de la opinión de los jurados cuando no estaban de acuerdo con ella. En abril de 1987 uno de esos jueces querelló a Prager en los términos del artículo 111 del Código Penal austríaco. La corte local confirmó la condena a Prager a pagar una multa y dispuso el secuestro de los ejemplares del artículo existentes. También, por aplicación de la ley de medios de comunicación (que establece la responsabilidad objetiva del editor en caso de difamación y permite condenarlo juntamente con el autor del delito), condenó solidariamente a Oberschlick en su calidad de editor. En este caso la Corte Europea confirmó la condena, sosteniendo que no violaba el artículo 10 de la Convención, pues Prager había formulado acusaciones basadas en circunstancias fácticas cuya veracidad o falsedad no se había tomado el trabajo de comprobar, tanto como que había admitido no haber asistido a ningún juicio tramitado en el juzgado del magistrado querellante, ni lo había entrevistado ni dado la oportunidad de replicar o responder a las afirmaciones que el periodista hacía sobre el juez en su artículo, actitud que constituía una regla ética básica del periodismo.

Del examen de estos casos resulta, en primer lugar, que la Corte Europea establece una distinción entre la libertad para publicar *opiniones*, entendidas como meros juicios de valor, y la de publicar aserciones susceptibles de ser confirmadas como verdaderas o falsas mediante la comprobación de hechos objetivamente verificables. Asimismo que, sin perjuicio de que en los casos en que existió una orden judicial que preventivamente prohibía la publicación ella no estaba justificada, no considera que la prohibición cautelar de publicar un artículo periodístico esté definitivamente prohibida

por constituir una forma de censura previa. Es decir, que las leyes que permiten la prohibición preventiva de una publicación no son *per se* contrarias al artículo 10 de la Convención Europea ni, por tanto, restricciones ilegítimas de la libertad de expresión, si se cumple la exigencia de que se correspondan con una “necesidad social imperiosa” justificable en una sociedad democrática.

En este sentido, corresponde citar el caso *Mitterrand*, en el cual, en el año 1996, la Corte de Apelaciones de París confirmó la resolución cautelar por medio de la cual se había prohibido la difusión del libro *Le grand secret*. En este libro el médico de Mitterrand revelaba detalles sobre la enfermedad padecida por quien había sido presidente de Francia y había fallecido pocos días antes de su aparición.

Se sostuvo para ello que toda persona, cualquiera que sea su rango, su nacimiento, sus funciones, tiene derecho al respeto de su vida privada y que esa protección se extiende a las personas más próximas a ella, por lo que aquellas revelaciones importaban una violación del secreto profesional y una injerencia arbitraria en la vida del ex presidente Mitterrand y su familia. Asimismo, que esta prohibición —que hacía cesar una perturbación manifiestamente ilícita— no desconocía las exigencias impuestas por el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano ni las de la Convención Europea de Derechos del Hombre en relación con el derecho de libertad de expresión.

En lo que se refiere a seguridad nacional, la Comisión Europea de Derechos Humanos declaró *inadmisibles* los recursos fundados en que las restricciones a comunicadores radiales del Reino Unido por las que se les impedía irradiar entrevistas con personas vinculadas a una organización proscrita —el Ejército Republicano Irlandés y el Sinn Fein, partido político que sostiene al IRA— violaban el artículo 10.º de la Convención (casos *Purcell y otros contra Irlanda*, de 1991; *Brind y otros contra Reino Unido*, y *Mc Laughlin contra Reino Unido*, de 1994). La Comisión llegó a la conclusión de que las restricciones eran aceptables en virtud de la Convención, debido a la gravedad de la amenaza terrorista y a que ellas en realidad no restringían la información a que el público tenía acceso sino que limitaban el formato en que la información se podía transmitir.

5. La jurisprudencia americana

En lo que se refiere a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en febrero de 2001 este tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse expresamente contra el régimen de censura previa en razón de la prohibición de exhibición de la película *La última tentación de Cristo*.

En 1988, el Consejo de Calificación Cinematográfica de Chile había prohibido la exhibición con fundamento en el artículo 19, inciso 2, de la Constitución de Chile, que establece un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica. En el año 1996 el Consejo, ante una nueva petición de la empresa

United International Pictures Ltd., revisó la prohibición de exhibición de la película y finalmente la autorizó para espectadores mayores de 18 años. Un grupo de particulares —por y a nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos— impugnó judicialmente esa autorización y la Corte de Apelaciones de Santiago dejó sin efecto la resolución administrativa del Consejo, decisión que fue posteriormente confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile en 1997. Ese mismo año el presidente Frei presentó un proyecto de reforma del artículo 19, inciso 2, de la Constitución, que pretendía eliminar la censura cinematográfica y sustituirla por un sistema de calificación que consagrara el derecho a la libre creación artística, pero al tiempo de la sentencia de la Corte Interamericana todavía no había completado los trámites para su aprobación. La Corte sostuvo en términos concluyentes que en el régimen de la Convención Americana no es posible ninguna forma de censura previa, excepto la relativa al acceso a los espectáculos públicos en protección de la moral de la infancia y adolescencia y la apología del odio nacional, racial o religioso. Puso de manifiesto que el régimen adoptado por la Convención es el de las responsabilidades ulteriores a la publicación y, en consecuencia, consideró que en el caso se había violado el artículo 13 de la Convención y que el Estado chileno debía modificar sus disposiciones de derecho interno para adaptarlas al régimen de la Convención Americana.

La Comisión Interamericana también se pronunció en este sentido en el caso *Martorell*. Éste se suscitó a raíz de una acción judicial promovida por un ciudadano chileno con el objeto de impedir la circulación del libro *Impunidad diplomática* en la República de Chile, con fundamento en que afectaba su privacidad. Este libro, publicado en la Argentina y cuyo autor era Martorell, narraba hechos acaecidos en Santiago de Chile durante la permanencia en esa ciudad del embajador Spinoza Melo. El tribunal dictó una medida de no innovar, la que fue confirmada por la Corte Suprema de Chile. El gobierno de Chile, en su alegato ante la Comisión, sostuvo que la decisión había sido adoptada en aras de la defensa del honor y la dignidad, derechos también tutelados por la Convención. La Comisión resolvió que la interdicción de la censura previa, dispuesta por el artículo 13 de la Convención, es absoluta; que la única excepción a ello es la contenida en el inciso 4.º de ese artículo; que el derecho al honor no tiene una jerarquía superior que la que tiene el derecho a la libertad de expresión; que la forma que había utilizado el Estado de Chile para proteger la honra era ilegítima, y que al reglamentar la protección de la honra y la dignidad los Estados parte tienen la obligación de respetar el derecho a la libertad de expresión. Concluyó que la censura previa, cualquiera que sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el artículo 13 de la Convención.

Por su parte, si bien la Corte Suprema de los Estados Unidos ha contemplado la posibilidad de la censura previa por razones de seguridad nacional, nunca emitió un orden judicial con estos fundamentos.

Efectivamente, en el caso *Near contra Minnesota* (1931) expresó como hipótesis que “nadie cuestionaría que un gobierno pudiera impedir [...] la publicación de

las fechas de partida de los transportes o el número y la ubicación de las tropas [...]”.

Sin perjuicio de ello, durante la guerra de Vietnam, en el momento en que la oposición interna al enfrentamiento se encontraba en su clímax, tuvo lugar el caso conocido como *Los documentos del Pentágono* (1971) —el primero en que el gobierno federal de los Estados Unidos intentó reprimir a la prensa alegando que estaba en peligro la seguridad nacional—, en el cual la Corte dejó sin efecto la decisión judicial que impedía que dos importantes periódicos publicaran partes de un informe gubernamental clasificado en el cual se detallaban operaciones militares y negociaciones diplomáticas secretas. Ello sobre la base de que no podía inmolarse la Primera Enmienda ante la duda de la conveniencia o inconveniencia de la publicación de los documentos por *The New York Times* y *The Washington Post*.

En el caso de la *Bomba H*, un juez del Tribunal del Distrito Federal había prohibido, a pedido del gobierno y durante seis meses, a la revista *The Progressive* que publicara un artículo que contenía información sobre el diseño y la fabricación de la bomba de hidrógeno, por considerar que ello posibilitaría que otros países que no tenían tecnología nuclear pudieran hacer grandes avances basándose en la información publicada. Sin embargo, la Corte Suprema no llegó a pronunciarse porque en el momento en que debía decidir la cuestión esos detalles habían llegado al conocimiento público por diversos medios, incluso la divulgación científica.

6. La jurisprudencia argentina

6.1. *Servini de Cubría*

En el año 1992, una magistrada argentina promovió acción de amparo solicitando que se procediera, previa visualización, al secuestro del *tape* correspondiente a un programa del cómico conocido por el seudónimo de Tato Bores, que se iba a difundir dos días más tarde, con el objeto de que se impidiese la proyección de las partes deshonrosas hacia su persona. A tal fin, relató que en las anteriores emisiones del programa había sido gravemente ofendida —motivo por el cual sus abogados estaban preparando una querrela criminal por los delitos de injuria y desacato— y que un llamado telefónico la había alertado de que, en respuesta a las querellas que proyectaba, se emitiría el domingo siguiente un programa en el cual se la injuriaría y difamaría aún más.

El juez de primera instancia denegó la medida cautelar solicitada por considerar que se trataba de restringir un derecho ajeno mediante una inconstitucional censura previa. La alzada, después de considerar innecesario “visualizar” el *tape* por el carácter limitado y provisional de la medida que ordenaría, revocó esa decisión sobre la base de que el honor y la fama son derechos personales que hacen a la dignidad de la persona humana y cuya jerarquía no es menor que la libertad de prensa. Asimismo, dio intervención a la justicia penal por la supuesta comisión de los delitos de amenazas y extorsión.

La Corte Suprema no fue clara al revocar esta resolución, pues el argumento del voto de la mayoría fue que la Cámara había actuado erróneamente al resolver el caso sin haber visto el *tape* del programa, lo que genera la duda sobre cuál habría sido el resultado del proceso si, de haberlo hecho, hubiera comprobado que su contenido era injurioso para la actora.

En cambio, en mi voto reafirmé el carácter absoluto de la prohibición de censura previa. Ello debido a que el constituyente atribuyó al derecho de expresarse libremente por la prensa una importancia superior, hasta el punto de que no se conformó con consagrar en el artículo 14 el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa, sino que añadió en el artículo 32 la explícita prohibición al Congreso de dictar leyes restrictivas de la libertad de prensa. En otros términos, la Constitución argentina veda terminantemente el control previo de lo que se va a expresar por medio de la prensa, y la coordinación válida entre la libertad de hacerlo y la protección del honor de los demás está en la responsabilidad civil y penal de quienes, abusando de la libertad que la Constitución les reconoce, violan los derechos de los otros.

6.2. *Maradona*

En un juicio de filiación iniciado con el objeto de establecer la paternidad del jugador de fútbol Diego Armando Maradona respecto de una menor de edad, la parte actora solicitó y obtuvo de la juez de primera instancia la decisión de hacer saber a los medios de prensa en general que debían abstenerse de difundir cualquier noticia o dato que involucrara a la menor, bajo apercibimiento de multa y desobediencia. Al ser apelada por la agencia Diarios y Noticias, la Cámara limitó la prohibición a la difusión de cualquier noticia relativa al juicio de filiación.

La mayoría de los integrantes de la Corte Suprema señaló que de la armonización de las garantías constitucionales en juego —la libertad de prensa y consiguiente prohibición de censura previa, por un lado, y la tutela de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias en su intimidad, conforme a lo establecido por el artículo 16, inciso 1.º, de la Convención sobre los Derechos del Niño, por el otro— cabía entender que la protección judicial del interés del menor debía estar estrictamente ceñida a lo que resultaba indispensable a fin de evitar una injustificada restricción de la libertad de prensa. En consecuencia, resolvió que la prohibición formulada excedía la tutela requerida por la Convención sobre los Derechos del Niño y que debía dictarse un nuevo pronunciamiento que limitase la prohibición a la difusión de cualquier dato que pudiera conducir a la identificación de la niña, debido a que ello representaba una indebida intromisión en su esfera de intimidad que podía causar un daño en su desenvolvimiento psicológico y social.

Disentí con la decisión de la mayoría debido a que la Constitución argentina veda terminantemente el control previo de lo que se va a expresar por medio de la prensa, y la coordinación válida entre la libertad de hacerlo y la protección de la dignidad y de

la intimidad de las personas está en la responsabilidad civil y penal de quienes, desvirtuando la libertad que la Constitución les reconoce, utilizan la prensa para cometer delitos o actos ilícitos civiles. Cuanto mayor es la libertad, mayor será también la responsabilidad. Esta distinción entre la prohibición de censura previa y la responsabilidad ulterior por el abuso ha sido también recogida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13, inciso 2.º. Las normas y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño dan el criterio para que una conducta se califique de acto ilícito civil, sin perjuicio de su tipificación penal si correspondiera. Coartar la libertad antes de la publicación o de la emisión de las ideas significa prejuzgar sobre la incapacidad de los medios de prensa de ejercer responsablemente su función, y entrañaría desconocimiento sobre el efecto disuasivo de la sanción ulterior que el ordenamiento jurídico prevé para quien vulnere la intimidad de un menor o tenga indebida injerencia en su vida privada y familiar. Por otra parte, nuestro país ha conocido una dramática historia de ocultamientos en la filiación de los niños como para creer que necesariamente es de su mejor interés que la prensa permanezca ajena a toda información y no sea capaz de fijar por sí los límites de su función dentro de la ley.

6.3. *Verbitsky*

Esta causa se inició con la solicitud presentada ante un juzgado federal por el periodista Horacio Verbitsky (el 23 de mayo de 1987) de que se adoptara una medida de no innovar tendiente a evitar la publicación de una solicitada en los diarios más importantes de la Argentina mediante la que se expresaba reconocimiento y solidaridad para con el ex presidente de facto Jorge Rafael Videla por su desempeño en la represión de la subversión. Denunció la presunta comisión del delito de apología del delito por parte de los responsables del texto cuestionado.

El juez de primera instancia entendió que la solicitada cuya publicación se pretendía importaba, en principio, la comisión del delito de apología del crimen, en grado de tentativa, cuya consumación debía impedir sobre la base de facultades legales. En su opinión, las libertades de prensa y de ideas son derechos que, aunque garantizados constitucionalmente, no son absolutos sino que reconocen límites en la ley. Como consecuencia de ello, ordenó la no publicación de la solicitada.

La cámara de apelaciones revocó esta resolución pese a considerar que ese hecho constituía una apología del crimen. Al respecto expresó: “Plantéase de este modo una situación dilemática: impedir la consumación de un delito —por lo que optó, no sin razón, el *a quo*— o consentir el sacrificio de un bien jurídico en aras de un interés superior jerárquicamente más valioso y cuya vigencia compromete la del sistema político, garantizador de libertades, por lo que esta sociedad está bregando en esta difícil transición democrática”. Al optar, en el dilema planteado, por el respeto a la libertad de expresión, manifestó: “Poco importa si para defenderla han de soportarse

algunos males, la diatriba insolente, la injuria abierta o solapada, la referencia procaz y obscena, la calumnia y hasta la apología de un crimen si es que ello puede servir para garantizar una forma de vida, en la que la mayoría del pueblo cree, y que aparece expuesta desde los albores mismos de nuestra nacionalidad”.

Esta decisión fue recurrida por vía extraordinaria ante la Corte Suprema, por un lado por el fiscal de cámara y, por el otro, por varias personas que, pese a que la resolución habría sido favorable a sus pretensiones, se consideraron damnificadas al entender que sus fundamentos importaban una violación al derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa, como asimismo no solamente una amenaza cierta de que, en caso de publicarse, los responsables cometerían el delito de apología del crimen, sino la afirmación de que tal delito ya se habría cometido en grado de tentativa.

El procurador general de la Nación desistió del recurso extraordinario interpuesto por el fiscal de Cámara en lo referente a los alcances de la libertad de expresión y consideró improcedentes los demás recursos extraordinarios interpuestos, por falta de un gravamen actual y concreto.

La Corte Suprema coincidió con el dictamen del procurador general en cuanto a la ausencia de gravamen actual y concreto —el cual únicamente se produciría en caso de dictarse una sentencia condenatoria— y agregó que la afirmación de la cámara en el sentido de que los autores de la solicitada se hallarían incurso en responsabilidad penal no era más que un *obiter dictum*, es decir, un razonamiento que no era relevante para la solución del caso y que, por ello, carecía de todo efecto normativo. En consecuencia, declaró inadmisibles los recursos extraordinarios interpuestos.

Evidentemente, la amenaza de una posterior incriminación fue un modo indirecto, pero eficaz, de censura previa, ya que los firmantes de la solicitada finalmente la publicaron dejando un espacio tachado en negro en el lugar en que se mencionaba al general Videla, con el fin de evitar una eventual responsabilidad penal.

6.4. R. R. A. contra Diario Clarín y otros

Un particular inició una acción judicial contra seis de los más importantes diarios de la Argentina con el objeto de que se ordenase el cese de la publicación de los avisos clasificados que ofrecen servicios de índole sexual mediante textos, fotos y dibujos obscenos, que consideró agraviantes a los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, en tratados internacionales y en leyes especiales. Adujo que es público y notorio que las publicaciones mencionadas están al alcance de cualquier persona, lo cual lo afectaba especialmente en su carácter de consumidor y padre de hijas menores de edad.

La defensa de los demandados se agravió de que dicha solicitud importaba requerir el dictado de una medida de censura previa.

El fallo de la Cámara Civil, dictado en noviembre de 2003, acogió el pedido condenando a los codemandados a que en el plazo de cinco días cesaran en la publi-

cación de fotografías de personas en posturas obscenas que ofreciesen servicios de prostitución, homosexualidad, bisexualidad y similares, y ordenó asimismo la limitación del texto de los avisos. Para concluir así entendió que las publicaciones atacadas encuadraban en la clase de mensajes de “menor valor”, sobre los cuales puede recaer una mayor restricción a fin de evitar daños, en contraposición con los considerados “serios o valiosos” (políticos, religiosos, filosóficos o artísticos), que merecen una amplia protección y sólo pueden ser restringidos en circunstancias excepcionales, y que frente a la colisión que se plantea entre proteger la libertad de prensa admitiendo la difusión de dichos mensajes en un diario de circulación masiva y defender el derecho de los niños y adolescentes a ser protegidos, consagrados en diversas convenciones, pactos, tratados y declaraciones internacionales, han de prevalecer estos últimos. Agregó que no todo lo que se difunde por la prensa escrita o se emite en programas radiales o televisivos o por cualquier otro medio goza del amparo de la prohibición de censura previa, sino solamente aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas, y que habrá de ser el interés superior del niño el que guíe los pronunciamientos judiciales que lo atañen.

Asimismo, hizo mérito de que la prevención del daño se impone como única protección judicial efectiva atento la insuficiencia de las responsabilidades ulteriores para reparar eventuales agravios. Y que la prohibición de censura previa no es absoluta, por lo que la defensa de la libertad de prensa no es ilimitada.

Esta decisión no fue llevada a conocimiento de la Corte Suprema, la cual no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre ella. En su caso, habría motivado grandes dudas pero, de todos modos, es obvio que el problema no guarda relación con la libertad de expresar libremente las ideas ni con la de información, sino que se trata de establecer si la moral y las buenas costumbres pueden ser un límite a las publicaciones en general, máxime cuando se trataba de un órgano de prensa que llega a las manos de todos y no está destinado a un público restringido y prevenido de su contenido.

Para concluir, citaré palabras de Alexis de Tocqueville, quien decía que quería la prensa por consideración a los males que impide, más que a los bienes que realiza. En ciertas naciones que se pretenden libres —agregaba—, cada uno de los agentes del poder puede impunemente violar la ley, sin que la Constitución del país dé a los oprimidos el derecho de quejarse ante la justicia. En esos pueblos no hay ya la independencia de la prensa como una de las garantías, sino como la única garantía que queda de la libertad y la igualdad de los ciudadanos. En un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso. La soberanía del pueblo y la libertad de prensa son, pues, dos cosas enteramente correlativas.

En fin, si la censura proveniente del poder político es un inadmisibles riesgo para la libertad, la impuesta por los jueces es más grave aún, pues son precisamente ellos quienes deben garantizar el respeto de los derechos humanos y no desconocerlos ni atacarlos.

Néstor Pedro Sagüés (Argentina)*

Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Introducción. ¿Censura “mala” y censura “buena”?

La censura judicial previa (esto es, dispuesta por magistrados judiciales a fin de impedir la difusión de determinadas opiniones, informaciones, notas, etcétera) es un fenómeno no muy nuevo, pero que se ha incrementado en los últimos lustros, y seguramente tenderá a aumentar aún más.

Las razones de ese auge no derivan —generalmente— de una mayor presión estatal antidemocrática sobre los medios de difusión, sino, por el contrario, de la presentación ante los estrados judiciales de particulares, a fin de evitar la divulgación de noticias, opiniones, trascendidos, imágenes, películas, sonidos o datos en general que puedan perjudicar su intimidad u honor. En la medida en que sociológicamente se coticen más estos dos últimos derechos, y que se descubran nuevos despliegues y alcances de ellos, más se tiende también a ampararlos judicialmente, por lo común a través de medidas cautelares o precautorias.

Bueno es advertir, no obstante, que la censura judicial puede tener igualmente como meta tutelar otros derechos o garantías, como la confidencialidad de datos tributarios o la reserva de ciertas fórmulas de tipo comercial o industrial. Estadísticamente, lo cierto es que se plantea, de ordinario, para defender a particulares frente a otros particulares y los medios de difusión. Ocasionalmente se la ha usado, también, para intentar impedir la consumación de delitos.¹

* Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires y Pontificia Universidad Católica Argentina. Magistrado judicial. <nestorsagues@arnet.com.ar>

¹ Tal fue el caso *Verbitsky* en Argentina (cf. *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1988-III-606), en el que un juzgado de primera instancia decretó la prohibición de publicar en varios diarios una solicitada, a fin de impedir la comisión del delito de “apología del crimen” (se expresaba en tal solicitada la solidaridad con un ex presidente de facto, durante la llamada *guerra sucia* desarrollada en su mayor

De ahí que la censura judicial previa procura asumir hoy, y a menudo, en la referida dimensión sociológica del derecho, ciertas connotaciones legitimatorias de censura “buena” (o sea, de tutela de derechos humanos, constitucionales o personales, como se los prefiera llamar), frente a la censura tradicional, casi siempre apreciada como “mala”, impuesta por el Estado a favor de sí mismo y entrevista como herramienta castradora de la libre emisión de ideas políticas.

La censura judicial previa merece un doble análisis: nacional e internacional, ya que puede estar visualizada a través del derecho interno, constitucional e infraconstitucional, y asimismo por documentos de fuente internacional, como el Pacto de San José de Costa Rica, de singular relevancia para el caso latinoamericano. Incluso pueden darse tratamientos distintos y hasta contrapuestos del tema, en uno y otro orden, como ha ocurrido en la experiencia jurídica con la Constitución de Chile y el referido Pacto.²

En este trabajo se realizará, fundamentalmente, un estudio del asunto bajo la carpa normativa del Pacto de San José de Costa Rica, prescindiendo de las distintas respuestas constitucionales nacionales que podrían encontrarse en cada Estado. Sin embargo, será necesario igualmente tener en cuenta algunos elementos que emanan de la dimensión fáctica del derecho, válidos para entender mejor el tema.

En concreto, se tratarán los siguientes puntos: a) distinta apreciación del conflicto entre civilistas y constitucionalistas; b) admisión de la censura judicial como tipo de no censura; c) admisión excepcional de la censura judicial, entendiendo a la libertad de expresión como derecho no absoluto; d) rechazo global de la censura judicial; e) situación actual y perspectivas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Dos maneras distintas de enfocar un mismo tema

Como observación general, puede sostenerse que los autores provenientes del derecho civil son proclives a admitir hipótesis de censura judicial previa para proteger derechos personalísimos concernientes a la privacidad, la dignidad personal, el honor, y también la propiedad, la propia imagen y otros conexos. En este caso, la censura judicial es una herramienta para reprimir agresiones a tales derechos y un medio para

parte durante el último régimen militar. En otros casos de censura judicial respecto de libros, películas, video-tapes televisivos, etcétera, en virtud de tutelarse los derechos constitucionales de privacidad, honor, dignidad, de culto, etcétera, nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés: “La censura judicial a la prensa en Argentina”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 1998, pp. 387 ss.

² Tal fue el caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *La última tentación de Cristo*, respecto de la compatibilidad del Pacto con la constitución de Chile. Cf. Sergio García Ramírez (coord.): *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 753 ss.

defender a las personas de ataques provenientes de particulares o de los medios de difusión. Cuando hay una controversia entre aquellos derechos y la libertad de expresión, consciente o subconscientemente se valora más a los primeros, subrayándose que el concepto de dignidad de la persona es un valor jurídico relevante. Esto ha llevado a sostener, por ejemplo, que es válida la censura de toda biografía no autorizada por el sujeto descrito en ella.³

Para los constitucionalistas, en cambio, la libertad de expresión cuenta con una cotización prevaleciente, quizá con el máximo puntaje. Aunque esta postura no es del todo unánime,⁴ se explica en parte porque tal libertad fue una de las más fervientemente sostenidas por el constitucionalismo liberal individualista (que es el constitucionalismo de la primera etapa), como principio decisivo para el origen y la supervivencia del Estado de derecho y la democracia, y como arma letal e imprescindible contra el absolutismo preexistente y cualquier totalitarismo que aparezca en el horizonte político. En realidad, es una de las bases ideológicas del Estado constitucional mismo: prácticamente no se concibe a éste sin libertad de expresión, y con censura previa. La no censura, pues, está en la cuna de las constituciones y del derecho constitucional.

El doble discurso (civilista y constitucionalista) que reina en el área provoca, además de cierta esquizofrenia jurídica, un serio obstáculo para encontrar una respuesta uniforme y consensuada.

3. La censura judicial como “no censura”

Una corriente permisiva de la censura judicial procura presentarla como *no censura*, vale decir, como un fenómeno ajeno, cuantitativa y cualitativamente, a la censura propiamente dicha. Desde esta perspectiva, la *censura* en sentido estricto sería la administrativa o legislativa, dispuesta por el Poder Ejecutivo o por el Congreso, inspirada en razones de naturaleza política vinculadas a la defensa del Estado o del Gobierno, y a través de normas generales, o de instrumentación de normas generales, por las que se exige a los medios, o a quien quiera expresarse, una previa autorización o licencia para así hacerlo.

Con referencia a las interdicciones judiciales de divulgar, se dice en cambio que tienen estas características: a) se disponen por magistrados judiciales independientes e imparciales; b) se expiden en procesos concretos, a pedido de parte y en tutela de

³ Véase, por ejemplo, Julio C. Rivera y Anahí Malicki: “Prohibición cautelar de la publicación de una biografía no autorizada”, en *El Derecho* n.º 151, Buenos Aires, 1993, pp. 170-171.

⁴ Sobre excepciones a la prohibición de censura previa en obras de constitucionalistas, cf. Humberto Quiroga Lavié: *Constitución de la Nación argentina comentada*, 3.ª ed., Buenos Aires: Zavalía, 2000, p. 65, en materia televisiva y sobre la llamada *cultura de la animalidad*; Adolfo Gabino Ziulu: *Derecho constitucional*, Buenos Aires: Depalma, 1997, t. I, p. 300, admitiendo la censura “cuando ella sea realmente necesaria”.

los derechos constitucionales de los particulares; c) deben disponerse fundadas en derecho; e) son de tipo excepcional; f) están sometidas a control jurisdiccional a través de los medios impugnativos procesales del caso. Por lo demás, desde un punto de vista histórico, la veda a la censura que establecen constituciones antiguas, del tipo norteamericano o argentino, por ejemplo, estaría refiriendo a la censura *política* (administrativa o legislativa), y no a la dispuesta ahora por jueces en tutela del honor o de la privacidad de los particulares.⁵

La tesis de la censura judicial como censura *impropia*, o simplemente *no censura*, ha contado con la aprobación de cierta doctrina tribunalicia, bien que no mayoritaria.⁶

En rigor de verdad, no puede desconocerse que la censura prohibida por textos constitucionales de antigua factura refiere a la administrativa y a la legislativa, y no a la judicial. Pero nada impediría, claro está, que una interpretación dinámica y evolutiva de la Constitución amparase a los habitantes también respecto de la última, fenómeno casi inexistente cuando se dictó la Constitución histórica pero que puede ser captado, mediante analogía, por la regla constitucional original.

Del mismo modo, las diferencias cuantitativas y cualitativas que hay entre la censura administrativa y la judicial, que son ciertas, no obstan para calificar a la última, en lo sustancial, como *censura*, o decisión impositiva de difundir algo.⁷

4. Admisión excepcional (y algunas veces, no tanto) de la censura judicial

La tesis permisiva de la censura judicial (aun aceptando que ésta sea, *lato sensu*, *censura*, y por tanto, en principio, interdicta) maneja la siguiente línea argumentativa: a) el derecho a publicar ideas por medio de la prensa sin censura previa no es, como pasa con todo derecho de raigambre constitucional o equiparable a tal, absoluto, sino condicionado a una reglamentación razonable;⁸ b) debe convivir, además, con otros derechos constitucionales tan respetables como él mismo (honor, dignidad hu-

⁵ Véase por ejemplo Fernando M. Toller: "Libertad de prensa y tutela judicial efectiva", en *La Ley*, Buenos Aires, 1999, pp. 568 ss.

⁶ Voto de los jueces Boggiano y Barra en el caso *Servini de Cubría*. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Fallos*, 315, pp. 1961 ss.

⁷ La palabra *censura* ha tenido un desarrollo conceptual muy significativo. Desde luego, alude a las prohibiciones de divulgar, pero también a los entorpecimientos para la difusión de una idea. Véase sobre el tema Gregorio Badeni: *Libertad de prensa*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, pp. 113-115.

⁸ Citando jurisprudencia estadounidense, cf. Cámara Federal en lo Civil y Comercial de Buenos Aires, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1992-IV-10. El artículo 14 de la Constitución argentina da pie a tal tesis, por cuanto indica que los derechos constitucionales (entre los que se encuentra el de "publicar ideas sin censura previa", se ejercitan "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio". La Corte Suprema de Justicia argentina reputó en *Servini de Cubría* (Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Fallos*, 315, p. 1963, considerando 7) a la libertad de expresión como garantía no absoluta.

mana, privacidad, protección de los menores, etcétera), al igual que con otros valores de rango constitucional o convencional internacional (verbigracia: moral pública, seguridad nacional), lo que exige continuos ejercicios judiciales de adaptación, acomodamiento y ponderaciones entre tales derechos, generalmente a través del mecanismo del balanceo de valores, derechos y deberes. En ese quehacer, puede alguna vez la libertad de expresión ser vencida por un derecho *más fuerte*; c) además de derecho *relativo*, el de difundir ideas o informaciones sin censura preliminar no es *infinito*, ya que se circunscribe a determinadas materias (ideas, opiniones, informaciones) pero sin cubrir necesariamente a otras (¿imágenes?);⁹ d) igualmente, ciertos medios de comunicación o algunas conductas expresivas tendrían una cobertura más atenuada; por ejemplo, los canales de televisión¹⁰ o los espectáculos públicos, que son censurables en tutela de la moral de la infancia y de la adolescencia (artículo 13, apartado 4.º, del Pacto de San José de Costa Rica); e) también existen conductas expresivas explícitamente censurables, al estilo de la propaganda que pueda incitar a la guerra o que realice apología del odio nacional, racial o religioso que incite a la violencia (artículo 13, apartado 5.º, del Pacto de San José de Costa Rica).

En definitiva, para esta tesis, aunque en un primer tramo toda censura judicial huele a inconstitucional, podría encontrar justificativo (de modo particular la última) y superar la valla prohibitiva en casos de excepción como los puntualizados (tutela de un derecho humano superior, áreas exentas de la prohibición de censura, medios de difusión con blindaje anticensura más tenue y conductas directamente censurables según el derecho en vigor). Todo ello, desde luego, con la debida motivación y fundamentación, y siempre en términos de proporcionalidad y razonabilidad.

Pero cabe advertir que, en los hechos, ciertas posiciones (provenientes, como se anticipó, en mucho del derecho civil) son todavía más permisivas en materia de censura judicial, al contemplarla como una herramienta menos solemne y más ordinaria para amparar —mediante medidas cautelares, por ejemplo— posibles agresiones a la esfera íntima o al honor de las personas, en tanto el interesado demuestre la concurrencia de los recaudos para disponer tales providencias (*fumus bonus juris*, urgen-

⁹ En el sentido de que la censura sobre imágenes es posible, dado que la Constitución argentina solamente prohíbe la censura sobre “ideas”, cf. Quiroga Lavié: o. cit., pp. 65-67. El artículo 14 de la Constitución dice: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos [...] de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa [...]”. Por lo demás, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, también en *Servini de Cubría*, alertó en el voto mayoritario acerca de que, “dicho de otro modo, *no todo lo que se difunde por la prensa escrita o se emite en programas radiales o televisivos o por cualquier otro medio, goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas*”. Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Fallos*, 315, p. 1964, considerando 9. La bastardilla es nuestra.

¹⁰ Es el voto mayoritario de la Corte Suprema argentina, en el ya mencionado caso *Servini de Cubría* (Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Fallos*, 315, p. 1943, citando al respecto jurisprudencia estadounidense).

cia, posibilidad de perjuicio grave, contracautela). En estas posturas, expresa o tácitamente se entiende que la libertad de expresión es un derecho secundario frente a la privacidad o al honor.

5. Rechazo frontal de la censura judicial

Para esta postura, la libertad de expresión tiende a perfilarse como una *libertad preferida o derecho privilegiado*, con visos de derecho cuasiabsoluto. El argumento liminar parte de la concepción de aquel derecho-libertad como estructuralmente *sistémico* (algunos prefieren hablar de *derecho estratégico*), vital para la funcionalidad y la supervivencia del sistema político democrático. Éste requiere, por cierto, una libre circulación de ideas e informaciones para que el habitante pueda formarse su propio juicio, adoptar después decisiones y elegir también en libertad. Si se corta dicho flujo de datos y opiniones, la falta de savia en el árbol de la democracia ocasiona inexorablemente la extinción de tal régimen.

Así apreciado el panorama, el principio de la *no censura* tiende a volverse rígido y muy exigente. No está en juego solamente el derecho de quien desea expresarse: aparte de él, está el derecho de los demás a conocer las ideas del primero, y el muy relevante interés del sistema democrático en la circulación fluida de toda esa información.

En conclusión, la posición que comentamos está dispuesta a pagar un precio muy caro por el muy valioso bien de la libertad de expresión: llegado el caso, aceptará sacrificar o posponer ciertos derechos personalísimos, como la honra o la privacidad, asegurando reparaciones ulteriores a los damnificados, pero sin consentir una censura preventiva para evitar la consumación del acto lesivo. Aunque la opción sea dolorosa y algunas veces cruel, preferirá, en términos de mal menor, la posibilidad de un perjuicio a un particular o al mismo Estado, pero no despachar una media precautoria que instaure una censura impeditiva de la comunicación libre de ideas u opiniones. En definitiva, tiende a reputar a la libertad de expresión sin censura previa como un derecho absoluto. Llegado el caso, impedirá la censura aunque ésta se hubiere programado para evitar la consumación de un delito.¹¹

Por supuesto, esta tesis consiente actos de censura cuando el derecho positivo superior (verbigracia, constitucional) las instrumenta o prevé, pero los interpreta, por lo común, con criterio restrictivo.

¹¹ En tal sentido, Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal: *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1988-III-606 (caso *Verbitsky*). En cuanto que la prohibición de censura previa importa un principio absoluto, cf. Baden: o. cit., p. 113.

6. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva 5/85, y después de aclarar que la libertad de expresión comprende tanto un derecho individual a manifestarse como un derecho *colectivo* “a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”, refirió también al “derecho a utilizar *cualquier medio apropiado* para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios” (con lo que no distinguió entre medios más protegidos y medios menos protegidos). Entendió igualmente que el área amparada por la Convención cubre informaciones, ideas de toda índole, opiniones, relatos y noticias. Acto seguido, determinó que el Pacto de San José de Costa Rica estipula “la prohibición de la censura previa la cual es *siempre* incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, *salvo* las excepciones contempladas en el inciso 4, referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia *toda* medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención”. Y en el caso de *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*, después de mencionar entre el material protegido por la libertad de expresión a las informaciones e ideas “de toda índole”, que involucran también opiniones, relatos y noticias, puntualizó:

Es importante señalar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero *únicamente* con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, *cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión*.¹²

Los lineamientos básicos de esta tesis han sido posteriormente ratificados por la Corte en los casos *Ivcher Bronstein*, del 6 de febrero del 2001, y *Herrera Ulloa* (también conocido como caso del diario *La Nación* de Costa Rica), del 2 de julio del 2004.

Digamos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sigue lineamientos parecidos, pero quizá más drásticos todavía. Por ejemplo, en el caso *Martorell* explicitó que la prohibición de censura previa, *sin importar la forma en que se efectivice* (y, por ende, comprensiva de la judicial), es más intensa en el Pacto de San José de Costa Rica que en otros instrumentos internacionales; y que en la especie era insostenible afirmar que el derecho al honor de una persona tiene una jerarquía superior al de la libertad de quien quiere expresarse.¹³

¹² García Ramírez: o. cit., pp. 758-760, 970. La bastardilla es nuestra.

¹³ Cf. *La Ley*, Buenos Aires, 1996-D-1687, con nota de Ariel Dulitzky: “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El caso Martorell”.

7. Recapitulación. Nuevos frentes de debate

Cabe diferenciar dos situaciones distintas:

Primera hipótesis. El debate, en el ámbito constitucional nacional local, acerca de las posibilidades y de la naturaleza de la censura judicial previa puede considerarse en gran medida agotado a raíz de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como intérprete final del Pacto de San José de Costa Rica (artículo 67 del Pacto), y conforme a la doctrina que hemos llamado *del seguimiento nacional*, para Estados que estiman que el Pacto está por encima de la Constitución nacional o que, al menos en cuanto su artículo 13, no se opone a ella, y que por tanto cabe que los tribunales locales sigan los veredictos de la Corte Interamericana.¹⁴

La Corte Interamericana, con un criterio que en algunos puntos puede ser discutible, ha enunciado de modo terminante, realizando una ponderación entre derechos y principios más bien *definicional* o general, en vez de una *casuística* (circunscrita al caso concreto que decidía),¹⁵ en torno a los siguientes asuntos:

a. La censura judicial previa no es viable, salvo para la tutela de la moral de la infancia y adolescencia, en los términos del artículo 13 apartado 4 del Pacto.

b. *Prima facie*, todos los medios de difusión tienen igual cobertura por el Pacto, en materia de libertad de expresión.

No quedan sin embargo del todo definidos los siguientes temas, con lo que existen —respecto de ellos— resquicios interpretativos libres para los operadores nacionales:

c. Si es factible la censura para reprimir la propaganda belicista o apologética del odio nacional, racial o religioso a que refiere el artículo 13, apartado 5, del Pacto. Entendemos, al respecto, que ello sería eventualmente posible, dado lo enfático de esta cláusula, aunque ella requiere que la propaganda de referencia sea prohibida por la *ley*, motivo por el cual no sería viable la censura judicial sin norma previa.¹⁶

¹⁴ Nos hemos referido a esta doctrina en Néstor Pedro Sagüés: “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en José Palomino Manchego y José C. Remotti Carbonell (coords.): *Derechos humanos y constitución en Iberoamérica. Libro homenaje a Germán J. Bidart Campos*, Lima: Grijley, 2002, pp. 43 ss.

¹⁵ Es cierto que la Corte Interamericana, al evacuar una opinión consultiva (como la 5/85, en materia de libertad de expresión), normalmente se ve obligada a formular un balance definicional o general, y no particularizado, pero en otras hipótesis (solución de casos concretos), su actitud puede ser distinta. Sobre la diferencia entre el *definitional balancing* y el *ad hoc balancing test*, cf. Oscar Flores: *Libertad de prensa y derecho a la intimidad de los funcionarios públicos*, Buenos Aires: La Ley, 2004, pp. 400 ss.

¹⁶ En el sentido que el artículo 13-5 del Pacto de San José de Costa Rica no es autoejecutivo, sino que requiere ley previa para su instrumentación, aunque el dictado de ésta es obligatorio para los Estados, véase Juan Carlos Hitters: *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires: Ediar, 1993, t. II, p. 185. Respecto a la posible aplicación del artículo 13-5 como forma de censura, ello

d. Si el concepto de *espectáculos públicos* sobre los que es posible imponer censura para amparar a la infancia y la adolescencia (artículo 13, apartado 4, del Pacto) puede cubrir a los espectáculos televisivos, y autorizar, por ende, verbigracia, la implantación de un horario especial de protección para el menor, en los canales del caso. También cabe estimar que ello es factible.¹⁷

e. Si para el Pacto de San José de Costa Rica el blindaje que protege de la censura previa a las ideas, opiniones, informaciones, relatos y noticias comprende también imágenes (fotos, dibujos, cuadros, películas, grabaciones, etcétera), en tanto no integren obligadamente en un caso alguno de los conceptos tutelados (ideas, informaciones, opiniones, etcétera). El tema es por cierto más opinable. Alguna vez se ha indicado, con acierto, que programas humorísticos televisivos pueden considerarse protegidos por la prohibición de censura previa, ya que son idóneos para transmitir ideas y opiniones, así como críticas.¹⁸

f. Tampoco queda claro el problema jurídico que hipotéticamente puede presentarse si un país es, en su Constitución y en materia de libertad de expresión, todavía más generoso que el propio Pacto, e impide, verbigracia, todo tipo de censura previa (aun sobre espectáculos). Por el principio *pro homine* o del *favor libertatis*,¹⁹ parecería que tendría que prevalecer la regla local, en este caso más indulgente que el Pacto. Sin embargo, tal principio opera cuando se trata de darle a la persona más derechos frente al Estado, pero no frente a otros particulares. De ahí que la cláusula tuitiva de los menores del artículo 13, apartado 4, del Pacto de San José de Costa Rica, que autoriza la censura a favor de éstos, no podría ignorarse por una Constitución nacional Tampoco, nos parece, la regla del apartado 5, que en el fondo está amparando el derecho colectivo y a la vez individual a la paz y a la no discriminación.

g. Por último, otra cuestión jurídica de interés se plantea cuando un tratado internacional sobre derechos humanos autoriza en algunas circunstancias un tipo de censura judicial no contemplado por el Pacto de San José de Costa Rica. Por ejemplo, si bien éste indica que “el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia” (artículo 8, apartado 5.º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, emergente de la Organización de las Naciones Unidas, determina, mucho más claramente: “La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés

fue advertido en el curso de la elaboración del Pacto de San José de Costa Rica, por la delegación estadounidense. Véase Carlos E. Colautti: *Derechos humanos*, Buenos Aires: Universidad, 1995, p. 162.

¹⁷ Nos hemos adherido a tal posición en Néstor Pedro Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, 3.ª ed., Buenos Aires: Astrea, 1999, t. 2, p. 436.

¹⁸ Tal fue el criterio de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en el ya citado caso *Servini de Cubría*. Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Fallos*, 315, p. 1961.

¹⁹ Néstor Pedro Sagüés: “La interpretación de los derechos humanos...”, o. cit., p. 36.

de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia [...]” (artículo 14). En alguna de tales hipótesis, no sería descartable la posibilidad de providencias judiciales que, de hecho, podrían significar disponer casos directos o indirectos de censura judicial respecto de la prensa.

h. Al respecto, igualmente, la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989) contiene algunas reglas que pueden eventualmente generar actos de censura judicial. Por ejemplo, cuando respecto de los niños acusados de haber cometido delitos, prescribe que debe promoverse la reintegración del niño y que éste asuma una función constructiva en la sociedad (artículo 40), tal circunstancia justificaría la prohibición judicial (o legal) de mencionar por los medios de difusión los nombres de los niños imputados o condenados.

Un problema similar se ha planteado con la publicación en medios masivos de comunicación del nombre de un menor, en un proceso civil en el que se reclamaba la filiación de su presunto padre. La Corte Suprema de Justicia argentina, al abordar un caso de tal índole,²⁰ apuntó que en la especie el tribunal debía armonizar las reglas sobre libertad de prensa y no censura del Pacto de San José de Costa Rica (artículo 13) con el artículo 16, inciso 1.º, de la Convención sobre los Derechos del Niño, que consagra el derecho de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas o arbitrarias en su intimidad. El voto mayoritario concluyó que “en esa tarea de compatibilización *cabe entender que la protección judicial del interés del menor debe estar estrictamente ceñida a lo que resulta indispensable* para evitar así una injustificada restricción de la libertad de prensa [...]”, y que la prohibición de propalar “cualquier noticia vinculada a la filiación de autos” excede la tutela que requiere la intimidad de la menor, ya que la medida dispuesta conduciría al extremo de impedir la difusión de noticias relacionadas con el juicio de filiación, aun cuando se limitase debidamente la publicación masiva de aquellos datos que pudieran conducir a su identificación” (considerandos 12 a 15 del voto mayoritario).

Si hubiera contradicciones entre uno y otro Pacto, el operador judicial no podría honestamente ignorarlas, sino que debería resolverlas. La tarea de compatibilización entre esos documentos puede no ser nada sencilla, pero de todos modos tiene que realizarse. Una vía de armonización podría consistir en señalar que el ya citado artículo 8-5 del Pacto de San José de Costa Rica puede empalmar con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que este último, a su vez, puede entenderse como una suerte de especificación más casuística del primero. Sin embargo, enunciados tan enfáticos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que solamente cabe la censura previa para los espectáculos públicos, parecen cerrar las puertas a soluciones como las propuestas. Con mayor habilidad, la

²⁰ Caso *M.*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 324, p. 1018, considerando 10.

Corte Interamericana podría haber dicho, cautamente, que la censura judicial previa únicamente procede en los casos de los espectáculos públicos aludidos por el artículo 13-4 del Pacto de San José y respecto de otras restricciones a la publicidad contempladas por el mismo Pacto o por otras convenciones similares de derechos humanos. No sería raro, por cierto, y antes bien resultaría provechoso, que en un futuro pronunciamiento la Corte Interamericana de Derechos Humanos asuma esta problemática y adopte una fórmula comprensiva de ella.

Segunda hipótesis. Para Estados que juzgan que su Constitución nacional se encuentra por encima del Pacto de San José de Costa Rica, y que en el tema éste difiere de lo que dispone su Constitución (por lo cual, en ese punto, el Pacto devendría inconstitucional para dicho Estado), la respuesta a la viabilidad de la censura judicial previa, sus alcances y modalidades, dependerá fundamentalmente del techo normativo constitucional local.

De todos modos, si se planteara algún conflicto entre la solución del Pacto, con más el fallo que en un caso la interprete y adopte de la Corte Interamericana, por un lado, y la tesis que adopte la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional local, por el otro, y no se obedeciere a la primera, en el ámbito internacional el Estado desobediente deberá afrontar sus responsabilidades por el incumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana que eventualmente se dicte, y que sería obligatoria (en tal esfera) para ese Estado, a tenor del artículo 68 del Pacto.

También debe tenerse presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha permitido que un Estado invoque su Constitución para autorizar un tipo de censura no autorizado por el Pacto. Por el contrario, ha resuelto que en tal caso el Estado debe acomodar su Constitución al Pacto.²¹

²¹ Cf. García Ramírez: o. cit., pp. 753 ss., caso *La última tentación de Cristo*.

Esther Gómez Campelo (España) *

Los derechos individuales en el procedimiento de extradición y en la Orden Europea de Detención y Entrega

1. La extradición: rasgos generales

1.1. *Su análisis desde el derecho internacional privado*

Pese a que el título de este trabajo hace específica mención a los derechos del sujeto ante la extradición y figuras afines, no pretendo darle un tratamiento constitucionalista, aun cuando desde su desarrollo se invoquen sentencias del Tribunal Constitucional. Me interesa más la visión poliédrica de una materia poco enfrentada por los autores, en la que el ámbito internacionalista, penal, procesal y administrativo se entremezclan, proporcionando una riqueza temática fuera de toda duda.

La extradición, considerada como supuesto de hecho, se integra por una pluralidad de elementos dotados de internacionalidad, puesto que el sujeto, el individuo contra el que existe una imputación formal —y al que van dirigidas estas páginas— está vinculado, por causa de su conducta, a más de un ordenamiento jurídico autónomo; esta circunstancia, unida al alejamiento material del marco de competencias de las autoridades del foro, caracteriza el planteamiento conflictual y permite ubicarnos entre las premisas propias del derecho internacional privado. De los actos y omisiones penalmente tipificados que incluyen un elemento de extranjería con la suficiente entidad como para exigir previsiones jurídicas especiales se ocupa el derecho penal internacional, destinando normas internas para regular supuestos en los que se involucran

* Profesora de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos. Ha publicado un libro sobre el procedimiento de extradición y numerosos artículos referentes a la materia. Sus líneas de investigación abarcan temáticas diversas, como el comercio electrónico, la adquisición de nacionalidad, el análisis del caso Pinochet, el derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes o la protección de los extranjeros menores de edad. <esgomez@ubu.es>

intereses de varios Estados. Ahora bien, este factor heterogéneo puede contemplarse, de igual modo, en las denominadas *relaciones subjetiva o relativamente internacionales*, que, pese a estar objetivamente vinculadas a un solo ordenamiento y ser homogéneas respecto de un sistema, se ven con sesgo internacional por los órganos jurisdiccionales de otro Estado que, como en este caso, solicitan la entrega del sujeto.¹

La necesaria flexibilidad normativa y judicial aboca, de esta forma, a que, cuando el juzgador se enfrente a la resolución del fondo del asunto, la presencia del elemento extranjero deba conducir a la aplicación de normas penales internas, *ad hoc*, que manteniendo el conocimiento de los hechos en el ámbito de la *lex fori* proporcionen elementos de peculiaridad suficientes como para hacer frente a la singularidad del supuesto, expresando los objetivos propios de los ordenamientos en presencia, pero siempre desde la perspectiva del foro.

1.2. La presencia plural de los Estados y su apego al principio de territorialidad

De todo lo anterior se extrae una conclusión palmaria: toda extradición está marcada —y su desarrollo, condicionado— por una evidente dualidad, basada en que, mientras que los presupuestos esenciales que posibilitan la iniciación de los trámites con vistas a la solicitud de entrega se apoyan en los principios y las reglas del Estado requirente, se acudirá a las normas y valores del Estado requerido para fundamentar el procedimiento, es decir, la posible detención preventiva, medidas cautelares y entrega del sujeto.

La entrega del sujeto reclamado para ser objeto de enjuiciamiento o, en su caso, cumplir la pena impuesta en el Estado que lo requiere, más allá de los límites territoriales que pueden impedir el cumplimiento efectivo del derecho, exige que la justicia penal trascienda las fronteras propias. Si se parte de que la intrínseca naturaleza de ciertos delitos supera conceptos y valores nacionales para convertirse en una entidad de carácter universal, la reacción contra ellos y los efectos que provoquen deberán también “universalizarse”, afirmación que nos lleva a cuestionar el ámbito reduccionista del principio de territorialidad de la ley penal.

¹ Según Josephus Jitta, son relaciones relativamente internacionales las que, resultando homogéneas para un sistema, pretenden crearse, alterarse, producir efectos o extinguirse en el ámbito regulador de otro. Así lo pone de relieve en su obra *La méthode du droit international privé*, La Haya, París, Bruselas y Londres, 1890, pp. 201 y ss.

Para Mayer y su teoría expansiva, el derecho internacional privado no sólo regula situaciones privadas que presentan uno o varios elementos extranjeros (las denominadas *situaciones objetivamente internacionales*), sino aquellas otras relaciones con elementos vinculados a un solo ordenamiento, pero de las que conoce un órgano jurisdiccional de otro Estado, para el cual la relación es *subjetivamente internacional*.

La irrefutable afirmación de que la raíz primigenia de la extradición se encuentra en el principio de territorialidad que marca el *ius puniendi* provoca que el poder represivo de los países se haya articulado casi exclusivamente en el marco de sus soberanías; de ahí la necesidad de actos jurídicos complejos, mecanismos de cooperación eficaces, que permitan extrapolar los efectos de cada jurisdicción penal más allá de sus límites geográficos. Por ello, buscar la coordinación de sistemas de diverso contenido, bien a través de la armonización normativa, bien a través de la unificación que facilitan los textos convencionales, puede favorecer una política legislativa común que inspire soluciones no confrontadas, basadas en el respeto de una serie de principios básicos como los de legalidad, especialidad o doble incriminación, entre otros. La trascendencia de cualquiera de ellos se justifica desde dos perspectivas: la generalista, que permite reflejar el grado de eficacia de los actos de cooperación internacional y el nivel de compromisos políticos adoptados por los diferentes países respecto a una materia, y la particularista, que se sitúa en el espacio propio del *extraditurus* y que trata de garantizar la debida protección de sus derechos.

El análisis que sigue se detendrá, fundamentalmente, en este segundo aspecto.

1.3. La indiscutible influencia del principio de reciprocidad

Junto con los mencionados principios, es preceptivo también hacerse eco de la omnicompreensiva presencia en el procedimiento de extradición del de reciprocidad, que ha exigido una especial labor de concreción a fin de contemplarlo en toda su complejidad y magnitud. Tras descartar acepciones² que considero no se corresponden con la institución que tratamos, parece más acertado circunscribirlo a la que exige una correspondencia de trato entre países sobre una base normativa que lo posibilite —interna o convencional—, con el propósito de lograr un deseable nivel de cooperación general, es decir, sin que sea preciso ni conveniente buscar una estricta correspondencia *in casu*.

Pese a que las normas convencionales e internas circunscriben, delimitándola, la aplicación del principio por el órgano jurisdiccional, no es menos cierto que su faceta política adquiere gran importancia en el desarrollo procedimental: las valoraciones de esta índole y los intereses coyunturales dejan una clara impronta en las decisiones adoptadas.

² La reciprocidad diplomática o convencional (puede crear normas, en tanto fuente de derecho internacional privado), o la denominada de retorsión o tracto por tracto (reproduce idénticos criterios de actuación foro-derecho extranjero; actúa como norma de conflicto, permitiendo aplicar el derecho extranjero).

Para conocer más a fondo esta sistemática, véase José María Espinar Vicente: *Teoría general del derecho internacional privado. Monografías de derecho internacional privado*, vol. I, Universidad de Alcalá de Henares, 2000, pp. 156-161, inspirada en el tratamiento llevado a cabo por Miguel Angulo Rodríguez en su obra *Lecciones de derecho procesal internacional*, Granada: Gráficas del Sur, 1974.

Así pues, considero que hay que entender la reciprocidad como un elemento informador, una condición de la obligación de entregar por cuya virtud se evita que un Estado asuma compromisos unilateralmente. Una respuesta favorable a la entrega en virtud de este principio depende de su oportunidad, de un planteamiento político no exigible jurídicamente, y ello porque determinar la existencia de reciprocidad le corresponde al Gobierno, que dispone de un elevado margen de flexibilidad en su interpretación. El que el tribunal extradicional pueda vincular en ciertos casos sus resoluciones al contenido del principio verificando la existencia de determinadas circunstancias que aparecen recogidas en los tratados e inquiriendo al Estado solicitante para que informe sobre sus actuaciones ante situaciones semejantes no controvierte la naturaleza marcadamente política que se infiere de la normativa vigente.³

Ya desde el momento inicial en que se aborda la naturaleza de la extradición surgen las dudas —no exentas de fundamento— acerca de su carácter predominantemente jurídico o político. Es evidente que la participación de los órganos propios de uno u otro ámbito es diversa según el tipo de extradición —activa o pasiva— en que nos fijemos, pero, en cualquier caso, esta figura integra, a tenor del Preámbulo de la Ley de Extradición Pasiva,⁴ una decisión sobre la procedencia de la entrega que no resulta obligatoria para los países, sino meramente facultativa y justificada en lo político, que va a moverse entre los criterios jurídicos expuestos por los órganos competentes —sobre sus normativas— y la visión coyuntural que los poderes del Estado pueden tener de ese concreto acto de colaboración. Abundando en todo ello, la propia Ley de Extradición Pasiva la considera como un acto de soberanía de los Estados, función propia del Poder Ejecutivo “sin perjuicio —indica— de su aspecto técnico penal y procesal que han de resolver los tribunales en cada caso [...]”.

A pesar de que la lectura de los textos legales y convencionales pueda sugerirnos otra cosa, lo cierto es que, a mi juicio, la valoración política propia subordina la resolución que cada país adopta acerca de la entrega; esta certeza transforma la decisión en un acto facultativo, de marcado tenor coyuntural, al servicio de intereses unilaterales y claros condicionamientos estatales.⁵

Así, en la modalidad extradicional activa, he podido comprobar que gran parte de la carga decisoria que impulsa a un Estado a iniciar o proseguir un proceso penal contra el sujeto adopta esta naturaleza. Cuando se solicita a la persona sobre la que recae formalmente una imputación o sobre quien se ha dictado sentencia firme, se

³ Constitución española, artículo 13; Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 278; Ley de Extradición Pasiva, artículo 1, y Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación Jurídica Internacional Penal, artículo 4.

⁴ Apartado 4.º.

⁵ Tan evidente resulta esta afirmación, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *caso Soering* —sentencia de 7 de julio de 1989, ref. 89TE12— establecía que la extradición no puede tener carácter ilimitado o absoluto si su decisión conlleva un trato al *extraditurus* incompatible con las normas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pese a entenderse una facultad cierta de los Estados.

están dando cita no sólo el cumplimiento de inexcusables requisitos formales y de fondo, sino una actitud que busca defender intereses propios fruto del contexto político-jurídico en que se encuentra. Lo que en un principio parecía ser un conjunto de trámites llevados a cabo por órganos jurisdiccionales y que se inició con el auto de solicitud de extradición, continúa con una serie de actuaciones de orden administrativo que sólo ceden si entre los Estados requirente y requerido existe un texto convencional que posibilite la vía jurisdiccional directa de comunicación. La importancia política de esta fase es evidente si se constata que el papel de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Justicia no se limita al de ser meros mecanismos de transmisión; antes bien, su permanente contacto con los centros de poder del Ejecutivo del país requerido les permite conocer con un alto grado de certeza si las perspectivas jurídico-políticas son favorables a la denegación o a la entrega. En ordenamientos como el francés es frecuente contemplar cómo el Ministerio de Justicia deniega tramitar las solicitudes de extradición en virtud de la ponderación de cuestiones de índole política que, como regla general, son tan condicionantes de la decisión como las razones estrictamente jurídicas. Es ésta una conducta activa de los órganos gubernativos que se observa sólo excepcionalmente en el derecho español.

De todo lo anterior puede extraerse la consideración de que, a tenor de la presencia de este principio en nuestro texto constitucional, debería relacionárselo con una faceta más marcadamente jurídica, basada en la garantía mutua que han de ofrecerse los países en cuanto al respeto básico a los derechos de los sujetos reclamados. Ahora bien, la concreción de tal respeto, el contenido jurídico de la reciprocidad desde el punto de vista del tratamiento de los derechos de la persona, continúa siendo también objeto de debate abierto.

1.4. Cuestiones para la polémica

1.4.1. La pena de muerte

Al hablar de las reglas que rigen la extradición conviene detenerse en la figura de la pena de muerte como sanción a imponer por el Estado requirente; su aplicación ante determinados tipos delictivos nos traslada al principio de la doble incriminación y condiciona, consecuentemente, la decisión que adopte el Estado requerido. Bien por entender que se está atentando contra los valores fundamentales de ese Estado, bien porque se alega una vulneración de un orden público de ámbito territorial europeo o internacional, lo cierto es que no son infrecuentes las respuestas denegatorias.

Con todo, junto con las breves pinceladas en blanco y negro, es evidente que esta cuestión tiene unos perfiles más amplios y está teñida de color —puesto que abarca penas que lesionan la integridad corporal y moral de los sujetos y utiliza mecanismos de represión estatal que conducen a situaciones claudicantes— o, dicho con otros términos, no es una materia de trama pacífica ni de sencilla resolución. Mientras que

el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶ impide con criterios taxativos la materialización de penas inhumanas o degradantes en el sentido más literal y obvio del término, sin entender que sea preciso valorar en cada caso la benevolencia contemplada en cada modalidad de ejecución, sin embargo, desde los órganos de aplicación del derecho, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷ o nuestro Tribunal Constitucional,⁸ se aporta la idea, más matizada, de que el carácter degradante o inhumano de una pena no está tanto en su calificación como en el modo de ejecutarla.

A tenor de la Ley de Extradición Pasiva⁹ y de algunos autos de la Sala 2.^a de la Audiencia Nacional,¹⁰ puede comprenderse la actitud de nuestro país al participar

⁶ Ni este Convenio ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fijan reglas rígidas que constriñan el ejercicio de la extradición por parte de los Estados. Lo que sí parece claro es que, a tenor del Protocolo Adicional VI al Convenio Europeo, un Estado parte sólo podrá proceder a la entrega del sujeto si el país requirente le ofrece suficientes garantías de que la pena de muerte —vigente en su ordenamiento— no será ejecutada o, en su caso, impuesta. Siendo esta sanción contraria al orden público europeo, no parece fácil encontrar argumentos jurídicos que justifiquen la concesión de extradición a un país no abolicionista.

Véase la obra de Ana Salado Osuna: *La pena de muerte en derecho internacional: una excepción al derecho a la vida*, Madrid: Tecnos, 1999, pp. 153-172.

También resultan interesantes por sus aportaciones:

S. Magnanesi: “Estradizione pasiva a reati puniti con la pena capitale”, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Milán, 1994-I.

Rafael Bellido Penadés: *La extradición en derecho español (Normativa interna y convencional: Consejo de Europa y Unión Europea)*, Madrid: Civitas, 2001.

Francisco Bueno Arús: “Extradición y pena de muerte en el ordenamiento jurídico español”, en *Anuario de Derecho Penal*, 1981.

⁷ En el caso Tyrer, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitió una sentencia —25 de abril de 1978, ref. 78TE2— en la que se incluían las siguientes reflexiones: “El Tribunal advierte, ante todo, que una persona puede ser humillada por el mero hecho de su condena. Sin embargo, lo que interesa [...] es que la humillación se produzca no por la mera condena, sino por la ejecución de la pena. Éste puede ser, en la mayoría de los casos, si no en todos, uno de los efectos del castigo judicial que implica la obligada sujeción a las exigencias del sistema penal [...] La naturaleza institucionalizada de estos actos violentos se acompaña con el conjunto del procedimiento oficial para el castigo y con la circunstancia de que quienes lo ejecutaron eran por completo extraños para el delincuente”.

⁸ La sentencia del Tribunal Constitucional 65/1986, de 22 de mayo, indica en su Fundamento Jurídico 4.º: “[...] La calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoque una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena”.

También se suma a este criterio la sentencia 148/2004, de 13 de septiembre.

⁹ Artículo 4.6: “No se concederá la extradición en los casos siguientes: [...]”

”Cuando el Estado requirente no diera la garantía de que la persona reclamada de extradición no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes”.

¹⁰ El auto 541/1994, de 15 de febrero, indica: “[...] de ser de aplicación a los hechos el artículo 302 del Código Penal francés, aun reemplazándose la pena de muerte por la reclusión a perpetuidad,

activamente en la ratificación de Convenios con Estados que aceptan en sus ordenamientos la pena capital o la prisión perpetua. La aparente rigidez de algunos textos convencionales que exigen implícitamente a los países firmantes la abolición de tal sanción contemporiza, a mi modo de ver, con el carácter flexible del artículo 11 del Convenio Europeo de Extradición, redactado para lograr una mejor convivencia con los intereses de los Estados y sus particulares criterios extradicionales.¹¹ Este dualismo impregna también las regulaciones autónomas, como se ha podido constatar en diversos sistemas jurídicos;¹² parece evidente que tanto en las normativas convencionales como en las internas existe un curioso movimiento oscilante entre la flexibilidad, que exige transigir con los intereses nacionales, y el análisis ponderado de las posiciones más extremas, lo que permite ilustrar con suficiente nitidez el sentido y alcance que hoy día se le atribuye a esta figura.

Sin embargo, desde mi punto de vista, no creo que el mero compromiso de inejecución o de cumplimiento “atemperado” por parte de las autoridades del país requiriente constituya garantía suficiente en pro de la mejora de la situación del *extradi-*

como manifiesta el órgano jurisdiccional de instrucción francés, estaríamos en caso de deber tener en cuenta lo siguiente:

”El artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 4 de diciembre de 1966, prohíben el sometimiento a penas inhumanas y degradantes. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 3 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

”Como el artículo 25 de nuestra Constitución establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, hay que aceptar que ello constituye el fundamento y justificación de la pena que pueda resultar incompatible con la cadena perpetua, que desde esa óptica puede llegar a reputarse inhumana y degradante, por lo que sin ser impedimento para denegar la extradición debe condicionar su concesión, para imposibilitar la ejecución de una pena de prisión a perpetuidad”.

¹¹ De ese modo se pronunció también el Consejo a través de la propuesta de decisión marco sobre el mandamiento de detención europeo y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros, hecho en Bruselas el 19 de septiembre de 2001 (COM [2001] 522 final/2. DOCE C332 E, de 27 de noviembre de 2001). Su artículo 37 dice: “Si la infracción sobre cuya base se ha emitido el mandamiento de detención europeo tuviera señalada pena de cadena perpetua, la ejecución del mandamiento de detención europeo podrá estar supeditada al compromiso por parte del Estado miembro emisor de favorecer la aplicación de cualquier medida de gracia a la que la persona tuviera derecho en el marco de su legislación y prácticas nacionales”.

Hoy, en el considerando 13 de la decisión marco, de 13 de junio de 2002, se indica que “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”. DOCE L190, de 18 de julio de 2002.

¹² Así, se predica desde la Constitución —artículo 13.1— el derecho a la vida como regla de derecho internacional común y, de otro lado, se posibilita por parte de la Ley de Extradición Pasiva —artículo 4.6 ya visto— la concesión de la extradición siempre que el Estado requirente curse compromiso de inejecución de la pena.

turus. Un compromiso que se adopta por los órganos estatales peticionarios y es exigible desde el momento en que el tribunal accede a conceder la extradición resulta poco tranquilizador y en numerosas ocasiones falaz, puesto que asegurar la imposición de una pena sustitutiva o la simple inexecución de la ya impuesta sólo está en manos de la autoridad judicial, ajena a supeditar el contenido de sus resoluciones a intereses políticos. La decisión adoptada, pues, por el Poder Ejecutivo carece de fuerza vinculante ante la independencia del Poder Judicial, lo que —siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Soering contra el Reino Unido*¹³ y a tribunales como el de Casación Penal de Italia o el Supremo de los Países Bajos—¹⁴ nos conduce a denunciar el escaso predicamento de la técnica de la concesión condicionada.

Entiendo que desde la perspectiva del procedimiento extradicional no es sencillo exigir el cumplimiento “humanizado” de una sanción concreta a las instituciones correspondientes del país solicitante, en una fase en la que la persona reclamada está ya a disposición de sus autoridades. El carácter pragmático de los efectos que estas penas pueden acarrear sobre la decisión ha de llevarnos a circunscribir las exigencias a su propia naturaleza y no a un siempre variable *modus* en la ejecución. La cuestión no radica en reclamar —como un mero e inane ejercicio de retórica— al Estado

¹³ El secretario de Estado de Reino Unido valoró favorablemente la garantía ofrecida por el fiscal del Estado del condado de Bedford (Virginia), aun cuando no era sino un simple compromiso indirecto que dejaba la decisión final a la autoridad judicial competente en los siguientes términos: “Si Jens Soering fuese declarado culpable del delito de asesinato de que se lo acusa [...] se realizará una petición al juez en el momento de dictar sentencia en nombre del Reino Unido, en tanto éste desea que la pena de muerte no sea impuesta o ejecutada [...]”.

Acerca de esta sentencia existe numerosa bibliografía, de la que me limito a extraer alguna obra significativa:

Frédéric Sudre: “Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour Européenne des Droits de l’Homme, du 7 juillet 1989”, en *Revue Générale de Droit International Public*, 1990, pp. 103-121.

Walter J. Ganshof Van Der Meersch: “L’extradition et la Convention Européenne des Droits de l’Homme. L’affaire Soering”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 1990-1, pp. 5-35.

Louis-Edmond Petiti: “Arrêt Soering c/ Grande Bretagne”, en *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, 1989, pp. 786-798.

Julio Víctor González García: “Pena de muerte y tratamientos inhumanos o degradantes en la Convención Europea de Derechos Humanos (Una aproximación desde el caso Soering)”, en *Estudios en homenaje al profesor J. González Pérez*, Madrid: Civitas, 1993, pp. 2019-2046.

¹⁴ En una sentencia de 3 de marzo de 1990, la Cour Suprême de los Países Bajos procedió a denegar la extradición de un nacional norteamericano a las autoridades estadounidenses reclamantes, por entender que la sanción a imponer —la pena capital— vulneraba los principios y derechos del foro. Véase *Netherland Yearbook of International Law* 1990, p. 132.

Con un criterio más matizado y contemporizador, el tribunal italiano de Cassazione Penale, en sentencia de 28 de abril de 1992, entendió que la entrega puede ser posible en un caso idéntico si el Estado requirente otorga garantías suficientes de no infligir tal pena al sujeto reclamado, a cuyos efectos se considera suficiente el compromiso mediante nota verbal de la Embajada de los Estados Unidos en Roma.

requirente una ejecución más indulgente o menos penosa según criterios del Estado requerido, sino en exigirle la inejecución cuando no sea posible lograr la abolición normativa de sanciones como la pena capital o la prisión perpetua. Yendo más lejos, mientras la teleología del procedimiento se sustente en el compromiso de los Estados respecto de su lucha contra la delincuencia según los parámetros que caracterizan el Estado de derecho, considero que el rechazo a la petición de extradición —que no al castigo del autor, pues otra cosa daría lugar a una indeseable impunidad— está política y jurídicamente justificado si este tipo de sanciones se sigue manteniendo en los respectivos Códigos Penales.

1.4.2. *La nacionalidad del extraditatus*

Otro aspecto rodeado de polémica ha sido la no entrega del nacional cuando es solicitado por un país en el marco de un procedimiento de extradición; acerca de este particular, la controversia ha enriquecido un debate doctrinal y jurisprudencial polarizado ante el que quiero detenerme.¹⁵

No existe en derecho comparado un tratamiento unívoco de este mecanismo de excepción a la entrega, ni en cuanto a su fundamento ni respecto a su sistematización legal. Así, mientras que los países anglosajones no aceptan este principio como regla del derecho internacional, los europeos del continente asumen su relevancia pero lo ubican en las normas de forma desigual. Mientras que Alemania o Italia le confieren protagonismo en su norma fundamental —creando un derecho público subjetivo constitucionalmente protegido—, en Francia, sin embargo, se presenta con el tenor de una ley ordinaria.¹⁶ Esta diversidad comporta, lógicamente, problemas a la hora de satisfacer a las legislaciones nacionales y de justificar sus principios rectores.

La responsabilidad de los Estados nos sumerge en una doble perspectiva: de un lado, la que se tiene respecto de los nacionales estrictamente considerados y, de otro, la que se ostenta frente a la población genéricamente entendida, incluyendo a los extranjeros que fijan allí su domicilio o su residencia habitual.¹⁷

El *ius puniendi* ha desbordado los límites geográficos en los que secularmente se ha venido enmarcando, de forma que, en la práctica, la extradición en tanto petición de cooperación entre órganos jurisdiccionales de, al menos, dos Estados actúa como

¹⁵ Antonio Rovira: *Extradición y derechos fundamentales. Comentarios al artículo 13,3 de la Constitución*, Navarra: Thomson Civitas, 2005. El autor recoge interesantes sentencias del Tribunal Constitucional sobre este punto. Véanse pp. 217-231.

¹⁶ José Puente Egido: “L’extradition en Droit International: problèmes choisis”, en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, vol. 231, 1991, pp. 120-122.

¹⁷ La Propuesta del Consejo de Decisión marco sobre el mandamiento de detención y entrega pivotaba, en este sentido, sobre el principio de ciudadanía de la Unión, de modo que no importaba la nacionalidad del sujeto reclamado sino el lugar donde radica su residencia, sobre todo en atención a la ejecución de la pena.

elemento “corrector” del criterio espacial. La presencia del principio de personalidad en las normativas¹⁸ permite atribuir la competencia a un tribunal atendiendo a que la autoría de los hechos se impute a un nacional; de esta forma, la determinación del foro no se ve afectada por los límites estatales marcados por su geografía, al entender que el vínculo que une al sujeto activo con su país es más fuerte que el estricto criterio de territorialidad.

Ciertamente, ambas pautas de atribución competencial tienen marcado carácter estatal, autónomo: el de territorialidad por razones obvias y el de personalidad por su relación con el sujeto activo, cuya consideración debería abarcar no sólo a los que ostentan la nacionalidad —en tanto estado civil— sino también, *in extenso* y desde un punto de vista sociológico y político, a quienes se encuentran en ese país vinculados por sus normas, como formando parte de una comunidad propia, diferenciada de otras.

Quienes residen en un país en situación de regularidad administrativa y con arraigo podrían verse también favorecidos por este criterio. Ahora bien, reclamar tal ampliación subjetiva en un momento en el que el principio de no entrega de nacionales está siendo cuestionado no parece ser demasiado oportuno.

En definitiva, el principio más frecuente para atribuir competencia es el de territorialidad, esto es, la comisión de un delito, en todo o en parte, en el ámbito espacial de un Estado; pero, como sabemos, no es el único ya que cabe también atribución competencial sobre el principio de personalidad activa (cuando el autor de los hechos sea nacional o, por extensión, tenga residencia habitual en ese Estado) o pasiva (si la jurisdicción se determina a tenor de los actos llevados a cabo contra sus nacionales).

Ahora bien, lo que sí es cierto es que aquel principio suele tener carácter obligatorio, en tanto que el de personalidad no siempre disfruta de la misma aceptación.¹⁹ De hecho, si dos países se atribuyen competencia, uno por haberse cometido el hecho delictivo dentro de sus límites geográficos y el otro por ser el autor nacional suyo, se opta por conceder relevancia al principio de territorialidad, no sólo por su generalizada aceptación sino porque el criterio de la nacionalidad no parece el más apropiado en el espacio de la Unión Europea, concebido —como dice la Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior de la Comisión Europea— como una zona común de libertad, seguridad y justicia.

¹⁸ Artículo 23,2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “[...] conocerá de los hechos previstos en las leyes españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho [...]”.

¹⁹ Así, puede verse a modo de ejemplo que el Informe Explicativo al Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (98/C 391/01) establece en su artículo 7: “se proponen cuatro criterios para la jurisdicción de los que sólo uno (el principio de territorialidad) es, sin embargo, obligatorio para todos los Estados Miembros [...]”. DOCE C 391, de 15 de diciembre de 1998.

Al hilo de todo lo anterior, considerar competentes a los tribunales de un Estado por esgrimir razones de *protección* del nacional frente a las jurisdicciones extranjeras, permite enarbolar el conflictivo argumento de la *reserva estatal*. La tradicional visión de que sólo el Estado es capaz de tutelar debidamente a sus súbditos, sobre los que recae una potestad punitiva que garantiza los derechos del sujeto frente a la desconfianza y recelo que suscita una jurisdicción extranjera, está siendo, desde hace años, una opción revisada en profundidad, sobre todo ante los actuales criterios de cooperación internacional. Quisiera creer que, cuando los países se comprometen por convenio a combatir con mecanismos comunes ciertas conductas delictivas graves, procediendo a la extradición de aquellos sujetos sobre los que tienen poder de disposición, están renunciando, correlativamente, a alegar razones de protección de sus nacionales frente a autoridades de países también signatarios del mismo texto convencional.

El artículo 6 del Convenio Europeo de Extradición,²⁰ hoy con virtualidad práctica muy reducida, que faculta a las partes contratantes para denegar la entrega de sus nacionales, carece, a mi modo de ver, de justificación en el contexto actual. Por eso, aun cuando la nacionalidad se configura como un vínculo jurídico-político por el que un Estado establece unilateralmente las condiciones para que un sujeto se integre en él, también lo es la actual tendencia, por otra parte imparable, que aboca a una clara integración internacional desde la perspectiva política en el marco de organizaciones como la Unión Europea. Y pese a no existir estricta identidad —ni de concepto ni de esencia— entre nacionalidad de un Estado y ciudadanía europea, podríamos comenzar a reclamar un mayor grado de confianza en las instituciones de los países miembros, como se ha reflejado por el Convenio de Dublín —relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea— cuando entiende que esgrimir la nacionalidad no puede considerarse causa suficiente para rechazar la entrega.²¹ De hecho, como veremos en páginas siguientes, la Orden Europea de Detención y Entrega deja bien sentada su prudencia ante este criterio de privilegio por razón de nacionalidad.²²

²⁰ “Toda Parte contratante tendrá la facultad de denegar la extradición de sus nacionales [...]”.

²¹ Este Convenio, de 27 de septiembre de 1996, puede consultarse en DOCE C313, de 23 de octubre de 1996. Su artículo 7 dice: “1. No se podrá denegar la extradición por el motivo de que la persona objeto de la solicitud de extradición sea nacional del Estado requerido en la acepción del Artículo 6 del Convenio Europeo de Extradición.

”2. Al realizar la notificación [...] todo Estado Miembro podrá declarar que no concederá la extradición de sus nacionales o que sólo le autorizará en determinadas condiciones, que deberá especificar [...]”.

Como puede observarse, la regla general del Convenio Europeo de Extradición de 1957 se convierte en criterio de excepción en el de 1996.

²² El artículo 4,6 recoge el supuesto como posible motivo de no ejecución de la orden, de forma que la autoridad judicial de ejecución podrá denegarla si concurre la mencionada circunstancia.

1.4.3. *El delito político y el terrorismo*

Mientras que, como vemos, la nacionalidad del sujeto reclamado ha sido frecuente motivo de discrepancias entre Estados, existen tipos delictivos que se excluyen *a priori* del procedimiento de extradición en virtud de planteamientos jurídico-ideológicos y que suelen aceptarse de forma prácticamente unánime. El primigenio origen de la figura ha de buscarse en la persecución y la entrega de quienes atentaban contra el poder político constituido; los ataques a instituciones soberanas, la traición a los valores patrios y los delitos de lesa majestad configuraron a lo largo de la evolución histórica un catálogo de conductas que justificaban la reclamación de sus autores por los países afectados. Hoy, paradójicamente, la comisión de un delito de esta naturaleza se presenta como la principal causa de denegación de la entrega.

En orden a evitar la impunidad de ciertos hechos de especial gravedad y a impedir la falta de recursos estatales para luchar contra ellos, se ha ido delimitando esta figura, dibujando sus perfiles de forma algo más clara a fin de distinguir el delito político propio de actuaciones, cuando menos, afines. Pese a todo, no podemos encontrar un solo texto convencional —cualquiera que sea su ámbito— donde hallar la necesaria definición de una conducta que supone una clara causa de denegación de extradición entre los Estados firmantes.

Quizá por ello la tendencia más reciente va dirigida a no incluir este tipo como supuesto de exclusión de la entrega, y así el citado Convenio de Dublín establece que “[...] el Estado miembro requerido no concederá a ningún delito la consideración de delito político, de delito relacionado con un delito político o de delito inspirado por móviles políticos”.²³ Es precisamente la necesaria valoración estatal de los hechos como ajenos al ámbito político lo que ha hecho que, erróneamente, pueda interpretarse esta circunstancia como una variante del principio de la doble incriminación, cuando lo cierto es que, mientras que la imputación dual forma parte de la extradición, integrando un elemento esencial del procedimiento, que aparece consagrado en los tratados que versan sobre la materia, así como en todas las normativas internas, la prohibición de extraditar en virtud de la calificación de una conducta como integradora de un delito de naturaleza política nos coloca en un ámbito de ejercicio de la libertad personal propia del actual Estado de derecho. La diferencia es, pues, manifiesta.

Cuando el país requerido es el nuestro, el panorama no difiere: no existe un único criterio que permita calificar el hecho, depurando el tipo de conductas semejantes. La práctica de los tribunales nos muestra que el Poder Ejecutivo y el Judicial deciden la naturaleza común o política del ilícito fijándose, sobre todo, en el *animus*, en el elemento intencional.

²³ Artículo 5.1.

La exclusión del terrorismo del impreciso concepto de delito político ha supuesto controversias, hoy casi por completo superadas,²⁴ tanto que la posición común del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo establece que han de tomarse medidas de conformidad con el derecho internacional para asegurar “[...] que no se reconozca la reivindicación de motivaciones políticas como causa de denegación de las solicitudes de extradición de presuntos terroristas”.²⁵ Es posible que uno de los escasos esfuerzos de concreción en este sentido lo encontremos en la recientemente elaborada posición común del Consejo sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo,²⁶ donde, a partir de una redacción excesiva por lo extensa, se valora el acto terrorista adoptando un sesgo teleológico, al integrar bajo su ámbito un conjunto de conductas más caracterizadas por el propósito al que tienden que por su concreto y particular contenido.²⁷

Si nos fijamos en la decisión marco sobre terrorismo,²⁸ la definición de *infracción terrorista* es deliberadamente imprecisa, a fin de que cualquier interpretación tenga cabida y pueda acomodarse al tenor de la norma. Se ha buscado que los Códigos Penales de los Estados se aproximen en esta controvertida materia con criterios garantistas; ahora bien, lo que algún autor ha llamado “daños colaterales de la guerra contra el terrorismo”,²⁹ es decir, la limitación de los derechos democráticos, se pone en evidencia cuando se justifican prácticas que derogan los principios tradicionales del procedimiento penal: las escuchas, la interceptación del correo o la instalación de cajas negras que permiten registrar los mensajes electrónicos sin la preceptiva autorización judicial son instrumentos tan flagrantes que han exigido del legislador comunitario un anexo al propio texto donde se indica que “nada en la Decisión marco puede interpretarse como dirigido a reducir o trabar derechos o libertades fundamentales [...]”.

²⁴ Desde el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 27 de enero de 1977 (BOE n.º 242, de 8 de octubre de 1980), queda bien claro que los delitos terroristas no pueden considerarse políticos, ni relacionados con los delitos políticos, ni inspirados por motivos políticos.

²⁵ 2001/930/PESC (DOCE L 344/90). Véase el artículo 17.

²⁶ 2001/931/PESC. (DOCE L 344/93). Véase el artículo 3.

²⁷ El 2 de mayo de 2002 el Consejo adoptó dos actos dirigidos a ejecutar la resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y a poner al día los textos aprobados el 27 de diciembre de 2001. Así, se ha adoptado una decisión (2002/334/CE) relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y por la que se deroga la decisión 2001/927/CE. Junto con ello, también se ha adoptado la posición común (2002/340/PESC) destinada a actualizar la 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo. Véase DOCE L 116, de 3 de mayo.

En este mismo sentido, el 6 de diciembre de 2001 EUROPOL firmó con Estados Unidos un acuerdo de cooperación policial sobre intercambio de información en materia de terrorismo y otros delitos de especial gravedad, a fin de luchar conjuntamente contra la gran criminalidad internacional.

²⁸ Adoptada el 6 de diciembre de 2001 por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior.

²⁹ Jan Fermon: “Les droits démocratiques: dommages collatéraux de la guerre contre le terrorisme”, *Le Journal des Procès*, n.º 422, Bruselas, 2001.

Fue precisamente el objetivo de aproximar las legislaciones de los Estados, estableciendo normas mínimas sobre infracciones penales y sanciones en este ámbito, lo que motivó la decisión marco relativa a la lucha contra el terrorismo.³⁰

Dando un paso más en la mejora de los mecanismos de cooperación europea, la decisión marco sobre la orden de detención hace desaparecer estos problemas de indefinición, cuando establece de modo taxativo que la decisión de la autoridad judicial de otro Estado miembro ha de ser reconocida con todos sus efectos, sin control previo, como consecuencia de la aplicación del principio de reconocimiento recíproco. De esta forma expeditiva se ha querido zanjar una cuestión polémica y controvertida—como la anfibología de límites entre tipos delictivos, de carácter político o de naturaleza terrorista— y casi siempre marcada por la confusión que se planteaba al poner en marcha el principio de la doble incriminación, en fase de revisión y con vistas a su supresión inminente.³¹

Interesa recalcar que en el ámbito extradicional no nos encontramos ante un sistema de competencia universal, sino ante una vía de represión nacional que se circunscribe a un procedimiento reglado de solicitud y entrega respetuoso con las normas de los demás Estados y enmarcado en la necesaria colaboración internacional, lo que justifica que, junto con la facultad de actuación represiva que ostentan los órganos competentes del Estado reclamante, deba valorarse la presencia de criterios garantes de los principios y derechos constitucionales que han de amparar al sujeto a entregar, por parte de ambos países, reclamante y receptor de la solicitud.

1.5. El alcance de la competencia del país requirente

Uno de los puntos clave del procedimiento consiste en precisar quién ha de conocer ante un supuesto de tráfico jurídico externo, para lo que se determinan los órganos con competencia para solicitar la extradición. La regulación del mandamiento de detención europeo ha introducido una variante de competencia, en la idea de lograr una mayor simplificación y eficacia en el procedimiento de entrega. En la decisión marco se estipula una designación de autoridades judiciales según el ordenamiento de cada Estado miembro,³² habilitadas tanto para emitir el mandato como para pronunciarse sobre su validez y proceder a su ejecución, pudiendo a su vez auxiliarse de los servicios de una “autoridad central” que llevará a cabo funciones administrativas, informativas y de índole práctica.

³⁰ Decisión marco del Consejo 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002. En DOCE L164, de 22 de junio de 2002.

³¹ El artículo 31 precisa los instrumentos y disposiciones legales que dejarán de aplicarse entre los Estados miembros a partir del 1 de julio de 2004.

³² Artículo 6.3: “Cada Estado miembro informará a la Secretaría General del Consejo de la autoridad judicial competente con arreglo a su Derecho interno”.

Según esas premisas, la definición de reglas mínimas comunes facilitará la aplicación de estas previsiones en materia de competencia judicial. Lo que no se ha precisado aún es el conjunto de criterios de atribución competencial, es decir, si se han de adoptar pautas que son habituales en los derechos internos, como el lugar de comisión, el país de residencia principal del autor o la trascendencia del bien jurídico lesionado, o si, por el contrario, resultaría más conveniente atender a principios generales de derecho internacional, posteriormente plasmados en normas legales o convencionales. Aclarar este extremo ha de resultar de enorme interés por cuanto la actividad de los órganos judiciales no es de mera emisión y ejecución del mandamiento de entrega, sino que, anejo a todo ello, existe un imprescindible reconocimiento recíproco de las resoluciones vertidas, para conseguir, en una fase posterior que se prosigan las diligencias penales abiertas o se ejecute la ya emitida sentencia condenatoria firme. Ambas funciones, es decir, haber dictado sentencia y emitir un mandamiento de detención, pueden concurrir, o no, en la misma autoridad judicial, según lo establezca la legislación interna de cada Estado miembro.

Así pues, el control jurisdiccional garantiza la seguridad jurídica que proporciona todo procedimiento reglado. Y todo ello con el objetivo de profundizar también en la tutela judicial efectiva del sujeto extraditable.

1.6. La entrega y su aseguramiento.

La protección de los derechos del extraditatus

Probablemente, entre todos los aspectos que configuran el *iter* de la extradición, el que suscita mayor interés sea la entrega material, al ser el objetivo primero —y último— que impulsa a los Estados a iniciar una larga tramitación que ha de conducir al término del procedimiento.³³ Ahora bien, aunque toda extradición tiene como eje la *traditio*, no todo acto de entrega participa de la compleja naturaleza jurídica de la institución. La puesta a disposición del sujeto reclamado —así como de los objetos pertinentes— ha de verificarse con arreglo a unas formas, una fecha y un lugar que deberán coordinarse por los órganos correspondientes. En este plano, la polémica nace de la necesidad de garantizar la presencia del sujeto salvaguardando su disponibilidad por parte de las autoridades judiciales y policiales del Estado requerido. El mejor modo de hacerlo es mediante la detención preventiva, medida fundamentada en el previsible peligro de huida a tenor de la valoración circunstancial que de todo ello haga el Estado requirente; aun cuando la excepcionalidad sea su principal característica, adquiere especial relevancia en el marco de la institución.

El entramado de la detención preventiva se asienta en una libertad individual limitada, controlada de forma provisional; así, durante un breve lapso se constriñe la

³³ Esther Gómez Campelo: *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 2005, pp. 253 ss.

facultad deambulatoria del sujeto mediante una actuación que en nuestro ámbito está marcada por su inusual carácter; de ahí que su empleo sólo ha de justificarse bajo la premisa clara de un inminente peligro de huida del reclamado.

Cuando el Estado requirente valora estas circunstancias y prevé, con un alto grado de certeza, esa conducta de riesgo, solicita la “retención”³⁴ a las autoridades del Estado requerido, país donde ha de ejecutarse materialmente esta medida de aseguramiento. Es evidente constatar lo fácil que puede resultar una distinta percepción de los hechos cuando el Estado requerido no comparte el temor del otro y verifica que objetivamente no concurren las circunstancias que exigen mantener al reclamado en situación de arresto, procediendo a decidir, en consecuencia, su libertad provisional. Habida cuenta de que las normas reguladoras son las del país que tiene en su poder al sujeto, la inexistencia de condiciones precisas para proceder a la detención preventiva condiciona la respuesta a esta interesante cuestión; más aun si, incluso tras la entrega de los datos referentes a la persona y a su conducta delictiva, el Estado requerido intuye que la extradición no será concedida al país peticionario: parece obvio entender que en estos casos carece de fundamento adoptar tal medida de prevención.

A fin de evitar disfunciones, propias de las peculiaridades normativas nacionales, se ha elaborado en el marco europeo un Vademécum de Cooperación en el ámbito estrictamente policial, bajo la eficaz actuación de las oficinas Sisnet, nueva red de comunicación entre los países Schengen y futuro sistema de información en Europa.³⁵ La cooperación en materia penal está, pues, dejando de ser una entelequia, para convertirse, paso a paso, en una realidad fruto del compromiso interestatal: el sistema de difusión internacional *índice rojo* facilita a Interpol agilizar las peticiones de búsqueda y detención mediante el denominado sistema de *preextradición* que permite que una orden judicial nacional que reclama la detención de un sujeto con vistas a garantizar su presencia en el posterior procedimiento sea internacionalmente conocida.

Llegamos así al momento de valorar, como elementos anejos a la entrega, un conjunto de derechos y garantías que refuerzan la importancia de la reclamación del imputado para que esté presente en el proceso, no sólo por configurarse como una

³⁴ Así se denomina en el artículo 41,6 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen: “Una persona que haya sido detenida por las autoridades locales competentes [...] podrá ser retenida, con independencia de su nacionalidad, para proceder a su interrogatorio. Se aplicarán por analogía las normas pertinentes del Derecho nacional”.

³⁵ DOCE L337, de 30 de diciembre de 1999. En funcionamiento desde el 23 de agosto de 2001. En aplicación del título VI del Tratado de la Unión Europea y por decisión del Consejo de 6 de diciembre de 2001 (2001/886/JAI), se ha desarrollado el Sistema de Información Schengen de segunda generación (SIS II) —DOCE L 328, de 13 de diciembre de 2001—, así como el Reglamento (CE) n.º 2424/2001, de la misma fecha.

El objetivo del Consejo es lograr un único sistema que permita la integración de los nuevos Estados, sobre premisas temporales exiguas pero realistas, puesto que el artículo 7 del Reglamento prevé su “agotamiento” el 31 de diciembre de 2006.

legítima pretensión del Estado requirente —en la medida en que de esta forma puede llegar a satisfacer sus pretensiones punitivas mediante un juicio conforme a derecho—, sino porque también es conveniente para el propio sujeto —en tanto va a tener un foro en el que podrá exponer cualesquiera alegaciones sobre la causa en interés de su defensa—. ³⁶

Si España se constituye en país requirente, la presencia del imputado es preceptiva conforme al derecho en vigor, ³⁷ salvo en fase sumarial, en la que, como es sabido, su ausencia no paraliza el procedimiento; si el requirente es, por el contrario, un Estado que admite en su normativa la sentencia en rebeldía, se podría desestimar la entrega por entender —así se ha venido expresando nuestro Tribunal Constitucional— ³⁸ que ha concurrido una “vulneración indirecta” de los derechos fundamentales del sujeto, y ello porque toda resolución judicial extranjera ha de ser —hasta el presente— homologada por los órganos judiciales españoles y su contenido puede contravenir los derechos protegidos por el recurso de amparo en nuestra Constitución. Pese a todo, si bien lo dicho trae causa de nuestra normativa y de las decisiones reiteradas del Tribunal Constitucional y de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, es preciso indicar que, a través de acuerdos políticos sin precedentes en el marco de la Unión Europea, ³⁹ se están abriendo cauces de actuación destinados a omitir este requisito procesal respecto a conductas delictivas dotadas de una especial peligrosidad, sobre las que se posibilita la decisión favorable a la extradición aun cuando sus autores hubieran sido condenados en ausencia. ⁴⁰

Ante estas coordenadas, una de las preocupaciones que ha de impulsar al legislador debería ser la de contar con la sensibilidad adecuada no sólo para procurar el desarrollo correcto del procedimiento desde el punto de vista legal, sino, fundamentalmente, para preservar los derechos y garantías del *extraditurus* llevando su exigibilidad al Estado requerido mientras aquél se encuentra en su territorio y también cuando ya se ha materializado la entrega, tras la puesta a disposición del sujeto, a través de un control *a posteriori* sobre el Estado requirente; cómo arbitrarlo, según qué criterios y

³⁶ Véase Henry Donnedieu de Vabres: *Les principes modernes du droit pénal international*, París: Sirey, 1928.

³⁷ Artículos 840 ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³⁸ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional 110/2002, de 6 de mayo, en la que se dice que “lo que de ningún modo resulta compatible con el contenido absoluto de un juicio justo es la condena en ausencia sin la posibilidad ulterior de subsanar estas deficiencias”. También, sentencias 137/1995, de 25 de septiembre y 162/1999, de 27 de septiembre. En la de 1995 se reconocen supuestos de condena *in absentia* para los supuestos castigados con pena privativa de libertad inferior a un año.

³⁹ Así se puso de manifiesto en la Cumbre de Nápoles, previa al acuerdo entre los Ministros de Justicia de España e Italia, firmado en Madrid el 20 de julio del 2000.

⁴⁰ El artículo 5.1 de la decisión marco sobre el mandamiento de detención europeo recoge este tenor, si bien se permite que su ejecución se desarrolle en condiciones que posibiliten al interesado ejercer válidamente su derecho a recurrir.

con qué extensión y efectos configuran un terreno polémico en el que los países se resisten a recalar.

Ahora bien, lo que puede entenderse como una vulneración de derechos ha de someterse a un proceso de relativización cuando hablamos de países de dilatada tradición democrática, regidos por principios comunes, con parejos valores jurídicos y sometidos a jurisdicciones supranacionales que velan por el respeto a las garantías individuales de los sujetos reclamados. De esta forma, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos —y sobre la redacción del Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950— ha dicho: “[...] los Estados contratantes disponen de amplia libertad en la elección de los medios propios para permitir a su sistema judicial responder a las exigencias del artículo 6.1 en la materia, siendo preciso que los recursos internos no se manifiesten efectivos y que no se invierta la carga de la prueba, de manera que no se le obligue a probar que no pretendía eludir la acción de la justicia, ni que su ausencia se debía a fuerza mayor”.⁴¹

Me interesa muy particularmente dejar clara la idea de que toda incertidumbre que ponga en cuestión la seguridad jurídica y los derechos materiales y procesales del reclamado socava el Estado de derecho y la propia credibilidad de sus instituciones; de ahí que la lucha contra la delincuencia deba hacerse desde la defensa de los más arraigados valores jurídicos, a través de métodos, reglas y normas uniformes de los derechos nacionales, intentando superar intereses contrapuestos y adoptando criterios comunes de coordinación. Resulta obvio desde todo planteamiento que combatir el ilícito, por grave que sea, no puede justificar en ningún caso la vulneración de los derechos fundamentales que integran los principios comunes a todos los Estados. De ahí la prevención, cuando no el abierto rechazo, ante figuras como la expulsión y la captura, particulares modalidades de entrega cuya principal característica es actuar al margen de toda garantía para el sujeto reclamado.

La atracción que proyecta sobre los países eludir los trámites marcados por el procedimiento favorece a veces una decisión de muy dudosa legalidad y que tiene su reflejo y apoyo en el aforismo *male captus bene detentus*. Mas esto, pese a dotar a las actuaciones de los Estados de una innegable agilidad y eficacia, no es extradición; las dificultades que ésta plantea, los requisitos que se exigen para su desenvolvimiento, las garantías formales y sustantivas que han de asistir al sujeto, la dilación en el tiempo y el coste de las actuaciones son aspectos que no pueden reconducirse o intentar solventarse por sendas de alegación en las que la facilidad de los mecanismos habilitados para la entrega se superponga al rigor de la tramitación extradicional.

Es éste un tema de especial predicamento y ha sido, por ello, objeto de estudio destacado del Tribunal Supremo, el cual, poniendo en relación la expulsión con la

⁴¹ Sentencia de 12 de febrero de 1985, caso *Colozza c. Italia*, ref. 85TE1.

extradición, ha concluido⁴² que la judicialidad en el procedimiento, el respeto a los mecanismos procesales propios de la institución, sólo puede reclamarse por los Estados intervinientes pero no por el sujeto, que carece de derecho subjetivo a invocar su respeto; éste sólo podrá aducirlo si se ve inmerso en un supuesto excepcional de expulsión o de captura. A lo que sí tiene derecho toda persona a extraditar es a que se la reconozca amparada por unos principios jurídicos de base⁴³ que se recogen en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁴ y por unos criterios mínimos de actuación que deberán ser asumidos como requisito intrínseco por todos los Estados a fin de incrementar los niveles de garantías respecto de sus ciudadanos.

2. El mandamiento europeo de detención y entrega: un futuro inminente

Los asuntos en materia de justicia e interior relativos al ámbito penal exigen una necesaria cooperación intergubernamental que se ajuste a los intereses de los Estados, y es esto, precisamente, lo que nos sitúa ante una doble opción: facilitar el mutuo reconocimiento de decisiones judiciales sobre la base del respeto a las peculiaridades nacionales o bien armonizar gradual, progresivamente, las legislaciones penales de los países miembros. Ante la evidente —e histórica— dificultad de lograr este segundo objetivo que exigiría establecer definiciones coordinadas de tipos delictivos e instituir sanciones penales comunes, parece más práctico y realista instaurar un espacio judicial que permita la subsistencia de las disparidades entre los sistemas penales eludiendo los problemas que plantearía la unificación legislativa.

⁴² La relación de la expulsión con el procedimiento de extradición ha sido recogida en numerosas resoluciones del Tribunal Supremo. A modo ejemplificativo cito las de 14 de diciembre de 1989, Rep. Ar. 1989/9578, y la de 3 de marzo de 2000, Rep. Ar. 2000/1172; el Fundamento Jurídico 1.º de ésta última indica: “Los Tribunales españoles no pueden entrar en el examen del cumplimiento de los trámites de un proceso de extradición cuando éste no se ha producido. El recurrente no fue extraditado sino expulsado, y no existe el invocado derecho a la extradición, como vienen declarando sentencias de esta Sala como son exponentes las de 14 de diciembre de 1989, Rep. Ar. 1989/9578; 28 de junio de 1990, Rep. Ar. 1990/5731 y de 18 de noviembre de 1999, en cuanto son los Estados y no los sujetos afectados los que pueden instar el proceso de extradición. Lo cierto es que el acusado fue expulsado por las autoridades francesas y su detención se produjo en territorio español en cuanto ello estaba así ordenado por un Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional. Es a partir de esa detención cuando debe comprobarse si el acusado ha sido sometido a un juicio justo como garantizan la Constitución y las leyes que la desarrollan, y aunque no corresponde a esta Sala la valoración de la prueba practicada, sí es misión suya la supervisión de que la actividad probatoria tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador se ha practicado con todas las garantías [...]”.

⁴³ Derecho al recurso, a acceder a un tribunal imparcial, a la presunción de inocencia, al derecho a la defensa, al principio de legalidad y proporcionalidad de delitos y penas o al principio *non bis in idem*.

⁴⁴ “Declaración de Niza” (DOC 2000/C 364/01), en DOCE, Serie C 364/1, de 18 de diciembre de 2000.

La creación genérica del espacio judicial europeo tuvo su inicial punto de partida en el ya lejano Convenio de Bruselas de 1968, aun cuando para su configuración como objetivo de la Unión Europea debió esperarse al Tratado de Maastricht,⁴⁵ primero, y al de Ámsterdam,⁴⁶ después.

De hecho, ya con la primera propuesta del denominado Mandamiento Europeo de Detención y Entrega se eligió el principio de reconocimiento mutuo como mecanismo clave para lograr el tan reclamado espacio de libertad, seguridad y justicia. Esta figura sustituirá, entre otros, el elemento de la doble imputación, hasta ahora básico en el procedimiento extradicional, de forma que a partir de la *Euroorden* bastará la incriminación de la conducta en el Estado solicitante —superándose así el requisito de la doble tipicidad—,⁴⁷ afirmación, si se quiere, coherente *in extremis* con la aplicación del reconocimiento recíproco entre autoridades judiciales. Ahora bien, la vigente decisión marco pretende, además, que el mandamiento de detención europeo reemplace los acuerdos tradicionales de extradición, y para ello ha de extenderse sobre el mismo ámbito de aplicación que el sistema multilateral establecido en el Convenio de 1957.

2.1. *Sucinta descripción de sus caracteres*

No es éste el momento de entrar a analizar el contenido y la esencia última de esta figura, pero sí creo oportuno poner de relieve una serie de puntos cuyo nexo parece encontrarse en el considerando 12,⁴⁸ preocupado por salvaguardar el respeto a los derechos fundamentales vigentes en la Unión Europea, así como en el artículo 1,3 del texto,⁴⁹ ambos de la decisión marco.

Primero. La clásica forma de iniciar un procedimiento de extradición o de proceder a su rechazo es fruto de una decisión del poder público y de un control, con diferente intensidad, de los órganos administrativos y judiciales. Sin embargo, en el mandato de detención y captura desaparece el control administrativo, y la única fiscalización, la que proviene de las autoridades judiciales competentes, incide exclusivamente sobre el cumplimiento de requisitos formales del documento a tenor de la normativa procesal propia del Estado receptor. Sobre la premisa de la simplificación se ha procedido a restringir los mecanismos de control aun cuando siga siendo impres-

⁴⁵ 7 de febrero de 1992, y en vigor desde el 1 de noviembre de 1993.

⁴⁶ 2 de octubre de 1997 (BOE n.º 109, de 7 de mayo de 1999).

⁴⁷ Cuando los hechos que motiven la orden de detención no sean constitutivos de delito según el Estado de ejecución, se lo faculta para denegarla (artículo 4,1).

⁴⁸ “La presente Decisión marco respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y reflejados en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en particular en su Capítulo VI [...]”.

⁴⁹ “La presente Decisión marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea”.

cindible comprobar la validez del mandamiento, ya que no se procederá posteriormente a una solicitud de entrega por parte del Estado emisor, en tanto aparece implícita en el mandato de detención.

Segundo. Ese mandato deberá recaer sobre infracciones castigadas con una pena o medida de seguridad privativa de libertad de al menos 12 meses en el Estado solicitante. Asimismo, se estableció una lista abierta —integrada por 32 conductas típicas, graves o muy graves, como el terrorismo, la corrupción, el racismo, el secuestro y toma de rehenes, la cibercriminalidad, el blanqueo de dinero o el homicidio voluntario, entre otras— que como tal podrá ser modificada en sus términos, por unanimidad del Consejo y previa consulta al Parlamento Europeo (artículo 2).

Tercero. En la Euroorden puede apreciarse cómo se cuestiona el principio de especialidad, puesto que la persona entregada puede ser objeto de enjuiciamiento por hechos distintos de los mencionados en la solicitud, extremo que permite al país solicitante desvincularse de su propia calificación.⁵⁰

Cuarto. A tenor del texto,⁵¹ un Estado puede ejercer competencia extraterritorial —que tiene lugar cuando ninguno de los elementos que integran la infracción está adscrito al territorio propio— siempre que esa conducta esté sancionada por la normativa del país al que se le solicita la ejecución; dicho con otras palabras, si el Estado emisor solicita la ejecución del mandamiento de detención y entrega respecto de una actuación no tipificada en el Estado que la recibe, pero cometida en él, aquélla podrá denegarse. La razón última es de fácil comprensión, puesto que trata de evitarse que un país tenga que ejecutar la Euroorden respecto de un hecho llevado a cabo en su territorio pero sin sanción alguna en su legislación penal. Se restablece así, sólo para este caso, la exigencia de la doble incriminación.

Quinto. La adopción de objetivos de cooperación y su plasmación en el programa de reconocimiento mutuo hace que las autoridades judiciales estén obligadas a reconocer y ejecutar de forma automática la solicitud de entrega que le han hecho llegar las autoridades judiciales de otro Estado; los controles que se lleven a cabo serán mínimos y de acuerdo con el contenido de la decisión marco, en la que normativamente se ubica. La notificación, por ende, se hace directamente desde la autoridad judicial de ejecución a la autoridad judicial de emisión, en virtud del principio de comunicación directa.

2.2. *Perspectivas y controversias*

Al entrar en aplicación el mandamiento de detención europeo, se han unificado dos fases del procedimiento antes independientes: la petición de detención preventiva y la solicitud de extradición, puesto que su objeto es el traslado forzoso del sujeto desde el Estado donde se encuentra al país que lo solicita. Hoy, junto con las caracte-

⁵⁰ El artículo 27 posibilita actuaciones por infracciones diferentes de las que motivaron la petición.

⁵¹ Artículo 4, apartados 1 y 7.

rísticas clásicas del mandamiento de detención hay también que incluir la solicitud de entrega a las autoridades del Estado de emisión. Los elementos propios de ese mandamiento, busca, captura y detención provisional, son obligaciones a cumplir por el Estado de ejecución, las dos primeras imperativamente —salvo que concurran motivos de denegación como la inmunidad de ejecución, la amnistía o la activación del principio de territorialidad— y la detención sólo tras existir una resolución específica sobre su mantenimiento por parte de la autoridad judicial.

Sin embargo, y pese a que lo dicho podría parecer un síntoma optimista de la etapa de cooperación que actualmente parece vivirse entre los países europeos en orden a la tantas veces reclamada armonización normativa, en la decisión marco se mantiene el criterio de que los órganos policiales y judiciales del Estado de ejecución adoptarán las medidas de aseguramiento del sujeto detenido de acuerdo con las pautas establecidas por su correspondiente derecho nacional, de forma que “cuando se detenga a una persona sobre la base de una orden de detención europea, la autoridad judicial de ejecución decidirá, de conformidad con el derecho del Estado miembro de ejecución, si la persona buscada debe permanecer detenida” (artículo 12). En virtud de esta regulación, la eficacia del mandamiento de detención europeo mejora las garantías de que el reclamado se presentará de nuevo ante la autoridad judicial emisora, en caso de evasión o incumplimiento de la condición de volver a comparecer, por lo que los supuestos de detención preventiva deberán ser necesariamente escasos.

Conviene retener en este momento que la implicación de varios países con legislaciones habitualmente poco armonizadas hace que aspectos puntuales pero claves, como la duración de esa medida, puedan convertirse en problemas de difícil solución, más aun si la petición de detención se configura como elemento previo a una subsiguiente y correlativa solicitud de extradición. La importancia de un texto convencional es incuestionable por cuanto suple la falta de criterios estatales unívocos, en tanto, su proyección internacional y europea se pone de manifiesto a través de Interpol y Euro-pol respectivamente, instituciones de gran capacidad operativa y autonomía funcional y cuyo referente se sitúa en los Acuerdos de Schengen.

El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen⁵² posibilitaba la satisfacción de la condena en el país donde el sujeto se hubiera refugiado, sin que, por tanto, fuera precisa la entrega al Estado requirente, para llegar a idéntico objetivo. Lo que realmente debería importar —y este convenio así lo contempló— es la ejecución pronta y directa de la sentencia impuesta.⁵³ Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵⁴

⁵² De 19 de junio de 1990 (BOE n.º 81, de 5 de abril de 1994).

⁵³ Artículo 68,1: “La Parte contratante en cuyo territorio se haya impuesto una pena privativa de libertad o una medida de seguridad que restrinja la libertad mediante una sentencia con fuerza de cosa juzgada contra un nacional de otra Parte contratante que, al huir a su país, se haya sustraído a la ejecución de dicha pena o medida de seguridad, podrá solicitar a ésta última Parte contratante, si la persona evadida se encuentra en su territorio, que asuma la ejecución de la pena o de la medida de seguridad”.

⁵⁴ Artículo 985.

impone que el tribunal que dictó la sentencia sea también el que, correlativamente, la ejecute; sin embargo, la posibilidad de que ello se verifique por otros tribunales flexibiliza el procedimiento, al permitir la ejecución material de la sentencia condenatoria por los órganos judiciales de un país ajeno a aquel del que emanó; esto es lo que se conoce como *ejecución delegada* de la resolución judicial, figura que, llevada a sus últimas consecuencias, desdibuja los perfiles entre los tradicionales conceptos de Estado de cumplimiento y Estado de condena.

Ahora bien, las dificultades que entraña la puesta en práctica de este objetivo están siendo encauzadas de modo notable en los más recientes textos elaborados por la Unión Europea respecto a la lucha contra determinada delincuencia grave —caso de la ya citada decisión marco del Consejo sobre lucha contra el terrorismo—, en los que se busca, por el contrario, el cumplimiento de la sanción en el Estado que emitió la condena a través del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, piedra angular de la cooperación judicial penal, como se puso de manifiesto en la Cumbre Europea de Tampere. Como tercera opción, también parece acertado —y así se contempla en la decisión marco sobre el mandamiento de detención europeo— el favorecimiento de la ejecución material de la pena en el país que ofrezca mejores condiciones para la reinserción del condenado, que puede resultar ser el de ejecución, de forma que la condena pueda ser cumplida *in situ*; la decisión de la autoridad judicial se adoptará siempre en interés del sujeto y contando con su consentimiento.

2.3. *La importancia del reconocimiento.*

Aspectos relacionados con la determinación de la competencia

La ambición europea de lograr un espacio único en el ámbito que nos ocupa tuvo como plasmación una comunicación de la Comisión titulada *Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia*,⁵⁵ a partir de la cual es imprescindible plantearse como presupuestos indispensables el acercamiento progresivo de las legislaciones —sobre todo en su vertiente penal—, el respeto a los derechos de la persona, el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales y la adopción de medidas que permitan coordinar las actuaciones entre autoridades. El desarrollo incompleto de cualquiera de ellos, la ralentización en los objetivos, el escaso nivel de acuerdos adoptados o las dudas esgrimidas por razones nacionales nos muestran, en la práctica, la complejidad de la colaboración intergubernamental en el marco del Tercer Pilar.⁵⁶

⁵⁵ De 14 de julio de 1998.

⁵⁶ Resulta, por lo demás, significativo que Antonio Quintano Ripollés, en su libro *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, publicado en el año 1957, dijera al respecto: “[...] como a menudo acontece [...] uno es el terreno de los puros principios y otro muy distinto el de las realidades, al descender a las cuales se comprende en seguida la precisión de establecer límites más estrictos, a veces insalvables, a tan alto y claro ideal. Límites que son explicables y dignos de tenerse en cuenta, no tanto por respeto a la noción de la soberanía, que poco o nada tiene que ver con el asunto,

El sustrato del reconocimiento mutuo es la confianza entre los Estados miembros, justificada y apoyada en la necesidad de compartir valores y objetivos comunes. Cuando en 1999 el Consejo reunido en Tampere optó por esta vía y no por la de la aproximación legislativa, estaba actuando con realismo y poniendo en evidencia la dificultad que entraña hacer confluír el complejo y dispar arsenal normativo de los diferentes Estados, derogando principios tradicionales del procedimiento penal. El Mandato Europeo de Detención y Entrega exige que los países que integran la Unión respeten las reglas de la democracia en un Estado de derecho, presuponiendo la legalidad de los actos que emanan de sus órganos de poder. De este modo la figura, lejos de perseguir la unificación de los procedimientos penales nacionales, se fija como meta habilitar y normalizar mecanismos excepcionales que posibiliten la coexistencia de las disimilitudes entre los Estados miembros, por profundas que sean; así, mediante el reconocimiento mutuo de decisiones se instaura un espacio judicial que convive con las diferencias, formales y también sustanciales, entre los sistemas penales de los países europeos.⁵⁷ La preocupación del legislador europeo se deja sentir en el artículo 11 de la decisión marco, titulado “Derechos de la persona buscada”, en el que se explicita el derecho a la información, al posible consentimiento a la entrega, al derecho a la defensa asistido de abogado y a la presencia de un intérprete, si ello fuera necesario.⁵⁸

Sin embargo, lo que nos pone tras la pista de una realidad poco halagüeña es la denominada “Cláusula de salvaguardia”, que ha parecido preciso incluir para preservar un grado absoluto de confianza entre los Estados miembros respecto a sus sistemas políticos y judiciales.⁵⁹ La sospecha fundada de que un Estado incumple de forma grave y reitera-

como por la razón de la diversidad de ordenamientos y, sobre todo, por el distinto nivel cultural, moral y aun técnico que presentan los tribunales de los diferentes países del mundo. El problema debe ser planteado, pues, en el plano de la seguridad jurídica internacional y no en el de las suspicacias nacionalistas, bien que éste sea aun generalmente el operante”. Véase el tomo II, p. 139.

⁵⁷ Jean Claude Paye: “La engañosa apariencia de la orden europea de detención y entrega”, en *Le Monde Diplomatique*, febrero 2002. El autor lleva a cabo una sucinta pero interesante reflexión sobre la normalización de ciertos procedimientos excepcionales —como el que se plasma en la orden europea de detención y entrega— y la primacía que se les otorga sobre la ley, en la medida en que el reconocimiento mutuo de decisiones parece superar la tan reclamada armonización legislativa. Puesto que la legalidad de las actuaciones se presupone, los mecanismos de control tienden a desdibujarse hasta limitarse a valorar el cumplimiento de meros presupuestos formales en la documentación aportada.

⁵⁸ “1. Cuando una persona buscada sea detenida, la autoridad judicial de ejecución competente informará a dicha persona, de conformidad con su Derecho interno, de la existencia de la orden de detención europea, de su contenido, así como de la posibilidad que se le brinda de consentir en su entrega a la autoridad judicial emisora.

”2. Toda persona buscada que sea detenida a efectos de la ejecución de una orden de detención europea tendrá derecho a contar con la asistencia de un abogado y, en caso necesario, de un intérprete, de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de ejecución”.

⁵⁹ Así se expresa el Considerando 10: “El mecanismo de la orden de detención europea descansa en un grado de confianza elevado entre los Estados miembros. Su aplicación sólo podrá suspenderse en caso de violación grave y persistente, por parte de uno de los Estados miembros, de los principios

da sus compromisos con el respeto a los derechos fundamentales, a tenor del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, será bastante para suspender unilateralmente —aunque de modo temporal— el reconocimiento del mandamiento de detención.

Como ha manifestado la Comisión en numerosas ocasiones, el principio de reconocimiento mutuo se basa en los conceptos de equivalencia y certidumbre; obviamente, reconocer una decisión judicial firme en el campo del derecho penal conlleva la aplicación directa (si en el territorio de la Unión la resolución tiene efecto directo y pleno) o indirecta (si es precisa la conversión de la sentencia extranjera en decisión nacional), así como un elevado grado de confianza recíproca entre ambos países, el que ejecuta la pena que el otro impuso y el que decidió la sanción que el otro lleva a efecto. La institución del reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal forma parte esencial de la idea de cooperación y no parece que pueda hablarse de auténtica y eficaz construcción política europea si no se adoptan medidas en esa dirección.⁶⁰ Para facilitar esa meta, el punto 45.f del Tratado de Ámsterdam dispuso los pasos previos y se otorgó un plazo de dos años desde su entrada en vigor —plazo que concluyó el 1 de mayo de 2001— para desarrollar los mecanismos necesarios a fin de lograr el espacio de libertad, seguridad y justicia.

La importancia del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales es tal que el Consejo Europeo de Tampere⁶¹ entendió que sin él no es posible pretender una política coherente de cooperación judicial; por ello, al iniciarse el año 2001 se redactó un programa de 24 medidas destinado a poner en práctica este principio en el marco de la Unión Europea,⁶² y todo con las razonables prevenciones que se han suscitado tras comprobarse que algunas iniciativas comunitarias, como el reciente convenio sobre asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros,⁶³ están teniendo nu-

contemplados en el apartado 1 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, constatada por el Consejo en aplicación del apartado 1 del artículo 7 de dicho Tratado, y con las consecuencias previstas en el apartado 2 del mismo artículo”.

⁶⁰ Sobre este particular, interesa reseñar la decisión relativa a la aplicación de medidas específicas de cooperación policial y judicial en la lucha contra el terrorismo, de acuerdo con el artículo 4 de la posición común 2001/931/PESC. El artículo 6 de esta decisión, adoptada en Bruselas el 29 de abril de 2002 (7756/02) indica: “Cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para garantizar que las solicitudes de asistencia judicial y las de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hechas por otro Estado miembro en relación con los delitos de terrorismo en que intervengan cualquiera personas, grupos o entidades que figuran en la lista, sean tramitadas de forma urgente y como cuestión prioritaria”.

También es interesante el documento de trabajo de la Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior de la Comisión Europea sobre reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea y normas de competencia (9 de mayo de 2002).

⁶¹ Puntos 33 a 37 de las Conclusiones de la Presidencia, octubre 1999.

⁶² DOCE C 012, de 15 de enero de 2001.

⁶³ Celebrado por Acto del Consejo, de 29 de mayo de 2000. DOCE C197, de 12 de julio de 2000.

Véase Luis Rodríguez Sol: “El nuevo Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea”, en *La Ley*, n.º 5244, de 9 de febrero de 2001, pp. 1 ss.

meras dificultades para su entrada en vigor. Con todo, el Consejo ha indicado que la aplicación directa y automática del principio de reconocimiento mutuo resulta poco realista en la mayor parte de las circunstancias —aun cuando las conclusiones de Tampere permitieran observar una evidente preferencia por la vía de aplicación directa—, puesto que, cuando un Estado miembro quiera ejecutar una decisión de otro, deberá comprobar, al menos, que la autoridad de la que emanó estaba investida de competencia.⁶⁴ Ahora bien, reconociendo todas las dificultades, la Euroorden expresa en su artículo 1,2 que “los Estados miembros ejecutarán toda orden de detención europea sobre la base del principio de reconocimiento mutuo [...]”. También las normativas nacionales se hacen eco de tal cuestión.

Así, la ley federal suiza sobre cooperación jurídica internacional en materia penal, en idéntico sentido y manifestando su preocupación ante el respeto a los derechos fundamentales, indica en su artículo 2: “[...] la petición de cooperación en materia penal es inadmisibles cuando existen motivos para reconocer que el procedimiento en el extranjero no es conforme a los principios de procedimiento fijados por el Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales o por el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1996”.

La regulación del mandamiento de detención europeo ha introducido una variante de competencia en la idea de lograr una mayor simplificación y eficacia en el procedimiento de entrega. En la decisión marco se estipula una designación de autoridades judiciales según el ordenamiento de cada Estado miembro, habilitadas tanto para emitir el mandato como para pronunciarse sobre su validez y proceder a su ejecución, las que pueden a su vez auxiliarse de los servicios de una “autoridad central” que llevará a cabo funciones administrativas, informativas y de índole práctica.

Sobre esas premisas, la definición de reglas mínimas comunes facilitará la aplicación de estas previsiones en materia de competencia judicial. Lo que no se ha precisado aún es el conjunto de criterios de atribución competencial, es decir, si se han de adoptar pautas que son habituales en los derechos internos, como el lugar de comisión, el país de residencia principal del autor o la trascendencia del bien jurídico lesionado, o si, por el contrario resultaría más conveniente atender a principios generales de derecho internacional, posteriormente plasmados en normas legales o convencionales. Aclarar este extremo ha de resultar de enorme interés por cuanto la actividad de los órganos judiciales no es de mera emisión y ejecución del mandamiento de entrega sino que, anejo a todo ello, existe un imprescindible reconocimiento recíproco de las resoluciones vertidas, para conseguir, en una fase posterior, que se prosigan las

⁶⁴ Es lo que se conoce como “procedimiento de validación”, caracterizado por exigir la traducción de la decisión emitida por el Estado requirente, así como la verificación de que el órgano que la impuso ostentaba la necesaria competencia.

diligencias penales abiertas o se ejecute la ya emitida sentencia condenatoria firme. Ambas funciones —es decir, haber dictado sentencia y emitir un mandamiento de detención— pueden concurrir o no en la misma autoridad judicial, según lo establezca la legislación interna de cada Estado miembro.

Conclusiones

La convergencia de los intereses ciudadanos y estatales está acelerando en los últimos meses la adopción de medidas dirigidas a ofrecer, a corto plazo, respuestas adecuadas a problemas acuciantes;⁶⁵ así, se ha visto cómo la entrega inmediata de los autores de ciertos delitos de especial gravedad —caso del terrorismo— está sustituyendo al tradicional procedimiento de extradición entre los Estados firmantes. Y puesto que la verosimilitud de un planteamiento serio acerca de la creación de un derecho penal transnacional no deja de estar en entredicho, los progresos deberán sustanciarse en otros campos.

La comunicación que la Comisión presentó al Consejo y al Parlamento Europeo sobre reconocimiento mutuo de decisiones finales en materia penal pone atención especial en la protección de los derechos individuales. Lo mismo se observa en el programa de medidas elaborado por el Consejo⁶⁶ y dirigido a hacer efectivo ese reconocimiento ponderando dos extremos: el reforzamiento de la cooperación entre los Estados miembros y la mejora en la protección de los derechos de los sujetos.

Cuando principios esenciales como la doble incriminación o la especialidad se perciben como obstáculos por superar⁶⁷ y no como factores que garantizan la regularidad jurídica del procedimiento, hemos de sentir una cierta prevención, como así se ha manifestado ya por asociaciones europeas de abogados. Obtener un elevado grado de seguridad dentro del espacio europeo ha sido objetivo de la Unión, expresado en el artículo 29 del Tratado de Maastricht; pero el enfoque que desde las instituciones comunitarias ha de darse a la lucha contra el delito no puede pensar en vulnerar, ni siquiera en minorar, las garantías procesales de los sujetos. Cualquier recorte en las libertades de los ciudadanos puede traer consecuencias humanas pero también políticas, porque la legitimidad de la propia actuación contra el ilícito puede ser puesta en entredicho si comienzan a observarse indicios de debilitamiento de los principios democráticos. Por desgracia, un ejemplo flagrante de ello está teniendo lugar bajo la bandera de una informe campaña antiterrorista que permite comprobar cómo en un

⁶⁵ Isabel Lirola Delgado: “El ciudadano europeo ante la cooperación policial y judicial en materia penal”, en Andrés Olesti Rayo (coord.): *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Ámsterdam*, Barcelona: Bosch, 2000, pp. 234 ss.

⁶⁶ Véanse las correlativas notas en las páginas precedentes de este trabajo.

⁶⁷ Véanse Conclusiones del Consejo sobre Lucha contra el Terrorismo, aprobadas por el Consejo Extraordinario de Justicia, Asuntos de Interior y Protección Civil, el 20 de septiembre de 2001.

país como Estados Unidos se suspenden garantías constitucionales y los extranjeros sospechosos de amenazar su orden son sometidos a tribunales militares y a detenciones que se prolongan durante meses sin ningún tipo de asistencia jurídica, y se ven “desposeídos de derechos básicos que hasta hoy habían resistido todas las vicisitudes de la Historia”.⁶⁸

En cualquier caso, evitar que un texto como el que regula el mandamiento de detención y entrega infrinja derechos básicos no puede quedar en manos de las autoridades judiciales de los Estados encargadas de su cotidiana y efectiva aplicación, sino que deberá venir contemplado en la legislación correspondiente.

Estamos en el umbral de una realidad cambiante y compleja —la efectiva instauración del espacio de libertad, seguridad y justicia— que comienza a afrontarse con la suficiente sensatez como para obviar, al menos por el momento, la vía de la normalización de los procedimientos en los Estados. Los textos convencionales a los que se ha hecho reiterada referencia deberán centrar el mecanismo de la solicitud y entrega de los sujetos reclamados, no tanto en una normativa extradicional que —para los países de la Unión Europea— está resultando poco operativa ante las desbordantes manifestaciones del presente, como en mecanismos prácticos y directos basados en la idea de confianza y en el principio de equivalencia en la adopción de decisiones. Este será, probablemente, el futuro de la institución en el marco geográfico que nos acoge.

Bibliografía

- ANGULO RODRÍGUEZ, Miguel: *Lecciones de derecho procesal internacional*, Granada: Gráficas del Sur, 1974.
- BELLIDO PENADÉS, Rafael: *La extradición en derecho español (Normativa interna y convencional: Consejo de Europa y Unión Europea)*, Madrid: Civitas, 2001.
- BUENO ARÚS, Francisco: “Extradición y pena de muerte en el ordenamiento jurídico español”, *Anuario de Derecho Penal*, 1981.
- DONNEDIEU DE VABRES, Henry: *Les principes modernes du droit pénal international*, París: Sirey, 1928.
- ESPINAR VICENTE, José María: *Teoría general del derecho internacional privado. Monografías de derecho internacional privado*, vol. I, Universidad de Alcalá de Henares, 2000.
- FERMON, Jan: “Les droits démocratiques: dommages collatéraux de la guerre contre le terrorisme”, en *Le Journal des Procès* n.º 422, Bruselas, 2001.

⁶⁸ Conferencia pronunciada por el filósofo polaco Zygmunt Bauman en el 1.º Forum de la Démocratie et du Savoir (París, 2 y 3 de febrero de 2002), recogida en el diario *El País*, Madrid, 10 de febrero de 2002. Desgraciadamente, el ejemplo reiterado de la situación los presos en Guantánamo ilustra a la perfección lo que ahora sostenemos.

- GANSHOF VAN DER MEERSCH, Walter J.: “L’extradition et la Convention Européenne des Droits de l’Homme. L’affaire Soering”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme* 1990-I.
- GÓMEZ CAMPELO, Esther: *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, 2005.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio Víctor: “Pena de muerte y tratamientos inhumanos o degradantes en la Convención Europea de Derechos Humanos (Una aproximación desde el caso Soering)”, en *Estudios en homenaje al profesor J. González Pérez*, Madrid, 1993.
- JITTA, Ceseli Josephus: *La méthode du droit international privé*, La Haya, París, Bruselas y Londres, 1890.
- LIROLA DELGADO, Isabel: “El ciudadano europeo ante la cooperación policial y judicial en materia penal”, en Andrés OLESTI RAYO (coord.): *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Ámsterdam*, Barcelona: Bosch, 2000.
- MAGNANESI, S.: “Estradizione pasiva a reati puniti con la pena capitale”, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Milán, 1994-I.
- PAYE, Jean Claude: “La engañosa apariencia de la Orden Europea de Detención y Entrega”, en *Le Monde Diplomatique*, febrero del 2002.
- PETITI, Louis-Edmond: “Arrêt Soering c/ Grande Bretagne”, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1989.
- PUENTE EGIDO, José: “L’extradition en Droit International: problèmes choisis”, en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, volume 231, 1991.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, Madrid: CSIC, Instituto Francisco de Vitoria, 1957.
- RODRÍGUEZ SOL, Luis: “El nuevo Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea”, en *La Ley* n.º 5244, de 9 de febrero de 2001.
- ROVIRA, Antonio: *Extradición y derechos fundamentales. Comentarios al artículo 13,3 de la Constitución*, Navarra: Thomson Civitas, 2005.
- SALADO OSUNA, Ana: *La pena de muerte en el derecho internacional: una excepción al derecho a la vida*, Madrid: Tecnos, 1999.
- SUDRE, Frédéric: “Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour Européenne des Droits de l’Homme, du 7 juillet 1989”, en *Revue Générale de Droit International Public*, 1990.

Evelyn Haas (Alemania) *

Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán**

1. Introducción

Como casi ninguna otra rama jurídica, el derecho procesal penal revela la situación política y económica de un Estado, las circunstancias específicas y las concepciones reinantes de orden y de libertad. La imposición de una pena criminal constituye la medida de mayor gravedad entre todas las intervenciones concebibles en los derechos del ciudadano. El derecho procesal penal alemán actual es el resultado de una evolución histórica que muestra paralelos evidentes con la discusión del concepto y del significado del Estado de derecho y que recibió impulsos decisivos de esta discusión. De ahí resulta que el derecho procesal también es *derecho constitucional aplicado*, lo que es acentuado aun por el papel decisivo de la Corte Constitucional Federal en lo que concierne el control de normas procesales de intervención —es decir, que implican una intervención en los derechos del ciudadano— y su aplicación en el caso individual. Eso se pone de manifiesto de forma especialmente clara en la declaración de la Corte Constitucional Federal acerca de que al procedimiento penal le incumbe la tarea de ejercer la pretensión punitiva del Estado en el marco de un procedimiento judicial, conforme a las normas jurídicas, que garantice la salvaguardia efectiva de los derechos fundamentales del inculpado. Los derechos fundamentales se encuentran enumerados en la primera parte de la constitución alemana, en los artículos 2 a 19 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz, GG*) y constituyen derecho de aplicación inmediata que vincula a todos los órganos del Estado, derecho al que se puede acoger el ciudadano también frente a estos órganos.

* Doctora y profesora. Jueza del Tribunal Constitucional Federal de Alemania y profesora de la Universidad Eberhard Karls de Tubinga.

** El presente artículo se basa en la ponencia presentada en el XII Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina organizado por la Fundación Konrad Adenauer, Punta del Este, Uruguay, octubre de 2005.

El procedimiento penal es caracterizado por dos principios opuestos: por un lado, la garantía constitucional de derechos subjetivos que una persona sospechosa de un delito criminal puede oponer al Estado; por otro lado, la obligación del Estado de cuidar de la protección de los ciudadanos como consecuencia del monopolio estatal de la violencia y de garantizar la paz jurídica mediante la persecución penal y la condena del infractor. Por consiguiente, del principio del Estado de derecho consagrado en la Ley Fundamental no sólo se desprende el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado; más bien, en orden al Estado de derecho debe asegurarse al mismo tiempo que personas inocentes sean protegidas contra una persecución injustificada y que los inculpados sean condenados exclusivamente en un procedimiento conforme a las normas jurídicas que salvaguarde sus derechos fundamentales. La constitución no sólo garantiza la libertad *mediante* el ejercicio del poder punitivo estatal; también asegura la libertad del ciudadano *del, o frente al,* ejercicio del poder punitivo estatal.

Al respecto, algunos ejemplos: Es así como se plantea la pregunta por la relación entre las garantías constitucionales y el derecho procesal penal, cuando se trata de analizar la constitucionalidad de la vigilancia acústica del domicilio con fines de persecución penal, al igual que en el caso de la problemática del uso de la violencia de parte de la policía durante el procedimiento de investigación. Pero también forman parte de este ámbito temático los requisitos para medidas de allanamiento en el marco de un procedimiento de investigación, la protección de datos de las telecomunicaciones contra el control, registro, procesamiento y la transmisión no autorizados; la admisibilidad de tests de ADN (“huella digital genética”) —incluso de controles masivos “voluntarios”— como muchas veces la única posibilidad de obtener indicios o confirmar sospechas; el uso de detectores de mentiras; la utilización de los diarios de vida de un inculpado en el marco de un procedimiento de investigación y el uso de sustancias vomitivas, sobre todo en el ámbito de la lucha contra el narcotráfico, que ha estado acaparando la atención de la opinión pública por las informaciones sobre los casos de muerte que se habían producido en este contexto.

En general, tomando como punto de partida la pregunta por el propósito de un procedimiento penal (a ello, me referiré inmediatamente en la sección 2), quisiera a continuación describir primero los requisitos constitucionales centrales de un derecho procesal penal con arreglo al Estado de derecho (capítulo 3), para luego analizar algunos problemas específicos que pueden surgir tanto en el sumario o procedimiento de instrucción (capítulo 4) como en el plenario o audiencia de juicio oral (capítulo 5).

2. El propósito de un procedimiento penal

Un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal acerca de los propósitos perseguidos por un procedimiento penal tiene por resultado que el propósito ulterior de una administración de justicia penal comprometida con los principios del Estado de derecho y a la vez efectiva es la realización de la justicia. Específicamente, este propósito está compuesto por cuatro elementos, a saber: la satisfacción de la

necesidad de una *persecución penal efectiva*, el *interés por averiguar*, en el *procedimiento*, la *verdad de manera lo más completa posible*, el *esclarecimiento de delitos graves como cometido esencial de una colectividad organizada con arreglo al Estado de derecho* y el *derecho del inculpado a un proceso penal equitativo de acuerdo con las normas del Estado de derecho*. En suma, el objetivo del derecho procesal penal es la realización y la implementación del derecho penal material.

Aquí debe tenerse en cuenta que estos objetivos, por su naturaleza abierta, requieren un alto nivel de concreción en cada caso específico, lo cual posibilita también relacionarlos y compensarlos entre ellos por la vía de la ponderación; no se puede comprobar una preeminencia de uno u otro de estos principios en la jurisprudencia. En este sentido, el procedimiento penal regulado por la ley proporciona, por un lado, las bases jurídicas para poder intervenir, con el propósito de la persecución penal, en posiciones legales protegidas por derechos fundamentales; por otro lado, las facultades que el derecho procesal entrega para tales intervenciones son limitadas, a su vez, por la importancia establecedora de valores de los derechos fundamentales consagrados en la constitución.

La instancia llamada a controlar y actualizar las garantías constitucionales en este campo de tensiones es la Corte Constitucional Federal, la que no sólo dirige su mirada al legislador y a la jurisprudencia de los tribunales penales, sino que al mismo tiempo, mediante la interpretación judicial de la constitución, concreta las garantías constitucionales de forma jurídico-sustantiva.

En suma, un procedimiento penal tiene entonces, por una parte, la tarea de ejercer el derecho de castigar o, dicho de otra forma, la pretensión punitiva del Estado en un procedimiento judicial, conforme a las normas jurídicas, por motivo de la protección de los bienes jurídicos de los individuos y de la comunidad. Por otro lado, han de garantizarse en forma efectiva los derechos fundamentales de una persona que se encuentra ante la posibilidad de una condena. De la dignidad del ser humano como una persona que actúa en responsabilidad propia deriva el principio, que determina el procedimiento penal, de que ninguna condena debe aplicarse sin culpabilidad. Esto ha de asegurarse mediante las correspondientes normas procesales.

3. Principios constitucionales del derecho procesal penal

Es cierto que de la constitución alemana pueden desprenderse importantes reglas y principios para la configuración del derecho procesal penal; no obstante, no puede pasarse por alto que las garantías constitucionales —por cuanto corresponden a la idea de una constitución como ordenamiento marco— frecuentemente son sólo de índole puntual y que, por lo tanto, sólo pueden surtir su efecto en ámbitos específicos. Por consiguiente, no puede deducirse de la constitución una teoría general del derecho procesal penal, y menos aún está el derecho procesal penal tan penetrado del derecho constitucional que habría que concederle rango constitucional.

Por consiguiente, el derecho procesal penal alemán no puede inferirse en su detalle de la Ley Fundamental; ésta sólo obliga al legislador a desarrollar reglas para el ámbito de la persecución penal que resulten de conformidad con la constitución.

3.1. Principios fundamentales

3.1.1. La garantía de la dignidad humana

La dignidad humana es el principio constitutivo fundamental y el valor superior de la constitución alemana. A pesar de todas las dificultades a la hora de abarcar el contenido sustantivo de la dignidad humana consagrada en el artículo 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental, su función limitadora en el procedimiento penal es indiscutida: Por ejemplo, la prohibición de la autoinculpación forzosa (*nemo tenetur se ipsum accusare*) dispuesta en el artículo 136, párrafo 1, inciso 2, del Código alemán de Procedimiento Penal (*Strafprozessordnung, StPO*) radica, según la opinión preponderante en la teoría del derecho político alemán, a la que adhirió también la Corte Constitucional Federal, en la garantía de la dignidad humana.

Tampoco es compatible con la dignidad humana convertir a los seres humanos en meros objetos de los poderes del Estado. Eso, sin embargo, no quiere decir —y la Corte Constitucional Federal lo señaló en su resolución acerca de la constitucionalidad del uso de sistemas de escucha para vigilar viviendas— que la dignidad humana sea violada ya por el simple hecho de que alguien se haya convertido en el destinatario de medidas de persecución penal.

La existencia de una violación de la dignidad humana por actividades del Estado dirigidas contra una persona sólo puede tomarse en consideración cuando por la naturaleza de la medida tomada se pone en duda de manera fundamental la calidad de la persona afectada como sujeto, cuando se degrada al ser humano hasta el punto de convertirlo en objeto.

Decidir cuándo se ha traspasado el límite es difícil y sólo es posible en el caso individual concreto. Por supuesto, la teoría del derecho político ha desarrollado fórmulas a tal efecto. Suenan muy bien, pero carecen de vida o de sustancia cuando dicen, por ejemplo, que se viola la dignidad humana si el tratamiento dado por el poder público a una persona no respeta el valor que corresponde a cada ser humano por sí mismo.

En su resolución reciente sobre la vigilancia acústica de viviendas, la Corte Constitucional Federal recalcó que la garantía de la dignidad humana también comprende un núcleo esencial de la vida privada y explicó que, por consiguiente, este núcleo esencial es inviolable y no debe ser relativizado a través de la ponderación con otros bienes jurídicos o con el interés público en la efectividad de la persecución penal conforme con el principio de proporcionalidad. Con ello se le impide al Estado investigar la verdad a cualquier precio.

La garantía de la dignidad humana despliega sus efectos protectores también en lo que concierne la obtención y utilización de pruebas en el procedimiento penal, tal

como la Corte Constitucional Federal ya aclaró en una resolución de los años setenta acerca de la posibilidad de aprovechar como prueba los diarios de vida de un inculpa-do. En su momento, sin embargo, la Corte Constitucional Federal en definitiva aprobó la posibilidad de hacerlo, considerando que las anotaciones, incluso de naturaleza muy privada, no forman parte necesariamente de aquel núcleo esencial, protegido en forma absoluta, cuando contienen informaciones acerca de delitos próximos o ya cometidos. En este sentido, su aprovechamiento puede también justificarse alegando un interés preponderante de la comunidad, lo que incluye precisamente el esclarecimiento efectivo de delitos graves. En vista de la composición personal de la Corte, dudo de que esta resolución pudiera tomarse en la actualidad.

Finalmente, la protección de la dignidad humana garantizada por la constitución despliega su influencia también en el ámbito de la ejecución de la pena. La ejecución de una condena viola la dignidad humana del autor del delito, si la suspensión de la ejecución se considera sólo en caso de muerte inminente o de enfermedades gravísimas, por lo que la oportunidad de vivir en libertad queda reducida a un resto de vida caracterizado por la proximidad de la muerte.

Refiriéndose a esta resolución, la Corte Constitucional de Berlín, en el caso *Honecker* del año 1993, que concernió al último jefe de Estado de la RDA, llegó a la conclusión de que la continuación de la detención preventiva era incompatible con el mandato de respetar la dignidad humana, al menos cuando el inculpa-do sufre una enfermedad grave e incurable.

Es cierto que aquí la Corte Constitucional de Berlín se refirió en forma injustificada a la resolución de la Corte Constitucional Federal sobre la ejecución procesal penal, nivelando así las diferencias entre la ejecución de la pena y la prisión preventiva. Sin embargo, la Corte parte de la consideración acertada de que, en casos en que el inculpa-do padezca una enfermedad física o mental, existe una alta probabilidad de que el proceso penal de todas maneras tenga que sobreseerse por la falta de capacidad del inculpa-do para enfrentar un juicio, de modo que la continuación de la prisión preventiva, cuyo objetivo es asegurar las investigaciones contra el inculpa-do y la presencia del acusado en el procedimiento penal, ya no tiene sentido porque no podrá alcanzar su propósito.

En casos en que el respeto de la dignidad humana del autor de un delito, establecido en la constitución, exige que el Estado renuncie a su pretensión punitiva, ya no tiene cabida una ponderación con el objetivo legítimo de alcanzar la pacificación mediante el procedimiento penal. En todo caso, la satisfacción basada en la venganza es ajena a un Estado civilizado.

3.1.2. *El principio del Estado de derecho*

Aparte de la garantía de la dignidad humana, regulada en el artículo 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental, el principio del Estado de derecho de la Ley Fundamental tiene una importancia central para el procedimiento penal.

Independientemente de la pregunta en qué base dogmática ha de fundarse este principio y cuáles son los elementos específicos que incluye, pueden señalarse como elementos estructurales de un procedimiento penal conforme a las normas de la constitución los siguientes:

El primer principio es la *presunción de inocencia*, garantizada también según el artículo 6, párrafo 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos, que por una parte exige que sean comprobados el delito y la culpabilidad del autor, y de la cual se deduce, por la otra, que se supone la inocencia del autor hasta la comprobación legal de la culpabilidad.

En definitiva, la presunción de inocencia prohíbe, por un lado, que en un procedimiento penal concreto se impongan sin comprobación legal de la culpabilidad medidas contra un inculpado que en su efecto equivalgan a una condena y lo traten como culpable. La presunción de inocencia exige la comprobación irrevocable de la culpabilidad antes de que ésta se pueda reprochar a un condenado en las relaciones jurídicas en forma general.

No obstante, de la presunción de inocencia no se desprende la inadmisibilidad de medidas de persecución penal como, por ejemplo, la detención provisional o la prisión preventiva, porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal orientado en los principios del Estado de derecho. Sin embargo, según las leyes ordinarias estas medidas están sujetas a condiciones concretas; la prisión preventiva, por ejemplo, a la existencia de una sospecha fundada, o el peligro de fuga, o la posibilidad de entorpecimiento del sumario, es decir, del peligro de que alguien aproveche el resto del tiempo que tarda el esclarecimiento del hecho para borrar las huellas de éste o para eliminar testigos o influir sobre ellos.

Otro principio que se basa en el principio del Estado de derecho es el *principio de legalidad*. Según este último, el legislador está obligado a determinar él mismo las condiciones de una persecución penal. Al reunirse estas condiciones, deben iniciarse medidas de persecución penal. Por lo tanto, las autoridades encargadas de la persecución penal no son libres a la hora de decidir si iniciarán un procedimiento de instrucción en un caso individual.

Sin embargo, no hay principio sin excepciones. Según el igualmente vigente principio de oportunidad, puede renunciarse a la persecución penal en un caso concreto, cuando ésta no es precisamente necesaria desde el punto de vista de la prevención. Por consiguiente, la obligación de perseguir penalmente es limitada conforme a las disposiciones legales (por ejemplo, conforme a los párrafos 153 ss del Código alemán de Procedimiento Penal).

En vista de la indeterminación del principio del Estado de derecho, en principio no se pueden derivar de él normas concretas de conducta indicadas exclusivamente por la constitución. Incumbe más bien al legislador escoger entre posibles alternativas al concretar el principio constitucional. Sólo cuando resulta inequívoco, teniendo en

cuenta todas las circunstancias, que ya no se cumplen requisitos que son indispensables en un Estado de derecho, pueden sacarse de los propios requisitos conclusiones concretas para la organización de un procedimiento penal. Esto tiene aplicación, por ejemplo, en lo que concierne la duración de un procedimiento penal y el principio de la agilización judicial o principio de celeridad que radica en el principio del Estado de derecho.

La siguiente resolución puede ilustrar esta situación: El recurrente interpuso un recurso en el año 2005 contra la continuación de la prisión preventiva a la que estaba sometido desde mediados del 2002. El tribunal recalcó la importancia central, radicada en el principio del Estado de derecho, del mandato de celeridad, y explicó a continuación que una dilación considerable del proceso penal de responsabilidad de las autoridades encargadas de la persecución penal es incompatible con este mandato. Según el tribunal, ello rige también después de dictarse el fallo en primera instancia y debe considerarse a la hora de analizar si procede o no ordenar la continuación de la prisión preventiva. Es así como, por ejemplo, a mayor duración de la prisión preventiva serán también mayores los requisitos frente a las razones que justifican una prolongación de la medida.

3.1.3. *El mandato de la protección jurídica efectiva*

La efectividad de la protección jurídica exige que el individuo pueda, también de hecho, hacer respetar efectivamente sus derechos en el procedimiento jurídico respectivo y que en general no tenga que soportar las consecuencias de intervenciones estatales sin previo examen judicial.

De ello, sin embargo, no se desprende un mandato de protección jurídica *inmediata*. Protección jurídica efectiva significa protección jurídica en un *plazo adecuado o razonable*. Cuanto mayor sea la intervención y cuanto más las medidas del poder público creen hechos irreversibles, tanto más intensiva debe ser la protección jurídica.

Teniéndose en cuenta estos parámetros, tampoco suscita reparos el hecho de que el derecho procesal penal en principio no ofrezca protección jurídica contra el inicio y la realización de un procedimiento de instrucción por parte de la fiscalía, ya que éste es un procedimiento preparatorio y el inculpado además tiene a su disposición posibilidades suficientes de protección jurídica en la audiencia intermedia y la audiencia del juicio oral. Sólo podría regir otra cosa en aquellos casos en que resultase objetivamente arbitraria la incoación o la continuación de un procedimiento de instrucción.

El mandato de celeridad en la realización del proceso penal no sólo presupone la existencia de simples reglas de procedimiento, sino también un derecho penal cuyas normas sean claras y precisas y que, en lo posible, dé la menor cabida posible a estrategias complicadas de interpretación jurídica.

Desde ya, la determinación o precisión de las normas penales es indicada en un Estado de derecho, porque éstas se dirigen en primer lugar a los ciudadanos no versados en derecho y regulan su conducta. Por lo tanto, el ciudadano debe tener la posibilidad de reconocer, sin asistencia jurídica, qué se exige de él.

Naturalmente, puede alegar un error de derecho en el procedimiento penal. Esto, sin embargo, no sólo provoca valoraciones jurídicas complicadas —como demuestran las teorías del error en el derecho penal— sino también supone una carga considerable para el individuo afectado por un procedimiento penal, lo que debe evitarse.

3.1.4. *El derecho al juez legal*

Uno de los principios de procedimiento esenciales es que nadie podrá ser sustraído a su juez legal. Este mandato constitucional regula, por un lado, la determinación y la previsibilidad, no sólo del respectivo tribunal competente sino también de la sala o del cuerpo resolutorio competente en este tribunal; a la vez, se trata de un derecho equivalente a un derecho fundamental, cuya violación también puede alegarse por el recurso de amparo constitucional.

Regulaciones en forma de preceptos jurídicos en la Ley Orgánica de Tribunales (*Gerichtsverfassungsgesetz*) determinan las competencias de las diferentes jurisdicciones. Los planes de la distribución de asuntos dentro del tribunal, que pueden ser consultados por los intervinientes en el proceso, aseguran que quede definida la competencia para determinados procedimientos y que cada uno pueda tener conocimiento de ella. De este modo, la selección de un juez o de un tribunal según el caso individual es imposible por principio. La determinación del juez debe, por ello, abarcar cada posible caso individual y definir la competencia objetiva, territorial y jerárquica de la manera más inequívoca posible, a fin de excluir cualquier margen evitable para el aplicador de normas.

Ahora bien, según parece, esta garantía del juez legal es formulada de manera especialmente detallada en Alemania. En los demás países europeos, por regla general, basta con la definición del tribunal competente. La determinación adicional del cuerpo resolutorio pretende prevenir el peligro de que la judicatura sea expuesta a influencias ajenas a los hechos por una manipulación de los órganos jurisdiccionales. Con ello se pretende garantizar la independencia de la jurisprudencia y asegurar la confianza de las personas que recurren a la justicia, y también del público, en la imparcialidad y la objetividad de los tribunales.

Cuánta importancia tiene este requisito queda demostrado por el hecho de que no pocas veces se sustituyen jueces por otros más proclives al gobierno de turno sin dar explicación alguna o muy pobre para fundamentar tal decisión. Esto viola también el principio de la inamovilidad de los jueces.

Especialmente en el procedimiento penal, el juez legal tiene una importancia considerable. Necesariamente despertará desconfianza cuando antes de iniciarse un

procedimiento penal —más aún cuando podría tener relevancia política— se nombra a nuevos magistrados, que luego tendrán la competencia para sustanciar ese proceso.

Ahora bien, tampoco el sistema alemán puede excluir del todo la posibilidad de que un juez recién nombrado sea asignado a una sala que sustanciará un proceso penal importante y que su nombramiento pueda cambiar la mayoría en esta sala. Sin embargo, la situación jurídica descrita sí impide en general que se produzcan intervenciones masivas por parte de la política mediante el nombramiento de jueces en vista de un procedimiento determinado.

3.1.5. *Garantías legales en caso de privación de libertad*

Como demuestra ya la tradición constitucional inglesa con la Magna Carta Libertatum de 1215, la Petition of Rights de 1628 y la Ley de Hábeas Corpus de 1679, la libertad de la persona, garantizada como derecho fundamental, ocupa un alto rango entre las garantías constitucionales. La Ley Fundamental alemana garantiza la libertad de la persona en el artículo 2, párrafo 2, y asegura esta libertad en el procedimiento penal mediante las correspondientes disposiciones procesales (artículo 104 de la Ley Fundamental).

Las regulaciones procesales del artículo 104 de la Ley Fundamental repiten y afirman en primer lugar que la libertad de la persona podrá ser limitada únicamente en virtud de una ley formal. La intervención más grave, la privación de libertad, puede efectuarse sólo por resolución judicial. Por consiguiente, el juez o magistrado es plenamente responsable por esta intervención en la libertad de la persona. A nuestro entender, la reserva del fallo judicial asegura la libertad de la persona en más alto grado que una privación de libertad que fuera ordenada por otros órganos del Estado.

Este concepto se basa en una concepción especial del juez —de su personalidad y su función—. Según esta concepción, un juez es independiente e insobornable (lo que se sobreentiende). Es independiente frente a la opinión pública contingente, frente a los grupos de presión privados, como también frente a la opinión de los órganos estatales. En esta concepción no caben la justicia que dispensa favores ni los jueces dispuestos a complacer los órganos del Estado. La pauta del juez es *únicamente* el derecho, cuyas normas han de ser claras y determinadas.

No obstante, en casos excepcionales, la privación de libertad (arresto y detención por la policía) es admisible también sin fallo judicial previo. Sin embargo, inmediatamente después debe producirse un fallo judicial. Puede prescindirse de un fallo judicial de forma provisional sólo si el objetivo —constitucionalmente admisible— que se persigue con la privación de libertad no pudiera realizarse de otra manera.

En lo que concierne al derecho procesal penal, la orden de prisión preventiva es probablemente el caso más importante en que se aplica la privación de libertad. Aquí se manifiesta la relación de tensión entre la libertad individual por un lado y las exigencias de una persecución penal efectiva por el otro.

La intervención en la libertad sólo puede tolerarse si, y en la medida en que, la pretensión legítima de la comunidad estatal al esclarecimiento total del delito y al castigo rápido del autor no puede ser asegurada de otra forma que por medio de la detención provisional. La Corte Constitucional Federal ha subrayado reiteradamente en su jurisprudencia que las limitaciones necesarias y adecuadas de la libertad de un inculpado, cuya culpabilidad del delito al fin y al cabo no ha sido probada y que no ha sido condenado aún, han de verse siempre en contraste con la pretensión de la libertad como elemento correctivo, y que su peso frente al interés por la persecución penal se incrementa a mayor duración de la prisión preventiva.

Conforme a eso, los tribunales tienen la obligación —por una parte, en la medida en que aumenta la duración de la detención preventiva— de tramitar estos procesos con particular celeridad. Con el paso del tiempo aumentan además las exigencias en cuanto al motivo que justifica la prolongación de la detención; por consiguiente, cada resolución judicial acerca de la prolongación de la detención debe contener explicaciones actuales al respecto, así como sobre la ponderación entre el derecho fundamental del inculpado a la libertad y el interés de persecución penal.

En general, la prisión preventiva, tanto en lo que atañe a su ordenación como a su ejecución y su duración, es dominada por el principio de la proporcionalidad. Por lo tanto, ya no es necesaria cuando existen medidas menos duras que demuestren ser igualmente útiles para lograr el objetivo.

3.1.6. *El mandato de la determinación legal de la pena*

El mandato, regulado en la constitución (artículo 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental), de que la punibilidad de un delito debe haber sido establecida por la ley *antes* de la comisión del delito se manifiesta como normalización constitucional del principio del Estado de derecho. En este contexto, punibilidad significa en primer lugar sólo la reacción de desaprobación frente a una conducta culpable por parte del poder estatal. Con la estricta reserva legal, la constitución exige que los requisitos de la punibilidad y el tipo de pena (pena privativa de libertad o pena pecuniaria) deben ser regulados en una ley aprobada por el Parlamento.

Según la opinión general, esta reserva parlamentaria tiene una doble finalidad. Por una parte, se trata de proteger al destinatario de la norma jurídica, quien tiene que prever qué conducta está prohibida y es punible para poder adaptar su conducta a ello. Por la otra, únicamente el legislador —y no, por ejemplo, el Ejecutivo o el Poder Judicial— debe decidir acerca de la punibilidad de un acto.

A la inversa, esto significa que al Poder Judicial le está prohibido fundamentar o endurecer tipos penales o penas mediante el derecho consuetudinario o mediante analogía.

Con ello, también es inadmisibles —en vista del mandato de la determinación legal de la punibilidad antes de la comisión de un delito— la fundamentación o el endurecimiento retroactivo de la punibilidad. La constitución impide que lo ilícito de un

acto reciba una revaloración *ex post* en detrimento del autor. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal, la irretroactividad consagrada en el artículo 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental rige solamente para el derecho penal (incluyendo el derecho penal administrativo), pero no para el orden jurídico en general. No abarca el derecho procesal penal ni tampoco ciertos requisitos de la persecución penal como, por ejemplo, la exigencia de una querrela como condición de la persecución penal o la prescripción, lo cual fue muy controvertido en el pasado.

3.1.7. *La prohibición de condenas múltiples*

La prohibición de condenas múltiples por el mismo hecho (artículo 103, párrafo 3, de la Ley Fundamental) limita el derecho del Estado de castigar en el interés de la paz jurídica y a favor de la libertad y la dignidad de las personas afectadas. Por principio, los absueltos y los penados no deben temer ser otra vez demandados judicialmente por el mismo reproche de un acto punible. La prohibición de las condenas múltiples abarca las leyes penales generales, es decir, el derecho penal criminal.

Contrario al texto literal de la norma que habla del castigo múltiple o reiterado (*mehrmalige Bestrafung*) por el mismo hecho, la prohibición de la repetición de un proceso penal ya realizado a causa del mismo hecho se aplica siempre cuando el hecho fue objeto de una sentencia firme y ejecutoriada de un tribunal penal; es decir, también en aquellos casos en que el inculpado fue absuelto. En este caso, la acción penal ha sido agotada en su totalidad.

Según la opinión dominante, las sentencias firmes y ejecutoriadas impiden no solamente una nueva condena por un tribunal penal, sino también la iniciación de un nuevo procedimiento de persecución penal. En este sentido hay aquí un impedimento procesal de derecho procesal penal.

En casos excepcionales extremos, la ley prevé una revisión de la causa de conformidad con el derecho procesal penal (§ 362 del Código de Procedimiento Penal) en perjuicio del acusado. Por ejemplo, en casos en que la persona absuelta más tarde entregue una confesión o si hubo testigos que testimoniaron en falso premeditadamente a favor de la persona absuelta. En estos casos, mantener el fallo original llevaría a un resultado sencillamente intolerable. Los motivos de la revisión de la causa son normados en forma definitiva, y, como constituyen un quiebre considerable de la cosa juzgada, deben interpretarse —según la opinión general— en forma restrictiva para no sobrecargar la relación de tensión entre la seguridad jurídica y la justicia material.

3.2. *Principios derivados*

Aparte de los principios fundamentales de la constitución ya mencionados, la Corte Constitucional Federal ha desarrollado otras condiciones normativas para el procedimiento penal que se presentan básicamente como una unión de diferentes

elementos del principio del Estado de derecho, por un lado, y de los derechos fundamentales, por el otro. Sin embargo, no se trata de normas absolutas del derecho constitucional, sino más bien de parámetros derivados de la constitución, que en el caso particular pueden ser invocados para perfilar y precisar las afirmaciones básicas de la constitución en el ámbito del derecho procesal penal.

3.2.1. *El principio del derecho de audiencia*

De importancia fundamental para el derecho procesal penal es el derecho del ciudadano de ser oído legalmente ante los tribunales, consagrado en el artículo 103, párrafo 1, de la Ley Fundamental. Esta norma ha sido calificada a veces como *derecho fundamental*, otras veces como *derecho procesal fundamental* o *derecho equivalente a los derechos fundamentales*.

En todo caso, es un derecho subjetivo del ciudadano, cuya violación puede alegarse por la vía del recurso de amparo constitucional. Se trata de un *derecho procesal originario* del ser humano que debe garantizar que el individuo no sea meramente un objeto de la resolución judicial, sino que tenga ocasión de ser oído antes de un fallo que afecta sus derechos.

Como expresión del principio del Estado de derecho, el derecho de ser oído, consagrado en el artículo 103, párrafo 1, de la Ley Fundamental, es además un principio de derecho objetivo que como tal asegura estándares elementales del Estado de derecho para los procesos judiciales.

En el detalle, el artículo 103, párrafo 1, de la Ley Fundamental apunta a facilitar una resolución correcta y justa y a garantizar una conducción objetiva y equitativa del proceso a través de la disposición imparcial del juez a utilizar y valorar los hechos presentados en el proceso. En suma, la disposición impide que una persona sea juzgada en forma sumaria en un proceso judicial.

Debe existir la posibilidad, como concreción de la garantía constitucional de la dignidad humana, de defenderse en una situación grave y que significa una gran carga para el individuo —como es la situación de un procedimiento penal— con argumentos de hecho y de derecho. La persona afectada debe tener la oportunidad de expresar su posición en forma escrita u oral frente al tribunal acerca de las acusaciones en su contra, presentar solicitudes y realizar alegatos. En forma correspondiente, el tribunal debe tomar nota de estas declaraciones o por lo menos tenerlas en consideración.

3.2.2. *El principio del proceso equitativo**

Además, ampliando las exigencias que ya se desprenden del artículo 103, párrafo 1, de la Ley Fundamental, la Corte Constitucional Federal ha deducido del principio

* O también *debido proceso*, en inglés *fair trial*. (N. de la t.)

del Estado de derecho, conjuntamente con el derecho general de libertad, consagrado en el artículo 2, párrafo 1, de la Ley Fundamental, un derecho del acusado a un proceso penal equitativo con arreglo a los principios del Estado de derecho para compensar así restricciones que no son abarcadas por garantías más específicas.

El derecho a un proceso equitativo no se agota en la autolimitación de los medios del Estado frente a las limitadas posibilidades del individuo, sino que establece al mismo tiempo la obligación para los órganos estatales de llevar a cabo el procedimiento en forma correcta y equitativa.

De ello se desprende para el acusado, quien no debe ser un mero objeto del procedimiento penal, la existencia de un mínimo de facultades activas, a fin de poder influir en el proceso también con medios del derecho procesal y así defenderse en forma adecuada contra injerencias excesivas de entidades estatales.

En vista de la indeterminación del principio del Estado de derecho, es preciso ser cuidadoso cuando se pretende deducir mandatos o prohibiciones generales del principio del proceso equitativo. En principio, le corresponde al legislador escoger, entre diferentes regulaciones posibles, una solución que sea compatible con los preceptos constitucionales.

La cuestión seguramente más problemática desde el punto de vista del proceso equitativo es la de la admisibilidad de acuerdos en el procedimiento penal, que puedan producirse tanto en la etapa de instrucción como en la audiencia del juicio oral. Estos convenios, que en forma neutral suelen denominarse *avenimiento procesal penal o acuerdo*, pero que en forma más crítica son calificados como *negociado con la justicia*, han adquirido una importancia considerable, sobre todo en el ámbito de los delitos económicos —desde ya, por razones de economía procesal.

No obstante, se suscitan reparos cuando la pretensión punitiva del Estado, el cumplimiento de los principios procesales, la apreciación jurídica de un hecho y los principios de la determinación de la pena se ponen a disposición de las partes. Mientras que los acuerdos en la etapa de instrucción son más bien poco frecuentes, la situación es diferente en lo que concierne a los acuerdos en la audiencia del juicio oral, en los cuales esta práctica se ha venido imponiendo.

La Corte Constitucional Federal no considera los acuerdos en el procedimiento penal como inadmisibles por principio. Sin embargo, en una resolución del año 1987 señala que la libertad de la decisión voluntaria y de la actuación de la voluntad del acusado no debe ser menoscabada, y que por ello tampoco debe presionarse al acusado a entregar una confesión, prometiéndole ventajas no previstas por la ley o mediante engaño. Asimismo, en el interés de establecer la verdad, el juez no debe contentarse con una confesión que el acusado haya entregado a cambio de la promesa de una atenuación de la pena, cuando se impone la continuación de la diligencia de pruebas. Sin embargo, un tribunal sí puede prometer a un acusado que una confesión tendrá un efecto atenuante. En el contexto de tales acuerdos, la fiscalía puede renunciar a determinados cargos, de modo que se reduzca el peso de la acusación en general y, con ello, también el marco penal.

En general, en las últimas décadas se ha ido desarrollando una jurisprudencia moderada de los tribunales ordinarios especializados a ese respecto, la que con la resolución de principios de la Corte Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*), el máximo tribunal alemán en materia penal, ha sido llevada a un término provisional.

Según esta resolución, un acuerdo en un procedimiento penal no es inadmisibles en general; sin embargo, debe establecerse con la participación de todas las partes interesadas en el juicio oral público, lo cual, en todo caso, no excluye conversaciones previas fuera de la audiencia del juicio oral. El tribunal que conoce la causa tampoco puede anunciar o prometer una determinada pena antes de la deliberación y discusión de la sentencia; no obstante, no está impedido de indicar un límite máximo para la pena que no traspasará en el caso de una confesión.

No obstante, el tribunal ya no está obligado a respetar esa declaración cuando en la audiencia del juicio oral se evidencian nuevas circunstancias graves imputables al acusado. La intención de apartarse de su promesa previa debe ser comunicada en la audiencia del juicio oral, para dar al acusado y a su defensor la oportunidad de prepararse para ello.

Como la pena ha de ser adecuada a la culpa, el tribunal debe observar las razones generales de la determinación de la pena. Sin embargo, es completamente inadmisibles convenir con el acusado, antes de dictarse la sentencia, que renuncie a interponer un recurso.

3.2.3. *El mandato de la igualdad de armas*

Una estrecha relación con el principio del proceso equitativo, que se desprende del derecho constitucional, tiene también la exigencia de la Corte Constitucional Federal de una *igualdad de armas* jurídico-procesal de los organismos encargados de la persecución penal, por una parte, y el inculpado, por la otra.

Según esto, el Ministerio Público está comprometido en el ejercicio de sus funciones a la legalidad y la objetividad. En el marco de sus investigaciones, debe observar la presunción de inocencia y conducir las investigaciones de tal manera que se evite, en lo posible, el abuso de sus poderes y la restricción de los derechos de los inculpados. En especial, está obligado a investigar también las circunstancias que puedan desmentir las imputaciones que pesan sobre un sospechoso y de resguardar también las pruebas correspondientes.

En términos generales, podría decirse que la idea de la igualdad de armas está ampliamente realizada en la audiencia del juicio oral, mientras que en la etapa previa de investigación la fiscalía (aún) tiene cierta preponderancia. Pero ello de por sí resulta de la naturaleza de las respectivas etapas.

Para no poner en peligro las investigaciones, se debe conceder a la fiscalía —es decir, de hecho a la policía, a la que corresponde llevar a cabo las investigaciones— la posibilidad de realizar su trabajo sin perturbaciones. Por esa razón, en un primer mo-

mento no ha de informarse al inculpado de las investigaciones. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal, en principio no es indicado —pero desde el punto de vista de la efectividad de la protección jurídica— someter la iniciación y realización de un procedimiento de investigación de la fiscalía a un control judicial antes de que hayan concluido las investigaciones.

3.3. *Límites generales de intervenciones en los derechos fundamentales*

Al analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal sobre el derecho penal procesal, se advierten, junto con los enunciados sobre las respectivas garantías constitucionales, otros que se refieren a los límites de las intervenciones.

3.3.1. *La reserva legal*

En primer lugar, las intervenciones en los derechos fundamentales —y éste es un enunciado que no rige solamente para el ámbito del derecho procesal penal, sino en general— requieren una base legal. Particular importancia tiene el derecho a la autodeterminación informativa del individuo, que fue desarrollado por la Corte Constitucional Federal a partir del derecho al libre desarrollo de la personalidad —es decir, el derecho a determinar por sí mismo qué datos pueden llegar a manos del Estado.

Aun así, pueden encontrarse ámbitos en los cuales la Corte —aunque en el resultado haya rechazado la existencia de una violación de un derecho fundamental— ha acentuado la importancia de la reserva legal en el proceso penal. Eso a veces produce resultados un tanto curiosos. Por ejemplo, en opinión de una sala de la Corte, el uso de los llamados *enlaces* (es decir, confidentes de la policía, a los que se recurre en la etapa de investigación) para indagar en la vida de la novia de un sospechoso de homicidio calificado, desconociendo su derecho a negarse a declarar como testigo, es supuestamente improcedente sin una base legal especial que autorice la medida.

3.3.2. *El núcleo esencial de la persona*

Otra limitación para calificar la intervención en derechos fundamentales la constituye, en opinión de la Corte Constitucional Federal, el núcleo esencial inviolable de la vida privada, ya mencionado en el contexto de las resoluciones sobre el tema del diario de vida. Este núcleo tuvo una importancia central en la resolución sobre la vigilancia acústica del domicilio mediante micrófonos, que declaró al domicilio un ámbito inaccesible a las investigaciones del Estado como parte de la dignidad inviolable del hombre, y con ello como algo casi sacrosanto. Sin embargo, la Corte ya había tenido la ocasión de analizar y evaluar medidas procesales penales que al menos tocaban este ámbito medular. En el caso de la “impresión dactilar genética”, dos salas negaron la existencia de una violación de este núcleo o ámbito medular, con la fundamentación

de que el test de ADN sólo apuntaba a la parte no codificadora del ADN, y no permitía ninguna decodificación de las informaciones almacenadas en los genes sobre las características hereditarias de los afectados.

Otro ejemplo es el uso de los llamados *detectores de mentiras* en el proceso penal. Después de que la Corte Constitucional Federal, a principios de los años ochenta, había rechazado el uso de tales aparatos, incluso a petición del inculpado y para desmentir las imputaciones a una persona amenazada con una pena de prisión perpetua, a finales de los años noventa la Corte tuvo nuevamente la ocasión de fijar su posición con respecto a la práctica de la prueba con ayuda de un detector de mentiras.

En los hechos, el tribunal evitó pronunciarse sobre la confiabilidad de tales tests y señaló, en cambio, que el derecho a ser oído ante un juez (del artículo 1 de la Ley Fundamental) en todo caso no establecía ningún derecho a un determinado medio de prueba, y que tampoco era evidente que se pudiera desprender del mandato del debido proceso un derecho al uso de un detector de mentiras.

3.3.3. *El principio de la proporcionalidad*

Sin considerar su deducción dogmática, la Corte Constitucional Federal invocó el principio de la proporcionalidad como otro límite de las intervenciones procesales. Las intervenciones en los derechos fundamentales deben perseguir un fin legítimo y además ser idóneas, necesarias y razonables. Estos criterios adquieren importancia también en el ámbito del derecho procesal penal. En este contexto, el principio de proporcionalidad significa que el *sí* y el *cómo* de una persecución penal de parte del Estado debe por principio encontrarse en una relación adecuada con la gravedad y la importancia del delito. La intensidad de la sospecha debe justificar las medidas respectivas, y estas últimas, a su vez, deben ser indispensables y, en general, razonables.

La prohibición del exceso también limita la legalidad de una intervención que de por sí es admisible en lo que concierne a su ordenación, ejecución y prolongación. En general, el principio de proporcionalidad exige del juez, cuando se trata de una intervención, una ponderación en cada caso específico de las necesidades de la justicia penal, por una parte, y de los derechos fundamentales afectados del individuo, por la otra. Esto finalmente conduce a una gradación de la admisibilidad de las intervenciones procesales según la gravedad del respectivo hecho y la intensidad de la sospecha.

En el último tiempo, la importancia central del principio de proporcionalidad para el proceso penal ha sido subrayada recurrentemente por la Corte Constitucional Federal. Sobre todo con miras al registro domiciliario, la Corte destacó que una medida de este tipo debía ser necesaria justamente para la investigación y persecución del delito, lo cual sin embargo no sería el caso cuando se cuenta con otros medios menos drásticos. Además, la intervención debe encontrarse en una relación adecuada con la gravedad del delito y la intensidad de la sospecha.

4. Cuestiones constitucionales en la etapa de instrucción

El procedimiento penal alemán es caracterizado por la separación entre el procedimiento de investigación o etapa de instrucción y la audiencia del juicio oral. En el primero, la competencia primaria reside en la fiscalía, aunque en términos reales y efectivos esté en la policía, que presenta los resultados de sus investigaciones a la fiscalía, la que entonces evalúa si formulará una acusación, si se requieren más investigaciones o si pone término al procedimiento. La audiencia del juicio oral, por su parte, se realiza bajo la competencia central de los tribunales.

Precisamente, las intervenciones estatales en el marco de un procedimiento de investigación son de importancia constitucional.

En este punto, el tema que más ha ocupado la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal ha sido la admisibilidad de los registros domiciliarios. Específicamente, la Corte precisó en un gran número de resoluciones los requisitos constitucionales para registros o allanamientos domiciliarios. Es así como la intervención en la inviolabilidad del domicilio debe encontrarse en una relación adecuada con la intensidad de la sospecha y debe además ser necesaria para la investigación y persecución del delito. Por principio, la disposición de una medida de esta índole está reservada al juez, y sólo en casos excepcionales, cuando hay peligro en la demora, se permite que los órganos instructores —es decir, la fiscalía— actúen sin orden judicial.

En cuanto a la característica de *peligro en la demora*, la Corte Constitucional Federal exige una fundamentación referida al caso específico. Meras especulaciones, consideraciones hipotéticas o presunciones que se hagan con independencia del caso concreto no son una base suficiente para suponer que existe peligro en la demora. Pero junto con estas exigencias materiales la Corte Constitucional Federal también parte del hecho de que la suposición del “peligro en la demora no constituye o crea, por ejemplo, un margen de apreciación discrecional de las autoridades; más bien debe partirse del supuesto de un control judicial irrestricto. Ahora bien, en la práctica ello requiere que no sólo se documente claramente el resultado de la investigación, sino también los fundamentos de la decisión de las autoridades.

Sin embargo, en lo referente a estas últimas exigencias, la Corte Constitucional Federal parece haber perdido un poco de vista el factor tiempo, es decir, la necesidad de actuar en forma rápida. La praxis está esforzándose por encontrar una solución practicable.

Asimismo, la Corte Constitucional Federal ha precisado los requisitos para la admisibilidad de intervenciones procesales en lo concerniente al mandato constitucional de resguardar el secreto de las telecomunicaciones. Es así como el artículo 10 de la Ley Fundamental no sólo protege contra el conocimiento, por parte del Estado, de la comunicación de un ciudadano con otro, sino que extiende esta protección también al procesamiento de la información y de los datos que sigue a la obtención de la información, y la utilización posterior de estos datos.

5. Cuestiones constitucionales en la audiencia del juicio oral

De importancia central desde el punto de vista constitucional es finalmente la audiencia del juicio oral ante el tribunal, como la instancia a la que el artículo 92 de la Ley Fundamental asigna la competencia judicial. En tanto parte medular del procedimiento penal, esta audiencia apunta a la investigación de todos los hechos objetivos y subjetivos relevantes, y debe poner al juez en condiciones de formarse una opinión acerca de la cuestión de culpabilidad.

La audiencia —oral— se abre o se deniega por el juez mediante auto separado después de haber examinado la acusación de la fiscalía. Según el derecho alemán, la realización del juicio oral sólo es necesaria en casos graves. En casos sencillos de menor intensidad criminal, el delito puede ser sancionado por orden judicial escrita que sustituye la audiencia del juicio oral.

En ciertas circunstancias, el procedimiento también puede ser sobreseído por culpabilidad menor o por prescripción, que haya extinguido, al igual que una amnistía, la pretensión punitiva del Estado, o, como expuse con anterioridad, por la edad avanzada o la decrepitud del inculpado. Pero, por regla general, esto ya lo hará la fiscalía, de modo que no se llegará a la formulación de una acusación; en el caso de una amnistía o de la existencia de una prescripción, ni siquiera a la apertura de la etapa de instrucción.

En casos de criminalidad grave, se realizará una audiencia de juicio oral pública. Ésta ha de organizarse de tal manera que ofrezca “[...] la garantía máxima posible para la investigación de la verdad tanto como para la defensa óptima del acusado y por tanto para una sentencia justa [...]”. En este sentido, los derechos fundamentales procesales garantizan también que “[...] fallos que afectan la privación de la libertad personal estén basados en un suficiente esclarecimiento judicial de los hechos y que tengan una base suficiente en lo que concierne a los hechos.”

Sólo en casos excepcionales el acusado puede ser excluido de la participación en el juicio oral. Junto con ello, tiene por principio el derecho a ser defendido por un defensor de su elección. A eso se agrega el derecho del acusado a participar de —es decir, acceder a— las fuentes de la constatación de los hechos. Aquí hay que tomar en cuenta que este derecho, en lo esencial, sólo se refiere al *si* de la participación, mientras que la forma de esta última no puede ser inferida de la constitución. Sólo cuando ya no se cumplen los estándares mínimos del Estado de derecho pueden sacarse conclusiones concretas del mismo principio del Estado de derecho para la organización del proceso.

Cuando se dicta un auto de apertura del juicio oral, el proceso penal por lo general es llevado a cabo en forma pública. El principio de publicidad también se desprende del principio correspondiente al Estado de derecho del proceso equitativo.

Aunque esta publicidad tiene la función de evitar una justicia secreta, no es garantizada en todos los momentos del proceso penal. Es así como el procedimiento

por orden penal escrita —la sanción de delitos menores— no es público. Las audiencias del juicio oral en causas penales juveniles tampoco son públicas. Asimismo, es posible excluir al público en casos especiales, regulados por la ley. Tampoco hay que desconocer que la publicidad del juicio trae consigo desventajas para el acusado. Se hacen públicas las imputaciones, lo cual —más allá del procedimiento penal— puede traer considerables desventajas para el acusado y una enorme carga para su familia. Por esta razón, la Corte Constitucional Federal resolvió que las transmisiones televisivas de las audiencias judiciales son inadmisibles. Los límites de la publicidad de las audiencias se desprenden del derecho general de la persona de los intervinientes y del derecho del acusado a un proceso equitativo, así como del concepto de eficacia de la administración de justicia.

Aquí hay que considerar también los efectos de los medios de comunicación sobre la opinión pública, que son vistos en forma sumamente crítica por la Corte Constitucional Federal. En este contexto, la Corte habla de “descripciones distorsionadas de la realidad”, de la “preferencia de los aspectos sensacionalistas y escandalosos”, del “riesgo de la selectividad hasta la falsificación” y del “efecto denigrante de la exposición pública”.

Precisamente, con el trasfondo de la apreciación sumamente crítica —y en mi opinión, realista— de la Corte Constitucional Federal acerca de los efectos de la publicidad mediática, ésta no es indicada ni siquiera con el consentimiento de los involucrados. Por lo tanto, no se va más allá de la presencia de público en la sala de audiencias, tal como la prevé la ley, y contra la que no hay ningún reparo en términos constitucionales. No existe ninguna obligación constitucional de generar o producir la publicidad mediática. Pero con ello no se ha contestado la pregunta de si el legislador está o no impedido de admitir la publicidad mediática en forma parcial, y tomando en cuenta determinados mecanismos de protección.

La Corte Constitucional Federal ha subrayado repetidas veces que es el legislador quien configura el procedimiento penal concretando las normas constitucionales. Entretanto, sin embargo, el derecho procesal alemán se ha hecho extraordinariamente complejo y difícil de manejar. Además, los procesos, particularmente aquellos relacionados con la criminalidad económica, pueden ser difíciles por los mismos hechos que tratan. Por ello el procedimiento penal alemán es a menudo engorroso y lento.

La culpa de ello, sin embargo, no debe atribuirse solamente al legislador, sino también a la justicia penal de los tribunales supremos y a la jurisprudencia de las secciones de la Corte Constitucional Federal. Un entramado de normas cada vez más fino conduce a una justicia cada vez más lenta.

Eso, por su parte, se contradice con el principio de celeridad que se desprende del principio del Estado de derecho y que sirve también, aunque no exclusivamente, para la protección del acusado. Muchas veces es precisamente la defensa la que, aprovechando toda clase de subterfugios que habilita el Código de Procedimiento Penal, permite que el proceso se arrastre y alargue, esperando sacar provecho de ello

en el resultado final; por ejemplo, porque los jueces se pierden en la maraña de solicitudes y cometen errores susceptibles de un recurso de casación, que pueden conducir incluso a la anulación de la sentencia por la Corte Federal de Justicia.

Es difícil de tolerar, por ejemplo, que un proceso que se sustancia por la muerte de dos niños a manos de uno de los padres se prolongue por más de 15 años, porque el máximo tribunal en lo penal anuló dos veces las sentencias. En este caso, otro juicio oral no ayudará a un mayor esclarecimiento de los hechos. Quince años después, la pérdida de pruebas es evidente. Ni los testigos ni los acusados lograrán recordar con precisión. Habrá testigos de la defensa que ya fallecieron o que no son ubicables por otras razones. Podríamos alargar la lista a voluntad. Además, con el paso del tiempo va disminuyendo también la necesidad del Estado de imponer su pretensión punitiva. El Estado comprometido con los principios del Estado de derecho da cuenta de este fenómeno al establecer plazos de prescripción.

Por sus excesos de reglamentación, que no son indicados por el principio del Estado de derecho, el Código alemán de Procedimiento Penal no tiene precisamente una función de modelo.

6. Cuestiones de protección jurídica

Por último quisiera tocar el tema de las posibilidades de protección jurídica frente a intervenciones en los derechos fundamentales en el marco de un proceso penal. Al respecto, en primer lugar, hay que partir del hecho de que la Ley Fundamental confía la tutela de los derechos fundamentales a jueces independientes. No obstante, este modelo teórico es problemático en la medida en que, en la práctica, los organismos encargados de la persecución penal tienen el *derecho al primer paso*, y el Poder Judicial debe limitarse en un primer momento a una función de control. Aun así —y eso ya está consagrado en el plano constitucional— la Ley Fundamental condiciona las medidas coercitivas más antiguas —a saber: el registro domiciliario y la detención— a la existencia de una orden judicial (en sus artículos 13, párrafo 2, y 104, párrafo 2). En todo caso, la constitución, haciéndose cargo de las realidades del proceso penal, les reconoce a los órganos de la persecución penal la competencia de proceder con urgencia en caso de *peligro en la demora*, y esto les da la posibilidad de actuar con eficiencia.

Dino Carlos Caro Coria (Perú) *

Las garantías constitucionales del proceso penal

1. Delimitación conceptual

Como ha destacado Roxin, “¡el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución política del Estado!”.¹ Por ello es frecuente que en los textos se empleen conceptos como *derechos fundamentales*, *derechos fundamentales procesales*, *derechos humanos*, *principios procesales*, *libertades públicas*, *garantías institucionales*, entre otros conceptos, para referirse por lo general a lo mismo: las garantías procesales penales constitucionalizadas. Si bien no interesa efectuar un deslinde terminológico de los conceptos aquí involucrados, se podría decir, en el plano general, conforme señala Oré Guardia, que los “derechos son las facultades que asisten al individuo para exigir el respeto o cumplimiento de todo cuanto se establece y reconoce en su favor en el ordenamiento jurídico vigente. Por su parte, las libertades abarcan un campo más amplio que el de los derechos, y su esencia es fundamentalmente política. Finalmente, las garantías son el amparo que establece la Constitución y que debe prestar el Estado para el efectivo reconocimiento y respeto de las libertades y derechos de la persona individual, de los grupos sociales, e incluso del aparato estatal, para su mejor actuación y desenvolvimiento”.²

Por su parte, Gómez Colomer señala que “los derechos fundamentales pueden ser, y de hecho son al mismo tiempo, aunque considerados desde un punto de vista distinto, libertades públicas, garantías institucionales o principios procesales”. Y, agrega que “los derechos fundamentales procesales, entendidos en sentido amplio, inclu-

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y coordinador de la Maestría de Derecho Penal de la misma Universidad. <ccaro@ccm.com.pe>.

¹ Claus Roxin: *Derecho procesal penal*, 25.^a ed., Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 10.

² Arsenio Oré Guardia: *Manual de derecho procesal penal*, 2.^a ed., Lima: Alternativas, 1999.

yen también a los principios procesales, garantías institucionales y libertades públicas reconocidos por la Constitución y que tienen aplicación en el proceso penal”.³

De lo expuesto, se puede advertir que sea derecho fundamental procesal, derecho humano, libertades públicas o garantías institucionales, observarlos y respetarlos dentro del proceso penal es vital para la vigencia de un Estado democrático y de derecho. Por tanto, por *garantías constitucionales del proceso penal* debe entenderse el cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y, *lato sensu*, por los tratados internacionales, que tienen por finalidad otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica y, en última instancia, mantener un equilibrio entre la llamada *búsqueda de la verdad material* y los *derechos fundamentales del imputado*.

Precisamente, esta necesidad de que el Estado vele por el respeto y la protección de los derechos fundamentales del imputado obliga a que se definan en la Constitución, en tanto Ley Fundamental que fija las condiciones mínimas de actuación pública y privada, los límites del ejercicio del poder estatal. Como quiera que en el proceso penal esta necesidad es más imperiosa, la tendencia es a fijar en la Constitución las reglas mínimas de un debido proceso penal, es decir, como afirma Binder, “un diseño constitucional del proceso penal”.⁴

2. Función de equilibrio de intereses y de limitación del poder estatal

El proceso penal está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional que, como se ha relevado, buscan no sólo otorgar al procesado un marco de seguridad jurídica, sino en última instancia mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado, los cuales constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal contemporánea. Este conflicto de intereses se presenta, por ejemplo, cuando existe la necesidad de implementar procedimientos más eficaces de persecución penal ante la gravedad que revisten ciertas conductas delictivas, pero cuya legitimidad puede relativizarse. En el Perú, es el caso de la legislación procesal para la persecución del terrorismo y lo que antes se llamaba *traición a la patria*, a la que puede añadirse en general todo el régimen procesal propio —en palabras de Jakobs— del derecho penal del enemigo o del crimen organizado;⁵ esto es, a fin de enfrentar por

³ Juan-Luis Gómez Colomer: *Constitución y proceso penal*, Madrid: Tecnos, 1996.

⁴ Alberto Binder: *Introducción al derecho procesal penal*, 2.^a ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, pp. 67 ss.

⁵ Esto es, un derecho penal que concibe al autor tan sólo como fuente de peligro o como enemigo del bien jurídico tutelado, así en cuanto al *das Feindstrafrecht*, Günther Jakobs, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, en *ZStW*, n.º 97/1985, p. 753, oponiendo la idea de un derecho penal del ciudadano (*das bürgerliche Strafrecht*) que optimiza la esfera de libertad (p. 756).

ejemplo el narcotráfico o ahora los delitos de corrupción, para lo que se ha instaurado una serie de reglas procesales cuya eficacia no se discute, pero cuya legitimidad no es materia de consenso, y que se consagran incluso en textos supranacionales como la Convención Interamericana Contra la Corrupción o la reciente Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, ambas ratificadas por el Estado peruano.

En este contexto, las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como límite y marco de actuación de la justicia penal; de ahí que resulte de suma importancia relevarlas y ajustarlas a las exigencias de la sociedad moderna. Básicamente, todo sistema procesal penal reconoce dos bloques de garantías procesales: las genéricas y las específicas. Entre las primeras se encuentran el derecho a la presunción de inocencia, la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de defensa y el debido proceso. Entre las segundas se incluyen aquellas garantías derivadas de las genéricas y que tienen un ámbito propio de protección: igualdad de armas, igualdad ante la ley, intermediación, inviolabilidad de domicilio, derecho a un juez natural, prohibición de valoración de prueba prohibida, etcétera.

3. Garantías procesales genéricas

Se denomina garantías procesales genéricas a “aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal”. Se trata de reglas constitucionales que no restringen sus efectos a determinados momentos o actos del proceso penal, sino que proyectan su fuerza garantista a todos los momentos por los que pasa el desenvolvimiento del proceso, es decir, desde la fase preliminar o prejudicial, pasando, según el caso, por las fases de instrucción, intermedia y juicio oral, hasta concluir la fase impugnatoria, es decir, hasta la conclusión del proceso penal.

3.1. Derecho a la tutela judicial efectiva

Los alcances de esta garantía, de reconocimiento constitucional en la mayoría de sistemas procesales penales de la región y del mundo —aunque en algunos dentro de la garantía del debido proceso—, no es un tema zanjado ni pacífico. Así, en algunas oportunidades se ha señalado que definir en forma más o menos precisa la garantía de la tutela judicial efectiva en el derecho español es muy difícil, porque son tantos los aspectos que se han estimado amparados en ella, que bien se podría decir que la cobertura que presta es casi ilimitada; que su vitalidad es tan extraordinaria que prácticamente todo el esquema de garantías constitucionales podría construirse sobre ella.

En esa perspectiva, el Tribunal Constitucional peruano, aunque no de manera expresa, ha señalado que un mecanismo de protección de la tutela judicial efectiva está configurado por las acciones de garantía constitucional —acciones de amparo y de hábeas corpus en particular—, que constituyen medios procesales constitucionales para la defensa y vigencia de las garantías constitucionales del proceso penal. Así, el supremo intérprete de la Constitución ha establecido:

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe recordar que, en todo ordenamiento que cuenta con una Constitución rígida y, por tanto, donde ella es la fuente suprema, todas las leyes y disposiciones reglamentarias, a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas “desde” y “conforme” con la Constitución. Una interpretación “desde” la Constitución de aquellos dispositivos de las Leyes N.ºs 23506 y 25398 no puede obviar que la Constitución de 1993, al tiempo de reconocer una serie de derechos constitucionales, también ha creado diversos mecanismos procesales con el objeto de tutelarlos. A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales. El reconocimiento de este derecho no sólo exige el respeto de los poderes públicos, sino, además, se configura como una garantía institucional del Estado Constitucional de Derecho, por cuanto la condición de norma suprema de la Constitución y la necesidad de su defensa opera tanto en el proceso de producción jurídica de las fuentes formales del derecho como ante todos los órganos estatales e, incluso, ante los privados, cualquiera sea el tipo, la calidad o naturaleza de los actos que puedan practicar. Y es que el reconocimiento de los derechos fundamentales y el establecimiento de mecanismos para su protección constituyen el supuesto básico del funcionamiento del sistema democrático.⁶

Ahora bien, sin desconocer la amplitud y riqueza de esta garantía, su núcleo esencial está contenido, como señala Asencio Mellado, en cuatro pilares:⁷

3.1.1. *Derecho de libre acceso a la jurisdicción*

Aun cuando no aparezca reconocido de modo explícito, el derecho a la tutela judicial comprende el derecho de acceso a la justicia, como condición *sine qua non* para obtener tutela judicial efectiva. Mediante este derecho se garantiza al individuo la posibilidad de acceder al proceso jurisdiccional, promoviendo o solicitando su inicio ante el órgano legalmente competente, o concurriendo válidamente al proceso ya iniciado, en los casos en que tuviere algún interés en la resolución jurídica de éste (en los casos del imputado o el tercero civil).

En el proceso penal este derecho se tiene que apreciar necesariamente desde las posibilidades de acceso real a la jurisdicción del propio imputado, así como del actor civil y del tercero civilmente responsable. Para cada uno de estos sujetos procesales —sin importar que se trate de un sujeto contingente o no necesario— se deben prever las vías legales para una efectiva garantía de su derecho de acceso a la jurisdicción.

⁶ STC n.º 1230-2002-HC/TC.

⁷ José María Asencio Mellado: *Introducción al derecho procesal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 188.

En cuanto al imputado, se debe garantizar que acceda al proceso jurisdiccional (e incluso, en los momentos previos, en el policial y fiscal) como una efectiva parte de éste, con los derechos y deberes que fluyen de su condición de sujeto procesal. Esta garantía comporta necesariamente la superación definitiva de la concepción inquisitiva que entendía al procesado como un mero objeto de investigación, frente al cual, incluso, estaba permitido el secreto de la instrucción.

En lo que respecta a la víctima, aunque generalmente el derecho de acceso a la justicia presenta la particularidad de que es el Ministerio Público el que tiene la exclusividad para promover la acción penal, ello no obsta para que los ciudadanos tengan el derecho a formular denuncias y que si el fiscal las rechaza puedan instar el control jerárquico del superior. Una vez promovida la acción penal, los agraviados están autorizados a constituirse en parte civil, sin perjuicio de que decidan —sin condicionamiento alguno— acudir a la vía civil interponiendo una demanda de indemnización. En suma, si bien la víctima no está legitimada para reclamar la imposición de una pena al presunto delincuente, sí lo está para acudir directamente al órgano judicial a fin de obtener una indemnización.

3.1.2. Derecho de libre acceso al proceso en las instancias reconocidas

Conforme ha sido concebida en la doctrina jurisprudencial constitucional española, esta consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva constituye una mera continuación del derecho de acceso al proceso. Esta garantía se refiere a la posibilidad que deben tener las partes de acceder a los recursos e instancias correspondientes en tanto éstos se encuentren legalmente previstos.

No obstante, esta garantía no debe entenderse como un derecho a la pluralidad de instancias; sólo constituye un derecho a acceder a las instancias —por ende, al recurso que la posibilita— ya legalmente previstas.

3.1.3. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho que ponga fin al proceso

Los derechos de libre acceso a la jurisdicción y al proceso en sus instancias reconocidas perderían razón de ser, como integrantes del superior derecho a la tutela judicial efectiva, si el sujeto no tuviera también el derecho a una resolución fundada en derecho que ponga fin al proceso. De nada serviría que se le haya permitido al sujeto comparecer al proceso, en sus instancias legalmente previstas, si no se prevé también un derecho para que el órgano jurisdiccional no pueda eludir dar la respuesta jurídica cuya búsqueda dio origen al proceso o dé una que resulte ambigua.

Sin embargo, no es cualquier respuesta la que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que es necesario que ésta, además de ser clara, se encuentre debidamente motivada, tanto desde una perspectiva fáctica como jurídica. Este dere-

cho a la motivación de la resolución que ponga fin al proceso se encuentra incluido también en la garantía procesal específica de motivación de resoluciones jurisdiccionales.

Un problema especial y común en nuestros sistemas jurídicos es el relativo a la fundamentación de las penas y demás consecuencias jurídicas. Y es que, como señala Patricia Ziffer, la fundamentación de una sentencia condenatoria no se agota en la atribución del hecho culpable a una persona, sino que se extiende a la motivación de la decisión sobre la pena que se impone y su modo de ejecución.⁸

3.1.4. *El derecho a la efectividad de la tutela judicial (derecho a la ejecución)*

Finalmente, el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva se complementa con el derecho que se tiene a que la resolución que pone fin al proceso pueda ser operativizada en la realidad. De nada serviría permitir el acceso al proceso y lograr la obtención de una resolución que le ponga fin de forma favorable, si es que el pronunciamiento judicial queda sólo en eso, un pronunciamiento, y no puede conseguir virtualidad en la vida social.

Como señala San Martín Castro, “las resoluciones judiciales firmes no son meras declaraciones de intenciones, sino que es necesario que se ejecuten obligatoriamente, inclusive de modo coactivo en los casos en que voluntariamente no se cumpla el pronunciamiento contenido en ella”.⁹

En nuestros sistemas jurídicos son comunes las situaciones de no realización de los fines del derecho penal. Un aspecto sensible de este problema es el relativo a la reparación civil o el control de las reglas de conducta en los supuestos de condena condicional.

3.2. *Derecho al debido proceso penal*

En un primer acercamiento, su naturaleza resultaría de lo más amplia, pues su finalidad se refleja en la función de síntesis de las garantías destinadas a concretar la legitimidad procesal. En efecto, según un sector de la doctrina, a través del debido proceso se precipitan todas las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas de las que es titular la persona. Esta garantía constitucional abarca los siguientes aspectos:

⁸ Patricia Ziffer: “El deber de fundamentación de las decisiones judiciales y la determinación de la pena”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 6/1998, p. 842.

⁹ César San Martín Castro: *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., t. I., Grijley, Lima, 2003, p. 113.

3.2.1. *Interdicción de la persecución múltiple (principio de ne bis in idem)*

Esta garantía comporta la imposibilidad de que una persona sea perseguida dos veces o más en razón de una misma imputación criminal. En contra del entendimiento que tradicionalmente se ha dado al *ne bis in idem*, equiparándolo con el principio de la cosa juzgada (*ne bis in idem* material), el contenido de esta garantía ha demostrado poseer mayor amplitud, pues no sólo comporta la prohibición de una persecución subsiguiente, es decir, cuando la imputación ya ha sido materia de un pronunciamiento final del órgano jurisdiccional correspondiente, sino que también se encuentra referido a la prohibición de una persecución paralela, es decir, que la persona sea perseguida al mismo tiempo en dos procesos diferentes (*ne bis in idem* procesal).

La garantía del *ne bis in idem*, como inadmisibilidad de persecución penal múltiple se asienta sobre tres requisitos concurrentes. En primer lugar, opera cuando la persecución penal se dirige contra la misma persona en la que ya ha recaído un pronunciamiento final o que viene siendo perseguida. Para este supuesto no importa la calificación jurídica que se haya realizado de la participación en el hecho del sujeto perseguido, si concurrió como autor, cómplice o instigador, sino solamente que se trate de la misma persona (*eadem personae*).

En segundo lugar, se necesita que se trate del mismo hecho punible (*eadem res*). Este requisito no hace referencia alguna a la calificación jurídica que haya tenido la conducta, sino al hecho fáctico por el cual se ha procesado o se viene procesando. Así, por ejemplo, no importará que el hecho haya sido calificado en un primer proceso, en el que se absolvió al imputado, como delito de homicidio y posteriormente se pretenda procesar, nuevamente, por el mismo supuesto fáctico pero calificándolo jurídicamente como asesinato.

En este extremo, es necesario dejar debidamente sentado que, conforme señala generalmente la doctrina, para que opere la garantía del *ne bis in idem* no es necesaria una identidad absoluta en los supuestos de hecho, sino que sólo se debe mantener la estructura básica de la hipótesis fáctica. Es decir, que en términos generales el hecho sea el mismo. Caso contrario, sería muy fácil burlar esta garantía mediante la inclusión de cualquier detalle o circunstancia que ofreciera una pequeña variación en la hipótesis delictiva.

Finalmente, se debe exigir que se trate del mismo motivo de persecución (*eadem causa petendi*). Esto significa que el *ne bis in idem* sólo funciona en sede penal en los casos en que ambos procesos tengan por norte la aplicación de una sanción. Así, no funcionaría la garantía en comento en los casos en que el otro proceso careciera de connotaciones sancionadoras; por ejemplo, si se tratara de un proceso civil en el que se pide la reparación del daño causado por el delito.

Esta garantía ha merecido pronunciamientos expresos por el Tribunal Constitucional (TC) peruano, en los que se la identifica como parte del derecho al debido proceso penal y se reconoce su doble perspectiva: *material* y *procesal*. En el expediente n.º 0729-2003-HC/TC, el TC ha expresado lo siguiente:

Sobre el particular, este Tribunal ha señalado, en diversas ocasiones, que el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (*non bis in ídem*), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución. Dicho principio, en su vertiente procesal, se encuentra contemplado en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que declara que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”; y en el artículo 8.4 de la Convención Americana, según el cual “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. En su vertiente procesal, el principio *non bis in ídem* garantiza que no se vuelva a juzgar a una persona que ya lo haya sido, utilizando similar fundamento. Y ello con la finalidad de evitar lo que la V Enmienda de la Constitución Norteamericana denomina *double jeopardy*, es decir, el doble peligro de condena sobre una persona.

Este principio contempla la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras, la proscripción de ulterior juzgamiento cuando por el mismo hecho ya se haya enjuiciado en un primer proceso en el que se haya dictado una resolución con efecto de cosa juzgada.

3.2.2. *Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*

Para que la actividad jurisdiccional alcance sus objetivos de justicia es necesario que el proceso se tramite con celeridad. Aunque es una garantía aplicable a cualquier tipo de proceso, esta exigencia se acentúa de gran manera en sede penal, en razón del reconocimiento que tiene la persona de liberarse cuanto antes del estado de sospecha que pesa sobre sus hombros y de las restricciones de derechos que el proceso criminal indefectiblemente comporta.

Como su denominación lo indica, este derecho garantiza que el proceso penal se lleve adelante y finalice sin que existan dilaciones indebidas en su tramitación. Sin embargo, más allá, como bien lo ha señalado el Tribunal Supremo Federal Norteamericano, quizá la nota más importante que caracteriza a esta garantía (*speedy trial*) es que se trata de un concepto más vago que los que definen otros derechos procesales, de modo que es imposible determinar de manera general y con absoluta precisión cuándo ha sido violado. Así, no toda dilación o retraso en la tramitación del proceso puede identificarse como una infracción de la garantía en comento, sino que las dilaciones indebidas han sido entendidas como supuestos extremos de funcionamiento anormal de la administración de justicia, con una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o lo tolerable, y además imputable a la negligencia o inactividad de los órganos encargados de la administración de justicia.

En este marco, la evaluación sobre la existencia de un proceso con dilaciones indebidas debe realizarse caso por caso, mediante la aplicación a las circunstancias de cada supuesto de un grupo de factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico; no se puede limitar a una simple constatación del incum-

plimiento de los plazos, pues incluso reclama su funcionalidad para los casos en que no se ha previsto un plazo específico. La evaluación de la existencia de dilaciones indebidas ha de ser integrada en cada caso concreto mediante el examen de la naturaleza del objeto procesal, de la actividad del órgano judicial y del propio comportamiento del recurrente. Así, se deben analizar la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de otros litigios del mismo tipo, el interés en juego del presuntamente perjudicado, su conducta procesal y, finalmente, la conducta de las autoridades y la consideración de los medios disponibles.

En cuanto a la consecuencia de la violación de esta garantía, puede considerarse en el plano dogmático una atenuación de la pena debido a una disminución del merecimiento de pena, bien se explique ésta de la prevención general integradora o conforme a la prevención general negativa.¹⁰

3.2.3. *Derecho a un juez imparcial*

Dado el carácter fundamental de esta garantía para los sistemas procesales, ha sido denominada como el principio supremo del proceso. Nos encontramos ante la exigencia mediante la cual se persigue que el funcionario encargado de la resolución jurídica del conflicto criminal no posea algún interés particular, más allá de la correcta aplicación de las normas del derecho penal. En verdad, nos encontramos frente a una de las garantías más importantes de cualquier tipo de proceso, pues el primero de los requisitos estructurales que ha de cumplir necesariamente cualquier juez o tribunal, para poder ser considerado como tal, es el carácter o condición de tercero ajeno al conflicto que ante él planteen las partes procesales al demandar su solución.

La actividad judicial es, ante todo, una actuación *desinteresada*, y puede afirmarse que la legitimación judicial se encuentra antitéticamente opuesta a la de las partes: en tanto que la legitimación de éstas se determina por la titularidad de un derecho o la existencia de un interés en el proceso, la del juez proviene precisamente de esa ausencia de interés con el objeto procesal.

La imparcialidad impone la rigurosa aplicación del principio de la identidad: el juez es juez, nada más que juez. Y entre el juez y las partes resulta aplicable el principio del tercio excluido: o bien es parte, o bien es juez; no hay posibilidad intermedia. Así, en tanto garantía, el derecho a un juez imparcial se debe configurar para operar antes de que se haya producido la parcialización efectiva del juzgador, para actuar frente a los casos en que existe el peligro de que dicha parcialización se verifique. Es en este sentido que se debe asegurar el apartamiento del conocimiento del proceso del juzgador sobre el que existe sospecha de parcialidad, para lo que el legislador debe

¹⁰ Jesús-María Silva Sánchez: "Problemas de la determinación judicial de la pena", en *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*, Lima: Grijley, 2001, pp. 103-104.

proveer y regular las instituciones jurídicas de la abstención (inhibición) y la recusación.

Dentro de esta garantía, se encuentra el derecho al *juez natural o predeterminado por ley*, en virtud del cual el juez penal será competente para conocer de un proceso penal siempre y cuando su competencia haya sido previamente determinada por ley. Pero *¿en qué momento debe predeterminarse la competencia del Juez?, ¿antes del proceso penal? o ¿en el momento de la comisión del delito?* Para el TC peruano, la imparcialidad del juez penal queda absolutamente definida si es investido de competencia antes del inicio del proceso penal. Así, el máximo Tribunal ha ratificado la exigencia de que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, lo que implica la predeterminación (y no sólo la determinación) del órgano judicial y su competencia. Desde esta última perspectiva, la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, lo que garantiza que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc*.

3.2.4. *Prohibición de compeler a declarar o a reconocer la culpabilidad*

La garantía de no autoincriminación o *nemo tenetur*¹¹ está prevista en el artículo 8.2.g de la CADH. Nos encontramos frente al derecho que tiene la persona para decidir libremente si declarará o no cuando viene siendo objeto de una persecución penal, así como respecto de cuál habrá de ser el contenido de su declaración. Los funcionarios encargados de la persecución penal no están legitimados para compeler al individuo a declarar y, mucho menos, a declarar de una determinada manera.

Esta garantía tiene por finalidad desterrar aquellas concepciones inquisitivas que buscaban afanosamente lograr la confesión del imputado, incluso en desmedro de su dignidad como persona humana. Entre las consecuencias más importantes de este derecho se encuentra el que de ninguna manera se puede obligar, ni inducir siquiera, al imputado a reconocer su culpabilidad, pero también se contiene el derecho a que de la negativa a declarar, del silencio del imputado frente a preguntas concretas o, incluso, frente a su mentira, no se puedan extraer conclusiones de culpabilidad.¹²

La prohibición de compeler a declarar o reconocer la culpabilidad y sus consecuencias no sólo surte efectos en sede judicial (en todas sus etapas), sino también en cualquiera de los estadios por los que pasa la persecución penal; así, puede ser reclamada tanto ante la Policía como frente al Ministerio Público, e incluso en los supuestos en los que sea necesario el antejuicio constitucional para que la acción penal se

¹¹ *Nemo tenetur armare adversarium contra se* ('nadie está obligado a darle armas a su adversario contra sí mismo') o *nemo tenetur se ipsum prodere* ('nadie está obligado a traicionarse').

¹² Fany Soledad Quispe Farfán: *La libertad de declarar y el derecho de no incriminación*, Lima: Palestra, 2002, pp. 73 ss.

tenga por expedita, es decir, para la persecución de los altos funcionarios del Estado protegidos por este mecanismo.

La eficacia de esta garantía, correctamente entendida, no sólo se debe limitar a las declaraciones de los imputados; se extiende a los testigos, quienes, pese a tener el deber procesal de declarar la verdad, se encuentran amparados por esta garantía en tanto se trate de declaraciones que no versen exclusivamente sobre la responsabilidad penal de terceros, sino que, de alguna manera, expresen la probabilidad de responsabilidad penal propia.

3.3 *Derecho a la presunción de inocencia*

Mediante esta garantía se reconoce el derecho de la persona que viene siendo sujeto de una persecución criminal de ser considerado y tratado como inocente por el ordenamiento jurídico en su conjunto hasta que no exista un pronunciamiento judicial firme en el sentido de que el sujeto ha realizado un comportamiento delictivo.

Ya de inicio debe advertirse que el derecho a la presunción de inocencia no sólo es una garantía que impone la consideración del imputado como inocente, sino que su efecto más importante radica en que exige que la persona que viene afrontando un procedimiento criminal sea tratada, en los diversos sectores del ordenamiento jurídico y la vida social, como una persona de la que aun no se ha comprobado responsabilidad penal alguna.

En cuanto a la consideración como inocente, uno de los sectores más importantes en los que debe actuar esta garantía se encuentra en la información que se debe proporcionar sobre el estado del imputado en el proceso, tanto por los sujetos procesales, los poderes públicos en general, como, especialmente, por los agentes de los medios de comunicación. Rige en consecuencia una regla general de “no resonancia de los actos investigatorios”.¹³

Se sabe que el proceso penal por sí mismo —independientemente de su finalización con una sentencia condenatoria o absolutoria— comporta un grave perjuicio para el honor del imputado, por sus efectos estigmatizadores. Pues bien, uno de los factores determinantes para acrecentar este fenómeno lo constituyen los medios de comunicación, en su costumbre por difundir fotografías, filmaciones, audios y no pocas veces adelantarse a las sentencias con calificaciones de “hampones”, “criminales”, “ladrones”, “violadores”, etcétera, informaciones que se difunden, muchas veces, sin que en el caso se haya expedido sentencia. Es necesaria, entonces, la actuación de esta garantía en el contexto del ejercicio del derecho constitucional a la información, para impedir que en los medios de comunicación se diga de la culpabilidad de los

¹³ Fany Soledad Quispe Farfán: *El derecho a la presunción de inocencia*, Lima: Palestra, 2001, pp. 68-77.

procesados más de aquello que se puede justificar según lo actuado en cada momento procesal de que se trate.

En lo que al tratamiento como inocente se refiere, cobran singular importancia sus implicaciones para la configuración de las medidas coercitivas, fundamentalmente en lo que respecta al mandato de detención. El principio de inocencia exige que la detención tenga una aplicación excepcional, de *ultima ratio*, toda vez que se trata de un medio de coerción procesal de contenido idéntico a la más clásica de las sanciones criminales, la pena privativa de libertad. Por tanto, las medidas de coerción no persiguen que al imputado se le pueda anticipar una pena durante el procedimiento, sino que la limitación procesal de los derechos fundamentales tiene como fundamento legítimo asegurar la realización del proceso de conocimiento —averiguación de la verdad— para actuar la ley sustantiva o para asegurar la ejecución efectiva de la sentencia.

Esta perspectiva ha sido adoptada por la sentencia del TC peruano de 3 de enero de 2003, según la cual:

Si ese fuera el sentido del inciso a) del artículo 13.º del Decreto Ley N.º 25475, esto es, que la detención judicial preventiva se ha de ver legitimada sólo en atención a la naturaleza reprochable y las consecuencias socialmente negativas del delito de terrorismo, ésta sería violatoria del principio de presunción de inocencia, pues como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la justificación de la detención de una persona en base a la peligrosidad o a la naturaleza del delito, “podría incluso considerarse [como] que se le impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley (Informe N.º 02/97, párrafo 51).¹⁴

Ahora bien, en cuanto al tratamiento de inocente, sus alcances no se limitan a las medidas coercitivas, sino que se manifiestan en cualquier sector del ordenamiento jurídico, en tanto el sujeto no puede ser considerado como culpable, razón por la cual no resulta lícito que se le prive de algún derecho u oportunidad en virtud de su condición de procesado; por ejemplo, para concursar a algún puesto en la administración pública no se puede discriminar o negar el acceso a las personas que se encuentran siendo procesadas, aunque sea por delitos en contra de la propia administración.

La doctrina ha puesto en evidencia que la presunción de inocencia posee una naturaleza *iuris tantum* (que admite prueba en contrario), que puede quedar desvirtuada como resultado de un proceso penal. Sin embargo, para que esto ocurra es necesario que se haya realizado una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, de signo incriminatorio, de la que pueda deducirse la culpabilidad del procesado, realizada con estricta observancia de las garantías y normas procesales; en caso que esto no ocurra, el sujeto conservará su condición de inocente.

¹⁴ Expediente n.º 010-2002-AI/TC.

3.4 *Derecho a la defensa*

Se entiende por derecho de defensa a la garantía constitucional que le asiste a toda persona que posea un interés directo en la resolución jurídica del proceso penal para poder comparecer ante los órganos de persecución pertinentes, a lo largo de todo el proceso, a fin de poder resguardar con eficacia sus intereses en juego.

En esta perspectiva amplia, todos los sujetos participantes del proceso penal, sean imputados o no, poseen una garantía constitucional de defensa. Es necesario advertir, sin embargo, que el Ministerio Público no posee un derecho a la defensa, sino un conjunto de facultades o armas para cumplir con su función persecutoria.

No obstante lo señalado, es respecto de la persona perseguida que el derecho constitucional a la defensa presenta su mayor capacidad de rendimiento e importancia, pues si bien los distintos sujetos procesales se enfrentan entre sí, con sus propios medios, el imputado se enfrenta al Estado y a toda su maquinaria de persecución. Es por esta razón que en la doctrina se ha privilegiado la explicación del derecho a la defensa en sede penal, desde la perspectiva del imputado.

Se debe precisar que para el funcionamiento de esta garantía no es necesario, siquiera, que se haya instaurado un proceso penal formal, es decir, que se haya dictado un auto de apertura de instrucción; funciona ya con la mera imputación de la comisión de un ilícito criminal por alguna de las autoridades encargadas de la persecución penal. Como refiere San Martín Castro, “El derecho de defensa de toda persona nace, según el texto constitucional, desde que es citada o detenida por la autoridad. Ello significa que surge con la mera determinación del imputado: no hace falta que exista una decisión nominal o formal al respecto, basta que, de uno u otro modo, se le vincule con la comisión de un delito”.¹⁵

En síntesis, el derecho de defensa ampara al imputado desde el momento de la primera presunción (material) policial de su participación en el evento criminal hasta la definitiva resolución jurídica del conflicto criminal. En este sentido, lo acompaña tanto en sede de investigación preliminar policial, como en los momentos que le corresponden al Ministerio Público, el juez especializado en lo penal y las salas penales (Superior y Suprema) que intervengan en el caso.

Finalmente, cabe resaltar la importancia del derecho de defensa frente al principio de determinación alternativa o desvinculación. Para el TC, la posibilidad de adecuar la imputación penal a la conducta exacta del procesado, aplicando así un tipo penal que no ha sido objeto de la instrucción, comporta una violación a esta garantía constitucional. Es así, que el TC ha señalado:

Tal derecho, considera el Tribunal, no fue respetado en el caso de autos. En efecto, al variarse el tipo penal por el que venía siendo juzgado el actor, conforme se ha expuesto en el primer párrafo de este fundamento, se impidió que el actor pudiera

¹⁵ San Martín Castro: o. cit., p. 120.

ejercer, eficazmente, su defensa, en tanto ésta se encontraba destinada a probar que no era autor de un ilícito penal determinado, mientras que fue condenado por otro, que, aunque del mismo género, sin embargo, no fue objeto del contradictorio.¹⁶

4. Las garantías procesales específicas

4.1. Principios referidos a la relación entre el juez y las pruebas (inmediación y mediación)

Como lógica consecuencia de la vigencia del principio de oralidad, surge en la fase probatoria el principio de inmediación. Según este principio, la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia o intervención del órgano jurisdiccional encargado de pronunciar la sentencia. Un procedimiento está presidido por el principio de inmediación cuando el juez o el tribunal está obligado a formar su íntima convicción y a fundamentar su sentencia exclusivamente con el resultado probatorio que ha podido formarse bajo su directa intervención en el juicio oral.

La vigencia del principio de inmediación obliga a que la sentencia sea dictada también con *inmediatez temporal*, porque, de otro modo, los resultados favorables de aquélla, tales como las impresiones y recuerdos, se borran o desaparecen de la memoria de los miembros del Tribunal, y ello haría necesaria la declaración de nulidad y consiguiente repetición del juicio oral.

4.2. Principio referente al conocimiento de los actos procesales (publicidad y secreto)

El principio de *publicidad* del proceso penal fue una conquista del pensamiento liberal. Frente al procedimiento escrito o *justicia de gabinete* del Antiguo Régimen, el movimiento liberal opuso la publicidad del proceso como seguridad de los ciudadanos contra la arbitrariedad judicial y política (injerencia del Ejecutivo en la administración de justicia). También este principio de publicidad aporta como medio para el fortalecimiento de la confianza ciudadana en sus jueces, y a la seguridad jurídica.

Por *proceso público* cabe entender aquel procedimiento en que la ejecución o práctica de la prueba se realiza mediante la posibilidad de asistencia física, no sólo de las partes, sino de la sociedad en general. El procedimiento es público cuando con anterioridad al inicio de las actuaciones del juicio oral el tribunal dispone la *audiencia pública*; es secreto cuando transcurre *a puerta cerrada*.

Este principio se encuentra fuertemente afectado en el proceso penal sumario, pues, al resolverse en una sola etapa, en el Perú llamada *de instrucción*, la publicidad

¹⁶ Expediente n.º 1230-2002-HC/TC.

de la actuación probatoria queda excluida totalmente, lo que genera alta probabilidad de justicia de gabinete.

4.3. Principios referidos a la marcha de los actos procesales (celeridad)

El denominado *principio de aceleración* o de celeridad del procedimiento es otro de los principios que conforman la sucesión temporal de los actos procesales. Presenta, en la actualidad tres importantes manifestaciones: a) desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, la celeridad ha de obtenerse mediante la adecuada combinación de los principios de preclusión, eventualidad y concentración del procedimiento; b) desde la legislación constitucional, es un auténtico derecho fundamental el que todo ciudadano tiene “a un proceso sin dilaciones indebidas”, y c) desde la política legislativa, al haberse convertido el principio de celeridad, junto con el de eficacia, en uno de los postulados de la justicia social contemporánea, ha de informar las sucesivas reformas legislativas.

Desde una perspectiva constitucional, el principio de celeridad se manifiesta también como un auténtico derecho fundamental, que a todo ciudadano asiste, a un proceso “sin dilaciones indebidas o a que su causa [sea] vista dentro de un plazo razonable” (artículo 6.1.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Se trata de un derecho subjetivo constitucional, que asiste a todos los sujetos que hayan sido parte en un procedimiento penal, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, y que se dirige a los órganos del Poder Judicial (aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado), creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el *ius puniendi* o de reconocer y, en su caso, restablecer inmediatamente el derecho a la libertad.

5. Garantías procesales de la víctima

Como señala Cafferata Nores, la víctima comparte con el imputado tres garantías judiciales comunes: 1) la igualdad ante los tribunales, 2) la defensa en juicio y el acceso a la justicia, y 3) la imparcialidad de los jueces.¹⁷ Pero a la víctima compete además un sólido lugar en el proceso penal. El artículo 25 de la CADH establece la obligación del Estado de dispensar una debida protección judicial a sus ciudadanos cuando alguno de sus derechos, constitucional o convencionalmente reconocidos, ha sido vulnerado.

Más concretamente, la CIDH ha establecido que la vulneración de derechos por particulares o funcionarios públicos, derivados de delitos, obliga a los Estados a perse-

¹⁷ José I. Cafferata Nores: *Proceso penal y derechos humanos*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, pp. 23 ss.

guir y sancionar a los responsables. Y ello comprende por un lado la necesidad de identificar a los responsables, imponerles las sanciones pertinentes y asegurar a la víctima una adecuada reparación;¹⁸ pero además implica que la investigación emprendida sea efectiva, que persiga verdaderamente la sanción de los culpables y, además, que “toda esa actividad del gobierno culmine con la reparación a la parte lesionada”.¹⁹

El artículo 8.1 de la Convención obliga además, en ese contexto, a proveer mecanismos procesales para invocar tutela jurisdiccional; así, las víctimas conservan un derecho fundamental de acceder al proceso y de lograr una respuesta adecuada y eficaz a su pretensión. Se entiende de ese modo que la víctima tiene cuando menos dos derechos: el derecho a la verdad (procesal) y a intervenir en el proceso penal a fin de que se esclarezca el delito en su agravio (incluso ejerciendo actividad probatoria e impugnatoria), al igual que el derecho a una reparación adecuada (artículo 63.1 CADH).

Un matiz especial corresponde al contenido del derecho a la verdad que, conforme a la sentencia del TC peruano de 18 de marzo de 2004, tiene una dimensión *colectiva*, que consiste en el derecho de la Nación a conocer los hechos o acontecimientos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal, y una *individual*, que consiste en el conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones a los derechos humanos, y cuya titularidad recae en las víctimas, sus familiares y allegados.²⁰ A efectos de garantizar el derecho a la verdad en su dimensión individual, y empleando como referencia el caso sobre desaparición forzada objeto del hábeas corpus, el supremo intérprete de la Constitución deja en claro que todas las personas afectadas por un crimen contra sus derechos humanos tienen derecho a saber: a) quién fue el autor de ese acto, b) en qué fecha y lugar se perpetró, c) cómo se produjo, d) por qué se lo ejecutó, e) dónde se hallan sus restos, entre otros aspectos. Además, el Tribunal afirma que este derecho a la verdad es de carácter permanente, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometieron los actos ilícitos. Por lo tanto, remarca que las investigaciones sobre las violaciones a los derechos humanos son imprescriptibles.

6. Las garantías mínimas del proceso penal en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos

Sin duda, el proceso penal tiene un alto contenido constitucional, pues regula en esencia el conflicto entre el poder estatal sancionador o *ius puniendi* y los derechos fundamentales de las personas —la libertad personal, principalmente—, lo que a su

¹⁸ SCIDH de 29.6.88, caso *Velásquez Rodríguez*, pf. 174.

¹⁹ SCIDH de 8.12.95, caso *Caballero Delgado y Santana*, pf. 58.

²⁰ Expediente n.º 2488-2002-HC/TC.

vez puede generar un conflicto que trasciende a veces la naturalidad de los jueces competentes en su competencia ordinaria (doble instancia) e incluso la competencia de sus territorios nacionales, con lo que se genera la competencia del Tribunal Constitucional, en el primer caso, o la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cada Estado democrático se encuentra sometido a la observancia de un conjunto de reglas mínimas en el ejercicio del *ius puniendi*, y ello constituye, en realidad, una verdadera exigencia normativa de un debido proceso penal, en el que tanto el legislador nacional como, fundamentalmente, el juez penal tienen un papel fundamental.

El significado material y constitucional del proceso penal, frente a los vacíos legales o errados criterios de interpretación, encuentra por lo general acogida en la jurisdicción internacional. De ahí que resulta importante tener en cuenta las reglas mínimas del proceso penal conforme a los instrumentos internacionales de derechos humanos, las que en defecto de la legislación y justicia interna, son los verdaderos referentes de la justicia penal actual.

En nuestro ámbito rigen dos importantes instrumentos internacionales que vinculan al Estado en su deber de resguardar los derechos humanos. Se trata del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

6.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Este instrumento fue adaptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; fue aprobado por el Perú mediante el decreto ley n.º 22 128 del 28 de marzo de 1978 y posteriormente ratificado por la XVI disposición final y transitoria de la Constitución de 1979.

En su artículo 9 prevé que “todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la Ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”. A consecuencia de ello, el Pacto regula aquí tal vez lo más importante y acuciante del proceso penal: la libertad del imputado en el proceso.

Así tenemos, por ejemplo, que toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de ésta y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. Respecto a la detención judicial, introduce el principio de la excepcionalidad de la detención, también el derecho al recurso y a un juicio breve. Al decir del Pacto, la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia de acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

En el artículo 10 se establecen las garantías que tiene toda persona que ha sido detenida, como a ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, a la separación entre procesados y condenados, o entre menores y adultos.

En el artículo 14 se condensa la mayoría de los principios que rigen el proceso penal, los cuales deben ser respetados mínimamente para legitimar la imposición de una pena por cualquier Estado que sea parte y firmante de este Tratado: el principio de igualdad, el derecho de defensa, el derecho al juez natural, independiente e imparcial, el principio de publicidad, el principio de presunción de inocencia, entre otros.

6.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José

Este instrumento fue suscrito en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, aprobado por el Perú mediante el decreto ley n.º 22 231 de 11 de julio de 1978, y posteriormente ratificado por la XVI disposición final y transitoria de la Constitución de 1979.

Al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo primero que se regula es la libertad de la persona humana frente a la atribución de un delito, o, más bien, la libertad del imputado durante el proceso penal. Así, en el artículo 5 se regula el derecho a la integridad personal, al establecer que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, y que “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Por su parte, en el artículo 7 se regula el derecho a la libertad personal, así:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios.

Asimismo, a partir del artículo 8 se regulan las llamadas *garantías judiciales*, entre las que se reconoce el derecho de defensa, el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, el derecho a un juez natural, independiente e imparcial, el principio de presunción de inocencia, etcétera.

7. Conclusión

Con todo, las bases garantistas del proceso penal, que sólo liminarmente se alcanza a exponer, expresan la vinculación de la legislación y la práctica procesal a la Constitución y a los diversos instrumentos de derechos humanos que vinculan al Estado. Se busca que el proceso penal sea plausible no sólo porque es más eficaz, especialmente ante la criminalidad grave o no bagatelar, sino porque preserva un núcleo duro de principios que permite que los culpables respondan ante la ley de modo civilizado y que los inocentes, pese a las deficiencias del sistema, pueden hallar una justa absolución. Sólo la vigencia de estos principios garantistas permitirá el destierro de ese *derecho penal del enemigo* y la construcción de un *derecho penal del ciudadano* que a la vez no sea débil con las formas de criminalidad que enfrenta nuestra sociedad, aun las más graves y violentas que demandan el efectivo despliegue preventivo del derecho penal.

Oscar Julián Guerrero (Colombia) *

El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental

Es un lugar común afirmar que el proceso penal anglosajón ha ido ganando terreno frente al proceso penal de origen continental; por lo menos en lo que corresponde a la cultura jurídica de Occidente de los últimos sesenta años, la tendencia parece estar marcada por una orientación a los modelos procesales de Estados Unidos y Gran Bretaña. No obstante, se advierte que existen diferencias de país a país,¹ en cuanto a los puntos de vista y a las valoraciones realizadas sobre la recepción de dichos modelos. Mientras que en los países de América Latina la preocupación por incorporar los componentes procesales del sistema anglosajón es relativamente reciente y además está fundada generalmente en motivos políticos,² en algunos países europeos se cuenta con una larga tradición de discusión doctrinal que de alguna manera ha vislumbrado los problemas a los que se enfrenta esta influencia,³ tanto desde el punto de vista práctico como del teórico.⁴ Sería

* Sociólogo y abogado. Asesor jurídico en asuntos penales del Despacho del Procurador General de la Nación. Ha realizado estudios de procedimiento penal comparado en la Universidad de Bielefeld. Becario de la Sociedad Científica Alemana Max Planck. Ha trabajado como investigador invitado en el instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo. Investigador invitado en el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Gotinga. Autor de varias publicaciones en procedimiento penal y derecho penal internacional. <ojguerrerop@hotmail.com>.

¹ Entre los trabajos de derecho comparado sobre este particular puede verse Edmundo Hendler (comp.): *Sistemas procesales penales comparados*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. En esta obra se especifica en la parte introductoria la dificultad de los análisis y los enfoques cuando se trata de buscar la tradicional diferencia entre los modelos del *common law* y la familia romanista civilista.

² Véase a este respecto Maier, Ambos y Woischnik: *Las reformas procesales penales en América latina*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, con la elaboración del informe colombiano por el autor.

³ Igualmente en países como Italia, los expertos reconocen que también ha existido cierta predisposición a observar en el proceso anglosajón una suerte de significado emotivo frente a lo acusatorio. Véase Ennio Amodio: *Processo penale, diritto europeo e common law*, Milán: Giuffrè, 2003, pp. 195.

⁴ Para una aproximación sobre los modelos europeos en cuanto a temas como el papel de la policía en el proceso penal, la justicia negociada o la relación entre justicia penal y medios de comunicación, véase Mirelle Delmas-Marty: *Procedure Penali d'Europa*, Padua: Cedam, 1998, ed. italiana de Mario Chiavario.

tarea del derecho comparado la observación de cómo ha asumido cada país el problema y las soluciones que ha planteado. En esta breve exposición nos referiremos especialmente a los casos de Alemania⁵ e Italia, teniendo en cuenta el grado de discusión teórica alcanzado en estos dos países.

Por otra parte, nos parece que la antigua opción por la dicotomía acusatorio-inquisitivo que ha impregnado toda esta discusión merece un replanteamiento básico, pues no se puede omitir aquí que la investigación histórica reciente ha profundizado en propuestas muy serias que de alguna manera cambian la visión tradicional sobre un tema que, en nuestro concepto, resulta mal abordado para diferenciar los estructuras de justicia penal de tradición anglosajona y de tradición continental.⁶ En efecto, de la manera en que se plantea en nuestro medio, la recurrida contraposición entre lo acusatorio y lo inquisitivo conduce a errores de apreciación considerables, pues este criterio únicamente aporta rasgos incompletos sobre las formas de investigación y juzgamiento de tradiciones diversas, pero de modo alguno permite conclusiones claras sobre la estructura y la impronta filosófica en que se ha formado cada tradición. Una respuesta concreta a esta deficiencia puede apreciarse en la reciente obra del profesor de la Universidad de Yale John Langbein, quien⁷ plantea la hipótesis de un tránsito entre un proceso penal diseñado exclusivamente para legos en el siglo XV (*lawyer-free criminal trial*) y un proceso penal profesionalizado y capturado por juristas en el siglo XVIII. Al menos en lo que corresponde a la emergencia del modelo acusatorio o adversativo, las categorías básicas que lo informan —como son el silencio del acusado, la asistencia letrada, la necesidad de acusación, el juicio ante jurados y las reglas de exclusión probatoria—, de acuerdo con la convincente tesis de Langbein, se han conformado en sus acepciones modernas a propósito de semejante transformación entre el modelo lego y el modelo profesional del proceso penal anglosajón.⁸

Recapitulando la problemática que trae Langbein, se diría que el moderno proceso penal de corte acusatorio proviene del quiebre de una tradición en que la asistencia

⁵ En cuanto a Alemania, los trabajos de la última década se orientan más a la búsqueda de diferencias específicas entre los diversos modelos, como por ejemplo, Walter Perron (comp.): *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*, Friburgo: Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, 1995.

⁶ Un enfoque afortunado sobre el tema, con una excelente apreciación de las fuentes, en Máximo Langer: “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona”, en Julio Maier y Alberto Bovino (comps.): *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, pp. 97-136.

⁷ John H. Langbein: *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford Studies in Modern Legal History, Nueva York, 2003. También pueden consultarse, de este mismo autor, *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*, Oxford, 1974.

⁸ Obsérvese que este modelo de transición ha sido igualmente sugerido por la sociología alemana. Max Weber reconoce en su obra las diferencias y aproximaciones a tal tipo de derecho a propósito del modelo práctico del derecho británico con su compleja relación entre juristas (*barristers, solicitors, bench*) y los abogados de formación universitaria en el derecho continental. Max Weber: *Economía y Sociedad*, Bogotá: TIFCE, 1977, pp. 588-603.

legal es escasa y en que el acusado asume su propia defensa frente a un jurado y contra un acusador bajo la supervisión del juez. Las fuentes utilizadas por Langbein⁹ muestran que el proceso penal británico de mediados del siglo XVIII se guiaba por la máxima “el inocente que es acusado será capaz de defenderse a sí mismo como el mejor de los abogados”, mientras que “cuando alguien distinto habla por el culpable a menudo ayuda a descubrir la verdad que él mismo ocultaría”. De estas características difícilmente puede derivarse un modelo de proceso inquisitivo, como aquel al que nos ha acostumbrado la literatura. Cuando los factores técnicos de racionalización jurídica se impusieron en el contexto de demostración de la culpabilidad ante los mismos legos, el proceso fue capturado por juristas profesionales, quienes asumen los papeles de *solicitors* (procurador preparador de la causa legal), *barristers* (abogados litigantes) y *prosecutor* (abogado fiscal).¹⁰ En la medida en que fue ganando terreno el derecho de representación tanto para el acusado como para la acusación,¹¹ por razones que se relacionan con el creciente grado de urbanización y el desarrollo industrial de la sociedad inglesa, fue tomando cuerpo un modelo en el que eran más importantes los abogados que el inculcado, hasta que en 1770 adquirió su verdadera concreción el derecho a la defensa.

Si tomamos las instituciones arquetípicas del modelo procesal penal anglosajón, la tesis de Langbein se demuestra con facilidad. En primer lugar, el juego importante que adquieren los juristas profesionales hace que el silencio del acusado adquiera un valor significativo para los resultados del proceso. En este sentido las fuentes históricas permiten apreciar que la moderna conformación del derecho de defensa se constituye por la interacción de tres elementos en los que la conveniencia de hablar o callar es el eje: la denominada *carga de producción probatoria* (*production burdens on prosecution case*) en cabeza del acusador; el criterio de persuasión probatoria exigido al acusador (*beyond reasonable doubt*) y la posible intervención del acusado con asesoramiento, lo que se conoce en los documentos históricos con la famosa frase “se lo dejo a mi defensa” (*I leave it to my counsel*). Si se tiene en cuenta que la mayor parte de las obligaciones procesales en el ritual del juicio oral se trasladan al acusador, la consecuencia obvia es que éste adapte sus consideraciones ante un jurado de legos

⁹ El mérito de la obra consultada también reside en el gran acopio de documentos de los siglos XV a XIX, especialmente los *Old Baikey Sessions Papers*, especie de síntesis informativas elaboradas para efectos periodísticos por personas que participaban del juicio.

¹⁰ La estructura y las funciones de los abogados ingleses son esencialmente distintas a las de talante continental; para una información somera véase *La administración de justicia en el Reino Unido*, Londres: Foreign & Commonwealth Office, Documentos para el servicio de información exterior, 1987. Para una información detallada véase R. J. Walker: *The English Legal System*, Londres: Butterworths, 1985.

¹¹ Se debe anotar que históricamente la estructura de una verdadera fiscalía no ha existido en el modelo británico, sino la delegación de la corona a ciertas personas para el ejercicio de la acción penal.

en dos sentidos: convicción y suficiencia. Así, mientras que en el modelo lego de proceso penal se presentaba el problema de que el acusado sin representación no podía ejercer su defensa sin un mínimo de admisión de su culpabilidad en el momento de dar explicaciones, en el caso del modelo profesional la defensa espera las explicaciones de quien tiene la carga de demostración y habla según sus conveniencias.

En cualquier caso debe quedar claro que esta tríada de elementos corresponde al desarrollo de las estrategias para adelantar el juicio oral con juristas profesionales, las cuales no deben confundirse con el privilegio contra la autoincriminación,¹² pues esta institución es conocida desde el derecho romano. Más bien, lo que ocurre en el siglo XVIII al conformarse el moderno proceso penal es una transformación de otras instituciones legales conocidas desde el siglo XII, ampliamente desarrolladas por el derecho canónico, que no resultaban compatibles con los postulados de la reforma protestante, y en este caso especial con la reforma anglicana. Efectivamente, lo que rechazó la cultura puritana por su condición religiosa disidente fue el uso de juramentar al acusado en nombre de Dios para que éste directamente respondiera las preguntas hechas por el juez, con consecuencias graves para él mismo, y cuya negativa a contestar implicaba de por sí una valoración probatoria en su contra. La institución se conoció como *ex officio oath procedure* y su desaparición, de acuerdo con las investigaciones históricas, también está relacionada con el futuro papel del juez en el juicio oral con posterioridad al siglo XVIII.¹³ Pero si se quiere una formulación más acertada del problema, es claro que en un modelo de proceso penal para legos no cabe predicar un principio como el del privilegio contra la autoincriminación, pues definitivamente allí es el inculpado el que habla por sí mismo sin un asesoramiento profesional, de donde resulta consecuente que los procedimientos de investigación juramentados propios del derecho canónico hayan tenido un significado distinto en el *common law*. Lo que sí resulta demostrado por las fuentes es que la necesidad de proteger a los testigos que participaban del juicio contra una eventual autoacusación en el interrogatorio cruzado fue un factor determinante para el reconocimiento del privilegio acordado posteriormente al acusado.

Continuando con el análisis de la historia jurídica del siglo XVIII británico que sirve para observar los rasgos del procedimiento acusatorio, se concluye que una segunda variable imprescindible para el contexto de sus orígenes ha sido la introducción en el proceso penal de abogados especialistas para asesorar el procedimiento de investigación y la manera de presentarlo ante la Corte. Al lado de la práctica de recompensas por la información o captura de inculpadados, el sistema de testigos de la corona o testimonios acordados por ventajas procesales instituyó paulatinamente el

¹² Véase a este respecto John Langbein: "The historical origins of the privilege against Self-incrimination at common law", en *Michigan Law Review*, vol. 92, n.º 131, 1994, pp. 1047-1076.

¹³ En el sentido de limitar al extremo sus posibilidades de producción probatoria en sede oral.

uso de juristas que asesoraban la formulación de la acusación con los elementos probatorios recogidos por la policía. En la medida en que no existía una fiscalía o ministerio fiscal como lo conocemos hoy y el plano de la acusación se asumía como un problema semiprivado, los llamados *solicitors* fueron asumiendo la investigación propiamente dicha, así como la preparación de los testigos de cargo, además de asesorar los términos de la acusación. Los acusadores actuaban de acuerdo con los consejos del *solicitor*, quien a su vez se diferencia del *barrister* (abogado litigante), el cual lleva definitivamente la voz ante el jurado. La compleja relación entre los juristas, su división del trabajo en el juicio oral y la categoría a la que pertenecían ha traído como consecuencia que el proceso se asuma sobre la base de los intereses puestos en juego y dispuestos para el juicio, con la evidente diferencia frente al proceso de tradición continental y la inexistencia de una categoría como el deber de aclaración material en el proceso penal.¹⁴

Pero la historia también da datos interesantes sobre la excesiva profesionalización del proceso penal en el siglo XVIII, lo que explica parcialmente las razones que permitieron que frente a la entrada de asesores para la investigación y la acusación, con evidentes desventajas para el acusado, se redefinieran los términos del derecho de defensa, mejor conocido como *defense counsel*. En este contexto se conformó el modelo de interrogatorio y contrainterrogatorio (*cross examination*) tan característico del proceso angloamericano. En realidad, el modelo de interrogatorio cruzado no era usual para la defensa debido a que la carga de la prueba radicaba en cabeza del acusador, quien debía confirmar sus apreciaciones persuasiva y suficientemente. Justamente en este punto las fuentes históricas muestran igualmente que el modelo de contrainterrogatorio por parte de la defensa se impuso a propósito de la labor profesional del *solicitor*, a quien le era permitida la búsqueda de testimonios de cargo con recompensas procesales, lo que dejaba al inculcado en clara desventaja. De ahí que la defensa se orientara a mostrar al jurado un posible falso testimonio para condenar un inocente y esa demostración se hacía a través del interrogatorio cruzado. La forma de interrogar se convirtió en un verdadero espectáculo que ha permitido documentar vidas de célebres acusadores como William Garrow, e incluso fue valorada a finales del siglo XVIII como el mejor método para evitar los excesos a los que habían llegado las acusaciones poco fundadas por la misma época. Éste parece ser el origen del mito adversatorio en el proceso penal angloamericano, esto es, una serie de correcciones que se imponen por la captura que hacen los juristas profesionales del proceso penal,

¹⁴ Langbein recuerda que los participantes del proceso penal en Inglaterra son los únicos responsables de la “verdad” que resulte del proceso. Debido a las razones ya anotadas, el juez se convirtió en un dependiente de las argumentaciones de los abogados y los testigos y en muchos casos del *solicitor*, quien no tiene capacidad para ser oído ante el jurado. En el famoso juicio de un noble, el acusador anotaba: “mis instrucciones están dadas como hechos y donde los testigos hacen una anotación para probarla no soy responsable de la verdad que formen ellos”.

a lo cual se añade un constante juego de equilibrios que parten desde la carencia absoluta de una defensa que hoy llamaríamos técnica, hasta la necesidad imprescindible de un abogado asesor. Langbein ilustra este aspecto con las siguientes palabras:

Los jueces de 1730 admitieron el asesoramiento del defensor con el objeto de fortalecer las salvaguardias contra el riesgo de un error en la apreciación de culpabilidad del acusado. La admisión del asesoramiento del defensor se realizó pero limitándolo a la labor de contrainterrogatorio, así los jueces pensaban en confinar tal asesoramiento al trabajo de un ayudante abnegado quien simplemente complementaría la continuación de los esfuerzos del acusado para conducir su propia defensa. En este sentido los jueces esperaban vivir para siempre en un proceso penal libre de juristas profesionales, pero aquello fue un error de cálculo, y no solamente la causa de que el asesoramiento evadiera algunos de los límites que durante largos años les fuera impuesto. El asesoramiento del defensor trabajó en un cambio estructural del proceso penal, pues este dividió los dos papeles de protección y de exposición testimonial que anteriormente estaban concentrados en manos del acusado. De esta forma, el trabajo de la defensa insistiendo en su papel protector al exigir insistentemente las obligaciones del acusador sobre la calidad y suficiencia de prueba y hablando en nombre del acusado silenció paulatinamente a este último. Cerrada la antigua etapa en la que el acusado habla, cambia dramáticamente la teoría del proceso. El propósito del proceso en el cual el acusado habla había sido disponer de una oportunidad para que este replicara en persona a los cargos y la evidencia dispuesta contra él. El proceso acusatorio coloca en su lugar una nueva concepción del juicio, orientada por los juristas. El proceso penal se convierte en una oportunidad para que la defensa ponga a prueba la consistencia de la acusación.¹⁵

La propia historia jurídica del Viejo Continente en lo que se refiere al proceso penal ha mostrado las aristas problemáticas de este nuevo modelo, cuyo centro de gravitación es la averiguación de la verdad material. En efecto, la circunstancia de que el proceso de talante continental hubiese optado por métodos tan aberrantes como la tortura para la averiguación de la verdad a través de un proceso carente de garantías es lo que lleva continuamente a generar comparaciones con el modelo anglosajón, que por cierto no son del todo acertadas, pues, como lo han demostrado las fuentes históricas, el proceso británico tampoco estuvo exento de aplicación de similares figuras. Más bien, los progresos del proceso penal británico se asimilaron en buena parte de la Europa del siglo XIX, que optó por la idea de que la verdad material corresponde en últimas a dos visiones distintas: la que forman los juristas a través de sus procedimientos técnicos y la que impregna al jurado en sus conciencias y su apreciación lega.

Esta breve exposición sobre los orígenes del proceso penal acusatorio debe complementarse con lo acaecido en el siglo XIX, que permite apreciar una vasta secuencia de reformas en el proceso penal, producto de los cambios políticos y la creación de Estados democráticos, en los que el modelo británico se presenta como el rectificador de viejas prácticas judiciales que dan paso a instituciones como el juicio oral y público

¹⁵ Langbein: o. cit., pp. 310-311.

con jurados mixtos (profesionales y legos). En este contexto surgieron los llamados *modelos híbridos*, que conforman sus estructuras con vistas a la averiguación de la verdad material. Este proceso de carácter híbrido marcó la pauta hasta mediados del siglo XX, y a partir de allí se ha experimentado un retorno a las estructuras originales del proceso penal anglosajón por muchos factores, entre otros, la impronta norteamericana que ha acompañado algunos acontecimientos históricos, como veremos a continuación.

Alemania se muestra como el arquetipo en la discusión relativa a la recepción de los modelos procesales extranjeros. El caso germano resulta importante desde dos aristas. En primer lugar, la experiencia del proceso de Núremberg y la aplicación directa de la justicia de los países vencedores en las zonas de ocupación norteamericana y británica representan un punto de partida ejemplar para la reflexión sobre el encuentro de los dos sistemas; en segundo lugar, la extensa literatura jurídica que produce este país puede dar noticia del papel que han desempeñado las categorías del derecho procesal penal anglosajón trasladadas a su semejante continental.

En cuanto a lo primero, se destaca que una vez terminada la Segunda Guerra Mundial se renovó la discusión por una reforma del proceso penal alemán y particularmente de la fase oral, según los modelos del derecho angloamericano. Sobre todo quienes habían trabajado como defensores ante los tribunales militares reconocían en el proceso extranjero (no obstante las fuertes críticas a la experiencia de Núremberg) una forma simplificada y directa de adelantar las causas penales. Aunque la época no resultaba propicia para una reforma total del procedimiento penal, lo cierto es que una larga lista de trabajos académicos en derecho comparado¹⁶ permite apreciar que las preocupaciones teóricas se cifraron en el punto de la práctica probatoria en los dos sistemas.¹⁷ Por otra parte, los críticos no dejaron de observar que tanto el proceso de Núremberg como aquellos que se adelantaron ante los tribunales militares británicos y norteamericanos planteaban muchas dudas, que desde el punto de vista de los juristas alemanes resultaban justificadas, pero en igual medida podían estar sesgadas por la poca comprensión del derecho extranjero o por el resentimiento. Así, por ejemplo, se criticaba la poca participación del acusado en el proceso, limitado al papel de una simple parte, o la pasividad del juez en lo que correspondía a la aclaración del asunto materia del debate.¹⁸ Lógicamente estas críticas se respondían desde el lado contrario

¹⁶ Entre otros, Wimmer: *Einführung in das Englische Strafverfahrens*, Bonn, 1947; Newmann: *Das Englisch-Amerikanische Beweisrecht*, Heidelberg, 1949; Ernest Cohn: *Das reich des Anwalt*, Heidelberg, 1949.

¹⁷ Un ejemplo es el trabajo del profesor de Bonn Helmut von Weber, aparecido en 1950, *Der gang der Beweisaufnahme im englischen Strafprozess*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1950, p. 504, quien critica la posible transposición del modelo probatorio del proceso penal británico al alemán en contra de Hartung y Düppers.

¹⁸ Buena parte de esta discusión se puede apreciar en Schmidt-Leichner: "Deutscher und anglo-amerikanischer Strafprozess. Ein Diskussions-beitrag", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1951, p. 7.

recalcando el papel activo de la defensa, esto es, el de preocuparse más por el respeto del derecho que por la demostración de la inocencia del acusado, mientras que la crítica frente al juez se respondía argumentando que éste efectivamente tenía la posibilidad de interrogar a los testigos y al acusado cuando fuera necesario para el esclarecimiento de los hechos. Cosa distinta era que en aras de la imparcialidad se diera cierta práctica en la forma de presidir la audiencia que inhibía al juez de su papel activo dentro de la fase oral del proceso penal.

Las críticas más elaboradas surgieron a mediados de los años cincuenta y muestran sin lugar a dudas que el interés de los juristas alemanes estaba orientado a la estructura del proceso y al papel que desempeñaban los sujetos dentro de él. Así, la referencia obligatoria de la crítica fue el concepto de *proceso de partes*, que se empezó a utilizar para identificar la construcción del proceso angloamericano y las consecuencias que se desprendían de aquella estructura para los resultados de éste. En tal sentido, Sachs¹⁹ argumentaba de nuevo que el proceso angloamericano no tenía como objetivo la investigación de la verdad material, y Ruscheweyh,²⁰ diez años más tarde, manifestaba: “La averiguación de la verdad está claramente amenazada en un proceso de partes”. Herrmann, por su parte, reconstruyendo esta historia cita la doctrina mayoritaria, pero en especial los argumentos de Von Weber, quien afirmaba:

[...] la tarea del proceso angloamericano es, como varias veces se ha recalcado, solamente la averiguación de una verdad formal. El juez, que no tiene conocimiento de las actas procesales, está ligado a la presentación probatoria de las partes, él toma solamente para su conocimiento “lo que las partes presentan como prueba” —según su arbitrio— y no tiene como tarea suplementaria intervenir en la práctica probatoria a efecto de la completa aclaración de las circunstancias.²¹

Pero esa constatación no se agotaba en la estructura, sino que proyectaba sus consecuencias al radio de acción de las mismas partes dentro del proceso. En efecto, la preocupación más cercana se centraba en las posibilidades de defensa del acusado frente al poder penal del Estado representado en un fiscal acusador. Uno de los más grandes penalistas del siglo pasado, como lo fue Eberhard Schmidt, calificaba la posición del acusador del proceso angloamericano como un “cuadro repugnante”: “él no está como el fiscal alemán [...] obligado a la objetividad, a la verdad sin consideración por el éxito o el fracaso de su acusación”.²² Menos críticas, y según el parecer de

¹⁹ Citado por Joachim Herrmann: *Die reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens*, Bonn: Ludwig Rührscheid, 1971, p. 115.

²⁰ Herrmann: o. cit., p. 115.

²¹ Herrmann: o. cit., pp. 115-117.

²² Las críticas de Schmidt se encuentran en varios trabajos; esta apreciación corresponde a un artículo publicado en la revista *Monatschrift für Deutsches Recht* bajo el título “Zur Frage nach der Notwendigkeit von Veränderungen der hauptverhandlungsstruktur”, de 1967, en el cual Schmidt critica las propuestas de Grützner a propósito del llamado caso *Lindbergh*.

Herrmann más objetivas, fueron las apreciaciones con respecto al juez. Así, el famoso Radbruch, en su obra *El espíritu del derecho inglés*, reconocía al juez como un árbitro que media en la lucha con las palabras, y Claud Allen lo comparaba con un árbitro deportivo.

El debate histórico puede ilustrar lo que desarrolló la doctrina con posterioridad, que básicamente se puede resumir en el rechazo del concepto de *parte* y la consecuente reafirmación del concepto de *participante procesal*. Mientras que, en lo que se refiere a la estructura, se rechaza la noción de *proceso contradictorio puro* para hablar de *procedimiento acusatorio con principio de investigación*. La diferenciación no es una mera cuestión de términos, pues de alguna manera es el punto de quiebre que ha encontrado la doctrina procesal germana para establecer sus diferencias frente al proceso penal de tipo angloamericano. El concepto de parte es rechazado en sus vertientes sustancial y material, tal como lo proponía Carnelutti, por no resultar adecuadas para definir el concepto de un órgano que instrumentalmente está dispuesto en el proceso para la imparcialidad y para la averiguación de la verdad material. De allí se concluye que el proceso penal continental necesariamente tiene su dinámica en la función establecida para el órgano jurisdiccional y la fiscalía, y no en la tensión permanente que representan los extremos de la relación acusación-defensa. Lógicamente, frente a esta consideración se argumenta que es más correcto hablar de sujeto procesal o de *participante procesal* (*prozessbeteiligte*), en la medida en que al sujeto le están acordadas de antemano las posibilidades de incidir activamente en los resultados del proceso a través de los derechos que le son propios; por lo tanto, si existe una pretensión de objetividad en la averiguación de los hechos por parte de la fiscalía y el órgano jurisdiccional se descarta la actividad procesal marcada por los intereses de parte. A ello se suma que la doctrina germana destaca igualmente el concepto de posición de los sujetos procesales.²³

Esta discusión, recientemente documentada en la obra del español Pedraz Penalva,²⁴ retoma los desarrollos teóricos esbozados en Alemania, añadiendo de su propia cosecha seis argumentos que resultan valiosos para rebatir los intentos de asimilación del proceso penal angloamericano a aquellos que se han estructurado de manera mixta. En este sentido, los procesos de naturaleza mixta no pueden caracterizarse como procesos de parte, por lo siguiente: a) la imposibilidad de transigir sobre el objeto del proceso penal, teniendo en cuenta la superposición de planos diferentes (mientras que en el sistema acusatorio existe igualdad de planos, en el otro es notoria la condi-

²³ Como lo ha anotado Gómez Colomer, la doctrina no ha sido pacífica a este respecto, pues la vieja guardia formada por Beling, Binding y Dohna rechazó el concepto de *participante*. Juan Luis Gómez-Colomer: *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona: Bosch, 1985, pp. 68-70.

²⁴ Ernesto Pedraz Penalva: *Derecho procesal penal*, t. I: "Principios del derecho procesal penal", Madrid: Colex, 2000, pp. 82-95.

ción prevaleciente del juez o el fiscal); b) el núcleo de los intereses de la fiscalía está en la aplicación no discriminatoria de la ley y la realización de los derechos y libertades fundamentales, mientras que para el acusado éstos se cifran en lograr la absolución; c) la obligación para la fiscalía de hacer valer lo favorable y desfavorable al imputado coloca a este órgano incluso en la labor de defensor; d) la inexistencia de un contrainterrogatorio entre fiscalía y acusado, en el cual se proyecten los intereses de cada uno; e) le corresponde a la fiscalía desvirtuar la presunción de inocencia con pruebas de cargo, mientras que el procesado puede guardar silencio o incluso mentir sin consecuencias en el resultado procesal; y por último (retomando el simbolismo de Schmidt), el acusado está en el banquillo y el fiscal en los estrados.

En muchos casos esta polémica resulta para algunos infructuosa, pero de alguna manera los conceptos de *interviniente procesal* y *parte* se convierten en piedra de toque para la caracterización del proceso penal de determinado país. En este sentido, Roxin²⁵ asume que el proceso penal alemán guarda inevitablemente rasgos del proceso inquisitivo, como aquellos relativos a la producción de las pruebas en sede oral por parte del juez y la imposibilidad de que las partes dispongan de la materia procesal, mientras que los rasgos tomados del proceso acusatorio corresponden a la distribución de las labores en la administración de justicia penal (fiscalía y juez) y la condicionalidad del ejercicio de la acción penal a instancias de los resultados de la investigación.

Igualmente problemática ha resultado la formulación relativa a la averiguación de la verdad material, que se entrelaza con la noción de posición jurídica de los intervinientes procesales, particularmente en lo que respecta a la posición de la fiscalía, pues ésta, a diferencia de lo que ocurre en un sistema acusatorio, presenta tres características definitivamente distintas. En primer lugar, su ubicación constitucional en los modelos mixtos no es un problema totalmente resuelto;²⁶ por el contrario, una cosa es que la Constitución Política, o la ley, si es el caso, formalmente la asignen al ejecutivo o al órgano jurisdiccional, pero si su labor está fundamentalmente orientada a la administración de justicia (lo que de por sí pone en aprietos la noción de división de poderes) la hace extraña a las tareas que de suyo son administrativas. Esa razón ha hecho decir a Roxin, por ejemplo, que la fiscalía se ubica como “un órgano independiente de la administración de justicia” que está entre el poder ejecutivo y el jurisdiccional.²⁷ En segundo lugar, si recalamos que ella no es *parte*, es justamente porque sus funciones no están proyectadas unilateralmente a la reunión de pruebas de cargo que fundamenten el éxito de una acusación. Al igual que en la nueva (y antigua) configuración

²⁵ Claus Roxin: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, pp. 122-123.

²⁶ Karl-Heinz Gössel: “Reflexiones sobre la situación del Ministerio Público en el procedimiento penal de un Estado de derecho”, en *Doctrina Penal* n.º 13, Buenos Aires: Depalma, 1981, pp. 622-659.

²⁷ Claus Roxin: “Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute”, en *Deutsche Richterzeitung*, marzo 1997, pp. 109-131.

constitucional colombiana, la Fiscalía alemana está obligada a la indagación de las circunstancias que sirven de descargo para el procesado e incluso, en aras del principio de averiguación de la verdad material, tiene la facultad de impetrar recursos a favor del inculpado, llegando hasta la casación o revisión cuando se trate de conseguir la absolución de un condenado. En suma, el peso del principio de averiguación de verdad material le impone un papel que va en la dirección de que la administración de justicia tome una decisión acertada y conforme a derecho. Esta conformación no está exenta de críticas, si se tiene en cuenta que se le da al principio de verdad material una extensión inusitada que afecta la propia labor de la fiscalía en su acepción de órgano de persecución penal. En tercer lugar, a diferencia de lo que ocurre en el sistema angloamericano, la fiscalía de los sistemas continentales está sujeta al principio de legalidad, lo que igualmente entraña varios problemas, entre otros, la obligatoriedad de la acusación ante la existencia de conductas punibles (¿se debe investigar y acusar en todos los casos o se puede aminorar esa exigencia con el llamado *principio de oportunidad reglada*?), la sujeción del fiscal a las líneas definidas de la jurisprudencia de los tribunales (¿qué hacer cuando la jurisprudencia ha considerado que determinados hechos no son constitutivos de delitos y el fiscal tiene una convicción distinta en la interpretación de la ley penal?: ¿se debe dejar la decisión al juez o se debe acusar?), y por último la facultad de impartir instrucciones en una organización verticalmente jerarquizada (¿qué hacer cuando un fiscal superior tiene una apreciación distinta sobre la punibilidad de un comportamiento y la ley le da la potestad de ordenar sobre un fiscal inferior que no lo considera así?).

Todos estos problemas distan todavía de tener soluciones satisfactorias, pero en resumidas cuentas corresponden a la exigencia del principio de averiguación de la verdad material que tiene el proceso continental, frente a la dinámica propia del proceso penal angloamericano, que sigue siendo flexible frente a estos problemas. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia han intentado atemperar la condición exigente de este principio, añadiendo que para algunos el problema de la verdad material es un supuesto ideológico y hasta utópico. Podemos decir que se trata de un enfrentamiento entre los objetivos que se le asignan al proceso penal a título de principio insoslayable y los supuestos ontológicos de la verdad misma. En esta dirección, Pedraz Penalva señala que la misma interpretación constitucional y legal ha definido límites a la consideración absoluta del principio, los cuales se pueden encontrar en los derechos fundamentales del procesado que tienen incidencia en el proceso penal; por ejemplo, la prohibición de autoincriminación, el derecho a guardar silencio e incluso mentir. Igualmente, los límites trazados por la jurisprudencia sobre las posibilidades de la fiscalía en la investigación de los hechos hacen menos exigente el principio, por ejemplo, en las prohibiciones probatorias o las derivaciones probatorias que se levantan sobre prueba ilícitamente obtenida o la aplicación del principio *in dubio pro reo*.²⁸

²⁸ Pedraz Penalva: o. cit., pp. 82-95.

Estas cortas ilustraciones pueden dar un esbozo apurado de la dificultad a que se enfrentan los sistemas continentales en el intento de incorporar los modelos propios del derecho consuetudinario. Pero es importante anotar que en un caso como el germano la influencia se ha sentido más allá de la pura discusión doctrinal y de los esfuerzos de reforma. Frente a estos últimos, la literatura germana no ha ahorrado críticas frente a las virtudes que se le reconocen al proceso penal anglosajón. Así, por ejemplo, Grünhut en 1963 somete al escrutinio del proceso penal alemán la experiencia del proceso penal británico en tres áreas que siempre se ponderaron como virtuosas en la literatura de los años sesenta: la abreviación de la etapa de investigación, la separación entre los planteamientos probatorios y la decisión de fondo, y una bifurcación entre el establecimiento de la culpabilidad del acusado y la imposición de una pena.

En cuanto a la corta duración del proceso de investigación penal, Grünhut se esfuerza en encontrar las diferencias entre *non indictable offences* e *indictable offences* para establecer la forma en que la policía inglesa hace prevalecer los casos de su trabajo y la forma en que éstos se procesan en el aparato de justicia. Efectivamente, Grünhut encuentra que los tiempos del proceso penal inglés son relativamente más cortos que los del proceso continental, además de recurrir en menor medida a la detención preventiva, pero la crítica que expone predica que realmente existen muchos casos en los cuales no hay una verdadera investigación, sino una indagación muy corta, con poco material de cargo, que somete al inculgado a las exigencias del fiscal.

La segunda consideración recapitula las críticas de la posguerra al papel del juez en el proceso penal. Mientras que en el proceso penal alemán el juez tiene tres funciones diferenciadas (dirige la vista oral, decide sobre la culpabilidad y participa de la imposición de la pena), en el modelo inglés el papel es excesivamente pasivo, pues la aportación probatoria es cuestión de las partes. En este punto Grünhut recuerda que, desde la famosa conferencia anual de juristas alemanes celebrada en Salzburgo en 1928, se desaconsejaba a los profesores alemanes de derecho penal seguir en este punto el modelo británico. En suma, el texto de Grünhut descalifica con argumentos sólidos los mitos sobre los cuales se ha edificado la fama de la justicia penal inglesa.²⁹

En el área de la jurisprudencia penal, Roxin,³⁰ en 1990, realizó un balance de cuarenta años con motivo del aniversario del Tribunal Supremo Alemán en asuntos penales, en el cual dedicó parte de su exposición a la forma en que la jurisprudencia alemana ha asumido los principios rectores del derecho procesal penal angloamericano. El autor encuentra varios postulados provenientes de esta tradición con los que ha debatido el Tribunal; son ellos: el *fair trial*, la *fruit of the poisonous tree doctrine* y

²⁹ Max Grünhut: *Die Bedeutung englischer Verfahrensreformen für eine deutsche Strafprozeßreform*, Libro homenaje a H. Von Weber, Bonn, 1963, pp. 343-367.

³⁰ Claus Roxin: "Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshof zum Strafverfahrensrecht-Ein Rückblick auf 40 Jahre", en Jauernig y Roxin: *40 Jahre Bundesgerichtshof*, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1990, pp. 66-99.

el principio probatorio de *hearsay is no evidence*. El interés por estos conceptos no es gratuito, pues de alguna manera se localiza en las bondades del sistema angloamericano que resultan bastante atractivas para los juristas del sistema mixto continental, en la medida en que se presentan, por una parte, emparentados con el concepto de *debido proceso* y, por otra, por las ventajas que se desprenden del llamativo sistema de exclusión probatoria. Con respecto al *fair trial*, la jurisprudencia ha reconducido la discusión a buscar sus parientes más cercanos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con incidencia en las garantías procesales que para el caso del viejo continente se encuentran en el artículo 6.º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950. A pesar de ser un vocablo intraducible en el idioma alemán, el balance jurisprudencial del *fair trial* puede mostrar tres campos de aplicación bien definidos: la conformación de un ámbito de confianza para el procesado, según el cual se le deben comunicar las desventajas de la utilización de una conducta de procedimiento; el deber de asistencia al procesado, señalándole sus derechos y evitando situaciones que, debido a las circunstancias, lo dejarían en un plano de indefensión; y la prohibición de obtener ventajas procesales para la administración de justicia a costa de violaciones intencionales a las garantías fundamentales del procesado.

En cuanto al *hearsay is no evidence*, la jurisprudencia no ha hecho un rechazo tajante de los testimonios de fuente secundaria o testimonios de referencia, pero ha limitado el valor probatorio de los testigos sin experiencia directa sobre los hechos, considerándolos un indicio muy débil que debe ser confirmado por otras pruebas más sugerentes con capacidad para fundamentar una decisión. Igualmente en el campo probatorio la doctrina del *fruit of the poisonous tree* ha resultado de la mayor aceptación, debido a que corresponde a una extensión de las prohibiciones de prueba que acentúan aquella máxima establecida en la antigua jurisprudencia, según la cual, “no es un principio básico del ordenamiento procesal que la verdad tenga que ser investigada a cualquier precio”. En este sentido, lo notorio de la jurisprudencia ha sido la búsqueda constante de correctivos a los medios de investigación criminal que, si bien no se califican de arbitrarios en su ejercicio práctico, sí lo pueden ser en sus consecuencias.

Estos efectos del derecho procesal penal angloamericano en la jurisprudencia germana, que podríamos considerar bastante adecuados desde el punto de vista del Estado de derecho, tienen su contrapartida en las severas críticas que sufren algunas figuras del modelo angloamericano cuando se lo somete al escrutinio de los principios fundamentales del derecho procesal de tradición continental. Así, por ejemplo, la doctrina alemana ha llamado la atención sobre las formas de justicia negociada que operan en el derecho procesal penal angloamericano, y especialmente en los casos que implican la disposición de la acción penal por parte de los órganos de persecución criminal. Es el caso de los acuerdos informales dentro del proceso penal alemán (*Ab-sprache*), cuyo análisis en el ámbito académico germano ha producido en los últimos

diez años una copiosa bibliografía.³¹ No sobra recordar que la mirada hacia el proceso penal angloamericano, en este particular, proviene de las ventajas que permiten la celeridad y la descongestión de la administración de la justicia penal por la vía de la solución consensuada, a lo cual se enfrenta el sistema continental con un cuadro de crisis crónica, cuyos síntomas evidentes son la acumulación de causas, los procesos engorrosos, dilatados en el tiempo y exigentes en cuanto a recursos económicos y materiales para llegar a una solución acertada.

Ahora bien, la mayor parte de los trabajos de derecho comparado sobre la justicia negociada en Alemania buscan el pariente más próximo de los acuerdos informales en el *plea bargaining*,³² instituto que le permite al acusado la obtención de un tratamiento punitivo menos severo por parte del órgano jurisdiccional a cambio de su declaración de culpabilidad. En el caso de los acuerdos informales del proceso penal alemán no existe propiamente un entendimiento formal entre el fiscal y el defensor que adquiere su legalidad ante el juez, sino que se da un acuerdo basado en la confianza, en el que una confesión es valorada por el tribunal como medio de prueba general para su culpabilidad. En suma, se trata de una práctica judicial subrepticia que prodiga ventajas para la administración de justicia y, si se quiere, para el procesado, pero a costa de los postulados más caros del proceso penal continental. Cabe precisar, en todo caso, que frente a esta última consideración subsiste un campo de incompreensión teórica, si se tiene en cuenta que tanto en Estados Unidos como en Gran Bretaña buena parte de la crítica se dirige en el mismo sentido, esto es, que la justicia negociada representa una afrenta que afecta los valores fundamentales del sistema acusatorio³³ establecidos para proteger al acusado, principalmente la presunción de inocencia, aspecto éste que ha sido vehementemente demostrado por los estudios de sociología del derecho. Pero además, son los propios cultores del derecho angloamericano los que han colocado esta institución en el marco de una tradición inquisitiva, que incluso llega a familiarizarse con la tortura; y si se quieren más pruebas de lo complejo del asunto, agreguemos que esta institución ha sido aceptada a regañadientes por los tribunales norteamericanos en consideración a los principios constitucionales que fundamentan el proceso penal.

³¹ Por ejemplo, Thomas Weigend: *Absprachen in ausländisches Strafverfahren*, Friburgo: MPI, 1990. En lengua castellana se pueden consultar Silvia Barona Vilar: *La conformidad en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, y Nicolás Rodríguez García: *La justicia penal negociada*, Universidad de Salamanca, 1997.

³² Un balance de la discusión hacia los años setenta en Karl F. Schumann: *Der Handel mit Gerechtigkait*, Fráncfort: Suhrkamp, 1977.

³³ John H. Langbein: "Tortura y Plea bargaining", en Maier y Bovino (comps.): *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, pp. 3-30. Para la revisión de los estudios de sociología véase Óscar Julián Guerrero P.: *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*, Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1998.

Dentro de los críticos más severos de los acuerdos informales en el proceso penal alemán se encuentra Bernd Schünemann,³⁴ quien en 1990 disertó ante el Poder Judicial español criticando la introducción de los patrones de justicia negociada en el proceso penal continental y calificando como una verdadera lucha el mantenimiento de los postulados del Estado de derecho. La crítica puede resumirse en la desnaturalización de las estructuras procesales en la medida en que la legislación carece de medios que puedan evitar el abuso del poder judicial y la reconducción de la problemática a la desfiguración del concepto de *participante procesal* y su consecuente posición jurídica en la estructura del proceso. En efecto, si la ley ha definido claramente los derechos del procesado y la defensa, así como las conductas que cada uno debe asumir para demostrar su inocencia o inhibir las facultades demostrativas de responsabilidad penal por parte de los órganos de persecución penal, no es posible admitir una transacción anticipada sobre la culpabilidad del imputado a cambio de la ventaja de un tratamiento menos riguroso.³⁵ Lo problemático es y seguirá siendo la lesión al núcleo material de las garantías, en especial el derecho a no declarar contra sí mismo y a un proceso debido, constitucionalmente hablando. La desnaturalización de la estructura del proceso, al decir de Schünemann, va más allá de estas lesiones, pues la obtención de una confesión por la vía del acuerdo sustituye la obligación de esclarecimiento judicial de los hechos y por lo tanto equivale a reemplazar la práctica completa de la prueba en sede oral por la aceptación del resultado de la instrucción por el acusado. Si se observa bien, en el fondo se plantea nuevamente la discusión sobre las exigencias del principio de verdad material en el proceso penal y los derechos del participante en el proceso penal. Schünemann culmina su intervención con una invitación a resistir los embates del proceso penal angloamericano impidiendo que se desmonte el proceso penal europeo fundado en los principios liberales del Estado de derecho, en aras de una práctica judicial que sólo observa las ventajas de un sistema sin reparar en las consecuencias políticas de tal incorporación.

Un debate no menos pacífico que el anterior, emparentado con él por lo que corresponde a las consecuencias procesales, es el de la incorporación de instituciones que otorgan ventajas en los resultados del proceso por la colaboración que puedan prestar ciertos sujetos al esclarecimiento de la investigación penal o a la consecución de pruebas a efecto de perfeccionar la instrucción penal y así poder soportar la acusación en sede oral. En el marco de la lucha contra la criminalidad organizada se han potenciado varias formas de investigación, cuya dudosa constitucionalidad se presta a

³⁴ Bernd Schünemann: *Reflexionen über die Zukunft des deutschen straverfahrens*, Libro homenaje a G. Pfeiffer, Heymanns, 1988, p. 641. *¿Crisis del procedimiento penal? Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo*, Cuadernos Generales del Poder Judicial n.º 8, Madrid, 1991.

³⁵ La jurisprudencia alemana últimamente ha aceptado a regañadientes la existencia de acuerdos en el proceso penal. Un buen balance de críticas y apoyos a la institución en T. Rönnau: *Die absprache im Strafprozess*, Baden Baden: Nomos, 1990.

controversias y que igualmente tienen sus parientes próximos en el derecho procesal penal anglosajón. Éste es el caso del llamado *testigo de la corona*,³⁶ expresión tomada literalmente del idioma inglés y traducida al alemán como *Kronzeugen*, que, de acuerdo con las investigaciones en derecho comparado, no es ajena a un instituto histórico inglés del siglo XIV conocido como *aprovement*, consistente en que un acusado podía obtener el sobreseimiento de la corona confesando su propio hecho e inculpando a los partícipes en él, siempre y cuando aquéllos resultaran efectivamente condenados. Las ventajas para quien ostenta la calidad de testigo y a la vez acusado van desde la inmunidad total en el procedimiento hasta la búsqueda de un resultado procesal menos gravoso al estilo *plea bargaining*, en la cual se acuerda de antemano la exclusión de pruebas de cargo por parte de la fiscalía, o simplemente se acuerda una reducción de los cargos en la acusación para una sentencia irrisoria.

En la legislación alemana la figura del *testigo de la corona* se potenció a principios de los años ochenta en las legislaciones especiales de comercio ilícito de estupefacientes y más tarde en las leyes contra el terrorismo. Las críticas de la doctrina en contra de estos institutos se localizan en la vulneración del principio de igualdad ante la ley penal, pues sin duda el tratamiento privilegiado de un acusado que actúa como testigo de un hecho punible en el que él mismo es partícipe difícilmente pasa un examen frente a la igualdad, al menos en sentido formal. El principio de legalidad también resulta menoscabado, y por último el derecho del imputado a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo.

Ahora bien, si observamos una experiencia que puede resultarnos más familiar, podemos examinar lo acaecido con la importación de sistemas procesales en el caso italiano. El procedimiento penal de este país tampoco ha hecho su ingreso a los modelos de tradición angloamericana sin críticas, pero, a diferencia de Alemania, allí la discusión no se detuvo en las posibilidades de los planteamientos de reforma, sino en la implantación directa de un modelo mixto con tendencia acusatoria, a propósito de la expedición del Código de Procedimiento Penal de 1988.³⁷ Podemos decir que la discusión académica sobre los componentes acusatorios incardinados en el sistema procesal penal italiano se mantiene, e incluso, con un acercamiento menos prevenido, la

³⁶ Sobre su funcionamiento actual en Alemania y en otras legislaciones, véase Stefanie Mehrens: "Die deutsche Kronzeugenregelung für organisiert begangene Straftaten gemäß Art 5 KronzG", en Militello, Arnold y Paoli (comps.): *Organisierte Kriminalität als Transnationale Phänomen*, Friburgo: Iuscrim, MPI, 2000, pp. 271-321.

³⁷ No obstante esta apreciación, existen múltiples trabajos sobre el tema, entre otros los de Severino Santiapichi: "Modelli Stranieri e tradizione nella scelta accusatoria", en Alfredo Gaito (comp.): *I Giudizi semplificati*, Padua, Cedam, 1989, pp. 1-6; Ennio Amodio y Cherif Bassiouni (comps.): *Il processo penale negli Stati Uniti d' America*, Milán: Giuffrè, 1988; Francesco Cossiga: "Il nuovo processo penale italiano: analogie e differenza con il processo penale nor-americano", en *L'Indice Penale*, 1989, pp. 553-561.

reciente exégesis vincula la estructura del modelo procesal acusatorio con los instrumentos internacionales de derechos humanos a efectos de observar la capacidad de aquél para preservar las garantías.³⁸

La discusión por la incorporación del proceso penal angloamericano en ese país sigue en general las líneas que ya hemos descrito para el caso alemán, esto es, la visión sobre el concepto de parte y la fidelidad a principios fundamentales del proceso continental como la averiguación de la verdad material y la legalidad, pero es interesante encontrar en las discusiones preocupaciones como las de Neppi Modona,³⁹ quien retomando los trabajos de un experto en el asunto como Mirjan Damaška,⁴⁰ recordaba que uno de los problemas centrales en la recepción del modelo angloamericano era la estructura burocrática de la administración de justicia en los países de derecho continental. En efecto, la distribución horizontal de la arquitectura del aparato judicial de tradición anglosajona y el origen de los funcionarios, en muchos casos elegidos popularmente, es perfectamente compatible con instituciones como la oralidad en los procesos e igualmente con los jurados (*Jury Trial*), lo que en últimas lleva a concluir que se trata de una administración de justicia en la que las decisiones se toman por los pares del ciudadano acusado (fiscal de elección popular y jurados de conciencia). La decisión por excelencia que se considera más justa es, por esas razones, la de primera instancia, y en la misma medida la disposición de recursos judiciales y controles es mínima.

En los sistemas penales de justicia continental la situación ocurre a la inversa, pues la distribución de la arquitectura administrativa informada por los principios de jerarquía es perfectamente compatible con la tradición documental del proceso, con la imposición de controles verticales y horizontales a la actividad de la investigación y la gran cantidad de recursos judiciales. La decisión que por excelencia se quiere es la proveniente del vértice de la estructura (la casación). Las conclusiones a las que llega Neppi son bastante claras: la estructura jerárquica del poder judicial continental desfigura las virtudes del proceso angloamericano por la manera como se practican las pruebas y por los exigentes controles a lo largo de todo el procedimiento: control del fiscal sobre la actividad de policía judicial; control del juez sobre la actividad final de la investigación; control del juez de conocimiento sobre la acusación; control de segunda instancia sobre la decisión del juez de conocimiento, y finalmente control de un tribu-

³⁸ Por ejemplo, Mario Chiavario: *Appunti sul processo penale*, Turín: Giappichelli, 2000, pp. 12-17.

³⁹ Guido Neppi Modona: "Processo Accusatorio e tradizione giuridica continentali", en Mario Chiavario: *Il nuovo Codice di Procedura Penale visto dall'estero. Atti del seminario di Torino*, Milán: Giuffrè, 1991, pp. 263-273. También se pueden consultar de este autor "Guidice Penale americano", en *Digesto delle Discipline Penali*, vol. II, 1988, pp. 460-473.

⁴⁰ Mirjan R. Damaška: *I volti della giustizia e del potere*, 1991. De este autor resulta ampliamente recomendable para los mismos efectos *The faces of justice and State Authority*, New Haven: Yale University Press, 1986.

nal supremo en sede de casación. Los mismos controles obligan a que la actividad judicial permanezca documentada para el ejercicio de las impugnaciones y el trabajo de los funcionarios superiores. La desfiguración se predicaría porque en el proceso continental la incorporación de los elementos de celeridad y oralidad no resulta adecuada para una estructura burocrática jerarquizada, así que la pretensión de descongestión tiene un efecto contrario.

La segunda crítica de Neppi a la legislación procesal penal de su tiempo deriva del papel que deben desempeñar los nuevos actores del proceso penal, considerando las etapas establecidas en la estructura procesal. Frente a la indagación preliminar es natural que en los modelos nuevos se presente un papel fortalecido de la fiscalía, pero en la etapa de juzgamiento hay un juego nuevo en aquello que corresponde al poder de las partes en cuanto a la titularidad de la prueba y a su formación. La tradición de los poderes de gestión probatoria propios del juez de instrucción, que controla la actividad de los sujetos procesales en la solicitud de pruebas y al mismo tiempo practica las que considera pertinentes, se ve socavada por la actividad que se les otorga a las partes en el nuevo sistema. En este punto hay que aclarar que, a diferencia del debate que se da en Alemania, los italianos sí consideran que puede hablarse de *partes*,⁴¹ siempre y cuando se excluya de esta clasificación al juez, al ofendido e incluso al defensor, y se predique tal denominación para la fiscalía y para el imputado, en tanto son dueños formalmente de la pretensión con respecto al derecho de decisión jurisdiccional. Pero a Neppi le interesaba recalcar que en un sistema basado en la búsqueda de la verdad material lo natural era que la titularidad en la práctica probatoria se radicara en el juez, y al delegarles tal facultad a las partes en sede de juzgamiento lo que se podía prever a corto plazo era la potenciación de los intereses de parte, bien en la obtención de la condena para la fiscalía o ya en la absolución para la defensa, con la consecuente inducción a la búsqueda de soluciones consensuadas y simplificadas que permitieran renunciar a la fase del debate probatorio en un contexto de dificultad probatoria.

Ennio Amodio⁴² calificó el modelo de procedimiento penal de finales de los ochenta como *un acusatorio a la europea*, y en otras contribuciones se refería al sistema como *un alma acusatoria en el interior de un cuerpo y un organismo continental*. De acuerdo con este profesor, una de las ventajas que prodigaba la nueva legislación era la reivindicación del derecho de prueba. Si bien la importación representaba muchos problemas por lo que se refería al cambio de papeles del juez instructor, la

⁴¹ Franco Cordero: *Procedimiento penal*, t. I, Bogotá: Temis, pp. 16-90. Chiavario (o. cit.) recuerda a este respecto, comentando la última reforma al Código de Procedimiento Penal italiano, que se habla de *partes* en el sentido que el ordenamiento les atribuye a los sujetos que pueden tener interés en los resultados del proceso.

⁴² Amodio Ennio: "Un accusatorio all'europea per la riforma della procedura penale continentale", en *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero*, o. cit., pp. 225-231.

defensa y el acusado, no lo era en aquello que se refería al renacimiento del derecho probatorio, teniendo en cuenta que una de las críticas más asiduas al sistema inquisitivo era el escaso desarrollo del derecho de pruebas, es decir, a las reglas de exclusión, lo que para el futuro significaba que se prestara menos atención al procedimiento, a la formalidad con la que se desenvuelve el proceso, y más a los mecanismos de convicción del juez.

No obstante esta reivindicación, las conclusiones de la síntesis de comparación del proceso penal italiano frente al angloamericano que trae Amodio se pueden resumir de la siguiente forma:

- a. En cuanto a las estructuras, se retorna a la discusión del proceso de partes, en la medida en que la fiscalía y el imputado adquieren la titularidad de la iniciativa de instrucción, según la cual la regla es la solicitud de prueba a instancia de parte y la excepción, la práctica de oficio.
- b. en cuanto a la disponibilidad de la pretensión punitiva, Amodio establece que el legislador italiano le ha reconocido a la fiscalía un poder de disponer de la acusación análogo al del *prosecutor* norteamericano, que puede ejecutar renunciando a la promoción de la acción penal o revocándola, pero con la diferencia de que la confesión del acusado no exonera a la fiscalía de probar su fundamento, tal y como ocurre en el régimen del *plea guilty*, debido a que el imputado no goza del derecho de disponer del interés sustancial en la represión del delito de acuerdo con el principio de legalidad. Justamente en este punto se encuentran, según el autor, el vínculo y la distancia entre el procedimiento continental y el régimen del derecho consuetudinario, esto es, un proceso de partes informado por el principio dispositivo en el terreno de la prueba, que niega al acusador y al imputado el poder de disponer del objeto de la controversia de acuerdo con el principio de legalidad sustancial y procesal proveniente del sistema continental. En todo caso, la consecuencia que se desprende de esta mixtura es evidente y se puede apreciar en las instituciones que diseña el sistema continental para solucionar la problemática que plantea el hecho de tener que seguir todo el ritualismo procedimental para llegar a una decisión, en los casos de suficiencia o insuficiencia probatoria, es decir, la introducción de procesos abreviados, terminaciones anticipadas y en general los sistemas de negociación. Para Amodio se trata de figuras igualmente extrañas al sistema continental, mediante las cuales el ordenamiento procesal *especula* sobre la iniciativa de las partes para conseguir los objetivos de celeridad y descongestión del trabajo judicial.
- c. En cuanto a las facultades de investigación por parte de la fiscalía, las diferencias con el sistema angloamericano afloran, y en este sentido la diferencia más evidente se encuentra en el hecho de que la investigación propiamente dicha está confiada a la policía y al fiscal, sin controles efectivos por parte del

juez; en el caso continental el fiscal, y en este caso el italiano, tiene una soberanía limitada y se reconoce la importancia de la fase de instrucción por las delicadas decisiones que pueden tomarse allí, tales como autorización de procedimientos coercitivos, práctica de prueba anticipada, prórroga de los términos establecidos en la ley, clausura de la fase con archivo del proceso o envío de las actas para acusación, etcétera. En este punto se enfatiza que la jurisdicción funge como freno de la acción de la fiscalía para hacer respetar los derechos y garantías del imputado.

- d. En cuanto a la fase de juzgamiento, Amodio no encuentra mayores diferencias; recuerda que el juez cuenta con muy poca información sobre la causa, y de ahí la necesidad de la exposición introductiva que da inicio al juicio; la ejecución de la prueba mediante el examen directo de los testimonios, los peritos y de las partes con una técnica que atribuye a la fiscalía y al defensor la facultad de interrogar. El juez cuenta con poderes mínimos, como el de plantear temas nuevos y preguntar a los sujetos ya examinados, que le aseguran un papel activo en virtud de la búsqueda de la verdad material.

Quedaría incompleta esta exposición si no hiciéramos referencia a los llamados *procedimientos especiales o abreviados*, y en particular a la aplicación de pena a solicitud de parte, la cual consiste en la posibilidad de que se le aplique al procesado una pena sustitutiva, pena pecuniaria o pena que no supere los dos años de prisión por la vía del consenso. Los autores italianos también recurren a la exégesis de esta institución comparándola con el *plea bargaining* americano, con algunas reservas por parte de muchos, sobre todo por el procedimiento para su realización, puesto que el acuerdo se somete al juez, quien tiene la facultad de aceptar o rechazar la solicitud ejerciendo un control relativo a la calificación jurídica del hecho, la valoración de las circunstancias y la voluntariedad de sometimiento del imputado. La doctrina ha sido particularmente severa con esta importación, a tenor de lo que han expuesto los expertos que en su opinión mayoritaria reconocen que se trata de una transacción entre partes en torno a la persecución penal de un hecho acaecido, informado por una especie de mixtura entre *plea bargaining* y *plea guilty*, que en cualquier caso tiene cierta originalidad por la forma en que fue concebida por el legislador italiano. Pero tratándose de las dificultades de este instituto se puede anotar que es la propia Corte Constitucional italiana la que ha dilucidado los problemas de aplicación frente a los principios del proceso penal tradicional. Así, en julio de 1990 se produjo una decisión de constitucionalidad sobre el *patteggiamento*, según la cual el juez tiene la obligación de valorar la congruencia de la sanción señalada por las partes, rechazando los eventos hipotéticos que resulten desventajosos para el sometido y disponiendo que el procedimiento continúe por sus cauces ordinarios. De esta manera lo interesante de la decisión se puede valorar en el hecho de restituirle al juez su capacidad de control y la adecuación del tratamiento negociado a los fines que la Constitución les atribuye al derecho y al proceso penal.

Livio Pepino⁴³ ha realizado recientemente una radiografía de lo que ha acontecido desde la expedición del Código de 1988. De acuerdo con su percepción, la introducción del modelo acusatorio ha sufrido una compleja desnaturalización, producto de tres factores de orden cultural y otros de orden político. Entre los primeros se anota cómo el carácter abstracto del proceso, la carencia de una literatura y una experimentación previa determinaron que muchos operadores judiciales recurrieran a la interpretación de figuras nuevas con herramientas antiguas. En segundo lugar, las modificaciones constitucionales no fueron suficientes para cimentar la filosofía del Código; por el contrario, al lado de las resistencias culturales propias de cualquier cambio, las continuas declaratorias de ilegitimidad constitucional en Italia dieron como resultado otro código en la teoría y en la práctica. Por último, el autor señala que la particular situación de criminalidad en algunas regiones con fenómenos como las mafias obligaron a cambios estructurales en la evolución normal de los procesos, que concluyeron en reformas legales contradictorias, específicamente en el campo más delicado de la filosofía acusatoria, esto es, en la producción e introducción de las pruebas en sede oral.⁴⁴

Después de una breve descripción del proceso penal italiano, Pepino habla de las dos apuestas perdidas del Código, esto es, la imposibilidad de gestionar el proceso por razones cuantitativas y la insatisfacción de todos los operadores con el régimen probatorio. En efecto, los procesalistas italianos coinciden en afirmar que el efecto de la nuevo código se cifró en potenciar las salidas alternativas al modelo procesal de investigación y juicio oral, pero lo que evidencia la experiencia a este respecto es un costoso error de cálculo, que se expresa así en las palabras de este autor:

[...] la posibilidad de hacer gestionable el sistema pasaba por la adopción masiva de los ritos alternativos (según el modelo estadounidense, en el que más del 90% de los procesos se decide por pactos y al margen del juicio oral). Esto no ha sucedido en Italia (salvo, en parte, en algunos ámbitos territoriales) por una serie de razones: 1) por la desconfianza de jueces y abogados, que han preferido —a veces por razones opuestas— no abandonar el rito ordinario; 2) porque la presencia ineludible de la doble instancia y del recurso de casación aproxima en todo caso los tiempos de la prescripción y es un potente incentivo para dilatar el trámite, en la esperanza de conseguir ese objetivo; 3) porque en un sistema en el que las penas legales oscilan entre mínimos y máximos muy distantes, la misma disminución de la pena en un tercio, prevista para el juicio abreviado,⁴⁵ es una suerte de *lotería*

⁴³ Livio Pepino: “Breve aproximación al sistema procesal penal italiano”, intervención del 4 de junio de 2002 en el coloquio del Consejo General del Poder Judicial, publicada en *Jueces para la Democracia*, n.º 42, 2003, pp. 97-102 (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez).

⁴⁴ Según el autor, hubo procesos de una duración corta que soportaron cuatro regímenes distintos de prueba.

⁴⁵ Se trata de un procedimiento especial en el que el imputado, con el consentimiento de la Fiscalía (antes de 1999), solicita que el proceso se resuelva en la audiencia preliminar abortando la vista principal. El juez autoriza el juicio abreviado y lo desarrolla según las reglas de la audiencia preliminar, reduciendo la condena en un tercio. Artículos 438-443 del Código de Procedimiento Penal italiano.

(pudiendo muy bien suceder que la pena infligida en el rito ordinario pueda resultar inferior a la aplicada en el rito abreviado con la reducción de un tercio) porque la reducción del *patteggiamento*⁴⁶ a las penas no superiores a dos años limita de manera significativa el recurso a este instrumento. Así, sean cuales fueren las razones, lo cierto es que la incidencia de los ritos alternativos ha sido muy modesta (según los datos atendibles, por debajo del 30%).

A ello se deben las crecientes dificultades para gestionar el sistema y la consiguiente intervención del legislador, que con la ley 479 de 1999, del 16 de diciembre, ha transformado profundamente el juicio abreviado haciéndolo activable automáticamente a solicitud del imputado sin el consenso del fiscal (privándolo así de su carácter negocial) y previendo una amplia posibilidad de integración probatoria [...] Lo buscado ha sido, claramente, convertir el juicio abreviado en el rito ordinario. Es pronto para opinar sobre el resultado, pero hay algo evidente, y es que se trataba de una opción necesaria y seguramente inevitable. Es posible que funcione, pero lo cierto es que el modelo *prevalentemente* acusatorio de 1988 ha dejado el puesto al modelo inquisitivo más clásico (con posibles integraciones *acusatorias*).⁴⁷

La segunda apuesta del Código de Procedimiento Penal italiano a la cual se refiere Pepino, y que según sus expresiones también es una apuesta perdida, hace relación al delicado campo de la conformación de la prueba. En este punto, la experiencia italiana ha sido particularmente traumática. En primer lugar, es notoria la existencia de un error de cálculo en lo que se refiere a los tiempos procesales, pues la intrincada labor de producción de prueba requiere de investigaciones más exhaustivas, mucho más cuidadas y por ende más largas que aquellas del proceso inquisitivo. En efecto, aquí no se necesitan mayores ejemplos para observar las razones por las que la fiscalía debe ser más profesional: el simple hecho de preparar y seleccionar un testigo para la vista principal es un trabajo enorme; además de eso, la imponderable consecución de los testimonios para que estén presentes a un mismo tiempo y en un mismo lugar es una tarea titánica, sin contar con los costes que ello le acarrea a la administración de justicia penal.

En segundo lugar, la imposibilidad de contar en muchos casos con pruebas técnicas le implicó al proceso penal italiano una serie de reformas que incluyeron, entre otros aspectos, la necesidad de otorgarles valor a las declaraciones realizadas en el proceso de investigación e incluso reformar las indicaciones sobre las llamadas *pruebas preconstituidas*. La extensión de los tiempos para la producción probatoria, aunada a una serie de factores culturales, ha producido un régimen probatorio en el que igualmente pesa más la fase de investigación que el carácter contradictorio en su formación. La crítica no se dirige propiamente contra el régimen de formación probatoria, sino contra la carencia de medidas sancionatorias para la tutela del régimen

⁴⁶ Igualmente es un procedimiento especial en el que la Fiscalía y el imputado acuerdan una pena rebajada. Artículos 444-448 del Código de Procedimiento Penal italiano. También se lo conoce como *aplicación de pena a instancia de las partes*.

⁴⁷ Esta apreciación se respalda con la reforma del artículo 111 de la Constitución italiana.

contradictorio. En el funcionamiento del sistema acusatorio o en cualquier caso donde la prueba sea producida en sede oral y a través de un sistema de contradicción, lo propio es incentivar las virtudes de los ciudadanos con respecto a la administración de justicia, entendidas como deber de testificar y decir la verdad, desestimulando a la vez los vicios difusos de faltar a la verdad o no declarar, como lo demuestra claramente la práctica anglosajona.

Como conclusión, podemos observar que las relaciones entre el sistema de justicia penal anglosajón y continental pasan por toda suerte de discusiones significativas. Recientemente el profesor Shünemann de la Universidad de Múnich, en una conferencia intitulada “Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal desde una perspectiva global”, ha disertado en nuestro país sobre la complejidad del asunto y ha anotado con mucha razón que las tendencias simplificadoras del proceso, que en cualquier caso son una referencia empírica obligada para que lo *acusatorio* funcione, se evidencian como una crisis profunda y vital para la estructura de un Estado de derecho liberal y para un proceso de tradición centenaria que lucha por sobrevivir con sus garantías tradicionales.

Sin duda, se trata de una crisis en la que se deben sortear problemas que trascienden el campo de la mera estructura del proceso para pasar a consideraciones de orden político que no se agotan en la necesidad de una justicia barata y rápida. Por esa razón nos parecen más seductoras las críticas que los propios norteamericanos han hecho a su justicia y que ahora nosotros importamos.

Miguel Ángel Iglesias Río *
y Juan Antonio Pérez Parente ** (España)

La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico

1. Introducción

Las leyes orgánicas 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, la 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, así como la 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la ley orgánica (LO) 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, entre otros muchos aspectos, han supuesto un cambio sustancial en cuanto a las clases, duración y determinación de las penas de nuestro ordenamiento punitivo. Tal fragmentación e inseguridad jurídica, en una materia tan trascendente, ha provocado un rechazo prácticamente unánime entre los penalistas, en unas reformas poco meditadas que han tenido como horizonte fundamental la inocularización del delincuente habitual peligroso, para lo que se ha optado por un espectacular incremento de la prevención general intimidatoria o negativa, un aumento significativo del control y la exasperación punitiva en un intento combatir el constante incremento de la población reclusa. Estas medidas ni se justifican político-criminalmente ni se traducen siempre, como demuestra la experiencia, en una disminución de la delincuencia.¹

El presente trabajo se ceñirá a la pena de localización permanente, cuya eficaz ejecución probablemente requiera de aparatos de control electrónico. Por tanto, los conceptos claves sobre los que se centrará esta aportación son los de *localización*

* Profesor titular de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos. <maglesi@ubu.es>

** Profesor asociado de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos.

¹ Véase sobre ello M. A. Iglesias Río: “Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código Penal”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 6, 2005, pp. 13 ss., con ulteriores referencias bibliográficas.

permanente (asociada a la situación de arresto domiciliario) y *vigilancia electrónica*, tratando de conjugar el análisis de esta vieja pena con la implantación de modernas técnicas de seguimiento o de ejecución.

La exposición de motivos de la LO 15/2003, a la par que proclama la supresión de la pena de arresto de fin de semana porque su “aplicación práctica no ha sido satisfactoria”, indica que la pena de localización permanente es una importante *novedad* que trata de dar una respuesta penal efectiva a determinados tipos delictivos.² Pues bien, ni una ni otra afirmación se corresponden con la realidad.

Respecto a la pena de arresto de fin de semana, sin perjuicio de criticar la falta de medios materiales para lograr su satisfactoria consolidación en nuestro sistema, no es cierto que desaparezca como tal, a pesar de ese anuncio en la exposición de motivos. En primer lugar, porque a los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 15/2003, que ahora resultan sancionados con penas cortas privativas de libertad, seguirán aplicándose los mencionados arrestos en virtud del principio de retroactividad más favorable para el reo. En segundo lugar, porque nuestro legislador parece seguir ignorando la llamada legislación penal especial. Así, la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea, tipifica diversas conductas constitutivas de falta en los artículos 66, 68, 71, 72, 73 y 75, que castiga con penas de arresto de hasta treinta días. Dicha pena de arresto, según la disposición transitoria undécima del Código Penal de 1995, fue sustituida por la de arresto de uno a seis fines de semana pero, curiosamente, la ley 209/1964 no ha sido modificada. Se podrá pensar, ciertamente, que tales arrestos de fin de semana han sido, a su vez, sustituidos por la pena de localización permanente, pero, amén de que la exposición de motivos de la LO 15/2003 afirma que los arrestos de fin de semana se han sustituido mediante la nueva pena de localización permanente, la pena de realización de trabajos en beneficio de la comunidad y la pena de prisión de corta duración, sin embargo, en ninguna de las disposiciones transitorias de la citada ley orgánica se hace referencia a un módulo de conversión de arrestos de fin de semana en localización permanente. Sólo en el plano de la mera especulación, y teniendo en cuenta que la localización permanente tiene una duración máxima de doce días, se podría deducir que un arresto de fin de semana equivale a dos días de localización permanente y que, por lo tanto, a dichas faltas aeronáuticas se conecta, hoy en día, una pena de 2 a 12 días de localización permanente.

En lo que respecta a la aludida “novedad” de la pena de localización permanente en nuestro arsenal punitivo, se trata de una afirmación superflua si tenemos en cuenta los numerosos precedentes e instituciones análogas existentes en nuestro derecho

² Ciertamente, parece ser que la Comisión Técnica para la Reforma del Sistema de Penas, creada por Orden del Ministerio de Justicia el 14-7-01, asumió el “fracaso” de la pena de arrestos de fin de semana y propuso al legislador la incorporación de la pena de arresto domiciliario como pena leve, aplicada exclusivamente a las faltas. Cf. L. P. Villaramiel Presencio: “La Comisión Técnica de Reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003”, en *La Ley* n.º 6010, de 4-5-04, pp. 1-10.

positivo.³ De hecho, la propia exposición de motivos de la LO 15/2003 reconoce que la nueva pena de localización permanente tiene su origen en el antiguo arresto domiciliario, introducido por vez primera en nuestra legislación nacional en el artículo 80 del CP de 1822 y mantenido con distintas formulaciones en los sucesivos Códigos hasta 1944.⁴

De igual modo, los precedentes del arresto domiciliario en el ámbito disciplinario y penal militar también se remontan a disposiciones del siglo XIX.⁵ Actualmente, en el ámbito penitenciario podemos mencionar los artículos 9 y siguientes de la LO 8/1998, de 2 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que contemplan esta sanción de arresto de uno a treinta días en el domicilio o en dependencias militares; en parecidos términos se expresa el artículo 10 de la LO 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.⁶

Tales preceptos equiparan el arresto domiciliario a una “restricción de libertad del sancionado”, pero reiterada jurisprudencia de la Sala V de lo Militar del Tribunal Supremo y diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en esta materia dejan claro que se trata de verdaderas privaciones de libertad sometidas a las exigencias del artículo 17-1 de la Constitución española.⁷

En el derecho procesal, en el ámbito militar destaca la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, cuyos artículos 225 a 229 regulan minuciosamente la prisión atenuada y el artículo 226 prevé que podrá llevarse a cabo, por circunstancias especiales que lo aconsejen, en el domicilio del sujeto.⁸

³ Como es sabido, el arresto domiciliario es una institución conocida desde antiguo, originariamente carente de verdadero carácter punitivo. En el derecho romano se vinculaba a una medida cautelar de aseguramiento de la investigación procesal. En el derecho penal del Antiguo Régimen se aplicaba en caso de indulto de una pena de muerte. Es en el periodo codificador decimonónico, cuando el arresto domiciliario se introduce en el catálogo de penas, entre las privativas de libertad, o como forma de ejecución en caso de penas cortas de prisión. En el momento presente, carente a veces de un perfil claramente jurídico penal, se acude con cierta frecuencia a la medida del arresto domiciliario contra disidentes políticos en sistemas totalitarios.

⁴ En efecto, el artículo 85 del CP 1944 disponía: “El Tribunal podrá autorizar al reo para que cumpla en su propio domicilio el arresto menor, siempre que la falta castigada no tuviese un motivo deshonoroso ni fuese por hurto o defraudación”; se modificó después de la reforma de LO de 25-6-83. Véase sobre ello A Del Toro Marzal, en J. Córdoba Roda, G. Rodríguez Mourullo y J. R. Casabó Ruiz: *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972, t. II, p. 448.

⁵ F. Querol y Durán los sitúa en el Código de Justicia Militar de 1890 y en el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888; cf. *Principios del derecho militar español*, Madrid, 1946, t. II, p. 649.

⁶ J. A. García Labajo: *Comentarios a la Ley Disciplinaria de la Guardia Civil*, Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, 1993, pp. 491 ss.

⁷ STS 27-9-04 (*La Ley* 266, n.º 6197, de 24-2-05) y ss.TC 5-3-85; 29-3-95; 22-2-99.

⁸ Sobre ello, J. F. de Querol Lombardero: *Comentarios a las leyes procesales militares*, Madrid: Ministerio de Defensa, 1995, t. II, pp. 1630-1631.

El artículo 508-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), después de la redacción dada por la disposición final 1.ª, 1.g, de la LO 15/2003, y heredero de la versión originaria del antiguo artículo 505 LECrím., permite al juez acordar que la medida de prisión provisional del imputado “se verifica en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para la salud”.⁹ Así mismo, la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, en su artículo 8-3.º prevé la vigilancia a domicilio del detenido como alternativa a la prisión preventiva. Por su parte, la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, entre las medidas previstas en su artículo 7 menciona la permanencia de fin de semana en el domicilio del joven.

Finalmente, la ley orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, en su artículo 1.º, apartado 1.º, establece que el juez puede acordar en cualquier estado del procedimiento concursal la medida consistente en el deber de residencia del deudor, persona natural, en la población de su domicilio.

Como fácilmente se deduce de todos estos preceptos e instituciones análogas que hemos enumerado, la pena de localización permanente no constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico; más bien se trata de un cambio de nomenclatura de lo que tradicionalmente se conoce como *arresto domiciliario*.

2. Regulación positiva

1. La localización permanente se configura como una pena leve, privativa de libertad (artículos 33 y 35 del CP), aplicable exclusivamente a las infracciones constitutivas de falta (libro III), que puede ser objeto de suspensión de condena (artículos 80 ss. del CP) pero no de sustitución de otras penas (artículo 88 del CP); también se articula como una forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tratándose de faltas (artículo 53.1.º del CP) y, por último, como pena alternativa a una amplia pluralidad de faltas.¹⁰ Curiosamente, no se ha previsto como pena única para ningún tipo de falta.

⁹ Sobre ello, véase J. M. De la Rosa Cortina: “La nueva prisión atenuada domiciliaria ¿una alternativa a la prisión provisional ordinaria?”, en *La Ley* n.º 6148, 16-12-04, pp. 1-8. Recientemente, un pormenorizado estudio de F. J. Álvarez García y A. Queralt Jiménez ha puesto de manifiesto la vigencia de la ley de 10-9-1931 sobre prisión preventiva atenuada, que se cumplirá en el propio domicilio del arrestado con la vigilancia que se considere necesaria; cf. “La prisión atenuada como medida cautelar aplicable con carácter general, y la vigencia de la Ley de 10 de septiembre de 1931”, *La Ley* n.º 6174, 24-1-05, pp. 1-6. También la LO 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, con los antecedentes del antiguo Código de Justicia Militar, contempla tal posibilidad en el artículo 226. Véase A. M.ª Lorca Navarrete: *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, San Sebastián 1990, p. 292.

¹⁰ Así, artículos 617-1.º y 2.º, 618-1.º, 620, 623, 625, 626, 629, 630, 635, 637. Como pena acumulativa a la pena de multa únicamente se prevé para los que perturben levemente el orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, en los actos públicos, en espectáculos deportivos o culturales, solemnidades o reuniones numerosas (artículo 633).

Se trata de una pena privativa de libertad que no conlleva los perniciosos efectos de las penas cortas de prisión, toda vez que, por su peculiar cumplimiento, no es desocializadora, ni se produce “contagio carcelario” alguno. Cuestión distinta, como opina Boldova Pasamar,¹¹ es que cumpla con las exigencias preventivo-generales, ya que pasar unos días en el domicilio no intimida demasiado y, dudosamente, con las de prevención especial, en relación con las posibilidades de reeducación y reinserción social.

Su régimen jurídico se encuentra en la parca regulación del nuevo artículo 37 del Código Penal, a cuyo tenor:

1.º La localización permanente tendrá una duración de hasta 12 días. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o un lugar determinado fijado por el Juez en la Sentencia.

2.º Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejan, oído el Ministerio Fiscal, el Juez o Tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada.

3.º Si el condenado incumpliera la pena, el Juez o Tribunal Sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el artículo 468.

De entrada, la denominación de localización permanente en el “domicilio” u otro “lugar” no obliga a que el condenado tenga que permanecer constantemente y de forma continuada en esos lugares; estimamos que, con la debida autorización judicial, puede efectuar salidas para procurarse alimentos, asistir a sus prácticas religiosas, acudir a consultas médicas, participar de terapias u otros programas formativos, así como por cualquier otra causa justificada, entendiéndose por tal, aquella que sea justa y razonable en términos de valoración ética y social. La duración temporal de estas salidas no debe descontarse, sino que se deben computar y abonar para el cumplimiento de la pena.

De ahí que, en cierto modo, el último párrafo del artículo 37 contiene una previsión totalmente innecesaria, ya que si el condenado incumple la pena —ausencia injustificada o sin autorización del domicilio o lugar designado en la sentencia— el juez debe deducir testimonio por presunto delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del CP, y puede además llegarse a la absurda conclusión de que sea más beneficioso que el condenado no inicie el cumplimiento de la condena, en cuyo caso será castigado con pena de multa, porque si decide abandonar el domicilio una vez iniciado el cumplimiento será sancionado con pena de prisión.¹²

¹¹ M. A. Boldova Pasamar (junto con L. Gracia Martín y C. Alastuey Dobón): *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2004, p. 78.

¹² R. García Alberó, en G. Quintero Olivares (dir.) y F. Morales Prats (coord.): *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona: 2004, p. 359.

2. En cuanto a su duración cronológica, el artículo 37 establece un máximo de doce días, pero respecto al límite mínimo podría pensarse que la pena oscila entre uno y doce días. Pues bien, esto no es así, porque el legislador, al concretar la pena que sanciona las faltas que llevan aparejada localización permanente, parte de un mínimo de dos días, tal como sucede en los artículos 625, 626, 629, 633, 635 y 637 del CP. De otro lado, el límite máximo de doce días puede verse ampliamente rebasado en distintos supuestos:

En primer lugar, cuando, de conformidad con el artículo 53 del CP, la localización permanente sea una forma sustitutiva de la responsabilidad personal subsidiaria para las faltas. Es cierto que dicho precepto no ha previsto un módulo de conversión de la responsabilidad personal subsidiaria en localización permanente. Únicamente, la disposición transitoria cuarta de la ley orgánica 15/2003 indica: “En los casos en que la pena que pudiera corresponder por la aplicación de esta Ley fuera la de localización permanente, se considerará, para valorar su gravedad comparativa, que cada día de localización permanente equivale a un día de prisión”. De tal declaración puede deducirse que el módulo de conversión es de un día de localización permanente por cada día de responsabilidad personal subsidiaria. Si tenemos en cuenta que las multas previstas para algunas faltas pueden llegar a los dos meses, podría afirmarse que la localización permanente alcanzaría un máximo de treinta días de duración. No obstante, tal supuesto plantearía situaciones realmente problemáticas. Si tomamos como ejemplo las lesiones no constitutivas de delito del artículo 617-1.º, castigadas con pena de localización permanente de seis a doce días o multa de uno a dos meses, y el juez decidiese imponer la pena de multa en su máxima extensión de dos meses, y el condenado no la satisficiera, quedaría sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de treinta días, que podría cumplir en régimen de localización permanente.

En este contexto, según González Tascón,¹³ nos encontraríamos con que el penado, a causa de su insolvencia, se puede ver condenado a cumplir treinta días de localización permanente, lo que, a su juicio, choca con la valoración de las penas en cuestión que en el correspondiente tipo penal ya hizo el legislador. Para no llegar a esta situación, la indicada autora considera que el marco penal de la pena de localización permanente, que está fijada alternativamente con una pena de multa, debería actuar como límite infranqueable de duración de la pena de localización permanente impuesta por la vía del artículo 53 del CP.

El argumento no deja de ser convincente, pero el artículo 53 declara literalmente que en estos casos de conversión de la responsabilidad personal subsidiaria en localización permanente “no regirá la limitación que en su duración establece el artículo 37.1 de este Código”.¹⁴

¹³ M.ª M. González Tascón: “Algunas observaciones a la reforma de la penas por ley orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal”, en *Revista de Derecho Penal* n.º 13, 2004, p. 31.

¹⁴ En este sentido, L. Gracia Martín, en Boldova Pasamar: o. cit., p. 216. Piensa L. Roca Agapito que si no se quiere que la localización permanente supere los doce días sería conveniente una aclaración

Es más, en opinión de Boldova Pasamar,¹⁵ en el caso de responsabilidad personal subsidiaria por impago de varias multas correspondientes a otras tantas faltas, la duración de la localización permanente podrá llegar a alcanzar, como consecuencia de la aplicación de los límites a la acumulación sucesiva de penas del artículo 76 (triple de la más grave), los noventa días. Y, ante un posible concurso real de diversas faltas sancionadas con localización permanente, aun operando los límites del artículo 76, nos encontraríamos con que su duración se extendería hasta los 36 días.

Aun más: en los supuestos de continuidad en la comisión de faltas castigadas con localización permanente, conforme al artículo 74 del Código Penal, se podría llegar a imponer la pena superior en grado en su mitad inferior, lo cual implicaría que la localización permanente podría tener una duración de hasta 15 días.

Siguiendo con la descripción fáctica del artículo 37, la pena de localización permanente ha de cumplirse, *prima facie*, en el domicilio del condenado; la primera dificultad es la de su delimitación conceptual en el ámbito penal, dado que el concepto civilista del artículo 40 del Código Civil se refiere al domicilio legal, que no requiere que se habite efectivamente en él. La doctrina dominante, representada entre otros por Córdoba Roda, Jorge Barreiro y Octavio de Toledo y Ubieta, se inclina por una noción amplia, comprensiva de “todos aquellos lugares que delimitan un espacio separado del mundo exterior y que pueden estar destinados a actividades propias de la vida privada, profesional o familiar”.¹⁶

Vives Antón y Carbonell Mateu afirman que el concepto de domicilio ha de ser entendido por referencia al uso común del lenguaje, en el que la expresión designa “cualquier lugar que, de un modo u otro, sirva de residencia a una persona”.¹⁷

También podría identificarse con el concepto de morada que dogmática y jurisprudencialmente se ha ido elaborando. Así, para Muñoz Conde por *morada* debe entenderse “el espacio cerrado o en parte abierto, separado del mundo exterior, que evidencia la voluntad del morador de excluir a terceras personas y que está destinado a actividades propias de la vida privada, propia o familiar”.¹⁸

de la ley en este sentido, ya que de lo contrario probablemente los tribunales tiendan a convertir un día de responsabilidad personal subsidiaria en un día de localización permanente; cf. “Los anteproyectos de 2.003 de modificación del Código Penal. Una primera lectura de la regulación del sistema de penas”, en *La Ley* n.º 5731, de 4-3-03, p. 6.

¹⁵ Boldova Pasamar: o. cit., p. 76

¹⁶ Córdoba Roda et al: o. cit., 1972, t. II, p. 348; A. Jorge Barreiro: *El allanamiento de morada*, Madrid, 1987, pp. 97-98; E. Octavio de Toledo y Ubieta: “Revisión de algunos aspectos de los delitos contra la inviolabilidad del domicilio (artículo 191 del Código Penal)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1987, t. X, p. 331. Un concepto restrictivo defienden J. M.ª Rodríguez Devesa y A. Serrano Gómez, asimilado al que patrocina el artículo 554-2.º de la LECriminal; cf. *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1993, p. 793.

¹⁷ T. S. Vives Antón y J. C. Carbonell Mateu, en E. Orts Berenguer, J. L. González Cussac y C. Martínez-Buján Pérez: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2004, p. 1.014.

¹⁸ F. Muñoz Conde: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2004, p. 272.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de forma casuista y reiterada, ha desarrollado un amplio concepto de morada, incluyendo desde la vivienda habitual o esporádica, hasta una habitación con puerta independiente y dotada sólo de un televisor y una caja para sentarse; una simple choza o chabola habitada; una cueva habitada; una tienda de campaña, una roulotte o caravana o construcción similar; la habitación de un hotel o pensión aun habitada temporalmente.¹⁹

Sin embargo, estimamos que esta construcción jurisprudencial, ideada para dotar de sustantividad al concepto normativo de morada, resulta excesiva para el cumplimiento de la pena de localización permanente, ya que una cierta ubicación y habitualidad debe predicarse del concepto de domicilio.

Por ello, resulta adecuada la definición que a estos efectos proporciona García Albero, al precisar que por domicilio habrá que entender la morada donde reside material y habitualmente el penado, conforme a un criterio sustantivo y no meramente formal.²⁰

Alternativamente al cumplimiento de esta pena en el propio domicilio, el artículo 37 se refiere a que se pueda llevar a cabo “en un lugar determinado fijado por el Juez en la sentencia”, pensando probablemente en los llamados *sin techo*, mendigos, personas con régimen de vida trashumante o para quienes se encuentren accidentalmente en España.

La doctrina diversifica ese *lugar determinado* en depósitos municipales, instituciones públicas o privadas, como albergues, residencias, centros sociosanitarios,²¹ o bien se podría recurrir a comisarías e incluso centros penitenciarios.²²

El principio de legalidad en la conceptualización del contenido de una pena obliga a operar con un criterio restrictivo y por ello parece adecuado nuevamente el concepto que de *otro lugar* nos proporciona García Albero,²³ al entender que debe tratarse de un lugar cerrado, un equivalente funcional al domicilio del penado o una alternativa a la falta de domicilio o a la imposibilidad práctica de ejecutar una pena en él.

En los supuestos de carencia total de domicilio u otro lugar equivalente, la circular de la Fiscalía General del Estado 2/2004, de 22 de diciembre, indica a los señores fiscales que habrán de tratar de esclarecer este punto en la fase de interrogatorio durante el juicio. En caso de confirmarse que el imputado no tiene domicilio o lugar

¹⁹ STS 15-2-99 (A. 277) y 17-3-2000 (A. 487).

²⁰ García Albero: o. cit., p. 357. Se ha de tener en cuenta la excepción de la falta del artículo 620, apartado 2.º, y el ofendido sea una de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena de localización permanente se cumplirá siempre en “domicilio diferente y alejado del de la víctima”; se trata aquí de un concepto amplio de domicilio, pues ya no se tratará de aquel en donde resida material y habitualmente el condenado, sino en algún lugar de emplazamiento fijo y delimitado de antemano.

²¹ García Albero: o. cit., p. 357.

²² E. Orts Berenguer y J. L. González Cussac: *Compendio de derecho penal (parte general y parte especial)*, Valencia, 2004, p. 264.

²³ García Albero: o. cit., pp. 357 y 358

análogo para poder ejecutar la pena eventualmente imponible, optarán, en su caso, por solicitar la pena alternativa prevista en el correspondiente tipo. Pero esta solución no deja de tener inconvenientes, ya que resulta inviable en la falta prevista en el artículo 633, pues en esta infracción la pena de localización permanente tiene carácter acumulativo con la pena de multa.

Además, tratándose de una persona *sin techo* que cometa una falta de hurto del artículo 623 —castigada en principio con localización permanente o multa—, si se opta por la multa y no la abona se transformará en responsabilidad personal subsidiaria, que a su vez podría transformarse en localización permanente. Aquí no queda otro remedio que la localización permanente se cumpla en casas de acogida, con las dificultades que ello comporta.

En cualquier caso, entendemos que la pena de localización permanente no se puede cumplir en un establecimiento penitenciario, ya que la exposición de motivos de la LO 15/2003 declara: “La configuración de esta pena permite su aplicación con éxito para prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves, al mismo tiempo que se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios”.

A pesar de que la intención del legislador aparece de forma nítida y clara, existe la posibilidad de que esta pena se imponga conjuntamente con otra de prisión, o a quien ya esté cumpliendo una pena de prisión. En estos casos, y merced a la refundición de condenas, ¿podría cumplirse en un establecimiento penitenciario? No creemos que pueda procederse a su ejecución unificada, ya que el penado puede obtener la libertad condicional en la pena de prisión y no podría ser ingresado nuevamente en un centro penitenciario para cumplir la localización permanente. Si así fuera, se produciría un solapamiento en la ejecución de las dos penas, pues simultáneamente el penado se hallaría en libertad condicional, en cumplimiento de la última parte de una condena de prisión y cumpliendo la de localización permanente. La única alternativa a esta anómala situación sería dilatar el cumplimiento de la localización permanente, en su domicilio o en otro lugar, hasta la extinción completa de la pena de prisión.²⁴

La citada circular de la Fiscalía General del Estado entiende que la opción de refundición de condenas, incluyendo la pena de localización permanente, puede ser más beneficiosa para el reo en determinadas circunstancias, pese a carecer de cobertura legal expresa, y concluye que los señores fiscales dictaminarán en cada caso concreto, promoviendo la audiencia del penado a fin de que se pronuncie al respecto, sin oponerse a la refundición cuando ésta pueda generar efectos beneficiosos a la situación penitenciaria del ejecutoriado.

Finalmente, si bien con carácter general la localización permanente es una pena de ejecución continuada, se permite una ejecución discontinua, como sucedía con los

²⁴ De otra opinión, García Albero: o. cit., p. 358.

“suprimidos” arrestos de fin de semana: “si el reo lo solicita y las circunstancias lo aconsejan, oído el Ministerio Fiscal, el Juez o Tribunal sentenciador, podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada”. Tales “circunstancias” parecen referirse a que el penado tenga un empleo o profesión estable, y precisamente para no interrumpir el desempeño de sus ocupaciones laborales la localización permanente se cumpliría los sábados y domingos o de forma discontinua. Obsérvese que, en este supuesto, el cumplimiento espacial de la pena puede ser superior a los doce días de cumplimiento máximo.

3. El control electrónico en la ejecución de la pena de localización permanente

3.1. Panorámica de derecho comparado y regulación española

1. La repetida exposición de motivos de la LO 15/2003 afirma que la pena que aquí tratamos “se basa en la aplicación de las nuevas medidas que proporciona el desarrollo tecnológico”, con lo que parece que se quiere garantizar la eficacia de su cumplimiento por medio de instrumentos de control telemático. Ciertamente, el imparable avance técnico de las últimas décadas ha introducido un interesante debate político-criminal, que ha despertado importantes esperanzas y agrias críticas doctrinales desde los años ochenta, en torno a la posibilidad de incorporar determinados mecanismos de vigilancia electrónica al marco tradicional de las sanciones penales.²⁵

²⁵ En España ha sido escaso el tratamiento doctrinal en esta materia y sólo a mediados de los años noventa se publican algunas contribuciones, apostando decididamente determinados autores por su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico: J. J. González Rus: “Control electrónico y sistema penitenciario”, en *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1994, pp. 82 ss.; B. Mapelli Caffarena: “Las medidas de seguridad no privativas de libertad”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte general*, n.º 2, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 415 ss., 429. En contra, por los peligros que puede comportar para los derechos fundamentales, D. M. Luzón Peña: “Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión”, en *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1994, pp. 55 ss.; R. Parés i Gallés: “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”, en *Revista del Poder Judicial*, n.º 46, Madrid 1997, pp. 259 ss., y G. Escolar Marulanda: “Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)”, en J. Cid y E. Larrauri (coords.): *Penas alternativas a la prisión*, 1.ª ed., Barcelona, 1997, pp. 199 ss., 217; G. Landrove Díaz: “La reforma del arsenal punitivo español”, en *La Ley* n.º 5912, 12-12-03, p. 4.

De lege ferenda, el Grupo de Estudios de Política Criminal, en su *Manifiesto sobre el sistema de penas y su ejecución*, aprobado el 26 de abril de 2003, entre las medidas cautelares personales propone la localización electrónica, consistente en colocar al imputado, por un plazo máximo de un año, con su consentimiento expreso, un dispositivo que permita conocer su ubicación en el espacio y tiempo. La justificación de tal medida reside en la protección de la víctima sin tener que acordar la prisión provisional; cf. Grupo de Estudios de Política Criminal: *Propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales* (de próxima publicación). El Informe del CGPJ de 26-3-03 sobre el Anteproyecto a la LO 15/2003, se muestra partidario de implantar un control electrónico a la pena de localización permanente para garantizar adecuadamente su cumplimiento, pero

En los países de nuestro entorno comparado, bajo la atenta mirada a las experiencias originarias desarrolladas en Estados Unidos, estos sistemas se importaron ya en los primeros años ochenta al continente europeo, primero a Gran Bretaña, Suecia y Holanda y posteriormente a Alemania, Bélgica, Suiza, Francia, Italia, España y Portugal, así como a Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Singapur o Sudáfrica, en cifras nada despreciables.²⁶ En aquel momento se pusieron en marcha numerosos programas y proyectos oficiales encaminados a implantar este tipo de sistemas de vigilancia electrónica al cumplimiento de penas, especialmente a la de arresto domiciliario.²⁷ Ello ha dado lugar a una profusión de publicaciones apenas abarcable, entre otras razones porque plantea un cúmulo de problemas de naturaleza cultural y jurídica interdisciplinar. Junto con los límites constitucionales que específicamente presenta la introducción de la microelectrónica, se ha de vincular la instalación de estos aparatos con el sentido, los fines y la ejecución de la pena, así como con otras consideraciones de índole sociológica y criminológica relativas a la percepción social frente a la neutralización del delito y a las transformaciones en el comportamiento de los delincuentes. Todo este conglomerado de perspectivas confluye en una línea de discusión prioritariamente pragmática, de eficacia o utilidad, alejada en parte de polémicas dogmáticas en sentido estricto.

También existe la impresión de que la vigilancia electrónica ha pretendido alzarse como un verdadero banco de pruebas pionero en el marco de una política criminal de orientación progresista, con la preocupación humanitaria de evitar al máximo la

tal posibilidad debe recogerse en el propio CP y, en todo caso, en una norma con rango de ley, dado que están en juego derechos fundamentales.

²⁶ Sobre esta panorámica, véase J. P. Weber: *Der elektronisch überwachte Hausarrest und seine versuchsweise Einführung in der Schweiz*, Basilea y otros, 2004, pp. 1 ss. En Estados Unidos, a finales de los años ochenta, apenas había un millar de vigilados, mientras que hoy en día rondan los cien mil al año; cf. sobre esta evolución R. Lilly: "From an American Point of View: Does Electronic Monitoring Have a Future in Europe?", en M. Mayer, R. Haverkamp y R. Lévy (coords.): *Will Electronic Monitoring Have a Future in Europe? Contributions from a European Workshop*, Friburgo, 2003, p. 266. En Gran Bretaña en el año 2002 se alcanzaron unos 1750 condenados a la pena de arresto domiciliario con vigilancia electrónica; cf. J. Toon: "Electronic Monitoring in England and Wales", en Mayer, Haverkamp y Lévy (coords.): o. cit., pp. 55 ss. En Suecia, hasta finales del 2002 se venían ejecutando unas tres mil al año y se consiguió una descarga de 350 plazas de prisión; cf. R. Haverkamp: *Elektronisch überwachter Hausarrestvollzug. Ein Zukunftsmodell für den Anstaltsvollzug? Eine rechtsvergleichende, empirische Studie und besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Schweden*, Friburgo, 2002, pp. 122, 156, 518 y pássim. En Holanda, unas 330 penas, y en Bélgica, 2500 condenas.

²⁷ Las distintas versiones idiomáticas emplean las expresiones *electronic monitored home confinement*, *elektronisch Überwachung Hausarrest*, *assignation à résidence sous surveillance électronique*. Al mismo tiempo, se observa la asociación de las expresiones *vigilancia electrónica* y *arresto domiciliario* porque, con gran frecuencia, la vigilancia electrónica se articula como un obstáculo de salida en libertad de un determinado espacio o recinto cerrado, si bien, como sucede en Estados Unidos o en España, a tenor de lo dispuesto en el artículo 48 CP, la vigilancia electrónica representa un

aplicación y ejecución de penas privativas de libertad, como plasmación real del principio de intervención mínima. De hecho, si en una primera etapa esta vía se presentaba como una novedad exótica en el ámbito de las alternativas a la ejecución de la pena, en la actualidad se ha consolidado en numerosos países como componente firme en el sistema de sanciones, con expreso reconocimiento legal.

Los intentos de trasladar los avances tecnológicos al ámbito penal se debieron a una serie de factores bien definidos, entre los que cabe destacar el *espectacular incremento de la población reclusa* experimentado a finales de la década de los años setenta del pasado siglo en la mayoría de los países europeos y en el ámbito estadounidense, con especial preocupación por la evolución que ya apuntaba la delincuencia juvenil, así como el *elevado coste penitenciario*, unido a la *crisis de la pena privativa de libertad*, o al instituto de la *probation* en Estados Unidos (que llegaba a aplicarse incluso a reincidentes sin pronósticos favorables) y al fracaso del tratamiento, lo que generó en su conjunto la necesidad de una reorientación de la política criminal hasta entonces imperante, en busca de alternativas a la prisión en el ámbito de la mediana criminalidad y de leve intensidad, algunas de las cuales se basaban en un control ambulatorio extensivo y eficaz fuera de prisión con medios electrónicos.

De ahí que, precisamente, los objetivos que se persiguen con la implantación del control telemático son básicamente dos. De un lado, la *resocialización* sobre la base de un autocontrol y autorresponsabilidad del propio delincuente, evitando al mismo tiempo los efectos desocializadores de la prisión y, de otro, la *reducción de los costes penitenciarios*, con la mínima intervención posible en la esfera privada del sujeto.

2. La valoración y repercusión de los resultados de los distintos ensayos conocidos en torno a la pena de arresto domiciliario con vigilancia electrónica queda, en cierto modo, en el plano de la especulación y no permite efectuar generalizaciones extrapolables automáticamente de un país a otro.²⁸ De una parte, por la existencia en el

concepto más amplio, no necesariamente limitado a un control electrónico en el domicilio del afectado. El § 3 de la Ley sueca de 1994 sobre Vigilancia Intensiva mediante Control Electrónico define este sistema como “ejecución [de la pena] fuera de un centro penitenciario en forma de vigilancia intensiva, estableciendo una prohibición del condenado de residir fuera de su casa en momentos distintos de los específicamente autorizados ni para otros fines que los concretamente determinados. El seguimiento de estas prohibiciones se controla con ayuda de medios electrónicos”; cf. Haverkamp: o. cit., p. 124.

²⁸ En Europa, el éxito de las distintas propuestas se sitúa en cifras que oscilan entre el 70 y el 90%, y los mejores resultados corresponden a la variante *back-door* (que luego definiremos); cf., Weber: o. cit., p. 91. No obstante, autores como Haverkamp acusan la falta de estudios empíricos definitivos, indicando que sólo a partir de los años noventa existen análisis de campos puntuales, pero no así en puntos neurálgicos como la reincidencia o el análisis coste-beneficio; cf. o. cit., pp. 10-11; también M. Hudy: *Elektronisch überwachter Hausarrest. Befunde zur Zielgruppenplanung und Probleme einer Implementation in das deutsche Sanktionensystem*, Baden-Baden 1999, pp. 41 ss.; K. Wittstamm: *Elektronischer Hausarrest? Zur Anwendbarkeit eines amerikanischen Sanktionsmodells in Deutschland*, Baden-Baden, 1999, p. 48.

contexto mundial de un diversificado sistema de sanciones penales y de ejecución penitenciaria no coincidentes, incluso aunque reciban el mismo *nomen iuris*, así como por la concurrencia de otros factores que inciden en esta materia: estadísticas criminales, aumento o disminución de la delincuencia, configuración del proceso penal, disponibilidad de plazas en centros penitenciarios, costes de prisión, nivel de vida en cada país, etcétera.

Otra dificultad añadida específica para comparar y valorar los datos obtenidos radica en la enorme flexibilidad y multiplicidad de manifestaciones y variantes con que se presenta la vigilancia electrónica asociada al arresto de fin de semana o a la ejecución penal en general, tanto caracterizada como pena principal cuanto alternativa a la ejecución de una pena de prisión, en cuanto a su duración máxima, el momento temporal para implantarla, la intensidad y la dureza de la vigilancia, los requisitos o grupos de destinatarios.

Normalmente, por lo que respecta a la intensidad y a la forma de aplicación, los distintos modelos se agrupan en torno a dos sistemas: el *front-door system* y el *back-door system*.

De acuerdo con la variante más antigua y hasta el momento también la más extendida —*front-door*—, el arresto domiciliario con vigilancia electrónica trata de evitar, desde un principio, el ingreso del condenado en un centro penitenciario; se contempla así como pena principal o como alternativa a la ejecución tradicional de una pena de prisión, y se aplica también a supuestos de suspensión condicional de la pena y a los trabajos en beneficio de la comunidad. Por su parte, el *back-door system* implica un acortamiento de la estancia del condenado en prisión y la suspensión del resto de la pena a cambio del control electrónico; su finalidad primordial es lograr una aclimatación gradual de interno al mundo en libertad, articulando una situación intermedia entre la permanencia en prisión y la vida en libertad pero vigilada. Este último sistema ha experimentado un crecimiento importante en detrimento de la otra versión.

A partir de esta caracterización general, se evidencian grandes diferencias entre los distintos países. En *Estados Unidos* existen importantes distinciones entre los estados federales; se acude al arresto domiciliario con vigilancia electrónica como pena principal y como alternativa a una pena de prisión incondicional, como forma especial de ejecución de penas de prisión incondicional o, en otros estados federales, como medida adicional en el marco de la suspensión condicional de la pena, con lo que la vigilancia electrónica se encuadra en las *intermediate sanctions*, situadas entre la ejecución de la pena en prisión y la suspensión condicional de la pena.

En *Suecia*, después de aprobarse una ley en 1994, el sistema de vigilancia electrónica se generalizó a todo el país en 1997 y se concibe como forma de ejecución de penas de prisión de corta duración, hasta un máximo de tres meses; se combina con la realización de programas de reinserción y se prevé la obligación del sujeto de someterse a *tests* para detectar el consumo de alcohol o drogas. En *Holanda* se implanta como alternativa a penados entre seis meses y un año y también se han desarrollado

programas que permiten la suspensión de la pena y la excarcelación anticipada para cumplir en régimen de vigilancia electrónica el resto de la pena hasta un año.

En *Gran Bretaña*, en 1991, el sistema se introdujo en el § 13 del Criminal Justice Act; el arresto domiciliario con vigilancia electrónica se contempla como pena principal en el ámbito de la delincuencia no grave (hurto en medios de transporte, malos tratos o conducción bajo la influencia del alcohol); se trata de reforzar la *probation*. Algunos proyectos piloto desarrollados alcanzaban una duración de hasta seis meses, con entre dos y doce horas de arresto domiciliario efectivo diario, mientras que en otros programas la intensidad de la vigilancia se reducía sólo al fin de semana.

En *Francia*, la *surveillance électronique* se inspira en el modelo sueco y se articula como modalidad de ejecución de penas privativas de libertad; en el sistema *front door* incluye a condenados a prisión de hasta doce meses y en la variante *back door*, a aquéllos para quienes el resto de cumplimiento de la condena privativa de libertad antes de la excarcelación definitiva no supere un año. Esta materia está expresamente regulada a partir de la aprobación de la ley n.º 97-1159, de 19-12-97, que incorpora el artículo 723-7 al Código de Procedimiento Penal, según el cual, en caso de condena a una o varias penas privativas de libertad, cuya duración total no exceda de un año o cuando el resto que le quede por cumplir no exceda de un año, el juez encargado de la ejecución de las penas puede decidir, por su iniciativa o a petición del Ministerio Fiscal o del condenado, que la pena se ejecute en el régimen de arresto bajo vigilancia electrónica. Siempre se exige consentimiento del condenado, manifestado en presencia de su abogado. El juez determina el plan diario y el régimen de salidas para acudir al trabajo.²⁹

En *Italia*, el arresto domiciliario con vigilancia electrónica se introdujo en el 2001 como alternativa a la prisión provisional y como alternativa al cumplimiento en prisión de una pena privativa de libertad. De forma análoga, en *Portugal*, se modificó en 1999 el Código de Procedimiento Penal, permitiendo aplicar esta vía como mecanismo procesal para atenuar la prisión provisional. En el 2003 se inició en Lisboa un proyecto piloto; el tribunal selecciona a los posibles participantes, combinando un programa con terapias o actividades ocupacionales. Se pretende incluirlo como alternativa a penas cortas. *Alemania* se plantea la integración del concepto de *arresto domiciliario con vigilancia electrónica* en el sistema de sanciones como alternativa a la prisión (una forma especial de ejecución penal) o como una nueva pena principal en el contexto de la suspensión condicional de la pena (*Strafaussetzung zur Bewährung*); finalmente, también se concibe su aplicación con la suspensión de la orden de prisión con respecto a la prisión preventiva según el § 116-1-3 StPO.³⁰

²⁹ Cf. A. Kuhn y B. Madignier: "Surveillance électronique: la France dans une perspective internationale", en *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé (RSCDPC)* n.º 4, 1998, pp. 671 ss., p. 672; también P. Couvrat: "Une première approche de la loi du 19 décembre 1997 relative au placement sous surveillance électronique", en *RSCDPC* n.º 2, 1998, pp. 374-378.

³⁰ Cf. Hudy: o. cit., pp. 131 ss.

En la mayoría de los países, el arresto domiciliario con vigilancia electrónica no se contempla como medida única, sino que, en aras de la consecución de objetivos resocializadores, el control telemático se inserta en un amplio programa de ejecución diario, en el que, junto con la permanencia obligatoria en el domicilio o en un lugar concreto, se permiten salidas predeterminadas para acudir al trabajo o participar en sesiones de terapia, se realizan visitas no anunciadas por funcionarios competentes (por la tarde, noche, fines de semana, festivos) o con un preaviso de treinta minutos; varias veces por semana el sujeto ha de someterse a un análisis de sangre, de orina o de aire aspirado para detectar el consumo de alcohol o drogas, practicado por personal médico especializado o conectado al propio aparato de vigilancia (como ocurre en Suecia), cuyos resultados se reciben informatizadamente por la red telefónica a la central.³¹

De todo ello se deduce que son cada vez menos los modelos o los ensayos en los que el protagonismo lo asume el aspecto técnico o instrumental del control; por el contrario, se intenta potenciar al máximo, con fines preventivos especiales, el contacto humano con el vigilado. No obstante, reconoce todavía Haverkamp la existencia de dos ópticas bien diferenciadas de los operadores jurídicos que intervienen en esta materia; en el caso alemán, los tutores nombrados por el tribunal para que asistan al condenado durante el período de suspensión condicional (*Bewährungshelfer*) contemplan la vigilancia electrónica desde un punto de vista pedagógico-social, resocializador, en combinación con el desarrollo de terapias y otras actividades formativas; en cambio, los jueces y algunos otros funcionarios de la administración penitenciaria acentúan el plano punitivo del castigo justo al delincuente y se muestran más preocupados por el componente tecnológico de control que garantice la seguridad de la población, especialmente ante presos con un peligroso historial en su camino de acercamiento progresivo a la libertad.³²

3. En España, el Reglamento Penitenciario aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero, introduce en el artículo 86-4, como una de sus novedades importantes, dentro del capítulo regulador del régimen abierto, la posibilidad de implantar un control electrónico o, alternativamente, medios de control presenciales, pero únicamente a internos clasificados en tercer grado. Según dispone este precepto, aunque sin la deseable concreción en cuanto a su alcance, “en general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el Establecimiento, salvo cuando, de modo voluntario, el interno acepte *el control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria* y otros mecanismos de control suficiente, en cuyo

³¹ Una amplia panorámica en Weber: o. cit., pp. 49-92.

³² Haverkamp: o. cit., pp. 385 ss.

caso sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales”.

La Dirección General de Instituciones Penitenciarias (DGIP) ha manifestado su firme decisión de implantar estos mecanismos, tal y como destaca su Instrucción n.º 13 de 10-12-2001, sobre aplicación del artículo 86-4 del Reglamento Penitenciario, y prioriza, en la medida de lo posible, en atención a las circunstancias particulares del interno, la instalación de estos medios electrónicos sobre otro tipo de control presencial (visitas, presentación del interno en la unidad penitenciaria, comunicaciones telefónicas o seguimiento de los programas terapéuticos, etcétera) realizado por trabajadores sociales del ámbito penitenciario con carácter meramente complementario o sustitutivo respecto del protagonismo del control electrónico.³³ La Instrucción 13/2001 DGIP indica que “salvo excepciones justificadas, los internos incluidos en el programa de monitorización electrónica pasarán, al menos, un control presencial cada quince días” (p. 6). El sujeto será responsable del “correcto uso y cuidado de los elementos técnicos instalados en su domicilio y en su persona quedando obligado a mantenerlos en todo momento a disposición de la Administración Penitenciaria”. El tiempo de control será, como norma general, de ocho horas diarias, “salvo que el programa individualizado de tratamiento determine otra cosa” (p. 8).

³³ F. Renart García indica que la Dirección General de Instituciones Penitenciarias puso en marcha en abril del 2000 un programa experimental en el Centro de Inserción Social Victoria Kent de Madrid, en el que participaron diez internos clasificados en tercer grado. Este autor se muestra partidario de aplicarlo también como medida de control a los clasificados en cuarto grado; cf. *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Madrid, 2003, pp. 285-287. También en España se implantó un proyecto piloto en Cataluña, de un año de duración, en octubre del 2000, combinado con programas ocupacionales o terapias. El arresto domiciliario se limitaba a ocho horas diarias, sólo en días laborables, y únicamente para condenados que disfrutaban ya del régimen abierto ocho meses antes y les quedaba por cumplir un resto total hasta la excarcelación definitiva de hasta dos años; cf. Cerón i Riera, 2002, pp. 150 ss., CEP 2001, p. 5. Participaron 26 personas; 58% condenados por drogas, 23% por fraudes y 19% delitos patrimoniales. El éxito fue del 92%; este proyecto piloto anual se amplió a toda Cataluña y a finales de 2004 alcanzó a 125 personas diarias.

Datos recibidos de instituciones penitenciarias indican que en España estos programas se llevan a cabo en 48 centros penitenciarios y monitorizan a unos quinientos internos. Además, se halla en periodo de prueba un programa piloto de seguimiento de salidas y permisos de internos con especiales características penales y penitenciarias (delitos graves de índole sexual), vía satélite a través del sistema GPS. Se ha creado una Unidad de Vigilancia Electrónica encargada de la gestión y coordinación de toda esta materia durante las 24 horas del día. A las tradicionales pulseras de seguimiento por radiofrecuencia incorpora los sistemas de reconocimiento de voz, unidades de grupo, con conexión vía celular, vía satélite, etcétera. En el Centro Penitenciario de Burgos durante los últimos meses han venido participando una media de veinte internos en el seguimiento de Programa Medios Telemáticos, con un porcentaje de aplicación del programa de entre el 16 al 20% —la media total de centros es de un 16%—. Agradecemos muy sinceramente al director de este establecimiento penitenciario, D. Juan Carlos Mesas, su amable ofrecimiento de estos datos.

Asimismo, el artículo 48 del Código Penal, tras su reforma por la ley orgánica de 25 de noviembre de 2003, establece, como penas privativas de derechos, la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, la prohibición de aproximarse a la víctima, a sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, y la prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas, y añade en su último apartado: “el Juez o Tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”.

A diferencia de la pena de localización permanente, no es necesario que el condenado esté localizado en un lugar determinado, sino que el aparato electrónico indique que *no* está localizado en un lugar o lugares determinados, o bien, tratándose de la pena de prohibición de comunicarse con la víctima, que el medio electrónico, a juicio de Boldova Pasamar esté dirigido a intervenir en las comunicaciones del condenado cuando se establecen con la persona o personas que pretenden ser protegidas de dicha forma de contacto.

También la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su artículo 64, apartado 3.º, dispone: “El juez podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella. [=] Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento”.

3.2. *Cuestiones tecnológicas*

Se conocen distintos aparatos electrónicos de vigilancia cuyo común denominador es la finalidad de controlar la presencia del sujeto en el lugar determinado para el cumplimiento efectivo de la condena (domicilio, centro de trabajo u otro espacio señalado por el juez).

La puesta en marcha del primer instrumento de estas características aconteció en Estados Unidos en 1964, de la mano del profesor de psiquiatría de la Universidad de Harvard Ralph Schwitzgebel, quien bautizó su invención como *electronic rehabilitation system*. Se trataba de un aparato un tanto rudimentario e incómodo, creado como alternativa al tratamiento hospitalario o carcelario, de modo que, más que un instrumento de vigilancia para detectar dónde se encontraba exactamente el paciente o el delincuente, se pretendía que operara en él como medio de influencia, desde una perspectiva humanitaria, en un ambiente muy próximo al disfrute de plena libertad.³⁴

³⁴ Wittstamm: o. cit., pássim.

No obstante, formalmente, en el ámbito jurídico la primera condena a pena de *electronic monitored home confinement* fue impuesta en Albuquerque (Nuevo México) por el juez Jack Love en abril de 1983,³⁵ y tuvo como destinatario a un hombre de treinta años que había infringido la orden de libertad condicional; participaron voluntariamente de este ensayo, con una duración de un mes, otros cuatro condenados.³⁶ Desde entonces, el grado de sofisticación de los sistemas de control electrónico ha experimentado lógicamente avances espectaculares, que permiten distinguir ya tres generaciones de tecnología.³⁷

1. La *primera generación de mecanismos de control* incluye el *sistema activo* y el *sistema pasivo*, aun cuando se han implantado también sistemas mixtos que combinan ambos modelos.

1.1. En el *sistema activo* o de señal permanente (*continuous signaling system*) el sujeto lleva colocado, normalmente en el tobillo o en la muñeca, un transmisor de unos cien gramos de peso y del tamaño de un paquete de tabaco, con una batería de hasta tres años de autonomía, que puede revestir la forma de un brazalete o de un reloj de buceo, compuesto por una banda magnética plastificada y precintada que envía señales intermitentes (aproximadamente cada veinte segundos) a un receptor situado en el domicilio del vigilado, conectado a la red telefónica con un ordenador central de vigilancia dependiente de la policía, de instituciones penitenciarias u otras de control competentes. Todo ello permite un contraste con los datos programados en función del plan diario del arresto, de tal modo que registra cualquier infracción de ausencia del espacio de estancia obligada o del perímetro autorizado, así como cualquier intento de manipulación, ante lo que desencadena automáticamente una llamada de alarma a la central de vigi-

³⁵ El juez Love, desde la mitad de los años setenta, trató de buscar alternativas a la prisión, debido al preocupante incremento de la violencia en el ámbito penitenciario y al escaso índice de resocialización. Tomó la idea de un cómic de Spidermann que utilizaba un sistema electrónico de localización y propuso la idea a varias firmas comerciales, hasta que en 1983 la empresa Nimcos (National Incarceration Monitor and Control Services) fabricó un brazalete electrónico que funcionaba según el sistema activo y podía determinar la presencia de un sujeto en un lugar concreto.

³⁶ H. Bernsmann: *Elektronisch überwachter Hausarrest unter besonderer Berücksichtigung von Privatisierungstendenzen*, Göttingen, 2000, p. 19. Después de esta fecha, el arresto domiciliario con vigilancia electrónica encontró gran acogida y ampliación a prácticamente todos los estados federales, para delitos de leve entidad o en el marco del *work release*, respecto de presos que ya habían cumplido una parte de su pena en prisión.

³⁷ En España la tecnología se importa de Israel. El instrumental se denomina Elmotech (Electronic Monitoring Technologies, Superior Law Enforcement Solutions). Existe un "Manual del usuario EMS 2000i. Estación de trabajo de monitorización"; también un "Manual de instalación de la pulsera transmisora y del uso de la unidad móvil y del *software* de Interfaz". Todo ello puede consultarse en <www.elmotech.com>.

lancia o a la autoridad administrativa competente, por vía telefónica, telefax, correo electrónico o SMS.³⁸

Este modelo activo ha ampliado su ámbito inicial de aplicación a la protección de víctimas de violencia doméstica, contemplándose la posibilidad de instalar este instrumental en la casa de las personas maltratadas, e incluso conectado a su teléfono móvil, saltando la alarma (que puede ser acústica) y llegando a conocimiento informatizado de la policía si el maltratador incumple una orden de alejamiento.

La ventaja fundamental que se adjudica a este sistema activo, absolutamente predominante en Europa, es la posibilidad de una vigilancia permanente sin interferencias para el vigilado, en tanto que el principal perjuicio es el de la posible estigmatización social que pudiera provocar un transmisor públicamente visible, sobre todo en periodo estival, en caso de prácticas deportivas, etcétera.

1.2. Por su parte, el *sistema pasivo*, generalizado hoy en Estados Unidos con distintas variantes, también denominado *sistema de contacto programado* (*programmed contact system*), articula el control del cumplimiento del arresto domiciliario por medio de una serie de llamadas telefónicas que efectúa un ordenador desde la central de vigilancia a la casa del sujeto, en intervalos aleatoriamente programados, casuales e inesperadas, con preguntas de contenidos diversos. Si el sujeto vigilado no contesta a la llamada, o no es la voz grabada, o el código de identificación que introduce es incorrecto, o no es la banda magnética, entonces, después de un segundo intento de identificación, el ordenador avisa a la autoridad competente ante la presunta vulneración del programa.³⁹

La principal ventaja del sistema pasivo con control de voz o mecanismos digitalizados es su menor estigmatización pública, y en ciertos casos podría llegarse a prescindir de la instalación de transmisores en el domicilio del vigilado. Como desventajas se apuntan la posible perturbación que las llamadas telefónicas, especialmente en

³⁸ En una primera etapa, este sistema adolecía de algunos fallos de pérdida de emisión o interferencias en determinadas estancias de la casa, distorsiones dependientes del material de construcción, así como las averías derivadas de condiciones climáticas adversas, caídas de corriente, elevación de la tensión, etcétera. Para perfeccionar técnicamente este sistema, a finales de los años ochenta se fueron creando aparatos móviles receptores a efectos de comprobar si el vigilado se encontraba en el lugar debido según el plan diario previsto, siempre con la concesión de un cierto margen temporal ante posibles retrasos causados por la intensidad del tráfico o cualquier otra eventualidad. cf. Haverkamp: o. cit., pp. 19-20.

³⁹ Los aparatos empleados en España de la empresa israelí Elmotech programan un tiempo de gracia de diez minutos para la verificación correcta antes de que el sistema registre una transgresión (*Manual del usuario*, 2001, p. 43). Se estima que este sistema, limitado a la llamada telefónica, es más barato, dado que la efectúa un ordenador, con el consiguiente del ahorro de personal. También se ha propuesto introducir un sistema de teléfono con cámara instalado en el domicilio del vigilado, así como la identificación basada en la presión digital o del iris. Sistemas de reconocimiento de voz para la identificación y el control de presencia se han puesto en marcha en Gran Bretaña y Gales desde el año 2000. Véase sobre todo ello, Wittstamm: o. cit., p. 35; Toon: o. cit., p. 55.

horario nocturno, causen al resto de los moradores o que el sujeto no oiga la llamada por estar en la ducha, escuchando música, etcétera.

2. La *tecnología de segunda generación*, implantada con fuerza primero en Estados Unidos desde el año 2000 y después en Canadá y Gran Bretaña, cuyo referente europeo es el denominado *sistema Galileo*, se caracteriza por una intervención más intensa y amplia en la esfera privada del vigilado, dado que emplea mecanismos que funcionan vía satélite mediante GPS (*Global Positioning System*), con capacidad no sólo para controlar la permanencia del vigilado en un determinado lugar sino también para detectar con precisión milimétrica su presencia fuera de ese espacio, el lugar o momento y hora en el que ha estado.⁴⁰

El sujeto ha de portar un transmisor análogo al del sistema activo, que envía datos de sus movimientos a la central, cuya alarma se dispara si el sujeto se aleja del perímetro de acción permitido. La programación de zonas exclusivas se revela como un instrumento especialmente idóneo para la protección de víctimas de violencia doméstica (por ejemplo, configurando un cordón de seguridad alrededor de su vivienda, lugar de trabajo, colegio de sus hijos o donde la víctima disfrute de su tiempo de ocio), para impedir la aproximación a colegios de un delincuente sexual paidófilo, para un *hooligan* radical y agresivo respecto de los estadios de fútbol en el horario de partido o, finalmente, para la prohibición genérica a delincuentes juveniles de entrada en determinadas zonas conflictivas y especialmente peligrosas por su alto índice de criminalidad o tráfico de drogas.⁴¹ En estos casos, infractor y víctima reciben inmediatamente una señal de alarma de que aquél ha irrumpido en una zona prohibida.⁴²

3. Por último, la *tecnología de tercera generación* se caracteriza por que al control por sistema GPS de permanencia o presencia que ofrecen los anteriores sistemas apuntados se añade también la posibilidad de que la central de vigilancia reciba infor-

⁴⁰ D. Whitfield: *The Magic Bracelet. Technology and Offender Supervision*, Winchester, 2001, pp. 62 ss. Hoy en día, estos aparatos, aún relativamente costosos, se han perfeccionado técnicamente, ya que en su versión originaria presentaban algunos problemas de cobertura; no emitían señales cuando el sujeto se encontraba entre edificios altos, en su interior, bajo puentes o túneles, al tiempo que han mejorado para personas que padecen sordera.

⁴¹ Sobre ello, K. L. Kunz: *Kriminologie. Eine Grundlegung*, t. 3, 2001, pp. 383 ss.

⁴² Utilizando el sistema GPS en Brasil y en Estados Unidos, se está comercializando un chip antisequestro, introducido en una pequeña cápsula del tamaño de un grano de arroz, invisible e implantado con una jeringuilla bajo la piel de una persona, con la finalidad de impedir o resolver secuestros. El Canal 21 de la Televisión brasileña retransmitió en directo el 24-2-02 el proceso de implante en el cuerpo de una persona, que puede verse en Internet. El chip permite tener localizada a una persona en cualquier parte del mundo. En el estado brasileño de Sá ya está siendo usado por cuarenta y dos familias de banqueros, empresarios y altos ejecutivos de multinacionales; existe una lista de espera de más de mil cien personas que han solicitado tal invento. Tiene un coste de adquisición y mantenimiento mensual muy elevado, sólo asequible a personas de gran capacidad económica.

maciones psicológicas, frecuencia de pulsaciones, ritmo respiratorio para medir el nivel de agresividad de un delincuente violento, la excitación sexual en delincuentes sexuales, cleptómanos o psicópatas. Así mismo, ante cualquier incumplimiento de las obligaciones acordadas judicialmente, algunas versiones tienen capacidad para realizar una intervención corporal directa en el vigilado por medio de descargas eléctricas programadas, que repercuten directamente en el sistema nervioso central o por medio de la apertura de una cápsula que le inyecta un tranquilizante u otra sustancia, para el caso de neuróticos agresivos, esquizofrénicos o adictos al alcohol.⁴³

Este drástico procedimiento aún no se ha implantado en el arresto domiciliario con vigilancia electrónica porque constituye un castigo físico atentatorio contra la dignidad humana; por otro lado, no toma en cuenta distintas situaciones de necesidad —urgencia médica, incendio en la casa, un accidente— en las que el vigilado se vea obligado a abandonar el lugar y a soportar injustificadamente tales descargas eléctricas.⁴⁴

Naturalmente, la tecnología de primera y segunda generación permite controlar la presencia o estancia de una persona en un determinado lugar, pero no lo que hace o cómo se comporta; no pueden impedir el abandono del domicilio o la entrada en zonas prohibidas, a diferencia de los aparatos de la tercera generación que, sin embargo, pueden menoscabar derechos fundamentales. Existe acuerdo igualmente en rechazar los sistemas de vigilancia mediante cámaras o aparatos de escucha, por afectar directamente a la intimidad.

4. Análisis político criminal del control penal electrónico

El intenso debate surgido en el derecho comparado sobre la materia que nos ocupa ha dividido a partidarios y detractores que polemizan en todos sus aspectos, fundamentalmente, en torno al *si* y al *cómo* de la vigilancia electrónica, su ámbito de aplicación, los sujetos destinatarios, su constitucionalidad y su posible anclaje en el sistema legal o su compatibilidad a la luz de los fines de la pena.

Procedemos a sintetizar tales argumentos, que se mueven en un discurso de naturaleza filosófico-jurídica, bajo el que subyace el interrogante sobre la conveniencia o no de introducir nuevas figuras en la dogmática y en la praxis de la administración de justicia en un mundo cambiante y complejo.

⁴³ P. Landreville: “La Situation aux Etats-Unis et au Canada”, en *Will Electronic Monitoring Have a Future in Europe?*, o. cit., pp. 43 ss.; N. Bishop: “Social Work and Electronic Monitoring”, en la misma obra, p. 231; Whitfield: o. cit., p. 118.

⁴⁴ Es unánime la crítica. Véase por todos Hudy: o. cit., p. 36; Weber: o. cit., 2004, p. 370. En Estados Unidos se han utilizado cinturones con corriente eléctrica para el transporte de presos a prisión o su conducción ante el tribunal. Landreville : o. cit., pp. 43 ss.

1. Los argumentos favorables descansan en dos ideas básicas. En primer plano, desde una perspectiva prioritariamente pragmática, se sostiene que la vigilancia electrónica contribuye a una *disminución de la población carcelaria* y a un *ahorro de costes* ligados a la administración penitenciaria.⁴⁵ En segundo lugar, ocupando un inmerecido puesto secundario, desde una perspectiva político-criminal, el control electrónico evita o reduce la privación de libertad en prisión, por lo que contribuye a favorecer y acelerar el proceso de *resocialización del condenado*, evitando al mismo tiempo los efectos negativos inherentes a la prisionalización.

1.1 Numerosos análisis efectuados desde el *prisma económico* indican que el cumplimiento de una pena bajo el sistema de control telemático supone un abaratamiento muy considerable, aproximadamente la mitad del coste de la ejecución tradicional de una pena en prisión,⁴⁶ y ello sin tener en cuenta la repercusión beneficiosa indirecta multiplicadora de la vigilancia electrónica, dado que el condenado podría seguir manteniendo su puesto de trabajo, contribuir al sustento familiar, al pago de impuestos, así como a reparar el perjuicio causado a la víctima.⁴⁷

Probablemente, el coste estricto de la tecnología supone sólo una pequeña parte del montante global del sistema de vigilancia. Sin embargo, la cuestión de los costes se ha de valorar con cierta prudencia, como piensa Weber, pues únicamente existen datos parciales que difícilmente permiten contrastarse.⁴⁸ Desde luego, no sólo han de computarse los gastos directos que genera la implantación del mecanismo, sino que también deben de tenerse en cuenta muy especialmente los costes fijos del personal ya existente adscrito a la administración penitenciaria y del nuevo personal especializado necesario para ejecutar los programas de vigilancia, previsión de infracciones o quebrantamientos que dependen de cada programa, así como del mantenimiento de las instalaciones ya construidas.⁴⁹ Naturalmente, la ejecución de una pena de arresto

⁴⁵ Esta dimensión es una de las más destacadas en los distintos estudios monográficos. Así, Bernsmann: o. cit., pp. 94 ss.; Haverkamp: o. cit., pp. 9 ss., 516 ss.; Weber: o. cit., pp. 93 ss.

⁴⁶ En Estados Unidos, se cifra en 168 \$ por persona y día el coste de cumplimiento en prisión, mientras que la modalidad del arresto domiciliario con vigilancia electrónica disminuye hasta 75 \$, y de las dos mil plazas de cumplimiento en régimen abierto se ahorrarían unas cuatrocientas. En Canadá, datos ofrecidos en 1996 sobre 355 vigilados, concluían que la vigilancia electrónica ascendía a 48 \$ por vigilado y día, mientras que los costes penitenciarios eran de 109 \$. En Alemania, se calcula en cinco marcos diarios el leasing del aparato y un día en prisión alanza 150 marcos; cf. Haverkamp: o. cit., p. 32. En Francia, el informe Cavanel de 1995 calculaba en 80 a 100 francos por día y preso en la vigilancia electrónica, frente a 268 francos en prisión; citado por Kuhn y Madignier: o. cit., p. 685.

⁴⁷ Por eso, Hudy la califica de *sanción social* (o. cit., pp. 29 y 76).

⁴⁸ Weber: o. cit., p. 90. En países con cierta experiencia, como Suecia, no se ha conseguido tal disminución de costes ni de la población reclusa después de implantar las técnicas de vigilancia electrónica; cf. Haverkamp: o. cit., pp. 13 y 90; tampoco en Estados Unidos parece que estos problemas se hayan resuelto, según indica Wittstamm: o. cit., p. 78.

⁴⁹ Bernsmann: o. cit., pp. 94-95.

domiciliario con vigilancia electrónica impuesta como medida única, que se limita al control del cumplimiento de los periodos de arresto (como ocurre normalmente en Gran Bretaña), conlleva un presupuesto económico notablemente inferior (unas tres veces menos) que el coste de los programas —como en Suecia y España— que incorporan una actuación más intensa porque al control electrónico añaden terapias, visitas personales diarias o contactos telefónicos, cursos de formación o talleres de trabajo (*intensive supervision programs*).⁵⁰ Finalmente, el pretendido ahorro quizás sea escasamente significativo dado el limitado círculo de potenciales participantes en los programas, ya que, como veremos, los requisitos impuestos para los condenados excluyen *ab initio* a un grupo importante, principalmente los peor situados social y económicamente.

En suma, la dimensión integral asociada a la vigilancia electrónica en el cumplimiento de las penas no permite ser muy optimistas con respecto a un ahorro económico neto definitivo.

1.2. Por lo que respecta a la *finalidad preventivo-especial*, un sector doctrinal valora de modo altamente positivo que el control electrónico de una pena tienda a favorecer de un modo flexible e individualizado la *resocialización* del sujeto,⁵¹ al mismo tiempo que, especialmente en la variante *front-door*, evita las consecuencias negativas desocializadoras y la estigmatización social del condenado provocada por el contacto con la subcultura carcelaria, y le permite incluso conservar su puesto de trabajo y entorno familiar. Por su parte, la variante *back-door*, pensada para condenas de más larga duración, acorta la estancia del condenado en prisión y permite un acercamiento progresivo a la vida en libertad, aliviando considerablemente también los efectos negativos inherentes a la prisión.

Los partidarios de la vigilancia electrónica estiman que, en líneas generales, ella permite una adecuación individualizada de la sanción caso por caso y contribuye a estabilizar el autocontrol del penado; supone un estímulo a la reflexión para que, en el futuro, pueda llevar una vida ordenada en libertad, y es un factor decisivo para evitar o disminuir los índices de reincidencia.⁵² Esta dosis de autorresponsabilidad dejada en manos del propio sujeto para ejecutar el plan diario establecido se traduce también en la graduación de la intensidad del control en diferentes fases: durante las primeras

⁵⁰ Weber: o. cit., p. 90.

⁵¹ La Instrucción 13/2001 DGIP alude a que “formará parte del programa individualizado de tratamiento del interno y no procederá su aplicación cuando razones de tratamiento lo desaconsejen” (p. 2).

⁵² Específicamente sobre ello, véase H.-J. Albrecht: “Der elektronische Hausarrest: Das Potential für Freiheitsstrafenvermeidung, Rückfallverhütung und Rehabilitation”, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim)* 2002, p. 92; H.-J. Albrecht, H. Arnold y W. Schädler: “Das hessische Modellversuch zur Anwendung der ‘elektronischen Fussfessel’”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 2000, p. 467.

semanas se puede programar un control más estrecho, después contactos menos intensos, reducidos a determinadas franjas horarias y, finalmente, establecer un control sólo nocturno. Y todo ello, además, con la posibilidad de diseñar un programa en el que, sumado a las visitas y contactos por el personal funcional competente, se permite al condenado acudir al trabajo, disponer de varias horas semanales para atender asuntos personales fuera de casa, ir de compras, realizar asuntos bancarios, oficiales u otra actividad que tienda a la resocialización y a normalizar progresivamente su vida.

Estas finalidades son destacadas en España a la luz de los principios generales que inspira a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en su Instrucción 13/2001, en la que específicamente menciona “la atenuación de medidas de control, autorresponsabilidad del penado, normalización e integración social, evitación de la desestructuración familiar y coordinación con las instancias comunitarias de reinserción”, al tiempo que reconoce que la aplicación de dicho precepto “precisa un permanente seguimiento de los casos y debe ser periódicamente revisada y evaluada por los órganos competentes”.⁵³

Sin embargo, a la vista de la experiencia, sobre todo estadounidense, no así quizás en Europa, la resocialización no parece que sea el interés prioritario. Con este sistema punitivo, todo parece reducirse a un puro mecanismo de control vacío en sí mismo de contenido y a una administración y registro de las posibles infracciones del programa diariamente establecido.⁵⁴ En efecto, los requisitos mínimos imprescindibles normalmente exigidos para poder participar en un programa de vigilancia electrónica —vivienda y trabajo estable, conexión telefónica y, a veces, contribución individual en los costes del programa— dejan fuera, precisamente, a sujetos socioeconómicamente débiles, cuando es precisamente esta precariedad una de las razones por las que necesitan de mayor ayuda para reinsertarse; sin embargo, existe un gran escepticismo en cuanto a que la vigilancia electrónica los logre resocializar. Al contrario, resulta paradójico que, en numerosas ocasiones, sean los sujetos bien socializados y con suficiente capacidad económica quienes conforman el grupo de destinatarios preferentes (por cumplir con los requisitos) para implantarles esta localización permanente así controlada, cuando, en el fondo, no precisan de resocialización o, al menos, no con estos métodos telemáticos.

2. Los argumentos contrarios al arresto domiciliario con vigilancia electrónica se diversifican en distintas direcciones pero, por lo general, no se dirigen tanto contra el *aparato* electrónico cuanto sobre el aspecto de la *vigilancia*.

⁵³ Esta Instrucción 13/2001 indica que la aplicación de los dispositivos telemáticos se combinarán con “otras medidas de seguimiento (controles presenciales, analíticas, visitas al lugar de trabajo, etc.) previstas en cada caso. El interno mantendrá una entrevista cada quince días con los responsables de su seguimiento”.

⁵⁴ De esta opinión, Hudy: o. cit., pp. 30-31 y 143; Bernsmann: o. cit., pp. 73-74 y 120.

2.1. Las tesis ideológicamente más conservadoras critican la *ausencia de carácter penal* de esta medida, a la que califican de excesivamente indulgente y carente de naturaleza represiva,⁵⁵ de modo que no compatibiliza con los fines atribuidos modernamente a las penas privativas de libertad. De un lado, carece o apenas es visible el elemento retributivo; de otro, no cumple las expectativas preventivo-generales intimidatorias ante futuras tentaciones delictivas de los potenciales delincuentes, ni tampoco contribuye a reforzar la confianza ético-jurídica de la población en la importancia de los valores protegidos por las normas (prevención general positiva).⁵⁶

Ciertamente, se ha discutido de forma detenida desde hace mucho tiempo sobre la extraordinaria complejidad que rodea a la medición de la eficacia preventivo-general negativa y positiva de las penas, sin que probablemente las investigaciones hayan alcanzado resultados concluyentes. Por esta razón, quizás no deba sostenerse que, a priori, la introducción del arresto domiciliario con vigilancia electrónica anula o debilita la eficacia preventiva del derecho penal pero, en todo caso, sí resulta imprescindible que el programa de ejecución encierre una “configuración punitiva” para colmar los fines retributivos y preventivos de la pena.⁵⁷

En conexión con este argumento, a diferencia del cumplimiento efectivo en prisión de una privación de libertad, lo cierto es que el arresto domiciliario con vigilancia electrónica no dispone de mecanismos coactivos para impedir ulteriores delitos, de modo que permanece vivo un riesgo para la seguridad colectiva.⁵⁸

2.2. En cambio, las posiciones ideológicas más liberales dirigen su crítica principal contra la introducción de métodos electrónicos de control en el ámbito penal bajo la advertencia de un peligroso efecto de *ampliación del control social (net-wide-ning-effect)*,⁵⁹ que para otros, sin embargo, hasta ahora no ha podido probarse empíricamente.⁶⁰

Los planteamientos más pesimistas, manifestados abiertamente sobre todo en Gran Bretaña y Alemania, piensan que estamos ante una primera puerta de entrada a la consolidación de un Estado policíaco de control total en la vida de los particulares, según la representación literaria de Orwell.⁶¹ De un lado, la clásica máxima que tanta

⁵⁵ Los más críticos la califican de “ejecución de hotel” (*Hotelvollzug*) y que “el autor puede cumplir su condena en una butaca en su domicilio”; citado según Wittstamm: o. cit., p. 159.

⁵⁶ En contra, Hudy: o. cit., p. 142 ss., y Haverkamp: o. cit., pp. 168-169, piensan que no es visible un menoscabo de la eficacia preventivo general con la vigilancia electrónica.

⁵⁷ Haverkamp: o. cit., p. 10.

⁵⁸ Así, por ejemplo, M. Lindenberg: el control electrónico comporta “límites simplemente virtuales” ya que el sujeto siempre puede abandonar el domicilio e infringir sus obligaciones; cf. *Die Überwindung der Mauern. Das elektronische Halsband*, Múnich, 1992, p. 96.

⁵⁹ Weber: o. cit., p. 147.

⁶⁰ Véase, sobre ello, Haverkamp: o. cit., p. 12. Esta es la conclusión de Hudy, al menos con relación a Estados Unidos; cf. Hudy: o. cit., p. 82.

⁶¹ Wittstamm: o. cit., p. 101; G. Deleuze: “Das elektronische Halsband. Innenansicht der kontrollierten Gesellschaft”, *Kriminologisches Journal* 1992, p. 181; A. Jolin y R. Rogers: “Elektronisch

relevancia ha alcanzado en el derecho anglosajón, *my home is my castle*, se transforma de pronto en *my home is my prison*, dando lugar a una especie de *prisonalización del espacio privado*, debilitando la protección del domicilio al convertirlo en lugar de ejecución de una pena, en una especie de *cárcel privada*. Y, de otro lado, este sofisticado instrumental capaz de un sutil control mediante GPS, que permite determinar el lugar donde se encuentra el sujeto, fuera de su casa, se convierte en una especie de *celda virtual y móvil*, dando lugar a la denominada por Weber “prisonalización global del espacio público”, susceptible de ampliarse a otros sectores.⁶²

En este sentido, insisten los detractores, el atractivo de la tecnología futurista inherente a la vigilancia electrónica, enmascarada en un falso ropaje de castigo progresista y moderno, lejos de contribuir a una respuesta punitiva más humanizada, se alza como una nueva penología en un cosmos controlado por el Estado y sería, en consecuencia, una manifestación más de una política criminal represiva en el conjunto de numerosos ejemplos visibles de orden procesal-penal enarbolados actualmente en la lucha contra la criminalidad organizada.⁶³

Un interesante estudio en clave sociológica y política publican los profesores de la Universidad de Barcelona Anna Vitores y Miquel Domènech, en el que destacan “el papel en el ejercicio del poder” de la monitorización electrónica, de modo que la perspectiva del dispositivo ha de analizarse conjuntamente en una simbiosis con el contexto y las concepciones socioculturales, con sus aplicaciones y su racionalidad. Ponen de manifiesto estos autores que no sólo se ha producido una discontinuidad en la evolución de la sofisticación y el avance técnico de los aparatos de control, desde las primeras manifestaciones originarias en los años sesenta, sino que, además —y

überwacher Hausarrest. Darstellung einer Strafvollzugsalternative in den Vereinigten Staaten”, *MschKrim* 1990, p. 205.

⁶² Weber: o. cit., pp. 224-225.

⁶³ En el contexto comparado, algunas reformas legislativas emprendidas contra el crimen organizado han sido descalificadas por penalistas y criminólogos como totalitarias y de contenido abusivamente policíaco, traducidas en un considerable endurecimiento del derecho penal en general y en una restricción de las esferas individuales. Se trata de colmar un “déficit de seguridad por un déficit democrático”. Se tiende a un concepto unitario de autoría; se equipara a efectos punitivos las fases de preparación y consumación; ante las dificultades probatorias para una eficaz lucha contra la corrupción, enriquecimiento injusto y el blanqueo de capitales, se propone la inversión de la carga de la prueba, desestabilizando el principio de presunción de inocencia y el de culpabilidad; se observa una ampliación de las posibilidades policiales de vigilancia, de los plazos de prisión provisional; se potencia la figura del delator arrepentido-colaborador con la justicia y del agente provocador. Sobre ello, véase M. A. Iglesias Río: “Panorámica comparativa sobre algunos problemas que presenta el fenómeno asociativo criminal en la actualidad”, en *Las entidades sin fin de lucro: estudios y problemas*, Burgos, 1999, pp. 97-126; también “Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global”, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. J. M. Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 1445-1473; y, finalmente, M. A. Iglesias Río y T. Medina Arnáiz: “Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea”, en *Revista Penal* n.º 14, 2004, pp. 49-69.

esto es lo más importante—, se ha producido una transformación en la finalidad de su utilización. El aparato ideado por Schwitzgebel en 1964 ligaba el avance técnico al saber científico, pero fue diseñado no sólo para vigilar o controlar sino para curar, educar y corregir a sujetos reincidentes; en cambio, en la actualidad la tecnología se presenta vacía de contenido y se convierte en mera instrumentalidad: no importa lo que el condenado esté haciendo o si su conducta es adecuada o no, sino sólo si ha salido del espacio permitido y existe riesgo para la sociedad. Por eso, no somos únicamente testigos de una evolución en el perfeccionamiento técnico de los aparatos, sino que asistimos, a juicio de estos autores, a la “configuración sociotécnica de una nueva forma de control social”, a “un cambio en la forma de ejercer el poder”, de modo que “elegir una forma concreta de dispositivo significa elegir una forma concreta de vida política”.⁶⁴

Sin embargo, aun siendo ciertos los riesgos que comporta la moderna tecnología, cabe decir que, a diferencia del Estado de vigilancia totalitario y policíaco de Orwell, el controlado sabe cómo, cuándo y por qué es sometido a esa medida (nada más y nada menos que por la comisión de un acto criminal), y existe una precisa delimitación jurídica entre los derechos y obligaciones de ambas partes.⁶⁵

Pero no hay duda de que la aceptación de una pena con vigilancia electrónica podría servir también de pretexto para consolidar una línea político-criminal más represiva. En efecto, la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la órbita continental han apostado desde hace más de tres décadas por una política criminal encaminada al retroceso, en la medida de lo posible, del ámbito de aplicación de penas privativas de libertad de corta duración, para la criminalidad leve o de mediana gravedad, frente a la que se opta por imponer sanciones pecuniarias y, con ciertos requisitos, otorgar la suspensión condicional de la pena; y esta tendencia, más en sintonía con la idea de *ultima ratio*, se ha evidenciado en la praxis de la determinación judicial de la pena, aunque, como demuestra la experiencia, tampoco resuelve todos los problemas que se presentan.⁶⁶

En cambio, países como Estados Unidos o Suecia ejecutan con frecuencia penas de prisión incondicional de duración inferior a dos semanas, significativamente, en caso de conducción bajo la influencia del alcohol, sin el correspondiente permiso administrativo, delitos menos graves contra la propiedad y contra la integridad física o coacciones leves. Pues bien, en estos ámbitos se potencia la aplicación del arresto domiciliario con vigilancia electrónica como alternativa a la prisión.⁶⁷

⁶⁴ A. Vitores y M. Domènech: “Telepoder: tecnologías y control penitenciario”, en *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. VIII, n.º 170 (44), 1 de agosto de 2004, pássim.

⁶⁵ Bernsmann: o. cit., p. 197.

⁶⁶ T. Weigend: “Sanktionen ohne Freiheitsentzug”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)* 1992, p. 363.

⁶⁷ En Suecia, dos tercios del catálogo de penas de prisión son inferiores a seis meses, en tanto que en Alemania sólo un tercio. En Suecia, de 13 000 condenados en 1997, unos 4 000 cumplieron su pena

Sin embargo, cuando tal arresto opera como pena principal, en el sistema continental podría repercutir en una ampliación del control social a sujetos que hasta ahora sólo hubieran sido castigados con pena de multa o se hubiesen beneficiado con la suspensión de la pena, de modo que la aplicación de un control telemático, lejos de ser una opción alternativa más humanitaria, se traduce en una carga y en una intensificación del control, pues cada vez son más numerosos los programas que no sólo imponen la vigilancia electrónica en sentido estricto, sino que la combinan con frecuentes visitas, cursos o terapias; en definitiva, todo un conglomerado de elementos punitivos y educativos.

En cambio, este problema no se plantea en términos relevantes cuando la vigilancia electrónica se contempla como nueva alternativa a penas de prisión incondicional, pues la fase de ejecución está gobernada por el fin preventivo-especial de resocializar al sujeto en la comunidad.⁶⁸ Ha de tratarse de compaginar el control telemático con los beneficios penitenciarios y con la posibilidad de alcanzar la libertad condicional o la suspensión condicional de la pena, de modo que, por ejemplo, no se puede obligar a cumplir una importante parte de la condena para beneficiarse del cumplimiento por vigilancia electrónica si antes de ese plazo pudiera salir en régimen de semilibertad o libertad completa. Es decir, que no se pueden agravar las condiciones de excarcelación por la implantación del mecanismo de la vigilancia electrónica.

2.3. Otra línea argumental crítica, especialmente en Alemania, considera que la vigilancia electrónica lesiona determinados derechos fundamentales del condenado y además provoca una desigualdad de trato entre distintos delincuentes.⁶⁹

2.3.1. El control tecnológico implica una peligrosa intromisión en la esfera privada del condenado, que afecta los siguientes derechos fundamentales: a la inviolabilidad de domicilio,⁷⁰ a la intimidad, al secreto a las comunicaciones, a la libre circula-

de hasta tres meses en forma de vigilancia electrónica. En cambio, en aquellos países donde apenas tenga incidencia práctica el cumplimiento incondicional de penas cortas privativas de libertad, no tendrá mucha repercusión el arresto domiciliario con vigilancia electrónica; cf. Haverkamp: o. cit., pp. 49-51 y 237.

⁶⁸ Hudy: o. cit., pp. 140 y 146-147; a su juicio, la alternativa del arresto domiciliario con vigilancia electrónica podría ser un adecuado instrumento en manos del juez cuando la gravedad de la culpabilidad del sujeto no fuera tan elevada como para imponer una pena de prisión incondicional.

⁶⁹ Sobre todo ello, con amplitud, Wittstamm: o. cit., pp. 182-203; F. Streng: "Modernes Sanktionenrecht", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 1999, p. 850; H. Ostendorf: "Die 'elektronische Fessel': Wunderwaffe im "Kampf" gegen die Kriminalität", en *ZRP* 1997, p. 476; Jolin-Rogers: o. cit., pp. 205 ss. No contemplan, sin embargo, lesión alguna a la Constitución ni a la normativa internacional, Weber: o. cit., pp. 237-256.

⁷⁰ Que se acrecienta en países como Gran Bretaña o Estados Unidos, donde los sistemas de vigilancia se relacionan con empresas privadas de seguridad, lo que puede conducir a una peligrosa privatización de la pena e incluso a una nociva confusión de los planos relativos a la ejecución estatal de la pena y al aspecto empresarial de las técnicas de seguridad. Con amplitud, Bernsmann: o. cit., pp. 19 ss.

ción, la libertad personal o la protección de datos.⁷¹ Alegan también razones de inhumanidad en la ejecución de una pena que degrada al sujeto a simple objeto de control, menoscabando la dignidad humana,⁷² y algunos autores llegan a calificar la vigilancia electrónica como una “moderna pena de picota”, en especial cuando el aparato es visible públicamente.⁷³

En cualquier caso, pensamos que no es posible asimilar ni comparar estos artificios contemporáneos con el sufrimiento corporal que las penas preilustradas pretendían infligir sobre el condenado, con una finalidad marcadamente intimidatoria; tampoco es equiparable la vigilancia electrónica al señalamiento público de la casa de un delincuente sexual, ni a los llamados *chain gangs*, consistentes en encadenar a varios condenados en lugares públicos de trabajo o en sesiones de terapia. Ha de colocarse el mecanismo electrónico en una zona corporal poco visible (por ejemplo, nunca debería ser un collar), con el fin de evitar al máximo la estigmatización social. Por el contrario, a diferencia de estos ejemplos, el hecho de portar el aparato transmisor carece del componente subjetivo de ser *expresión de menosprecio para la personalidad*, ni equivale en absoluto a una pena corporal ni a un trato inhumano o degradante que tenga un significado de castigo autónomo. Más bien existe acuerdo en todo lo contrario: que estamos ante un mecanismo que trata de impedir los daños físicos y psíquicos que suele provocar la prisión, con independencia de que se adopten todas las alertas necesarias ante los desafíos ético-jurídicos que pueda comportar la moderna tecnología para el respeto a derechos fundamentales.

2.3.2. En conexión con la dimensión axiológica del respeto a la dignidad humana también ha llegado a cuestionarse la inconstitucionalidad del empleo de sistemas de vigilancia por lesionar el *derecho fundamental a no autoinculparse (nemo tenetur se ipsum accusare)*. Contra esta afirmación cabe oponer que la finalidad esencial del control electrónico es fundamentalmente de naturaleza preventiva y resocializadora —evitar la comisión de nuevos delitos— y no claramente conducente a una determinación de culpabilidad ni a la autoincriminación. En sentido estricto, aunque el aparato registra con eficacia probatoria en contra del reo las infracciones al programa preestablecido, esto sólo es una consecuencia adicional de la vigilancia que no supone, sin más, en sentido técnico-jurídico, que el sujeto colabore activamente contra la propia causa.⁷⁴

⁷¹ Hay quienes advierten de que la vigilancia electrónica contribuye a crear un *hombre de cristal (gläsernen Menschen)*; sobre ello Haverkamp: o. cit., pp. 110 y 323, autor que rechaza esta visión.

⁷² Lindenberg: o. cit., p. 179. Entre nosotros, consideran este medio de control contrario a la dignidad humana Luzón Peña: o. cit., pp. 61-64; Escolar Marulanda: o. cit., pp. 218 ss.; Mapelli Caffarena: o. cit., p. 429. Por su parte, G. Landrove Díaz simplemente apunta que este tipo de control “bien pudiera afectar a derechos constitucionalmente reconocidos”; cf. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6.ª ed., Madrid, 2005, p. 64. La *Instrucción 13/2001 DGIP* determina que las medidas de control “no podrán atentar contra su dignidad” (p. 5).

⁷³ Streng: o. cit., p. 851.

⁷⁴ De esta opinión, por ejemplo, Hudy (o. cit., pp. 216-217), que hace referencia comparativa con la utilización de aparatos como el tacómetro en el ámbito del tráfico de camiones y otros vehículos

En conclusión, la doctrina absolutamente dominante estima que la vigilancia electrónica ligada a una pena de localización permanente o a la ejecución de cualquier otra no lesiona derechos fundamentales reconocidos; por el contrario, se trata de una medida menos lesiva y más humana frente a la prisión, en la que, dicho sea de paso, además de las rejas, muros y sistemas electrónicos de seguridad, también se instalan videocámaras y micrófonos en lugares estratégicos. No se superaría el examen de constitucionalidad si el empleo de cierta clase de mecanismos de vigilancia fuera degradante, por estigmatizar públicamente a su portador, por su ostensible visibilidad (por ejemplo, si se coloca en el cuello) o por tener capacidad para desencadenar castigos corporales o imponer restricciones físicas.

En todo caso, la menor intensidad de la intervención en la vigilancia electrónica con respecto a la tradicional ejecución penitenciaria podría llegar a justificar un cierto margen de injerencia tolerable, de acuerdo con la doctrina comúnmente aceptada de que los derechos fundamentales no se protegen de forma ilimitada sino en el marco de un proceso de ponderación de valores; en esta situación: el conflicto entre los intereses estatales y de seguridad pública y el titular de los derechos individuales afectados.

2.3.3. Por otra parte, la crítica relativa al *tratamiento desigual* de esta pena o a la *discriminación social* a la que pudiera dar lugar se debe a las diferentes capacidades económicas entre el círculo de sujetos destinatarios o beneficiarios de estas medidas, con lo que un buen número de ellos quedaría, de entrada, excluido de la posibilidad de participar de un programa de esta naturaleza por incumplir los requisitos que comúnmente se exigen y que sólo satisfacen sujetos con alta capacidad económica: domicilio propio o fijo, conexión telefónica y eléctrica y trabajo estable;⁷⁵ incluso, como ya hemos anticipado, algunos programas extranjeros contemplan una participación del sujeto en los costes para *contribuir a los gastos de ejecución del programa*.⁷⁶

Esta exigencia podría desembocar en un trato desigual entre empleados y desempleados, privilegiando a los mejor posicionados social y económicamente, por lo que es posible preguntarse si no se trata realmente de una *específica sanción de clase*⁷⁷ que podría evitarse, bien renunciando al pago si el sujeto no está en condicio-

de servicio público, cuya finalidad es contribuir a controlar el tiempo de conducción continuada y registrar excesos de velocidad con fines puramente preventivos en beneficio de la seguridad viaria. En el resultado, también Bernsmann: o. cit., p. 169; Haverkamp: o. cit., pp. 190-192. Entre nosotros, J. Sánchez-Vera Gómez Trelles (junto con C. Pérez del Valle y P. González Rivero): *El arresto de fin de semana en la legislación española. Problemas de fundamentación en una perspectiva práctica y alternativas a la situación actual*, Madrid, 2002, pp. 76-77.

⁷⁵ Así la Instrucción 13/2001, de la DGIP.

⁷⁶ En Suiza se concreta en 20 francos diarios (en el cantón de Tessin se imponen 10 francos), así como unos 50 francos mensuales por gastos de conexión telefónica que permita emitir señal al transmisor. De 5 a 10 \$ diarios de media en los programas estadounidenses. En Suecia, unos 6 \$ diarios, teniendo en cuenta los ingresos del sujeto; tal contribución se destina a un fondo de protección de víctimas. Sobre ello; cf. Hudy: o. cit., p. 40; Bernsmann: o. cit., p. 100; Weber: o. cit., pp. 179-180.

⁷⁷ Cf. Hudy: o. cit., p. 109.

nes de sufragarlo —averiguando, como suele hacerse en Estados Unidos o en Suecia, los ingresos mensuales del afectado y detrayendo cierta cantidad (de un modo similar al cálculo de nuestro sistema de día multa)—, o bien sustituyendo el pago diario con la obligación de participar en un programa ocupacional o en trabajos en beneficio de la comunidad. Pero esta solución, advierte Weber, podría constituir una especie de *bis in idem*, doble castigo, evitable, sin embargo, si se computa para el cumplimiento de la pena tanto la jornada de trabajo comunitario como el día bajo arresto domiciliario con vigilancia electrónica.⁷⁸

Por otro lado, según las dimensiones del domicilio —una vivienda familiar con amplio jardín, en una zona residencial o un modesto apartamento compartido con otros parientes—, el cumplimiento de la pena será mucho más confortable o no y permitirá, en su caso, una mayor libertad de movimientos.⁷⁹ Pero esta situación es un reflejo de las propias desigualdades sociales, que no implica una discriminación inconstitucional.

Finalmente, se advierte también que esta pena puede convertirse en un *castigo indirecto para el resto de los familiares* que comparten el domicilio, por las molestias que genera esa “prisonalización total de la morada” (llamadas telefónicas o visitas para la comprobación de permanencia) y el estrés provocado por la vigilancia electrónica, la tensión intrafamiliar y la agresividad que el condenado puede trasladar al resto de los sujetos por la frustración de no poder abandonar la casa, pasear con los hijos o realizar cualquier otra actividad cotidiana, o ante la estigmatización del transmisor, si fuera visible en época estival o al hacer deporte. Todo ello, según algunos autores, puede desembocar en posibles problemas psicológicos o traumas para el sujeto.⁸⁰

5. Requisitos, selección de los destinatarios y ámbito de aplicación

No existe plena coincidencia en los distintos modelos con relación a los requisitos exigidos ni cuál ha de ser el perfil de los grupos de destinatarios para participar en un programa de vigilancia electrónica, ni tampoco el ámbito material de aplicación, aunque sí pueden observarse determinados presupuestos comunes.

1. Con relación a los destinatarios, en primer lugar, existe acuerdo en que no es viable generalizar indiscriminadamente este sistema de control a cualquier condena-

⁷⁸ Weber: o. cit., pp. 250-252.

⁷⁹ Weber: o. cit., pp. 98-99; Ostendorf: o. cit., p. 476; Kuhn y Madignier: o. cit., pp. 671 ss., 674.

⁸⁰ Esta preocupación no ha escapado a los tratadistas en estos temas. El estrés inherente a la vigilancia electrónica es destacado por M. Krahl: “Der elektronische überwachte Hausarrest”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* n.º 10, 1997, p. 460, por lo que se aconseja que el periodo máximo de vigilancia electrónica no sea excesivamente largo; si bien la conclusión apunta por la ausencia de diagnósticos sobre efectos negativos en la salud psíquica. Cf. sobre ello Hudy: o. cit., pp. 113-115.

do, por muy sofisticados que sean los mecanismos técnicos de seguimiento. Precisamente, uno de los principales factores de los que dependerá el éxito de los resultados de la ejecución de la pena radica en una cuidadosa preselección de los sujetos participantes en el programa.

La Instrucción 13/2001 DGIP indica que la decisión “debe ser lo más objetiva posible y requiere de una evaluación detallada y global por parte de la Junta de Tratamiento que debe tener en cuenta factores de carácter personal, social delictivo y penal”. Entre estos factores destaca los siguientes: permanencia en tercer grado de tratamiento durante el periodo mínimo necesario que permita valorar la capacidad de autorresponsabilidad del interno en el medio abierto, valoración positiva en las distintas evaluaciones relativas al cumplimiento de los objetivos de su programa individualizador de tratamiento, no ser objeto su actividad delictiva de una especial alarma social, disponer de situación estable en los ámbitos laboral, sociofamiliar y personal, así como pronóstico favorable de reinserción a efectos de su libertad condicional (pp. 3-4).

La experiencia comparada parece demostrar que el arresto domiciliario con vigilancia electrónica es una medida idónea sólo para un grupo relativamente reducido de personas; por esta razón, se habla de una clara contradicción entre la finalidad resocializadora de la vigilancia electrónica y el perfil del *vigilado ideal* susceptible de incorporarse a un programa de esta naturaleza. Por otro lado, ante este panorama, la vigilancia electrónica tampoco parece resolver en términos relevantes el problema de la sobrepoblación carcelaria y el ahorro de costes.

En la mayoría de los países, si las instancias penitenciarias consideran idóneo a un condenado, se le comunica un ofrecimiento para participar en un programa de vigilancia electrónica, indicándole las condiciones y el cumplimiento de un plan diario.⁸¹ El sujeto ha de prestar su *consentimiento* expreso y firmado por escrito, e incluso se cuestiona si las personas que comparten el domicilio del vigilado han de manifestar también su conformidad con estas medidas,⁸² dado que ciertos programas contemplan un seguimiento intenso por los órganos encargados de la ejecución o por

⁸¹ En España, el equipo técnico de la prisión informa sobre la idoneidad del sujeto a la Junta de Tratamiento y ésta eleva la propuesta a la Subdirección General de Gestión Penitenciaria, que será la que finalmente autorice o no la medida de monitorización telemática. Una vez cumplimentada la tramitación, el centro penitenciario dispondrá todo lo necesario para instalar los correspondientes dispositivos en la casa del sujeto.

⁸² La Instrucción 13/2001 DGIP sí lo exige: “[...] el interno debe aceptar de forma expresa someterse a las condiciones de aplicación de los dispositivos telemáticos que establezca la Administración, de las que habrá sido suficientemente informado con anterioridad. Los miembros adultos de la unidad familiar que residan en el domicilio en el que se lleve a cabo la instalación deben mostrar, de forma igualmente expresa, su consentimiento con el establecimiento y desarrollo de esta materia” (p. 8).

el equipo de trabajadores sociales que se traduce en llamadas telefónicas y visitas inesperadas o anunciadas inmediatamente antes de producirse.⁸³

A los requisitos generales de disfrutar de unas condiciones socioeconómicas mínimas ya apuntadas —domicilio permanente, conexión telefónica,⁸⁴ puesto de trabajo adecuado y estable⁸⁵ y, en algunos casos, capacidad para poder contribuir económicamente con los costes de la vigilancia— se añaden otros elementos significativos que tienen en cuenta el pronóstico favorable de resocialización: que no presente riesgo de fuga ni peligro para la seguridad pública, que no se trate de un delincuente habitual, ni de un sujeto con adicción al alcohol o a otras sustancias tóxicas (ya que el arresto domiciliario, en sí mismo, no puede impedir el consumo), que no haya cometido un delito violento o especialmente grave —por ejemplo, contra la libertad sexual, tráfico de drogas o los relacionados con la criminalidad organizada— ni padezca algún tipo de anomalía o alteración psicológica relevante.⁸⁶

El sistema español de control telemático no prohíbe de entrada la participación en estos programas a sujetos condenados a penas de larga duración; basta, entre otros requisitos, que el condenado se encuentre clasificado en tercer grado de tratamiento. No obstante, la repetida Instrucción 13/2001 DGIP indica que la Junta de Tratamiento deberá elaborar un informe-propuesta sobre la “capacidad de autorresponsabilidad del interno en medio abierto”, una “valoración positiva en su programa individualizado de tratamiento” y “no haber cometido un delito de especial alarma social”, además de “poder tener un pronóstico favorable de reinserción”. La decisión es adoptada por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, cuyas medidas serán revisadas cada tres meses.

⁸³ Así, Haverkamp: o. cit., pp. 16-17, 92 y 183; según este autor, la exigencia de consentimiento vendría impuesta por el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. En Suecia, en primer lugar, si el condenado es menor de edad la vigilancia electrónica precisa de autorización familiar, y, en segundo lugar, también se exige consentimiento del pariente que cohabita, excluyéndose la ejecución de vigilancia electrónica si éste se niega o si se ha producido un delito contra un familiar con el que comparte domicilio (p. 128).

⁸⁴ Hudy sintetiza esta exigencia con la expresión: *no home, no phone, no program*; cf. Hudy: o. cit., p. 44. En Suecia, se considera suficiente el alojamiento transitorio en el domicilio de parientes o el hospedaje permanente en una autocaravana o en un barco vivienda; cf. Haverkamp: o. cit., p. 129.

⁸⁵ En algunos países se considera suficiente una ocupación a media jornada, admitiéndose también que el sujeto realice cursos de formación, actividades académicas, etcétera, e incluso en caso de rentistas o desempleados el requisito del empleo estable se sustituye con el cumplimiento de actividades sociales gratuitas. En Alemania, en los programas de Baja Sajonia, la falta de trabajo no se ha considerado una condición esencial. Las primeras experiencias desarrolladas en Gran Bretaña que admitieron la participación de condenados sin domicilio legal estable ni trabajo se calificaron directamente de “desastre”; cf. Lindenberg: o. cit., p. 151; Haverkamp: o. cit., pp. 18 ss., 70 ss., 292 ss.

⁸⁶ La Instrucción 13/2001 DGIP indica que “no es aconsejable la inclusión de aquellos internos que presentan rasgos comportamentales que requieren la aplicación de un programa de intervención especializada de los contemplados en el artículo 116 del Reglamento, sin que hayan llegado a alcanzarse, de forma satisfactoria, los objetivos terapéuticos perseguidos” (p. 4).

En definitiva, normalmente, el perfil sería el de un delincuente socialmente integrado e implicado en ámbitos de criminalidad leve y de mediana gravedad y, en todo caso, castigado con una pena corta de prisión o de cuyo cumplimiento total le reste poco tiempo (*low risk offender*); asimismo, se considera un grupo idóneo de destinatarios a los ancianos, impedidos y enfermos crónicos, así como madres y mujeres embarazadas.⁸⁷ En términos cuantitativos, tanto en Estados Unidos como en Europa (significativamente en Suecia) los delitos de tráfico han sido el campo de aplicación por excelencia y son los que han despertado mayor interés para implantar la vigilancia electrónica—conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas, así como sin el correspondiente permiso—,⁸⁸ entre otras razones debido a la preocupación por el elevado incremento que estos delitos han experimentado entre los jóvenes, respecto de los que la vigilancia electrónica evitaría la desocialización y el contacto carcelario.

A finales de los años ochenta, otros proyectos estadounidenses, paradójicamente en contra de la extrema severidad punitiva que contempla y demanda aquella sociedad, así como en Holanda, han operado con criterios menos rígidos y permiten ampliar el círculo de potenciales beneficiarios con la entrada de otros grupos de delincuentes, de mayor riesgo (*middle risk offenders* o *higher risk offenders*) y en el marco de la suspensión del cumplimiento restante de la pena, quienes cuentan, por tanto, con un pronóstico de resocialización más incierto: responsables de delitos contra la propiedad y socioeconómicos, tráfico de drogas o incluso en aquellos casos en los que ha mediado un componente de violencia o intimidación (por ejemplo, lesiones corporales, coacciones, amenazas...), pero normalmente en el marco de una excarcelación anticipada (sistema *back-door*) o como mecanismo de control alternativo a la prisión provisional.⁸⁹ La experiencia americana en este punto ha dado lugar a resultados contradictorios, aunque se han obtenido datos altamente positivos en la reducción de los índices de reincidencia con relación al tratamiento de toxicómanos y jóvenes delincuentes, especialmente en los programas materializados con un seguimiento cercano al afectado, combinado con terapias adecuadas e individualizadas.⁹⁰

2. Por lo que respecta al apartado de los ámbitos normativos de aplicación del arresto domiciliario con vigilancia electrónica, aunque no es una sanción idónea ni practicable para cualquier sector de la criminalidad, teóricamente permite un extenso

⁸⁷ Nuevamente, la Instrucción 13/2001 DGIP precisamente reconoce que pueden existir “circunstancias específicas de índole personal, familiar, sanitaria, laboral, tratamental u otras análogas” que merecen una atención particular; algunas de ellas podrían ser “las madres con hijos” (teniendo en cuenta el interés del menor), “las convalecencias médicas”, “las condiciones laborales especiales” (pp. 3-4).

⁸⁸ En algunos estados federales norteamericanos no pueden beneficiarse de una suspensión condicional de la pena.

⁸⁹ Hudy: o. cit., pp. 52-53, 58, aunque concluye que estos preceptos con personas de mayor riesgo han fracasado, p. 78. Haverkamp: o. cit., p. 18.

⁹⁰ Bernsmann: o. cit., pp. 104-106.

abanico de ámbitos de intervención y es susceptible de implantarse a lo largo de casi todas las fases del procedimiento penal y de la ejecución de la pena. Entre las distintas áreas procesal-penales a las que la doctrina vincula el control telemático se barajan las siguientes.

Como ya hemos dicho, en España se exige que el condenado se encuentre en tercer grado de cumplimiento. Pero en los sistemas del derecho comparado, la praxis y la doctrina proponen esta vía en el marco de la suspensión condicional de la pena; al inicio del cumplimiento de ésta o después de haber cumplido en prisión una parte de la condena. Se discute sin acuerdo la idoneidad de la vigilancia electrónica como alternativa de la prisión provisional en el curso de la investigación.⁹¹ Esta opción quizás resulte poco adecuada, ya que los fines de la prisión preventiva —evitar el riesgo de fuga, de reincidencia y ocultación de pruebas— no puede garantizarse bajo un sistema de vigilancia consistente en portar un simple brazalete electrónico, que no implica ninguna barrera física sino que, a lo sumo, facilitaría la detención más rápida del fugado.⁹²

6. Incumplimiento

El incumplimiento del plan marcado en el programa ha de sancionarse en función de su gravedad. Prescindiendo de los casos leves o de mera bagatela, para los que bastaría una mera amonestación o advertencia, el margen de tolerancia ante las infracciones ha de ser mínimo; éstas exigen una reacción clara y enérgica, con el fin de evitar el descrédito del sistema de vigilancia electrónica como alternativa a la prisión.

La reiteración de infracciones —retrasos continuados relevantes— o los casos especialmente graves —consumo de alcohol o drogas, resistencia a las visitas de control, intentos de manipulación del mecanismo, comisión de un delito— han de sancionarse con la interrupción del programa de vigilancia o su prolongación durante más tiempo del inicialmente previsto, la imposibilidad de acogerse a él nuevamente en el futuro y, en los casos más graves, el reingreso del condenado en prisión para el cumplimiento del resto de la pena.⁹³ La Instrucción 13/2001 DGIP indica que los incumplimientos del horario aprobado y los desperfectos causados a los equipos se consideran infracciones graves que acarrearán la “baja en el programa”; además, el director del Centro Penitenciario puede decidir la “suspensión cautelar de la aplicación del segui-

⁹¹ En Estados Unidos constituye una opción más de los programas extrajudiciales de diversión. También ha sido aplicado en Gran Bretaña en algunos proyectos de 1989 y 1990. En Suecia, la vigilancia electrónica como sustitutivo de la prisión provisional ha dado resultados negativos; cf. Wittstamm: o. cit., p. 45, y Haverkamp: o. cit., p. 519.

⁹² De esta opinión, Bernsmann: o. cit., pp. 106-107 y 147. Entre nosotros, a favor, R. Parés i Gallés: “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”, en *Revista del Poder Judicial* n.º 46, 1997, pp. 259 ss., p. 270.

⁹³ Así, Haverkamp: o. cit., pp. 134-135.

miento telemático cuando existan circunstancias que comprometan el buen desarrollo del mismo o la situación del propio interno o de las personas que convivan con él”.

Algunos proyectos americanos han propuesto también introducir un nuevo tipo penal que incrimine los incumplimientos más graves del programa. De este modo, se reforzaría a los ojos de la colectividad y del propio vigilado el carácter punitivo del arresto domiciliario con vigilancia electrónica, lo que contribuiría a intensificar el fin intimidatorio y redundaría, teóricamente al menos, en un afianzamiento de la obediencia a la norma. Sin embargo, la mayoría de los juristas no se muestran partidarios de una tipificación de estas características.⁹⁴

En España, además, podría ser de aplicación lo dispuesto en artículo 37-3 del CP respecto de la pena de localización permanente, según el cual, “Si el condenado incumpliera la pena, el juez o tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el artículo 468”.

7. Conclusiones

La introducción de mecanismos de control electrónico en el ámbito penal y penitenciario, surgidos al compás de los avances tecnológicos, constituye ya una realidad indiscutible en el panorama español e internacional. Incluso, los resultados empíricos de los ensayos desarrollados en los distintos países han sido positivos y, en alta medida, esperanzadores.

Probablemente, sin embargo, son numerosos los aspectos que necesitan reflexión. En primer lugar, resulta imprescindible un pormenorizado desarrollo legislativo, que determine con taxatividad la regulación de la vigilancia electrónica en el ámbito penal. Dado que el empleo de estos sofisticados mecanismos de control supone una actuación sobre el cuerpo del afectado, con capacidad pues para interferir en determinados derechos fundamentales, se exige inexcusablemente que la normativa tenga el rango de ley orgánica. La sola mención legal o una regulación escasa no conducirían más que a reproches de inconstitucionalidad, como está sucediendo en el ámbito de las intervenciones telefónicas.⁹⁵ Quizás, al no existir, por el momento, cobertura legal para el control telemático durante la ejecución de la pena de localización permanente, se tenga que recurrir al polémico control policial, solución apuntada en la circular de la Fiscalía General del Estado, que indica: “podrá utilizarse el tradicional medio de con-

⁹⁴ Haverkamp: o. cit., pp. 315-316 y 420, indica que el 80% de las respuestas a una encuesta entre juristas expertos prácticos en este campo opinan que no debe tipificarse como delito autónomo el incumplimiento.

⁹⁵ Así, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18-2-03, *Prado Burgallo contra España*, con respecto al artículo 579 de la LECrim., por vulnerar el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en parecidos términos, la STS 22-1-03 y la STC 184/2003, de 23 de octubre.

trol a través de la personación, sin previo aviso, en los días determinados para el cumplimiento, en el domicilio designado, de miembros de la policía judicial, comprobando si el penado se encuentra en el mismo”.

Por otro lado, sólo se respetarán los postulados constitucionales siempre que respondan al principio de necesidad, gobernado por el criterio de la intervención menos lesiva posible; así mismo, estos dispositivos deberán tener una configuración externa carente de estigmatización social, situados en zonas corporales del afectado mínimamente visibles, de modo que no afecten a la dignidad humana. Pero entendemos que la existencia y aplicación de sistemas telemáticos de control no supone una directa vulneración de la Constitución.

En segundo lugar, el control electrónico se justifica si encierra un claro componente punitivo que sea compatible, además, con los fines de la pena. En este sentido, deberá servir para resocializar y para prevenir. De ahí que se trate de una alternativa complementaria y razonable a las penas tradicionales privativas de libertad, aunque exige una cuidadosa selección de los sujetos participantes, de modo que no puede generalizarse como una solución de masas. El perfil del sujeto debe responder a una situación en la que exista un pronóstico favorable de no reincidencia, teniendo especialmente en cuenta la naturaleza del delito cometido; este dato, entre otras cosas, contribuiría además a no incrementar el sentimiento de inseguridad en la población y a evitar fracasos generalizados en la ejecución de los programas que menoscabarían el crédito del sistema de vigilancia electrónica.

Por otro lado, han de combinarse las medidas técnicas estrictas de control y vigilancia con un seguimiento individualizado y el desarrollo de medidas de acompañamiento de corte resocializador (terapias, jornadas formativas, controles de consumo de alcohol o drogas, etcétera), potenciando el contacto humano con el condenado.

En principio, los ámbitos de aplicación de la vigilancia electrónica pueden ser muy diversificados: como sustitutivo al impago de una pena de multa ante una delicada situación económica del condenado; cuando el sujeto haya cumplido ya una buena parte de la condena y existan pronósticos favorables de resocialización en la modalidad de cumplimiento de vigilancia electrónica para la fase final de penas de larga duración; también como pena principal como alternativa al cumplimiento de penas cortas de prisión de duración no superior a tres o seis meses.

VI. Derechos humanos regionales e internacionales

- *Sergio García Ramírez (México)*
Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana
- *Rudolf Dolzer (Alemania)*
El derecho del acusado a un juicio justo según la Convención Europea de Derechos Humanos
- *Gerardo Briceño (Venezuela)*
Reaccionarismo penal frente al ¿terrorismo?
- *Rolando E. Gialdino (Argentina)*
La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus reglamentos
- *Susana Mosquera Monelos (España)*
El desarrollo jurisprudencial del sistema comunitario de protección de los derechos humanos: la experiencia europea
- *Enrique S. Petracchi (Argentina)*
Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina
- *Fabián Ferreira, Mariano Capel, Paula Harrington, Magali Miranda, Federico Robledo y Daniel Tur (Argentina)*
Paisajes de una Argentina invisible

- *Claudio Nash Rojas (Chile)*
Los derechos fundamentales: el desafío para el constitucionalismo chileno del siglo XXI
- *Adrian Oelschlegel (Alemania)*
El Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en Perú. Un resumen crítico respecto a los avances de sus recomendaciones

Sergio García Ramírez (México) *

Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana**

Introducción:

Debido proceso adjetivo y sustantivo. Preceptos de la Convención Americana (CADH)

En un cuarto de siglo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteI-DH o Corte) ha acuñado una variada y estimable jurisprudencia. Los criterios alojados en ésta trascienden cada vez más los casos planteados ante ese tribunal y se proyectan hacia la legislación, la jurisprudencia y la práctica de los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre todo aquellos que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte. Ésta es la principal aportación de la justicia interamericana, que no podría resumirse solamente en la solución de un reducido número de casos particulares —no obstante su notoria importancia— ni actuar como última instancia de los procesos iniciados y desarrollados ante la jurisdicción interna.¹ La recepción nacional de la jurisprudencia internacional constituye un factor

* Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (período 2004-2006). Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y miembro de la Junta de Gobierno de la Universidad Nacional Autónoma de México. <sgr@servidor.unam.mx>

** Presentación en el XII Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina. “Las garantías constitucionales del debido proceso penal”. Punta del Este, Uruguay, 10-14 de octubre de 2005. Expreso mi reconocimiento a las abogadas Paula Lizano, que elaboró el glosario de jurisprudencia de la Corte Interamericana al que he recurrido para los fines de esta exposición, complementada con resoluciones recientes todavía no abarcadas en aquél, y Ona Flores, que me auxilió en la verificación de las referencias sobre opiniones consultivas y sentencias.

¹ En la presentación que hice, como presidente de la Corte Interamericana, en la Asamblea General de la OEA en Fort Lauderdale, Florida (Estados Unidos), en junio de 2005, me referí a este punto, que he mencionado en otros informes ante órganos de gobierno de la OEA, en los siguientes términos: “la verdadera trascendencia de [los] pronunciamientos [de la Corte] radica en la influencia que

crucial en el sistema tutelar de los derechos humanos,² considerado en su conjunto: unión de normas, medios e instrumentos nacionales e internacionales.³ Así lo aprecia, por lo que respecta a su propia función, la Corte Europea.⁴ A su turno, los tribunales nacionales procuran —por diversas vías, que no pretendo exponer aquí— la conformidad de las soluciones locales con los criterios continentales.⁵

tienen en la orientación de leyes, decisiones judiciales, programas administrativos y prácticas nacionales. Por ello es alentador advertir —y me satisface hacerlo ante los representantes de los Estados Americanos— la creciente recepción de las resoluciones y los criterios de la Corte por parte de los tribunales nacionales. Comienza a establecerse el indispensable puente entre la jurisdicción nacional y la internacional. Esto constituye uno de los datos más positivos y definitorios de la actual etapa. Debe ser subrayado, porque acredita la voluntad jurídico-política de mejorar la protección de los derechos humanos y fortalecer la jurisdicción interamericana construida por la decisión soberana de los Estados”. En <<http://www.corteidh.or.cr/public/discursos.html>>.

² Cf. Carlos M. Ayala Corao: “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”, en Varios: *Jurisdicción constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000, Realidades y perspectivas*, Bogotá: Corte Constitucional; Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa; Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Fundación Konrad Adenauer, 2001, pp. 172 ss.

³ En otras oportunidades he sugerido revisar el concepto que se maneja regularmente acerca del *sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, que en rigor se halla fincado en determinadas convicciones compartidas (que constan en la Carta de la OEA, la Declaración de 1948 y la Convención de 1969), un *corpus juris* creciente, determinados agentes o protagonistas y un movimiento coincidente de éstos en procuración de fines comunes. En la presentación ante la Asamblea General a la que aludí en n. *supra*, subrayé que “el sistema interamericano protector de los derechos humanos no se resume en la Comisión y la Corte. Es mucho más que esto. Los Estados y la Organización son elementos fundamentales del sistema. Lo son la sociedad civil y sus instituciones. Por lo tanto, los pasos adelante debieran plantearse y conseguirse en toda la línea de ese horizonte. Sólo así serán suficientes, persistentes y efectivos”. En <<http://www.corteidh.or.cr/public/discursos.html>>.

⁴ En la sentencia del 18 de enero de 1978, sobre el caso *Ireland vs. United Kingdom* (Serie A, n.º 25, párrafo 154), la Corte Europea hizo ver que sus resoluciones no “sirven solamente para decidir los asuntos sujetos a su conocimiento, sino, más ampliamente, para dilucidar, salvaguardar y desarrollar las reglas establecidas en la Convención (Europea), contribuyendo así a la observancia, por parte de los Estados, de los compromisos contraídos por éstos como partes en la Convención”. Cit. Polakiewicz: “The execution of Judgements of the European Court of Human Rights”, en Robert Blackburn & Jörg Polakiewicz: *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its Member States, 1950-2000*, Oxford University Press, 2001, p. 72. Mireille Delmas-Marty señala que “la aportación directa [del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho comparado], en caso de condena por [aquél], consiste en revelar las debilidades del proceso penal nacional. Indirectamente ha de añadirse la indicación de una cierta concepción del proceso penal que podría calificarse de concepción europea”. “Introducción” a Mireille Delmas-Marty (dir.): *Procsos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, trad. Pablo Morenilla Allard, Zaragoza: Eijus, 2000, p. 33.

⁵ En lo que toca a Europa, cf. Jörg Polakiewicz: “The Status of the Convention in National Law”, en Blackburn & Polakiewicz: *Fundamental Rights...*, o. cit., p. 52. Esto no implica que dichos tribunales invoquen apenas el artículo 6.º de la Convención, referente a la materia que ahora interesa, sino que consideren los criterios sobre estos extremos aportados por la Corte Europea en los casos de los que ésta ha conocido. Cf. *ibídem*, p. 51.

Los temas del debido proceso han figurado con gran frecuencia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁶ tanto contenciosa como consultiva. Aquélla está dotada de fuerza vinculante para los fines del caso *sub judice*,⁷ así como de trascendencia en la formación de normas, resoluciones y prácticas nacionales,⁸ y la segunda funge como criterio relevante para la interpretación de disposiciones internacionales aplicables en los Estados americanos.⁹ Algunos tratadistas¹⁰ y ciertas resoluciones jurisdiccionales nacionales¹¹ consideran que las opiniones

⁶ Al final de este trabajo aparece la relación de opiniones consultivas y sentencias de la Corte Interamericana a las que se alude en las notas a pie de página. Debe entenderse que las sentencias mencionadas en éstas son resoluciones sobre el fondo de las respectivas controversias, salvo cuando se identifiquen en la propia nota como sentencias sobre excepciones preliminares o reparaciones, o como resoluciones acerca de medidas provisionales. Sólo aludo a sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos y opiniones de diversos órganos internacionales, así como a instrumentos que no corresponden al sistema interamericano, cuando han sido invocados por sentencias u opiniones de la CorteIDH mencionadas en este trabajo.

⁷ La Convención Americana sobre Derechos Humanos (a la que me referiré como Convención Americana, Convención o CADH), de la que son parte la mayoría de los Estados del continente, establece la eficacia vinculante de las resoluciones de la Corte: compete a ésta interpretar y aplicar la Convención (así como otros instrumentos que le reconocen competencia: Protocolo de San Salvador y convenciones sobre tortura y desaparición forzada) en ejercicio de su competencia contenciosa (artículo 62); “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable” (artículo 67), y “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

⁸ Trascendencia que proviene de que los Estados han reconocido —a menudo desde el plano constitucional— la vigencia del tratado internacional por lo que toca a su orden interno, y de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos “es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (artículo 1 del Estatuto de la Corte, de 1979). En un creciente número de resoluciones judiciales nacionales se reconoce la función de la Corte como intérprete calificada de la Convención, y por lo tanto se acogen sus determinaciones a título de criterio eficaz para establecer el sentido de las normas de aquélla en lo que concierne a su aplicación en el plano interno.

⁹ Es así que se produce, cada vez más, la integración del orden internacional y los órdenes nacionales por diversos medios; a la cabeza figura el “puente” que tienden las propias Constituciones internas. Cf. Susana Albanese: *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires: La Rocca, 1992, pp. 115-116.

¹⁰ En lo que toca a tratadistas, cf., por ejemplo, Héctor Faúndez Ledesma: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José (Costa Rica): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Autoridad Noruega para el Desarrollo Internacional y Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 3.ª ed., 2004, pp. 991-993, que difiere del concepto de la propia Corte acerca del alcance de las opiniones consultivas, y Alonso Gómez Robledo, quien asegura que las opiniones de la CorteIDH “poseen [...] *force de droit* en lo general, ya que son susceptibles de conllevar ciertos efectos jurídicos a la par que ciertas Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas”. *Derechos humanos en el sistema interamericano*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 2000, p. 46.

¹¹ En este sentido, la Sala IV de la Corte Suprema de Costa Rica, a propósito de la opinión consultiva OC-5/85, sobre *La colegiación obligatoria de periodistas* —opinión requerida por Costa Rica—, en la sentencia dictada a propósito de la acción de inconstitucionalidad n.º 412-S-90, el 13 de

consultivas poseen, asimismo, eficacia vinculante, aun cuando no es éste el parecer prevaleciente en un sector de la doctrina¹² y en las decisiones de la propia Corte.¹³

También la Corte Europea ofrece testimonio sobre la abundante presencia de cuestiones vinculadas con el debido proceso, con gran acento en la vertiente penal.¹⁴ Algunos analistas nacionales destacan la frecuencia de casos planteados a esa Corte sobre puntos del enjuiciamiento,¹⁵ como también la de asuntos conocidos por la jurisdicción nacional a partir del artículo 6.º de la Convención de 1950, relativo a la materia que ahora nos ocupa.

noviembre de 1985. Sobre los antecedentes de este asunto en el pensamiento del doctor Rodolfo Piza, primer presidente de la Corte Interamericana y luego magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, cf. Thomas Buergenthal: "Recordando los inicios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista IIDH*, n.º 39, enero-junio 2004, p. 20.

¹² Cf., por ejemplo, Thomas Buergenthal y Alexandre Kiss: *La protection internationale des droits de l'homme*, Kehl-Strasbourg-Arlington: N. P. Engel, 1991, pp. 120-121. En su análisis de la materia, los autores destacan, no obstante, el valor de las opiniones de la Corte en su calidad de autoridad judicial a la que se atribuye competencia para interpretar y aplicar la Convención Americana. Buergenthal hace notar que "el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones internacionales no depende tanto del carácter formal de un fallo y de su ejecutoriedad abstracta. Mucho más importante es su impacto como fuerza capaz de legitimar la conducta gubernamental y la percepción de los gobiernos acerca del precio político que el no cumplimiento puede conllevar". "El sistema interamericano para la protección de los derechos humanos", en *Anuario Jurídico Interamericano. 1981*, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría de la Organización de los Estados Americanos, Washington DC, 1982, p. 147.

¹³ Esta, en la opinión consultiva OC-1/82, sobre "*Otros tratados*" objeto de la función consultiva de la Corte, del 24 de septiembre de 1982 —Serie A, n.º 1— señaló que "las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención", párrafo 51.

¹⁴ Oscar Schiappa-Pietra observa que el artículo 6.º de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)— precepto que establece las normas primordiales del debido proceso— "es el que ha merecido mayor número de casos (ante el sistema europeo de protección de los derechos humanos), en comparación con todos los demás derechos reconocidos por la CEDH. "Notas sobre el debido proceso en el marco del sistema regional europeo para la protección de los derechos humanos", en Fabián Novak y Julissa Mantilla: *Las garantías del debido proceso. Materiales de enseñanza*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Centro de Estudios Internacionales, y Embajada Real de los Países Bajos, 1996, p. 145.

¹⁵ Mencionados sólo como ejemplos, cf., por lo que toca a Francia, Catherine Dupré: "France", en Blackburn & Polakiewicz, *Fundamental Rights...*, o. cit., p. 325, y en lo que respecta a Italia, con énfasis en los problemas del "plazo razonable" —tema al que me refiero, *infra*, en la parte correspondiente a la jurisprudencia de la Corte Interamericana—, Enzo Meriggiola: "Italy", *ibidem*, pp. 487-488 y 501. Acerca de España, Guillermo Escobar Roca observa que el artículo 6 es el precepto de la Convención más frecuentemente invocado ante la Corte Constitucional de este país. Cf. "Spain", *ibidem*, p. 817. Las violaciones del plazo razonable y del derecho de defensa son las más frecuentemente invocadas, en materia procesal penal, ante la Corte Europea, así como los problemas que suscita el derecho a un tribunal independiente e imparcial. Cf. Delmas-Marty: "Introducción", en *Procesos penales europeos...*, o. cit., p. 34.

De hecho, esta materia se halla presente en la mayoría de las sentencias sobre asuntos contenciosos¹⁶ y en un buen número de opiniones consultivas¹⁷ del tribunal interamericano. Todo hace suponer que la reflexión jurisdiccional acerca del debido proceso, un concepto crucial para la tutela de los derechos humanos,¹⁸ colocado en la difícil convergencia entre el interés individual y el apremio social,¹⁹ no disminuirá en el futuro cercano.

Desde luego, los órganos del sistema interamericano, que exploran las cuestiones del debido proceso frente a los casos de los que conocen o a las consultas que se les dirigen, no son ajenos al estudio y a la solución de los problemas que aquél suscita en el propio procedimiento interamericano de protección de los derechos humanos. Al respecto, algunos estudiosos han expresado puntos de vista críticos.²⁰ Considero que

¹⁶ En la estadística general de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que abarca los casos de los que ésta ha conocido entre 1979, fecha de instalación del Tribunal, y 2005, se ha declarado la existencia de violación del artículo 8 de la Convención (“Garantías judiciales”) en 43 litigios, y la del artículo 25 (“Protección judicial”) en 40. No existe la misma frecuencia en lo que respecta a otros preceptos de la Convención, cuyas cifras, en orden descendente, son: 34 de violaciones del derecho a la integridad (artículo 5), 28 del derecho a la libertad (artículo 7) y 26 del derecho a la vida (artículo 4). En estos últimos supuestos es preciso tomar en cuenta que diversas violaciones de los artículos 4, 5 y 7 implican vulneraciones en el curso de procedimientos penales internos, como se menciona en el cuerpo de este artículo. Víctor Manuel Rodríguez Rescia destaca que “el derecho a un debido proceso es el derecho humano más comúnmente infringido por los Estados y la forma más usual en que los operadores judiciales hacen incurrir al Estado en responsabilidad internacional”. “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en Varios, *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, San José (Costa Rica): Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. II, p. 1296.

¹⁷ En este trabajo doy cuenta pormenorizada de los temas del debido proceso que aborda la jurisprudencia de la CorteIDH, mediante notas de pie de página. En cuanto a las opiniones consultivas de fechas recientes, son particularmente relevantes, en torno a esta materia, la OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, en torno a *El derecho a la información sobre la asistencia consular*, serie A, n.º 16, y la OC-17/02, del 28 de agosto de 2002, a propósito de *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opiniones que cito ampliamente *infra* y a las que acompañé *votos concurrentes* que también menciono en este trabajo.

¹⁸ “El debido proceso es una piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos; es, por excelencia, la garantía de todos los derechos humanos y un requisito *sine qua non* para la existencia de un Estado de derecho.” Cecilia Medina Quiroga: *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, San José (Costa Rica): Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2003, p. 267.

¹⁹ El debido proceso —advirtió Ricardo Levene (h)— “tiene que tratar y lograr la armonía de los dos grandes intereses en juego, el interés social, conmovido, perjudicado, dañado, atemorizado por la comisión de un delito, y el interés individual, puesto en peligro por su sometimiento a un proceso [...] Aquí tenemos que buscar (la) conjugación armoniosa de los intereses sociales con el interés individual, y de aquí surge lo que nosotros llamamos ‘El debido proceso penal’”. *El debido proceso penal y otros temas*, San José (Costa Rica): Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) y Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 1981, p. 27.

²⁰ Así, por ejemplo, Thomas Buergethal y Douglass Cassell: “The Future of the Inter-American Human Rights System”, en Juan E. Méndez y Francisco Cox (eds.): *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, pp. 548-

tanto la Comisión como la Corte se han movido en sentido favorable a la recepción del debido proceso en sus ordenamientos —a través de frecuentes reformas reglamentarias— y en sus prácticas.

En fin de cuentas, hoy día existe un panorama renovado del debido proceso, en constante revisión y precisión, que se ha visto fuertemente influido por el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia proveniente de los tribunales que tienen a su cargo la interpretación y aplicación de los tratados sobre esta materia. El debido proceso, bajo alguna expresión que recoge las mismas exigencias —por lo general, *fair trial* en la versión inglesa de los instrumentos—, tiene carta de naturalización en el derecho internacional de los derechos humanos.²¹ Se ha considerado, por ello, que tenemos a la vista un nuevo paradigma del debido proceso y que es preciso replantear éste al amparo de las novedades que trae consigo aquella rama notable del derecho de gentes.²²

En buena medida, el problema central de la justicia penal en nuestro tiempo, que se proyecta sobre las contiendas acerca de derechos humanos, gira en torno al (falso) dilema entre debido proceso (*due process*) y contención del crimen (*crime control*),²³ o bien a la eficacia de la persecución penal instalada sobre el respeto a los derechos humanos, de una

550. Me he referido a algunos problemas que se suscitan en puntos concernientes al debido proceso o al acceso a la justicia, en general, en García Ramírez, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 133 ss.

²¹ Así, Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), artículo 47, epígrafe: “*Raught to an effective remedy and to a fair trial*”: *fair and public hearing*. La Comisión Internacional de Juristas considera que “el derecho al debido proceso [*the right to a fair trial*] ante un tribunal independiente e imparcial no sólo se halla reconocido en tratados, sino también forma parte del Derecho internacional consuetudinario. Por ello los países que no han acogido o ratificado esos tratados se encuentran obligados, en todo caso, a respetar ese derecho y ajustar a él sus sistemas judiciales”. *International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors. A practitioners’ guide*, Ginebra: International Commission of Jurists, 2004, p. 7.

²² Hay que “volver a pensar el derecho procesal penal después de la irrupción de los tratados internacionales”. El DIDH “tiene un fundamental papel para la reformulación del proceso penal a partir del nuevo paradigma de los derechos humanos”. Existe “un nuevo paradigma para el proceso penal a partir de la incorporación de los tratados sobre derechos humanos”. Martín Abregú: “Prólogo” a José I. Cafferata Nores: *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, 2000, pp. IV y VIII.

²³ Se enfrentan, “de un lado, la eficacia del sistema penal, concebido como sistema de control de la criminalidad [y del] lado opuesto, las garantías procesales [*due process*] transforman el proceso penal en una carrera de obstáculos”. Esto se ha manifestado primero en los Estados Unidos de América. La “cuestión de las opciones del proceso se refleja en Europa en la oposición entre eficacia en la investigación de las infracciones y de sus autores, y el respeto de los derechos fundamentales de la persona”, aunque también se ha señalado que ambos extremos pueden ser conciliados en una “bipolaridad del proceso penal”. “Introducción” a Delmas-Marty (dir.): *Procesos penales de Europa...*, o. cit., pp. 40-41.

parte, y la seguridad pública, de la otra. Esto se advierte en los casos sometidos al conocimiento de la Corte, en los que se aduce la existencia de crímenes gravísimos como motivo para la reacción severa del Estado. Desde luego, la Corte ha sostenido que el Estado debe combatir el delito y proteger a la sociedad, pero ha de hacerlo con estricta observancia de los principios y las normas del Estado de derecho y respeto a los derechos humanos.²⁴

Al debate se añade el concepto de *mal menor*, elemento de una tercera postura que pretende conciliar en una especie de *justo medio realista* las exigencias extremas —absoluto respeto de los derechos, en un punto, o satisfacción imperiosa de la seguridad, en otro— que se plantean en situaciones de crisis. Esa tercera postura reconoce el carácter intrínsecamente reprobable de ciertas medidas que en determinadas circunstancias resultan, sin embargo, admisibles, siempre bajo riguroso escrutinio. El alcance de aquéllas —se dice— debería hallarse cuidadosamente acotado: la resistencia a emplearlas y los límites a los que se las somete derivan de su aceptada condición de medidas *necesarias, pero moralmente problemáticas*.²⁵

Es preciso destacar las orientaciones que la jurisdicción interamericana ha definido y reiterado en esta materia y la creciente recepción que han tenido en la normativa, la jurisprudencia y las prácticas nacionales.²⁶ Nos hallamos, pues, frente a una doctrina jurisprudencial apreciable, abundante y útil para orientar las soluciones que es preciso arraigar en estos temas, de cuya oportuna y adecuada solución depende, a menudo, el tratamiento de los problemas que surgen en torno al respeto y la garantía

²⁴ La Corte ha sostenido que “está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”. Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 204. José Carlos Remotti Carbonell incluye dentro de los que denomina “presupuestos de actuación de la Corte Interamericana como mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos humanos”, el siguiente: “La gravedad de los delitos investigados no puede fundamentar la vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio”. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona: Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 33.

²⁵ A este respecto, Michael Ignatieff señala que “justamente porque las medidas son moralmente problemáticas deben ser estrictamente focalizadas, aplicadas al número más pequeño posible de personas, utilizadas como último recurso y sujetas al escrutinio adversarial de un sistema democrático abierto”. “La democracia y el mal menor”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2005, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 17. Este artículo, traducido por los editores, constituye el primer capítulo del libro de Ignatieff *Democracy and the Lesser Evil, Political Ethics in an Age of Terror*, The Gifford Lectures, Princeton University Press, 2004.

²⁶ Este nuevo fenómeno, que se aprecia sobre todo en los años más recientes, alivia la preocupación expresada, con razón, por la falta de recepción adecuada que se observó durante algún tiempo. Cf. Buergethal: “Recordando los inicios de la Corte...”, o. cit., pp. 28-29. En torno a este asunto, de la mayor importancia para la jurisdicción interamericana y, en rigor, para el conjunto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, cf. *supra*, n. 1.

de los derechos sustantivos en general.²⁷ Se mira aquí, de nueva cuenta, el apremio de contar con garantías —procesales— accesibles para proteger los derechos —materiales— proclamados en declaraciones y convenciones.²⁸ Por ello el gran alcance que se asigna al concepto de debido proceso.²⁹ Esta consideración se aloja también en las reflexiones de la Corte acerca de la naturaleza de los derechos y las garantías y la relación que aquéllos guardan con éstas, concebidas como medios de defensa.³⁰ Tó-

²⁷ En el informe sobre el caso *Abella y otros*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la preservación del debido proceso “reside en el convencimiento de los Estados en el sentido que una eficaz protección de los derechos requiere, además de la debida observancia de derechos sustanciales, la consagración de garantías procesales que aseguren la salvaguardia de los mismos”. Informe n.º 55/97, caso 11.137, *Juan Carlos Abella* (Argentina), de 18 de noviembre de 1997. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1997*, Washington DC, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, p. 1998, párrafo 251. Al respecto, cf. también Eduardo Bermúdez Coronel: *Debido proceso: prisión preventiva y amparo de libertad en el contexto de los derechos humanos*, Quito, 2001, p. 19. Los “principios que informan el debido proceso son garantías no sólo para el funcionamiento judicial en sí mismo, sino también porque involucran el cumplimiento de otros derechos fundamentales”. Comisión Episcopal de Acción Social: *Reflexiones sobre el debido proceso en el Perú. Documento síntesis*, Lima, 1998, p. 65.

²⁸ Como advirtió Bobbio, en un orden de consideraciones semejante, el problema que surgió al cabo de la admisión generalizada de los derechos humanos fue el de las garantías para hacerlos valer con eficacia, cuestión jurídica y, más específicamente, política. Cf. “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos 1981*, Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, 1982, p. 10, y *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Trad. Jorge Binaghi, Barcelona: Gedisa, 1982, p. 130. En fin de cuentas, “llamamos Estados de Derecho a los Estados en los que funciona regularmente un sistema de garantías de los derechos humanos”. “Presente y porvenir...», o. cit., p. 24.

²⁹ La importancia que tiene “para la protección y tutela de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto, ha dado lugar a que sea considerado como un principio general del Derecho, como una garantía constitucional y como un derecho fundamental”. Reynaldo Bustamante Alarcón: *Derechos fundamentales y proceso justo*, Lima: ARA, 2001, p. 183. Arturo Hoyos: *El debido proceso*, Bogotá: Temis, 1996, p. 118. Sobre esta base el autor monta su definición del debido proceso o proceso justo: “derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derechos (incluyendo el Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos”. *Ibíd.*, p. 251. La doctrina alemana considera que el *fair trial/faire Verfahren* es el “principio supremo, en tanto que elemento inseparable del principio del estado de derecho/*Rechtstaat*, de naturaleza constitucional informador del Derecho Procesal Penal”. Iñaki Esparza Leibar: *El principio del proceso debido*, Barcelona: Bosch, 1995, p. 229.

³⁰ “Las garantías —sostuvo la Corte— sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados parte tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia.” Corte IDH: *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión consultiva OC-8/87, párrafo 25.

mese en cuenta que el debido proceso se aloja principalmente bajo el rubro de garantías: “Garantías judiciales”, conforme al artículo 8 de la CADH.

Si se consideran las llamadas obligaciones generales de los Estados, acogidas en los primeros artículos de la Convención Americana, y se toma en cuenta que aquéllos asumen, en virtud del artículo 1,³¹ deberes de (reconocimiento), respeto y garantía acerca de los derechos contenidos en el Pacto, como ha establecido la Corte Interamericana a partir de sus primeros pronunciamientos en cuestiones contenciosas,³² se llega a la conclusión de que el debido proceso posee cierto carácter programático e implica la “existencia, suficiencia y eficacia de un sistema judicial y procesal idóneo para garantizar ese derecho fundamental a la justicia”.³³

En este trabajo me referiré particularmente al debido proceso *adjetivo*, que a su turno enlaza —bajo un concepto de amplio alcance— con el acceso formal y material a la justicia³⁴ y sobre el que se utilizan diversas denominaciones, en ocasiones equiva-

³¹ “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción [...]” (párrafo 1).

³² En tal sentido, la sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez*, párrs. 166-167. En este pronunciamiento se afirma: a) “el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”, y b) la obligación de garantía “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. Acerca de los deberes de respeto y garantía, cf., entre otros, Buergenthal: “El sistema interamericano...”, o. cit., pp. 123-124; Medina Quiroga: *La Convención Americana...*, o. cit., pp. 16 ss., y Faúndez Ledesma: *El sistema interamericano...*, o. cit., pp. 76 ss.

³³ Rodríguez Rescia: “El debido proceso legal...”, en Varios, *Liber Amicorum...*, o. cit., p. 1300.

³⁴ Formal, como derecho de plantear contiendas, probar los hechos y las razones y alegar en defensa de las correspondientes pretensiones; material, como derecho a obtener una sentencia favorable a las pretensiones justas. Cf. García Ramírez: *Poder Judicial y Ministerio Público*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 2.^a ed., 1997, pp. 22-23. Se dice, asimismo, que “el derecho al debido proceso y a una efectiva tutela judicial comprende tres aspectos. En primer lugar, el derecho al acceso real, libre, amplio e irrestricto al órgano jurisdiccional, a efecto de satisfacer determinadas pretensiones; en segundo lugar, al derecho a que la atención de las pretensiones se desarrolle conforme a las reglas del debido proceso, es decir, según las normas vigentes y los estándares aceptados como necesarios para hacer posible la eficacia del derecho, y, en tercer lugar, el derecho a la efectividad de la sentencia, es decir, a que la decisión final sea susceptible de ser ejecutada”. Defensoría del Pueblo: *Debido proceso y administración estatal*, Lima, 1999, p. 77. Son muy diversas las fórmulas constitucionales acerca del derecho a obtener justicia ante los tribunales. Por ejemplo, el artículo 17 de la Constitución mexicana se refiere al derecho de toda persona “a que se le administre justicia por tribunales” que estarán “expeditos para impartirla de manera pronta, completa e imparcial”. El artículo 41 de la Constitución de Costa Rica señala que “ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida y en estricta conformidad con las leyes”.

lentes y a veces relativas a cuestiones aledañas de mayor o menor amplitud,³⁵ que han ingresado en las disposiciones y la tradición jurídica de los Estados modernos.³⁶ En cambio, no es materia principal de este ensayo la vertiente *material* o *sustantiva* del debido proceso, que posee, por supuesto, la más destacada importancia y acerca de la cual formularé sólo algunas consideraciones, brevemente.

Con precedentes en el derecho medieval inglés —bajo la noción de *law of the land*—,³⁷ el debido proceso legal (*due process of law*) ingresó en el torrente constitucional estadounidense³⁸ a través de la enmienda V,³⁹ primero, y de la enmienda

³⁵ Así, los autores citan: debido proceso legal, proceso justo, juicio justo, *fair trial*, tutela judicial efectiva, garantías judiciales, derecho constitucional de defensa, bilateralidad del proceso (a este concepto se refiere Cafferata Nores cuando examina las “garantías judiciales comunes a la víctima y al acusado”, colocadas bajo el rubro de “bilateralidad”: son la igualdad ante los tribunales, el acceso a la justicia y defensa en juicio y la imparcialidad e independencia de los jueces. Cf. *Proceso penal y derechos humanos...*, o. cit., p. 23), principio o derecho de contradicción, proceso debido, garantía de justicia, garantía de audiencia, garantía de defensa en juicio, etcétera. Cf. Bustamante Alarcón, *Derechos fundamentales...*, o. cit., p. 11. Aquel autor deslinda debido proceso de derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: la “identificación resulta inadecuada, no sólo porque se trata de dos derechos que tienen un origen diferente (el proceso justo de origen anglosajón y la tutela jurisdiccional efectiva de la Europa continental), sino también porque extienden su fuerza normativa a ámbitos de aplicación también diferentes. Así, mientras la tutela jurisdiccional efectiva está circunscrita a los procesos jurisdiccionales —valga la redundancia—, el proceso justo o debido proceso rige además los procedimientos administrativos, arbitrales, militares, políticos y particulares”. *Ibidem*, p. 185. Medina Quiroga señala que el artículo 8 de la Convención Americana, “que consagra, según su titulación, las ‘garantías judiciales’, establece lo que se conoce en el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho al ‘debido proceso’”. *La Convención Americana...*, o. cit., p. 266. Cafferata Nores cita a José Luis Vázquez Sotelo cuando señala que el derecho a la tutela judicial efectiva (artículos 1.1, 8.1 y 25 de la CADH) “comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute”. *Proceso penal y derechos humanos...*, o. cit., pp. 45-46.

³⁶ “De alguna manera, el ‘debido procedimiento legal’ (*due process of law*), citado antes en el Derecho de los EE. UU., o la garantía de un juicio imparcial y leal (*fair trial*), del Derecho inglés, o su traducción al Derecho europeo continental previendo ‘oportunidades iguales’ para el imputado en juicio (*Waffengleichheit*), derechos consagrados por el art. 6, párrafo 1.º, 1.ª oración, de la *Convención europea sobre derechos humanos*, equivalen a nuestro ‘derecho de defensa’.” Julio B. J. Maier: *Derecho procesal penal, Fundamentos*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2.ª ed., 1996, pp. 540-541.

³⁷ La revisión de la Carta Magna en 1354, bajo Eduardo III, trajo consigo el concepto *due process of law* en vez de *law of the land*. Según Edward Coke, que consideró equivalentes ambos conceptos, esta última expresión significaba “*indictment and presentment of good and lawful men, and trial and conviction in consequence*”. Cf. Christopher Wolfe: “The Original Meaning of the Due Process Clause”, en Eugene W. Hickok Jr.: *The Bill of Rights. Original Meaning and Current Understanding*, Charlottesville y Londres: University Press of Virginia (3.ª reimp.), 1996, p. 220.

³⁸ Sobre el desarrollo de la materia, en el que no puedo extenderme ahora, cf. Juan Francisco Linares: *Razonabilidad de las leyes, El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Buenos Aires: Astrea, 2.ª ed., 1970, pp. 17 ss.; Esparza Leibar: *El principio...*, o. cit., pp. 70 ss.; y Bustamante Alarcón: *Derechos fundamentales...*, o. cit., pp. 191 ss.

XIV,⁴⁰ más tarde —en la etapa de *nacionalización* del debido proceso, acogido en los estados de la Unión Americana⁴¹— como instrumento de tutela de la libertad, la vida y la propiedad.

Los datos del debido proceso, en su versión germinal, se localizan en aquellas dos enmiendas, a las que es necesario añadir —desde la perspectiva del debido proceso adjetivo— otras incorporadas en el primer conjunto de adiciones a la Constitución de los Estados Unidos: enmiendas VI⁴² y VIII,⁴³ principalmente. De estas referencias indispensables y de la consecuente construcción jurisprudencial proviene el concepto del debido proceso.

La interpretación de la cláusula —calificada como la más grande de las *magnas generalidades (majestic generalities)*⁴⁴ de la Constitución norteamericana— ha sido diversa. Se sostiene que sus términos estrictos y el contexto en el que se elaboró no

³⁹ Incorporada en el conjunto de las enmiendas iniciales de 1791, señala: “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land of naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation*”. (Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.)

⁴⁰ Esta enmienda, incorporada en 1868 —después de la Guerra de Secesión—, señala en lo pertinente para los fines de la presente exposición: “*I. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges and immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor to deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*”.

⁴¹ En diversos momentos, la Suprema Corte de los Estados Unidos extendió a los estados de la Unión la aplicación de las enmiendas constitucionales, a través de una desarrollada interpretación de la enmienda XIV. Cf. Thomas M. Keck: *The Most Activist Supreme Court in History*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 2004, esp. pp. 72 ss.

⁴² La enmienda VI, de 1791, establece: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense*”.

⁴³ De 1791, asimismo, esta enmienda indica: “*Excessive bail shall no be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted*”.

⁴⁴ Cf. Wolfe: “The Original Meaning...”, en Hickok Jr.: *The Bill of Rights...*, o. cit., p. 227.

permiten llevarla demasiado lejos: sólo se trataría del orden del procedimiento; “ni es una garantía general contra la arbitrariedad, ni es una garantía general del proceso justo”.⁴⁵ Sin embargo, la evolución jurisprudencial ha marchado por otra vía.

En esta materia, la jurisprudencia de los Estados Unidos ha recogido tendencias restrictivas, que limitan el alcance del debido proceso a la tutela de la vida, la libertad y la propiedad, y tendencias expansivas, que lo amplían a la protección de otros bienes jurídicos.⁴⁶ Diré desde ahora que la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha llevado la protección jurisdiccional a este segundo ámbito, como es natural, aunque al hacerlo no ha invocado el debido proceso, sino otros conceptos y disposiciones, a los que me referiré *infra*.

No existe definición universalmente aceptada acerca del debido proceso.⁴⁷ Algunas Constituciones nacionales reciben esta idea, a su manera, con diversas expresiones que acentúan o incorporan, con tendencia extensiva, elementos relevantes de la compleja figura destinada a la defensa de los derechos fundamentales,⁴⁸ y en ocasiones la proyectan hacia órdenes externos al estrictamente judicial,⁴⁹ cosa que tam-

⁴⁵ *Ibidem*, p. 227; asimismo, cf. pp. 213 y 218-219.

⁴⁶ Cf., entre otros, Esparza Leibar: *El principio...*, o. cit., pp. 77 ss.

⁴⁷ Hoyos considera que la “garantía constitucional del debido proceso es una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso —legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas— oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos”. *El debido proceso*, o. cit., p. 54. La fórmula del debido proceso —se ha dicho— acoge “el conjunto de garantías constitucionales que, por una parte, aseguran a las partes el ejercicio de sus facultades y poderes procesales, y, por la otra, resultan indispensables para el adecuado ejercicio de la jurisdicción”. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover y Cândido Rangel Dinamarco: *Teoria geral do processo*, San Pablo: Malheiros Editores, 19.^a ed., 2003, p. 82.

⁴⁸ El artículo 24 de la Constitución de Ecuador indica: “Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia”. La Constitución española no impone cierta forma del proceso para los fines de la tutela judicial efectiva, pero supone —artículo 24.1— un conjunto de garantías para la tutela de los derechos fundamentales. Cf. Esparza Leibar, *El principio...*, o. cit., pp. 164 ss. Jairo Parra Quijano señala que “dentro del plexo de garantías que regentean desde el ordenamiento superior el curso del proceso penal, se encuentra en primera instancia el debido proceso, adoptado en la actualidad como un derecho fundamental, de aplicación inmediata (art. 85 CP) de rango constitucional, en el cual se establecen límites a la actividad represora del Estado, a fin de evitar que se cercenen garantías fundamentales a quien se erige como sujeto pasivo del proceso [...]”. “Debido proceso, orden justo y acceso a la Administración de Justicia”, en Varios: *Jurisdicción constitucional de Colombia...*, o. cit., p. 92.

⁴⁹ Así, la Constitución de Colombia, de 1991, extiende expresamente la aplicación del debido proceso “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” (artículo 29, párrafo 1). En la sentencia T-13 de 28 de mayo de 1992, la Corte Constitucional de Colombia examina el alcance del debido proceso en las actuaciones administrativas.

bién sucede, como adelante veremos, en la jurisprudencia interamericana. La ausencia de mención expresa del debido proceso no significa, desde luego, desconocimiento de la figura; ésta puede hallarse —y con la mayor frecuencia se halla— abarcada por la Constitución en calidad de “garantía innominada”.⁵⁰

En todo caso, la ley suprema aloja los principios del debido proceso a título de bases, referencias, normas rectoras, instrucciones, fundamentos del enjuiciamiento penal.⁵¹ Ésta es una “materia clásica” de los textos supremos, a partir de las grandes declaraciones del siglo XVIII. En fin de cuentas, el debido proceso se instala entre las “grandes decisiones” constitucionales, cualesquiera que sean su denominación o tratamiento, deducidas de la determinación política fundamental de colocar al hombre en el centro de la escena, honrar la dignidad humana, asegurar la libertad y la igualdad de los individuos, lo cual acredita la calidad antropocéntrica de la Constitución y del Estado.⁵²

Por lo que hace a la versión sustantiva del debido proceso, en torno a la cual han existido sucesivas elaboraciones por parte de la jurisprudencia norteamericana⁵³ y que constituye “un medio de controlar la razonabilidad de las leyes”,⁵⁴ referencia rectora de la tutela de los derechos esenciales del individuo frente al arbitrio del poder público —en sus dimensiones ejecutiva y legislativa, no sólo en el ámbito instrumental o procesal⁵⁵— y vía, por ende, para la revisión del sentido de una norma conforme a

⁵⁰ Al respecto, cf. Linares: *Razonabilidad de las leyes...*, o. cit., pp. 8-10. Refiriéndose a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de España, Esparza Leibar observa que “el empleo que el TC hace del concepto proceso debido es el de un concepto jurídico relativamente indeterminado —sin pronunciarse de forma unánime sobre su naturaleza— y por lo tanto, al menos aparentemente, carente de un contenido jurídico específico y determinable con la deseada precisión”. *El principio...*, o. cit., pp. 178-179. El mismo tribunal entiende que el contenido del debido proceso (“las garantías procesales debidas”) se define a través de los enunciados del artículo 24, 1.º y 2.º, de la Constitución española. *Ibidem*, p. 206.

⁵¹ Maier estudia los “principios rectores”, que “constituyen y dan contenido a la garantía del debido proceso legal [...], pues establecen jurídicamente los principios políticos que conforman la base del Derecho procesal penal argentino”. *Derecho procesal penal...*, o. cit., p. 490. El mismo autor se refiere a los puntos de vista coincidentes de Clariá-Olmedo, quien alude a “bases constitucionales” (*Tratado de Derecho Procesal penal*, Buenos Aires: Ediar, 1960, pp. 211 ss.).

⁵² Cf. Peter Häberle: *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 115-116.

⁵³ Cf. estos desarrollos, que se reflejan en la consideración de cuestiones económicas y no económicas a través del concepto sustantivo de debido proceso, en John V. Orth: *Due process of Law. A Brief History*, University Press of Kansas, 2003, esp. pp. 33 ss. Igualmente, cf. Linares: *Razonabilidad de las leyes...*, o. cit., pp. 31 ss.

⁵⁴ Comisión Episcopal de Acción Social: *Reflexiones sobre el debido proceso...*, o. cit., p. 14. El debido proceso sustantivo “exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes constitucionalmente protegidos”. Bustamante Alarcón: *Derechos fundamentales...*, o. cit., p. 205.

⁵⁵ Hay “un debido proceso adjetivo que implica una garantía de ciertas formas procesales y un debido proceso sustantivo que implica una garantía de ciertos contenidos o materia de fondo justos”. Linares: *Razonabilidad de las leyes...*, o. cit., p. 12.

las circunstancias de los nuevos tiempos,⁵⁶ es posible tomar en cuenta las disposiciones que contiene la CADH en ciertos ámbitos pertinentes para esta reflexión, que son de observancia obligatoria para los Estados partes en el Pacto.

Así, consideremos las normas de interpretación de la Convención Americana que impiden reducir derechos, libertades y garantías (artículo 29),⁵⁷ en la línea de las prevenciones garantistas contenidas en diversos textos constitucionales;⁵⁸ las reglas sobre restricción legítima de derechos, conforme a la ley, cuya caracterización para estos fines ha sido establecida por la jurisprudencia (artículo 30),⁵⁹ y las limitaciones a

⁵⁶ Las grandes decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos suelen reflejar “los puntos de vista emergentes de la mayoría de la nación y, particularmente, de las elites nacionales”. Jack M. Balkin: “Roe v. Wade. An Engine of Controversy”, en Balkin (ed. and introd.): *What Roe v. Wade should have said*, Nueva York y Londres: New York University Press, 2005, p. 11. “En el ámbito del debido proceso sustantivo —observa Akhill Reed Amar— los magistrados de la Suprema Corte consultan sus vísceras, los puntos de vista prevalecientes en su propio grupo social y los precedentes de la Corte”. *Ibidem*, p. 155.

⁵⁷ El artículo 29 excluye cualquier interpretación que: a) permita “suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”; b) limitar el goce o ejercicio de derechos y libertades “que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes (en la Convención Americana) o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”; c) “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”, y d) “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Sobre esto último, conviene recordar que la Corte ha afirmado la eficacia vinculante indirecta de la Declaración, en cuanto ella contiene los derechos invocados por un instrumento inequívocamente vinculante: la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Cf. CorteIDH, opinión consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, párrafo 43: “la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos especiales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración”. Consecuentemente, para los Estados miembros de la OEA “la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. *Ibidem*, párrafo 45. Al respecto, cf. *Postulados emergentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al Derecho internacional público*, Instituto de Relaciones Internacionales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la Plata, n.º 4, octubre 1997, pp. 168-169 y 174-175.

⁵⁸ Por ejemplo, el artículo 29 de la Constitución de Argentina, que Linares califica como “fórmula típica de nuestra Constitución”. *Razonabilidad de las leyes...*, o. cit., p. 160. Igualmente, tómesese en cuenta el primer párrafo del artículo 1 de la Constitución de México (“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”).

⁵⁹ Las restricciones al ejercicio y goce de derechos y libertades “no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas” (artículo 30). Ahora bien, la Corte ha fijado el sentido del término *ley* contenido en ese precepto: “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos

éstos que provienen de los derechos de los demás, la seguridad de todos y las exigencias del bien común (artículo 32.2).⁶⁰

Veamos ahora el debido proceso adjetivo, generalmente caracterizado por invocación de los elementos que lo integran y cuyos méritos derivan de la conformidad entre el enjuiciamiento y la ley, pero también entre ambos y la justicia.⁶¹ Esto conduce a establecer un tipo de proceso que tribute a la justicia,⁶² es decir, un *juicio justo*.⁶³ En el concepto de debido proceso se reúnen y consolidan, pues, diversos derechos del justiciable,⁶⁴ como se advertirá en el curso de este examen acerca de la jurisprudencia

constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las Constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes”. OC-6/86, párrafo 27 y conclusión.

⁶⁰ El segundo párrafo del artículo 32 estatuye que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. El artículo XXVIII de la Declaración Americana, bajo el rubro “Alcance de los derechos del hombre”, previene que “los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

⁶¹ En este sentido, el proceso debido se plantea como institución del Estado de Derecho, atenta a las exigencias de éste. Al respecto, “es necesario acudir, pues, a criterios materiales de legitimación —como la idea de la justicia— distintos de los meramente formales —como el de un proceso rodeado de ciertas garantías para todos los sujetos de derecho— para justificar el Estado de derecho. Pero no debe perderse de vista que el criterio de legitimación formal constituido por ciertas garantías de orden procesal, si bien no es suficiente, juega un papel de gran trascendencia en la legitimación de dicha forma de Estado”. Hoyos: *El debido proceso*, o. cit., p. 16. Bustamante Alarcón exalta la “exigencia de que se garantice el derecho a un proceso o procedimiento y de que éstos se inicien, se desarrollen y concluyan en forma justa”, y añade: “la exigencia de que las decisiones sean materialmente justas no significa que tengan que ser justas según la ley, sino conformes con una justicia superior, fundada en la dignidad del ser humano, la naturaleza, la verdad y la razón”. En conclusión, “el proceso justo es el derecho fundamental a la justicia a través del proceso y también del procedimiento”. *Derechos fundamentales...*, o. cit., pp. 269, 317 y 338. En concepto de Esparza Leibar, la Ley Fundamental de Alemania exige, bajo el concepto de Estado de Derecho, la existencia de “un proceso informado por la justicia y la equidad”. *El principio...*, o. cit., p. 241.

⁶² José María Tijerino Pacheco señala que la calidad de “debido” va más allá de la simple conformidad con la ley: “hace referencia a lo que debe ser el proceso según los cánones que exige la dignidad del hombre, el humanitarismo, la justicia”; por ello, “la denominación que más se le aproxima es la de ‘proceso justo’”. “Debido proceso y pruebas penales”, en <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2007/Tijerino07.htm>>.

⁶³ De ahí que algunos autores prefieran esta designación a la de debido proceso. Faúndez Ledesma, por ejemplo, considera que aquélla “responde adecuada y cabalmente a la naturaleza del referido derecho, en cuanto se refiere a un conjunto de normas plasmadas en el derecho positivo y cuyo propósito es, precisamente, asegurar la justicia, equidad y rectitud de los procedimientos judiciales”. “El derecho a un juicio justo”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 80, Universidad Central de Venezuela, p. 137.

⁶⁴ El antiguo juez y primer presidente de la Corte Interamericana Rodolfo E. Piza Escalante señaló, en sentencia dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, de la que también fue integrante, que “el concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental,

de la Corte Interamericana.⁶⁵ Visto el asunto de primera intención, parecería concentrarse la materia bajo el artículo 8 de la CADH, referente a “Garantías judiciales”, y acaso también bajo las normas del “Derecho a la protección judicial”, recogidas en el artículo 25.⁶⁶

Ese artículo 8 contiene tanto las garantías judiciales generales (párrafo 1),⁶⁷ como las garantías judiciales penales (párrafo 2),⁶⁸ en una extensa relación que ya no se contrae solamente —como luego veremos— al enjuiciamiento criminal. Ahora bien, en el artículo 8 pesa la materia penal, a tal punto que el párrafo 2 se refiere directamente a ésta —sin perjuicio de la interpretación extensiva que la Corte ha provisto y que será materia de examen en el lugar pertinente—, gravitación natural si se toma en cuenta que el sistema punitivo entraña una zona crítica de los derechos humanos,⁶⁹ en la que éstos entran en muy severo riesgo y suelen sufrir las más graves afectaciones. El artículo 25 atañe a la existencia de un recurso sencillo y rápido, además de efectivo, que ampare al sujeto en el ejercicio de sus derechos. Es notorio, aquí, el ascendiente

como conjuntos de garantías de derechos de goce —cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano—, es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia”. Considerando I de la sentencia 1739-92, del 1 de julio de 1992, a propósito de la consulta judicial preceptiva de constitucionalidad (exp. 1587-90) planteada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

⁶⁵ Faúndez Ledesma indica que el derecho a un juicio justo, “muy complejamente estructurado”, se halla “conformado por un numeroso grupo de ‘pequeños’ derechos que constituyen sus componentes o elementos integrantes”. “El derecho a un juicio justo”, o. cit., p. 138.

⁶⁶ El primer párrafo del artículo 25 sostiene que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones públicas”. El artículo XVIII de la Declaración Americana, bajo el epígrafe “Derecho a la justicia”, prevé que toda persona “debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

⁶⁷ Este párrafo previene que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. En la Declaración Americana, la materia se distribuye en dos preceptos, a saber: primera parte del artículo XVIII, en torno al “Derecho de justicia”: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos”, y segunda parte del artículo XXVI, acerca del “Derecho a proceso regular”: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes...”.

⁶⁸ No transcribo ahora este párrafo, muy extenso. En las siguientes partes de este trabajo me referiré a las disposiciones específicas que contiene, conforme a los temas que en aquéllas analizo.

⁶⁹ Cf. García Ramírez: *Los derechos humanos y el Derecho penal*, México: Porrúa, 2.ª ed., 1988, p. 171.

del juicio de amparo mexicano, y en todo caso el precepto ha recogido la institución de este nombre, de la que el hábeas corpus es un aspecto específico.⁷⁰

No obstante la relevancia central de esos preceptos, el debido proceso adjetivo no se agota en ellos. Tiene expresiones y aplicaciones de suma importancia en otras normas.⁷¹ Por el orden de aparición en la escena de la CADH mencionaré desde luego el artículo 4, acerca del derecho a la tutela de la vida, en lo que concierne a la posibilidad de que el condenado a muerte pueda combatir la sentencia a través de indulto, amnistía o conmutación (párrafo 6),⁷² debidamente reglamentados, según también se verá *infra*.

El artículo 5, concerniente al derecho a la integridad personal, incluye temas importantes para la materia que ahora reviso, en cuanto se actualizan con motivo de un procedimiento de carácter penal: proscripción de tortura y otros malos tratos (párrafo 2),⁷³ norma que tiene conexión con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985;⁷⁴ separación de procesados con respecto a sentenciados (párrafo 4),⁷⁵ y tribunales especializados y tratamiento para menores de edad que infringen la ley penal (párrafo 5).⁷⁶

De notable importancia en este campo es el artículo 7, correspondiente al derecho a la libertad personal, frecuentemente afectado a través de actos previos al enjuiciamiento penal, vinculados con éste o integradores del proceso: privación de libertad (párrafo 2),⁷⁷ exclusión de detenciones arbitrarias (párrafo 3),⁷⁸ que guarda relación

⁷⁰ Corte IDH: *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrs. 32 y 34. Cf., asimismo, Medina Quiroga: *La Convención Americana...*, o. cit., pp. 358-359.

⁷¹ Esto mismo sucede en el sistema europeo. Ningún precepto de la Convención Europea se refiere específicamente al proceso penal. Acerca del proceso destacan los artículos 5.º y 6.º, pero también es preciso invocar otros artículos, como el 3.º y el 8.º, frecuentemente aplicados en esta materia. Cf. Delmas-Marty: "Introducción" a *Procesos penales europeos...*, o. cit., p. 32.

⁷² Dicho párrafo señala: "Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente".

⁷³ "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano."

⁷⁴ Esta Convención, del 9 de diciembre de 1985, entró en vigor el 28 de febrero de 1987. Hasta junio de 2005 la habían ratificado Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

⁷⁵ "Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas."

⁷⁶ "Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento."

⁷⁷ "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas."

⁷⁸ "Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios."

con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994,⁷⁹ información sobre las razones de la detención y los cargos formulados (párrafo 4),⁸⁰ control judicial y plazo razonable (párrafo 5)⁸¹ —diferente del plazo razonable para el enjuiciamiento en su conjunto—,⁸² y decisión judicial acerca de la legalidad de la medida (párrafo 6).⁸³

La suspensión de garantías en estados de emergencia,⁸⁴ recurso extremo para la tutela del orden jurídico en una sociedad democrática, propone cuestiones relevantes en el marco del debido proceso. Las Constituciones nacionales regulan los extremos de suspensión de derechos o garantías; las de reciente fecha lo hacen con mayor detalle.⁸⁵ En este punto existe el riesgo de que la vaguedad conceptual conduzca a establecer suspensiones innecesarias o excesivas.⁸⁶ Finalmente, la *razonabilidad* es

⁷⁹ La Convención fue suscrita el 9 de junio de 1994 y entró en vigor el 28 de marzo de 1996. En junio de 1995 había sido ratificada por Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

⁸⁰ “Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.”

⁸¹ “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio.”

⁸² Cf. Medina Quiroga: *La Convención Americana...*, o. cit., pp. 236 y 307-308.

⁸³ “Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.”

⁸⁴ Esta situación se ha calificado de diversa forma en las legislaciones nacionales: estado de sitio, ley marcial, estado de emergencia, estado de guerra, estado de conmoción interior, estado de catástrofe, estado de excepción, etcétera. Cf. Faúndez Ledesma: *El sistema interamericano...*, o. cit. p. 95. Florentín Meléndez menciona, a la luz del derecho comparado: ley marcial, plenos poderes, estado de sitio, estado de guerra, suspensión de garantías constitucionales, estado de emergencia legislativa o de necesidad legislativa, estado de excepción civil, estado de alarma. Cf. *La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos*, San Salvador, 1999, pp. 54 ss.

⁸⁵ En las Constituciones latinoamericanas más recientes “se aportan generalmente más elementos y precisiones sobre los estados de excepción que las constituciones antiguas” Ha habido una evolución positiva en estos ordenamientos, aunque “la práctica no ha seguido siempre la evolución constitucional mencionada, e incluso con frecuencia se ha apartado”. Liliana Valiña: “Normas y criterios aplicables a los estados de excepción en algunas Constituciones de América Latina”, en *Boletín. Comisión Andina de Juristas*, n.º 29, julio 1991, pp. 9 y 22.

⁸⁶ Cf. Diego Valadés: *La dictadura constitucional en América Latina*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, p. 47. Se ha señalado que “en muchas circunstancias las situaciones de excepción sirven de base para el abuso del poder”. “Seminario ‘Los estados de excepción en la región andina’”, en *Boletín. Comisión Andina de Juristas*, n.º 11, junio de 1986, p. 30.

referencia para el régimen íntegro de la suspensión: justifica y limita ésta.⁸⁷ Hay derechos y libertades sujetos a suspensión, en los términos estrictos del artículo 27 de la CADH;⁸⁸ otros se hallan excluidos, en todo caso, de esta posibilidad.⁸⁹

A este último respecto interesan tanto la incolumidad de la integridad personal (artículo 27.2),⁹⁰ como la intangibilidad —reiterada por la jurisprudencia de la Corte, como máxima defensa de la legitimidad y legalidad en los actos de la autoridad⁹¹— de

⁸⁷ Cf. Héctor Fix-Zamudio: “La protección procesal de los derechos humanos en América Latina y las situaciones de emergencia”, en *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México: Unión de Universidades de América Latina, Porrúa, 1988, cit., p. 176. A partir de la jurisprudencia de la CorteIDH, Cecilia Medina Quiroga indica que “la restricción debe ser (i) conducente para conseguir proteger el valor que se puede proteger mediante la restricción de ese derecho particular; (ii) debe ser proporcional, es decir, en la medida estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido, y (iii) no debe haber otra alternativa para conseguir el fin que restringir ese derecho, lo que implica que, si la hay, debe emplearse esa alternativa y no la de mayor restricción”. *La Convención Americana...*, o. cit., p. 45. Según Faúndez Ledesma, son condiciones específicas para la suspensión: necesidad, proporcionalidad y temporalidad. Cf. *El sistema interamericano...*, o. cit., pp. 122 ss. Florentín Meléndez menciona los siguientes principios de derecho internacional aplicables en los estados de excepción: proclamación, notificación, no discriminación, proporcionalidad, provisionalidad o temporalidad, intangibilidad de ciertos derechos humanos, amenaza excepcional, necesidad y otros más. Cf. *La suspensión de los derechos...*, o. cit., pp. 90 ss.

⁸⁸ Las hipótesis de suspensión se establecen de esta manera: “En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social” (artículo 27.1).

⁸⁹ Se recomienda ampliar los derechos que no son susceptibles de suspensión. Cf. “Seminario ‘Los estados de excepción en la región andina’”, cit., p. 33.

⁹⁰ Se hallan excluidos de suspensión los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), a la vida (artículo 4) y a la integridad personal (artículo 5), la prohibición de esclavitud y servidumbre (artículo 6), el principio de legalidad y de retroactividad (artículo 9), la libertad de conciencia y religión (artículo 12), la protección a la familia (artículo 17), el derecho al nombre (artículo 18), los derechos del niño (artículo 19), el derecho a la nacionalidad (artículo 20) y los derechos políticos (artículo 23, artículo 27.2).

⁹¹ El tema aparece, sobre todo, en dos opiniones consultivas: OC-8/87, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), y OC-9/87, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En esta segunda opinión, la Corte puntualizó la “necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella”, párrafo 21. Esto abarca las garantías previstas en los artículos 7.6 y 25.1 de la CADH, “consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8”, en la inteligencia de que esta relación no es exhaustiva: es preciso considerar “también las [garantías] inherentes a la preservación del Estado de derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías”, párrafo 38.

ciertas garantías judiciales, sobre las que abajo volveré, indispensables para la protección de los derechos y libertades que no se hallan sujetos a suspensión (ídem), posición que se favorecería en la medida en que se incrementara el catálogo de derechos inherentes al debido proceso excluidos de suspensión.⁹² La vigencia de determinados medios de defensa constitucionales —hábeas corpus y amparo— en situaciones de excepción, una vigencia que no puede ser cuestionada, permite al Poder Judicial examinar la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que despliega la autoridad.⁹³ Existe una corriente favorable a la más amplia intervención de la Corte Interamericana en la apreciación de los casos de suspensión, a la luz de la CADH.⁹⁴

Los puntos del debido proceso, así como todos los restantes contenidos en la CADH y concernientes a la protección de los derechos fundamentales, nutren las obligaciones generales que asumen los Estados partes en el Pacto: (reconocimiento), respeto y garantía de derechos (artículo 1.1)⁹⁵ y adopción de disposiciones y medidas protectoras de orden interno (artículo 2).⁹⁶ También es conveniente mencionar aquí las obligaciones que gravitan sobre los Estados federales bajo la cláusula federal del artículo 28,⁹⁷ y la extensión muy amplia de los derechos humanos conforme a la citada

⁹² Al examinar los derechos que deberían quedar excluidos de suspensión, ampliando así los catálogos existentes, se pone énfasis “especialmente [en] las garantías para un debido proceso que implica fundamentalmente el respeto de las normas constitucionales y de orden procesal así como las garantías previstas en el art. 9.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”; asimismo, se requiere preservar garantías procesales para detenidos. “Seminario ‘Los estados de excepción en la región andina’”, cit., p. 34.

⁹³ Cf. Enrique Bernaldes B.: “Situación y mecanismos de protección de los derechos humanos”, en Varios: *Los derechos humanos y la agenda del Tercer Milenio. Homenaje a la memoria del R.P. Dr. Fernando Pérez Llantada (S.J.). XXV Jornadas “J. M. Domínguez Escovar”*, Barquisimeto (Venezuela): Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, 2000, pp. 365 ss.

⁹⁴ Es “importante propender a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en uso de lo estipulado en el art. 62.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pueda llegar a ejercer un pleno control jurisdiccional de los requisitos y condiciones para la dictación y aplicación de los estados de excepción”. “Seminario ‘Los estados de excepción en la región andina’”, cit., p. 34.

⁹⁵ “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma o religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

⁹⁶ “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

⁹⁷ Al respecto, se dispone: a) el gobierno nacional del Estado federal cumplirá directamente las disposiciones contenidas en la Convención por lo que toca a las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial (párrafo 1); b) por lo que toca a las entidades componentes de la Federación, el mismo gobierno nacional “debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las

regla de interpretación del artículo 29, ajustada al principio *pro homine* (o *pro personae*),⁹⁸ que a su turno produce o alienta una continua expansión de los derechos humanos y, en su caso, de los derechos y garantías asociados al debido proceso,⁹⁹ como se verá *infra*.

1. Debido proceso penal

El debido proceso, que constituye un límite a la actividad estatal,¹⁰⁰ “se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier [...] acto del Estado que pueda afectarlos”.¹⁰¹

En materia penal incluye tanto las garantías mínimas previstas en el artículo 8 de la CADH, como otras adicionales que pudieran ser necesarias para la integración de este concepto.¹⁰² Requiere, en consecuencia, que “un justiciable pueda hacer valer

disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención” (párrafo 2), y c) los Estados que se integren en una Federación o asociación proveerán lo necesario para que las disposiciones de la Convención sean efectivas en el nuevo Estado (párrafo 3). La regulación contenida en este precepto, restrictiva si se compara con el régimen que otros instrumentos contienen sobre la misma materia, ha suscitado críticas. Cf. Faúndez Ledesma: *El sistema interamericano...*, o. cit., pp. 60-61. Thomas Buergenthal indica: “El artículo 28 es un anacronismo que se remonta a la era de la Liga de las Naciones. Muy pocos instrumentos internacionales modernos contienen una cláusula similar”. “El sistema interamericano...”, o. cit., p. 127. En sentido similar, cf. Medina Quiroga: *La Convención Americana...*, o. cit., p. 15.

⁹⁸ Viene al caso una interpretación a favor del individuo, que implica conferir la mayor amplitud a las normas que benefician a éste. Esta regla es “una característica importante de la interpretación de las normas sobre derechos humanos, que constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento”. Medina Quiroga: *La Convención Americana...*, o. cit., p. 9.

⁹⁹ Entre los *Postulados emergentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el Derecho internacional público* figura la siguiente regla: “Las normas de derechos humanos deben interpretarse en el sentido más favorable a las presuntas víctimas, y la actuación de los órganos de protección de los derechos humanos, debe realizarse en la misma dirección”. Esta regla es “un desprendimiento del principio conocido como ‘*pro homine*’”. *Postulados emergentes...*, o. cit., pp. 168-169. Dicha regla “está orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y, por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano”. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno”, en *Anuario IIDH*, n.º 39, enero-junio 2004, p. 39. Además: el principio *pro homine* “debe ser inspirador del derecho internacional de los derechos humanos y representar una fundamental e indispensable regla de hermenéutica en el momento de la aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos por los tribunales internos”; *ibídem*, p. 91.

¹⁰⁰ Cf. caso *Fermín Ramírez*, párrafo 78, y caso del *Tribunal Constitucional*, párrafo 68.

¹⁰¹ *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrafo 123, y caso *Baena Ricardo y otros*, párrafo 124. En igual sentido, caso *Yatama*, párrafo 147; caso *Ivcher Bronstein*, párrafo 102; caso del *Tribunal Constitucional*, párrafo 69, y *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafo 27.

¹⁰² Cf. caso *Lori Berenson Mejía*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, serie C, n.º 119, párrafo 176, y *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b de la*

sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.¹⁰³

En mi *voto concurrente* a la *opinión consultiva OC-16*,¹⁰⁴ que exploró nuevos extremos del debido proceso, expuse que los derechos y garantías que integran el debido proceso son parte de un sistema dinámico, en constante formación; “son piezas necesarias de éste; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que éste exista y subsista”. En este mismo *voto* examiné la función del debido proceso para la obtención de una sentencia válida y justa: “Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que ‘el fin justifica los medios’ y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento. Hoy día se ha invertido la fórmula: ‘la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado’”.

2. Aplicación en otras materias

La jurisprudencia ha atribuido un carácter “expansivo” a las garantías previstas en el artículo 8.2 de la CADH, con el evidente propósito de ampliar la tutela judicial en todos los supuestos: “A pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, las garantías establecidas en el numeral 2 del mismo precepto se aplican también a esos órdenes”.¹⁰⁵ He aquí un caso manifiesto de interpretación extensiva *pro homine*, con alcance general. Para estos fines se ha puesto énfasis particular en el enjuiciamiento administrativo; éste culmina en sanciones que constituyen, con las penales, “una expresión del poder punitivo del Estado”.¹⁰⁶

Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, serie A, n.º 11, párrafo 24.

¹⁰³ *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrafo 121; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, párrafo 117, y caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, párrafo 146.

¹⁰⁴ Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, p. 2. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión consultiva OC-16/99.

¹⁰⁵ Caso *Ivcher Bronstein*, párrafo 103; caso del *Tribunal Constitucional*, párrafo 70, y *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 28.

¹⁰⁶ Caso *Baena Ricardo y otros*, párr. 106.

3. La *dinámica* del debido proceso

El debido proceso tiene progresión histórica: nuevos requerimientos agregan nuevos elementos, que pasan a integrarse en ese concepto. Es así que “el desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales”.¹⁰⁷

En el mismo *voto razonado* al que antes aludí, relativo a la opinión consultiva OC-16,¹⁰⁸ manifesté que “el proceso penal —entendido en amplio sentido, que también comprende todas las actividades persecutorias públicas previas al conocimiento judicial de una imputación— no ha permanecido estático a lo largo del tiempo. A los derechos elementales de la primera etapa, se han sumado nuevos derechos y garantías. Lo que conocemos como el ‘debido proceso penal’, columna vertebral de la persecución del delito, es el resultado de esta larga marcha, alimentada por la ley, la jurisprudencia —entre ella, la progresiva jurisprudencia norteamericana— y la doctrina. Esto ha ocurrido en el plano nacional, pero también en el orden internacional”. La opinión consultiva 16 se sustenta en “la admisión expresa de esta evolución, y por ello recoge lo que pudiera denominarse la ‘frontera actual’ del procedimiento, que ciertamente va más allá de los linderos trazados anteriormente”.

4. Apreciación del debido proceso

El tribunal internacional debe realizar una compleja valoración del caso concreto para apreciar la observancia o inobservancia del debido proceso conforme a la CADH. Esto tiene implicaciones en cuanto al alcance de la revisión y a las pruebas eficaces. Por lo que toca al primer extremo, “[el] esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos”.¹⁰⁹ “La función del tribunal internacional es determinar si la integridad del procedimiento, inclusive la incorporación de prueba, se ajustó a la Convención”.¹¹⁰

¹⁰⁷ *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrafo 121; *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párrafo 115, y *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, párrafo 117.

¹⁰⁸ Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, p. 1. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, serie A, n.º 16.

¹⁰⁹ Caso de la *Comunidad indígena Yakye Axa*, párrafo 109; caso de la *Comunidad Moiwana*, párrafo 143; caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, párrafo 57; caso *Lori Berenson Mejía*, párrafo 133; caso *19 comerciantes*, párrafo 182; caso *Herrera Ulloa*, párrafo 146; caso *Myrna Mack Chang*, párrafo 200; caso *Juan Humberto Sánchez*, párrafo 120; caso *Bámaca Velásquez*, párr. 188, y caso de los *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros)*, párrafo 222.

¹¹⁰ Caso de la *Comunidad indígena Yakye Axa*, párrafo 109; caso *Lori Berenson Mejía*, párrafo 133; caso *Juan Humberto Sánchez*, párrafo 120; caso *Bámaca Velásquez*, párrafo 189, y caso de los *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros)*, párrafo 222.

En cuanto a los elementos probatorios indispensables para la decisión del órgano internacional, la Corte ha puntualizado que a la hora de apreciar la existencia del debido proceso a la luz de la CADH, debe tener a la vista pruebas específicas que lo acrediten o desvirtúen; no bastan los patrones generales de comportamiento.¹¹¹ Si bien el tribunal “frecuentemente ha utilizado la existencia de patrones o prácticas de conductas [en] el caso del artículo 8 de la Convención Americana [...] requiere una información individualizada de las presuntas víctimas y de las circunstancias de su tratamiento ante los tribunales locales de la que la Corte carece”.¹¹²

5. Tribunal independiente, imparcial y competente

Sin perjuicio del carácter que reviste la independencia, imparcialidad y competencia del tribunal —sea como elemento del debido proceso, sea como presupuesto de éste—, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha subrayado que la existencia del debido proceso “implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción”.¹¹³ En otros términos, “el derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso”.¹¹⁴

Esta exigencia no se contrae a los órganos judiciales; llega a cualesquiera autoridades llamadas a resolver sobre la situación jurídica de un individuo: “cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”.¹¹⁵

¹¹¹ Cf. caso *Instituto de Reeduación del Menor*, párrs. 217 y 233.

¹¹² Caso *Instituto de Reeduación del Menor*, párrafo 217.

¹¹³ Caso *Lori Berenson Mejía*, párrafo 144; caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 131; *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 20, y *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 30. En igual sentido, caso *Las Palmeras*, párrafo 53, y caso del *Tribunal Constitucional*, párrafo 77.

¹¹⁴ Caso *Lori Berenson*, párrafo 143, y caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 129. En igual sentido, caso *19 comerciantes*, párrafo 165; caso *Las Palmeras*, párrs. 51-53; caso *Carpio Nicolle y otros*, párrs. 131-133, y *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General de Naciones Unidas en las resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

¹¹⁵ Caso *del Tribunal Constitucional*, párrafo 71. En igual sentido, caso *Yatama*, párrafo 149; caso de la *Comunidad indígena Yakye Axa*, párrafo 62, y caso *Baena Ricardo y otros*, párrafo 124.

Las resoluciones de la Corte, que se han referido, en la mayoría de los casos, a los tribunales penales en el sentido estricto de la expresión, también contemplan otros órganos jurisdiccionales; tal ha sido el caso de los jueces de constitucionalidad: es necesario, sostiene aquélla, “[...] que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento”.¹¹⁶

Por supuesto, la regla de independencia, imparcialidad y competencia no tiene límites en función de la materia sujeta al conocimiento del tribunal. En un caso se ha aplicado a propósito de la destitución de funcionarios judiciales: “la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa”.¹¹⁷

Ahora bien, es necesario que existan las condiciones para que el justiciable y el defensor —así como otros participantes, en su caso— puedan establecer razonablemente la idoneidad del juez para intervenir en un asunto; si se desconoce la identidad de éste no es posible apreciar esa idoneidad y hacer valer las impugnaciones que pudieran resultar adecuadas. El tema se ha explorado en relación con los llamados *jueces sin rostro*. Al respecto, la Corte ha señalado que el hecho de que “los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria hubieran sido ‘sin rostro’, determinó la imposibilidad de que el procesado conociera la identidad del juzgador y, por ende, valorara su idoneidad. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces”.¹¹⁸

Compete al juzgador preservar las circunstancias favorables al juicio justo; de no haberlas, decaerían los derechos y garantías de debido proceso. Esto se extiende tanto al desempeño del tribunal y sus integrantes y auxiliares, como a la protección de las partes y, en general, de los participantes en el enjuiciamiento, e incluso de terceras personas cuya afectación incide en éste. Por lo tanto, “el Estado, para garantizar un debido proceso, debe facilitar todos los medios necesarios para proteger a los operadores de justicia, investigadores, testigos y familiares de las víctimas de hostigamientos y amenazas que tengan como finalidad entorpecer el proceso y evitar el esclarecimiento de los hechos y encubrir a los responsables de los mismos”.¹¹⁹

¹¹⁶ Caso *del Tribunal Constitucional*, párrafo 75.

¹¹⁷ Caso *del Tribunal Constitucional*, párrafo 74.

¹¹⁸ Caso *Lori Berenson Mejía*, párrafo 147, y caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 133. En igual sentido, caso *Cantoral Benavides*, párrafo 127.

¹¹⁹ Caso *Myrna Mack Chang*, párrafo 199. En igual sentido, caso de la *Comunidad Moiwana*, párrafo 159, y caso *Carpio Nicolle y otros*, párrafo 134.

6. Jurisdicción militar

En este orden de consideraciones, la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre un tema importante y frecuente en la experiencia de algunos países, que interesa para los efectos del juzgamiento por órganos independientes, imparciales y competentes, y también para otros extremos relacionados con las garantías de legalidad e igualdad: la ley penal castrense —principalmente, ámbitos material y subjetivo— y la jurisdicción militar.

De manera uniforme se ha establecido que la ley militar sólo puede gobernar conductas vinculadas con el ejercicio de la función castrense por personas incorporadas a las fuerzas armadas. Por tratarse de una regulación y una jurisdicción especiales o excepcionales, su alcance es restrictivo. Esto es condición de legitimidad y, por tanto, de admisibilidad a la luz de la Convención Americana.

De ahí que el tribunal internacional haya puntualizado que “la jurisdicción militar se establece para mantener el orden y la disciplina en las fuerzas armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delito o falta en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”.¹²⁰ Asimismo, la Corte ha sostenido que “en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”.¹²¹

En esta línea, el tribunal ha señalado que la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares activos, al observar en un caso que “al tiempo en que se abrió y desarrolló [el] proceso [en su contra], [la víctima tenía] el carácter de militar en retiro, y por ello no podía ser juzgado por los tribunales militares”.¹²²

Al considerar que la actuación de un tribunal militar puede contravenir, en determinados casos, el principio de imparcialidad, esta jurisprudencia ha observado que “la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurrectos y juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos”.¹²³

¹²⁰ Caso *Lori Berenson Mejía*, párrafo 141, y caso *Cantoral Benavides*, párrafo 112. En igual sentido, caso *19 comerciantes*, párrafo 166, y caso *Las Palmeras*, párrafo 52.

¹²¹ Caso *Lori Berenson Mejía*, párrafo 142; caso *Cantoral Benavides*, párrafo 113, y caso *Durand y Ugarte*, párrafo 117. En igual sentido, caso *19 comerciantes*, párrafo 165, y caso *Las Palmeras*, párrafo 51.

¹²² Caso *Cesti Hurtado*, párrafo 151.

¹²³ Caso *Lori Berenson Mejía*, párrafo 145, y caso *Cantoral Benavides*, párrafo 114. En igual sentido, caso *Las Palmeras*, párrafo 53.

7. Presunción de inocencia

La denominada presunción de inocencia constituye un punto de referencia para la construcción del proceso moderno en una sociedad democrática. La doctrina ha cuestionado que aquí exista una verdadera presunción. Independientemente de este debate, es preciso que se mantengan con firmeza las preocupaciones y las soluciones en torno al principio de inocencia, que posee un carácter verdaderamente fundamental y por ello impregna la regulación y el desarrollo del proceso. Bajo el régimen inquisitivo de orientación religiosa dominaba la defensa de la fe; bajo el sistema acusatorio moderno prevalece la observancia de la justicia, asociada al respeto a los derechos del individuo, que ciertamente no contraría la seguridad colectiva. De ahí que rija el principio de inocencia y que éste influya en la definición de las instituciones procesales y en la conducción del enjuiciamiento.

La Corte ha señalado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales: aquél afirma la idea de que una persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad¹²⁴. El artículo 8.2 de la CADH, alusivo a esta materia, “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”¹²⁵. Un dato sustancial de este principio atañe a la prueba sobre los hechos imputados, de los que derivan consecuencias jurídicas adversas. La carga correspondiente incumbe a quien formula la imputación: el derecho a la presunción de inocencia “implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa”.¹²⁶ Generalmente, es el Estado el que acusa, por medio de agentes dotados de atribuciones persecutorias.

8. Debido proceso e igualdad

Reviste suma importancia la provisión de medidas a fin de que prevalezca la igualdad —ante la ley y ante la justicia, con lo que ello entraña— en el trato del justiciable para los fines del debido proceso. Esto conduce a establecer correctivos de la evidente desigualdad que puede existir en muchos casos, derivada de las condiciones generales de un grupo de personas o de las particulares de ciertos individuos. En esta línea, la Corte Interamericana ha considerado que “para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables [...]. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medi-

¹²⁴ Cf. caso *Ricardo Canese*, párrafo 153, y caso *Suárez Rosero*, párrafo 77.

¹²⁵ Caso *Ricardo Canese*, párrafo 153, y caso *Cantoral Benavides*, párrafo 120.

¹²⁶ Caso *Ricardo Canese*, párrafo 154.

das de compensación [...]”.¹²⁷ Entre éstas figuran la intervención de traductores a favor de quienes ignoran el idioma en el que se desarrolla el procedimiento y el derecho de los extranjeros a ser informados sobre la posibilidad de acceder a la asistencia consular correspondiente.¹²⁸

9. Contradictorio

El principio de contradictorio, que constituye un dato indispensable en el enjuiciamiento acusatorio moderno, garantía de libertad, defensa y justicia —favorecedor, pues, tanto de las partes como del buen despacho jurisdiccional—, puede ser analizado desde diversas perspectivas: igualdad y defensa, por ejemplo. Con carácter general, la Corte Interamericana ha sostenido que en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para “que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio”.¹²⁹

Por lo que hace a sus propios enjuiciamientos, el tribunal ha sostenido de manera reiterada que “en materia probatoria rige el principio del contradictorio, que respeta el derecho de defensa de las partes. El artículo 44 del Reglamento [de la Corte] contempla este principio, en lo que atañe a la oportunidad en que debe ofrecerse la prueba para que haya igualdad entre las partes”.¹³⁰

10. Defensa

Declaraciones y convenciones ponen énfasis, a través de normas de diverso alcance, sobre la defensa del justiciable. Esto atañe tanto a la función misma de defensa, en sus diversos extremos, como al desempeño de ésta a través de distintos medios, particularmente la presencia y actuación del defensor, que contribuye a integrar, como se ha dicho, la “personalidad procesal” del justiciable.

Al considerar la indispensable concurrencia del defensor, la Corte Interamericana ha tenido en cuenta los estándares internacionales en esta materia, que van mucho

¹²⁷ *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrafo 121; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, párrafo 117 y 119, y caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, párrafo 146.

¹²⁸ Cf. caso *Acosta Calderón*, párrafo 125; caso *Tibi*, párrafo 195; caso *Bulacio*, párrafo 130, y *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, párrafo 120.

¹²⁹ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párrafo 132. En igual sentido, *Mefteh and others v. France*, n.º 32911/96, 35237/97, 34595/97, § 51, ECHR 2002-VII.

¹³⁰ Cf. *inter alia*, caso *Acosta Calderón*, párrafo 40; caso *Yatama*, párrafo 106; caso *Fermín Ramírez*, párrafo 43; caso de la *Comunidad indígena Yakye Axa*, párrafo 29, y caso de la *Comunidad Moiwana*, párrafo 76.

más allá de la mera designación de un abogado. En este orden, la jurisprudencia interamericana recuerda que “el numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que [a] toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial”.¹³¹

De esa regla, así como de las disposiciones contenidas en diversos instrumentos —la CADH, desde luego— y de las exigencias inherentes a una verdadera defensa —no una defensa aparente—, se desprenden diversos datos de la defensa efectiva. Atañen a la designación de defensor, la oportunidad para hacerlo, la relación entre el defensor y el justiciable, la posibilidad efectiva de allegar pruebas de descargo y controvertir las de cargo, etcétera.

La previsión de defensa abarca tanto el derecho del justiciable a defenderse por sí mismo como a designar defensor de su confianza o a recibir, a falta de éste, la asistencia profesional de un defensor provisto por el Estado: “el inculpado tiene derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y [...] si no lo hiciera tiene el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna”.¹³²

Se ha dicho que la asistencia letrada debe ser también oportuna; de lo contrario no podría servir a su encomienda ni satisfacería las exigencias del debido proceso. La falta de asistencia oportuna impide disponer de una defensa adecuada¹³³ y constituye violación del artículo 8.2.e en perjuicio del justiciable.

También es preciso que se allane la comunicación entre el defensor y el defendido. Si en el “desarrollo de las actuaciones realizadas por los jueces del fuero común [...] se pusieron obstáculos a la comunicación libre y privada entre [la presunta víctima] y su defensor”, resultó imposible ejercer una “adecuada defensa”.¹³⁴

¹³¹ Caso *Lori Berenson*, párrafo 166; caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 139, y *Principios básicos sobre la función de los abogados*, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

¹³² *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafo 25. En este sentido, caso *Acosta Calderón*, párrafo 124; caso de la *Comunidad indígena Yakye Axa*, párrafo 117; caso *Tibi*, párrs. 193 y 194; caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrs. 146-149, y caso *Suárez Rosero*, párrafo 83.

¹³³ Cf. caso *Acosta Calderón*, párrafo 124; caso de la *Comunidad indígena Yakye Axa*, párrs. 116 y 117; caso *Tibi*, párrafo 194; caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrs. 146-149, y caso *Suárez Rosero*, párrafo 83.

¹³⁴ Caso *Cantoral Benavides*, párrafo 127.

A propósito de la defensa, en sentido genérico —en consecuencia, no sólo como asistencia jurídica profesional—, vienen al caso numerosos temas del proceso, que en este trabajo se mencionan separadamente: información sobre los cargos, intervención consular, prueba, etc. Para que existan igualdad en el proceso y defensa adecuada, es preciso que el inculpado conozca los cargos que se le hacen y se halle al tanto del proceso mismo, de manera que pueda reaccionar ante las contingencias de éste y hacer valer sus pruebas y argumentos. Para ello es preciso que tenga acceso suficiente —ya no diré completo o absoluto— al idioma en el que se desarrolla el proceso; si no lo conoce personalmente —situación que se ha presentado con alguna frecuencia, tanto en lo que respecta a extranjeros como en lo que toca a personas que forman parte de grupos indígenas o étnicos minoritarios— debe disponer de traductores e intérpretes que establezcan el puente entre la extrañeza y el conocimiento. Evidentemente, con esto no se resuelve la distancia cultural que puede mediar entre el inculpado y el proceso mismo, erigido sobre fundamentos —materiales y formales— en ocasiones distantes a la costumbre y a la comprensión del justiciable.

Como *supra* mencioné, para alcanzar la igualdad real en el proceso, con medios de compensación, “se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Éstos son medios para que los inculpados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquéllos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal”.¹³⁵

11. Recursos

La tutela del individuo, dentro y fuera del enjuiciamiento penal, implica la existencia de varios medios de tutela bajo el concepto de recursos o impugnaciones. La Convención Americana acoge diversas categorías de recursos, tanto en el artículo 8 —eje del debido proceso, pero no precepto único de esta materia, ya se dijo— como en los artículos 4, 7 y 15.

Existe un derecho al recurso en materia penal, que igualmente se presenta, como es obvio, en otros temas. Así, “el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica”.¹³⁶

¹³⁵ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, párrafo 120.

¹³⁶ Caso *Herrera Ulloa*, párrafo 158.

Evidentemente, la tramitación del recurso debe ajustarse, a su turno, al debido proceso, como ha puntualizado la Corte Interamericana en el examen del artículo 25 de la CADH: al considerar “el derecho a un recurso efectivo, en los términos del artículo 25 de la Convención, es indispensable que dicho recurso se tramite conforme a las reglas del debido proceso, consagradas en el artículo 8 de la Convención, incluyendo el acceso a la asistencia letrada”.¹³⁷ Consecuentemente, el tribunal que conoce de la impugnación tiene el “deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen”.¹³⁸

El recurso al que se refiere el artículo 8 se plantea ante una instancia específica: un juez o tribunal superior al que ha emitido el fallo combatido, que debe satisfacer, a su turno, las condiciones de independencia e imparcialidad que se exigen de cualquier juzgador. En efecto, “el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal [...] se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él”.¹³⁹

Es importante —y se debate— precisar el alcance que debe tener la revisión judicial a cargo del juez o tribunal superior, tomando en cuenta la amplia disposición contenida a este respecto en el artículo 8 de la CADH. Al fijar su criterio, la Corte Interamericana ha invocado también el parecer de otros órganos internacionales: así, el Comité de Derechos Humanos.¹⁴⁰ Aquélla ha considerado que “independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida”.¹⁴¹ Por supuesto, la Corte no ha especificado que ese recurso deba ser la casación o la apelación, ni ha establecido qué alcance deba tener, específicamente, cada uno de estos medios impugnativos. Estas precisiones corresponden al derecho interno.

Desde luego, es preciso que los recursos previstos y provistos por el orden interno satisfagan la condición de eficacia que se reclama de todas las medidas e instrumentos estatales vinculados con la protección de los derechos humanos. El mismo requerimiento existe, explícitamente, en lo que atañe a los recursos, llamados a reparar actos o situaciones que pudieran contravenir la CADH. Esto rige tanto con respecto a los medios de impugnación acogidos en el artículo 8, como con los previstos en otros preceptos, entre ellos el fundamental artículo 25 de la Convención.

¹³⁷ Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, párrafo 148.

¹³⁸ Caso *Herrera Ulloa*, párrafo 163.

¹³⁹ Caso *Lori Berenson*, párrafo 192, y caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 161.

¹⁴⁰ Cf. caso *Herrera Ulloa*, párrafo 166; ONU, Comité de Derechos Humanos, *M. Sineiro Fernández c. España* (1007/2001), dictamen de 7 de agosto de 2003, párrs. 7 y 8, y ONU, Comité de Derechos Humanos, *C. Gómez Vásquez c. España* (701/1996), dictamen de 20 de julio de 2000, párrafo 11.1.

¹⁴¹ Caso *Herrera Ulloa*, párrafo 165.

Sobre esta última disposición, se ha dicho que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención”.¹⁴² La Corte ha señalado que “no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”.¹⁴³

El análisis del hábeas corpus y del amparo corresponde a un examen más amplio que el relacionado con el debido proceso penal. Sin embargo, es evidente que la operación de esos recursos se plantea con la mayor frecuencia a propósito de procedimientos penales o actos vinculado con éstos. De ahí la pertinencia de considerarlos en este momento, así sea brevemente. El hábeas corpus, que forma parte de la tutela de la libertad, tiene además, en concepto de la Corte, otros alcances posibles y necesarios para la preservación de derechos humanos. Efectivamente, ese instrumento “representa, dentro de las garantías judiciales indispensables, el medio idóneo tanto para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, como para proteger al individuo contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (o inclusive la desaparición forzada de personas).¹⁴⁴

También conviene mencionar la presencia del amparo para los efectos del debido proceso y la protección del individuo. “En el marco de los recursos sencillos, rápidos y efectivos que contempla [el artículo 25 de la CADH], esta Corte ha sostenido

¹⁴² Cf. caso *19 comerciantes*, párrafo 192; caso *Baena Ricardo y otros. Competencia*, párrafo 77; caso *Maritza Urrutia*, párrafo 117; caso *Juan Humberto Sánchez*, párrafo 121; caso *Cinco pensionistas*, párrafo 126; caso *Cantos*, párrafo 126; caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, párrafo 150; caso *Las Palmeras*, párrafo 58; caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, párrafo 113; caso *Ivcher Bronstein*, párrafo 136; caso del *Tribunal Constitucional*, párrafo 90; caso *Cantoral Benavides*, párrafo 164; caso *Durand y Ugarte*, párrafo 102; caso de los *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros)*, párrafo 235; caso *Cesti Hurtado*, párrafo 125; caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 185; caso de la *Panel Blanca (Paniagua Morales y otros)*, párrafo 164; caso *Suárez Rosero*, párrafo 61; caso *Fairén Garbí y Solís Corrales*, párrafo 87; caso *Godínez Cruz*, párrafo 66; caso *Velásquez Rodríguez*, párrafo 63, y *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafo 24.

¹⁴³ Cf. caso *19 comerciantes*, párrafo 192; caso *Baena Ricardo y otros. Competencia*, párrafo 77; caso *Maritza Urrutia*, párrafo 111; caso *Juan Humberto Sánchez*, párrafo 122; caso *Cinco pensionistas*, párrafo 126; caso *Las Palmeras*, párrafo 58; caso *Ivcher Bronstein*, párrafo 136; caso *Cesti Hurtado*, párrafo 125, y *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafo 24.

¹⁴⁴ Caso *Hermanas Serrano Cruz*, párrafo 79; caso *Juan Humberto Sánchez*, párrafo 122; caso *Bámaca Velásquez*, párrafo 192; caso *Cantoral Benavides*, párrafo 165, y caso *Durand y Ugarte*, párrafo 103. En igual sentido, caso *Cesti Hurtado*, párrafo 121; caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 187; caso *Paniagua Morales y otros*, párrafo 164; caso *Blake*, párrafo 102; caso *Suárez Rosero*, párrs. 63 y 65; caso *Neira Alegría y otros*, párrafo 82, y *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párrafo 35.

que la institución procesal del amparo reúne las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, esto es, la de ser sencilla y breve”.¹⁴⁵

En la jurisprudencia interamericana tiene suma relevancia la posición de la Corte con respecto a la vigencia del hábeas corpus y del amparo incluso en situaciones de suspensión de derechos y garantías por motivos de emergencia, a los que se refiere el artículo 27 de la CADH: “la implantación del estado de emergencia —cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno— no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención”.¹⁴⁶

La Corte se ha ocupado igualmente de otros medios de impugnación: uno, las acciones constitucionales, que no examinaré ahora;¹⁴⁷ otro, relevante para nuestra materia, el recurso a la gracia o clemencia invocado bajo la regulación de la pena capital en el artículo 4 de la CADH. Este medio de preservación de la vida, inserto en un régimen restrictivo de la pena capital, no puede quedar sujeto a la simple benevolencia del poder público, que así se ejercería en un marco de absoluta discrecionalidad. Es preciso que se discipline a la regla de juridicidad que debe gobernar todas las acciones del Estado, particularmente cuando se trata de resolver sobre asuntos de suma gravedad.

El tribunal interamericano considera que el artículo 4.6 de la Convención, conjuntamente con los artículos 8 y 1.1, asignan al Estado “la obligación de garantizar” que el derecho a impugnar la imposición de pena capital, a través de indulto, amnistía o conmutación, “pueda ser ejercido por el condenado a pena de muerte de manera efectiva. Así, el Estado tiene la obligación de implementar un procedimiento de esta índole que se caracterice por ser imparcial y transparente, en donde el condenado a pena capital pueda hacer valer de manera cierta todos los antecedentes que crea pertinentes para ser favorecido con el acto de clemencia”.¹⁴⁸

La eficacia del recurso implica celeridad en la decisión, otro tema emparentado con las cuestiones del plazo razonable, que constituye una referencia rectora para diversas actuaciones jurisdiccionales del Estado. Por lo que toca a la tutela de la libertad, que se actualiza en el procedimiento penal, la Corte señaló que el recurso previsto en el artículo

¹⁴⁵ Caso *del Tribunal Constitucional*, párrafo 91. En igual sentido, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 23.

¹⁴⁶ Caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 186, y *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 25. En igual sentido, caso *Tibi*, párrafo 128; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párrafo 85, y caso *Durand y Ugarte*, párrs. 99 y 106, y *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 42.

¹⁴⁷ Cf. caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, párrafo 149.

¹⁴⁸ Caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, párrafo 188. En igual sentido, caso *Fermín Ramírez*, párrafo 110.

7.6 de la CADH “debe ser decidido por un juez o tribunal competente sin demora. En este caso, este presupuesto no se cumplió porque el recurso fue resuelto 21 días después de su interposición, plazo a todas luces excesivo”.¹⁴⁹

No sobra destacar la exigencia de cumplimiento de la decisión en la que culmina el recurso, de manera que modifique oportuna y eficazmente la situación o el acto impugnados. En un caso, la Corte consideró que el “incumplimiento de la decisión del [...] recurso, ya violatoriamente tardía, no condujo al cambio de las condiciones de detención degradantes e inhumanas en que se encontraban los internos. El propio Estado ha reconocido esa situación y ha señalado que no se trasladó a los internos del Instituto por ‘la falta de un lugar adecuado’”.¹⁵⁰ Esta situación dejó sin un recurso efectivo a 239 internos en el reclusorio al momento de la emisión de la sentencia¹⁵¹.

12. Ejecución de sentencia

En materia penal se discute sobre el emplazamiento de la ejecución: ¿etapa del proceso? Sea lo que fuere, interesa la ejecución de la sentencia desde diversas perspectivas: por una parte, desde el ángulo del trato consecuente con la dignidad humana de la persona privada de libertad (artículos 5.1 y 5.2); por la otra, desde la óptica de las restricciones a la aplicación o a la ejecución de la pena de muerte (artículo 4.5 y 4.6). Por lo que hace al primer supuesto, se manifiesta que “las condiciones de detención en que han vivido y viven las víctimas [en un caso pertinente a las actuales consideraciones] constituyen tratos crueles, inhumanos o degradantes, ya que éstas se encuentran viviendo en situaciones que afectan su integridad física y psíquica”.¹⁵²

Más ampliamente, en un supuesto ajeno a la ejecución penal, la Corte Interamericana acogió el criterio de la Corte Europea en el sentido de que el derecho a un juicio justo “sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado parte permite que una decisión judicial final y obligatoria permanezca inoperante en detrimento de una de las partes [...] La ejecución de las sentencias emitidas por los tribunales debe ser considerada como parte integrante del ‘juicio’”.¹⁵³

¹⁴⁹ Caso *Tibi*, párrafo 134. En igual sentido, caso *Acosta Calderón*, párrafo 97.

¹⁵⁰ Caso *Instituto de Reeducación del Menor*, párrafo 250.

¹⁵¹ Caso *Instituto de Reeducación del Menor*, párrafo 251.

¹⁵² Caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, párrafo 169, y caso *Caesar*, párrafo 98. En igual sentido, caso *Fermín Ramírez*, párrs. 118 y 119; caso *Lori Berenson*, párrafo 108; caso *De la Cruz Flores*, párrs. 124-132; caso *Tibi*, párrs. 150-152; caso *Instituto de Reeducación del Menor*, párrs. 165-170; caso *Cantoral Benavides*, párrs. 85 y 87; caso *Durand y Ugarte*, párrafo 78; caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrs. 196-200; caso *Suárez Rosero*, párrs. 91 y 92, y caso *Loayza Tamayo*, párrafo 58.

¹⁵³ Caso *Baena Ricardo y otros. Competencia*, párrafo 81; *Hornsby v. Greece*, judgment of 19 March 1997, Reports 1997-II, § 40; *Antonetto v. Italie*, n.º 15928/89, § 27, ECHR 2000, y *Immobiliare Saffi v. Italy*, n.º 22774/93, § 63, ECHR 1999-V.

13. Tortura y otros maltratos

La proscripción de la tortura, un tema constantemente asociado a la persecución penal, se prevé en diversos instrumentos: genéricos, como la CADH, y específicos, como la Convención Interamericana sobre esta materia. El alcance de esta proscripción es terminante y universal. La Corte asegura que la “integridad física, psíquica y moral, tal como lo establece el artículo 5.1 de la Convención y [la prohibición de] un trato inhumano y degradante contrario al artículo 5.2 de la Convención, [son] preceptos [que tienen] el carácter de *jus cogens*”.¹⁵⁴ Igualmente, afirma que “la propia jurisprudencia de este tribunal, así como de otros tribunales y autoridades internacionales, llevan a la Corte a concluir que existe una prohibición universal tanto de la tortura como de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, independientemente de cualquier codificación o declaración, por ser todos éstos violatorios de normas perentorias de derecho internacional. Un Estado Parte de la Convención Americana, en cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1, 5.1 y 5.2 de dicha Convención, tiene una obligación *erga omnes* de abstenerse de imponer penas corporales, así como de prevenir su imposición, por constituir, en cualquier circunstancia, un trato o pena cruel, inhumano o degradante”.¹⁵⁵

Esta doctrina ha sido reiterada constantemente, incluso ante la persecución de conductas punibles sumamente graves y en situaciones de suspensión de derechos y garantías bajo emergencia. “La prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable —sostiene sistemáticamente la Corte—, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”.¹⁵⁶

También se ha ocupado la jurisprudencia en establecer la existencia de variantes de tortura, como la denominada *tortura psicológica*. Al respecto, acoge el criterio de la Corte Europea y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Aquélla “ha sostenido que [...] crear una situación amenazadora o amenazar a un individuo con torturarlo puede constituir, en algunas circunstancias, al menos, tratamiento inhumano”.¹⁵⁷ Por

¹⁵⁴ Caso *Caesar*, párrafo 100. En igual sentido, caso *Tibi*, párrafo 143; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párrafo 112, y caso *Maritza Urrutia*, párrafo 92.

¹⁵⁵ Caso *Caesar*, párrafo 70.

¹⁵⁶ Cf. caso *Caesar*, párrafo 59; caso *Lori Berenson Mejía*, párrafo 100; caso *De la Cruz Flores*, párrafo 125; caso *Tibi*, párrafo 143; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párrafo 111; caso *Maritza Urrutia*, párrafo 89, y caso *Cantoral Benavides*, párrafo 95. En igual sentido, ECHR, *Ireland v. United Kingdom*, judgment of 18 January 1978, serie A, vol. 25, § 163.

¹⁵⁷ Caso *Instituto de Reeducación del Menor*, párrafo 167; caso *19 comerciantes*, párrafo 149; caso *Cantoral Benavides*, párrafo 102; caso de los *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros)*, párrafo 165, y ECHR, *Campbell and Cosans*, judgment of 25 February 1982, serie A, n.º 48, p. 12, § 26.

su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas califica como tortura psicológica la amenaza de hacer sufrir a una persona una grave lesión física.¹⁵⁸

En cuanto al deslinde entre tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, que no resulta sencillo bajo la Convención Interamericana referente a la tortura, el tribunal regional americano ha citado en algún caso el parecer de la Corte Europea: “el análisis de la gravedad de los actos que puedan constituir tratos crueles, inhumanos o degradantes o tortura, es relativo y depende de todas las circunstancias del caso, tales como la duración de los tratos, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima, entre otros¹⁵⁹”.

La frecuente afectación psicológica de los familiares cercanos del detenido o enjuiciado conduce a apreciar la existencia de violaciones en agravio de aquéllos, convertidos en víctimas para los efectos de la CADH. En estas hipótesis se advierte que la “vulneración del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de [las víctimas] es consecuencia directa de la detención ilegal y arbitraria de éstos el día 21 de junio de 1991; de los malos tratos y torturas sufridos por éstos durante su detención, y de la muerte de ambos aproximadamente una hora después de haber sido detenidos, así como de la presentación oficial de los hechos como “un enfrentamiento con elementos subversivos”. Los “familiares pueden ser considerados víctimas de tratos crueles, inhumanos y degradantes”.¹⁶⁰

El Estado se halla obligado a respetar los derechos humanos y a garantizar su vigencia. De aquí provienen obligaciones persecutorias específicas con respecto a los hechos violatorios y a los responsables de éstos: deber de justicia en general, y particularmente de justicia penal, que el Estado ha de cumplir inmediatamente, sin necesidad de instancia de particulares interesados.

Sobre este punto, la Corte reconoce que, bajo la obligación contenida en el artículo 1.1 CADH, “el Estado tiene el deber de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en violación del artículo 5 de la Convención Americana”.¹⁶¹ No hacerlo así y favorecer o permitir, por ende, la impunidad de estos hechos, “significa que el Estado

¹⁵⁸ Caso *Cantoral Benavides*, párrafo 102, y ONU, Comité de Derechos Humanos. *Miguel Ángel Estrella vs. Uruguay* (74/1980), dictamen de 29 de marzo de 1983, párrs. 8.3, 8.4 y 10. En igual sentido, caso *Caesar*, párrafo 78.

¹⁵⁹ Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyaury*, párrafo 113, y ECHR, *Case Ireland v. the United Kingdom*, judgment of 18 January 1978, serie A, n.º 25, § 162.

¹⁶⁰ Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyaury*, párrafo 118. En igual sentido, caso de las *Hermandades Serrano Cruz*, párrs. 112-115; caso *De la Cruz Flores*, párrs. 135 y 136; caso *Tibi*, párrs. 160 y 161; caso *Instituto de Reeducación del Menor*, párrs. 191-192; caso *19 comerciantes*, párrs. 210-217; caso *Molina Theissen*, párrafo 44; caso *Juan Humberto Sánchez*, párrafo 101; caso *Bámaca Velásquez*, párrafo 165, y *Kurt v. Turkey*, n.º 24276/94, § 130-134, ECHR 1998-III.

¹⁶¹ Caso *Tibi*, párrafo 159.

ha omitido tomar las medidas efectivas para evitar que actos de esa naturaleza vuelvan a ocurrir en su jurisdicción, desconociendo lo previsto en el artículo 6 de la Convención Interamericana contra la Tortura”.¹⁶²

14. Detención

El muy frecuente —y a menudo injustificado— empleo de medidas precautorias que afectan a la persona con motivo del procedimiento penal, ha llevado al tribunal a examinar constantemente las características de la privación de libertad legítima, materia del artículo 7 de la CADH, que de esta suerte se instala en el ámbito del debido proceso. El contenido esencial de esa norma “es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia arbitraria o ilegal del Estado y, a su vez, la garantía del derecho de defensa del individuo detenido”.¹⁶³

El artículo 7 limita la actuación del poder público y prohíbe tanto las detenciones ilegales como las arbitrarias. La jurisprudencia recoge estas prevenciones. Nadie puede sufrir privación de libertad —principio de legalidad— sino por las causas, en los casos y dentro de las circunstancias previstos en la ley (aspecto material), y con estricta subordinación a los procedimientos establecidos en ésta (aspecto formal).¹⁶⁴ La prueba de que la detención no ocurrió en situación de flagrancia concurre a establecer la existencia de una violación al artículo 7.2 de la Convención Americana.¹⁶⁵ El artículo 7.3 proscribire la detención o el encarcelamiento por “causas y métodos que —aun calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, *imprevisibles* o faltos de proporcionalidad”.¹⁶⁶

Puede extremarse la arbitrariedad en la detención: aquélla resulta “agravada por el hecho de que los detenidos fueron torturados y, finalmente, muertos”; en la especie, se hace notar que las víctimas “se encontraban desarmadas, indefensas y eran meno-

¹⁶² Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párrafo 155.

¹⁶³ Caso *Instituto de Reeducción del Menor*, párrafo 223.

¹⁶⁴ Cf. caso *Acosta Calderón*, párrafo 57; caso *Tibi*, párrafo 98; caso *Instituto de Reeducción del Menor*, párrafo 224; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párrafo 83; caso *Maritza Urrutia*, párrafo 65; caso *Juan Humberto Sánchez*, párrafo 78; caso *Bulacio*, párrafo 125; caso *Bámaca Velásquez*, párrafo 139; caso *Durand y Ugarte*, párrafo 85; caso *Villagrán Morales y otros (Caso de los Niños de la calle)*, párrafo 131; caso *Cesti Hurtado*, párrafo 140; caso *Suárez Rosero*, párrafo 43, y caso *Gangaram Panday*, párrafo 47.

¹⁶⁵ Cf. caso *Tibi*, párrafo 103; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párrafo 86; caso *Maritza Urrutia*, párrafo 67, y caso *Juan Humberto Sánchez*, párrafo 79.

¹⁶⁶ Cf. caso *Acosta Calderón*, párrafo 57; caso *Tibi*, párrafo 98; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párrafo 83; caso *Maritza Urrutia*, párrafo 65; caso *Juan Humberto Sánchez*, párrafo 78; caso *Bámaca Velásquez*, párrafo 139; caso *Durand y Ugarte*, párrafo 85; caso *Villagrán Morales y otros (Caso de los Niños de la calle)*, párrafo 131; caso *Cesti Hurtado*, párrafo 140; caso *Suárez Rosero*, párrafo 43, y caso *Gangaram Panday*, párrafo 47.

res de edad, lo cual constituye un elemento adicional de la gravedad de la detención arbitraria en el [...] caso”.¹⁶⁷

Las proscripciones en torno a la detención pueden ser analizadas igualmente a la luz del artículo 5, referente a integridad y seguridad personales, que rechaza ciertos métodos inadmisibles: el hecho de “ser introducido en la maletera de un vehículo constituye una infracción al artículo 5 de la Convención que tutela la integridad personal, ya que, aun cuando no hubiesen existido otros maltratos físicos o de otra índole, esa acción por sí sola debe considerarse claramente contraria al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.¹⁶⁸

Hay diversos aspectos de la detención sujetos a regulación especial, que en su hora han sido explorados por la jurisprudencia interamericana; entre ellos, información al detenido, prueba sobre la arbitrariedad de la detención, control judicial de ésta, oportunidad del control. Finalmente, estos temas han desembocado en el examen de la prisión preventiva, que constituye otra cuestión relevante —cada vez más— en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

La oportuna información al detenido acerca de las razones de su detención y los cargos que se le hacen (artículo 7.4 de la CADH) constituye un dato con relieve mayor para la adecuada defensa y un medio de prevención de acciones arbitrarias por parte de los agentes de la autoridad. Se ha reconocido que ese artículo 7.4 “contempla un mecanismo para evitar conductas ilegales o arbitrarias desde el acto mismo de privación de libertad y garantiza la defensa del detenido. Tanto éste como quienes ejercen representación o custodia legal de él tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de la detención y acerca de los derechos que tiene el detenido”.¹⁶⁹

A este derecho se asocia, a título de medio para la adecuada defensa del sujeto y, por tanto, para la efectiva preservación de un derecho humano, la notificación acerca de la posibilidad de establecer contacto con determinadas personas de las que puede provenir un auxilio eficaz, consecuente con las exigencias de la defensa y con los obstáculos que es preciso oponer a la arbitrariedad del poder público. Esta notificación debe producirse al momento en que se priva al sujeto de libertad y antes de que emita su primera declaración ante la autoridad.¹⁷⁰ El contacto se refiere a diversas personas, conforme a las características del caso: “por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado”.¹⁷¹

¹⁶⁷ Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párrafo 89.

¹⁶⁸ Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párrafo 109; caso de los *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros)*, párrafo 164, y caso *Castillo Páez*, párrafo 66.

¹⁶⁹ Caso *Tibi*, párrafo 109; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párrafo 92; caso *Maritza Urrutia*, párrafo 72; caso *Bulacio*, párrafo 128, y caso *Juan Humberto Sánchez*, párrafo 82.

¹⁷⁰ Cf. caso *Acosta Calderón*, párrafo 125; caso *Tibi*, párrafo 112; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párrafo 93; caso *Bulacio*, párrafo 130, y *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, párrafo 106.

¹⁷¹ Caso *Acosta Calderón*, párrafo 125; caso *Tibi*, párrafo 112, y caso *Bulacio*, párrafo 130.

Aquí tiene relevancia el derecho del detenido extranjero a contar con asistencia consular oportuna, lo cual implica notificar a aquél sobre ese derecho en el momento de la detención y antes de que rinda declaración. La Corte ha estimado, tanto en la opinión consultiva OC-16 como en resoluciones de casos contenciosos, que “el derecho individual del nacional de solicitar asistencia consular a su país debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo”.¹⁷² La inobservancia de este derecho afecta el derecho a la defensa, que forma parte de las garantías del debido proceso legal.¹⁷³

En mi *voto concurrente razonado* a la sentencia de la Corte en el caso *Tibi*,¹⁷⁴ me ocupé en estos puntos y analicé el criterio acogido por el tribunal: “Por lo que hace al momento en el que deben actualizarse las garantías de información sobre los cargos y derecho a la defensa, la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el caso *Tibi* vuelve a ser explícita: en el momento de la detención y antes de que el inculpado rinda su primera declaración ante la autoridad. No puede ser de otra manera [...] En estos mismos términos entendió la OC-16/99 el derecho del detenido extranjero a recibir información sobre el derecho que le asiste para procurar y recibir asistencia consular del Estado de su nacionalidad, conforme a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares”.

Agregué entonces: “No puede aceptarse otra cosa, si se quiere que los derechos sirvan al fin para el que se los promulga y rindan el efecto que se les asigna, que por supuesto no es la impunidad, sino la justicia. Cuando se dice ‘antes de la declaración’, se quiere expresar: antes de cualquier declaración ante cualquier autoridad —no sólo el Ministerio Público, no únicamente el tribunal— de la que pueda depender la suerte del enjuiciamiento y, por tanto, del enjuiciado y, en último análisis, de la justicia, que se pone a prueba en cada caso concreto. Es perfectamente sabido que esa primera declaración suele sellar, aunque se diga y pretenda otra cosa, el rumbo del proceso y determinar sus resultados”.¹⁷⁵

Es preciso —señala la CADH— que el órgano jurisdiccional, garante de la observancia de los derechos humanos, ejerza control sobre la legalidad y legitimidad de la detención. Por ello, la jurisprudencia afirma que “el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente

¹⁷² Caso *Acosta Calderón*, párrafo 125; caso *Tibi*, párrafo 195, y *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, párrafo 122.

¹⁷³ Cf. caso *Acosta Calderón*, párrafo 125, y caso *Tibi*, párrafo 195.

¹⁷⁴ Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párrafo 41; caso *Tibi*, sentencia de 7 de septiembre de 2004.

¹⁷⁵ Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párrafo 42; caso *Tibi*, sentencia de 7 de septiembre de 2004.

necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia¹⁷⁶ (mientras no se establezca su responsabilidad)”.¹⁷⁷

La celeridad con que debe realizarse ese control, invocada por instrumentos internacionales —así, la CADH—, ha motivado la reflexión de los tribunales. La Corte Interamericana toma en cuenta el parecer de la Europea en el sentido de que “si bien el vocablo ‘inmediatamente’ debe ser interpretado conforme a las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención, porque esto quebrantaría el artículo 5.3 de la Convención Europea”.¹⁷⁸ La duración de la detención, desde la óptica del plazo razonable, pierde relevancia cuando se trata de detención ilegal o arbitraria; si esto ocurre, existe violación, y “el Tribunal no considera necesario entrar a considerar si el tiempo transcurrido entre [la] detención y [la] liberación sobrepasó los límites de lo razonable”.¹⁷⁹

También es relevante, en este orden de consideraciones, el criterio de la Corte Interamericana acerca de los actos que concurren a satisfacer la exigencia de control judicial, desde la perspectiva del más amplio y eficaz respeto al derecho humano del inculpado. No basta que el juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente; es preciso que el detenido comparezca personalmente ante la autoridad judicial.¹⁸⁰

15. Prisión preventiva

La jurisprudencia ha puesto en claro, con respecto a esta difundida y extremada medida precautoria personal, que existe una severa tensión entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia; que aquélla reviste carácter excepcional y que es preciso observar los principios de necesidad y proporcionalidad a la hora de regular y aplicar la privación cautelar de la libertad.

Evidentemente, la prisión preventiva se aviene mal con la presunción de inocencia, y por ello es preciso ajustarla a hipótesis de verdadera necesidad, puesto que

¹⁷⁶ Caso *Acosta Calderón*, párrafo 76; caso *Tibi*, párrafo 114; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párrafo 96; caso *Maritza Urrutia*, párrafo 66, y caso *Bulacio*, párrafo 129. En igual sentido, caso *Juan Humberto Sánchez*, párrafo 84.

¹⁷⁷ Cf. caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párrafo 96; caso *Maritza Urrutia*, párrafo 66, y caso *Bulacio*, párrafo 129.

¹⁷⁸ Cf. ECHR, *Brogan and Others v. The United Kingdom*, judgement of 29 November 1988, series A n.º 145-B, § 59, y ECHR, *De Jong, Baljet and Van den Brink v The Netherlands*, judgment of 22 May 1984, serie A, n.º 77, § 52. En igual sentido, caso *Acosta Calderón*, párrafo 77; caso *Tibi*, párrafo 115; caso *Maritza Urrutia*, párrafo 73; caso *Juan Humberto Sánchez*, párrafo 84, y caso *Bámaca Velásquez*, párrafo 140.

¹⁷⁹ Caso *Acosta Calderón*, párrafo 82, y caso *Tibi*, párrafo 120.

¹⁸⁰ Cf. caso *Acosta Calderón*, párrafo 78; caso *Tibi*, párrafo 118, y caso *Cantoral Benavides*, párrs. 74 y 75.

implica una notoria restricción a un derecho humano. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la CADH a propósito del principio de presunción de inocencia, que constituye un fundamento de las garantías judiciales, “deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”.¹⁸¹ Es “la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”.¹⁸²

El criterio restrictivo acerca de la prisión preventiva se manifiesta en la apreciación de algunos aspectos de ésta, frecuentemente llevados a la consideración del tribunal interamericano; por ejemplo, plazo y causa, cuya desatención se traduce en la indebida anticipación de la pena. La “prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos”.¹⁸³

16. Condiciones de detención o reclusión

La muy frecuente aplicación de medidas privativas de libertad, tanto en el curso del proceso, por vía cautelar, como al cabo de éste y en los términos de la sentencia de condena, a título de sanción, ha determinado una también frecuente apreciación acerca de las condiciones de vida de las personas privadas de libertad, tema que va más allá de la privación penal de ésta; puede abarcar, en efecto, otras restricciones, como las relativas a educandos o enfermos, por ejemplo. En los últimos tiempos ha sido recurrente la presentación de casos —tanto litigios como solicitudes de medidas provisionales— en los que aparece claramente la grave situación prevaleciente en los reclusorios para adultos y menores de edad. La correspondiente jurisprudencia de la Corte se ha construido a partir de ciertos elementos centrales: condiciones de vida

¹⁸¹ Cf. caso *Acosta Calderón*, párrafo 111; caso *Tibi*, párrafo 180, y caso *Suárez Rosero*, párrafo 77.

¹⁸² Caso *Acosta Calderón*, párrafo 74; caso *Tibi*, párrafo 106, y caso *Instituto de Reeducación del Menor*, párrafo 228. En igual sentido, caso *Ricardo Canese*, párrafo 129.

¹⁸³ Caso *Instituto de Reeducación del Menor*, párrafo 229. En el mismo sentido, caso *Acosta Calderón*, párrafo 111, caso *Tibi*, párrafo 180; caso *Suárez Rosero*, párrafo 77; regla 13.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985, y regla 17 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General en resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990.

digna, medidas de coerción estrictamente necesarias, Estado garante de los derechos de los detenidos, vulnerabilidad de éstos —especialmente en supuestos de detención irregular—, implicaciones de la presunción de inocencia.

La detención debe realizarse en condiciones compatibles con la dignidad humana. Éste es un postulado infranqueable, que trae consigo tanto una idea general acerca de la vida en reclusión como numerosas implicaciones en aspectos específicos de ésta. El tribunal ha señalado “que la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal”.¹⁸⁴

En este marco suelen tener especial presencia los temas de higiene y salud. Sobre ellos existen diversos pronunciamientos de la Corte. En uno de éstos, el tribunal advirtió que “el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas también ha sostenido que la detención de un preso con otras personas, en condiciones que representan un peligro serio para su salud, constituye una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece en lo conducente que nadie debe ser sujeto a la tortura o a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes”.¹⁸⁵

La separación entre inculpados y sentenciados, prevista en la CADH, ofrece dos dimensiones: una, dentro del derecho a la integridad personal (artículo 5.4), a la que se ha referido la jurisprudencia: “La Corte considera que la falta de separación de reclusos descrita es violatoria del artículo 5.4 de la Convención Americana”,¹⁸⁶ otra, como reflejo de la garantía judicial concerniente a la presunción de inocencia (artículo 8.2).

La incomunicación se utiliza a título de medida cautelar para asegurar el éxito de las investigaciones. Es “una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Dicho aislamiento debe estar limitado al período de tiempo determinado expresamente por la ley”.¹⁸⁷ En el empleo de estos métodos es posible incurrir en violación de derechos: el “aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratamientos crueles e

¹⁸⁴ Cf. caso *Caesar*, párrafo 96; caso *Lori Berenson*, párrafo 102; caso *Tibi*, párr. 150; caso *Instituto de Reeducación del Menor*, párrafo 151; caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, párrafo 164; caso *Cantoral Benavides*, párrafo 89, y caso *Loayza Tamayo*, párrafo 58. En el mismo sentido, reglas 10 y 11 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

¹⁸⁵ Cf. caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, párrafo 166, y caso *Cantoral Benavides*, párrafo 86, y ONU, Comité de Derechos Humanos. *Moriana Hernández Valentini de Bazzano v. Uruguay* (5/1977) dictamen de 15 de agosto de 1979, párrs. 9 y 10 (i). En igual sentido, caso *Instituto de Reeducación del Menor*, párrafo 168.

¹⁸⁶ Cf. caso *Tibi*, párrafo 158. En igual sentido, caso *Instituto de Reeducación del Menor*, párrafo 169.

¹⁸⁷ Caso *Suárez Rosero*, párrafo 51. En igual sentido, caso *Cantoral Benavides*, párrafo 84.

inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano”.¹⁸⁸

Posee gran importancia la reiterada apreciación del tribunal acerca de la posición especial de garante —esto es, de los específicos deberes de garantía— que tiene el Estado con respecto a las personas privadas de libertad por orden de la autoridad pública, que en tal virtud se hallan cabalmente sujetas a las disposiciones de ésta, viven sometidas a minuciosa reglamentación y carecen de la posibilidad, de *jure* y de *facto*, de ejercer diversos derechos. Esta relación singular entre el Estado y el detenido impone a aquél ciertos deberes apremiantes y asigna a éste derechos correspondientes.

A este respecto, en la doctrina jurisprudencial de la Corte consta que “frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un control o dominio total sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. En este particular contexto de subordinación del detenido frente al Estado, este último tiene una responsabilidad especial de asegurar a aquellas personas bajo su control las condiciones que les permitan retener un grado de dignidad consistente con sus derechos humanos inherentes e inderogables (o que dejen a salvo sus derechos).¹⁸⁹

”Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar”.¹⁹⁰

Como sujeto obligado a título de garante, el Estado se halla en el deber de probar, para diversos efectos, las condiciones en que ha estado el detenido. En efecto, “tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con lo que suceda al detenido”.¹⁹¹

¹⁸⁸ Caso *Lori Berenson*, párrafo 103; caso *De la Cruz Flores*, párrafo 128; caso *Maritza Urrutia*, párrafo 87; caso *Bámaca Velásquez*, párrafo 150; caso *Cantoral Benavides*, párrafo 83; caso *Fairén Garbí y Solís Corrales*, párrafo 149; caso *Godínez Cruz*, párrafo 197, y caso *Velásquez Rodríguez*, párrafo 187. En igual sentido, caso *Juan Humberto Sánchez*, párrafo 98.

¹⁸⁹ Caso *Instituto de Reeduación del Menor*, párrafo 152.

¹⁹⁰ Caso *Instituto de Reeduación del Menor*, párrafo 153.

¹⁹¹ Caso *Acosta Calderón*, párrafo 91; caso *Tibi*, párrs. 129 y 262; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párrafo 98; caso *Bulacio*, párrafo 138, y caso *Juan Humberto Sánchez*, párrafo 111. En igual sentido, ECHR, *Aksoy v. Turkey*, judgment of 18 December 1996, Reports 1996-VI, § 61; *Salman v. Turkey*, n.º 21986/93, § 99, ECHR 2000-VI; *Timurtas v. Turkey*, n.º 23531/94, § 82, ECHR 2000-VI; *Selmouni v. France*, n.º 25803/94, § 87, ECHR 1999-V; y ECHR, *Ribitsch v. Austria*, judgment of 4 December 1995, series A n.º 336, § 34.

La privación de libertad debe acotarse al amparo de la exigencia de plazo razonable. Al respecto es preciso distinguir entre la duración razonable de la detención cautelar a la que se refiere el artículo 7.5 de la CADH, y el plazo razonable para la conclusión del proceso al que alude el artículo 8. Asimismo, habría que considerar —tema que no analizo aquí— la racionalidad en la duración de la pena privativa de libertad.

Por supuesto, cualquier duración de la medida privativa de libertad de carácter cautelar resulta irracional y violatoria cuando esa privación es arbitraria o ilegal: “basta con que la detención ilegal haya durado breve tiempo para que se configure, dentro de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una conculcación a la integridad psíquica y moral”.¹⁹² Esta apreciación puede traer consigo consecuencias de mayor alcance: cuando se presenta aquella situación irregular es posible inferir, “aun cuando no mediaran otras evidencias al respecto, que el trato que la víctima recibió durante su incomunicación fue inhumano y degradante”.¹⁹³

17. Plazo razonable

El antiguo aforismo *justicia retrasada es justicia denegada* se halla en la base de las disposiciones acerca del plazo razonable para concluir el enjuiciamiento, cuestión diferente —pero dominada por la misma preocupación— del plazo razonable para resolver acerca de la detención y de la duración de ésta. “La ‘razonabilidad’ —ha dicho la Corte— implica un juicio de valor y, aplicada a una ley, una conformidad con los principios del sentido común. Se utiliza, igualmente, referida a parámetros de interpretación de los tratados y, por consiguiente, de la Convención. Siendo razonable lo justo, lo proporcionado y lo equitativo, por oposición a lo injusto, absurdo y arbitrario, es un calificativo que tiene contenido axiológico que implica opinión pero, de alguna manera, puede emplearse jurídicamente como, de hecho, lo hacen con frecuencia los tribunales, pues toda actividad estatal debe no solamente ser válida sino razonable”.¹⁹⁴

Es importante fijar la aplicación del concepto en relación con un fenómeno —el proceso penal— particularmente complejo y extendido en el tiempo a través de actos numerosos y diversos. La razonabilidad del plazo al que se refiere el artículo 8.1 de la CADH —señaló la Corte— “se debe apreciar en relación con la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva”. En

¹⁹² Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyaury*, párrafo 108; caso *Maritza Urrutia*, párrafo 87, y caso *Juan Humberto Sánchez*, párrafo 98. En igual sentido, caso *Tibi*, párrafo 120, y caso *Acosta Calderón*, párrafo 82.

¹⁹³ Cf. caso de los *Hermanos Gómez Paquiyaury*, párrafo 108; caso *Maritza Urrutia*, párrafo 87; caso *Juan Humberto Sánchez*, párrafo 98, y caso *Bámaca Velásquez*, párrafo 150.

¹⁹⁴ Caso de la *Panel Blanca (Paniagua Morales y otros)*. *Excepciones Preliminares*, párrafo 41, y *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 33.

materia penal, este plazo “comienza en la fecha de la aprehensión del individuo”.¹⁹⁵ Cuando no existe detención, pero se halla en marcha un enjuiciamiento penal, “dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso”.¹⁹⁶ Añádese que “dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse”.¹⁹⁷

Por lo que toca a la determinación sobre la razonabilidad del plazo, punto que se examina con respecto a las condiciones de cada proceso, la Corte Interamericana ha hecho suyo el criterio adoptado por la Corte Europea: “es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales”.¹⁹⁸ Cuando se cuestiona la observancia del plazo razonable, “corresponde al Estado exponer y probar la razón por la que se ha requerido más tiempo que el que sería razonable en principio para dictar sentencia definitiva en un caso particular, de conformidad con los criterios indicados”.¹⁹⁹

De estas apreciaciones se desprenden ciertos deberes para la autoridad que dirige el proceso, correspondientes tanto al desarrollo de éste, en sí mismo, como al derecho del inculpado a ser juzgado en un plazo razonable: “El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso, de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”.²⁰⁰ En una resolución acerca del tema que ahora examinamos se advirtió que “las demoras en el proceso penal que se examina en este caso no se han producido por la complejidad del caso, sino por una inacción del órgano judicial que no tiene explicación (más de 7 años)”.²⁰¹

¹⁹⁵ Caso *Acosta Calderón*, párrafo 104; caso *Tibi*, párrafo 168, y caso *Suárez Rosero*, párrafo 70. En igual sentido, *Hennig v. Austria*, n.º 41444/98, § 32, ECHR 2003-I, y *Reinhardt and Slimane-Kaïd v. France*, n.º 23043/93, 22921/93, §93, ECHR 1998-II.

¹⁹⁶ Caso *Tibi*, párrafo 168.

¹⁹⁷ Caso *Acosta Calderón*, párrafo 104; caso *Tibi*, párrafo 169; caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, párrafo 143, y caso *Suárez Rosero*, párrafo 71.

¹⁹⁸ Cf. caso *Acosta Calderón*, párrafo 105; caso de la *Comunidad indígena Yakye Axa*, párrafo 65; caso de la *Comunidad Moiwana*, párrs. 160, 161 y 162; caso *Hermanas Serrano Cruz*, párrafo 67; caso *Tibi*, párrafo 175; caso *Ricardo Canese*, párrafo 141; caso *19 comerciantes*, párrafo 190; caso *Hilaire, Constantine, Benjamín y otros*, párrafo 143; caso *Suárez Rosero*, párrafo 72, y caso *Genie Lacayo*, párrafo 77. En igual sentido, *Wimmer v. Germany*, n.º 60534/00, §23, ECHR 2005; *Panchenko v. Russia*, n.º 45100/98, § 129, ECHR 2005; *Todorov v. Bulgaria*, n.º 39832/98, § 45, ECHR 2005; ECHR, *Motta v. Italy*, judgment of 19 February 1991, series A n.º 195-A, § 17, y ECHR, *Ruiz-Mateos v. Spain*, judgment of 23 June 1993, series A n.º 262, § 38-53.

¹⁹⁹ Caso *19 comerciantes*, párrafo 191, y caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, párrafo 145.

²⁰⁰ Cf. caso *Myrna Mack Changpan*, y caso *Bulacio*, párrafo 115.

²⁰¹ Cf. caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, párrafo 71.

18. Publicidad

En el proceso acusatorio propio de una sociedad democrática rige el principio de publicidad, que implica cierta participación contralora del pueblo en la marcha de la justicia. Se halla previsto en la CADH. Al respecto, la Corte Interamericana ha examinado procesos militares en contra de civiles “supuestamente incursos en delitos de traición a la patria [y que] se desarrollaban con intervención de jueces y fiscales ‘sin rostro’, y se hallaban sujetos a restricciones que los hacían violatorios del debido proceso legal. Entre éstas figura el hecho de que dichos procesos se realizaron en un recinto militar, al que no tuvo acceso el público. En esta circunstancia de secreto y aislamiento fueron desahogadas todas las diligencias del proceso, incluso la audiencia de fondo. Evidentemente, no se observó el derecho a la publicidad del proceso consagrado por la Convención [en su artículo 8.5 en relación con el artículo 1.1]”.²⁰²

En otro caso, la Corte estableció: “Los procesos ante el fuero ordinario se realizaron ante jueces con identidad conocida, en un recinto al que tuvo acceso el público. Las audiencias del juicio oral fueron transmitidas a través de los medios de comunicación. Así, en el fuero ordinario se observó el derecho a la publicidad del proceso, consagrado en el artículo 8.5 de la Convención”.²⁰³

19. Investigación y prueba

En este punto conviene distinguir entre el procedimiento seguido contra la supuesta víctima, que se dice violatorio de la Convención, y el desarrollado para investigar los hechos que agravan a aquélla. En ambas hipótesis vienen al caso reglas en materia de prueba, de las que se ha ocupado la Corte Interamericana, además de atender, desde luego, al régimen de las pruebas presentadas en el propio enjuiciamiento internacional de derechos humanos que se sigue ante ese tribunal internacional.

El tema de la prueba toca, pues, los derechos de las víctimas y sus allegados—cuando se ven afectados por los hechos violatorios y sus consecuencias, conforme a las circunstancias del caso—, e igualmente se relaciona con el deber de justicia (generalmente penal, aunque no exclusivamente de esta naturaleza) que corresponde al Estado obligado por la CADH.

Por lo que atañe a los derechos procesales de las víctimas de violaciones, así como a los derechos de sus familiares, al amparo de las normas convencionales interamericanas, la Corte ha considerado que “del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos proce-

²⁰² Caso *Lori Berenson*, párrafo 198; caso *Cantoral Benavides*, párrafos 146 y 147, y caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 172.

²⁰³ Caso *Lori Berenson*, párrafo 200.

sos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación”.²⁰⁴

En este orden, “los familiares de las presuntas víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, [de] que lo sucedido a estas últimas sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos; en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido”.²⁰⁵ El Estado tiene el deber de iniciar *ex officio*, sin dilación y con la debida diligencia, una investigación seria, imparcial y efectiva.²⁰⁶ La misma idea ha sido desarrollada por la Corte Interamericana en su jurisprudencia sobre reparaciones.²⁰⁷ La búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado y no depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, o de la aportación de elementos probatorios por parte de éstos.²⁰⁸

Cuando se considera que la muerte pudo deberse a ejecución extrajudicial, las autoridades estatales que conducen la investigación deben procurar como mínimo: a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de apoyar la investigación penal de los hechos; c) identificar

²⁰⁴ Cf. caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, párrafo 63; caso *19 comerciantes*, párrafo 186; caso *Las Palmeras*, párrafo 59; caso del *Tribunal Constitucional*, párrafo 81; caso *Durand y Ugarte*, párrafo 129, y caso de los *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros)*, párrafo 227.

²⁰⁵ Cf. caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, párrafo 64; caso *19 comerciantes*, párrafo 187; caso *Las Palmeras*, párrafo 65, y caso *Durand y Ugarte*, párrafo 130.

²⁰⁶ Cf. caso de la *Comunidad Moiwana*, párrs. 145-149; caso *Hermanas Serrano Cruz*, párrs. 65 y 83; caso *19 comerciantes*, párrs. 174-176; caso *Myrna Mack Chang*, párrafo 217; caso *Juan Humberto Sánchez*, párrs. 126-128; caso *Las Palmeras*, párrs. 55-61; caso *Durand y Ugarte*, párrs. 123 y 124; caso de los *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros)*, párrs. 226 y 230-232; caso *Godínez Cruz*, párrs. 187 y 188, y caso *Velásquez Rodríguez*, párrs. 176 y 177.

²⁰⁷ Cf. caso de la *Comunidad Moiwana*, párrafo 205; caso *Huilca Tecse*, párrs. 107 y 108; caso *Hermanas Serrano Cruz*, párrafo 167-175; caso *Carpio Nicolle y otros*, párrafo 129; caso *Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones*, párrafo 98; caso *Tibi*, párrafo 258; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, párrafo 231; caso *19 comerciantes*, párrafo 263; caso *Molina Theissen. Reparaciones*, párrs. 82 y 83; caso *Maritza Urrutia*, párrafo 177; caso *Myrna Mack Chang*, párrs. 275 y 276; caso *Bulacio*, párrafos 112-121; caso *Juan Humberto Sánchez*, párrafo 186; caso *Las Palmeras. Reparaciones*, párrafo 67; caso del *Caracazo. Reparaciones*, párrafo 118; caso *Trujillo Oroza. Reparaciones*, párrafo 102; caso *Bámaca Velásquez. Reparaciones*, párrafo 78; caso *Durand y Ugarte. Reparaciones*, párrafo 39; caso *Cantoral Benavides. Reparaciones*, párrs. 69 y 70; caso *Cesti Hurtado. Reparaciones*, párrafos 62-64; caso de los *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros). Reparaciones*, párrafo 101; caso de la *Panel Blanca (Paniagua Morales y otros). Reparaciones*, párrafo 202; caso *Blake. Reparaciones*, párrafo 65; caso *Suárez Rosero. Reparaciones*, párrafo 80; caso *Castillo Páez. Reparaciones*, párrafo 107; caso *Loayza Tamayo. Reparaciones*, párrafo 171; caso *Garrido y Baigorria. Reparaciones*, párrafos 69-74, y caso *El Amparo. Reparaciones*, párrafo 61.

²⁰⁸ Caso de la *Comunidad Moiwana*, párrafo 146. En igual sentido, caso *Hermanas Serrano Cruz*, párrafo 61; caso *19 comerciantes*, párrafo 184; caso *Bulacio*, párrafo 112; caso *Juan Humberto Sánchez*, párrafo 144; caso *Bámaca Velásquez*, párrafo 212; caso de los *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros)*, párrafo 226; caso *Godínez Cruz*, párrafo 188, y caso *Velásquez Rodríguez*, párrafo 177.

posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de ésta, así como el patrón o la práctica que pudieran haberse presentado en el caso, y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, la Corte advirtió que se debe investigar exhaustivamente la escena del crimen. Las autopsias, practicadas con rigor, y el análisis de los restos humanos deben quedar a cargo de profesionales competentes que utilicen para ello los procedimientos más apropiados.²⁰⁹

Ante la Corte se han planteado cuestiones sobre validez de la prueba, práctica de pruebas específicas con respecto a las cuales suelen aparecer problemas referentes a la observancia o violación de derechos humanos, obstrucción o reserva en la actividad probatoria de una parte y valoración de las pruebas.

En lo que atañe a validez de la prueba, se ha rechazado, por inadmisibles, la aportada en un procedimiento irregular seguido por autoridades que no satisfacían los requisitos de independencia, imparcialidad y competencia exigidos por el artículo 8 de la CADH.²¹⁰ A este mismo respecto es interesante el criterio adoptado con respecto a la aportación a un proceso regular de pruebas reunidas en otro que careció de validez a la luz de la CADH: esas pruebas “son inadmisibles, tomando en cuenta las circunstancias en que se produjeron”, sin perjuicio de la validez que pudieran tener otras pruebas sobre los mismos hechos, desahogadas con apego a la CADH.²¹¹

Es interesante mencionar el rechazo de un documento presentado ante el tribunal interamericano en el que aparecían “censurados” ciertos párrafos de manera que resultaba imposible verificar la autenticidad de la pieza, conocer el contenido total del documento, analizarlo críticamente y someterlo al examen de las partes.²¹²

Como dije, hay jurisprudencia concerniente a ciertas pruebas *críticas*, que se hallan abarcadas por sendos derechos incluidos expresamente entre las garantías judiciales consignadas por el artículo 8 de la CADH. Así, en supuestos de confesión: el agraviado “fue sometido a torturas para doblegar su resistencia psíquica y obligarlo a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas”.²¹³ Igualmente, en hipótesis de testimonio: la Corte Interamericana ha señalado, como lo ha hecho la Corte Europea, que el inculpado tiene derecho a examinar a los testigos que declaran en su contra y a su favor, en las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa.²¹⁴ La imposición de restricciones a la presunta víctima y al abogado defen-

²⁰⁹ Caso de la *Comunidad Moiwana*, párrafo 149; caso *Juan Humberto Sánchez*, párrs. 127 y 132, y ONU, Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias. Doc. E/ST/CSDHA/12 (1991).

²¹⁰ Cf. caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 221, y caso *Lori Berenson*, párrafo 174.

²¹¹ Caso *Lori Berenson*, párrafo 174.

²¹² Caso *Bámaca Velásquez*, párrafo 105.

²¹³ Caso *Cantoral Benavides*, párrafo 132.

²¹⁴ Cf. caso de la *Comunidad indígena Yakye Axa*, párrafo 117; caso *Lori Berenson*, párrafo 184, caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 154; ECHR, *Barberà, Messegué and Jabardo*, judgment of 6

sor vulnera ese derecho, reconocido por la Convención, así como el de hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.²¹⁵

La Corte se ha pronunciado en otros extremos concernientes a las declaraciones de sujetos de prueba, a título de testigos y peritos: a “los magistrados inculcados no se les permitió contrainterrogar a los testigos en cuyos testimonios se habían basado los congresistas para iniciar el procedimiento de acusación constitucional y concluir con la consecuente destitución”.²¹⁶ Asimismo: “[...] se encuentra demostrado que en el proceso penal seguido en contra del señor [...] no se le permitió obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que pudieran ‘arrojar luz sobre los hechos’”.²¹⁷

La obstrucción de la justicia que se manifiesta en obstáculos a la recepción y el desahogo de pruebas admisibles constituye violación de la CADH en tanto afecta el derecho a la defensa. Sobre esta materia hay diversos pronunciamientos de la Corte.²¹⁸ Ésta ha seguido el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos²¹⁹ en lo que respecta a evidencias mantenidas “en reserva por motivos de interés público (seguridad nacional, por ejemplo)”; en estos casos, “no es el rol del tribunal internacional determinar si la reserva de la información es o no necesaria, ya que como regla general ello corresponde a los tribunales nacionales. En cambio, sí le corresponde determinar si el proceso interno respeta y protege el interés de las partes”.²²⁰

Tras haber examinado el conjunto del proceso interno y la forma en que se apreció la prueba, el tribunal interamericano sostuvo: es “evidente que [los jueces que intervinieron en el proceso] fragmentaron el acervo probatorio y luego pretendieron enervar, caso por caso, los alcances de todos y cada uno de los elementos probatorios de la responsabilidad de los imputados. Esto contraviene los principios generales de la prueba, de acuerdo con los cuales las evidencias deben ser apreciadas en su integridad, es decir, teniendo en cuenta sus relaciones mutuas, y la forma como se prestan soporte unas a otras o dejan de hacerlo”.²²¹

December 1998, series A n.º 146, § 78; *S.N. v. Sweden*, n.º 34209/96, § 44, ECHR 2002-V, y ECHR, *Saidi v. France*, judgment of 20 September 1993, series A n.º 261-A, § 43.

²¹⁵ Cf. caso de la *Comunidad indígena Yakye Axa*, párrafo 117; caso *Lori Berenson*, párrafo 185; caso *Ricardo Canese*, párrafos 164 y 166, y caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 155.

²¹⁶ Caso del *Tribunal Constitucional*, párrafo 83.

²¹⁷ Caso *Ricardo Canese*, párrafo 164.

²¹⁸ Cf. caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*, párrafos 116 y 117; caso *Lori Berenson Mejía*, párrafo 167; caso *Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones*, párrafo 94; caso *Ricardo Canese*, párrafo 164; caso *Myrna Mack Chang*, párrafos 164-211; caso *Las Palmeras*, párrafo 57; caso del *Tribunal Constitucional*, párrafo 83; caso *Cantoral Benavides*, párrafo 127; caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 153, y caso de la “*Panel Blanca*” (*Paniagua Morales y otros*), párrafo 150.

²¹⁹ Cf. *Dowsett v. the United Kingdom*, n.º 39482, § 43-44, ECGR 2003 VII; *Rowe and Davis v. The United Kingdom*, n.º 28901/95, § 62-63, ECHR 2000-II, y ECHR, *Edwards v. The United Kingdom*, judgment of 25 November 1992, Reports of Judgments and Decisions 1992. § 34.

²²⁰ Caso *Myrna Mack Chang*, párrafo 179.

²²¹ Caso de los *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros)*, párrafo 233.

En lo que atañe a sus propios enjuiciamientos, la Corte Interamericana se atiene a la valoración conducida por la sana crítica. No ingresa, en cambio, en valoraciones que sólo conciernen a la jurisdicción interna, como pudieran ser las correspondientes a la eficacia de pruebas admisibles para acreditar hechos y responsabilidades sujetos a la consideración de aquélla;²²² o a la aplicación del principio *in dubio pro reo*: la Corte “no tiene competencia para reemplazar al juez nacional para decidir si las circunstancias en que se absolvió a unos y se condenó a otros eran exactamente iguales y merecían el mismo tratamiento, y [...], por lo tanto, no ha sido suficientemente acreditada la existencia de una violación del artículo 24 de la Convención”.²²³

20. Nuevo proceso. *Ne bis in idem*

El principio *ne bis in idem* se halla sujeto a cuidadoso examen para fijar su ámbito de aplicación en forma que satisfaga los diversos fines que el proceso y la sentencia deben atender: justicia, seguridad jurídica, derechos y garantías individuales. En la jurisprudencia de la Corte ha prevalecido la idea de que un procedimiento violatorio de derechos no puede ser el sustento idóneo de una sentencia válida; en otros términos: aquél no constituye un verdadero proceso ni éste una auténtica sentencia. De ahí que la aparente resolución definitiva en la que culmina el también aparente proceso no pueda pretender la autoridad de cosa juzgada ni ser la referencia para la invocación de la garantía *ne bis in idem*. En este orden, el tribunal observó que “el desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales ha permitido el examen de la llamada ‘cosa juzgada fraudulenta’ que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad”.²²⁴

El tema ha sido examinado por la Corte Interamericana tanto con respecto a juicios militares contra civiles como a juicios ordinarios en los que hubo violaciones graves que afectaron severamente los derechos y las garantías del inculpado. Se ha tenido buen cuidado en mencionar, cada vez que vino a cuentas un caso de esta naturaleza, que las conclusiones del tribunal internacional no significan, en modo alguno, toma de posición a propósito de la gravedad de los supuestos hechos —que puede ser muy elevada, como ocurre en hipótesis de homicidio calificado, violación o terrorismo— o de la responsabilidad penal de los inculpados. La decisión de estos extremos compete única y exclusivamente a los órganos competentes de la justicia interna.

Cuando el juicio seguido en contra de la presunta víctima es “incompatible con la Convención”, el tribunal internacional ha considerado “procedente ordenar al Estado anular tal proceso, así como todos los efectos que de él se derivan”.²²⁵ Dicho de otra

²²² Caso *Lori Berenson*, párrafo 174.

²²³ Caso *De la Cruz Flores*, párrafo 115.

²²⁴ Caso *Carpio Nicolle*, párrafo 131.

²²⁵ Caso *Cesti Hurtado*, párrafo 194.

manera: si el trámite desarrollado bajo forma de juicio no constituye “un procesamiento que satisfaga las exigencias mínimas del ‘debido proceso legal’, que es la esencia de las garantías judiciales establecidas en la Convención”, ello “motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza”.²²⁶

En un caso relevante a este respecto, la Corte reafirmó que la violación del acceso al juez natural es “suficiente para determinar que las diligencias realizadas y las decisiones adoptadas por las autoridades del fuero privativo militar, en relación con la víctima, no configuraron un verdadero proceso bajo el artículo 8.4 de la Convención.²²⁷ [...] En consecuencia, no habiéndose producido un pronunciamiento sobre el fondo en el fuero militar, no existe el supuesto de hecho imprescindible para declarar que se ha afectado el principio *non bis in idem*”.²²⁸

Una vez establecido este criterio, resulta natural —y así se ha hecho en las mismas resoluciones— franquear la puerta hacia un verdadero enjuiciamiento en el que se analicen los hechos punibles atribuidos a los inculpados, respetando para ello las condiciones del debido proceso legal, y se dicte la auténtica sentencia que corresponda. Así, la Corte ha señalado que “corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo —en un plazo razonable— un nuevo enjuiciamiento que satisfaga *ab initio* las exigencias del debido proceso legal, realizado ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculpados”.²²⁹

Cuando la violación proviene de la propia ley sustantiva, incompatible con la Convención, surgen diversos conceptos de violación abarcados en distintos preceptos; entre ellos, transgresión del principio de legalidad (artículo 9), privación ilegal de la libertad (artículo 7), vulneración de las garantías judiciales (artículo 8).²³⁰ Si la ley sustantiva aplicada es incompatible con la Convención, el futuro enjuiciamiento se hará según nuevas normas que no sean violatorias de aquélla.²³¹

Es importante examinar la posibilidad de que la Corte Interamericana ordene, por sí misma, la liberación de quien ha sido sentenciado con quebranto del principio *ne bis in idem*, así como de quien ha sido sentenciado en un juicio irregular, de manera incompatible con la CADH. En un caso, la Corte se abstuvo de resolver sobre la libertad provisional de los inculpados, porque entendió que la adopción de esa medida precautoria correspondía al tribunal nacional competente.²³² En otro, en el que hubo

²²⁶ Caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 221.

²²⁷ Caso *Lori Berenson*, párrafo 206. En el mismo sentido, caso *Cantoral Benavides*, párrafo 138.

²²⁸ Caso *Lori Berenson*, párrafo 208.

²²⁹ Caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 221.

²³⁰ Caso *De la Cruz Flores*, párrafos 113 y 114.

²³¹ Cf. caso *De la Cruz Flores*, párrafo 118, y caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, párrafos 211-215.

²³² Caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 221.

sentencia absolutoria en el fuero militar —no sólo incompetencia por inhibitoria— por los mismos hechos que serían conocidos más tarde ante la justicia ordinaria, el tribunal consideró que el Estado “debe, de acuerdo con las disposiciones de su derecho interno, ordenar la libertad de la [detenida] dentro de un plazo razonable”.²³³

La jurisprudencia interamericana ha examinado el alcance del principio *ne bis in idem* con respecto a las imputaciones objeto del primero y el segundo procesamientos. A este respecto, se ha manifestado que dicho principio “busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo ‘delito’), la Convención Americana utiliza la expresión ‘los mismos hechos’, que es un término más amplio en beneficio de la víctima”.²³⁴

21. Sentencia o resolución definitiva

Es relevante quién emite y cómo se integra la resolución que pone término a una causa: sentencia definitiva o acto jurisdiccional de otro carácter, con efectos igualmente conclusivos. Esta decisión puede provenir de autoridades formalmente judiciales o de órganos que no tengan esta naturaleza, pero posean atribuciones jurisdiccionales y se atengan a las reglas del debido proceso.²³⁵

La resolución final debe estar motivada y fundada; “de lo contrario sería arbitraria”.²³⁶ La Corte ha observado, en un caso, que el Estado que alegó haber resuelto cierta controversia con sustento jurídico “se abstuvo de indicar cuáles fueron esas supuestas bases jurídicas, a pesar de haber tenido amplias oportunidades para ello a lo largo del proceso”.²³⁷ En un caso relativo a procedimientos en materia electoral, el tribunal interamericano consideró que las “decisiones que el Consejo Supremo Electoral emitió en materia electoral y que implicaban una afectación de los derechos políticos de las personas propuestas [...] como candidatos para participar en las elecciones municipales [...], debían estar debidamente fundamentadas, lo que implicaba señalar las normas en las que se fundamentaban los requisitos que estaba incumpliendo [la organización política en cuestión], los hechos en que consistía el incumplimiento y las consecuencias de ello”.²³⁸

²³³ Caso *Loayza Tamayo*, párrafo 84.

²³⁴ Caso *Loayza Tamayo*, párrafo 66.

²³⁵ Cf. caso *Yatama*, párrs. 149 y 164.

²³⁶ Cf. caso *Yatama*, párrafo 152.

²³⁷ Caso *Baena Ricardo*, párrafo 111.

²³⁸ Caso *Yatama*, párrafo 153.

En la sentencia que pone término a un juicio interno, el juzgador puede hacer uso del arbitrio que la ley le concede para resolver sobre la pena aplicable. La Corte Interamericana no sustituye ese arbitrio con el suyo propio, pero puede expresar preocupación —y así lo ha hecho— porque el juez de la *High Court* tuvo a bien ejercer una opción que manifiestamente tendría el efecto de infligir una pena que no sólo constituye una violación ostensible de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado bajo la Convención, sino que es además universalmente estigmatizada como cruel, inhumana y degradante.²³⁹

22. Menores de edad-niños y adolescentes

El tema de los menores de edad para fines penales, niños y adolescentes que no se hallan en el ámbito de validez subjetiva de la norma penal ordinaria, puede ser examinado desde diversas perspectivas. Una de ellas, la normativa, se desarrolla en la CADH (tanto en lo que respecta a los derechos reconocidos a todas las personas como en lo que toca a referencias específicas a menores de edad: artículos 5.5 —separación de los adultos y enjuiciamiento especial—, 17.4 y 17.5 —sobre protección a la familia— y 19 —derechos del niño), la normativa vinculada al sistema interamericano (Protocolo de San Salvador), la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 1988, y otros instrumentos que definen estándares internacionales en esta materia: Reglas de Beijing, Reglas de Tokio y Directrices de Riad.

Además de la perspectiva normativa, el tema debe examinarse en el plano jurisprudencial: desarrollo ante la jurisdicción interamericana, en una doble vertiente, a saber, casos contenciosos en los que un niño figura como víctima, y opinión consultiva específica: OC-17/02 sobre *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Me referiré en seguida, con cierta extensión, a las precisiones establecidas en la jurisprudencia de la Corte sobre esta importante materia.

La Corte ha destacado la existencia de una tríada protectora del individuo, integrada por los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho.²⁴⁰ “Entre [los] valores fundamentales [abarcados] figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado”.²⁴¹ “Estas consideraciones

²³⁹ Caso *Caesar*, párrafo 74.

²⁴⁰ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párrafo 92, y *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 26.

²⁴¹ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párrafo 93.

—agrega el tribunal— se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllas”.²⁴²

La hipótesis de menores infractores de la ley penal, que deben sujetarse a procedimientos específicos, no incluye ni “a quienes no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad”, ni a quienes “simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de los patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte”.²⁴³

Es importante la tesis sustentada por la Corte sobre este último tema, que suscita debates. Aquélla ha precisado que los niños expuestos a “graves riesgos o daños que no pueden valerse por sí mismos [...] no quedan inmediatamente privados de derechos y sustraídos a la relación con sus padres o tutores y a la autoridad de éstos. No pasan al ‘dominio’ de la autoridad, de manera tal que ésta asuma, fuera de procedimiento legal y sin garantías que preserven los derechos e intereses del menor, la responsabilidad del caso y la autoridad plena sobre aquél. En toda circunstancia, se mantienen a salvo los derechos materiales y procesales del niño. Cualquier actuación que afecte a éste debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad. La presencia de circunstancias graves, como las que hemos descrito, tampoco excluye inmediatamente la autoridad de los padres ni los releva de las responsabilidades primordiales que naturalmente les corresponden y que sólo pueden verse modificadas o suspendidas, en su caso, como resultado de un procedimiento en el que se observen las reglas aplicables a la afectación de un derecho”.²⁴⁴

Obviamente, estos señalamientos no significan la exclusión de medidas de protección en sede administrativa, sino la subordinación de éstas a la legalidad. El tribunal señaló: “Las medidas de protección que se adopten en sede administrativa, deben ajustarse estrictamente a la ley”; “Todo ello permite el desarrollo adecuado del debido proceso, reduce y limita adecuadamente la discrecionalidad de éste, conforme a criterios de pertinencia y racionalidad”.²⁴⁵

En mi *voto concurrente* a la opinión consultiva OC-17²⁴⁶ procuré destacar la existencia de una tercera posición entre los extremos frecuentemente invocados en

²⁴² *Ibíd.*, párrafo 94.

²⁴³ *Ibíd.*, párrafo 110.

²⁴⁴ *Ibíd.*, párrafos 112 y 114.

²⁴⁵ *Ibíd.*, párrafo 103.

²⁴⁶ Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párrafos 22 y 24. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva OC-17/02.

esta materia, que han caracterizado el debate de escuelas y el dilema que éstos suponen: orientación tutelar u orientación garantista. “Ni las finalidades básicas del proyecto tutelar contravienen las del proyecto garantista, ni tampoco éstas las de aquél, si unas y otras se consideran en sus aspectos esenciales”. En tal virtud, “probablemente sería llegado el momento de abandonar el falso dilema y reconocer los dilemas verdaderos que pueblan este campo [...] Lo tutelar y lo garantista no se oponen entre sí. La oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro.²⁴⁷ En fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso [...]”.

La síntesis que destaco en ese *voto* “retendría el designio tutelar del niño, a título de persona con específicas necesidades de protección, al que debe atenderse con medidas de este carácter, mejor que con remedios propios del sistema penal de los adultos [...] Y por otra parte, la síntesis adoptaría las exigencias básicas del garantismo: derechos y garantías del menor [...]. En suma, el niño será tratado en forma específica, según sus propias condiciones, y no carecerá —puesto que es sujeto de derecho, no apenas objeto de protección— de los derechos y las garantías inherentes al ser humano y a su condición específica. Lejos de plantearse, pues, la incorporación del menor al sistema de los adultos o la reducción de sus garantías, se afianzan la especificidad, de un lado, y la juridicidad, del otro.²⁴⁸

El enjuiciamiento de menores supone que éstos sean imputables y puedan, por lo mismo, recibir el juicio de reproche, y que su conducta sea penalmente típica. “Esta garantía, contemplada en el artículo 9 de la Convención Americana, debe ser otorgada a los niños”.²⁴⁹

El debido proceso aplicable a los menores —recogido principal pero no exclusivamente por la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad— supone “la posibilidad y conveniencia de que las formas procesales que observan [los] tribunales [que intervienen en estos casos] revistan modalidades propias, consecuentes con las características y necesidades de los procedimientos que se desarrollan ante ellos, tomando en cuenta el principio establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en este orden se puede proyectar tanto a la intervención de tribunales, en lo concerniente a la forma de

²⁴⁷ Cf. el desarrollo de esta opinión en mi trabajo “Algunas cuestiones a propósito de la jurisdicción y el enjuiciamiento de los menores infractores”, en *Memoria* (del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores. Diagnóstico y propuestas), *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, 1996, pp.205-206.

²⁴⁸ Voto concurrente razonado del juez sergio García Ramírez, párrafo 25. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva OC-17/02.

²⁴⁹ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párrafo 108, y caso *Castillo Petruzzi y otros*, párrafo 121.

los actos procesales, como al empleo de medios alternativos de solución de controversias al que se alude adelante”.²⁵⁰

Las garantías previstas en el artículo 8 de la CADH deben correlacionarse con las protecciones estatuidas en el artículo 19.²⁵¹ Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, “en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”.²⁵² Consecuencia de esto es “la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos [...] Así, la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el ‘establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes’ (artículo 40.3)”.²⁵³

En un detallado pronunciamiento, la Corte Interamericana ha sostenido, en suma, que la “jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley en [el Estado], así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por los siguientes elementos: 1) en primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales;²⁵⁴ 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños;²⁵⁵ y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales”.²⁵⁶

²⁵⁰ Condición jurídica y derechos humanos del niño, párrafo 119.

²⁵¹ Cf. caso *Instituto de Reeducción del Menor*, párrafo 209, y *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párrafo 95.

²⁵² Caso *Instituto de Reeducción del Menor*, párrafo 209, y *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párrafo 98.

²⁵³ Caso *Instituto de Reeducción del Menor*, párrafo 210; y *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párrafo 109.

²⁵⁴ Caso *Instituto de Reeducción del Menor*, párrafo 211, y artículo 40.3.b de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁵⁵ Caso *Instituto de Reeducción del Menor*, párrafo 211, y regla 6.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing).

²⁵⁶ Caso *Instituto de Reeducción del Menor*, párrafo 211; regla 6.3 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), y artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Veamos ahora algunas definiciones adoptadas por el tribunal interamericano en cuanto a garantías procesales y actos relevantes del enjuiciamiento. Como marco general, obsérvese que a la luz del numeral 7.1 de las Reglas de Beijing, invocado por la Corte, “en todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior”²⁵⁷.

Por lo que hace al juzgador, “la garantía procesal [de juez natural] se complementa con la posibilidad de que exista un tribunal superior que pueda revisar las actuaciones del inferior”.²⁵⁸ Ante ese juzgador se ha de tramitar el juicio con arreglo al principio contradictorio; a éste atienden “las normas que en diversos instrumentos disponen la intervención del niño por sí o mediante representantes en los actos del proceso, la aportación de pruebas y el examen de éstas, la formulación de alegatos, entre otros”.²⁵⁹

Los artículos 8.2.g de la Convención y 40.2.b de la Convención de Derechos del Niño y la Regla 17 de Tokio establecen la presunción de inocencia. Por su parte, la Corte “ha establecido que dicho principio ‘exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla’”.²⁶⁰

En el debate figura la participación del niño en los actos del enjuiciamiento. Sobre este particular, la Corte observó que “la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio [...] En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”.²⁶¹

Nuevamente se advierte la situación especial del individuo menor de edad cuando se trata de regular y precisar el alcance de la confesión. La Corte ha señalado que “cualquier declaración de un menor, en caso de resultar indispensable, debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellas la posibilidad de no declarar, la asistencia del defensor y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla”. Además, “debe tomarse en cuenta que el niño puede carecer, en función de su edad o de otras circunstancias, de la aptitud necesaria

²⁵⁷ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párrafo 123.

²⁵⁸ *Ibíd.*, párrafo 121.

²⁵⁹ *Ibíd.*, párrafo 132.

²⁶⁰ *Ibíd.*, párrafo 127, y caso *Cantoral Benavides*, párrafo 120.

²⁶¹ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párrs. 101 y 102.

para apreciar o reproducir los hechos sobre los que declara, y las consecuencias de su declaración en este caso el juzgador puede y debe valorar con especial cautela la declaración”.²⁶²

La publicidad del proceso constituye una importante garantía vinculada al régimen acusatorio: se trata, como antes quedó mencionado, de someter al escrutinio público los principales actos del juicio, como medio de control sobre el desempeño de la justicia. En este punto quedan a la vista, una vez más, las diferencias que median entre el supuesto de los justiciables ordinarios y la hipótesis de los menores de edad. Esto refuerza la especificidad del enjuiciamiento de niños y adolescentes. En efecto, “cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de éstos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura”. Al respecto, la Corte Europea ha señalado, aludiendo al artículo 40.2.b de la Convención sobre los Derechos del Niño, que “a los niños acusados de crímenes debe respetárseles totalmente su privacidad en todas las etapas del proceso”.²⁶³

Florece los medios alternativos —esto es, no jurisdiccionales en el sentido pleno y tradicional de la expresión— para la solución de controversias. Estas alternativas, que existen en diversos órdenes, han llegado con fuerza al ámbito penal o parapenal. Es el caso de los menores infractores. Al respecto, “son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas”.²⁶⁴ Viene al caso el artículo 40 inciso b de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Vayamos a las medidas restrictivas de libertad, sea en el curso del procedimiento, sea como consecuencia de la sentencia correspondiente. Aquí se actualizan el derecho a la vida —en su dimensión positiva: creación de circunstancias propicias a cierta calidad de vida—, la aludida condición de garante que tiene el Estado con respecto a los individuos colocados bajo su inmediata y completa guarda, y la específica situación en que se hallan los niños y adolescentes cuya libertad se restringe.

Por lo que hace al derecho a la vida, en amplio —pero necesario— sentido, “cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, como ocurre mayormente en el presente caso, tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana”.²⁶⁵ Los “artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del

²⁶² *Ibíd.*, párrs. 128 -131.

²⁶³ *Cf. T. v. The United Kingdom*, n.º 24724/94, ECHR 1999, § 74.

²⁶⁴ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párrafo 135.

²⁶⁵ *Caso Instituto de Reeduación del Menor*, párrafo 160.

Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar ‘en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño’. El Comité de Derechos del Niño ha interpretado la palabra ‘desarrollo’ de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social”.²⁶⁶ Mirado así, un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación —*inter alia*—, de proveerlos de asistencia, de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida.²⁶⁷

“En íntima relación con la calidad de vida, están las obligaciones del Estado en materia de integridad personal de niños privados de libertad. La calificación de penas o tratos como crueles, inhumanos o degradantes debe considerar necesariamente la calidad de niños de los afectados por ellos.”²⁶⁸ De esto se ocupan las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), que destacan los cuidados especiales que imponen la edad, el sexo, la personalidad y el desarrollo sano de los menores privados de libertad.²⁶⁹

Es natural que exista una fuerte tendencia restrictiva a propósito de la privación de libertad de niños y adolescentes. En la especie —ha resuelto la Corte—, “la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva”.²⁷⁰ En algún caso en que la Corte no tuvo a la mano elementos para precisar la existencia de violaciones individualizadas, por deficiencia del acervo probatorio, pero observó la situación altamente desfavorable en que se hallaban los habitantes de un reclusorio de menores, hizo notar, sin embargo, que “advierte con preocupación este incumplimiento [de normas del artículo 5 de la CADH] e insta a corregir la situación de manera inmediata”.²⁷¹

Mencionaré, por último, que la vulneración de derechos de los menores de edad puede reflejarse en la afectación de los derechos de adultos allegados a aquéllos, que de esta forma devienen víctimas —o parte lesionada— para los fines de la CADH.

²⁶⁶ Caso *Instituto de Reeducción del Menor*, párrafo 161, y ONU, Comité de los Derechos del Niño: *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, observación general n.º 5 de 27 de noviembre de 2003, párrafo 12.

²⁶⁷ Cf. caso *Instituto de Reeducción del Menor*, párrafo 161; *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párrs. 80-81, 84, y 86-88; caso de los *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros)*, párrafo 196, y regla 13.5 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing).

²⁶⁸ Cf. caso *Instituto de Reeducción del Menor*, párrafo 162, y caso de los *Hermanos Gómez Paquiyaury*, párrafo 170.

²⁶⁹ Caso *Instituto de Reeducción del Menor*, párrafo 163; regla 26.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing).

²⁷⁰ Caso *Instituto de Reeducción del Menor*, párrafo 230. En este sentido, artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁷¹ Caso *Instituto de Reeducción del Menor*, párrafo 189.

Así, se ha resuelto alguna vez: “En lo que se refiere a la alegada violación de la integridad personal de todos los familiares de los internos muertos y heridos como consecuencia de los hechos de este caso, la Corte considera que son víctimas de esta violación aquellos familiares cercanos, como lo son los padres y hermanos, que se han identificado ante esta Corte [...]”²⁷². Finalmente, todos los familiares identificados han sufrido con el tratamiento cruel que se les dio a los fallecidos y heridos mientras fueron internos del Instituto”.

Opiniones consultivas citadas

Otros tratados objeto de la función consultiva de la corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982, serie A, n.º 1.

El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, serie A, n.º 8.

Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, serie A, n.º 9.

Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinión consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989, serie A, n.º 10.

Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-11/90, del 10 de agosto de 1990, serie A, n.º 11.

Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, serie A, n.º 13.

El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, serie A, n.º 16.

Condición jurídica y derechos humanos del niño, opinión consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, serie A, n.º 17.

Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, serie A, n.º 18.

²⁷² *Ibíd.*, párrafo 191.

Sentencias citadas

- Caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4.
- Caso *Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989, serie C, n.º 5.
- Caso *Fairén Garbí y Solís Corrales*, sentencia de 15 de marzo de 1989, serie C, n.º 6.
- Caso *Gangaram Panday*, sentencia de 21 de enero de 1994, serie C, n.º 16.
- Caso *Neira Alegría y otros*, sentencia de 19 de enero de 1995, serie C, n.º 20.
- Caso de la *Panel Blanca (Paniagua Morales y otros)*. *Excepciones preliminares*, sentencia del 25 de enero de 1996, serie C, n.º 23.
- Caso *El Amparo. Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 14 de septiembre de 1996, serie C, n.º 28.
- Caso *Genie Lacayo*, sentencia del 29 de enero de 1997, serie C, n.º 30.
- Caso *Loayza Tamayo*, sentencia de 17 de septiembre de 1997, serie C, n.º 33.
- Caso *Castillo Páez*, sentencia de 3 de noviembre de 1997, serie C, n.º 34.
- Caso *Suárez Rosero*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, serie C, n.º 35.
- Caso *Blake*, sentencia de 24 de enero de 1998, serie C, n.º 36.
- Caso de la *Panel Blanca (Paniagua Morales y otros)*, sentencia de 8 de marzo de 1998, serie C, n.º 37.
- Caso *Garrido y Baigorria. Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de agosto de 1998, serie C, n.º 39.
- Caso *Loayza Tamayo. Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, serie C, n.º 42.
- Caso *Castillo Páez. Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, serie C, n.º 43.
- Caso *Suárez Rosero. Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 20 de enero de 1999, serie C, n.º 44.
- Caso *Blake. Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 22 de enero de 1999, serie C, n.º 48.
- Caso *Castillo Petruzzi y otros*, sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C, n.º 52.
- Caso *Cesti Hurtado*, sentencia de 29 de septiembre de 1999, serie C, n.º 56.
- Caso de los *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros)*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, serie C, n.º 63.
- Caso *Durand y Ugarte*, sentencia de 16 de agosto de 2000, serie C, n.º 68.
- Caso *Cantoral Benavides*, sentencia de 18 de agosto de 2000, serie C, n.º 69.
- Caso *Bámaca Velásquez*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, serie C, n.º 70.
- Caso del *Tribunal Constitucional*, sentencia de 31 de enero de 2001, serie C, n.º 71.
- Caso *Baena Ricardo y otros*, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C, n.º 72.
- Caso *Ivcher Bronstein*, sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C, n.º 74.
- Caso de la *Panel Blanca (Paniagua Morales y otros)*. *Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 25 de mayo de 2001, serie C, n.º 76.

- Caso de los *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)*. *Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 26 de mayo de 2001, serie C, n.º 77.
- Caso *Cesti Hurtado*. *Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 31 de mayo de 2001, serie C, n.º 78.
- Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, n.º 79.
- Caso *Cantoral Benavides*. *Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 3 de diciembre de 2001, serie C, n.º 88.
- Caso *Durand y Ugarte*. *Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 3 de diciembre de 2001, serie C, n.º 89.
- Caso *Las Palmeras*, sentencia de 6 de diciembre de 2001, serie C, n.º 90.
- Caso *Bámaca Velásquez*. *Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 22 de febrero de 2002, serie C, n.º 91.
- Caso *Trujillo Oroza*. *Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 27 de febrero de 2002, serie C, n.º 92.
- Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, sentencia de 21 de junio de 2002, serie C, n.º 94.
- Caso del *Caracazo*. *Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 29 de agosto de 2002, serie C, n.º 95.
- Caso *Las Palmeras*. *Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 26 de noviembre de 2002, serie C, n.º 96.
- Caso *Cantos*, sentencia de 28 de noviembre de 2002, serie C, n.º 97.
- Caso *Cinco pensionistas*, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C, n.º 98.
- Caso *Juan Humberto Sánchez*, sentencia de 7 de junio de 2003, serie C, n.º 99.
- Caso *Bulacio*, sentencia de 18 de septiembre de 2003, serie C, n.º 100.
- Caso *Myrna Mack Chang*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 101.
- Caso *Maritza Urrutia*, sentencia de 27 de noviembre de 2003, serie C, n.º 103.
- Caso *Baena Ricardo y otros*. *Competencia*, sentencia de 28 de noviembre de 2003, serie C, n.º 104.
- Caso *Molina Theissen*, sentencia de 4 de mayo de 2004, serie C, n.º 106.
- Caso *Herrera Ulloa*, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C, n.º 107.
- Caso *Molina Theissen*. *Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 3 de julio de 2004, serie C, n.º 108.
- Caso *19 Comerciantes*, sentencia de 5 de julio de 2004, serie C, n.º 109.
- Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, sentencia de 8 de julio de 2004, serie C, n.º 110.
- Caso *Ricardo Canese*, sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C, n.º 111.
- Caso *Instituto de Reeducción del Menor*, sentencia de 2 de septiembre de 2004, serie C, n.º 112.
- Caso *Tibi*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C, n.º 114.

Caso *De la Cruz Flores*, sentencia de 18 de noviembre de 2004, serie C, n.º 115.

Caso *Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 19 de noviembre de 2004, serie C, n.º 116.

Caso *Carpio Nicolle y otros*, sentencia de 22 de noviembre de 2004, serie C, n.º 117.

Caso *Lori Berenson Mejía*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, serie C, n.º 119.

Caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, sentencia de 1 de marzo de 2005, serie C, n.º 120.

Caso *Huilca Tecse*, sentencia de 3 de marzo de 2005, serie C, n.º 121.

Caso *Caesar*, sentencia de 11 de marzo de 2005, serie C, n.º 123.

Caso de la *Comunidad Moiwana*, sentencia de 15 de junio de 2005, serie C, n.º 124.

Caso de la *Comunidad indígena Yakye Axa*, sentencia de 17 de junio de 2005, serie C, n.º 125.

Caso *Fermín Ramírez*, sentencia de 20 de junio de 2005, serie C, n.º 126.

Caso *Yatama*, sentencia de 23 de junio de 2005, serie C, n.º 127.

Caso *Acosta Calderón*, sentencia de 24 de junio de 2005, serie C, n.º 129.

Rudolf Dolzer (Alemania) *
y Jan Wetzel (Alemania)**

El derecho del acusado a un juicio justo según la Convención Europea de Derechos Humanos ***

1. Introducción

1.1. La importancia de la Convención Europea de Derechos Humanos en el marco de la red de acuerdos internacionales para protección de los derechos humanos

La *Convención Europea de Derechos Humanos* (CEDH) fue aprobada el 4 de noviembre de 1950 en Roma y entró en vigencia el 3 de setiembre de 1953. Forman parte de ella 45 Estados miembros del Consejo de Europa. El último Estado miembro aún pendiente —Mónaco— también suscribió la Convención hace poco tiempo, después de superar sus problemas constitucionales.¹ A excepción de Bielorrusia, por lo tanto, queda comprendido en la CEDH todo el espacio europeo, incluyendo a Rusia y Turquía.

El Consejo de Europa fue fundado en 1949 como organización paneuropea y en ese sentido ya existía mucho antes de la Comunidad Europea. El Consejo de Europa, por una parte, y la CEE/UE, por la otra, continúan siendo organizaciones básicamente independientes. Se debe diferenciar, por lo tanto, entre el trabajo de la Corte Europea de Derechos Humanos en Estrasburgo y aquel del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas en Luxemburgo. Esto continúa siendo de relevancia aun ante el acercamiento habido en tiempos recientes entre ambos organismos, especialmente en lo relativo a la protección de los derechos humanos.

* Doctor y profesor. Director e investigador científico del Instituto de Derecho Internacional de la Universidad de Bonn. <rdolzer@jura.uni-bonn.de>

** Research fellow del Instituto de Derecho Internacional de la Universidad de Bonn.

*** El presente artículo se basa en la ponencia presentada en el XII Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina organizado por la Fundación Konrad Adenauer y celebrado en Punta del Este (Uruguay) en octubre de 2005.

¹ El 5 de octubre de 2004.

La CEDH es el primer instrumento contractual para proteger los derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial. Como se sabe, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948 es básicamente un documento previo, no vinculante, según el artículo 10.º de la Carta de las Naciones Unidas, aun cuando los preceptos jurídicos comprendidos en ella entretanto se hayan integrado —al menos en parte— al derecho internacional consuetudinario. Ella representa un intento temprano por aprender de los horrores, especialmente del régimen de injusticia del Tercer Reich, y por lograr una protección vinculante y efectiva de alcance internacional contra la inobservancia de derechos humanos fundamentales por parte de los Estados. Esto se relacionaba con la esperanza de que en el plano regional fuera más sencillo lograr un consenso sobre el nivel de protección a que se aspiraba, de lo que resultaba posible —en ese entonces, como posiblemente también hoy— a escala global.²

Resulta particularmente llamativo el que la CEDH haya estado dotada desde un principio de un *mecanismo de ejecución*. Inicialmente éste constaba de dos entes, a saber: una comisión y una corte de justicia, de modo similar a como continúa siendo en la Convención Americana de Derechos Humanos, pero este mecanismo de ejecución era fundamentalmente opcional, vale decir que dependía en cada caso de la voluntad de participación del Estado miembro involucrado. Ahora, desde el 11.º Protocolo Adicional del 11 de mayo de 1994,³ este sistema de defensa de los derechos de la CEDH consta de un solo ente de carácter obligatorio —cosa única posiblemente en el mundo entero—, de modo que para los Estados miembros ya no existe posibilidad alguna de sustraerse a demandas individuales ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

1.2. La importancia del derecho a un juicio justo en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos

Un juicio justo es un *pilar fundamental en todo orden jurídico-estatal*. La observancia de los derechos judiciales y procesales es una expresión del Estado de derecho. Sin la protección ante la arbitrariedad estatal y la presunción de inocencia resulta difícil crear la confianza de la opinión pública en los instrumentos jurídico-estatales en general.

El derecho a un juicio justo establecido en el artículo 6.º de la CEDH puede ser considerado un *derecho cuantitativa y cualitativamente importante* en la Convención. El artículo 6.º es la norma con el mayor significado práctico: por ejemplo, de las 695 sentencias pronunciadas por la Corte Europea de Derechos Humanos en el año 2000, 591 (el 85%) involucraron al artículo 6.º.⁴

² “Partsch, Vor- und Nachteile einer Regionalisierung des internationalen Menschenrechtsschutzes”, *EuGRZ* 1989, pp. 1 ss.

³ Vigente desde el 1.º de noviembre de 1998.

⁴ Véase Meyer-Ladewig, *CEDH Comentario*, Baden-Baden, 2003, artículo 6.º, nota 1.

El artículo 6.º es una de las normas más largas dentro de la CEDH y se ha continuado diferenciando mediante la jurisprudencia hecha en el curso de las últimas décadas. Muchas garantías individuales se mencionan específicamente o bien se fundan en la interpretación judicial del texto de la Convención. Pero, a pesar de ello, el artículo 6.º de la CEDH no comprende todas las garantías procesales posibles. Éstas han sido ampliadas ante todo por el 7.º *Protocolo Adicional*, de 1984,⁵ en el sentido de que allí se estatuyen principios jurídicos para el ámbito del derecho penal, tales como la prohibición del doble proceso (*ne bis in idem*), el derecho a una instancia de apelación y el derecho a indemnización en caso de condena viciada.

1.3. Métodos de interpretación en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos

Toda consideración de un artículo aislado de la CEDH sería incompleta sin una breve referencia a los *métodos de interpretación* y los principios de interpretación desarrollados por la Corte Europea de Derechos Humanos. Porque, junto con otras normas de interpretación —como la consideración según el texto, la sistemática y la génesis—, la Corte también le confiere un significado especial a la interpretación teleológica según el sentido y el fin (*object and purpose*) de la Convención. Más allá de los criterios generales de interpretación, que se aplican normalmente según los artículos 31.º y 32.º de la Convención sobre Derecho Contractual de Viena para los contratos de derecho internacional,⁶ tanto la Comisión como el Tribunal siempre se han guiado por dotar a las proposiciones de la CEDH de la mayor efectividad posible. Y esto justamente y en especial para el artículo 6.º de la CEDH, cuyas numerosas garantías individuales —ya mencionadas expresamente— han sido ampliadas en forma considerable por vía de la interpretación.

La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos se halla caracterizada por una parte por la singularidad de la *interpretación autónoma* de los conceptos de la CEDH, que se deben interpretar con independencia de las interpretaciones y los usos nacionales.

En el mismo sentido va el principio de la *interpretación dinámica* o evolutiva, de acuerdo con el cual la CEDH se encuentra sujeta a un desarrollo continuo, sobre todo en aquellos aspectos en que se comprueba un consenso progresivo de los Estados miembros. La CEDH es un “*living instrument, to be interpreted under present day conditions*”, y jamás debe ser entendida como algo estático e inamovible.⁷

⁵ En vigencia desde el 1º de noviembre de 1988. Hasta la fecha tiene 38 ratificaciones y 6 firmas (Bélgica, Alemania, Mónaco, Países Bajos, España, Turquía); no hay firma de Andorra y Gran Bretaña.

⁶ Cf. Bernhardt: “Interpretation in International Law”, en Rudolf Bernhardt (ed.): *EPIL II*, Ámsterdam u. a. 1995, pp. 1416 ss.

⁷ Ress: “Die Europäische Grundrechtskonzeption. Brauchen wir eine verbindliche Grundrechtscharta?”, en Herzog y Hobe (ed.), Múnich, 2004, pp. 83, 101

En caso de duda, el derecho nacional debe ser interpretado *conforme a la Convención*. Y en aquellos aspectos sobre los cuales tal vez aún no se compruebe un consenso general entre los Estados miembros, puede suceder que en una *interpretación comparada* se establezca un nivel de protección superior, al menos para cierta cantidad mínima de Estados miembros.

Pero, como compensación de este desarrollo amplio del derecho de creación judicial del contenido de la CEDH, no se debe descuidar jamás el margen de apreciación (*margin of appreciation*) nacional que persiste. La Corte Europea de Derechos Humanos contempla siempre las particularidades nacionales e intenta también limitar su jurisprudencia a violaciones fundamentales de los derechos humanos. Las divergencias particulares de los Estados miembros son bienvenidas expresamente y reflejan la multiplicidad cultural del espacio jurídico europeo, que en caso contrario podría parecerles relativamente homogéneo a los observadores externos.

No se puede desconocer que pueden surgir tensiones entre el método de interpretación del *effet utile* y el principio del *margin of appreciation*. De modo que, en esta interacción entre una interpretación que se desprende cada vez más del texto de la norma en lo particular y la observación de la libertad de apreciación nacional, los jueces que realizan la interpretación asumen una responsabilidad especial.

2. Comparación del Artículo 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos con garantías procesales en otros sistemas de protección de los derechos humanos

2.1. Sistemas de protección de los derechos humanos fuera de Europa

Tal como se ha expresado, si bien la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* ya había sido aprobada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas recientemente creada, no lo era en forma vinculante. De todas maneras, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 10.º y 11.º ya contiene un catálogo diferenciado de garantías procesales generales y particulares. En el artículo 10.º se establece el derecho al acceso en pie de igualdad a un tribunal independiente e imparcial, así como a un juicio público y justo. En el artículo 11.º, inciso 1, se estatuye que especialmente en los asuntos penales debe prevalecer la presunción de inocencia, así como que el acusado debe tener la posibilidad de la defensa necesaria en un juicio público. Obviamente estos trabajos previos se incorporaron a la redacción de la CEDH, de modo que se puede hablar de una implementación europea del mandato de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Durante mucho tiempo, la CEDH fue el único instrumento contractual vinculante de carácter internacional, de modo que adquirió la función de un ejemplo. Las experiencias de Estrasburgo se incluyeron en las negociaciones sobre el *Pacto Internacional sobre Dere-*

chos Civiles y Políticos de 1966.⁸ Su artículo 14.º también se encuentra formulado con mucho detalle. Las resoluciones y los comentarios generales⁹ de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no se pueden comparar en cuanto a su cantidad con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, ya que, debido al proceso solamente opcional de la demanda individual según el 1.º Protocolo Adicional del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos,¹⁰ los casos que recaen en Ginebra no son ni por asomo tan numerosos como los que llegan a Estrasburgo. Pero en cuanto a su contenido, las opiniones de la Comisión de Derechos Humanos presentan paralelismos considerables con la labor de la Corte Europea de Derechos Humanos, particularmente en cuanto a una interpretación dinámica del texto contractual.¹¹

Para esta discusión haremos referencia especialmente a la *Convención Americana de Derechos Humanos*, del 22 de noviembre de 1969, que en su artículo 8.º también describe con detenimiento los derechos procesales de los demandados. A este respecto, sólo una observación al margen: en tanto en principio se podía hablar de que la CEDH sirvió de modelo a la Convención Americana de Derechos Humanos y que en este sentido hubo una influencia inversa desde el Viejo Continente hacia el oeste, en tiempos más recientes es dable comprobar que la Corte Suprema en Estrasburgo se basa cada vez más en la jurisprudencia de la Comisión Interamericana o bien de la Corte Suprema.

Esto se ha de observar ante el trasfondo de que estas instituciones cuentan con mucha experiencia en el trabajo con las violaciones más graves a los derechos humanos, más aun en relación con conflictos armados. En los últimos tiempos la Corte Europea de Derechos Humanos también ha debido resolver en este ámbito, especialmente en relación con el conflicto de Chechenia.¹² Es por ello que ahora también se comprueba una influencia considerable de las experiencias latinoamericanas en la jurisprudencia europea sobre derechos humanos.¹³

A propósito, no se conoce lo suficiente que los trabajos previos para la Convención Americana de Derechos Humanos recibieron una notable influencia de consideraciones y personalidades de América Latina, de modo que en el panorama general se puede hablar ciertamente de una ósmosis recíproca del concepto de derecho en Europa y en Latinoamérica.

⁸ Firmado el 19 de diciembre de 1966, en vigencia desde el 23 de marzo de 1976.

⁹ "General Comment" n.º 13 del 13/4/1984; sólo comprende 19 párrafos

¹⁰ Véase McGoldrick: *The Human Rights Committee*, Oxford, 1991, pp. 120 ss.

¹¹ De Zayas: "The United Nations and the Guarantees of a Fair Trial in the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", en Weissbrodt y Wolfrum (ed.): *The Right to a Fair Trial*, Berlín y otras 1998, pp. 669, 679.

¹² Véase Quéniwet: "Isayeva v. the Russian Federation and Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. the Russian Federation", *Humanitäres Völkerrecht* 18 (2005) 3, p. 219.

¹³ Rensmann: "Menschenrechtsschutz im Inter-Amerikanischen System: Modell für Europa?", *VRÜ* 33 (2000), pp. 137 ss.

2.2. *Importancia de la Convención Europea de Derechos Humanos para la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*

La CEDH tiene una importancia particular para la protección de los derechos fundamentales dentro de la CEE/UE, como se ha mencionado. La CEE, fundada como Comunidad Económica en 1957, en principio no preveía una protección de los derechos fundamentales. Esta surgió a fines de la década del sesenta, a través de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que pretendía resaltar especialmente los derechos fundamentales de las personas jurídicas, como las empresas comerciales.¹⁴ El Contrato de Constitución de la Unión Europea de Maastricht, en 1992, menciona por primera vez en forma explícita la protección de los derechos humanos (artículo 6.º, inciso 2), y allí se hace referencia a la CEDH como tradición constitucional común de los Estados miembros. De este modo, los principales principios jurídicos de la CEDH quedaron incorporados al derecho de la UE a través de una referencia.

Desde el 2001 existe la *Carta Europea de los Derechos Fundamentales*, que establece en su capítulo 6.º (“Derechos judiciales”), y especialmente en los artículos 17.º y 48.º, determinados derechos para un juicio justo. Como es sabido, la CEDH fue su modelo. Al mismo tiempo, también sirve como limitación y auxiliar para la interpretación de la Carta, que hasta ahora no es vinculante (artículos 52 y 53 de la Carta Europea de Derechos Humanos). La CEDH continúa teniendo por lo tanto una función de guía para la protección de los derechos fundamentales dentro de la CEE/UE. Paralelamente, la Convención de Laeken también prevé analizar la posibilidad de una incorporación de la Unión a la CEDH, cosa que hasta ahora no era jurídicamente posible. De modo que aquí se puede comprobar cierta convergencia de la protección jurídica dentro de la Comunidad Europea y del Consejo de Europa en muchos aspectos.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aplica la CEDH al menos en forma indirecta y se remite al derecho casuístico de Estrasburgo. Por otra parte, esto también suscita problemas que sólo podemos mencionar aquí: la aplicación de la misma norma por dos instituciones diferentes lleva en forma casi inevitable a distintas interpretaciones y, por ende, a conflictos en su aplicación. De este modo, en Europa se está planteando el interrogante acerca de la relación de cooperación entre el Tribunal y la Corte Europea de Derechos Humanos, o bien sobre quién puede tener la última palabra en el ámbito de la protección de los derechos humanos.¹⁵ Este interrogante se complica aún más porque algunos tribunales constitucionales nacionales también desean reservarse la última interpretación válida de una norma del derecho fundamental.¹⁶ Esto se vincula por

¹⁴ Cf. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, vol. 1969, 419 (Stauder). (Stauder); vol. 1970, 1170 (Internationale Handelsgesellschaft); vol. 1974, 491 (Nold); vol. 1979, 3727 (Hauer); Véase Lenz: “Der europäische Grundrechtsstandard in der Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofes”, *EuGRZ* 1993, p. 585.

¹⁵ Véase Gundel: “Die Krombach-Entscheidung des EGMR”, *NJW* 2001, p. 2380.

¹⁶ Véase Starck: “Das Caroline-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und seine rechtlichen Konsequenzen”, *JZ* 2006, 76.

una parte a conceptos básicos de soberanía, pero por otra parte también a reservas —pocas veces formuladas abiertamente— contra las culturas y tradiciones jurídicas divergentes de que provienen los jueces internacionales.¹⁷

2.3. Digresión: Los derechos procesales en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania

Mencionaré muy brevemente la posición de los derechos judiciales fundamentales en la Ley Fundamental de Alemania, de 1949. Éstos no se encuentran comprendidos en el catálogo de los derechos fundamentales propiamente dichos (artículos 1.º a 19.º de la Ley Fundamental), ya que en 1949 la opinión predominante no consideraba que los derechos judiciales fundamentales fueran “verdaderos derechos fundamentales”.¹⁸ Sólo se los enumera en forma muy generalizada en los artículos 101 ss. de la Ley Fundamental. Muchas garantías individuales ni siquiera se mencionan expresamente en la Ley Fundamental, o solamente se reglamentan en el nivel de las leyes comunes —como, por ejemplo, en el Código Procesal Penal—, sino que fueron desarrolladas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Es así que el principio de aceleración y la presunción de inocencia se seguirían de los principios jurídico-estatales (artículo 20.º de la Ley Fundamental).

La Convención Europea de los Derechos Humanos se considera un derecho de ley común en Alemania (artículo 59.º de la Ley Fundamental). No se le asigna rango constitucional en forma automática, como es el caso, por ejemplo, en Austria. Aún después de 50 años persisten las diferencias, en especial entre la interpretación de la CEDH y el derecho alemán.¹⁹ Esto se aplica particularmente al artículo 6.º de la CEDH.

3. El contenido del artículo 6.º de la Convención Europea de Derechos Humanos

Luego de esta breve excursión al derecho de la CEE/UE o de Alemania, me quisiera abocar específicamente a los derechos del imputado de acuerdo con la CEDH.

3.1. Ámbito de aplicación y limitaciones posibles

El *ámbito de protección* del artículo 6.º de la CEDH comprende el juicio justo ante tribunales en contraposición con los derechos del inculcado en prisión (artículo

¹⁷ Sobre selección de los jueces en la Corte Europea de Derechos Humanos, véase Engel: “Status, Ausstattung und Personalhoheit des Inter-Amerikanischen und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte”, *EuGRZ* 2003, p. 122.

¹⁸ Véase sobre posición de los derechos fundamentales en la Constitución de Weimar, Epping: *Grundrechte*, 2. A., Berlín u.a. 2004, nota 6.

¹⁹ Weigend: “Die Europäische Menschenrechtskonvention als deutsches Recht – Kollisionen und ihre Lösung”, *StV* 2000, p. 384.

5.º de la CEDH). Incluye normas para el derecho procesal en general, pero también en especial para el derecho penal que se trata aquí. Los incisos 2 y 3 del artículo 6.º se refieren exclusivamente al proceso penal, pero sólo son ejemplos del principio de juicio justo según el artículo 6.º, inciso 1.²⁰

Muchos de los requisitos particulares del ámbito de aplicación se encuentran debatidos en detalle, como los conceptos de *tribunal*, *derecho* o *inculgado* en su significado dentro de las distintas jurisdicciones nacionales. Básicamente abarca *todos los juicios que afecten reivindicaciones de derecho civil y asuntos penales. Las reivindicaciones de derecho civil* en líneas generales se pueden describir aquí como reivindicaciones “de relevancia económica”.²¹ Pero esta parte del ámbito de aplicación no suele presentar problemas debido a una interpretación amplia.

Algo más compleja es la cuestión relativa a qué se puede definir como *hecho penal*. A pesar del principio arriba citado de la interpretación autónoma de los conceptos de la Convención, para esto se remite entre otras cosas a la calificación nacional. Otros factores son la naturaleza del delito, así como la gravedad de la sanción posible en abstracto.

Pero en un caso normal no quedan comprendidos en el artículo 6.º los juicios de *derecho público*. Es por ello que no se abarcan, por ejemplo, los litigios de funcionarios, si éstos han cumplido solamente con sus deberes de servicio al Estado. Por el otro lado, pueden estar incluidas las reivindicaciones profesionales de empleados del servicio público si fueran de relevancia económica, tal como se expresó más arriba.

En principio resultan posibles las *limitaciones* del artículo 6.º de la CEDH, pero debido a las funciones básicas del juicio justo ya citadas, éstas requieren de justificativos especiales. El artículo 6.º de la CEDH en principio no forma parte de los derechos no derogables, tal como se los reconoce en el artículo 15.º. Los demás requisitos para limitarlos exceden los puntos mencionados especialmente en el inciso 1, que allí sólo se refieren a la posibilidad de limitar el carácter público en los procesos judiciales. También rigen los requisitos generales, aplicables a toda la CEDH, según los cuales sólo se pueden establecer limitaciones que estén previstas por la ley, aspiren a objetivos legítimos²² y resulten necesarias en una sociedad democrática. Por esta última formulación la Corte Europea de Derechos Humanos entiende el principio general de proporcionalidad. Vale decir que toda limitación debe ser básicamente adecuada para alcanzar la meta, no debe haber un medio más benigno y la limitación debe ser adecuada en un sentido restringido.

Para *denunciar* una violación del artículo 6.º no basta que el querellante exponga en líneas generales que el juicio fue injusto. Debe detallar en forma sustanciada cuál es o cuáles son la(s) garantía(s) que habría violado el Estado. En el proceso de

²⁰ Meyer-Ladewig: *EMRK Kommentar*, Baden-Baden, 2003, artículo 6, nota 35.

²¹ *Ibíd.*, nota 7.

²² Véase al respecto los catálogos en los artículos 8 a 11.

recurso la Corte verifica entonces, en el marco de una ponderación de intereses entre aquellos del Estado y aquellos del individuo, si el juicio fue justo en general o no. Para esto es de importancia saber si las eventuales limitaciones han sido compensadas en otro sitio.

3.2. *Acerca de las garantías del artículo 6.º de la Convención Europea de Derechos Humanos*

3.2.1. Las garantías procesales generales

No abordaré en detalle cada una de las garantías comprendidas en el artículo 6.º de la CEDH, pero en el marco de una *visión* sistemática quisiera presentar algunos puntos interesantes. Es por eso que mi exposición estará estructurada en lo sucesivo de acuerdo con reglas generales, aplicables especialmente a juicios de derecho civil, o bien a los requisitos de validez particular en el derecho penal, y a todos los casos conforme a las garantías jurídicas escritas y no escritas.

Tal como se señaló al inicio, el artículo 6.º de la CEDH comprende una gran cantidad de garantías individuales para un juicio justo, algunas de las cuales se mencionan en forma explícita, pero otras fueron creadas simplemente a través de la interpretación judicial de su texto. Entre las garantías jurídicas mencionadas en forma explícita, de validez general, se encuentran en primer término las siguientes tres: el derecho a un tribunal independiente, imparcial y fundado en la ley, el derecho al carácter público de la audiencia y la sentencia, y el derecho a una sentencia dentro de un plazo adecuado.²³

Detrás del *derecho a un tribunal independiente, imparcial y basado en la ley* se oculta el derecho básico a una instancia judicial, tanto para la comprobación de los hechos como para su consideración jurídica. El artículo 6.º de la CEDH no reconoce el derecho a un tribunal de alzada, que fue establecido en el 7.º Protocolo Adicional.

Un tribunal ya puede ser *parcial*, si tal apariencia hacia fuera es fundada. En última instancia no depende de que, por ejemplo, un juez o una jueza realmente hayan prejuzgado; lo decisivo es que el demandado y ante todo la opinión pública lo hayan podido suponer. Aquí se manifiesta una función elemental del derecho a un juicio justo: no sólo se trata de proteger al inculpaado individual, sino también de fortalecer la confianza de la opinión pública en un juicio con arreglo al Estado de derecho.

En este ámbito ha habido problemas en tiempos recientes con la utilización de *jueces militares*. Por una parte, la utilización de tribunales militares, especialmente en

²³ Artículo 6.º, inciso 1, p. 1, de la CEDH: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

procesos dentro de las fuerzas armadas y en tiempos de guerra, está básicamente de acuerdo con la CEDH. Pero, por otra parte, últimamente han surgido considerables dudas acerca de si ciertos jueces militares pueden intervenir en juicios ordinarios. Porque su independencia es dudosa, ante todo cuando no sólo a raíz de su cadena de mandos militares, sino particularmente debido a su posibilidad de traslado relativamente rápido y por lo tanto su menor estabilidad profesional, deben contar con las consecuencias directas de las sentencias en cada caso.²⁴

Particularmente problemática es la obligación —lamentablemente también para mi propia patria— de que un *juicio* se deba realizar *dentro de un plazo adecuado* o bien que se debe arribar a una sentencia dentro de este plazo. Éste es el principal campo de trabajo de la Corte Europea de Derechos Humanos: aproximadamente el 75% de las sentencias referidas al artículo 6.º de la CEDH se relacionan con la duración del juicio.²⁵ En una jurisprudencia constante, la Corte ha declarado al respecto que la incapacidad organizativa del Estado no puede justificar un juicio excesivamente largo. Cada Estado miembro ha hecho suya la obligación elemental de crear una justicia efectiva y ante todo suficientemente equipada. Aquí se vuelve a reconocer la función de protección del artículo 6.º, más allá del caso particular, para la confianza pública en los instrumentos del Estado de derecho.

Qué es lo que se debe entender exactamente por un *plazo razonable* es algo que depende de cada caso en particular.²⁶ Resultan especialmente decisivas para la resolución: la importancia del caso para el querellante, la complejidad jurídica y real del caso, la conducta del querellante —si impide, por ejemplo, el rápido progreso del juicio por falta de cooperación—, pero también la conducta de las autoridades estatales involucradas.

A este respecto se ha ido desarrollando una jurisprudencia muy diferenciada a lo largo de los años, que entretanto brinda buenos puntos de partida, en *forma casuística*, acerca de cuál es la duración de un juicio que resulta básicamente aceptable o inaceptable. El Tribunal considera adecuada en líneas generales una duración de un juicio de hasta cuatro años en total para casos complejos o para aquellos en que se debió acudir a un tribunal constitucional. En casos particulares también se han aceptado seis o más años, pero sólo a causa de la complejidad. El Tribunal ha considerado no adecuada una duración de más de cuatro años para una instancia o para varias instancias en asuntos penales o laborales simples.²⁷

²⁴ Véase al respecto especialmente la sentencia Öcalan del EuGMR (Gran Sala) del 12.5.2005, EuGRZ 2005, p. 463 ss., § 106 ss. De manera crítica se expresa Kühne: “Das zweite Öcalan-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte”, *JZ* 2005, p. 653, 654.

²⁵ Véase al respecto Meyer-Ladewig: *EMRK Kommentar*, artículo 6.º, nota 1.

²⁶ *Ibidem*, nota 77.

²⁷ Véanse los ejemplos *ibidem*, notas 82 ss.

Pero se debe comprobar, en general, que en gran parte de los casos atendidos en Estrasburgo se aprecia con rapidez si la duración del juicio fue adecuada o no. Volveremos sobre este tema más adelante.²⁸

El cuarto requisito indicado en el artículo 6.º, inciso 1, apartado 1, se refiere al “juicio justo en general”. Este punto ha merecido una considerable diferenciación en la jurisprudencia. En los ámbitos generales del proceso judicial, el Tribunal ya ha desarrollado garantías jurídicas no escritas a partir de esto. Éstas incluyen ante todo el *derecho de acceder (access)* a un tribunal,²⁹ lo que comprende también el *derecho a una decisión final*, y esto también puede incluir la suspensión del juicio. En la medida en que se haya pronunciado una sentencia, también existe en forma mediata el *derecho a su ejecución*, como por ejemplo, en las reivindicaciones de derecho civil, un derecho a ejecución de la sentencia.

Todos estos puntos resultan del principio de que el sistema de protección de los derechos debe ser *efectivo*. Esto sólo se da si todas las personas con derecho realmente pueden acudir a los tribunales existentes, aun cuando para ello necesiten, por ejemplo, asistencia jurídica gratuita. Toda limitación del acceso —a través de tasas de justicia, plazos, requisitos formales, inmunidades, etcétera— es básicamente posible, pero deberá estar justificada en cada caso en particular y ante todo deberá ser proporcional.

3.2.2. *Las garantías especiales del artículo 6.º de la Convención Europea de Derechos Humanos en el ámbito del derecho penal*

Esta conferencia se centra ante todo en las garantías del inculpado a un juicio justo en asuntos penales. A este respecto, el artículo 6.º, incisos 2 y 3, de la CEDH también cuenta con un amplio catálogo de garantías jurídicas mencionadas expresamente.

3.2.2.1. *El artículo 6.º, inciso 2*

El inciso 2 del artículo 6.º se refiere exclusivamente a la *presunción de inocencia*.³⁰ Seguramente no será necesario destacar aquí en detalle la importancia fundamental de este derecho humano general. De esto se sigue especialmente el deber del Estado de evitar un juicio previo en el entorno público (efecto indirecto de terceros). No existe una absolución de segunda clase; si existen dudas fundadas, se debe absolver al inculpado. Se excluyen las sanciones similares a penas, al igual que decisiones negativas acerca de los costos u otras determinaciones judiciales que se aproximen a una declaración de culpabilidad.

²⁸ Véase la sección 4, *infra*.

²⁹ Resolución Golder de la Corte Europea de Derechos Humanos, *EuGRZ*, 1975, p. 91.

³⁰ Artículo 6.º, inciso 2: “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

También cabe destacar en particular que el artículo 6.º, inciso 2, exige una *comprobación legal de la culpabilidad*. Pertenece a este ámbito la pregunta acerca de la medida en que se pueden utilizar pruebas obtenidas mediante infracciones, por ejemplo, contra la CEDH misma u otros derechos, también de carácter nacional. A este respecto corresponde comprobar básicamente, que la CEDH no conoce una prohibición absoluta para su utilización, como lo sugiere la *fruit of the poisonous tree-doctrine* angloamericana. En su jurisprudencia, el Tribunal sopesa las infracciones en la recolección de pruebas con las consecuencias para cada caso en particular, y en una consideración general arriba a la conclusión de si un juicio en general fue justo o no.

En esta ocasión quisiera referirme muy brevemente a un caso alemán de poco tiempo atrás. Si bien sólo tiene relevancia relativa para el artículo 6.º de la CEDH, en estos momentos está suscitando grandes discusiones en Alemania en relación con los derechos de los inculpados de tipo penal. Hacia fines del año 2002, Daschner, en esa época vicepresidente de la Policía de Fráncfort, dispuso hacer declarar a un hombre joven, gravemente sospechoso de haber secuestrado a un niño, amenazándolo con dolores. El sospechoso confesó entonces el secuestro de Jakob von Metzler, de 11 años de edad, e indicó su lugar de cautiverio. Lamentablemente, en el momento del interrogatorio el niño ya estaba muerto. El actor, Magnus Gäfgen, que además era precisamente estudiante de Derecho, fue condenado más tarde a prisión perpetua por asesinato y secuestro extorsivo.³¹

Pero al mismo tiempo se inició un juicio contra el funcionario Daschner, por ordenar la amenaza de violencia, que —entre paréntesis— había asentado en un acta. Allí Daschner fundamentó extensamente su orden en la particularidad del caso, básicamente en el hecho de que se podía estar ante la muerte inminente del niño desaparecido tres días atrás y que el sospechoso obstaculizaba las investigaciones en forma destructiva. En diciembre de 2004 el Tribunal Municipal de Fráncfort amonestó a Daschner por incitación a la coacción grave y le impuso una multa pecuniaria de casi 11 000 euros, pero luego le concedió la remisión condicional. Mediante la amenaza de violencia Daschner había violado la dignidad humana del inculpadado, pero debido a las circunstancias no habría sido adecuada una pena mayor. Al mismo tiempo, el Tribunal comprobó que la violencia o la amenaza de violencia contra personas en custodia policial no se puede justificar de modo alguno en el orden jurídico alemán.

Cabe acotar al respecto que, a diferencia de la CEDH (artículo 3.º), los derechos fundamentales en Alemania no conocen una *prohibición explícita de la tortura*, pero que Alemania naturalmente se ha subordinado a muchos acuerdos regionales e internacionales sobre derechos humanos que sí comprenden tal prohibición. Al mismo tiempo, no se puede desconocer que este caso desencadenó una intensa discusión

³¹ Tribunal Municipal de Fráncfort, sentencia del 28/7/2003.

en la práctica y la bibliografía del derecho, acerca de si y en alguna circunstancia la tortura tal vez podría ser admisible. Es esta una reacción que ya se había suscitado a raíz de los atentados del 11 de setiembre del 2001, pero que ahora ha adquirido mayor relevancia.³²

Para la discusión actual resulta llamativo que el subsiguiente *recurso de apelación* de Gäfgen, el asesino condenado, no haya sido exitoso. Él se había opuesto a que el Tribunal Municipal de Fráncfort del Meno, si bien no admitió la utilización de sus declaraciones en el interrogatorio debido a la obtención indamisible de la prueba, sí fundara su sentencia básicamente en una nueva confesión, posterior, durante la audiencia principal. En última instancia el Tribunal Constitucional alemán también resolvió que la amenaza de violencia no podía conducir a una prohibición total de la utilización de todas las declaraciones hechas por él.³³

De este modo se confirmó la jurisprudencia constante de la Corte Suprema alemana, según la cual en Alemania las violaciones contra las prohibiciones en la obtención de pruebas no conducen en forma automática a prohibiciones en la utilización de las pruebas, sino que estos factores se deben considerar en el plano de la determinación de la pena, en la medida en que no hayan sido remediados de otro modo —como en este caso, mediante un nuevo interrogatorio—. A pesar de la negación del efecto a distancia de la amenaza de violencia, el Tribunal Constitucional Federal reconoció en forma incidental que las violaciones graves y evidentes contra aspectos centrales de la protección de los derechos humanos por lo general también deberían conducir a una violación del mandato del juicio justo.³⁴ Esto también resulta legítimo, puesto que el artículo 3.º de la CEDH ciertamente forma parte de los derechos no derogables del artículo 15.º, inciso 2, de la CEDH y existen muchos argumentos para hablar aquí de una norma del *ius cogens*.³⁵

Entre tanto, Gäfgen también interpuso un recurso contra su condena ante la Corte Europea de Derechos Humanos y lo fundamentó con violaciones al artículo 3.º y 6.º de la CEDH.³⁶ Cabe observar si se produce un cambio en la opinión de los jueces europeos con respecto a un posible efecto a distancia, debido a la gravedad de la violación. Pero ya se puede comprobar que, limitando masivamente los derechos de los inculcados, un Estado puede llegar a perjudicarse a sí mismo, desacreditando el proceso judicial de tal modo que ya no queda jurídicamente garantizada la condena de verdaderos culpables.

³² Entre muchos otros: Herdegen, en Maunz-Dürig: *Ley Fundamental*, Múnich, 2005 (44.ª entrega), artículo 1.º nota 45; Brugger: “Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?”, *JZ* 2000, pp. 165 ss.; Jerouschke/Koelbel: “Folter von Staats wegen?”, *JZ* 2003, pp. 613 ss.

³³ Tribunal Constitucional Federal, resolución del 14/12/2004, 2 BVR 1249/04, párrafo 8.

³⁴ En este sentido también EuGMR en Öcalan (véase la nota 24).

³⁵ De Wet: “The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law”, *EJIL* 15 (2004), pp. 97 ss.

³⁶ El 15 de junio de 2005.

3.2.2.2. *El artículo 6.º, inciso 3*

En el artículo 6.º, inciso 3 de la CEDH se encuentran otras caracterizaciones expresas del derecho del inculpado a un juicio justo en el derecho penal. Éstas incluyen ante todo la *instrucción del acusado* sobre las acusaciones presentadas en su contra dentro de un plazo prudencial, un tiempo adecuado para preparar y *llevar a cabo la defensa*, el *derecho a la defensa propia* o bien el acceso a una asesoría letrada —de pago, si es necesario—, así como el *acceso a testigos* y, si existen dificultades con el idioma, *servicios gratuitos de traducción*. Todos estos puntos resultan del principio de que los derechos del inculpado se deben hacer valer en forma *efectiva*.

A diferencia de los derechos procesales generales según el inciso 1, aquí también rige el *principio de aceleración*, vale decir, el derecho a la realización de un juicio dentro de un plazo adecuado. Pero en el proceso penal no existe el deber de participación del acusado, al cual también se aplica la presunción de inocencia del inciso 2. En determinadas circunstancias esto no puede liberar al abogado del inculpado de participar de modo constructivo en la continuación del proceso.

En este ámbito, la cuestión del *acceso del inculpado a testigos* constituye un problema especial. Esto no sólo resulta problemático en atención a las víctimas de un actor —por ejemplo, las víctimas de violaciones o los niños—, sino también en atención a los testigos protegidos u otros cuyo anonimato se debe proteger. Tal como se ha mencionado, las limitaciones en este ámbito son básicamente posibles, pero requieren de una compensación en otro sitio.³⁷ Claro que no se podrá fundar una condena exclusivamente en las declaraciones de testigos anónimos o en declaraciones de personas que no pudieron ser interrogadas por la defensa en ningún momento. Por ello resulta decisiva la relevancia de la declaración para el juicio.

Los derechos del inculpado en juicios penales también han experimentado una considerable evolución mediante la jurisprudencia y la elaboración por ésta de *garantías jurídicas no escritas*. Este derecho judicial resulta por una parte del principio general del juicio justo (inciso 1), como también del entendimiento elemental de la persona como individuo, que no puede ser simple objeto de un proceso estatal, sino que debe tener posibilidades de participación en tanto *sujeto activo del juicio*.

Tales garantías jurídicas no escritas incluyen también el *principio de igualdad de armas*, que funda un derecho a vista de los autos y a audiencia judicial. Esto también involucra el *derecho a un fundamento de la sentencia*, así como un *deber de tutela del tribunal*, que, por ejemplo, debe advertir al inculpado acerca de las consecuencias jurídicas de su accionar y no lo puede avasallar con nuevas recriminaciones de delitos. También se ha de tener en cuenta la deducción de una *prohibición de abuso y arbitrio* para las instancias estatales en este ámbito, así como el derecho

³⁷ Meyer-Ladewig: o. cit., artículo 6.º, nota 56.

del inculpaado a la *observación de una confianza digna de tutela*, en el sentido, por ejemplo, de que no se pueden volver a introducir en el juicio y en la sentencia final, a través de la determinación de la pena, hechos previamente sobreesidos.

Según la CEDH, en el proceso penal los inculpaados tienen *derecho a la participación personal*; los procesos *in absentia* sólo son viables excepcionalmente.³⁸ Pero en un juicio de apelación puede bastar la sola participación del abogado o mediante escritos, si se trata de una cuestión jurídica. Finalmente, del principio de juicio justo y de presunción de inocencia (inciso 2) también se deduce el *derecho a guardar silencio* (*nemo tenetur*).

4. Síntesis y perspectivas

El aspecto procesal del artículo 6.º de la CEDH merecerá especial atención en el futuro próximo. Como se ha mencionado, los juicios según el artículo 6.º constituyen la gran mayoría del trabajo de la Corte Europea de Derechos Humanos. También es evidente que el Tribunal sufre una considerable *carga laboral* y que en parte sus juicios demoran tanto que ya se puede volver a considerar una infracción al derecho a una duración adecuada del juicio. A fin de dominar este problema, se consideran varias estrategias.

Por una parte, en el plano internacional se debe remitir al reciente *14.º Protocolo Adicional* de la CEDH, del 13 de mayo del 2004.³⁹ Junto con muchos otros principios de reforma institucional —por ejemplo, el hecho de que en el marco de la CEDH el juez unipersonal pasará a ser lo normal en el juicio— el 14.º Protocolo Adicional ahora también prevé la posibilidad de considerar como *evidentemente fundada* (*manifestly founded*) una demanda referida a un instante previo del juicio, puesto que lo contrario —vale decir, una demanda de rechazo basada en la no fundamentación evidente (*manifestly ill-founded*)— ya se encuentra establecido ahora en el artículo 35.º, inciso 3, de la CEDH como criterio general de admisión. Las infracciones evidentes al derecho a una duración adecuada del juicio de acuerdo con el artículo 6.º de la CEDH constituyen un ejemplo citado con frecuencia para indicar esta posibilidad de resolver las querellas con rapidez, ya que la diferenciación del principio de aceleración por parte del Tribunal ha alcanzado un alto grado de detalle y por lo tanto también se podría aplicar en gran medida en procesos sumarios. El 14.º Protocolo Adicional aún no ha entrado en vigencia; lo hará cuando lo hayan ratificado todos los Estados miembros de la CEDH.⁴⁰

³⁸ Resolución Krombach de la Corte Europea de Derechos Humanos del 13/2/2001, *NJW* 2001, p. 2387.

³⁹ CETF 194.

⁴⁰ Datos al 31 de agosto de 2005: 15 ratificaciones, 29 firmas, sin participación de Bulgaria y Rusia.

Otra estrategia consiste en fortalecer los *juicios nacionales*. A este respecto, la jurisprudencia más reciente del Tribunal se aparta de sentencias previas y exige que también para las querellas según el artículo 6.º las instancias nacionales contribuyan, según el espíritu del artículo 13.º, a que se imponga el derecho a una querrela efectiva. Esto se vincula a la esperanza de que se reduzca la cantidad de casos que recaigan en el Tribunal de Estrasburgo, si ya existe una instancia nacional que aplique los conocidos parámetros de la jurisprudencia según el artículo 6.º.⁴¹

Otro aspecto —que no rige exclusivamente para el artículo 6.º— es que la CEDH se aplica cada vez más como parámetro en *regiones fuera del ámbito de aplicación temporal o territorial de la CEDH*. Bosnia-Herzegovina no se incorporó a la Convención hasta el 2002 y la antigua Yugoslavia, ahora Serbia y Montenegro, hasta el 2003, pero a pesar de ello los parámetros materiales de la CEDH se aplicaron ante la Cámara de Derechos Humanos en Bosnia-Herzegovina, así como se siguen aplicando en la administración transitoria de la ONU en la parte serbia de la República de Kosovo.⁴²

En general cabe recordar que los derechos de los inculpados a un juicio justo según el artículo 6.º de la CEDH seguirán ocupando en el futuro un lugar de mucha importancia en la labor del Tribunal y que se requieren mayores esfuerzos internacionales y nacionales para limitar la demanda práctica del Tribunal con casos referidos al artículo 6.º.

Al mismo tiempo, estos esfuerzos y la implementación de los requisitos escritos y no escritos del artículo 6.º de la CEDH también se pueden ver como un *parámetro para la capacidad organizativa jurídico-estatal* de un Estado miembro. Porque si un Estado no puede garantizar un juicio justo, también resultan inútiles todos los demás derechos que recién adquirirían importancia a través de tal juicio.

En contra de los requisitos demasiado estrictos acerca de lo justo de un proceso penal se ha planteado con frecuencia que no se podía anteponer “la protección del actor a la protección de la víctima”. Naturalmente, esto es básicamente correcto, pero todos nosotros, tanto los prácticos como los académicos, siempre debemos tener presente que las normas como el artículo 6.º de la CEDH no sólo protegen al inculpa-do individual, sino que constituyen *pilares elementales* del Estado de derecho democrático. Un Estado que limita en forma indebida los derechos procesales provoca desconfianza y resistencia y se vuelve en última instancia vulnerable. El Estado sólo puede tomar para sí con total legitimidad el monopolio de la administración de justicia donde la protección judicial se garantiza de modo justo y efectivo.

⁴¹ Jurisprudencia Kudla des EuGMR del 26/10/2000, *NJW* 2001, p. 2694.

⁴² “Rauschnig, Die Menschenrechtskammer für Bosnien und Herzegowina”, *EuGRZ* 1998, pp. 11 ss; Eising y Reszat: “Die internationale Notstandsverwaltung im Kosovo”, *OstEurR* 49 (2003), pp. 1 ss.

Gerardo J. Briceño P. (Venezuela) *

Reaccionarismo penal frente al ¿terrorismo? La crisis de los derechos fundamentales ante las reformas penales coyunturales

Introducción

El constante cambio de los cánones sociales que sirven para penalizar conductas en Venezuela nos lleva a afirmar que la legislación penal venezolana se encuentra en una fase de marcado reaccionarismo.

Entre las tareas primordiales del Estado está el garantizar la seguridad y la paz ciudadanas, labor que es uno de los grandes desafíos al Estado de derecho. En tal sentido, la respuesta ante hechos criminales ha de estar enmarcada en las normas y principios que garantiza la ley.

Partiendo del ejemplo de la respuesta al terrorismo, en primer lugar, seguido de la reforma penal en conjunto, se aborda la respuesta estatal ante las manifestaciones de hechos criminales tan solo desde la perspectiva del derecho penal, lo que en definitiva apuntaría a reducir la tarea a una función reaccionarista, apartándose de las razones que permiten el desarrollo de deseos criminales y ulteriormente su manifestación a través de conductas violentas.

Pretender controlar la criminalidad únicamente con la herramienta punitiva es una reacción violenta y tardía ante el fracaso de las políticas sociales del Estado.

1. Violencia legalizada

Con el monopolio del instrumental punitivo, el Estado dispone de un conjunto de herramientas especializadas, las cuales han de ser concebidas para el logro y el man-

* Abogado (UCAB, Venezuela). Legum Magister y Doctorando (Albert-Ludwigs Universität Freiburg, Alemania). Investigador en el Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional. Profesor del Diplomado de Estudios Avanzados en Derecho Penal Internacional (Universidad Metropolitana, Venezuela). Becario de la Fundación Konrad Adenauer. <g.briceno@iuscrim.mpg.de>.

tenimiento de la paz interna. Con dicho instrumental, éste se hace de una amplia fuente de poder y violencia física.

Weber acertaba al afirmar que la conformación, la validez y el mantenimiento de las decisiones estatales son de cierta forma garantizadas por “la amenaza continua y la utilización de la coerción física”.¹ Con todo ello, si bien la violencia punitiva se caracteriza por ser un acto de poder, al ser esta potestad concedida al Estado, dicho poder se legitima con la expectativa de seguridad que genera en la población la aplicación de la norma penal, expectativa que espera ser satisfecha en concordancia con el respeto a los derechos fundamentales de la ciudadanía.

La estructura normativa que fundamenta la persecución penal ha de provenir de la discusión en el seno del Legislativo, por lo que ciertamente debe contar con una gran influencia política. Es de esperar que esta influencia sea el resultado de un consenso entre los grupos políticos encargados de legislar, de donde habría de proponerse un instrumento de amplio espectro, con marcado respeto a la pluralidad de opiniones representadas en el Parlamento. Un ordenamiento jurídico penal parcializado podría devenir en un mecanismo ideal de encubrimiento y ocultamiento de responsabilidades en el sentido deseado.²

Por todo ello, si bien la ley se encuentra en el centro de toda estructura programática del Estado de derecho, y es ella la que gobierna y no el hombre, la *ley penal* requiere una particular consideración, así como un apego estricto a la reglamentación para la promulgación de las normas legales, en virtud de su inmenso potencial de control social.³

Indica Naucke que los fundamentos del derecho penal no han de considerarse apolíticos, sino ciertamente libres del elemento político, razón por la cual dejan de ser *democratizables* en la labor legislativa que les sirve de fuente.⁴

Por ello, los grupos encargados de legislar han de atenerse estrictamente a los mecanismos adecuados para la redacción de las leyes, lo cual no significa la renuncia al control jurídico, sino su apego a formas adecuadas de regulación, así como a medios de elaboración jurídicamente correctos, los cuales en gran medida se hallan ya contenidos en el resto del ordenamiento jurídico. La teoría de la legislación se alimenta de la

¹ Max Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tubinga: J. C. B. Mohr, 1972, p. 29.

² Peter-Alexis Albrecht: “Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik”, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (ed.): *Von unmöglichen Zustand des Strafrechts* (pp. 429-443), tomo 50, Fráncfort: Peter Lang, 1995, p. 434.

³ Al respecto, léase el análisis realizado por Naucke sobre la fragilidad del Estado de derecho en la labor de creación de normas punitivas, en Wolfgang Naucke: *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2000, pp. 411 ss.

⁴ Naucke: o. cit., p. 429.

coexistencia entre Constitución y proceso de formación de las leyes. Mientras la primera permite la reflexión externa sobre el derecho, el segundo se refiere a la validez interna de éste.⁵

2. Legitimidad debilitada. El ejemplo de la legislación penal contra el terrorismo

La lucha a ciegas contra la criminalidad tiene efectos nocivos contra la legitimidad de los gobiernos. Esta deslegitimación se pone de manifiesto en el caso de la respuesta al terrorismo, ejemplo en el cual abarca incluso el delicado campo de confianza y diálogo propio de un sistema democrático.

En este sentido, los daños que un acto terrorista ocasionaría sobre un Estado podrían considerarse menores, en comparación con el peligro que para el mantenimiento del Estado de derecho significaría una respuesta desmedida ante dichos ataques. Con ello, de un lado el agente terrorista habría cumplido su objetivo político, mientras del otro quedaría en juego la legitimidad de la violencia estatal, al permitirse en democracia una respuesta *in extremis* de parte del Ejecutivo (con la previa autorización legislativa), lo cual atenta contra las bases del sistema democrático.

La principal amenaza para la legitimidad y estabilidad de los Estados democráticos en esta tarea radica en la incapacidad de los gobiernos de respetar y garantizar los principios y derechos fundamentales en las acciones de respuesta al terrorismo. Esta falla se presenta no sólo en el irrespeto a los derechos inherentes a la persona humana, sino, además, en las carencias que reflejan los mecanismos de control entre poderes públicos, en especial de parte de los garantes de la constitucionalidad.

Conceptualmente, el fenómeno terrorista se encuentra en una *zona gris*, razón por la cual a veces es definido como guerra y otras como delito. Si bien la definición depende de su adaptación a las necesidades ejecutivas de respuesta, las instituciones democráticas se encuentran en el dilema de no ser capaces de amoldarse con facilidad a las múltiples facetas que presentan estas acciones antisociales. Por ello la respuesta inicial de los Estados es del tipo restrictivo: *la suspensión o restricción de los derechos fundamentales*.

La respuesta estatal se manifiesta a través del incremento de las medidas de seguridad, invocando poderes especiales para las fuerzas militares y de policía; el impulso de reformas legislativas para la situación emergente; el aumento del control y la vigilancia sobre los ciudadanos (en especial en el área migratoria); la censura a los medios de comunicación masiva; las medidas especiales de supervisión en materia financiera, entre otras.

⁵ Un trabajo detallado sobre la validez y racionalidad de las leyes penales en el Estado constitucional, es el desarrollado por Gema Marcilla Córdoba: "Racionalidad de las leyes penales y Estado constitucional", en *Jueces para la Democracia*, n.º 52, Madrid, marzo 2005 (54-62), pp. 54 ss.

Con ello, es diversa la gama de acciones que acarrea la respuesta gubernamental ante la amenaza terrorista, todas ellas dirigidas a uno de los principales objetivos perseguidos por grupos terroristas: *la desestabilización del orden democrático*.

El temor latente que deja el terrorismo en la población viene a reflejarse tanto en los índices de inseguridad como en la vulnerabilidad de los ciudadanos ante dichas acciones. No será posible obtener la seguridad mientras no se reduzca la amenaza terrorista, lo cual sólo se logrará combatiendo las causas que la generan. Queda de nuestra parte, la de los ciudadanos comunes, hacernos más fuertes ante dicha amenaza, a fin de reducir nuestra vulnerabilidad. Pero, ¿somos capaces de lograr esto por nosotros mismos?

Esta es una labor de *cogestión*. Mientras por una parte el Estado ha de disponer de los recursos (técnicos, económicos y humanos) necesarios para atacar las causas subyacentes al fenómeno terrorista, los ciudadanos, paralelamente a esa acción estatal, hemos de establecer mecanismos para reducir nuestra vulnerabilidad frente a esta amenaza.

Partiendo de la premisa de que una de las funciones principales de los gobiernos democráticos es el mantenimiento del orden legal, el cual da sostén al Estado mismo, y aceptando que el fenómeno terrorista ataca los fundamentos del Estado, surge la siguiente interrogante: ¿Cómo pueden las sociedades democráticas responder a este flagelo sin debilitar las bases del sistema que les sirve de fundamento?

La clave es la *proporcionalidad* en la respuesta. Antes de proponer las medidas para combatir el terrorismo y responder en un estado de conmoción, ha de analizarse y establecerse el nivel de amenaza terrorista del cual son objeto, y ofrecer medidas que sean acordes con las necesidades particulares de la sociedad en la cual regirán.

Éste es un permanente desafío para la sociedad democrática actual, la cual está llamada a armonizar las normas de control con el ejercicio propio de ese control, sin caer en el autoritarismo. Ahora bien, ¿cómo puede asegurarse que un Estado democrático cuente con los instrumentos necesarios para protegerse de las amenazas al ordenamiento jurídico y a la seguridad interna, manteniendo un sistema de control por medios violentos (penales), sin que en su aplicación se torne autoritario?⁶

Resulta paradójico que, en una sociedad democrática, la respuesta ante el terrorismo deje justamente de ser democrática para tornarse autoritaria al establecer mecanismos de restricción de derechos contrarios a los principios que el Estado está llamado a preservar.

⁶ Gert-Joachim Gläeßner: *Sicherheit in Freiheit. Die Schutzfunktion des demokratischen Staates und die Freiheit der Bürger*, Opladen: Leske & Budrich, 2003, p. 85.

3. Penalización reactiva. Debilidades de la democracia en la lucha contra la criminalidad

En un Estado de derecho, la labor de los grupos criminales se ve resguardada por las garantías que les brinda el propio sistema jurídico, el cual se ve limitado en la lucha contra la criminalidad, lo que le permite a estos antisociales contar con:

- a. libertad de movimiento y capacidad de organización;
- b. la posibilidad cierta de llevar a cabo acciones con fines criminales.

Según el modelo democrático, son principios del Estado de derecho la tolerancia, la pluralidad política, el apego a la legalidad, pero, sobre todo, una alta valoración de la dignidad humana. Ello se lleva a cabo en el marco de una política criminal coherente y libre de pasiones, basada en la sensatez, la cual se pone de manifiesto en el análisis especializado del fenómeno criminal por parte del encargado de legislar. En desarrollo de ésta, los derechos constitucionalmente garantizados servirán de marco en el esperado amplio campo de acción del legislador.⁷

Pese a ello, la cooperación esperada entre el Legislativo y los órganos gubernamentales puede desviarse de sus principios al servir como vía para *ejecutivizar* las instrucciones de Gobierno,⁸ al darles forma de ley a sus designios. De esta manera, pretende otorgárseles el apelativo de *decisiones eficientes contra la criminalidad*, sin que dejen de ser un mero reaccionarismo ante situaciones inesperadas de conmoción social.

En este punto cabe citar la frase de uno de los integrantes de la Escuela de Fráncfort: “una estructura política deficiente no puede ser jamás compensada por el derecho penal”.⁹

En Estados emergentes, el recurso al derecho penal sirve como una útil herramienta para ocultar las reales carencias del Estado. En ejercicio de la más evidente demagogia punitiva,¹⁰ se ejecutan planes de emergencia, los cuales conllevan la creación de tribunales con competencia especial en materia de terrorismo,¹¹ con lo que se

⁷ La función rectora de los derechos fundamentales y la Constitución ante el desarrollo de la política criminal se encuentra ampliamente explicada en la parte V de la obra de Otto Lagodny: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tubinga: J. C. B. Mohr, 1996, pp. 511 ss.

⁸ Como consecuencia de una reforma penal que exceda o irrespete los lineamientos concebidos para su elaboración, se obtendría un instrumento concebido para cumplir no más que una labor “ejecutiva” de atribución de competencias a los órganos de justicia en labores que exceden su capacidad. Sería pues darle forma de ley a instrucciones del Ejecutivo.

⁹ Albrecht: o. cit., p. 443.

¹⁰ Gerardo Briceño: “La emergencia del derecho penal”, en *Tecnoiruris, Podium Jurídico*: <<http://www.tecnoiruris.com/modules.php?name=News&file=article&sid=978>>, (1.12.2004).

¹¹ Tal fue la respuesta del máximo Tribunal de Justicia de Venezuela, con motivo del homicidio del fiscal del Ministerio Público Danilo Baltazar Anderson, hecho ocurrido a finales del año 2004 en la ciudad de Caracas. Resulta curioso que el acuerdo del Tribunal Supremo de Justicia se refiere a “combatir el terrorismo y la impunidad”, como si la segunda no fuese una función del sistema de administra-

pretende brindar protección y seguridad a la población a expensas del desdén de los derechos y garantías fundamentales.

Una política criminal seria ha de tomar como premisas índices de criminalidad concretos, de los cuales se pueden inferir las causas generadoras de hechos antisociales. Reaccionar aisladamente aumenta el instrumental penal sin aportar respuestas concretas al hecho criminógeno.

La afectación de los derechos fundamentales sobre el escenario de la lucha contra el terrorismo es mucho más amplia que la simplemente derivada de reformas al sistema punitivo. Su accionar abarca espacios propios de los derechos y garantías constitucionales. En el ejercicio de sus funciones, el Estado, a través de sus órganos, es un potencial sujeto activo de violaciones del derecho a la vida, al debido proceso, el derecho de propiedad, a la seguridad personal, entre otros derechos, los cuales en principio estaría obligado a garantizar.

4. Reforma penal emergente

4.1. ¿Terrorismo legal?

En el momento de escribir estas líneas, se discute en la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela un proyecto de ley de reforma parcial al Código penal —sería la cuarta en menos de un año—, la cual tiene como objeto (cito textualmente parte de su contenido): “prevenir, perseguir y sancionar los delitos cometidos por la Delincuencia Organizada, establecer los delitos considerados propios o específicos de estas organizaciones criminales, así como la pertenencia a estas asociaciones delictivas organizadas, sin que ello obste para que se observen las disposiciones que establece la Ley Contra la Delincuencia Organizada y la Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos Protocolos”.¹² En definitiva, es una maniobra legislativa para promulgar lo que no se ha logrado como ley especial, al incluirlo como un nuevo título en el Código

ción de justicia en conjunto. El acuerdo establece el otorgamiento de competencia exclusiva a tres tribunales de control para conocer de todos los actos terroristas que se sucedan en el ámbito nacional. A los mismos fines se atribuyó competencia especial a dos Salas en la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas. Al respecto véase la nota de prensa del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en <<http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasprensa/notasdeprensa.asp?codigo=1649>>, (23.11.2004).

¹² El texto completo que fue aprobado en primera discusión el 14 de junio de 2005 se encuentra actualmente en discusión, por lo que, en virtud del artículo 132 del Reglamento Interno de la Asamblea Nacional, el cual establece la obligatoriedad de realizar consultas públicas durante el procedimiento de formación, discusión o aprobación de los proyectos de ley, es accesible en la página electrónica del Servicio Autónomo de Información Legislativa de la Asamblea Nacional, <<http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=687>>.

Penal. Si bien el texto aún no es formalmente ley de la República, su contenido ha sido aprobado en primera discusión en el Legislativo, hecho que requiere un diáfano análisis.

Del proyecto en discusión destaca el artículo 10, contentivo del tipo penal de terrorismo:

Artículo 10. Quien pertenezca, actúe al servicio o colabore con bandas armadas, organizaciones o grupos de delincuencia organizada cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional y las instituciones democráticas o alterar gravemente la paz pública y cometa los delitos de estragos, catástrofes o incendio, o de hacer estallar minas, bombas u otros aparatos explosivos tipificados en el Código Penal y en este título, respectivamente, será castigado con prisión de diez (10) a quince (15) años.

La legislación penal venezolana, en mora con una serie de conductas punibles de trascendencia internacional, y en particular con un tema tan delicado como es el tipo terrorista, requiere un tratamiento legislativo acorde con la gravedad y el potencial destructivo de estas conductas. Considero una actitud simplista e irresponsable realizar una mera referencia en la sección tercera del proyecto, junto con el tráfico de armas, y de una manera tan general como se hace en el tipo antes citado, lo cual no significa más que una alternativa apresurada y vaga, que no cumple con los estándares mínimos requeridos internacionalmente en la lucha contra este flagelo, sin dejar de mencionar la inseguridad jurídica que en plano nacional comporta un tipo penal tan amplio e impreciso como el propuesto.

Todo Estado que pretenda sumarse a la lucha contra el terrorismo internacional debe comenzar por evaluar la capacidad de respuesta de sus cuerpos de policía e inteligencia, con el objeto de detectar —de ser posible— la amenaza terrorista y enfrentarla en atención a las normas legales. Tanto en el ámbito nacional como en el marco de la implementación de acciones extraterritoriales, en el curso de actividades de cooperación internacional, las actuaciones de los órganos de justicia han de llevarse a cabo apegadas a los estándares mínimos de protección que regulen la materia.

De la lectura y el análisis de la reforma penal *a la medida* en Venezuela, se hace firme la creencia de que nos encontramos ante un supuesto de *legalización* de directrices ejecutivas, en el supuesto de una política criminal emergente, carente de todo sentido de permanencia y estructura programática, que resulta en la promulgación de leyes al amparo del mero cumplimiento de formalidades reglamentarias.¹³

Mientras de palabra el Estado venezolano, a través de los órganos que conforman el Ejecutivo, promueve la democracia participativa, la imposición de normas a través del Parlamento cierra toda alternativa de diálogo.

¹³ Y ésta no es una vana afirmación. Violaciones constantes al Reglamento Interno de Debates de la Asamblea —con las continuas modificaciones de que éste ha sido objeto— son tan solo uno de los signos característicos de un Parlamento que en Venezuela cada vez más legisla en atención a intereses particulares y no en función de necesidades generales.

Las recientes reformas de carácter formal que ha sufrido el texto del Código Penal venezolano —modificado a escasos meses de una reimpresión anterior, la cual se llevó a cabo con objeto de corregir los errores materiales de una publicación previa— demuestran la improvisación con que se discute la reforma penal en el Legislativo, con lo cual se crea la grave situación de contar posiblemente con tres códigos penales en menos de un año: uno vigente desde el mes de marzo, que fue objeto de corrección por “error material” en su publicación durante el mes de abril, luego del veto presidencial a ciertos aspectos de la reforma, ciertos cambios¹⁴ y la *vacatio legis* de lugar; a lo cual se sumaría ahora la muy probable introducción de un nuevo título contentivo de los tipos penales contra la delincuencia organizada.

Veamos esto en detalle: El texto sancionado inicialmente por la Asamblea Nacional, el 6 de enero de 2005, fue devuelto por el Ejecutivo en fecha 10 de febrero de 2005. El veto y las observaciones realizadas por el Ejecutivo dieron lugar al respectivo informe de la comisión responsable en la Asamblea Nacional, el cual fue presentado en la plenaria el 23 de febrero del año en curso, y el nuevo código se sancionó el 3 de marzo siguiente. El texto definitivo, sin embargo, fue sometido a correcciones por “error material” en su transcripción, y se publicó finalmente en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 5 768 el 13 de abril de 2005.¹⁵

A ello se añaden los cambios en el cronograma establecido inicialmente para la discusión de la modificación del texto penal, el cual fue objeto de posteriores reformas, en atención a la solicitud de inclusión de un título completo, el cual incluiría figuras a la sombra de los acuerdos internacionales que rigen la materia y han sido ratificados por la República —tales como la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo).

La inconformidad entre el texto en discusión y el ordenamiento jurídico vigente en Venezuela llega al extremo de incluir la realización de conductas propiamente delictivas. Tal sería el caso del tipo penal de usurpación de identidad, delito que se configuraría, por ejemplo, en la entrega vigilada de drogas, en el sentido en que lo plantea el texto aprobado en primera discusión en el Parlamento. Si se pretende dotar a las fuerzas de seguridad de herramientas contra el crimen, esta transferencia de funciones ha de hacerse de acuerdo con la legislación vigente o, al menos, adaptando previamente los instrumentos legales a las nuevas necesidades de investigación.

No dejan de sorprender las incongruencias en el nuevo texto penal, con las cuales se reviven delitos, incluyendo conductas que habían sido declaradas nulas por inconstitucionalidad o habían sido derogadas expresamente con la entrada en vigencia de una nueva ley en la materia. Tal es el caso, por ejemplo, del uxoricidio¹⁶ y el

¹⁴ Estos cambios fueron sólo de forma, y corrigieron, entre otros, los errores motivo de la alteración de la numeración que contenía tradicionalmente nuestro Código Penal desde principios del siglo XX, a los cuales se añadieron las observaciones realizadas por el Ejecutivo.

¹⁵ El texto definitivo, así como los informes referidos, pueden consultarse en <<http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=559>>.

infanticidio por causa de honor.¹⁷ Aun delitos que habían sido derogados por la antigua Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público, e incluidos en la reciente Ley contra la Corrupción¹⁸ —la cual fue aprobada por este mismo Parlamento— corrieron igual suerte. En general, imprecisión en el planteamiento de los tipos penales, errores ortográficos y un marcado sentido de represión política en la tipificación son los signos característicos de este nuevo Código.

4.2. Código Penal reformado: herramienta autoritaria

4.2.1. Improvisación legislativa

En la reforma inicialmente aprobada en el mes de marzo (y corregida en abril) se otorga una protección suprema a la función pública, al dársele preeminencia al Estado por sobre cualquier otro bien jurídico, lo cual reafirma el interés autoritario y se dota al gobierno de una útil herramienta para la persecución política, a la vez que coarta otros espacios ganados en el campo de los derechos fundamentales.

Es así como en el texto legal aprobado se incluyen delitos con penas excesivas para hechos tan diversos: las ofensas que pudieran ocasionarse a funcionarios públicos y las conductas que pudieran considerarse una instigación a contravenir o desobedecer la ley, por la acción de llegar a causar pánico derivado de la difusión de informaciones, hasta llegar a la obstaculización de las vías públicas.

La discriminación se vería reforzada, con la aprobación del nuevo título, aún en discusión, con tipos tan imprecisos como el citado artículo 10 del proyecto de ley, el cual castiga cualquier tipo de acto tendente a desestabilizar el orden democrático o subvertir el orden constitucional alterando la paz pública bajo el tipo penal de terrorismo.¹⁹

Con esto se hace firme la creencia de que estas reformas serían un mecanismo para dotar al Ejecutivo de un instrumento capaz de contrarrestar cualquier tipo de opinión contraria, al provenir ésta de grupos políticos disidentes cuya actividad, en virtud de la imprecisión del articulado en discusión, podría ser calificada como delictiva.

En resumen, se penaliza un conjunto de acciones que en su mayoría habían sido desplegadas como un medio de manifestación de los grupos de oposición en Venezuela, mientras la reforma desatiende cuestiones de mayor peligrosidad social, que conforman los hechos delictivos de mayor frecuencia y que encabezan las listas de los índices de criminalidad a escala nacional.

¹⁶ Declarado nulo por inconstitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia en 1980, debido a la discriminación por sexo que contenía.

¹⁷ Derogado expresamente con la entrada en vigencia de la LOPNA (Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente), publicada en la *Gaceta Oficial* n.º 5 266, extraordinario, del 2.10.1998.

¹⁸ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 5 637 del 4.7.2003.

¹⁹ *Supra*, sección 4.1.

4.2.2. Algunos detalles de la reforma penal aprobada

El menoscabo del Estado de derecho en Venezuela es potenciado al intentar silenciar la disidencia política a través de instrumentos penales, aprobados de manera fugaz, arbitraria y sin el diálogo necesario para la concepción de este ordenamiento. La agudización de la pugna política en el Código Penal vigente se demuestra con la inclusión de artículos como los siguientes:

4.2.2.1. Incremento de las ofensas al honor

En el Código penal reformado se incluye una excesiva penalización de ofensas al honor de los funcionarios públicos, al establecer:

Artículo 147

Quien ofendiere de palabra o por escrito, o de cualquier otra manera irrespetare al Presidente de la República o a quien esté haciendo sus veces, será castigado *con prisión de seis a treinta meses si la ofensa fuere grave, y con la mitad de ésta si fuere leve.*²⁰

La pena se aumentará en una tercera parte si la ofensa se hubiere hecho públicamente.

Artículo 149

Cualquiera que *vilipendiare públicamente* a la Asamblea Nacional, al Tribunal Supremo de Justicia o al Gabinete o Consejo de Ministros, así como a alguno de los consejos legislativos de los estados o algunos de los tribunales superiores, será castigado con prisión de quince días a diez meses.

En la mitad de dicha pena incurrirán los que cometieren los hechos a que se refiere este artículo, con respecto a los concejos municipales.

La pena se aumentará proporcionalmente en la mitad, si la ofensa se hubiere cometido hallándose las expresadas corporaciones en ejercicio de sus funciones oficiales.

4.2.2.2. Imprecisión en la determinación del alcance de los tipos penales

Extensión de la “amenaza” a un funcionario público, que llega a la imprecisión al establecer la figura de “pariente cercano”, sin referirse a grado alguno que permita limitar dicho parentesco:

Artículo 215

El que *amenace a un funcionario público o a uno de sus parientes cercanos*, con el fin de intimidarlo para hacer o dejar de hacer algo propio de sus funciones, será castigado con prisión de uno a tres años. Si el hecho se ejecutare con violencia la pena será de dos a cuatro años.

Cuando los hechos descritos en el aparte anterior fuesen ejecutados en perjuicio de un alto funcionario de los previstos en el numeral 3 del artículo 266 de la

²⁰ Las cursivas en los artículos reformados son del autor, con lo cual se pretende destacar la desmedida penalización de las conductas referidas.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la pena será de dos a cinco años.

Si la amenaza o acto de violencia se realizare en el domicilio o residencia del funcionario público, las penas se incrementarán en una tercera parte.

Si el autor del delito fuere un funcionario público, la pena correspondiente se incrementará en dos terceras partes.

Otra de las imprecisiones es la contenida en el tipo que contempla la instigación a delinquir, contravenir o desobedecer las leyes, concepto cuya diferenciación de la desobediencia legítima contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²¹ (en adelante CRBV) ha de ser tratado con especial atención y al amparo de unas autoridades judiciales imparciales, característica ésta debatible en la Venezuela actual. Susceptible de leerse como una limitación más para la oposición política son los siguientes delitos:

Artículo 283

Cualquiera que públicamente o por cualquier medio instigare a otro u otros a ejecutar actos en contravención a las leyes, por el solo hecho de la instigación será castigado:

1. Si la instigación fuere para inducir a cometer delitos para los cuales se ha establecido pena de prisión, con prisión de una tercera parte del delito instigado.

2. En todos los demás casos, con multas de ciento cincuenta unidades tributarias (150 UT), según la entidad del hecho instigado.

Artículo 285

Quien instigare a la desobediencia de las leyes o al odio entre sus habitantes o hiciere apología de hechos que la ley prevé como delitos, de modo que *ponga en peligro la tranquilidad pública*, será castigado con prisión de tres años a seis años.

4.2.2.3. Ataques a la libertad de prensa e información

La libertad de prensa e información vuelve a verse mermada, luego de las restricciones derivadas de la entrada en vigencia de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión,²² al sumarse al catálogo punitivo supuestos como el contenido en el siguiente artículo:

Artículo 296-A. Todo individuo que por medio de informaciones falsas difundidas por cualquier medio impreso, radial, televisivo, telefónico, correos electrónicos o escritos panfletarios, *cause pánico en la colectividad o la mantenga en zozobra*, será castigado con prisión de dos a cinco años.

²¹ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 5 453, extraordinario, 24.3.2000.

Artículo 350 CRBV: “El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos”.

²² Publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 38 081, 12.7.2004.

Si los hechos descritos en el aparte anterior fueron cometidos por un funcionario público, valiéndose del anonimato o usando para tal fin el nombre ajeno, la pena se incrementará en una tercera parte.

Este artículo será aplicado sin perjuicio a lo establecido en la legislación especial sobre los delitos informáticos, telecomunicaciones, impresos y transmisión de mensajes de datos.

4.2.2.4. *Menoscabo de los derechos fundamentales y ciertas libertades políticas*

La oposición política venezolana había venido manifestando su descontento a través del cierre de las vías de comunicación de manera anárquica. Si bien considero inaceptables las consecuencias de este tipo de acciones hacia los usuarios de dichas vías, difiero de la prioridad legislativa dada a este tema y, en especial, del contenido del párrafo único de este artículo, por su clara violación a principios constitucionales, por lo cual debería ser objeto de nulidad.

A ello se suman los efectos restrictivos derivados de la eliminación de los beneficios procesales y las fórmulas alternativas de cumplimiento de la pena, que considero violatorios de los artículos 19 y 272 de la CRBV, los cuales establecen la obligación estatal reflejada en el *principio de progresividad en la protección de los derechos humanos*, así como las *condiciones indispensables del sistema penitenciario* tendientes a la rehabilitación del reo. Éstos contemplan:

Artículo 19

El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

Artículo 272

El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estatales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia post-penitenciaria que posibilite la reinserción social del ex-interno o ex-interna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico.

Por lo tanto, resulta criticable la respuesta dada a los *trancazos* (obstaculización de las vías públicas de tráfico). Pese a su clara contraposición al texto constitucional,

en la reforma penal aprobada se incluye el artículo dentro del capítulo referido a los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación, con el contenido siguiente:

Artículo 357

Quien ponga obstáculos en una vía de circulación de cualquier medio de transporte, abra o cierre las comunicaciones de esas vías, haga falsas señales o realice cualquier otro acto con el objeto de preparar el peligro de un siniestro, será castigado con pena de prisión de cuatro años a ocho años.

Quien cause interrupción de las vías de comunicación mediante voladuras o quien por este mismo medio cause descarrilamiento o naufragio de un medio de transporte, será castigado con prisión de seis años a diez años.

Quien asalte o ilegalmente se apodere de buque, accesorio de navegación, aeronaves, medios de transporte colectivo o de carga, o de la carga que éstos transporten, sean o no propiedad de empresas estatales, será castigado con pena de prisión de ocho años a dieciséis años.

Quien asalte un taxi o cualquier otro vehículo de transporte colectivo para despojar a tripulantes o pasajeros de sus pertenencias o posesiones, será castigado con pena de prisión de diez años a dieciséis años.

Parágrafo único: *Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena.*

5. Fiscales y jueces: garantes del Estado de derecho

Establece la Constitución y desarrolla la Ley Orgánica del Ministerio Público el deber y atribución del fiscal general de la República de velar por la observancia de la Constitución, de las leyes y de las libertades fundamentales en todo el territorio nacional. Por ello extraña la tardía reacción del garante de la constitucionalidad y del Estado de derecho ante los errores de la reforma penal llevada a cabo por la Asamblea Nacional.

Pese a que a pocas semanas de haberse publicado en *Gaceta Oficial* el texto de la Ley de Reforma Parcial del Código Penal, hecho ocurrido durante el mes de marzo (corregido el mes siguiente), momento en el cual el máximo representante del Ministerio Público manifestó las fallas de aquél, la respuesta oficial de este organismo no se formalizó sino hasta finales del mes de junio.

El comunicado del Ministerio Público dado a conocer durante los primeros meses del año era firme al indicar que la Asamblea Nacional había sido impactada por una “cultura de la emergencia”.²³ Sin embargo, la solicitud de la nulidad por inconsti-

²³ Según información publicada en el diario *El Nacional*, en su edición del jueves 31 de marzo de 2005, cuerpo A, página 6. En la nota de prensa se reseña cómo el fiscal general de la República, Julián Isaías Rodríguez Díaz, lamenta que la Asamblea Nacional haya acogido la tendencia dirigida al “aumento desmedido de la represión” en el momento de reformar el Código Penal, y asevera que “lo que se logra es aumentar la desconfianza en la capacidad del Estado para atender el fenómeno criminal, se menoscaban los derechos humanos y se contribuye con el debilitamiento del Estado como estructura mediadora y pacificadora frente a la conflictividad social”.

tucionalidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, máxima autoridad jurisdiccional encargada del control de la constitucionalidad, no ocurrió sino hasta tres meses después.²⁴

Por su parte, el ente judicial es llamado a ponderar el poder que le otorga el Legislativo al Ejecutivo, en el marco de referencias que comporta el texto constitucional. Este control de la constitucionalidad obliga que los jueces dejen de actuar como “neutrales políticos”²⁵ en materia de política criminal, al fundamentar sus decisiones en estricta atención a los principios establecidos en la Constitución y las Leyes.

Ante la disyuntiva de la vigencia de normas penales de cuya constitucionalidad se duda, cabe preguntarse qué lineamientos han de seguir los fiscales del Ministerio Público en sus actuaciones judiciales, ante la vigencia de un Código Penal sobre el cual pesa una solicitud de nulidad interpuesta por el propio fiscal general, quien paradójicamente a su vez los faculta vía delegación para regir el proceso penal en observancia de un Código Penal considerado inconstitucional.

Ahora bien, toda vez que el garante de la constitucionalidad en Venezuela ha advertido sobre la presunta inconstitucionalidad de la reforma que se discute actualmente en la Asamblea Nacional (en especial referencia al tema de la delincuencia organizada), ¿sería posible esperar un control menos dilatado de la actividad legislativa en este aspecto, que cumpliera con sus deberes constitucionales de manera independiente, en pro del respeto y garantía de los derechos constitucionales?

Notas finales

El proceso cognitivo que nos lleve a enfrentar las manifestaciones de la criminalidad, abriendo un espacio particular para el fenómeno terrorista, ha de ser claro y determinado por el Estado, con el objeto de evitar perder nuestro sistema de libertades.

La acción estatal no ha de estar amparada en la lucha contra un enemigo sin rostro o una guerra que jamás sucederá. Los casos hipotéticos han de dejarse a un lado. A la opinión pública hemos de darle el espacio necesario para formar su propio criterio, en atención al respeto de los derechos fundamentales. Lo contrario sería beneficiar el efecto político perseguido por los criminales, al ser limitados los derechos fundamentales por el Estado. La sociedad moderna ha de aprender a autodefenderse, con un costo que no implique la pérdida de sus valores fundamentales.

²⁴ Información detallada sobre la interposición del recurso intentado por el Ministerio Público puede leerse en la edición del diario *El Universal*, del 30 de junio de 2005, en que se publica el comunicado del fiscal general de la República sobre el tema: http://www.eluniversal.com/2005/06/30/pol_art_30106A.shtml.

²⁵ Peter-Alexis Albrecht: “Die Bedrohung der Dritten Gewalt durch irrationale Sicherheitspolitik”, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (ed.): *Irrwege der Strafgesetzgebung* (pp. 11-25), tomo 69, Fráncfort: Peter Lang Verlag, 1999, p. 25.

Ponderación, sindéresis, diálogo y cautela han de ser el común denominador de toda política legislativa penal, la cual debe contar con el contenido preciso que le permita tener vigencia en el tiempo, para de esta forma brindarle a la población, no sólo en la lucha contra el terrorismo, sino en el más *lato sensu*, la posibilidad cierta de pasar de un derecho penal emergente a un derecho penal permanente, en el cual los principios constitucionales y el respeto a los derechos fundamentales sean la fuente de inspiración de la letra del legislador y de la acción de las instituciones de la justicia, las cuales indefectiblemente han de regirse por criterios de imparcialidad e independencia, valores sin los cuales la transparencia y objetividad requeridas para el respeto de sus acciones sería una falacia.

Lo contrario sería estimular la erosión de las normas sociales de nuestras naciones.²⁶

Bibliografía

- ALBRECHT, Peter-Alexis: “Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik”, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (ed.): *Von unmöglichen Zustand des Strafrechts* (429-443), tomo 50, Fráncfort: Peter Lang, 1995.
- “Die Bedrohung der Dritten Gewalt durch irrationale Sicherheitspolitik”, en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (ed.): *Irrwege der Strafgesetzgebung* (11-25), tomo 69, Fráncfort: Peter Lang, 1999.
- GLÄEBNER, Gert-Joachim: *Sicherheit in Freiheit. Die Schutzfunktion des demokratischen Staates und die Freiheit der Bürger*, Opladen: Leske & Budrich, 2003.
- LAGODNY, Otto: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tubinga: J. C. B. Mohr, 1996.
- NAUCKE, Wolfgang: *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte*, Baden-Baden: Nomos, 2000.
- WEBER, Max: *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tubinga: J. C. B. Mohr, 1972.

Legislación

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 5 453, extraordinario, Caracas, 24.3.2000.

Código Penal. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 5 768, 13.4.2005.

²⁶ Esta frase se la debo al eminente Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Winfried Hassemer, magistrado vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal alemán, con quien tuve la oportunidad de dialogar sobre el tema objeto de este artículo.

- Ley contra la Corrupción. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 5 637, 4.7.2003.
- Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 38 081, 12.7.2004.
- Ley Orgánica del Ministerio Público. *Gaceta Oficial* n.º 5 262, extraordinario, 11.9.1998.
- Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. *Gaceta Oficial* n.º 5 266, extraordinario, 2.10.1998.

Recursos de Internet

- Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, Servicio Autónomo de Información Legislativa: <<http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=687>> (Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal)L; <<http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=559>> (Ley de Reforma del Código Penal).
- BRICEÑO, Gerardo: “La emergencia del derecho penal”, en *Tecnojuris, Podium Jurídico*: <<http://www.tecnojuris.com/modules.php?name=News&file=article&sid=978>> (1/12/2004).
- Diario *El Universal*, <http://www.eluniversal.com/2005/06/30/pol_art_30106A.shtml>, (30.6.2005).
- Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, <<http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasprensa/notasdeprensa.asp?codigo=1649>> (23.11.2004).

Periódicos

- MARCILLA CÓRDOBA, Gema: “Racionalidad de las leyes penales y Estado constitucional”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 52, Madrid, Marzo 2005, pp. 54-62.
- Diario *El Nacional* (Venezuela), edición del 31 de marzo de 2005.

Rolando E. Gialdino (Argentina) *

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus reglamentos

Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Corte) ha venido actualizando, con el correr de los años, las potencialidades que encierran sus atribuciones reglamentarias, para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. A su primer reglamento (1980), inspirado en el de la Corte Europea de Derechos Humanos a la sazón vigente, le siguieron los de 1991 y 1996. Finalmente, en el 2000 la Corte adoptó su cuarto y último texto reglamentario, en vigor desde el 1 de junio del 2001, el cual ha sido objeto de determinadas reformas en el 2003, que comenzaron a regir el 1 de enero del 2004.¹ Caber acotar, en un orden afín de ideas, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante:

* Secretario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). Profesor universitario de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Miembro de la *Société de Legislation Comparée* (París). Representante de la Corte Suprema ante la Comisión de Venecia (Consejo de Europa). <rgialdino@pjn.gov.ar>

¹ El nuevo Reglamento de la Corte (en adelante: NR) fue dictado por ésta mediante resolución del 24 de noviembre de 2000 (*Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2000*, San José, 2001, pp. 611-634). El Reglamento inmediatamente anterior (en adelante: AR) había sido adoptado en septiembre de 1996 y entró en vigor el 1 de enero de 1997 (artículo 66). La reforma del NR mencionada en el texto fue aprobada por la Corte en su LXI período ordinario de sesiones celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003. Citaremos los artículos del NR según la numeración que les dio la citada reforma y, en el caso en que ésta hubiese modificado el contenido de aquéllos, agregaremos a la cita: [2003]. La Corte, mediante una *Resolución sobre disposiciones transitorias*, del 13 de marzo de 2001, decidió que: a) los casos que se encuentren en curso al momento de la entrada en vigor del NR continuarán tramitándose de acuerdo con las normas del AR, hasta tanto culmine la etapa procesal en la que se hallan; y b) que las presuntas víctimas participarán en la etapa que se inicie con posterioridad a la entrada en vigor del NR, de conformidad con el artículo 23 de éste (*El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, t. II, p. 661).

Comisión) también dictó un nuevo reglamento en el 2000, de aplicación a partir del 2001, y que ya hemos examinado en otra oportunidad, a la que remitimos.²

El NR se inscribe, con claridad, en la tendencia hacia el mencionado fortalecimiento del sistema. En buena medida, lo que señalamos respecto del proceso que condujo al nuevo Reglamento de la Comisión, en el trabajo citado, es extensible al NR de la Corte. Numerosos y diversos esfuerzos, iniciativas, reflexiones, estudios, reuniones y seminarios, precedieron al NR, de lo cual dan cuenta los diversos documentos publicados y recordados en los dos tomos de la obra *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*.³

Subrayamos, en tal sentido, y por apuntar sólo al plano de los aportes provenientes de la Organización de los Estados Americanos (en adelante: OEA), la resolución dictada por su Asamblea General, en la sesión del 5 de junio del 2000 (Windsor, Canadá): *Evaluación del funcionamiento del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos para su perfeccionamiento y fortalecimiento*. Este documento recomendó a la Corte que, en el marco de las normas que regulan sus competencias y “de su autonomía reglamentaria establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos en lo que se refiere a los procedimientos seguidos en la tramitación de casos individuales”, considerara la posibilidad de introducir y desarrollar medidas sobre distintos aspectos, que señalaremos en el curso de esta contribución.⁴

Nuestro estudio se centrará en el *locus standi in iudicio* de los individuos (1), los aspectos que atañen al principio de economía procesal (2), los requisitos de la contestación de la demanda (3), la prueba (4) y otros temas procesales (5). Finalmente, será el turno de señalar determinadas omisiones (6) y formular algunas conclusiones (7).

Previo a todo ello, es necesario acotar que el quehacer de la Corte se ve seriamente mortificado por la insuficiencia presupuestaria que padece.⁵ Más aún, la nueva

² Rolando E. Gialdino: “Le nouveau Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l’homme”, en *Revue Trimestrielle de Droits de l’Homme*, n.º 55, Bruselas, 2003, p. 895. La Comisión modificó los artículos 4.1, 12.3 y 69.1 y 2 de su nuevo Reglamento en su 116.º período ordinario de sesiones, celebrado del 7 al 25 de octubre de 2002, lo cual entró en vigor el 1 de enero de 2003.

³ Cit. n. 1.

⁴ AG/RTES. 1701 (XXX-O/00), 5-6-2000, punto resolutivo 7. La citada autonomía surge del artículo 60 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante: Convención); véase asimismo el artículo 25.1 y 3 del Estatuto de la Corte.

⁵ Véase Manuel E. Ventura-Robles: “El compromiso de la comunidad internacional con la protección internacional efectiva de los derechos humanos y las implicaciones financieras del fortalecimiento del sistema interamericano: El caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *El sistema...*, cit. n. 1, t. I, p. 265. Asimismo, Antônio Augusto Cançado Trindade: “El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de los derechos humanos”, en *Revista IIDH*, n.º 37, San José, 2003, esp. pp. 54-62.

impronta que ha puesto el Reglamento de la Comisión de 2000, en cuanto a la regla del sometimiento de casos ante la Corte, da sobre aviso, con evidencia, del próximo y seguro incremento de tareas del tribunal en materia contenciosa. La necesidad de escuchar y tramitar los alegatos de “tres partes” (véase 1), también agregará lo propio. Es menester, en consecuencia, que la OEA y los Estados miembros acompañen los progresos realizados por vía de los nuevos reglamentos de las dos instituciones mencionadas, dotándolas de los medios necesarios para el cabal cumplimiento de funciones tan elevadas como lo son los bienes que deben tutelar.

Nunca debería olvidarse que la Corte, por su naturaleza, está llamada a alumbrar el horizonte de los derechos humanos a escala continental, y que el sistema establecido por la Convención presupone y exige que las normas, actos y prácticas de las autoridades nacionales aseguren los derechos y libertades tal como aquélla los enuncia, pero, también, tal como los interpreta y explica la Corte. De ahí que, desde estas mismas páginas, hayamos sostenido que a la autoridad de “cosa juzgada” que tienen las sentencias de la Corte respecto de las partes en litigio se yuxtapone, en los fallos que trascienden el *cas d'espèce*, la autoridad de la “cosa interpretada”, que se proyecta sobre todos los Estados parte.⁶

No huelga acotar, por lo demás, que dicho inevitable aumento de asuntos torna manifiestamente insuficiente el actual sistema de cuatro períodos ordinarios de sesiones de la Corte. “De no tomarse medidas al respecto —advierte nada menos que uno de los jueces—, se formará una ‘lista de espera’ interminable de casos que esperarán su turno para llegar a etapa de sentencia”.⁷

1. *Locus standi in iudicio* de los individuos

Es sabido que los únicos legitimados para someter un caso a la decisión de la Corte (*jus standi*) son los Estados partes y la Comisión, y que, previo a ello, es necesario que sean agotados los procedimientos ante esta última (Convención, artículo 61.1 y 2).

Empero, la negación a la víctima (o al peticionario) del aludido *jus standi* no implicaba, necesariamente, que ésta se viese privada de toda intervención (*locus standi in iudicio*) en lo que era “su caso”, bien que iniciado por alguno de los legitimados para hacerlo.

⁶ Rolando E. Gialdino: “La producción jurídica de los órganos de control internacional de los derechos humanos como fuente del derecho nacional. Fuentes *universales* y *americanas*”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, t. II, pp. 700-707.

⁷ Antônio Augusto Cançado Trindade: “Hacia la consolidación de la capacidad jurídica internacional de los peticionarios en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Revista IIDH*, n.º 37, San José, 2003, p. 44.

Con tal orientación, los primeros pasos tendentes a la participación de la víctima o de sus representantes en el proceso ante la Corte, “moderados, quizás tímidos, pero inequívocos”, fueron dados por el segundo Reglamento de ésta (1991).⁸ Por un lado, autorizó a los delegados de la Comisión a hacerse asistir por “cualesquiera personas de su elección” (artículo 22.1); y, si la designación recaía en abogados representantes designados por el denunciante individual, la presunta víctima o los familiares de ésta, ello debía ser comunicado a la Corte (artículo 22.2). Por el otro, previó la intervención autónoma de las personas mentadas en el artículo 22.2 cit., a fin de que “presenten alegatos en relación con la aplicación del artículo 63.1 de la Convención”, aun cuando la posibilidad quedaba librada a la discreción de la Corte —“La Corte podrá invitar...” (artículo 44.2)—. Finalmente, dichas personas debían ser oídas en los supuestos en que se planteara un desistimiento o una solución amistosa (artículo 43.1 y 2). Así, aunque de manera estrecha, se abrieron las puertas para la intervención de las víctimas en la etapa de “reparaciones”, y en los dos aludidos incidentes. Por cierto, esto era el resultado de algunas prácticas precedentes de la Comisión, aceptadas por la Corte, y de otras que adicionó esta última. En *Godínez Cruz*, de enero de 1989, por ejemplo, el tribunal dio oportunidad a los familiares de presentar sus argumentos sobre reparaciones en forma independiente de la Comisión: por primera vez, los abogados de las familias pudieron dirigirse en forma directa a la Corte, sin necesidad de obtener el permiso previo de la Comisión.⁹

Años más tarde, se produjo lo que, para A. A. Cançado Trindade, constituyó un verdadero “divisor de aguas”: en la audiencia pública celebrada por la Corte el 27 de enero de 1996, en el caso *El Amparo (Reparaciones)*, uno de los jueces, al manifestar expresamente su entendimiento de que al menos en dicha etapa del proceso no podía haber dudas de que los representantes de las víctimas eran “la verdadera parte demandante”, en un determinado momento del interrogatorio pasó a dirigir preguntas a aquéllos, los representantes de las víctimas (y no a los delegados de la Comisión o a los agentes del Gobierno), quienes presentaron sus respuestas. Poco después de esta memorable audiencia, los representantes de las víctimas presentaron dos escritos a la Corte.¹⁰

⁸ Pedro Nikken: “Perfeccionar el sistema interamericano de derechos humanos sin reformar al Pacto de San José”, en Juan E. Méndez y Francisco Cox (eds.): *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José: IIDH, 1998, p. 36.

⁹ Juan E. Méndez: “La participación de la víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José: Nieto Navia, 1994, pp. 324-326, que señala otros antecedentes del Reglamento de la Corte de 1991.

¹⁰ Antônio Augusto Cançado Trindade (relator; presidente de la Corte): “Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección”, en *El sistema...*, cit. n. 1, t. II, pp. 22-23.

Estos antecedentes, entre otros, abonaron el suelo del que brotaría el Reglamento de la Corte de 1996, que entró en vigencia el 1 de enero del año siguiente: “En la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma” (artículo 23).¹¹ Además, la Corte podía autorizar la intervención en los debates del denunciante original o los representantes de las víctimas o sus familiares que asistieran a la Comisión, a “propuesta” de ésta (artículo 22.2).

Empero, fuera de la etapa de reparaciones y las incidencias relativas a los desistimientos y arreglos amistosos, la actividad procesal del representante de la víctima era indirecta y subordinada a la Comisión. Por ende, subsistía una incompatibilidad con el principio de igualdad de armas derivado del debido proceso (Convención, artículo 8), y quedaba sin resolver la *unsatisfactory ambiguity* del rol de la Comisión ante la Corte, al modo de lo que ocurría en el sistema europeo con anterioridad a la reforma del Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante: Corte Europea), en 1982,¹² pues la Comisión, “naturalmente”, podía tener puntos de vista diferentes de los de los representantes de la víctima.¹³

Es así que, sobre la base de diversos antecedentes provenientes de variados frentes, la Asamblea General de la OEA, en la ya citada resolución de junio de 2000, recomendó a la Corte que considerara la posibilidad de: “Permitir la participación directa de la víctima, en calidad de parte, en los procedimientos seguidos, a partir del momento que el caso es sometido a su competencia, teniendo en cuenta la necesidad tanto de preservar el equilibrio procesal, como de redefinir el papel de la CIDH en dichos procedimientos (*locus standi*)” (punto resolutivo 7.a).

Llegamos, de esta manera, a la novedad más trascendental del NR, esto es, su artículo 23.1: “Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas,¹⁴ sus familiares¹⁵ o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes,

¹¹ “La nueva decisión reglamentaria se produjo con una forma un tanto oblicua, porque se refirió a los representantes de las víctimas en vez de hacerlo a ésta...” (Sergio García Ramírez, “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *El sistema...*, cit. n. 1, t. I, p. 137).

¹² Paul Mahoney y Sren Prebensen: “The European Court of Human Rights”, en R. St. J. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.): *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht-Boston-Londres: M. Nijhoff, 1993, pp. 630-631.

¹³ Véase Fabián Omar Salvioli: “Derechos, acceso y rol de las víctimas”, en *El futuro...*, cit. n. 8, p. 328 ss.

¹⁴ Esto es, la persona de la cual “se alega” que han sido violados los derechos protegidos en la Convención (NR, artículo 2.30). Víctima, por lo contrario, significa la persona cuyos derechos “han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por la Corte” (ídem, artículo 2.31). Para el AR, *víctima* tenía el significado que el NR concede a la *presunta víctima* (artículo 2.y).

¹⁵ *Familiares* significa los “familiares inmediatos, es decir, ascendientes y descendientes en línea directa, hermanos, cónyuges o compañeros permanentes, o aquellos determinados por la Corte en su caso” (NR, artículo 2.15).

argumentos y pruebas en forma *autónoma* durante *todo* el proceso” (las *itálicas* son nuestras).¹⁶

De tal suerte, a partir de que le sea notificada la demanda, la presunta víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados dispondrán de un plazo impro-rogable de dos meses para presentar “autónomamente” a la Corte “sus solicitudes, argumentos y pruebas” (NR, artículo 36 [2003]; asimismo: artículo 44.4). Los nombrados también podrán: presentar alegatos sobre las excepciones preliminares y ofrecer prueba al respecto (artículos 37.4 y 44.4); solicitar medidas provisionales (artículo 25.1; asimismo: artículo 25.3 y 6 [2003]);¹⁷ hacer uso de la palabra en las audiencias, para lo cual se observará lo estipulado en el artículo 23 (*ídem*, artículo 41.2); interrogar a los testigos, peritos y toda otra persona que la Corte decida oír (*ídem*, artículo 42.2)... A fin de guardar correspondencia con este nuevo *locus standi in iudicio*, los nombrados han sido incluidos en diversas normas: artículo 43.1.d (el acta de la audiencia contendrá sus declaraciones); 43.3 [2003] (recibirán copia de la “grabación” de la audiencia pública); 53.2 [2003] (sobre el allanamiento del demandado)... En breve, tal como reza el artículo 2.23, la expresión “partes en el caso” significa “la víctima o la presunta víctima”, además del Estado, y “sólo procesalmente, la Comisión”.¹⁸

Con este hito, “queda en fin aclarado que las verdaderas partes en un caso contencioso ante la Corte son los individuos demandantes y el Estado demandado, y, sólo procesalmente, la CIDH”. De tal manera, en el proceso podrán “existir, o coexistir, tres posturas distintas: la de la presunta víctima (o sus familiares o representantes legales), como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos; la de la CIDH, como órgano de supervisión de la Convención, y auxiliar de la Corte; y la del Estado demandado”. Claro está que los “alegatos, en forma autónoma, de las presuntas víctimas (o sus representantes o familiares) deben naturalmente formularse ateniéndose a los términos de la demanda (es decir, a los derechos que se alega en la demanda haber sido violados)”.¹⁹ La reforma, en suma, ha instrumentado la esperada liberación de las “capacidades creativas” tanto de la Comisión como de los representantes de las víctimas, permitiéndose a uno y otros contribuir más eficazmente con la labor de la Corte.²⁰

¹⁶ Y agrega: “2. De existir pluralidad de presuntas víctimas, familiares o representantes debidamente acreditados, deberán designar un interviniente común que será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas. 3. En caso de eventual desacuerdo, la Corte resolverá lo conducente”.

¹⁷ Lo cual registraba antecedentes bajo el AR (véase Caçado Trindade: “Bases...”, cit. n. 10, p. 43).

¹⁸ La reforma de 2003 introdujo la al. 3 al artículo 33 del NR, por la cual la Comisión será la representante procesal de las presuntas víctimas y sus familiares, a fin de evitar su indefensión, si en el escrito de demanda no se señalara el nombre y dirección de los representantes de aquéllas.

¹⁹ Caçado Trindade: “Bases...”, cit. n. 10, pp. 29-30 y nota 31.

²⁰ Véase Méndez: cit. n. 9, pp. 329-330.

1. Economía procesal

El NR ha dado algunos pasos en aras de acelerar el curso del proceso. Así, el plazo de “cuatro meses” del que gozaba el Estado demandado para contestar (por escrito) la demanda, siguientes a la notificación de ésta (AR, artículo 37), fue reducido a “dos meses” (NR, anterior artículo 37.1). Sin embargo, la reforma de 2003 volvió al plazo de cuatro meses, aunque con carácter “improrrogable” (artículo 38.1). Dentro del mismo plazo improrrogable, añade esta reforma, el demandado deberá presentar sus observaciones al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.

En cuanto a dicha contestación, se agrega otra modificación, al margen de la que trataremos en el punto siguiente: las excepciones preliminares sólo podrán ser opuestas en el aludido escrito de responde (NR, artículo 37.1), mientras que bajo el AR debían ser formuladas dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la demanda (artículo 36.1). Se trata, en definitiva, de una aplicación del principio de concentración procesal, tributario de la citada economía.

El carácter no necesario de la celebración de una audiencia especial para las excepciones preliminares se ha visto acentuado. Anteriormente, estos actos tenían lugar si la Corte lo consideraba “pertinente” (AR, artículo 36.6); ahora, cuando aquélla lo considere “indispensable” (artículo 37.5). Celebrada, en su caso, la audiencia, la Corte decidirá sobre las mentadas excepciones, agrega esta última norma, reiterando con ello a la primeramente citada.

Empero, el NR advierte que la Corte podrá resolver en “una sola sentencia” las excepciones preliminares y el fondo del caso, “en función del principio de economía procesal” (artículo 37.6). El AR no registraba una norma semejante. A su turno, el Reglamento de 1991 expresaba que la Corte, después de haber celebrado, si lo consideraba pertinente, una audiencia, “decidirá sobre las excepciones preliminares u ordenará que sean resueltas junto con la cuestión de fondo” (artículo 31.6). Cabe preguntarse, por ende: el nuevo artículo 37.6, al puntualizar las razones de la aludida reserva, ¿es de alcances menores que el artículo 31.6 del Reglamento de 1991?²¹ Desde otra perspectiva: ¿comprenderá todas las hipótesis con base en las cuales, en algunas oportunidades, la Corte reservó el pronunciamiento sobre una excepción preliminar relativa al no agotamiento de los recursos internos, para ser tratada con la cuestión de fondo? Los llamados casos *hondureños* parecerían haber atendido a otras cuestiones que la sola economía procesal.²² La doctrina, en todo caso, preveía un abanico de supuestos más abierto.²³

²¹ En su comentario al citado artículo 31.6, Juan Carlos Hitters expresa que la Corte goza de la potestad de resolver inmediatamente el incidente sobre excepciones preliminares, o diferirlo para la sentencia final, “según lo crea conveniente” (*Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires: Ediar, 1993, t. II, p. 491).

²² *Velásquez Rodríguez*, *Excepciones preliminares*, sentencia del 26-6-1987, Serie C, n.º 1, párr. 95; *Fairén Garbí y Solís Corrales*, *Excepciones preliminares*, ídem, Serie C, n.º 2, párr. 94; y *Godínez Cruz*, *Excepciones preliminares*, ídem, Serie C, n.º 3, párr. 97.

No obstante el silencio del NR, parece indudable que la aplicación de su artículo 37.6 dará lugar a un expreso y motivado pronunciamiento de la Corte. La decisión de reservar una excepción preliminar para ser tratada con el fondo del asunto, dado su “carácter excepcional, siempre debería estar fundada en sólidos argumentos jurídicos”.²⁴

3. Requisitos de la contestación de la demanda. Efectos

Los requisitos de la contestación de la demanda nunca fueron establecidos en los reglamentos de la Corte.

Por lo contrario, el NR, aunque parcialmente, ha prestado atención a este tema. En efecto, según su artículo 38.2, el demandado, en la mentada contestación, “deberá declarar [...] si acepta los hechos y las pretensiones o si los contradice, y la Corte podrá considerar aceptados aquellos hechos que no hayan sido expresamente negados y las pretensiones que no hayan sido expresamente controvertidas”. Análogos efectos se seguirían, cabe entenderlo, de la falta de contestación. Por lo demás, tal como ya lo enunciaba el AR (artículo 27.2), cuando una parte se apersona tardíamente, tomará el procedimiento en el estado en que se encuentre (NR, artículo 27.2).²⁵

No puede hablarse de una verdadera innovación si se atiende a que ya la jurisprudencia había puntualizado que la incomparecencia del demandado, la ausencia de negativa, o el responde evasivo, de los *hechos* relatados en la demanda, como de los *documentos* anexados, produce efectos jurídicos, y tal actitud es factible de ser interpretada a favor de la contraria y en desmedro de quien actúa de ese modo.²⁶ Con todo, se trata ahora de una inserción en el plano del Reglamento, y que junto con los “hechos” ha incluido las “pretensiones”.

En tal sentido, es oportuno observar que el NR ha dado más precisión al contenido del escrito de demanda, que expresará: “las pretensiones (incluidas las referidas a la reparaciones y costas); [...] la exposición de los hechos [...]” (artículo 33.1).

Sí quizás resulte criticable que el nuevo artículo 38.2 haya omitido toda pauta, siquiera orientativa, de las circunstancias bajo las cuales la Corte juzgará producida o no la indicada aceptación, máxime cuando todo indica que la falta de negación expresa de hechos y pretensiones no produce efectos automáticos de aceptación (“la Corte podrá...”). Con sus más y sus menos, la Corte había expresado en *Velásquez Rodríguez*: “el silencio del demandado o su contestación elusiva o ambigua pueden inter-

²³ Véase Ana María Reina: “Las excepciones preliminares en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *La Corte y el sistema...*, cit. n. 9, p. 430.

²⁴ *Genie Lacayo*, resolución del 18-5-1995, voto disidente del juez A. A. Cançado Trindade, *International Human Rights Reports*, vol. 3, n.º 2, 1996, pp. 397, 403, párr. 13.

²⁵ El NR también reitera que, cuando una parte no compareciere o se abstuviere de actuar, la Corte, de oficio, impulsará el procedimiento hasta su finalización (artículo 27.1).

²⁶ J. C. Hitters, cit. n. 21, t. II, p. 486.

pretarse como aceptación de los hechos de la demanda, *por lo menos mientras lo contrario no aparezca de los autos o no resulte de la convicción judicial*".²⁷

4. Prueba

Es sabido que uno de los puntos que ha venido levantando, desde hace tiempo, crespos ríos de tinta es el llamado "doble empleo", expresión por la cual se intenta significar, críticamente, la superposición de actividades de la Comisión y de la Corte. Dos son las áreas problemáticas: la producción y evaluación de la prueba y el examen de las condiciones de admisibilidad de las peticiones.

Al respecto, la ya citada Resolución de la Asamblea General de la OEA, del 5 de junio de 2000, recomendó a la Corte que considerara la posibilidad de "desarrollar disposiciones reglamentarias que prevengan la duplicación de procedimientos, en los casos sometidos a su conocimiento, en particular la producción de la prueba, teniendo en cuenta las diferencias de naturaleza entre la Corte y la Comisión" (punto resolutivo 7.b).

Y bien, a uno de los temas aludidos dos párrafos antes atiende el NR, por intermedio del artículo 44.2: "Las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetir las".

Aun cuando la primera parte de la norma transcrita no aporta mayores novedades, desde el momento en que la práctica previa de la Comisión consistía en adjuntar a la demanda las pruebas que consideraba relevantes y que habían sido rendidas ante aquélla, sí lo hace el pasaje final. En efecto, al mencionar la posibilidad de que la Corte ordene la repetición de pruebas, "podría interpretarse, *a contrario sensu*, como estableciendo que en todos los demás casos dicha prueba tendría validez".²⁸

En este orden de ideas, A. A. Cançado Trindade advierte que nos hallamos ante una innovación por la que se pretende evitar "la repetición de actos procesales" con miras a aligerar el proceso y economizar gastos.²⁹ Al respecto, S. Albanese señala que, cuando tuviere lugar la repetición, se deberá fundamentar suficientemente, atento la pérdida de tiempo que ello entraña.³⁰

²⁷ Sentencia del 29-7-1988, Serie C, n.º 4, párr. 138 (la itálica es nuestra). El artículo 39 del nuevo Reglamento de la Comisión (2000) dispone: "Se presumirán verdaderos los hechos alegados en la petición cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Estado en cuestión, si éste no suministra información relevante para controvertirlos dentro del plazo fijado por la Comisión..., *siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria*" (la itálica es nuestra).

²⁸ Felipe González, Gastón Chillier y Maria do Carmo Cruz: *Derechos humanos y la Organización de Estados Americanos 2000-2001*, International Human Rights Law Group, p. 11; aunque agregan: "Habrà que esperar la práctica ulterior de la Corte para determinar el status de este tema" (ibídem).

²⁹ Cançado Trindade: "Bases...", cit. n. 10, p. 28.

³⁰ Susana Albanese: "Evaluación y fortalecimiento del Sistema Americano de Derechos Humanos", en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, n.º 4, Buenos Aires, 2001, p. 25.

Ahora bien, una forma de lograr la complementariedad y coordinación de ambos órganos es evitar la duplicación de procedimientos. La Comisión, entonces, debería “ser básicamente el órgano encargado de establecer los hechos, la prueba y adoptar una primera decisión; así la Corte evitaría actuar de nuevo en la práctica de pruebas para determinar los hechos, y se limitaría a revisar la decisión de la Comisión como tribunal de casación”.³¹

Esto último hace ver que, en rigor, la temática en juego encierra, al menos, dos cuestiones. Por un lado, la de la *validez* de la prueba; por el otro, la de la *apreciación* de ésta. El citado artículo 44.2 responde, con evidencia, a la primera. Mas, ¿lo hace también respecto de la segunda? Compartir una prueba (al no repetirla) es sustancialmente distinto de compartir su evaluación. La respuesta al interrogante ensayado resulta, entonces, de signo negativo.

Luego, entendemos que el NR debió haber avanzado sobre la evaluación de la prueba, en el sentido de que la Corte debería atenerse a la seguida por la Comisión, salvo supuestos de excepción, susceptibles de ser inscriptos, verbigracia, en el ámbito de la arbitrariedad (apreciación carente de todo fundamento; omisión de prueba conducente y oportunamente ofrecida...). El secretario general de la OEA, en un documento ya de 1996: *Hacia una nueva visión del sistema interamericano de derechos humanos*, había indicado: “La Corte podría considerar que la comprobación de los hechos por la CIDH tiene carácter dispositivo y no sería objeto de nuevo debate. Otra alternativa sería seguir la práctica de otros tribunales internacionales y considerar que la labor de determinación de los hechos por parte de la CIDH goza del privilegio de una presunción rebatible ante la Corte, y que sólo se podrán debatir los hechos nuevos o aquellos que modificaran conclusiones previas [...]”.³²

No habían faltado otras voces en sentido análogo. T. Buergenthal y D. Cassell propusieron que la Corte adoptara una presunción susceptible de prueba en contrario (*rebuttable presumption*) a favor de la comprobación de los hechos realizada por la Comisión, supuesto que ambas partes hayan tenido la debida oportunidad de presentar su prueba y argumentos ante ésta, y dichas comprobaciones estuviesen fundadas razonablemente. Esta presunción, si bien no absoluta, descartaría un procedimiento probatorio *ex novo* ante la Corte, “*except when there is good reason to doubt the reliability of the Commission’s findings*”.³³ Tampoco estuvieron ausentes los apo-

³¹ “Seminario sobre ‘El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos’. 2 al 4 de diciembre de 1996. Conclusiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *El futuro...*, cit. n. 8, p. 77.

³² Véase F. O. Salvioli, cit. n. 13, p. 326, que comparte el criterio del citado secretario general.

³³ Véase Thomas Buergenthal y Douglass Cassell: “The Future of the Inter-American Human Rights System”, en *El futuro...*, cit. n. 8, p. 566.

yos dirigidos a que las aludidas conclusiones de la Comisión hicieran *res judicata* o se beneficiaran de una presunción *juris et de jure*.³⁴

La Convención contiene varias indicaciones que dan sustento al punto de vista de que todo lo relativo a la investigación de los hechos (*fact-finding*) debe ser confiado a la Comisión (artículos 48, 50 y 61), a fin de permitir que la Corte se consagre a los temas de derecho. Esta última no es un tribunal de apelaciones de las decisiones de la Comisión, y las funciones de los dos órganos de control bajo la Convención son mejor vistas en términos de complementariedad que en el de superposición.³⁵

No es de pasar por alto que, aun cuando la Corte Europea no se consideraba vinculada por las comprobaciones hechas por la (ex) Comisión Europea de Derechos Humanos, lo cierto es que, según se encargaba de expresarlo, sólo usaba sus propios poderes en la materia “en circunstancias excepcionales”,³⁶ mostrando un criterio más reservado que el de su hermana interamericana.³⁷

Por otro lado, a nuestro juicio, el NR debió haber dispuesto la inadmisibilidad de las pruebas sólo ofrecidas en sede judicial pero que pudieron haberlo sido ante la Comisión, salvedad hecha de situaciones excepcionales, para lo cual podrían haberse seguido criterios análogos a los hoy enunciados en el artículo 44.3 del NR (impedimento grave o hechos supervinientes).

Asimismo, en materia de ofrecimiento de prueba, habría resultado conveniente que el NR indicara que en el supuesto excepcional en que ello se produjese fuera de las oportunidades regularmente previstas (NR, artículo 44.3), la presentación se viese acompañada de la debida fundamentación, máxime ante la jurisprudencia excesivamente laxa que da cuenta el precedente *Cesti Hurtado*, en el cual, no obstante predicarse dicha excepcionalidad, igualmente la Corte examinó el planteo a pesar de que el Estado no “hizo manifestación alguna sobre las razones que motivaron la extemporánea presentación”.³⁸

³⁴ Michael Reisman y Janet Koven Levit: “Fact-finding Initiatives for the Inter-American Court of Human Rights”, en *La Corte y el sistema...*, cit. n. 9, pp. 448 y 455.

³⁵ Antônio Augusto Cançado Trindade: “The Operation of the Inter-American Court of Human Rights”, en D. Harris y S. Livingstone (eds.): *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford: Clarendon, 1998, pp. 148-149.

³⁶ Sentencias del 16-9-1996, *Akdivar et autres c. Turquie*, Recueil 1996-IV, párr. 78; 18-12-1996; *Aksoy c. Turquie*, ídem 1996-VI, párr. 38; y 13-6-2000, *Timurtas c. Turquie*, 1.ª Sección, párr. 64, entre otras.

³⁷ Jérôme Benzmira-Hazan: “Disparitions forcées des personnes et protection du droit à l’intégrité: la méthodologie de la Cour interamericaine des droits de l’homme”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n.º 47, Bruselas, 2001, p. 778.

³⁸ Sentencia del 29-9-1999, Serie C, n.º 56, párrs. 46-53.

5. Otros aspectos

El AR expresaba que la Corte podía, en cualquier estado de la causa, ordenar la acumulación de casos “conectados entre sí” (artículo 28.1); esta fórmula ha sido ahora completada por el siguiente pasaje: “cuando haya identidad de partes, objeto y base normativa” (NR, artículo 28.1).³⁹

Por otro lado, el NR ha recibido la práctica ya llevada a cabo por la Corte, en el sentido de poder convocar a las partes a una audiencia pública en materia de medidas provisionales (artículo 25.7).

Tendiente a la simplificación del proceso, el nuevo texto exige que, ya en el escrito de demanda, se expresen las “pretensiones”, incluidas las referentes a las “reparaciones y costas” (artículo 33.1), al tiempo que dispone que la sentencia deberá contener el pronunciamiento sobre dichos aspectos, si procede (artículo 56.1.h).⁴⁰ Pero subsiste la posibilidad de que en la sentencia de fondo no sea decidido el tema de las reparaciones, hipótesis en la que la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento (AR, artículo 56.1; NR, artículo 57.1).

Sin pretensiones de ser exhaustivos, también apuntamos los siguientes cambios o precisiones:

- a. el “agente alterno” es la persona designada por un Estado para asistir al agente en el ejercicio de sus funciones y suplirlo “en sus ausencias temporales” (artículos 2.2 y 21.3);
- b. el período para el que son elegidos el presidente y el vicepresidente de la Corte comienza el primer día de la “primera sesión del año correspondiente” (artículo 3.1);
- c. se especifica la modalidad para elegir al secretario (artículo 7.2) y se prevé que éste podrá designar a un abogado de la Secretaría como encargado de ésta, en el caso de ausencia temporal del secretario y el secretario adjunto de la sede de la Corte (artículo 8.3 [2003]);
- d. se ha abierto la alternativa, para el secretario, el secretario adjunto y el personal de la Secretaría, de prestar juramento “o” declaración solemne (artículo 9.1 y 2);
- e. se han abandonado las expresiones “votos salvados” (AR, artículo 14.4), “razonados” (ídem, artículo 30.1.a) y “disidentes o razonados” (ídem, artículos 55.2, 57.4 y 64.3), por la de “votos razonados, disidentes o concurrentes” (NR, artículos 14.4; 30.1.a, 56.2, 58.4 y 65.3);
- f. se señalan los idiomas oficiales de la OEA, “es decir, el español, el inglés, el portugués y el francés” (artículo 20.1);

³⁹ Asimismo, en lugar de “conectados”, la expresión actual es “conexos”.

⁴⁰ La decisión sobre costas también ha sido incluida en materia de allanamiento (NR, artículo 53.2).

- g. los intérpretes prestarán juramento o declaración solemne sobre el fiel cumplimiento de sus deberes y la reserva que deben guardar (artículo 20.4);⁴¹
- h. se prevé la comunicación de diversos actos procesales al Consejo Permanente de la OEA a través de su presidente (artículos 35.2 —demanda—, y 63.1 —recepción de una solicitud de opinión consultiva—);
- i. no serán admitidas en los interrogatorios durante los debates las preguntas que “induzcan” las respuestas (artículo 42.3). Asimismo:
- j. ante la incomparecencia o negativa a declarar (sin motivo legítimo), o violación del juramento o declaración solemne, de las personas requeridas por la Corte, ésta ya no solicitará a los Estados que apliquen las sanciones previstas en sus legislaciones, sino que los “pondrá en conocimiento” del caso “para los fines previstos en la legislación nacional correspondiente” (artículo 52);
- k. la Secretaría “grabará” las audiencias y anexará una copia de la grabación al expediente (artículo 43.2 [2003]);⁴²
- l. la Corte comisionará a uno o varios de sus miembros para que realicen cualquier medida de instrucción “incluyendo audiencias de recepción de prueba, ya sea en la sede de la Corte o fuera de ésta” (artículo 45.4 [2003]);
- m. la parte que ofrezca un testigo o perito se encargará de su comparecencia ante la Corte (artículo 47.2 [2003]);
- n. la Corte podrá requerir que determinados testigos y peritos ofrecidos por las partes presten sus testimonios o peritajes a través de declaración rendida ante fedatario público (affidávit), de la cual se dará traslado a las partes para que presenten sus observaciones (artículo 47.3 [2003]);
- ñ. el escrito original de demanda, contestación de la demanda, solicitudes, argumentos y pruebas, contestación de excepciones preliminares, así como los anexos respectivos de éstos, deberán ser acompañados con tres copias idénticas a la original (artículo 26.2 [2003])...⁴³

Por otro lado, si la Corte fuese informada de que las partes han llegado a un acuerdo respecto del cumplimiento de la sentencia sobre el fondo, aquélla verificará

⁴¹ En cuanto a testigos y peritos, el NR no reitera las fórmulas de juramento o declaración contenidas en el AR (artículo 47.1 y 2), aunque mantiene la sustancia de estos compromisos (v. artículo 48.1 y 2). Al citar al testigo y al perito, la Corte indicará el objeto del testimonio o peritaje (NR, artículo 47.2 [2003]).

⁴² Los agentes, delegados, las víctimas o las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados recibirán copia de la grabación al término de la audiencia pública o dentro de los 15 días siguientes (NR, artículo 43.2 [2003]).

⁴³ Cuando la demanda, su contestación, el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y los demás escritos hubiesen sido enviados por medios electrónicos, los documentos originales, así como la prueba que los acompañe, deberán ser remitidos a la Corte, a más tardar, en el plazo de siete días (NR, artículo 26.1 [2003]).

que dicho acuerdo sea “conforme con la Convención” (NR, artículo 57.2), mientras que, según el AR, debía verificar que fuese “justo” (artículo 56.2).

6. Omisiones

En el curso del presente trabajo, hemos puntualizado algunas materias que, a nuestro juicio, debieron ser encaradas por el NR. Cuadra, entonces, agregar otras omisiones o “asignaturas pendientes”.

En cuanto al *doble empleo*, resulta claro que la Corte no ha querido ir más allá de lo que se sigue de la falta de cuestionamiento expreso de los hechos en la contestación de la demanda, y de la incorporación de la prueba rendida ante la Comisión (NR, artículos 38.2 y 43.2), ya comentadas.

A nuestro juicio, nada impedía —salvo el criterio de la propia Corte—⁴⁴ haber consagrado que la etapa de admisibilidad de una petición se agota ante la Comisión, de manera que no fuese posible volver, en sede jurisdiccional, sobre lo ya decidido por aquélla en la materia. Ello era recomendable por razones de economía procesal, y el aseguramiento de la igualdad de las partes ante el sistema, contra la que atenta el hecho de que la postura indicada sólo beneficia a los Estados desde el momento en que la declaración de inadmisibilidad que pronuncia la Comisión es insusceptible de ser impugnada por el peticionario.⁴⁵ Jurisprudencia, además, que no deja de registrar opiniones en sentido opuesto, como la del juez A. A. Cançado Trindade.⁴⁶

No debería olvidarse, además, la crítica de la que fue blanco la Corte Europea anterior a la reforma de 1998 (Protocolo 11),⁴⁷ por seguir el lineamiento que combati-

⁴⁴ Verbigracia, *Velásquez Rodríguez, Excepciones preliminares; Fairén Garbi y Solís Corrales, Excepciones preliminares; Godínez Cruz, Excepciones preliminares*, cits. n. 22, párrs. 29, 34 y 32, respectivamente.

⁴⁵ Véase Mónica Pinto: “La relación entre los órganos del sistema”, en *El futuro...*, cit. n. 8, p. 179.

⁴⁶ Véase su voto razonado en el caso *Gangaram Panday, Excepciones preliminares*, sentencia del 4-12-1991, Serie C, n.º 12, pp. 17-23, aun cuando el discurso se encuentra sumamente vinculado con la revisión por la Corte del requisito de agotamiento de los recursos internos. Empero, el voto razonado que el mencionado juez dictó en *Castillo Páez, Excepciones preliminares*, parecería abarcar los requisitos de admisibilidad en general (sentencia del 30-1-1996, Serie C n.º 24, esp. párrs. 7-10). En igual sentido, su voto razonado en *Loayza Tamayo, Excepciones preliminares*, sentencia del 31-1-1996, Serie C, n.º 25, esp. párrs. 7-10; y su artículo “A Regra do Esgotamento dos Recursos Internos Revisitada: Desenvolvimentos Jurisprudenciais Recentes no Âmbito da Proteção Internacional dos Direitos Humanos”, en *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio*, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos-Unión Europea, 1998, vol. I, pp. 32-33.

⁴⁷ Sobre el citado Protocolo, que modificó sustancialmente el régimen procesal del sistema europeo, véase Rolando E. Gialdino: “La nueva Corte Europea de Derechos Humanos. El Protocolo 11”, en *El Derecho*, Buenos Aires, 2000, t. 185, y “La nueva Corte Europea de Derechos Humanos. El Protocolo 11”, en *Investigaciones 1*, Buenos Aires, 1999.

mos respecto de su hermana interamericana.⁴⁸ Crítica presente, incluso, en el seno del propio tribunal. La opinión del juez S. K. Martens, en tal sentido, es particularmente sólida, amén de trasladable al ámbito de la Convención Americana.⁴⁹ Más aún: la doctrina de la Corte Europea objeto de censura había visto la luz sólo por mayoría: *De Wilde, Ooms et Versyp* (“*Vagabondage*”). La cuestión de admisibilidad o inadmisibilidad, para los cuatro jueces disidentes, era materia de la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos.⁵⁰

Será cuestión de esperar que, al igual que la ex Comisión Europea, la Comisión Americana (cuando no el peticionario) invite a la Corte a modificar su jurisprudencia y, eso sí, tenga mejor fortuna que la primera.⁵¹

Mínimamente, el NR debió haber dispuesto, como regla, la preclusión de todo cuestionamiento sobre la observancia de los requisitos de inadmisibilidad de la petición que no hubiera sido interpuesto debida y oportunamente ante la Comisión,⁵² o que,

⁴⁸ Véase, por ejemplo, Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l’homme*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille-Economica, 1989, p. 178; Etienne Picard, “Article 26”, en L.-E. Pettiti, E. Decaux y P.-H. Imbert (dirs.): *La Convention européenne des droits de l’homme*, Economica, París, 1995, pp. 615-618; P. van Dijk; G. J. H. van Hoff y otros: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, La Haya-Londres-Boston: Kluwer Law, 3.^a ed., 1998, pp. 208-213, y Jean-François Flauss: “La condition de l’épuisement des griefs au sens de l’article 26 CEDH: les enseignements de l’arrêt Cardot”, en *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, 1991, vol. 3, n.º 12, p. 529.

⁴⁹ Véase *Brozicek*, sentencia del 19-12-1989, Serie A, n.º 167, pp. 23-28; también *Cardot c. France*, sentencia del 19-3-1991, Serie A n.º 200, p. 22, y *Oberschlick c. Autriche*, sentencia del 23-5-1991, Serie A, n.º 204, p. 35, en las que se sumó, como disidente, el juez J. M. Morenilla (pp. 23 y 36, respectivamente). Asimismo: *B. c. France*, sentencia del 25-3-1992, Serie A, n.º 232, pp. 58 y 77.

⁵⁰ Sentencia del 18-6-1971, Serie A, n.º 12, con disidencia de los jueces A. N. C. Ross y S. Sigurjónsson, S. Bilge, y T. Wold (pp. 49-51, 52-54 y 55-58, respectivamente).

⁵¹ Véase, por ejemplo, *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, sentencia del 26-6-1992, Serie A n.º 240, párr. 100. Acotamos, como digresión, que el doble empleo en materia de admisibilidad parece haber reaparecido en el ámbito europeo bajo el Protocolo 11 —no obstante la finalidad de suprimirlo indicada en el *Rapport explicatif* (párr. 24)—, por vía de la sentencia de la Gran Sala *K. et T. c. Finlande*, del 12-7-2001, e incluso con cierta amplitud si se atiende al *obiter dictum* de su párr. 145.

⁵² La regla enunciada ha tenido aplicación jurisprudencial en materia de excepciones basadas en el no agotamiento de los recursos locales (*Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Excepciones preliminares*, sentencia del 1-2-2000, Serie C, n.º 66, párrs. 52-56, y sus citas), y en la inobservancia del plazo de seis meses, aunque en este supuesto de una manera algo subsidiaria (*Durand y Ugarte, Excepciones preliminares*, sentencia del 28-5-1999, Serie C, n.º 50, párr. 58). La clara distinción entre la etapa de admisibilidad y de fondo introducida en el nuevo Reglamento de la Comisión (2000) favorece la tesis que sostenemos, al paso que da respuesta a la sugerencia expresada por el juez *ad hoc* A. Montiel Argüello en su voto concurrente en la sentencia primeramente citada (pp. 25-26), pues precisa la oportunidad en que pueden ser introducidas y resueltas las cuestiones de admisibilidad. “*Est forclos à faire valoir une exception l’État qui l’a présentée à la Commission après la décision de recevabilité alors que rien ne l’empêchait de le faire avant celle-ci*” (Jacques Velu, y Rusen Ergeç: *La Convention européenne des droits de l’homme*, Bruselas: Bruylant, 1990, p. 1000, con cita de: Corte Europea, *Corigliano*, sentencia del 10-12-1982, Serie A, n.º 57, párrs. 25-27).

habiéndolo sido, se sustentara en pruebas, circunstancias o argumentos no invocados frente a esta última, pero que pudieron haberlo sido. Después de todo, el artículo 55 del Reglamento de la nueva Corte Europea (“Si la Partie contractante entend soulever une exception d’irrecevabilité, elle doit le faire, *pour autant que la nature de l’exception et les circonstances le permettent*, dans [...]”) ya estaba presente en el citado caso *des vagabonds*, de 1971 (“[...] les exceptions [...] d’irrecevabilité doivent en principe être soulevées d’abord devant la Commission *dans la mesure où leur nature et les circonstances s’y prêtent* [...]” (párr. 53; la itálicas son nuestras).

Desde otro punto de vista, tampoco advertimos las razones que puedan válidamente justificar que el NR siga manteniendo la regla conforme a la cual el acceso del público a los documentos del proceso se reduce a los casos ya sentenciados (artículo 30.3 del AR y NR). ¿Es la presión de los Estados la razón de ello, tal como se deslizó en algún comentario?⁵³ El Reglamento de 1998 de la Corte Europea constituyó un ejemplo que debería seguirse (artículo 33.3 y 4),⁵⁴ mayormente cuando la Convención Americana, si bien no contiene una norma análoga al artículo 40.2 de la Europea, tampoco prevé otra confidencialidad que la impuesta al Estado respecto del informe preliminar de la Comisión (artículo 50.1).

En cuanto a los plazos procesales, el NR persiste en la omisión del AR, en orden a establecer términos relativos a la actividad de la propia Corte, verbigracia, para la celebración de “otros actos del procedimiento escrito” (artículo 39), la apertura del procedimiento oral y la fijación de audiencias (artículo 40), la presentación de los votos razonados, concurrentes o disidentes (artículo 56.2), la comunicación de la demanda de interpretación y presentación de alegaciones escritas (artículo 59.2), la fijación (cuando se lo considere indispensable) de una audiencia especial para las excepciones preliminares (artículo 37.5), la producción de la prueba (véase el título II, capítulo IV), dar por terminado un asunto por sobreseimiento o solución amistosa (artículos 53 y 54), deliberar, y aprobar la sentencia (artículo 58)... Tampoco ha sido establecida pauta alguna que pueda guiar al llamado a resolver. Las aludidas ausencias son de lamentar, pues favorecen la discrecionalidad y la presión sobre la Corte.⁵⁵

También estimamos que debieron ser establecidas las reglas sobre el orden en que serán tratadas las causas (véase el artículo 41 del Reglamento de la Corte Euro-

⁵³ En el curso del seminario que indicamos en la n. 31, uno de los jueces de la Corte expresó que toda divulgación (*leak*) de documentos, u otra indiscreción causa la protesta de los Estados (Denise Gilman: “Confidentiality in the Proceedings as a Topic in the Discussion of Reform”, en *El futuro...*, cit. n. 8, p. 287).

⁵⁴ Aun cuando deba ser conciliado con el derecho del requirente a guardar el anonimato (Pierre Lambert, “Le règlement de la nouvelle Cour européenne des droits de l’homme”, en *Journal des Tribunaux*, 1999, n.º 5917, p. 162).

⁵⁵ Ariel E Dulitzky: “La duración del procedimiento: responsabilidades compartidas”, en *El futuro...*, cit. n. 8, p. 376.

pea), a fin de evitar todo riesgo o sospecha sobre el manejo objetivo y claro que debe imperar en materia tan delicada.

Finalmente, por ser las cuatro ya mencionadas las lenguas oficiales de la Corte, resulta injustificado que los textos auténticos del NR sólo estén redactados en español y en inglés (artículo 67).

7. Conclusiones

El NR no puede sino ser bien recibido. El avance en materia del *locus standi in iudicio* de los individuos es digno de elogios y pone, por así decirlo, las cosas en su lugar, dentro de los lugares en que un texto reglamentario puede poner las cosas. El *jus standi* de los individuos es deuda que deberá ser saldada por otros medios y otros actores, pero en plazo breve.

También son de saludar las novedades que responden al principio de economía procesal, y la circunspección puesta en el llamado a audiencias sobre excepciones preliminares. Por el contrario, parece desacertado el retorno al plazo de cuatro meses para la contestación de la demanda dispuesto en el 2003, máxime frente al progreso que había significado el NR en su versión original.

Aunque ya presentes en la jurisprudencia de la Corte, los requerimientos puestos al escrito de contestación de la demanda y los efectos que de esto se siguen también aportan un buen provecho. En iguales términos cabe pronunciarse acerca de la regla por la que no será repetida, en determinadas condiciones, la prueba rendida ante la Comisión.

El NR, con todo, pudo —*rectius*: debió— haber avanzado más. Esto resulta claro, a nuestro juicio, en aspectos concernientes a la valoración de la prueba realizada por la Comisión, el examen de los requisitos de admisibilidad ya realizado por ésta, la admisibilidad de elementos de convicción que pudieron haber sido ofrecidos ante la Comisión, la publicidad de los documentos del proceso, la fijación de plazos para la propia Corte, el orden de tratamiento de las causas, entre otros ya apuntados.

En suma, al modo de lo que indicamos en el estudio sobre el nuevo Reglamento de la Comisión, citado al comienzo, las vías reglamentarias han demostrado su idoneidad para progresar en el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Es de esperar, por ende, que el NR de la Corte no constituya más que un nuevo paso, bien que importantísimo, en el aludido derrotero. Y ello con el paralelo apoyo de la OEA y los Estados miembros, que posibilite dotar a la Corte de los medios imprescindibles para cumplir con su elevada tarea de proteger y desarrollar los derechos humanos en el hemisferio.

Susana Mosquera Monelos (España) *

El desarrollo jurisprudencial del sistema comunitario de protección de los derechos humanos: la experiencia europea **

1. Los derechos fundamentales en los tratados constitutivos de la Unión Europea

Los tratados que constituyeron las Comunidades Europeas¹ prestaron poca o nula importancia a la protección de los derechos fundamentales. En contraste con esa realidad, el Consejo de Europa iniciaba una actividad frenética en ese campo, haciendo de la protección de los derechos humanos su campo natural de trabajo. De ese modo iniciaron su convivencia, en un espacio físico casi idéntico, dos sistemas supranacionales, uno de integración y el otro de protección. Durante un tiempo, ese esquema de actuación fue suficiente, puesto que los redactores de los tratados originales veían en el Consejo de Europa garantía suficiente para la protección de los derechos humanos, dato que, unido a la existencia de un catálogo de derechos humanos en las Constituciones internas de los Estados miembros, daba al proceso de integración base

* Doctora europea en Derecho, Universidad de A Cruña. Estancias investigación en Universidad de Leuven, Consejo de Europa, Universidad de París II, y Universidad de Laval, Canadá. Ponencias en congresos en Bélgica, Canadá, Portugal, Argentina y Perú. Fue profesora del Máster en Derecho, Universidad de Leuven. Es profesora en Facultad Derecho de la Universidad de A Coruña y profesora visitante en la Universidad de Piura. <smosquer@udc.es>.

**Este texto es la versión escrita de la ponencia presentada en el V Curso regional andino para profesores de derecho y profesionales de ONG sobre procesos de integración y su impacto en los derechos humanos, y me gustaría aprovechar ahora su publicación para expresar mi agradecimiento hacia la Fundación Konrad Adenauer y la Comisión Andina de Juristas, por su amable invitación a participar del mencionado evento.

¹ Comunidad Europea del Carbón y del Acero, la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

suficiente para preocuparse sólo de aspectos económicos y políticos, y no tanto jurídico-procesales en materia de derechos humanos.²

Que la preocupación de los redactores de los tratados originarios era económica lo demuestra el hecho de que las escasas menciones a los derechos humanos en los tratados constitutivos se refieren a derechos de corte social y económico.³

A pesar de esa indiferencia hacia el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales en los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, lo cierto es que sí hubo algún que otro intento por incluir algo parecido a un catálogo de derechos en el joven sistema de derecho comunitario. Mención especial merece el proyecto de 1952 de creación de la Comunidad Europea de Defensa, y el proyecto de tratado que incluiría el Estatuto de la Comunidad Política Europea. En ambos planes se barajó la posibilidad de incluir un catálogo de derechos fundamentales, pero lo cierto es que ninguno de estos dos proyectos vio la luz.

En el año 1984 tuvo lugar el intento más realista y acabado para lograr incluir ese catálogo de derechos dentro del organigrama comunitario de derecho. El conocido como Proyecto Spinelli, por el cual se pretendía establecer la Unión Europea, contenía un esquema para la constitucionalización de los derechos fundamentales. La técnica para lograrlo era el reenvío a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a las normas constitucionales de los Estados miembros; obligando también a la Unión a madurar la posibilidad de adherirse como institución al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a otros instrumentos internacionales de similares características en un plazo de cinco años. La Unión tendría entonces como base, “[...] los principios de la democracia pluralista del respeto de los derechos humanos y de la preeminencia del derecho”.⁴ Pero este proyecto falleció casi al tiempo que lo hacía su autor, y ello aun cuando daba solución, ya en los años ochenta, a algunas de las principales cuestiones y dudas que presenta el sistema comunitario para proteger los derechos humanos.

En el año 1986 fue aprobada el Acta Única Europea, que en su preámbulo establece lo siguiente:

[...] los Estados signatarios se hallan decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en la Convención Europea de salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y en la Carta Social Europea, sobre todo la libertad, la igualdad y la justicia social.⁵

² M. K. Bulterman, K. Mielle: “Human rights in the treaty relations of the European Community: real virtues or virtual reality?”, en *Intersentia-Hart*, Amberes: School of Human Rights Research Series, vol. 7, 2001.

³ Véase F. J. Matía Portillo (dir.): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Madrid: Civitas, 2002; M. Pi Llorens: *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*. Barcelona: Ariel, 1999; y también A. Salinas De Frías: *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Granada: Comares, 2000.

⁴ Proyecto en DOCE, n.º C77 de 19 de marzo de 1984, pp. 33 ss.

⁵ RIE, 1986, p. 307 y ss.

Sin embargo, de poco van a servir estos loables anuncios hechos en el preámbulo de los Tratados, cuando el sistema de protección de los derechos humanos en el sistema comunitario carece de un órgano judicial encargado de asegurar su cumplimiento y respeto.⁶

Se constata así que en los Tratados de la CE y en el Tratado de la Unión Europea no se hizo mención expresa a los derechos fundamentales y a su protección. Será necesario esperar a 1992 para que el Tratado de Maastrich procediera a la constitucionalización definitiva de la protección de los derechos fundamentales y los extendiera a los tres pilares de la Unión Europea: las comunidades europeas, la política exterior y de seguridad común, y la cooperación en asuntos de justicia e interior —actual cooperación judicial y policial en materia penal.⁷

No obstante, la escasa o nula mención a los derechos fundamentales en el texto de los tratados constitutivos de la Unión no debe llevarnos a concluir que su garantía y protección no forma parte del derecho comunitario europeo. Eso sería tanto como ignorar la diligente acción que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha desarrollado en este terreno, actividad que ha logrado, a través de una lenta pero constante acción judicial, incorporar al bagaje comunitario el contenido esencial de los derechos humanos. Se han producido por tanto significativos avances, pero éstos no han alcanzado todavía lo que se espera de una unión de derecho.⁸

De interés resulta lo dispuesto en el artículo 21 y 22 del Acta Única (actual artículo 138 del TUE tras la revisión de Ámsterdam): normas que obligan a los Estados miembros de la Comunidad a promover la mejora del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, y armonizar las condiciones en este terreno siguiendo las tendencias más progresistas. También incluye el Acta Única una mención a la protección del medio ambiente, derecho de nueva generación vinculado al principio de solidaridad y que está estrechamente relacionado con un objeto esencial de protección: la salud de las personas.

Pero sin lugar a dudas, el punto de quiebre para el proceso de reconocimiento de un catálogo de derechos fundamentales en la Unión Europea se produjo tras la revisión que el Tratado de la Unión Europea recibió en Ámsterdam en 1997. Es necesario sin embargo señalar la complejidad del tratado aprobado, que incluye el texto del tratado, numerosos protocolos, los tratados de las tres Comunidades Europeas y el Acta final de la Conferencia, con todas sus declaraciones.⁹

⁶ J. A. Fuentetaja Pastor: *El proceso judicial comunitario*, Madrid: Marcial Pons, 1996, p.20.

⁷ Véase A. G. Chueca Sancho: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona: Bosch, 1999, p. 39.

⁸ A. Rodríguez: *Integración europea y derechos fundamentales* (prólogo de Peter Häberle), Madrid: Civitas, 1991.

⁹ M. Oreja (dir.): *El Tratado de Ámsterdam de la Unión Europea. Análisis y comentarios*, Madrid: MacGraw Hill, 1993 (2 vol.).

A partir de esta revisión el artículo 6, párrafos 1 y 2, del TUE establece:

[...] la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado del Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros, además la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

Pese a toda la complejidad de la reforma hecha en Ámsterdam¹⁰ y pese a que formalmente se incluyó una cláusula de protección de los derechos fundamentales, lo cierto es que la Unión sigue sin subsanar uno de sus principales problemas: el que afecta al déficit democrático interno. En la Cumbre de jefes de Estado y de Gobierno reunida en Copenhague en 1973 se había aprobado un documento sobre “La identidad europea”, en el que se habla de democracia representativa, imperio de la ley y democracia como elementos que identifican a los Estados miembros de la Comunidad, posibles requisitos para la adhesión de nuevos miembros, nítida interacción entre integración y democracia. Surgió ya en ese momento un imperativo: la protección de los derechos fundamentales también en el interior del sistema comunitario de derecho.¹¹

La cuestión que se plantea entonces es la de subsanar la laguna democrática existente en el seno de la Unión. Ésta es una comunidad de derecho, en efecto, pero en ella es posible constatar la existencia de una clara disociación entre política y derecho, déficit que se confirma al observar el funcionamiento interno de las principales instituciones dentro de la Unión y que termina por perjudicar directamente a los ciudadanos.¹²

El sistema de elección directa de los parlamentarios europeos ha venido a subsanar en parte ese déficit, pero todavía queda mucho por hacer. Un avance fundamental ha sido la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (Niza, 2000)¹³ y en esa misma línea resulta especialmente importante para el futuro de la Unión, y en concreto para el reconocimiento y la protección de los derechos humanos, el proceso actual de elaboración y aprobación de un texto constitucional para la Comunidad. Aspiración loable y con cierta dosis de utopía, que dados los últimos contratiempos que ha sufrido¹⁴ nos obliga a volver la vista a la realidad tangible, la que ha

¹⁰ Véase *Revue Trimestrelle de Droit Européenne*, vol. 4. 1997, dedicada al Tratado de Ámsterdam.

¹¹ L. Jaeckel: “The duty to protect fundamental rights in the European Communities”, en *European Law Review*, vol. 28, n.º 4, 2003, pp. 508-527.

¹² A. Toledano Laredo: *Intégration et démocratie*, Bruselas: Universidad de Bruselas, 1982.

¹³ A. Rodríguez Bereijo: *El valor jurídico de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea después del Tratado de Niza*, Universidad de Castilla-La Mancha, Gabinete del Rector, Ciudad Real, 2002.

¹⁴ Votaciones en contra en Francia, Holanda y demoras en su trámite de ratificación en otros países como el Reino Unido.

sido instrumento efectivo de protección de los derechos humanos: la actuación judicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.¹⁵ Al estudio de una pequeña parte de su jurisprudencia dedicaremos las siguientes páginas, que serán el eje de este trabajo, y de ese modo veremos cómo la construcción pretoriana del sistema comunitario de protección de los derechos humanos ha dado sus frutos.

2. Protección de los derechos fundamentales a través de la jurisprudencia del TJCE

La falta de mención expresa al reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario se presentaba como origen de posibles problemas en el terreno jurídico y también en el político. El derecho comunitario no podía aplicarse sin tomar en consideración los derechos fundamentales, y en el plano político esa falencia hacía renacer la cuestión de la legitimidad política en el seno de la Unión.

Alcanzada una adecuada interacción entre el derecho comunitario y los sistemas jurídicos internos de los Estados miembros, la falta de un sistema de protección de los derechos humanos podía hacer quebrar esa delicada infraestructura jurídica. Ante esa laguna, el derecho comunitario corría el riesgo de ser *reestatalizado* o *renacionalizado* a través de los mecanismos internos de protección de los derechos humanos. En ese sentido el Parlamento Europeo dio la voz de alarma con una resolución de 1973 relativa a la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos de los Estados miembros en la elaboración del derecho comunitario, especialmente en un momento en que el Parlamento no era elegido directamente y el déficit democrático era más patente.¹⁶

Era pues, necesario estructurar un sistema comunitario que protegiese los derechos fundamentales, y la madurez que alcanzó la jurisprudencia del TJCE en la década de los setenta fue la clave del éxito en esa empresa. Así, dada la ausencia de competencia jurídica de la Comunidad para proteger los derechos civiles y políticos, y ante la inexistencia de un catálogo de derechos en los tratados constitutivos, el TJCE encontraría el punto de unión en una fuente del derecho de naturaleza no escrita, que él mismo aplicaría con gran frecuencia: los principios generales del derecho.¹⁷ Con base en ellos, el TJCE alcanzó libertad de acción en la protección de los derechos fundamentales a través de dos piezas fundamentales que cooperan con los principios

¹⁵ En adelante, TJCE.

¹⁶ Chueca Sancho: o. cit., p. 75.

¹⁷ H. G. Schermers: "Human rights as general principles of law", en AA. VV.: *General principles of European Community Law: reports from a Conference in Malmö. 27-28 august 1999*, Malmö (Suecia): European Legal Studies, Faculty of Law, University of Lund, Ulf Bernitz & Joakim Nergelius (pp. 61-71).

generales del derecho: las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.

Señala Gosaldo Bono en referencia al sistema comunitario de protección de los derechos humanos:

Estamos ante un sistema pretoriano casuístico y abierto en el que el ciudadano, y en cierta medida, el autor de la norma comunitaria no conocen necesariamente con antelación los derechos que son garantizados.¹⁸

Este sistema, que tomó como eje para la protección de los derechos humanos el concepto de *principios generales del derecho*, comenzó su andadura en 1969. Y lo hizo sin una base operativa sólida, pues, si los tratados constitutivos hacían nula referencia a los derechos humanos, tampoco eran muy expresos en lo que a los principios generales del derecho se refiere. Así, los Tratados de París y Roma no mencionan directamente los principios generales del derecho como fuentes del ordenamiento comunitario sino que hablan de “[l]os principios generales comunes a los ordenamientos de los Estados miembros”.

Entonces, para derivar la existencia de los principios generales del derecho comunitario, el TJCE considera que en los tratados constitutivos de la Unión se localizan normas de carácter estructural que se califican como *principios*, normas que despliegan sus efectos con especial fuerza en todo el ordenamiento comunitario y constituyen sus principios fundamentales.¹⁹ Han de ser principios que sirvan al proceso de integración o que, en todo caso, no se opongan a él.

En la evolución inicial de su jurisprudencia, el TJCE estaba más preocupado por sentar las bases del proceso de integración que en la defensa y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de los Estados miembros. El juez comunitario mostraba entonces una gran moderación, cercana a la indiferencia, ante los conflictos entre el derecho comunitario y los derechos fundamentales.

A modo de ejemplo, en el caso *Stork*, cuando unas empresas de la Alemania Federal impugnaron una decisión de la CECA por considerar que no había respetado ciertos derechos fundamentales protegidos en las constituciones de los Estados miembros —en concreto, el derecho inviolable a desarrollar libremente su capacidad y ejercer su profesión sin trabas—, el TJCE argumentó que no era su función pronunciarse sobre las normas del derecho interno y que la decisión de la CECA afectaba al ordenamiento interno alemán.²⁰

¹⁸ R. Gosaldo Bono: “Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del Derecho comunitario y del Derecho de la Unión: Insuficiencias y soluciones”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 1, 1997, pp. 29-68.

¹⁹ A. Cassese, A. Clapham y J. Weiler: *Human Rights and the European Community: methods of protection*, Baden-Baden: Nomos, 1991, p. 38.

²⁰ Decisión de la Corte de 4 de febrero de 1959, caso *Stork & Cie. contra la Alta Autoridad de la CECA*, asunto 1/58. *Repertorio de jurisprudencia de 1958*, p. 00043. Del artículo 8 del Tratado de la

En la misma línea, en 1969, cuando un funcionario de la Comunidad señaló la existencia de una laguna en el ordenamiento comunitario en materia de derechos de la defensa, pues era posible que se le impusiera una sanción disciplinaria sin que él pudiera exponer sus argumentaciones, el TJCE respondió que no había ningún principio general del derecho del cual fuera posible deducir la existencia de la vía de recurso a la cual el demandante se refería.²¹ Se vislumbra aquí un cambio de orientación en el tribunal, por cuanto apareció el concepto de *principios generales del derecho*, aunque no hubiera uno aplicable al caso.

Fue en ese mismo año cuando el TJCE utilizó con éxito, en el caso *Stauder*, los principios generales del derecho. La cuestión sometida a la Corte era si se podía considerar compatible con los principios generales del derecho comunitario en vigor el hecho de que una decisión de la Comisión de 12 de febrero de 1969 vinculara la concesión de manteca a precio reducido a los beneficiarios de ciertos regímenes de asistencia social, con la divulgación del nombre del sujeto favorecido ante los distribuidores del producto subvencionado. El señor Stauder, al plantear su demanda, argumentaba que la inclusión de su nombre, identificándolo como beneficiario de ese sistema, vulneraba su dignidad humana, pues proporcionaba un dato que él no quería dar a conocer: su condición de asistido.²²

El TJCE estableció:

[...] la disposición en litigio debe ser interpretada como no imponiendo —pero tampoco prohibiendo— la identificación nominativa de los beneficiarios; [...] la Comisión ha publicado ya una decisión rectificadora en ese sentido; [...] cada uno de los Estados miembros se halla facultado para elegir entre diversos métodos de individualización; [...] así interpretada, la disposición litigiosa no revela ningún elemento susceptible de poner en cuestión los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del derecho comunitario, cuyo respeto el Tribunal asegura [...] (F.j. 14.)

La línea establecida en esta sentencia se vio reafirmada en la jurisprudencia posterior del TJCE, aunque no sería hasta el año 1974 que el Tribunal encontrara otra fuente de apoyo para la protección comunitaria de los derechos fundamentales, las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, y consolidara así su jurisprudencia.

CECA se concluye que la alta autoridad no es competente para aplicar el derecho interno de los Estados miembros, sólo el derecho comunitario.

²¹ Decisión de la Corte de 27 de mayo de 1970, caso *X contra la Comisión de control de las Comunidades Europeas*, asunto 12/68. *Repertorio de jurisprudencia de 1970*, p. 00291.

²² Decisión de la Corte de 12 de noviembre de 1969, caso *Erich Stauder contra la Oficina Social de la Ciudad de Ulm*, demanda de decisión prejudicial, asunto 29/69. *Repertorio de jurisprudencia de 1969*, p. 00419.

El caso *Internationale Handesgesellschaft* fue la clave para esa evolución. El objeto de este litigio fue una decisión a título prejudicial sobre la validez del artículo 12,1 línea 3, del reglamento n.º 120/67/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1967, sobre la organización común de los mercados en el sector cereales, y del artículo 9 del reglamento n.º 473/67/CEE de la Comisión, de 21 de agosto de 1967, relativo a los certificados de importación y exportación para los cereales y los productos transformados a base de cereales o arroz. El problema central estaba en la existencia de un sistema de concesión de licencias previa caución para la exportación de cereales, caución que podía perderse si la exportación no se realizaba, lo cual era equivalente a un sistema de multa que violaba el principio de proporcionalidad, pues los casos de fuerza mayor no entraban en consideración.²³

Esta situación atentaba directamente contra un derecho reconocido en Constitución alemana, pero el TJCE no podía apoyarse en ese argumento, pues con ese reenvío al ordenamiento de un Estado miembro entraba de lleno en un problema de nacionalización o estatalización del derecho comunitario, factor que se trataba de evitar a toda costa. La validez de los actos comunitarios sólo puede ser apreciada en función del derecho comunitario, de modo que era necesario argumentar que había sido violado uno o varios de los derechos fundamentales protegidos por el juez comunitario.

La conclusión a la que llegó el juez comunitario fue:

Un derecho nacido del tratado, con fuerza autónoma, no podrá por razón de su naturaleza, oponerse judicialmente a normas de derecho nacional fuesen las que fuesen, sin perder su carácter comunitario, y sin que se cuestione la base jurídica de la Comunidad [...] considerando que conviene sin embargo revisar si ha sido desconocida alguna garantía análoga, inherente al derecho comunitario; [...] que en efecto, el respeto de los derechos fundamentales forma parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto el Tribunal asegura, la salvaguarda de estos derechos, aun inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembro, debe ser asegurada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad. (F.j. 14.)

La consolidación definitiva del sistema comunitario de protección de los derechos humanos se logró cuando el TJCE encontró su tercer pilar, la otra fuente de inspiración complementaria de los principios generales del derecho y de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros: los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Fue también en 1974, en el caso de una empresa de la Alemania Federal que impugnó la validez de una decisión de la Comisión que establecía que, para ser considerado comerciante al por mayor en el sector del carbón, el particular que lo pretendiese tendría que adquirir al menos 6.000 toneladas anuales de carbón. La sociedad

²³ Decisión de la Corte de 17 de diciembre de 1970, caso *Internationale Handelsgesellschafts GmbH contra Einfuhr y Vorratsstelle für Gutreide und Fultermittel*, demanda de decisión prejudicial, asunto 11/70. *Repertorio de jurisprudencia de 1970*, p. 01125.

demandante, que por más de cien años había trabajado en el sector, encontraba que su cuota de mercado no alcanzaba esta cantidad e impugnó la norma comunitaria argumentando que el establecimiento de ese límite atentaba contra un derecho cercano o asimilable al derecho de propiedad y violaba directamente el derecho al libre ejercicio de las actividades profesionales, derechos reconocidos en la Ley Fundamental de Bonn.²⁴

El TJCE respondió que:

[...] considerando que los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto el Tribunal garantiza: [...] al asegurar la salvaguarda de estos derechos, el Tribunal está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por ello, admitir medidas incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones de estos Estados; [...] que los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos a los cuales los Estados miembros han cooperado o se han adherido pueden igualmente aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del derecho comunitario. (F.j. 13.)

Se precisaba así que, aun cuando el sistema comunitario no puede interferir en los sistemas estatales de protección, debe ofrecer al menos un nivel idéntico de protección, para lo cual resulta de especial relevancia su coordinación con el sistema europeo de protección de derechos humanos que administra el Consejo de Europa.

El TJCE se mueve con una gran cautela; habla de los derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados miembros, locución que, interpretada en un sentido amplio, permite dar cabida en su seno a las Constituciones de Estados que incluyen una lista o catálogo de derechos humanos: a la francesa de 1958, que reenvía a la Declaración de 1789, e incluso a la británica, en la que no existe Constitución en sentido formal.²⁵

Lo que ha hecho el derecho comunitario es reconocer como suyos los derechos fundamentales que pertenecen al patrimonio común de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, asumir tales valores y convertirlos en valores propios una vez que pasan el oportuno filtro de la UE. El otro polo de la jerarquía de fuentes está en los instrumentos internacionales de protección.²⁶

²⁴ Decisión de la Corte de 14 de mayo de 1974, caso de *J. Nold Kohlen y Banstoffgrosshandlung* (sociedad comandita en derecho alemán) con sede en Darmstadt contra la Comisión, asunto 4/73. *Repertorio de jurisprudencia de 1974*, p. 00491.

²⁵ Chueca Sancho: o. cit., p. 103.

²⁶ Véase W. R. Edeson y F. Wooldridge: "European Community law and fundamental human rights: some recent decisions of the European Court", en *Legal Issues of European Integration*. Aff. 1. 1976, pp. 1-54.

3. Los derechos examinados por el Tribunal

3.1. Derechos civiles

La protección que ofrece el sistema comunitario a los derechos fundamentales tiene como eje la protección dada a los derechos civiles; junto con ellos, algunos derechos de claro contenido político derivan directamente del ejercicio de la ciudadanía de la Unión. El límite a ese sistema de protección, aun cuando los avances del TJCE han sido muchos, sigue siendo uno principal, y es que la Corte no puede superar el marco de competencias de la Comunidad. Por ese motivo, hay temas (como el penal) sobre los que la Corte no se puede pronunciar.

No obstante, a través de la peculiar construcción pretoriana para la defensa de los derechos humanos el TJCE ha llegado a ver temas esenciales, como la cuestión de la irretroactividad de la ley penal. Recogida en el artículo 21 de la Declaración de Derechos y Libertades de 1989, la jurisprudencia la ha protegido en similares términos. En el caso *Regina contra Kirk*, cuyo objeto de litigio fue una decisión prejudicial sobre el derecho de un Estado miembro de aplicar, a partir del 31 de diciembre de 1982 (momento en que ya las Naciones Unidas habían codificado el derecho del mar), una medida que prohibía a los navíos matriculados en otro Estado miembro pescar en su zona costera de 12 millas.²⁷ El Tribunal estableció:

[...] el principio de no retroactividad de las disposiciones penales es un principio común a todos los ordenamientos de los Estados miembro, consagrado en el artículo 7 CEDH como un derecho fundamental, que forma parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto el Tribunal asegura. (F.j. 12.)

En un caso posterior, sobre libre circulación de personas, que afectaba también el orden público, el Tribunal de Lieja preguntó al comunitario si la expulsión del territorio belga de las dos personas acusadas de ejercer la prostitución tenía en realidad un carácter más grave que algunas sanciones penales; si tenía tal gravedad, debía aplicarse por analogía el artículo 7 de la Convención de Roma, que recoge el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, o principio de legalidad.²⁸ TJCE no entró de lleno en el caso, pero sí afirmó la existencia de ese principio en el ordenamiento comunitario; sucedía, sin embargo, que la Comunidad carecía de competencias en el ámbito penal, pero, en cuanto la aplicación de una norma comunitaria implicara una sanción penal, el sancionado había de ver reconocido ese principio de legalidad de los delitos y las penas.

²⁷ Decisión de la Corte de 10 de julio de 1984, caso *Regina contra Kent Kira*, demanda de decisión prejudicial, asunto 63/83. *Repertorio de jurisprudencia de 1984*, p. 02689.

²⁸ Decisión de la Corte de 18 de mayo de 1982, casos *Rezguia Adoui contra el Estado belga y la Villa de Lieja y Dominique Cornuaille contra el Estado belga*, demanda de decisión prejudicial, Asuntos reunidos 115/81 y 116/81. *Repertorio de jurisprudencia de 1982*, p. 01665.

La sentencia que confirmó la existencia de ese principio de legalidad en el ordenamiento comunitario fue la del caso *Köneck contra Balm*, de 1984. En un asunto sobre recuperación de una caución en el sector bovino, el TJCE afirmó entonces de manera expresa que “[...] una sanción, incluso de carácter no penal, no puede infligirse más que si reposa en una base legal clara y no ambigua”. El TJCE se basó en el artículo 7 del Convenio de Roma y en dos sentencias del TEDH que citó expresamente.²⁹

En el caso *Maizena contra Balm* el Tribunal tuvo la oportunidad de reiterar el principio de legalidad, al tiempo que introdujo el de presunción de inocencia. Se trataba de examinar la naturaleza jurídica de la caución relativa a la certificación de exportación, esto es, si la obligación de prestar de nuevo una fianza devuelta, exigida como restitución a ciertas exportaciones, dejaba de ser una garantía para convertirse en una sanción cuando el exportador había agotado el plazo sin realizar esas exportaciones.³⁰

El TJCE concluyó que realmente esa obligación era parte del sistema de fianzas y no tenía carácter penal; por tanto, no debían aplicarse los dos principios típicos del derecho penal señalados por el órgano jurisdiccional nacional, a saber, *nulla poena sine culpa e in dubio pro reo*. Su mención, aunque no fueran aplicables al caso, implica de modo indirecto su reconocimiento por el Tribunal, que los utilizaría en casos futuros.

3.2. *Vida privada e inviolabilidad del domicilio*

Para el TJCE el punto de partida para la protección de la vida privada no es otro que el artículo 8 de la Convención de Roma, que se convierte en fuente indirecta de inspiración del sistema comunitario de protección de los derechos humanos a través de la interpretación jurisprudencial.

Así, en un caso de 1992 tuvo ocasión el Tribunal de pronunciarse sobre la protección debida al derecho a la vida privada. Fue éste un caso que enfrentó a la Comisión contra Alemania. El objeto del litigio afectaba a la libre circulación de mercancías y a también la protección de la salud pública. La Comisión demandó a la RFA porque el ordenamiento alemán prohibía a los particulares importar medicamentos comprados y recetados en otro Estado miembro.

Recuerda el TJCE que entre los bienes (no derechos) protegidos por el artículo 30 del TCE están la salud y la vida de las personas, y que cada Estado debe decidir en

²⁹ Decisión de la Corte (5.ª Sala) de 25 de septiembre de 1984, caso *Kart Köneck GmbH & Co.Kg. Fleischwarenfabrik contra BALM* (Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung, oficina federal para el ordenamiento mercantil del sector agrario), asunto 117/83. *Repertorio de jurisprudencia de 1984*, p. 03291. Chueca sancho: o. cit., p. 110.

³⁰ Decisión de la Corte (6.ª Sala) de 18 de noviembre de 1987, caso *Maizena GMBH y otros contra BALM* (Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung, oficina federal para el ordenamiento mercantil del sector agrario), asunto 137/85. *Repertorio de jurisprudencia de 1987*, p. 04587.

qué medida protegerlas. Así, el artículo 8, 2 del Convenio de Roma permite restricciones a los derechos ahí reconocidos, restricciones que también son aceptadas en derecho comunitario. De ese modo señala el Tribunal:

[...] estos derechos no son considerados como prerrogativas absolutas, sino que pueden implicar restricciones siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, en lo que respecta al fin perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos garantizados. (F.j.23.)

De ese modo, como las medidas adoptadas en la RFA no respetaban esos estándares, el Tribunal consideró que el Estado había incumplido sus obligaciones, con lo cual procedió a un reconocimiento indirecto de ese derecho a la vida que proclama el artículo 8 del Convenio de Roma.

Sobre ese mismo punto, la protección de la vida familiar, es de especial interés el caso de *X contra la Comisión*, de 1994.³¹ X había estado al servicio de la Comisión en varias ocasiones, iba a ser contratado de nuevo por un período de seis meses y se le pidió que se sometiera a un examen médico. El candidato aceptó pero se negó a someterse a la prueba del VIH; a pesar de ello se le detectó que tenía sida. X alegó entonces su derecho al respeto de su vida privada y, efectivamente, el Tribunal reconoció directamente ese derecho en su sentencia, señalando que tiene su origen en el artículo 8 de la Convención de Roma y en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, y que alcanza “[...] el derecho a mantener secreto sobre su estado de salud” (F.j.14). No obstante, el Tribunal también precisó que, una vez comprobada la enfermedad, las instituciones comunitarias no pueden ser obligadas a soportar el riesgo de contratar a esa persona.

El artículo 8 del Convenio de Roma tiene también una derivación esencial hacia la protección de la vida familiar, y el TJCE lo ha examinado en especial en lo que afecta a la reagrupación de familiares de los trabajadores. Para hacerlo ha enfocado ese derecho como un derecho protegido con fines económicos, no sociales o humanos. Afirma así el TJCE que los ciudadanos de la UE tienen ese derecho, pero no los ciudadanos extranjeros (de un país no comunitario), porque esa segunda faceta del derecho cae de lleno en la esfera de competencias internas de los Estados miembros, que podrán adecuar sus políticas migratorias como mejor convenga en ese punto.

Significativo en esta materia ha sido el caso de una ciudadana turca obligada a abandonar territorio de la RFA pese a la existencia de un acuerdo de asociación entre la CEE y Turquía, de 1963, que le otorgaba derecho a residir en territorio alemán, y pese a que su marido residía legalmente en la RFA.³² El Tribunal señaló:

³¹ Decisión de 5 de octubre de 1994, asunto C-404/92 P. *Repertorio de jurisprudencia de 1994*, p. I-04737.

³² Decisión de 30 de septiembre de 1987, caso *Meryem Demirel contra Ville de Schwäbisch Gmünd*, demanda de decisión prejudicial, asunto 12/68. *Repertorio de jurisprudencia de 1987*, p. 03719.

No debe cuestionarse la competencia de este Tribunal por el hecho de que en materia de libre circulación de trabajadores, corresponde a los Estados miembros en la fase actual de desarrollo del Derecho comunitario, garantizar en sus territorios, la ejecución de las disposiciones del Acuerdo o de las decisiones que adopte el Consejo de Asociación. (F.j.10).

Y es que todavía no existía una norma de derecho comunitario que definiera los requisitos con arreglo a los cuales los Estados miembros deben autorizar la reagrupación familiar de los trabajadores turcos lícitamente instalados en la Comunidad; de ese modo el Tribunal se declaró incompetente para apreciar la compatibilidad de las normas alemanas del momento con el artículo 8 del Convenio de Roma.

El Tribunal también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la inviolabilidad del domicilio, y lo ha hecho para reconocer la existencia de este derecho a las personas físicas y denegararlo en el caso de las personas jurídicas. Así, en el caso *National Panasonic*, dos empresas (una en Reino Unido y la otra en Alemania Federal) filiales de la empresa nipona Matsushita fueron investigadas por la Comisión, pues presentaban indicios de acuerdos y prácticas concertadas contrarias a lo dispuesto en el artículo 85 del TCEE. En el curso de esas investigaciones, dos funcionarios de la Comisión realizaron inspecciones en la sede británica, tomaron fotos y fotocopiaron documentos de la empresa, hechos que sirvieron a la filial británica para alegar una violación del artículo 8 del Convenio de Roma, aplicando por analogía el derecho a la vida privada a la persona jurídica.³³

3.3. *Protección de datos*

Estamos aquí ante uno de los derechos regulados expresamente en el ordenamiento comunitario, que sigue la línea marcada por los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. La internacionalización de esta materia es clara, y cronológicamente encontramos una serie de hitos significativos: las líneas directrices sobre la protección de la intimidad y los flujos internacionales de datos, aprobadas por la OCDE en 1980; el Convenio sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, adoptado en el seno del Consejo de Europa en 1981; las directrices sobre los ficheros automatizados de carácter personal, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1990, y el artículo 14 del Acuerdo general sobre el comercio de los servicios, aprobado por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (actual Organización Mundial del Comercio) en 1994.

³³ Decisión de la Corte de 26 de junio de 1990, caso *National Panasonic (UK) Limited contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 136/79. *Repertorio de jurisprudencia de 1980*, p. 02033. El TJCE no amparó la petición.

Desde la UE hay previsiones orientadas a proteger este derecho fundamental. El artículo 286 del TCE prevé que los actos comunitarios relativos a la protección de las personas respecto del tratamiento de datos personales sean de aplicación a las instituciones y órganos creados por el Tratado o sobre la base de éste.³⁴ Las directivas comunitarias que regulan esta materia son la 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y la directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.³⁵

3.4. *Libertades de expresión, prensa e información*

En este punto es de especial interés analizar cómo el TJCE ha tratado este derecho en su aplicación a la persona física y a la persona jurídica.

En el primer supuesto, las sentencias del caso *Albertini y Montagnani*, y del caso *Oyowe y Traore* son buen ejemplo. El caso *Albertini y Montagnani* implicó a dos investigadores dependientes del Centro Comunitario de Investigación de Ispra, a los cuales la Comisión les impidió participar en una reunión científica a celebrarse en El Cairo y posteriormente les prohibió publicar el informe que iban a presentar en dicha reunión.³⁶ Ante esos hechos los dos investigadores adujeron una violación de los principios fundamentales del TCEEA³⁷ y de los derechos fundamentales de libertad científica derivados de la libertad de expresión. En su respuesta el Tribunal no entró en el fondo del asunto, pues lo redujo a una cuestión disciplinaria —la acción de estos investigadores no contaba con la autorización de su superior jerárquico—, con lo cual se perdió la oportunidad de estudiar el contenido de ese derecho a la libertad de información en su faceta de comunicación científica.

En el caso *Oyowe y Traore*, cuatro años más tarde, el Tribunal reconoció la existencia ese derecho a la libertad de expresión en el ordenamiento comunitario. El caso afectó a dos periodistas *Courrier ACP*³⁸-CE, que solicitaron a la Comisión su conversión en funcionarios de la Comunidad.³⁹ Para ello el TJCE respondió que el

³⁴ El Consejo debe establecer un organismo de vigilancia independiente, responsable de supervisar la aplicación de esos actos comunitarios.

³⁵ Dada la expresa regulación de este derecho, omitimos la mención a la jurisprudencia del TJCE.

³⁶ Decisión de la Corte (12.ª Sala) de 17 de mayo de 1984, caso de *Carlo Albertini y Mario Montagnani contra la Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 338/82 R. *Repertorio de jurisprudencia de 1984*, p. 02123.

³⁷ Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

³⁸ África, Caribe y Pacífico.

³⁹ Decisión de la Corte (12.ª Sala) de 13 de diciembre de 1989, caso de *Agustin Oyowe y Amadon Traore contra la Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto C-100/88. *Repertorio de jurisprudencia de 1989*, p. 04285.

Courrier ACP no es un organismo comunitario, pues no defiende exclusivamente los puntos de vista de la Comunidad, sino que se trata de un medio al servicio de una causa común, que es la cooperación entre los países ACP y la Comunidad. Señaló:

El deber de fidelidad a las Comunidades, tal como se impone a los funcionarios en su Estatuto no puede entenderse en sentido contrario a la libertad de expresión, derecho fundamental cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia en el ámbito del Derecho comunitario y que es especialmente importante cuando se trata, como en este caso, de periodistas cuya función primaria es escribir con total independencia tanto de los puntos de vista de los países ACP como de las Comunidades. (F.j. 16.)

En cuanto a la aplicabilidad de la libertad de expresión a las personas jurídicas, ya en su formulación como libertad de información el Tribunal ha tenido oportunidad de analizar el tema tanto en referencia a la prensa como a los medios de comunicación audiovisuales.

El caso de las editoras *VBVB* y *VBBB contra la Comisión* fue ocasión para analizar cuáles eran los límites del derecho a la libertad de información dentro del ordenamiento comunitario.⁴⁰ Se trataba de estudiar si las reglas de la concurrencia establecidas en el ordenamiento comunitario permitían o no a estas dos editoras establecer precios fijos para los libros. La Comisión consideraba que su acuerdo violaba el artículo 85 del TCE (actual 81), mientras que las editoras argumentaban que su acuerdo favorecía la distribución y la multiplicación de títulos de difícil distribución, (obras de poesía u obras científicas altamente especializadas), de modo tal que suprimirlo suponía un ataque directo a la libertad de expresión.

El TJCE responde que, efectivamente, “[...] algunas regulaciones económicas no son indiferentes desde el punto de vista de la libertad de expresión pero, las partes en este caso no han probado la existencia de un lazo efectivo entre la decisión de la Comisión y la libertad de expresión” (F.j. 34). Reconoció de ese modo el Tribunal la existencia de ese derecho de libertad de expresión, a pesar de que no encontró argumentos suficientemente sólidos para protegerlo en el caso concreto.

En cuanto a los medios audiovisuales, el caso *ERT* es un buen ejemplo de cómo ha tratado esta materia el TJCE.⁴¹ El caso surgía entre la ERT, empresa helénica de radio y televisión a la que el Estado griego había concedido derechos exclusivos de emisión, y una sociedad municipal de información de Tesalónica. El objeto del litigio

⁴⁰ Decisión de la Corte de 17 de enero de 1984, casos *Verenigingter Bevordering van net Vlaamse Boekwezen (VBVB)* y *Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels (VBBB) contra la Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos unidos 43/82 y 63/82. *Repertorio de jurisprudencia de 1984*, p. 00019.

⁴¹ Decisión de la Corte de 18 de junio de 1991, caso *Elliniki Radiphonia Tiléorassi AE y Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou contra Dimotiki Etaria Pliroforissis y Sotirios Kouvelas y Nicolas Audellas y otros*, demanda de decisión prejudicial, asunto C-260/89. *Repertorio de jurisprudencia de 1991*, p. I-02925.

cuestionaba los derechos exclusivos en materia de radiodifusión y televisión, la libre circulación de mercancías, la libre prestación de servicios, las reglas de concurrencia y la libertad de expresión. Y en el fondo del asunto se le estaba planteando al Tribunal si el TCE permitía mantener el monopolio de la radio y la televisión públicas, aplicando para ello artículo 10 de la Convención de Roma.

El TJCE señaló que, cuando un Estado alega normas del TCE para justificar una normativa que obstaculice la libre prestación de servicios, su motivación debe interpretarse a la luz de los principios generales del derecho y especialmente de los derechos humanos. El TJCE protege los derechos fundamentales pero no puede enjuiciar, en relación con el Convenio de Roma, una normativa nacional ajena al ordenamiento comunitario. Por el contrario, desde el momento en que semejante normativa entra en el campo de aplicación del derecho comunitario, el TJCE debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios sobre la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el TJCE, tal como están expresados, en particular, en el Convenio de Roma. De ese modo, el Tribunal se pronunció definitivamente sobre el derecho de libertad de expresión siguiendo los términos que recoge el Convenio de Roma sobre esta materia.

3.5. *Derecho de propiedad*

Indudablemente, los derechos civiles y políticos son los que con el tiempo han alcanzado una mejor protección en los sistemas convencionales de derechos humanos (especialmente en el europeo y el americano), pero en el peculiar sistema comunitario de protección de los derechos humanos el eje es la defensa de los derechos económicos y sociales, pues es sobre ellos que recae de modo más directo el ámbito competencial de la Unión.

Así, derechos como el de propiedad han sido examinados en numerosas ocasiones por el TJCE, lo cual le ha dado la oportunidad para delimitar de un modo preciso su contenido y dimensión. Ya en 1979, el caso *Hauer* sirvió al Tribunal para confirmar que el ordenamiento comunitario garantizaba el derecho de propiedad.⁴² Se cuestionaba en este caso el derecho de propiedad del señor Hauer, al plantearse una prohibición para que plantara nuevas vides en terrenos de su propiedad. El Tribunal manifestó:

[...] el derecho de propiedad está garantizado en el orden jurídico comunitario conforme a las concepciones comunes a las constituciones de los Estados miembros, igualmente reflejadas en el primer protocolo adicional a la Convención de Roma. (F.j. 17.)

⁴² Decisión de la Corte de 13 de diciembre de 1979, caso *Liselotte Hauer contra Land Rheinland Pfalz*, demanda de decisión prejudicial, asunto 44/79. *Repertorio de jurisprudencia de 1979*, p. 03727.

Cabe señalar que en ese año (1979) la Comunidad todavía consideraba factible la posibilidad de adherirse a la Convención de Roma. Por eso el concepto de propiedad se delimitaba siguiendo lo dispuesto en dicha Convención. Para reconocer la existencia del derecho de propiedad en el ordenamiento comunitario, el Tribunal lo delimitó pero sin prejuzgar sobre cuál era su régimen, aceptando las diferentes concepciones existentes en los Estados miembros de la Unión.

La sentencia del caso *Fearon*, en la que se examinó un caso de expropiación, es buena muestra de las limitaciones aplicables al derecho de propiedad.⁴³ Este caso surgió cuando un grupo de cinco socios británicos adquirió tierras en la República de Irlanda, sin considerar el hecho de que el derecho irlandés permitía a la Irish Land Commission expropiar las tierras de las personas que no hubieran residido en el país durante más de un año o que viviesen a menos de tres millas de distancia de sus tierras. Para las tierras en manos de una sociedad, las mencionadas condiciones eran exigibles a todos los socios o accionistas, punto que los cinco socios británicos no cumplían. En su respuesta el TJCE dispuso:

Si el artículo 222 (actual 295) del Tratado no cuestiona la facultad de los Estados miembros de establecer un régimen de expropiación pública, tal régimen no escapa sin embargo a la regla fundamental de no discriminación que se encuentra en la base del capítulo del tratado relativo al derecho de establecimiento [...] el artículo 52 del tratado no prohíbe a un Estado miembro subordinar la inmunidad contra las medidas de expropiación decretadas en virtud de una legislación que rige la propiedad inmueble rural a una obligación de residencia en una propiedad rural o en la proximidad de ésta, en el caso de los nacionales de otros Estados miembros que han participado en la constitución de una sociedad propietaria de los bienes inmuebles, cuando esta obligación de residencia existe también para los nacionales de este Estado miembro y siempre que los poderes de expropiación no se ejerzan de manera discriminatoria. (F.j.7.)

Se muestra aquí que el Tribunal optó por la neutralidad a la hora de conceptualizar o regular el derecho de propiedad, pero aceptó que se trata de un derecho con límites, uno de los cuales es la posibilidad de expropiación.

3.6. *Derechos de la defensa*

A la hora de estudiar el contenido de los derechos de la defensa en el ordenamiento comunitario nos encontramos con una limitación previa, condicionada por la limitada presencia del individuo ante el Tribunal. Es un problema de carácter fundamental para que la tutela judicial de los derechos del particular sea efectiva. Y es que el TJCE no es un tribunal de derechos humanos; por eso la tutela judicial se convierte en requisito exigido por la Unión a los ordenamientos de los Estados miembros.

⁴³ Decisión de la Corte de 6 de noviembre de 1984, caso de *Robert Fearon & Company Limited contra la Irish Land Commission*, demanda de decisión prejudicial, asunto 182/83. *Repertorio de jurisprudencia de 1984*, p. 03677.

Aunque en el momento actual los derechos de la defensa han sido recogidos ya en numerosas directivas y en la jurisprudencia del TJCE, todavía se asigna ese derecho a una vía de recurso de carácter jurisdiccional contra un acto de cualquier autoridad nacional que impida el disfrute de un derecho otorgado por el ordenamiento comunitario. De ese modo, la obligación de respetar los derechos de la defensa constituye un principio fundamental del ordenamiento comunitario y su garantía deberá estar asegurada, aun cuando no exista norma específica que lo regule.

En el caso *National Panasonic* ya mencionado, el Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el alcance o la extensión del derecho a la defensa:

Es necesario precisar que el ejercicio de tal derecho de defensa se inscribe principalmente en el marco de procedimientos judiciales o administrativos que pretenden hacer cesar una infracción o constatar una incompatibilidad legal. [...] Por tanto, para que juegue este derecho, hemos de encontrar primero un acto o situación lesiva para el particular; ello exige que éste pueda expresar su punto de vista, de un modo útil o eficaz. Dicha expresión podrá ser oral o escrita, según el caso. (F.j. 21.)

Forma parte del contenido de ese derecho a la defensa el conocimiento de las piezas del proceso por parte del implicado; sin este conocimiento no podría reaccionar pronta y eficazmente para organizar sus alegaciones. Por eso la no comunicación de tales piezas y acusaciones supone una violación directa de estos derechos de la defensa. No obstante, el Tribunal da por válidas comunicaciones parciales de las piezas del proceso —cuestionable postura, especialmente cuando se trata de proteger el derecho de la competencia.⁴⁴

Así, en el caso *Van Landewyck* el Tribunal señaló:

[...] es suficiente que la comunicación de las acusaciones enuncie, incluso someramente, pero de manera clara, los hechos esenciales sobre los cuales la Comisión se basa, siempre bajo condición de que ésta, durante el procedimiento administrativo, aporte los elementos esenciales para la defensa (F.j. 30.)⁴⁵

Los derechos de la defensa comprenden también el derecho a no declarar contra sí mismo,⁴⁶ la confidencialidad o libre comunicación entre el abogado y sus clientes, y especialmente el derecho a la asistencia de un defensor. Este último punto fue analizado en una interesante sentencia de 1985.⁴⁷ El caso afectó a un empleado de la

⁴⁴ Chueca Sancho: o. cit., p. 149.

⁴⁵ Decisión de la Corte de 29 de octubre de 1980. Caso *Heintz van Landewyck SARL y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos unidos, 209/78 R a 215/78 R y 218/78 R. *Repertorio de jurisprudencia de 1980*, p. 03125.

⁴⁶ La Comunidad carece de competencia en el ámbito penal, por eso el TJCE en esta materia solo se ha pronunciado en relación a personas jurídicas y lo ha hecho para negar tal derecho a las empresas.

⁴⁷ Decisión de la Corte de 7 de noviembre de 1985. *Stanley George Adams contra la Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 145/83. *Repertorio de jurisprudencia de 1985*, p. 03539. Tema de responsabilidad extracontractual y protección del carácter confidencial de la información.

empresa suiza Hoffman-La Roche, implicada en la violación de normas comunitarias de la competencia. El empleado infiel, señor Adams, filtró a la Comisión documentación que probaba las prácticas atentatorias contra la competencia por parte de esta multinacional, solicitando que el órgano comunitario no descubriera su identidad, ni siquiera cuando ya hubiese abandonado la empresa (cosa que pensaba hacer en breve). Pero un funcionario comunitario descubrió la identidad del señor Adams, que fue detenido en Suiza; una serie de descuidos de los funcionarios comunitarios hicieron que el señor Adams acusara a la Comisión de no haberle informado en tiempo útil de su derecho a presentar un recurso ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. En su petición, Adams asignó a los órganos comunitarios funciones de asesoramiento jurídico que no tienen; su intención era no quedar totalmente desprotegido por parte de quien se había valido de su información.⁴⁸

La Comisión rechazó esa argumentación señalando que jamás asumió función de asesoramiento ante el señor Adams. La sentencia del TJCE reconoció el derecho de todo implicado en un proceso a la asistencia de un abogado, pero aceptó la argumentación de la Comisión de que ésta no tenía funciones de asesoramiento para con el demandante. Lo significativo del caso es que la Comisión asumió los costes del proceso y un año después de la sentencia aceptó su responsabilidad e indemnizó al señor Adams con 500 000 dólares.

Se reconoce así el derecho a la asistencia letrada ante el sistema comunitario, pero con la limitación interna que supone la falta de un sistema de abogados de oficio dentro de la estructura comunitaria de protección de los derechos humanos.

3.7. Igualdad y no discriminación por razón de sexo

Estamos, sin lugar a dudas, ante un tema fundamental para el sistema comunitario de protección de los derechos humanos, mencionado expresamente en los tratados constitutivos. Así, el artículo 2 del TCE establece que la Comunidad tendrá por misión (entre otras) la de promover la igualdad entre el hombre y la mujer. Además, el Consejo puede adoptar acciones para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial, étnico, religioso o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. La política social de la Comunidad y de los Estados miembros es compartida en este punto. De ese modo fue posible ratificar la Carta Social Europea y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989.

El artículo 119 TUE (actual 141) garantiza la igualdad en retribuciones a trabajadores y trabajadoras. Esta norma, que fue incluida en el texto por la presión de la delegación francesa, tenía como objetivo evitar acciones antidumping, esto es, contratar mano de obra femenina a más bajo costo. Sin embargo, una vez superadas esas

⁴⁸ Chueca Sancho: o. cit., p. 158.

previsiones iniciales se produjo una evolución importante de esta materia en el ordenamiento comunitario, que ha hecho del principio de igualdad y de la no discriminación por razón de sexo uno de los campos de mayor actividad comunitaria, jurisprudencial y legislativamente hablando.

Ejemplos como las tres sentencias *Defrenne* son buena muestra de esa actividad. En la primera de ellas,⁴⁹ se trató un tema de igualdad de remuneración: el pago de la pensión de jubilación a las azafatas de Sabena, con resultados más bien escasos para el tema de fondo, que era la no discriminación por razón de sexo. En la segunda sentencia *Defrenne*,⁵⁰ la demandante alegó haber realizado igual trabajo y recibir por él menor salario que sus compañeros de sexo masculino. Ahora sí el Tribunal se pronunció y dijo que “[...] el principio de igualdad de remuneración forma parte de los fundamentos de la Comunidad” (F.j. 61). La sentencia destaca la imperatividad del artículo 119 y ello aun a pesar de que la evolución de los ordenamientos internos sea más lenta o resistente a este tipo de normas no discriminatorias.

El tercer pronunciamiento en el caso *Defrenne*⁵¹ permite al Tribunal afirmar con claridad su postura sobre la consideración de la no discriminación por razón de sexo como derecho fundamental. La demandante alegó en esa ocasión que por ser mujer debía finalizar su contrato de trabajo obligatoriamente a los 40 años, mientras que sus compañeros varones podían hacerlo a edades superiores. El TJCE amparó su petición de igualdad y además amplió el conjunto de normas internacionales a las que tomar de base para justificar su argumento:

La misma interpretación se desprende de la Carta Social Europea de 18 de noviembre de 1961 y de la Convención 111 de la Organización Internacional del Trabajo relativa a la discriminación en materia de empleo y profesión de 25 de junio de 1958. (F.j. 28.)

Dentro de las discriminaciones directas por razón de sexo, el Tribunal pudo establecer en el caso *Macarthys* que el criterio decisivo para la igualdad salarial es la realización del mismo trabajo. En este caso, la demandante, señora Macarthys, alegaba que cobraba 10 libras semanales menos que el varón que la había precedido en ese cargo.⁵² El Tribunal señaló entonces que “[...] el criterio decisivo consiste en estable-

⁴⁹ Decisión de la Corte de 25 de mayo de 1971, caso *Gabrielle Defrenne contra el Estado belga*, demanda de decisión prejudicial del Consejo de Estado belga, asunto 80/70. *Repertorio de jurisprudencia de 1971*, p. 00445.

⁵⁰ Decisión de la Corte de 8 de abril de 1976, caso *Gabrielle Defrenne contra la sociedad anónima belga de navegación aérea SABENA*, demanda de decisión prejudicial del Tribunal de Trabajo de Bruselas, asunto 43/75. *Repertorio de jurisprudencia de 1976*, p. 00455.

⁵¹ Decisión de la Corte de 15 de junio de 1978, caso *Gabrielle Defrenne contra SABENA*, demanda de decisión prejudicial de la Corte de Casación belga, asunto 149/77. *Repertorio de jurisprudencia de 1978*, p. 01365.

⁵² Decisión de la Corte de 27 de marzo de 1980, caso *Macarthys Ltd contra Wendy Smith*, demanda de decisión prejudicial de la Corte de apelación del Reino Unido, asunto 129/79. *Repertorio de jurisprudencia de 1980*, p. 01275.

cer si existe una diferencia de trato entre un trabajador masculino y un trabajador femenino que realizan un mismo trabajo [...] no se puede restringir, por la introducción de una exigencia de simultaneidad, [...] la incidencia de esta noción es de carácter puramente cualitativo [...]” (F.j. 11). De ese modo superó el argumento de la demandada, la empresa británica que objetaba que para la igualdad salarial debía tratarse de trabajos realizados en el mismo período, exigencia de simultaneidad que el Tribunal no aceptó.

El Tribunal ha tenido también oportunidad de reconocer la discriminación por razón de sexo en el trabajo a tiempo parcial, en un colectivo que recibía diferente remuneración cuando el grupo contratado a tiempo parcial era femenino, y esa fórmula encerraba la intención de remunerar más bajo a ese grupo de trabajadoras. Similares circunstancias discriminatorias se esconden detrás de un tipo de cotización a fondos de pensiones de distintos niveles para hombres y mujeres, que en realidad ocultaban, según entendió el Tribunal, una remuneración de distinta categoría, aplicando la prohibición de discriminación que establece la legislación comunitaria.⁵³

En el caso *Gillespie* la Corte estableció que, cuando una mujer está ausente por maternidad, debe pagársele el salario íntegro que percibía trabajando.⁵⁴

En relación con la igualdad de trato en el acceso al trabajo, la Unión elaboró una directiva para regular este tema, la 76/207/CEE del Consejo, de 1976, relativa a acceso al empleo, formación, promoción y condiciones de trabajo. Extendió el principio de igualdad a las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección a los empleos y puestos de trabajo, cualquiera sea el sector o la rama de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional. No obstante, a pesar de la regulación existente, el Tribunal ha tenido que tratar también temas relativos al acceso al trabajo.

Así, es de interés el caso de dos asistentes sociales de la RFA que postularon a una plaza de funcionarias de prisiones. No se las admitió en las pruebas, aduciendo que se exponían a graves riesgos, puesto que se trataba de una cárcel de varones. El Tribunal interno que analizó el caso admitió que había habido discriminación, pero la sanción se limitó a reintegrar los gastos del pleito a las reclamantes. Sin embargo, ellas solicitaron que se impusiera a los infractores la sanción que prevé la directiva comunitaria: contratar obligatoriamente a las discriminadas. El TJCE rechazó esta pretensión, puesto que tal norma únicamente impo-

⁵³ Decisión de la Corte de 11 de marzo de 1981, caso *Susan Jane Worringham y Margaret Humphreys contra Lloyds Bank Limited*, demanda de decisión prejudicial de la Corte de Apelación de Reino Unido, asunto 69/80. *Repertorio de jurisprudencia de 1981*, p. 00767.

⁵⁴ Decisión de la Corte de 13 de febrero de 1996, caso *Joan Gillespie contra Northern Health y Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health y Social Services Board y Southern Health y Social Services Board*, demanda de decisión prejudicial de la Corte de Apelación de Irlanda del Norte, asunto C-342/93. *Repertorio de jurisprudencia de 1996*, p. I-00475.

ne a los Estados comunitarios la obligación de adoptar las medidas necesarias para que los discriminados puedan hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional.⁵⁵

Dos años más tarde el Tribunal estudió el caso *Johnston*. La demandante era una mujer policía que patrullaba en el Ulster, quien, después de un tiempo de servicio en los cuerpos policiales que patrullan sin armas, solicitó su ingreso en otro cuerpo policial, autorizado a portar armas. La solicitud no fue atendida por considerar las autoridades policiales que ese hecho pondría a la señora Johnston en una situación de peligro.⁵⁶ El Tribunal entendió que la Directiva 207 no es absoluta; así, en su artículo 2.2 prevé excepciones en algunas actividades para las cuales, en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio, el sexo constituye una condición determinante. Por ese motivo no aceptó la petición de la demandante.

El caso *Levy*, sirvió para estudiar la igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación con el trabajo nocturno. En esta ocasión un empresario francés fue acusado de violar la directiva 207 y el convenio n.º 89 de la OIT porque contrataba mujeres en el turno de noche de su empresa. Sin embargo, el TJCE no vio en este hecho una vulneración de lo dispuesto en la directiva.⁵⁷

Indudablemente, un punto esencial en materia de no discriminación por razón de sexo afecta a la cuestión laboral y al embarazo. En el caso *Dekker*⁵⁸ el Tribunal dejó clara su postura sobre este punto al señalar:

Debe observarse que sólo las mujeres pueden ser discriminadas en la contratación por razón de su embarazo, y ese rechazo a su contratación constituye una causa directa de discriminación por razón de sexo. [...] Negar un contrato con base en las consecuencias económicas del embarazo está basado específicamente en el embarazo mismo. Esa discriminación no puede ser justificada con base en el coste o pérdidas financieras que el empleador puede sufrir al contratar a una mujer durante su período de embarazo o baja maternal. (F. j. 12.)

En el caso *Hertz* el Tribunal estudió un supuesto de despido por causa del embarazo de la trabajadora y estableció que había sido el embarazo la causa directa del despido. Era por tanto un supuesto de discriminación directa, aunque aceptaba que la

⁵⁵ Decisión de la Corte de 10 de abril de 1984, caso *Sabine Van Colson y Elisabeth Kamann contra Land Nordrhein-Westfalen*, demanda de decisión prejudicial, asunto 14/83. *Repertorio de jurisprudencia de 1984*, p. 01891.

⁵⁶ Decisión de la Corte de 15 de mayo de 1986, caso *Marguerite Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, demanda de decisión prejudicial del Tribunal Industrial de Belfast, Irlanda del Norte, asunto 222/84. *Repertorio de jurisprudencia de 1986*, p. 01651.

⁵⁷ Decisión de la Corte de 2 de agosto de 1993, caso *Ministerio público y Dirección de trabajo contra Jean-Claude Levy*, demanda de decisión prejudicial, asunto C-158/91. *Repertorio de jurisprudencia de 1993*, p. I-04287.

⁵⁸ Decisión de la Corte de 8 de noviembre de 1990, caso *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker contra Stichting Vormingcentrum loor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, demanda de decisión prejudicial, asunto C-177/88. *Repertorio de jurisprudencia de 1990*, p. I-03941.

baja por enfermedad constante sí habría sido causal válida para el despido de la trabajadora.⁵⁹ Expresó el Tribunal:

[...] la Directiva reserva a los Estados miembro la posibilidad de adoptar medidas internas protectoras de la mujer en materia de embarazo y maternidad y por ello reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo. (F.j. 9.)

Complemento de la directiva 207 es la directiva 92/85/CEE, del Consejo, que establece medidas específicas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia, y prohíbe expresamente el despido de la mujer durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad.

Derivado del supuesto de no discriminación por razón de sexo, el Tribunal ha llegado a analizar otros casos, como el de un trabajador que administraba un centro docente dependiente de una autoridad administrativa territorial y que en un momento determinado comunicó al jefe de estudios de su colegio su intención de someterse a una operación de cambio de sexo, de masculino a femenino.⁶⁰ Antes de que eso sucediese fue despedido y presentó su caso ante el TJCE. Éste, tras examinar lo dispuesto en la directiva 207 y en la línea jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo, aceptó que había habido discriminación por razón de sexo. Dijo el Tribunal:

Tolerar esa discriminación supondría atentar contra el respeto a la dignidad y a la libertad a que esa persona tiene derecho y que el TJCE debe proteger. (F.j. 22.)

En materia de relaciones entre personas del mismo sexo el Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse en 1998, cuando la señora Grant, empleada de las líneas ferroviarias del Reino Unido, solicitó para su compañera sentimental las ventajas de gratuidad y reducciones que la empresa concede a las parejas de los trabajadores. Los tribunales británicos deniegan ese derecho a parejas del mismo sexo. En su demanda ante el TJCE la señora Grant alegó que había sido vulnerada la directiva 207.⁶¹

Al analizar el caso, el TJCE estudió el derecho interno de los Estados miembros y concluyó que todavía no hay a este nivel un reconocimiento específico para las uniones del mismo sexo. Examinó también la jurisprudencia del Tribunal de Estrasbur-

⁵⁹ Decisión de la Corte de 8 de noviembre de 1990, caso *Handels-og Kontorfunktionaerernes For bund i Danmark como mandatario de Birthe Vibeke Hertz, contra Dansk Arbejdsgiveforening, mandatario de Aldi Marked, K/S*, demanda de decisión prejudicial, asunto C-179/88. *Repertorio de jurisprudencia*, p. I-03979.

⁶⁰ Decisión de la Corte de 30 de abril de 1996, caso *P. contra S. y Cornwall County Council*, asunto C-13/94. *Repertorio de jurisprudencia*, p. I-02143.

⁶¹ Decisión de la Corte de 17 de febrero de 1998, caso *Lisa Jacqueline Grant contra South-West Trains Ltd.*, asunto C-249/96. *Repertorio de jurisprudencia de 1998*, p. I-00621.

go y llegó a la conclusión de que para éste órgano las relaciones homosexuales no están todavía comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio de Roma. También exploró las decisiones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos, el cual sí admite que el concepto de sexo abarca el de las orientaciones sexuales, posición favorable a incluir entonces las discriminaciones ante relaciones entre personas del mismo sexo dentro del ámbito de protección de la discriminación por razón de sexo. Pero el TJCE no asimiló esta interpretación por cuanto provenía de un órgano no jurisdiccional y terminó por denegar la petición de la demandante, considerando que en esos momentos no eran equiparables las relaciones heterosexuales y las homosexuales. Dejó la puerta abierta al cambio, que de hecho ya se ha producido en varios países de la Unión, para que en el futuro las uniones heterosexuales y las uniones homosexuales reciban el mismo tratamiento.

También se han presentado ante el TJCE casos de discriminación indirecta relacionados con el trabajo a tiempo parcial, la promoción laboral y otros supuestos. El Tribunal acepta las desigualdades de trato siempre que sean compatibles con el derecho de la Unión o estén justificadas por factores objetivos. El caso *Burton* es buen ejemplo de ello. El señor Burton alegó discriminación hacia el sexo masculino, pues su edad de retiro está en 60 años y la de mujeres que trabajan en su misma empresa está en 55. En atención a esa situación, solicitó su retiro antes de llegar a los 60. El TJCE dijo que la directiva 207 permite a los Estados miembros fijar discrecionalmente la edad de retiro para los trabajadores, y que esa diferencia de cinco años en la edad de jubilación entre hombres y mujeres no puede ser considerada una discriminación basada en el sexo.⁶²

Finalmente, la posibilidad de introducir fórmulas de discriminación positiva ha sido analizada por el Tribunal y su jurisprudencia ha marcado una línea de la Comunidad en esta materia. Inicialmente el Tribunal mostró su rechazo hacia las discriminaciones positivas (caso *Kalanke*, de 1993).⁶³ Después de esta sentencia, se modificó el entonces artículo 141, 4.º, de la directiva 207, para permitir el mantenimiento o la adopción por los Estados miembros de medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Así tenemos, dos años más tarde, el caso *Marschall*, en el cual se admitió parcialmente la adopción de esas medidas de discriminación positiva.⁶⁴ En este caso se planteó la legalidad de una ley de la Renania del Norte-Westfalia, la cual señala:

⁶² Decisión de la Corte de 16 de febrero de 1982, caso *Arthur Burton contra British Railways Board*, demanda de decisión prejudicial, del Tribunal Laboral de Apelación del Reino Unido, asunto 19/81. *Repertorio de jurisprudencia de 1982*, p. 00554.

⁶³ Decisión de 17 de octubre de 1995, caso *Eckard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen*, demanda de decisión prejudicial (objeto del litigio: igualdad de tratamiento entre hombres y mujeres, aplicación de la directiva 76/207/ CEE), asunto C-450/93. *Repertorio de jurisprudencia de 1995*, p. I-03051

⁶⁴ Decisión de 11 de noviembre de 1997, caso *Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen*, demanda de decisión prejudicial (objeto del litigio: igualdad de tratamiento entre hombres y

Cuando en un sector haya menor número de mujeres que de hombres, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor.

El TJCE respondió:

[...] el hecho de que dos candidatos de distinto sexo presenten igual capacitación no implica por sí solo que tengan iguales oportunidades. (F.j. 31.)

Ahí se encuentra la necesidad de la llamada *discriminación positiva*, siempre que esta discriminación no juegue automáticamente, es decir, siempre que se respete la cláusula de apertura.

La directiva 97/80/CE de 1997, relativa a la carga de prueba de discriminación por razón de sexo, es muestra palpable de la enorme trascendencia del principio de igualdad en el derecho de la UE. En ella se establece:

Cuando una persona se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato, presente ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente unos hechos, que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponderá al demandado demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

3.8. *Derechos de tercera generación*

El Tratado de Ámsterdam ha intentado ofrecer una protección indirecta a los derechos sociales al proclamar, por ejemplo, su postura a favor de un alto nivel de empleo. Similar es la referencia a la sindicación, que se potencia con el establecimiento de sindicatos a escala comunitaria. El derecho a la huelga está recogido expresamente en el artículo 13 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. En cuanto a la seguridad social, hay un gran volumen de normas de derecho derivado que la convierten en una importante rama del derecho comunitario. Se reconoce el derecho de los trabajadores dependientes, independientes y sus causahabientes a la seguridad social o a un sistema equivalente (artículos 12 y 10 de la Carta de Derechos).

En cuanto a los derechos culturales, cabe señalar que actualmente el Tratado CE regula dentro de la política social el derecho a la educación y a la formación profesional, pero inicialmente esta política de enseñanza y formación no estaba incluida en el ámbito de competencia de las instituciones comunitarias que señalaba el Tratado.⁶⁵ El título XII del Tratado está ahora dedicado a la cultura.

mujeres, cualificación igual entre candidatos de diferente sexo, o prioridad a los candidatos femeninos), asunto C-409/95. *Repertorio de jurisprudencia de 1997*, p. I-06363.

⁶⁵ El caso *Casagrande* (1974) cambió la situación. Decisión de la Corte de 3 de julio de 1974, caso *Donato Casagrande contra Landeshauptstadt München*, asunto 9/74. *Repertorio de jurisprudencia de 1974*, p. 00773.

En materia medioambiental, el Tratado reconoce la protección del medioambiente, pero sin llegar a recogerlo expresamente como derecho fundamental. Lo mantiene unido a la protección que se garantiza al consumidor.

4. Conclusiones

Para finalizar este breve estudio de la jurisprudencia del TJCE —el gran número de sentencias que ha dictado este órgano nos ha obligado a seleccionar las que hemos considerado más relevantes o significativas en cada caso—, no queda sino hacer una valoración final sobre la situación actual del sistema comunitario de protección de los derechos humanos. En ese sentido es necesario reiterar lo que ya se dijo en las primeras páginas de este artículo: el ordenamiento comunitario no nació con la vocación de convertirse en un sistema protector de los derechos fundamentales, sino que con el paso del tiempo y con la evolución de la jurisprudencia del TJCE ha terminado por alcanzar ese ámbito de acción.

Una de las razones que han limitado la acción de la Comunidad en materia de derechos fundamentales ha sido la convivencia, en un mismo espacio geográfico, del sistema comunitario con el sistema europeo de derechos humanos. La Unión veía en el Tribunal de Estrasburgo el órgano competente para la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo, lo cual le permitía relajar el control dentro del sistema comunitario de derechos. Sin embargo, con el tiempo se planteó la necesidad de completar el derecho comunitario, bien con un catálogo propio de derechos fundamentales, bien suscribiendo el Convenio de Roma para ingresar de forma plena en el sistema europeo de protección.

El Consejo de la Unión Europea pidió al TJCE que se pronunciara sobre la cuestión de si la Comunidad Europea estaba facultada para adherirse al Convenio de Roma. El 28 de marzo de 1996 el Tribunal publicó su informe contrario a esa posibilidad,⁶⁶ y lo hizo con base en el principio comunitario de habilitación especial.⁶⁷ De modo que, cerrada en principio esa opción, se optó por otra alternativa: elaborar un catálogo de derechos fundamentales propio de la Unión. Ésta es la intención de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la cual se plasma la experiencia conjunta de las instituciones comunitarias en materia de derechos huma-

⁶⁶ Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

⁶⁷ El artículo 308 (antiguo 235 del Tratado CE) no habilita para ello. Adherir el Convenio de Roma implicaría una modificación del Tratado, y una alteración esencial del sistema comunitario al vincular a la Comunidad a un sistema jurídico-internacional distinto del comunitario, unido a los problemas que la incorporación de todas las disposiciones complementarias al Convenio de Roma tendría para el derecho comunitario.

nos. La Carta fue proclamada por el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión durante la Cumbre Europea de Niza, celebrada en diciembre del 2000.

Uno de principales beneficios de la Carta ha sido recoger en un único texto el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y de todas las personas que viven en el territorio de la Unión.⁶⁸ La razón de elaborar un nuevo texto sobre derechos fundamentales no era la de añadir nuevos derechos, sino la de dejar patentes los ya reconocidos y dar coherencia a los derivados de las sentencias del TJCE.⁶⁹ Se trata de incorporar los derechos sociales y económicos, junto con los derechos civiles y políticos, en un único texto, novedad respecto a los textos internacionales de derechos humanos “tradicionales”.⁷⁰ El problema principal de la Carta es que no ha sido sancionada sino proclamada; no hay en ella ninguna referencia a su valor vinculante.⁷¹ Se optó por esa fórmula: dejarla abierta para discutirla durante el proceso de debate sobre el futuro de Europa.

Ese futuro, con las nuevas ampliaciones de la Unión, viene determinado no ya por la Carta de Derechos de la Unión, sino por la elaboración de la Constitución europea.⁷² Pero ese nuevo proyecto comunitario se encuentra en serios problemas, al no haber conseguido superar la fase de ratificaciones iniciales. Los últimos contratiempos en el proceso de ratificación de la Constitución han llevado a cuestionar la necesidad y la viabilidad de un texto constitucional para toda la Unión. De hecho, según señalan algunos autores,⁷³ ya hay una Constitución europea *ratione materiae*, en la parte de derecho constitucional de los tratados, en el derecho interno y en la jurisprudencia del TJCE. No es una Constitución; en realidad, es un tratado con nombre de Constitución, y además tampoco es una Constitución al estilo europeo, sino al estilo americano o canadiense, pero ésa puede ser una buena solución para adaptar el proceso de integración de una Unión que es más una estructura federal que un Estado, con el sistema de protección de los derechos fundamentales.

⁶⁸ La Carta no otorga derechos nuevos; todos los derechos consignados en ella proceden de convenciones, tratados o de la jurisprudencia del TJCE, aunque algunos son nuevos en el sentido de que responden a inquietudes resultado de la evolución de la ciencia y la sociedad, como pueden ser las nuevas tecnologías o la biotecnología (bioética, protección de datos, etcétera).

⁶⁹ A. A. Herrero de la Fuente (ed.): *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Zamora: Fundación Rei Alfonso Henriques, 2003.

⁷⁰ La Carta establece también el marco genérico para la nueva fase de integración europea, que tiene una vocación política clara para convertirla en instrumento de legitimidad política y moral que expresa la esencia política de las sociedades democráticas europeas.

⁷¹ M. Pi Llorens: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Barcelona: Publicaciones Universidad de Barcelona, 2001.

⁷² *Tratado por el que se crea una Constitución para Europa*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 2004.

⁷³ C. Pereira Menaut: “Res publica europea: propostas constitucionais para a União Europeia medrar en constitucionalismo sen medrar en estatismo”, en AA. VV.: *A Unión Europea do século XXI. Reflexións dende Galicia*, Tórculo, Fundación Galicia-Europa, Universidad de Vigo, 2002, pp. 11-48.

En resumen, estamos en un punto de no retorno; ya no es posible desvincular a la Unión de la protección debida a los derechos humanos, ni es posible desligar al TJCE de su acción tutelar, y al mismo tiempo es imposible evitar que la Unión siga creciendo y que surjan nuevos problemas, enfoques y controversias sobre derechos humanos. Como en el momento actual tanto la Carta de Derechos fundamentales como el Tratado que aprueba la Constitución para Europa siguen siendo retórica jurídica, seguiremos mirando hacia el TJCE para que con su actividad pretoriana siga siendo garantía judicial de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario.

Enrique S. Petracchi (Argentina) *

Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina

El derecho, como pauta reguladora de la convivencia humana, ha experimentado a lo largo de los tiempos una significativa evolución, entre otros aspectos, en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos. Estos derechos son, desde el punto de vista teórico, derechos históricos. Como señala Bobbio, nacen gradualmente, no todos de una vez y para siempre, sino en determinadas circunstancias, caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes; los derechos nacen cuando deben o pueden. Ese desarrollo presenta diversas fases cuyo resultado son las declaraciones sobre derechos humanos.¹ Emergentes demostrativos de esta evolución se encuentran ya en la Ley del Talión, que establece la proporcionalidad de la venganza; en *Antígona*, cuando invoca “las leyes no escritas e inmutables del cielo”; en el Antiguo Testamento, que reconoce los valores fundamentales de los seres humanos, que, a su vez, protege el cristianismo con las prohibiciones contenidas en sus mandamientos al proclamar la igualdad de todos los hombres, y la Reforma, al reclamar mayor libertad en las creencias religiosas; en la Carta Magna de 1215, el hábeas corpus de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689; en la Declaración de Derechos de Virginia, base fundamental de la Constitución norteamericana.

En su progreso, recibe los aportes de las ideas iusnaturalistas, que predicán los derechos del hombre con base en su naturaleza y por el solo hecho de ser tal, derechos que nadie puede, ni siquiera el Estado, sustraerle y que ni él mismo puede enajenar. John Locke² sostiene que el verdadero estado del hombre es el natural, es decir, aquel en el que todos los hombres son libres e iguales. Aun cuando se haya abandona-

* Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina. dbalart@csjn.gov.ar

¹ Norberto Bobbio: *El tiempo de los derechos*, Madrid: Sistema, 1991.

² Robert A. Goldwin: “John Locke”, en Leo Strauss y Joseph Cropsey (comps.): *Historia de la filosofía política*, México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

do tal hipótesis, las primeras palabras de la Declaración Universal de Derechos Humanos conservan un preciso eco de ella: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Un mayor desarrollo conceptual llegará con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa.

Será luego el tiempo de los acuerdos internacionales. El Convenio de Ginebra de 1864, piedra basal del derecho internacional humanitario, protector de las víctimas de los conflictos armados, consagra la neutralidad de la asistencia humanitaria; la Convención de Bruselas de 1889, retomando lo dicho en el Acta de Conferencia de Berlín de 1885, vuelve a condenar la esclavitud y avanza en la adopción de medidas para su supresión.

El constitucionalismo moderno plasma ciertas garantías, que recibirán una consagración más perfeccionada en las declaraciones y tratados elaborados durante el siglo XX. Vendrán, luego, los movimientos obreros, que emprenderán la defensa de los derechos humanos colectivos.

A partir de 1906, los tratados internacionales reflejan un nuevo enfoque en las relaciones entre los Estados, como en el caso de la Convención sobre la Prohibición del Trabajo Nocturno de las Mujeres en Empleos Industriales. Se advierte una especial atención en los temas sociales que trasciende las propias fronteras, cuyo foco son los trabajadores y las condiciones en que se desempeñan. Se registra, asimismo, el inicio de una preocupación por los derechos económicos, políticos y culturales, como lo confirman las Constituciones de México de 1917 y la de Weimar de 1919. En la misma época y por medio de uno de los tratados de Versalles, se establece la Organización Internacional del Trabajo, entre cuyos objetivos figuran la promoción de la justicia social y el respeto de la dignidad de los trabajadores.

Recibidas estas teorías por el legislador, son puestas en la base de una nueva concepción del Estado, que ya no es absoluto sino limitado, porque la combinación de ideas iusnaturalistas con el liberalismo constitucional ha acotado su poder, imponiéndole el respeto de determinados derechos, que resulta en la conquista de las denominadas libertades públicas.

A través de la dinámica de esta nueva concepción, se llega al llamado *Estado de bienestar*, que constituyó una aspiración común de los pueblos occidentales y que ha tenido amplias realizaciones en distintos países. Implica una intervención activa a favor de los ciudadanos y especialmente de aquellos que necesitan mayor ayuda; su campo de acción es esencialmente económico, a fin de lograr la “libertad de la necesidad”. Se vinculan de manera especial a esta noción los derechos de los trabajadores, las retribuciones adecuadas, los seguros y la asistencia social. Estas instituciones, que en el siglo XIX se encontraban en una etapa embrionaria, en el siglo XX alcanzaron un gran desarrollo. Mientras que el Estado de derecho implicaba que se levantaran barreras contra la acción estatal, en el de bienestar se daba impulso a la intervención creadora, dirigida a la satisfacción de los nuevos derechos sociales y económicos;

ellos no podrían realizarse sin una nueva comprensión de las libertades y especialmente de las económicas y del derecho de propiedad privada. Se trataba de ver hasta qué punto el *Estado de bienestar* podía desarrollarse en el marco de un *Estado de derecho*, ya que ambos aparecían como necesidades insuprimibles.

La realidad proporciona el marco para el desarrollo del derecho, y fueron los horrores de la Primera y la Segunda Guerra Mundial los que inspiraron a los Estados en el intento de construir un nuevo orden internacional. La cuestión deviene de interés común y objetivo de la comunidad internacional institucionalizada.

Con la Declaración de Derechos Humanos de 1948 se inicia, pues, otra etapa en la que su afirmación, a la vez universal y positiva, contiene la síntesis de un movimiento dialéctico que comienza con la universalidad abstracta de los derechos naturales, pasa a la particularidad concreta de los derechos positivos nacionales y concluye con la universalidad, no ya abstracta sino concreta, de los derechos positivos universales.

Más aún: en esta nueva etapa de la expansión de los derechos fundamentales, se advierte la necesidad de una sanción no sólo de orden moral, de modo tal que su infracción por los ordenamientos nacionales comporta la responsabilidad internacional del Estado y puede significar la atribución de responsabilidad personal a quienes incurrían en su violación, de lo cual dan cuenta los tribunales internacionales que juzgaron y castigaron los crímenes de lesa humanidad y otros de particular gravedad.

De tal manera, la noción actual de derechos humanos es la síntesis de los aportes del iusnaturalismo, del constitucionalismo liberal y, finalmente, del derecho internacional. Ello significa no sólo la consagración legal de los derechos subjetivos necesarios para el normal desarrollo del ser humano en sociedad, que el Estado debe respetar y garantizar, sino el reconocimiento de la responsabilidad de éste, que queda comprometida en caso de violación no reparada.

Al afianzarse en la comunidad internacional esa idea de que el respeto de los derechos fundamentales de la persona forma parte del orden público internacional, van cediendo ciertos principios derivados de la concepción clásica del Estado soberano.

En razón de estos avances de la ética y en virtud de la actividad de los organismos internacionales, se ha ido elaborando una nueva categoría de tratados o convenios multilaterales, cuyo objetivo no es regular las relaciones entre los Estados ni tender a la integración económica o política, sino imponer a los Estados firmantes estándares mínimos obligatorios de garantía de los derechos fundamentales de sus propios habitantes, por ende, los sujetos activos de tales acuerdos. Estos tratados van formando una nueva rama del derecho que Ekmekdjian se resiste a identificar con el derecho internacional clásico, prefiriendo denominarlo *derecho de la integración humanitaria*.³

³ Miguel Ángel Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires: Depalma, 1993.

En el paso de la consideración del hombre abstracto a la del hombre en las distintas fases de su vida, se observa una demanda continua de nuevos reconocimientos y protecciones. Ello puede advertirse en las diferentes categorizaciones de los derechos: a las amenazas que se desactivan con exigencias de límites al poder corresponden los derechos a la libertad o a una abstención del Estado; a la exigencia a este poder de intervenciones protectoras corresponden los derechos sociales al reclamo de un actuar positivo del Estado. Bobbio señala que las especies son siempre dos respecto de los poderes constituidos: “impedir sus maleficios u obtener sus beneficios”.⁴

Los derechos de tercera o cuarta generación pueden ser de una u otra especie. Los de tercera generación no podrían siquiera haber sido imaginados cuando fueron propuestos los de segunda generación, así como éstos ni siquiera eran aun concebibles cuando aparecieron las primeras declaraciones del siglo XVIII.

Efectuadas estas breves consideraciones introductorias, abordaremos ahora su tratamiento en el contexto jurídico de la República Argentina, donde también se advierte tal evolución.

En el lapso que va entre 1810 —año de la Revolución de Mayo— y 1853, año en el que se sanciona la Constitución que, con reformas, aún nos rige, se formó el derecho público nacional, en el cual tuvieron amplia recepción los conceptos contenidos en las declaraciones de derechos ya formuladas en la época.

En nuestro ordenamiento jurídico existen antecedentes que reconocieron la jerarquía trascendente de los derechos y garantías individuales. Así, pueden mencionarse los decretos de 1811 sobre seguridad individual y libertad de imprenta; los decretos sobre libertad de vientres y libertad de esclavos de países extranjeros de 1813; el decreto que extingue la mita y el yanaconazgo, y declara que los indios son “hombres perfectamente libres y en igualdad de derechos a todos los demás ciudadanos”, también de 1813; y el Estatuto Provisional del año 1815, que establece el deber del cuerpo social de aliviar la miseria y desgracia de los ciudadanos, proporcionándoles los medios de prosperar e instruirse. Estas declaraciones, reiteradas en todos nuestros estatutos, reglamentos, constituciones y tratados anteriores a 1853, fueron luego incluidas en la Constitución.

Fuente de inspiración de los constituyentes fue Alberdi, quien ya en su proyecto de Constitución incorporó una primera parte sobre derechos, garantías, derechos de los extranjeros y garantías públicas de orden y progreso.⁵

La llamada Constitución *histórica* de 1853, inspirada en la norteamericana en el diseño institucional, ya desde su Preámbulo resalta la labor del constituyente con el objeto “[...] de afianzar la justicia, promover el bienestar general y asegurar los bene-

⁴ Bobbio: o. cit.

⁵ Juan Bautista Alberdi: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002.

ficios de la libertad [...]”. A lo largo de su articulado plasma garantías básicas, como la igualdad ante la ley, el debido proceso legal y la defensa en juicio, la libertad de expresión, el principio de legalidad, el de propiedad, el ejercicio de toda industria lícita, entre muchas otras.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su función de intérprete final de la Constitución Nacional, a lo largo del tiempo —y con relación al texto *histórico* a que hemos hecho referencia— fue destacando la especial protección que merecen los derechos fundamentales. Al revisar esos precedentes, se comprueba la evolución en la clase de derechos a los que la Corte atiende y cómo van apareciendo tales reconocimientos, algunas veces como consecuencia del apremio de las circunstancias y valores que el pueblo va afirmando en cada época, y otras, siendo el propio tribunal el que muestra el rumbo. Aunque con terminología diversa que fue instalándose con el devenir del tiempo y la consiguiente evolución del derecho, tal énfasis se advierte en numerosos pronunciamientos.

De las primeras épocas pueden señalarse fallos como el que —respecto de la garantía de defensa en juicio— emitió en el año 1868. Es el primer antecedente en el cual la Corte decidió sobre lo que hoy se conoce como recurso extraordinario *in forma pauperis*, es decir, considerar bien establecidas las peticiones informales interpuestas por personas detenidas. Dijo entonces que “tratándose de personas desvalidas, y a quienes se ha hecho sufrir las molestias de una prisión inmerecida [...] es de equidad y aun de justicia, apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de su ignorancia de las leyes o del descuido de su defensor” (*Peralta y Balderrama*).⁶

En 1887, con un contenido similar al que hoy motivaría una acción en protección del medio ambiente, decidió, con claro sentido social, que determinar las condiciones para instalar saladeros y retirar la autorización a los establecidos cerca de la ciudad, por exigirlo así la salud pública, no atacaba el derecho de propiedad, pues ninguno lo tenía para usar ésta en daño de otro (*Los Saladeristas*).⁷

Ya iniciado el siglo XX, se reconocen los alcances jurídicos de la emergencia, al indicar el Tribunal, en 1922, que ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución Nacional, reviste el carácter de absoluto. Entre tales restricciones, cuya legitimidad no puede discutirse, en principio, sino en su extensión, se encuentran las que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivos. Existen —añadió el Tribunal— circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público se justifica la intervención del Estado en protección de intereses vitales de la comunidad (se trataba, en el caso, de la fijación por ley de los precios de los alquileres). Ante la existencia de un monopolio virtual de las habitaciones para arrendar y la insuficiencia de inmuebles, se había producido sobre la población una opresión econó-

⁶ Fallos, 5: 459.

⁷ Fallos, 31: 273.

mica irresistible. Por ello, y en la medida en que tal situación de emergencia tuviese un límite temporal, se pronunció por la constitucionalidad de una ley que acotaba los precios de los alquileres (*Ercolano c/ Lanteri de Renshaw*, del 28 de abril de 1922).⁸

Sobre las restricciones a ciertos derechos volvió a expedirse al año siguiente, al decidir que el acreedor no podía tener facultades ilimitadas que lo autorizaran a privar al deudor de los elementos indispensables para su vida y su trabajo. Para ello aludió a ciertas normas que excluían el embargo sobre determinados bienes por razones de humanidad; por ejemplo, una parte de los sueldos, los salarios y las pensiones, así como también sobre ciertos objetos de uso indispensable para el normal desenvolvimiento del hogar (*Antonelli c/ Paniza*, del 18 de julio de 1923).⁹

En oportunidad de conocer en un recurso de hábeas corpus denegado, la Corte Suprema destacó, en el año 1923, que dentro de un régimen constitucional que ofrece las garantías de no ser arrestado sino en virtud de orden escrita por juez competente, ni penado sin juicio previo, y que asegura la inviolabilidad de defensa de la persona y de los derechos, no existe otra autoridad competente para restringirlos que los jueces designados por la ley. En mérito a ello, consideró carente de facultades para retener a una mujer —supuestamente demente— al director de un hospicio de alienados, sin que se hubiese operado la necesaria intervención judicial. Ello por cuanto, en el caso, la aplicación de tales normas debía ser más rigurosa (causa *Duba de Moracich*, del 16 de noviembre de 1923).¹⁰

En una particular causa que le fue sometida a decisión, en la cual una mujer naturalizada argentina solicitaba que se la autorizara a enrolarse, el Tribunal consideró que las mujeres, en nuestro sistema constitucional, se encontraban excluidas de la obligación de prestar el servicio militar. Destacó que la Constitución fue promulgada en una época en la cual no habían despertado aún los movimientos feminista ni sufragista, los que se insinúan recién a principios del siglo XX, por lo que, ante la clara letra de la ley, que sólo hacía expresa mención de los “hombres”, desechó la petición. Sostuvo que no se encontraba vulnerado el principio de igualdad ante la ley (artículo 16 de la CN), que significa que no se pueden establecer excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se les concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas (*in re Lanteri Renshaw*, del 15 de mayo de 1929).¹¹ Entiendo interesante hacer mención de este fallo, que es reflejo de la realidad social de la época, pues luego se advertirá su contraste con otro pronunciamiento reciente del Tribunal al que aludiré más adelante (caso *Colegio Monserrat*).¹²

⁸ *Fallos*, 136: 161.

⁹ *Fallos*, 138: 240.

¹⁰ *Fallos*, 139: 154.

¹¹ *Fallos*, 154: 283.

¹² Caso *Cristina González de Delgado y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba s/ amparo*, en *Fallos*, 323: 2659.

Respecto de beneficios sociales establecidos por la ley 11 729, el Tribunal, haciéndose eco del debate parlamentario, sostuvo que el obrero o el empleado que necesitaba del salario para subsistir se encontraba frente al patrón en una situación de notoria desigualdad; por eso la ley y el Estado debían intervenir para evitar el abuso y la arbitrariedad, debido a que la ley de la oferta y la demanda regía para el empleado y el obrero de una manera desigual. Así, otorgar el descanso o vacaciones sin remuneración importaba, en el hecho, negar ese justo reposo, ya que ni el dependiente ni el obrero, en la generalidad de los casos, podían realizar economías y ahorros para costearse la vida y la de su familia. Agregó que el legislador argentino, siguiendo el ritmo universal de la justicia que ha impuesto determinadas condiciones de trabajo, como períodos de descanso e indemnización en caso de infortunios, podía disponer el otorgamiento de las vacaciones pagadas para la mejor conservación de la salud física y espiritual del empleado (*in re Rusich c/ Cía. Introductora de Buenos Aires*, del 20 de julio de 1938).¹³ En la misma línea doctrinaria se expidió el Tribunal respecto de la procedencia del pago al empleado del sueldo anual complementario al pronunciarse en la causa *Castellano y otros c/ Aurelio y Germán Quintana*, en el año 1947.¹⁴ Estos criterios fueron reiterados en numerosas oportunidades en fallos de la década del cuarenta.

En cuanto a la *libertad de conciencia*, en 1949, la Corte dijo que ésta consiste en no ser obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales (*Agüero c/ Universidad Nacional de Córdoba*, del 30 de junio de 1949).¹⁵

Ese mismo año se reformó la Constitución y se incluyó una serie de derechos sociales: del trabajador, de la familia y de la ancianidad.

El gobierno *de facto* establecido en 1955 declaró vigente la Constitución de 1853 con las reformas de 1860, 1866 y 1898, excluyendo la de 1949. En 1957, una nueva reforma introdujo el artículo 14 *bis*, que trata de los derechos de los trabajadores, de la seguridad social y las garantías de los gremios.

Es importante destacar la labor de la Corte adelantándose a las reglamentaciones del momento al crear pretorianamente la acción de amparo para aquellos supuestos en que resultaba inoperante el hábeas corpus por no hallarse comprometida la libertad personal o ambulatoria, pero sí la protección de derechos constitucionalmente consagrados, en los casos *Siri* y *Kot* de 1957 y 1958, respectivamente.¹⁶ Dictada la ley de amparo —1966—, que sólo contemplaba esta vía para impugnar actos u omisiones de autoridad pública y excluía su aplicación cuando la determinación de la

¹³ *Fallos*, 181: 209.

¹⁴ *Fallos*, 208: 430.

¹⁵ *Fallos*, 214: 139.

¹⁶ *Fallos*, 239: 459, y *Fallos*, 241: 297.

eventual invalidez del acto impugnado requiriese la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas, el Alto Tribunal relativizó la prohibición contenida en la ley en el caso *Outon*.¹⁷ Allí sostuvo que la norma se debía interpretar como el medio razonablemente concebido para evitar que la acción de amparo fuese caprichosamente utilizada con el propósito de obstaculizar la efectiva vigencia de las leyes, pero que no era óbice para declarar la inconstitucionalidad de leyes o decretos claramente violatorios de los derechos humanos.

Estos criterios fueron recibidos luego en el artículo 43 de la CN, según el texto reformado en el año 1994, cuestión a la que me referiré posteriormente.

De este período datan algunos fallos del Tribunal que creo interesante mencionar. Así, en relación con una adopción denegada, sustentada en la falta de identidad de religión entre adoptantes y adoptado, la Corte dijo que cabía revocar el fallo, por establecer una discriminación de orden religioso no autorizada por la Constitución Nacional, priorizando, de tal modo, el interés superior del niño (caso *Schwartz*, del 16 de diciembre de 1957).¹⁸

Al expedirse sobre un caso en el que se hallaba comprometido el derecho de reunión, en su voto concurrente con la mayoría, el Dr. Orgaz, presidente del Tribunal, expresó que se trataba de uno de los derechos esenciales del individuo, amparados por la Constitución Nacional. Dentro de la alta jerarquía de esos derechos primarios es, en cierto sentido, el principal, pues más que un derecho concreto y aislado constituye la condición normal para el ejercicio de los demás derechos de una sociedad organizada según el régimen democrático. Por ello, cuando se lo restringe excesivamente, en rigor lo que se restringe con exceso es el ejercicio de la libertad misma en la pluralidad de sus manifestaciones fundamentales (en *Sofía, Antonio y Baquero Fulvio s/ habilitación de feria, días y horas, por reunión denegada*, del 22 de mayo de 1959).¹⁹

Por otra parte, al fallar en la causa *Fernández Arias*, entre sus consideraciones, la Corte argumentó que el desarrollo y el progreso no eran incompatibles con la cabal observancia de los preceptos constitucionales con los que debían integrarse, de modo tal que la expansión de las fuerzas materiales y el correlativo mejoramiento económico de la comunidad fueran posibles sin desmedro de las libertades. Agregó que era falsa y debía ser desechada la idea de que la prosperidad general mencionada en la Carta Magna “constituye un fin cuya realización autoriza a afectar los derechos humanos o la integridad del sistema institucional vigente” (fallo del 19 de septiembre de 1960).²⁰ Destaco el empleo de la expresión *derechos humanos*.

¹⁷ *Fallos*, 267: 215.

¹⁸ *Fallos*, 239: 367.

¹⁹ *Fallos*, 243: 504.

²⁰ *Fallos*, 247: 646.

En *Sánchez Sorondo*, el Tribunal sentó una doctrina que sería retomada en numerosas oportunidades en relación con la libertad de prensa —y a cuyo desarrollo me referiré más adelante—, al destacar que la verdadera esencia de la garantía constitucional a la libertad de imprenta radicaba en que todos los hombres gozan del derecho de publicar sus ideas sin censura previa, pero no en la subsiguiente impunidad de quienes la utilizan para cometer delitos; añadió que era esencial manifestación de tal libertad el ejercicio de la libre crítica de los funcionarios por los actos de gobierno y que no podía negarse que el hombre, un ser político, tenía el derecho natural de pensar y de expresar su pensamiento sobre la cosa pública (pronunciamiento del 30 de abril de 1968).²¹

Después de diversos intentos de retornar a la democracia, condicionados y frustrados por golpes de Estado que interrumpieron el régimen constitucional, se llega al año 1976 con un gobierno *de facto*. Las nuevas autoridades incurrieron en numerosas y graves violaciones de los derechos humanos, las que fueron en muchos casos objeto de denuncia por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que les otorgó el trámite reglamentario. Frente a ello, la CIDH decidió elaborar un informe y realizar una observación *in loco*. La labor desplegada por la Comisión y, en particular, su recomendación en lo que respecta a dar los pasos necesarios para el restablecimiento de la actividad y participación de los partidos políticos en la vida pública de la Nación, así como garantizar a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos políticos, no pueden ser ignoradas como uno de los elementos que contribuyeron tanto a la reinstauración del sistema democrático como al afianzamiento de la conciencia colectiva de respeto y desarrollo de los derechos humanos. Una vez más, los horrores de la realidad generaron la necesidad de adoptar líneas de acción en defensa de los derechos fundamentales conculcados.

Así, en esas difíciles épocas, se requirió la intervención de la Corte, pues numerosos recursos de hábeas corpus recibían como respuesta de las autoridades que las personas en cuyo favor se interponían no se encontraban registradas como detenidas. En razón de ello, el Tribunal expresó que se configuraba una situación de privación de justicia, por lo que, en ejercicio de sus poderes implícitos, exhortó al Poder Ejecutivo a urgir las medidas necesarias a su alcance a fin de que el Poder Judicial pudiera llevar a cabal término la decisión de las causas que le eran sometidas en salvaguarda de la libertad individual, garantizada por la Constitución Nacional (*Pérez Smith*, 1978, entre muchos otros).²²

Pocos años más tarde, la Corte creó pretorianamente el estándar de la efectiva privación de justicia destacando que no sólo se configura cuando las personas se encuentran ante la imposibilidad de recurrir a un tribunal competente o cuando la

²¹ *Fallos*, 270: 289.

²² *Fallos*, 300: 1282.

decisión judicial se aplaza en forma irrazonable o indefinida, sino también cuando no se dan las condiciones necesarias para que los jueces puedan ejercer su imperio jurisdiccional con la eficacia real y concreta que, por naturaleza, exige el orden jurídico, de manera que éste alcance su efectiva vigencia en el resultado positivo de las decisiones que la Constitución Nacional había encomendado al Poder Judicial. Ello, con tanta mayor razón cuando estaban en juego derechos fundamentales de las personas que merecen garantías inviolables por ser tales e integrar, además, el valioso acervo del bien común (*Recchia*, 1983).²³

Hacia fines de 1983, el advenimiento del gobierno democrático fue un hecho propicio para la protección y el reconocimiento por parte de la Corte Suprema de diversos derechos humanos. Lo hizo, en una profusión de casos de los que sólo mencionaré los más resonantes. Así, la igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado fueron defendidos por la Corte Suprema en el caso *Arenzón*, al reconocer el derecho a enseñar que le había sido negado a un profesor en razón de su baja estatura, oportunidad en la que suscribí un voto concurrente con el juez Belluscio, en el que reflexioné acerca de si no sería más compatible con la estructura democrática de un Estado, “[...] antes que el requisito del metro y sesenta, la exigencia de un juramento de lealtad a la Constitución Nacional que incluya el expreso compromiso de repudiar desde la cátedra la promoción por parte de cualquier persona, simple ciudadano o funcionario de los poderes constituidos, de toda idea o acto que conduzcan al desconocimiento de sus principios y garantías fundamentales. Al cabo, nadie es más alto que la Constitución”.²⁴ En el mismo sentido se expidió la Corte Suprema en el precedente *Repetto* al declarar la invalidez de normas provinciales que limitaban el derecho de enseñar de los extranjeros, pues imponían el requisito de la nacionalidad argentina para el ejercicio de la docencia.²⁵

La *objeción de conciencia*, por su parte, tuvo un especial tratamiento en el caso *Portillo*, que representó el comienzo del fin del servicio militar obligatorio, tal como se lo había concebido hasta ese momento, pues se reconoció el derecho de los ciudadanos a que el servicio de conscripción pudiera ser cumplido sin el empleo de armas, con fundamento en la libertad de cultos y conciencias.²⁶ También, en el conocido caso *Bazterrica*, al no permitir incriminar la tenencia de drogas para consumo personal, la Corte Suprema estableció límites estrictos para la injerencia del Estado en la esfera de intimidad de los ciudadanos de acuerdo con la garantía reconocida por el artículo 19 de la Constitución Nacional. En efecto, según lo expresé al fallar esa causa, el artículo citado establece el deber del Estado de garantizar, y por esta vía

²³ *Fallos*, 305: 504.

²⁴ Pronunciamiento del 15 de mayo de 1984, *Fallos*, 306: 400.

²⁵ Sentencia del 8 de noviembre de 1988, *Fallos*, 311: 2272.

²⁶ Sentencia del 18 de abril de 1989, *Fallos*, 312: 496.

promover, el derecho de los particulares a programar y proyectar su vida según sus propios ideales de existencia, protegiendo al mismo tiempo, mediante la consagración del orden y la moral públicos, igual derecho de los demás. Por consiguiente, las conductas de los hombres que no se dirijan contra bienes que se hallan en la esfera del orden y la moral públicos ni perjudiquen a terceros, aun cuando se trate de actos que se dirijan contra sí mismos, quedan, en virtud del artículo 19 de la Constitución Nacional, fuera del ámbito de las prohibiciones legales.²⁷

Por su parte, la *inviolabilidad del domicilio* fue defendida por la Corte Suprema en los casos *Fiorentino*, *Rayford* y *Francomano*, decisiones en las que se señalaron restricciones para la actuación policial en materia de registro y allanamiento domiciliarios, al tiempo que se reconoció la llamada *regla de exclusión*.²⁸

En 1984 se promulga la ley aprobatoria del Pacto de San José de Costa Rica, la que entra en vigor con el reconocimiento de la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Convención Americana es fuente de derechos y obligaciones a partir de la fecha de su ratificación, por ser parte la Argentina de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Es por ello que, a partir de ese momento, algunos integrantes del Tribunal comenzaron a postular en sus votos que los tratados internacionales sobre derechos humanos debían considerarse jerárquicamente superiores a las leyes de la Nación. En esta labor jurisprudencial se advierte la particular atención prestada a las interpretaciones efectuadas por la Comisión y la Corte Interamericana.

Aun antes de que se produjera la reforma del año 1994, que incorpora con rango constitucional los tratados sobre derechos humanos, la Corte Suprema de Justicia emitió numerosos pronunciamientos en relación con ellos, otorgando así efectividad a sus disposiciones.

Entre ellos, corresponde destacar *Ponzetti de Balbín*, de 1984,²⁹ donde se encontraban en tensión el derecho a la intimidad y la libertad de expresión. Allí, la Corte dijo que esta última y la de difusión por la prensa, protegidas por el artículo 32 de la CN, no tienen como fin asegurar la impunidad, y que si la publicación es de carácter perjudicial y con ella se difama, se injuria o se cometen otros delitos o abusos, no pueden caber dudas sobre la facultad del Estado para reprimir o castigar tales publicaciones, sin por eso afectar la libertad de prensa. De ahí que, estando conculcados en la especie el derecho a la intimidad y a la privacidad, protegidos por el artículo 19 de la CN, así como también por el Pacto de San José de Costa Rica —artículo 11,

²⁷ Sentencia del 29 de agosto de 1986, *Fallos*, 308: 1392, y voto del juez Petracchi, considerando 12.

²⁸ Pronunciamientos del 27 de noviembre de 1984, 13 de mayo de 1986, y del 19 de noviembre de 1987, respectivamente; publicados en *Fallos*, 306: 1752, 308: 733, y 310: 2402.

²⁹ *Fallos*, 306: 1892.

incisos 2 y 32—, correspondía imputar responsabilidad a la editorial que había publicado fotografías avanzando sobre la vida privada, protegida por esos instrumentos.

Resulta de interés destacar la doctrina desarrollada por la Corte a partir del caso *Campillay*,³⁰ la que presenta puntos de contacto con el enfoque jurisprudencial de otros países. En esta causa, los propietarios de dos periódicos habían sido condenados a resarcir el daño moral causado al actor a raíz de una publicación que lo involucraba erróneamente en un hecho policial. La Corte confirmó el fallo al reconocer que las publicaciones se habían limitado prácticamente a transcribir un comunicado policial, que luego se demostraría inexacto. Señaló, sin embargo, que ello no excusaba a los editores, porque éstos habían hecho “suyas” las afirmaciones contenidas en aquél. Distinto habría sido —agregó— si con un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que pueden rozar la reputación de las personas, admitida aun la imposibilidad práctica de verificar su exactitud, se hubiese propalado la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito. La atribución a la fuente debe ser *veraz* o *fiel*; cumplida esa condición, se alza una barrera protectora de quien divulgó la noticia.

Al fallar en *Costa*, se refirió a la *libertad de expresión*, que comprende la libertad de dar y recibir información, objeto que ha sido especialmente señalado por el artículo 13, inciso 1.º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que al contemplar este derecho lo declara comprensivo de la libertad de pensamiento. Agregó que tales derechos no son absolutos en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar, a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. Ello es así pues la actividad de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas. No hay duda de que debe evitarse la obstrucción de la prensa libre y de sus funciones esenciales, en tanto se asegure que su desenvolvimiento resulte veraz, prudente y compatible con el resguardo de la dignidad de los ciudadanos. Esta exigencia no implica imponerles a los responsables el deber de verificar en cada supuesto la exactitud de una noticia, sino el de adecuar, primeramente, la información a los datos suministrados por la propia realidad, máxime cuando se trata de noticias con evidente potencialidad injuriosa o difamatoria. En cuanto al estándar de responsabilidad, es más riguroso frente a los particulares —más vulnerables— que frente a los funcionarios públicos, quienes tienen un mayor acceso a los medios periódicos para replicar las falsas imputaciones; los particulares necesitan una amplia tutela contra los ataques a su reputación, mientras que los funcionarios públicos se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicios por una noticia

³⁰ Pronunciamiento del 15.5.86, en *Fallos*, 308: 789.

difamatoria. Establece así lo que podría denominarse la *protección débil del funcionario público* frente a la *protección fuerte del ciudadano común*.³¹ El Tribunal concuerda entonces, mediante el voto de la mayoría, que suscribí junto con los Dres. Belluscio y Bacqué, con la doctrina de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *New York Times v. Sullivan*. Este criterio sería reiteradamente adoptado en posteriores fallos.³²

En tales pronunciamientos, se recepta la doctrina de la *real malicia*, que consiste en la exculpación de los periodistas acusados penalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación sobre su veracidad. Cuando en los hechos han intervenido funcionarios o figuras públicas, o incluso particulares que han adquirido notoriedad suficiente para encontrarse involucrados voluntariamente en la cuestión pública de que trata la información, su situación los obliga a demostrar la falsedad de la noticia, el dolo o la inexcusable negligencia de la prensa.³³

En un fallo posterior, el Tribunal señaló que, cuando se atribuye sinceramente la noticia a una fuente, aquélla deja de ser propia del medio. Al adoptar esa modalidad, se transparenta el origen de la información y se permite a los lectores relacionarla no con el medio a través del cual la han recibido, sino con la específica causa que la ha generado. De este modo, también los propios aludidos resultan beneficiados, en la medida en que sus eventuales reclamos podrán ser dirigidos contra aquéllos de quienes realmente las noticias emanaron y no contra quienes sólo fueron sus canales de difusión.³⁴ Añadió luego que la libertad de expresión no comprende sólo la tutela de las afirmaciones *verdaderas*, sino que se extiende a aquéllas que, aun al no corresponderse con la realidad, han sido emitidas de una forma tal que no merece un juicio de reproche de suficiente entidad.³⁵ En una disidencia, me manifesté a favor de la acreditación de la *simple culpa* en tanto en la especie los afectados eran sólo simples ciudadanos.³⁶

En el ámbito del derecho de familia, la Corte declaró la inconstitucionalidad de las normas que vedaban el divorcio vincular, por considerar vulneradas garantías constitucionales. En mi voto, concurrente con la mayoría, sostuve que el Pacto de San José de Costa Rica exige a los Estados contratantes la adopción de medidas que aseguren la igualdad de derechos y la equivalencia de las responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio y en caso de su disolución, y obliga también a que se tomen

³¹ Fallos, 310: 508.

³² Fallos, 315: 632; 316: 2416, entre otros.

³³ Caso *Vago*, en Fallos, 314: 1517.

³⁴ Caso *Granada*, en Fallos, 316: 2394.

³⁵ Caso *Ramos*, en Fallos, 319: 3428.

³⁶ Fallos, 321: 3170.

disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y la conveniencia de ellos, con lo que se elimina todo tipo de tratamiento desigual de los divorciados o separados de hecho (*Sejean*, 1986).³⁷

Con anterioridad a la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, consideré que, aunque la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes no formaba parte, entonces, del derecho interno por no haberse producido la cantidad de ratificaciones necesarias, tenía pleno efecto en cuanto a la creación de responsabilidad internacional para el Estado argentino en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (*Camps*, 1987).³⁸

Años más tarde, en relación con el *derecho a la identidad*, la mayoría del Tribunal se pronunció en una causa sometida a su conocimiento en contra de la realización de una prueba hematológica dispuesta en un juicio penal respecto de un menor adoptado. En mi disidencia, señalé que se trata de uno de los derechos fundamentales que comprende en su marco tutelar el artículo 33 de la CN. En tanto nada duradero parece poder fundarse a partir de la ignorancia consciente de la verdad, cabe valorar positivamente la realización de un examen de histocompatibilidad a un menor respecto de quienes podrían ser sus abuelos, pues sólo en el interés de aquél puede resultar lo que haga a la determinación de su identidad, interés también protegido por la Convención sobre los Derechos del Niño. Tal instrumento le confiere el derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres (artículo 7, punto 1) y dispone asimismo que los Estados partes, cuando un niño se vea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, deben prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecerla. A ello no pueden oponerse las prescripciones de la ley sobre adopción plena, ya que el derecho a la identidad obra en un plano superior y revela el derecho de todo individuo a conocer su verdad personal, su irrepetible historia que no le puede ser amputada o escamoteada.³⁹

Tuvo el Tribunal ocasión de expedirse, años más tarde, en una causa derivada de la investigación de las sustracciones de menores hijos de detenidos desaparecidos. En ella, la querellante solicitaba un examen hematológico a fin de establecer si una menor sustraída era su nieta, la que, al momento de conocer el Tribunal, había alcanzado la mayoría de edad. A tal examen —ordenado judicialmente a llevarse a cabo de manera compulsiva— se negó la recurrente, por estimar que configuraba una inadmisibles intromisión del Estado en la esfera de intimidad que lesionaba su derecho constitucional a la integridad física y al mismo tiempo no respetaba su decisión de no traicionar los intensos lazos afectivos que mantenía con aquellos que la criaron y a quienes sigue viendo como si fuesen sus auténticos padres. En mi voto, sostuve que en los precedentes en los cuales la Corte había tenido oportunidad de examinar la legitimidad de

³⁷ *Fallos*, 308: 2268.

³⁸ *Fallos*, 310: 1162.

³⁹ Caso *Jorge Müller*, en *Fallos*, 313: 1113.

las extracciones compulsivas de sangre, la situación de hecho y los problemas jurídicos planteados diferían sustancialmente. Hice mención de las normas de derecho interno que establecen que nadie está obligado a declarar contra sí mismo ni contra los parientes más próximos, reconociendo como fundamento la defensa de la solidaridad familiar y el fin de mantener la institución de la familia sin que se destruya por obrar de sus miembros. Por lo tanto, debía en la especie hacerse mérito de la proporcionalidad de la injerencia, pues el examen ordenado por la fuerza sobre la recurrente aportaría pruebas que podrían conducir a la condena de aquéllos a quienes su conciencia le indicaba que debía proteger. En tales condiciones, la medida importaría un intenso ejercicio de violencia estatal sobre el cuerpo de la recurrente, que lesionaría el derecho a la intimidad que el artículo 19 de la Constitución Nacional le reconoce;⁴⁰ la Corte revocó la sentencia del *a quo*.

Volviendo a los instrumentos internacionales, en su oportunidad afirmé que los preceptos del Pacto de San José de Costa Rica eran de aplicación con base en la presunción de operatividad que tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos, mayormente cuando su formulación y contenido excluyen la naturaleza *nítidamente programática* que podría hacer ceder la presunción indicada (*Servini de Cubría*, 1992).⁴¹

Este criterio de operatividad fue adoptado en un fallo mediante el cual se posibilitó la aplicación de una cláusula contenida en un tratado internacional —el artículo 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos—, al que se consideró de jerarquía superior al derecho interno. Esta doctrina, formulada en un pronunciamiento del año 1992 respecto de la superioridad de los tratados, fue recibida en la reforma constitucional de 1994 (*Ekmekdjian c/ Sofovich*).⁴²

A partir de esta reforma del año 1994, se incorporan con jerarquía constitucional los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, por lo que sus prescripciones forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.⁴³

Ellos son:

- 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;

⁴⁰ *In re* V.356.XXXVI.

⁴¹ *Fallos*, 315: 1943.

⁴² *Fallos*, 315: 1492.

⁴³ Artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

- 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 de la Mujer;
- la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y
- la Convención sobre los Derechos del Niño.

El nuevo texto prevé el procedimiento para incorporar, con tal jerarquía, nuevos tratados sobre derechos humanos. Deja así abierto el camino a aquellos instrumentos que vayan plasmando su evolución. Así ha ocurrido con la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad, que recibieron rango constitucional en 1997 y en 2003, respectivamente.

De otro lado, en el primer párrafo del artículo 75, inciso 22, de la CN, se reconoce a los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales jerarquía superior a las leyes.

Si bien la reforma dejó inalterada la primera parte de la CN, relativa a los derechos y garantías —parte dogmática—, el nuevo texto debe interpretarse como un todo coherente, una unidad normativa que, merced al enriquecimiento operado por la incorporación del derecho internacional humanitario de los tratados, ha comportado la resignificación de los derechos fundamentales ya contemplados en el texto histórico. Se ha operado así una notable expansión del contenido de tales derechos al incorporar nuevos intereses, bienes y expectativas como consecuencia de las sucesivas y no agotadas reivindicaciones y luchas de los individuos y de los grupos sociales en los que ellos se integran a fin de lograr mayores espacios de igualdad, libertad y solidaridad.

Este criterio interpretativo ya fue adelantado por el Tribunal en el año 1963, cuando sostuvo que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución, siendo todas de igual jerarquía, deben armonizarse con los demás que consagran los otros preceptos constitucionales, ya sean éstos llamados individuales o atribuciones estatales, y que tales derechos deben actualizarse con arreglo a las leyes que reglamenten su ejercicio.⁴⁴

Son decididamente muy numerosos los pronunciamientos del Tribunal que hacen referencia a tales acuerdos sobre derechos humanos en los últimos años.

En especial, mencionaré el caso *Comunidad Homosexual Argentina*, en el que, poco tiempo antes de la mencionada reforma constitucional de 1994, tuve ocasión de emitir un voto en disidencia en el que consideré irrazonable la decisión que

⁴⁴ CSJN, *Héctor Luis Cuello*, pronunciamiento del 13 de mayo de 1963, en *Fallos*, 255: 293.

denegaba a aquella asociación el otorgamiento de la personería jurídica, con el fundamento de que la pública defensa de la condición homosexual no se compadecía con las exigencias del “bien común”.⁴⁵ Allí, con la finalidad de dejar en claro que existía una restricción sustancial al derecho constitucional de asociación que no se compadecía con el artículo 14 de la Constitución Nacional, tuve en cuenta, particularmente, lo dispuesto en los artículos 22.1 y 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 16.1 y 16.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, normas que, además de consagrar con amplitud el derecho a la libre asociación, prevén que únicamente la ley puede restringir el ejercicio de este derecho. Entonces, expresé que “[...] el Estado no puede limitar la libertad de aquéllos cuyas ideas, forma de vida o aspecto físico sean rechazados por la mayoría de sus conciudadanos [...] Y, en este sentido, no sería exagerado expresar que la ya larga historia de las reacciones sociales contra la homosexualidad es un capítulo de la historia de la intolerancia social”. Puesto que sería impropio —y sumamente extenso— recordar la multiplicidad de aspectos que examiné en mi voto, sólo añadiré que entonces afirmé: “La ideología que anima a la Carta Magna rechaza el modelo de sociedad monolítica y uniforme, y la fuerza visceral con que, a veces, tratan de imponerse las palpitaciones de la mayoría, y propicia, en cambio la diversidad de creencias, opiniones, actitudes y formas de vivir, configurativas de una pluralidad en la que cada individuo formula su propio plan de vida desde su libertad y, al mismo tiempo, desde sus personales e intransferibles condicionamientos. [...] Una discriminación fundada en la diversidad de ciertos comportamientos sexuales no es inconstitucional porque es inválida cualquier distinción sobre esa base, sino porque dicha discriminación resulta inequitativa al ser sólo justificable por remisión a las aparentes preferencias de la mayoría”.

En 1995, la Corte Suprema falló el caso *Dessy*, en el que declaró la inconstitucionalidad de ciertas normas que establecían restricciones para el envío de la correspondencia que despachan los internos de establecimientos penitenciarios y que, básicamente, consistían en el deber de los reclusos de presentar la correspondencia en sobre abierto ante las autoridades del penal y en habilitar a éstas a tomar conocimiento del contenido de las misivas e impedir su curso regular. Al fundar el voto que suscribí conjuntamente con los jueces Fayt y Boggiano, recordé que “Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5, inciso 2; en términos análogos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 7), [...] pues los prisioneros son, no obstante ello, *personas* titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso [...]”. También expresé que “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha rechazado, bien que con arreglo a su ordenamiento, que una pena privativa de la libertad

⁴⁵ Sentencia del 22 de noviembre de 1991, *Fallos*, 314: 1531, voto del juez Petracchi.

—pronunciada por un tribunal competente contra una persona reconocida culpable—entrañe ‘inevitablemente’ consecuencias que repercutan sobre el artículo 8 —relativo al respeto de la correspondencia— del Convenio de Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (caso *Golder*, del 21 de febrero de 1975, n.º 44, en ‘Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 Años de Jurisprudencia 1959-1983’, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Madrid, s/f, pág. 268)”. En suma, rechacé por inconstitucional la interpretación efectuada por los tribunales inferiores respecto de las normas que establecían las restricciones antedichas, pues sin distinción de oportunidades, situaciones, condiciones, causas ni remitentes o destinatarios, se permitía que “Toda carta de todo preso, en todo momento, y dirigida a cualquier persona [...]” estuviese sometida al régimen aludido, lo cual implicaba “[...] sin ambages, un allanamiento general e incesante del derecho durante el lapso de la condena”.⁴⁶

En el mismo año, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de una norma de forma (artículo 459, inciso 2.º, del Código Procesal Penal de la Nación, que condicionaba la facultad de recurrir el fallo de acuerdo con el monto de la pena), por violar el artículo 8, inciso 2, apartado *h*, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*Giroldi, Horacio David*, 7 de abril de 1995).⁴⁷

También decidió que, si la tramitación de un proceso en sede provincial y el dictado de la sentencia final del pleito, no obstante los reiterados oficios inhibitorios de un juez nacional, importan una efectiva privación de justicia y un estado de indefensión para el demandado, corresponde que la Corte asuma el conocimiento de la causa y decrete la nulidad de lo actuado en sede local, considerando el trámite prolongado del expediente. De tal modo, quedan salvaguardadas al máximo las garantías acordadas por el artículo 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido de que toda persona tiene derecho a que, en un plazo razonable, se determinen sus derechos y obligaciones de índole civil o de cualquier otro carácter (*Fernández, Mario Arturo v. González, Roberto*, 22.6.93).⁴⁸

En la causa *Artigué*, en mi voto concurrente con la mayoría, sostuve que la sola falta de respeto a los derechos humanos fundamentales reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la sola denegación de su amparo, gubernativo o jurisdiccional, constituirían violaciones directas de tales derechos, en función del deber de respetarlos y garantizarlos, establecido por el artículo 1.1 del tratado.⁴⁹

En cuanto a la Convención de los Derechos del Niño, la Corte Suprema, en el caso *Wilner, Eduardo Mario v. Osswald, María Gabriela*, de junio de 1995, aplicó

⁴⁶ Sentencia del 19 de octubre de 1995, *Fallos*, 318: 1894, voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano.

⁴⁷ *Fallos*, 318: 514.

⁴⁸ *Fallos*, 316: 1549.

⁴⁹ *Fallos*, 317: 247.

en forma directa y armonizada los preceptos de la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños y de la Convención sobre los Derechos del Niño, respecto a un pedido de restitución de una menor. En relación con el artículo 12 de esta última, expresó que la intervención del asesor de menores de ambas instancias satisface la obligación que impone dicha disposición a los Estados de garantizarle al niño el derecho a ser oído.⁵⁰

En la causa *Urteaga*, en la que el actor pretendía —mediante la acción de hábeas data deducida— obtener la información existente en los bancos de datos de distintos organismos respecto de su hermano desaparecido, consideré que debía admitirse aquella pretensión. En sustancia, sostuve que “[...] el instituto del hábeas data está entrañablemente vinculado al derecho a la intimidad, como un instrumento destinado a evitar injerencias extrañas en la vida privada, pero también a fin de proteger el honor, el derecho a la identidad y a la propia imagen [...]”. Mencioné que “El ‘derecho al libre acceso a la información’, recibido expresamente en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 13, inciso 1.º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...]”, también aparece claramente ligado al hábeas data en el derecho comparado de varios países latinoamericanos, y vinculé las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 11, inciso 2.º) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17, inciso 1.º) —que mencionan la prohibición de someter al individuo a “injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada” o en la de su familia— con el caso. En efecto, sostuve que “[...] la negativa del Estado a proporcionar la información que estuviera registrada acerca del destino de una persona posiblemente fallecida, afecta indudablemente la vida privada de su familia, en tanto ésta ve arbitrariamente restringida la posibilidad de ejercer derechos tan privados como el del duelo o el de enterrar a los propios muertos”.⁵¹

La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer fue objeto de tratamiento en la causa *Cristina González de Delgado y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba s/ amparo*, de septiembre del 2000. El Tribunal sostuvo que el derecho de aprender, previsto en la Constitución Nacional, no otorga a los padres de los alumnos el derecho a que se mantenga un régimen de educación diferenciada por sexos.

En el caso en cuestión, un grupo de padres de alumnos regulares de un colegio dependiente de una universidad nacional interpuso una acción de amparo a fin de obtener que el consejo superior se abstuviera de aprobar un proyecto por el cual el colegio, que por una inveterada costumbre sólo admitía varones, se transformara en un establecimiento de carácter mixto. Sostuvieron, entre otras razones, que la enseñanza orientada a varones era lo que mejor se adaptaba a la naturaleza y estructura

⁵⁰ *Fallos*, 318: 1269.

⁵¹ Sentencia del 15 de octubre de 1998, *Fallos*, 321: 2767, voto del juez Petracchi.

de la personalidad de sus hijos, y que la transformación que cuestionaban importaría un cambio drástico de esa situación. La demanda fue rechazada en primera y segunda instancia, y los actores plantearon un recurso extraordinario que fue rechazado, por considerar que, según las normas legales aplicables, nada impedía a las autoridades tomar decisiones relativas a las políticas educativas que consideraran pertinentes, aun cuando afectaran el régimen interno del establecimiento. A ello se sumó la autonomía universitaria prevista en el artículo 75, inciso 19, de la CN.

En el fallo, la Corte dijo que, si bien los padres, en cuanto agentes naturales y primarios de la educación de sus hijos, según lo establece la ley, tienen derecho a elegir la institución educativa que responda a sus convicciones filosóficas, éticas o religiosas, y como integrantes de la comunidad educativa pueden participar en las actividades de los establecimientos, ello no implica que tengan un derecho a definir el proyecto educativo institucional, pues es competencia propia de quienes tienen a su cargo la dirección de los establecimientos.

En mi voto concurrente, expresé que la existencia de un único colegio nacional, el Monserrat, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, que escolarizaba exclusivamente a alumnos varones, sin que exista otro bachillerato de calidad similar dedicado a alumnas mujeres, resulta violatoria del artículo 10, incisos *a* y *b*, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y de las demás normas antidiscriminatorias.

Cinco jueces pronunciaron votos también concurrentes, por separado, que contenían consideraciones acerca del principio de igualdad y la condición de la mujer, con referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño. Uno de esos votos hace referencia al artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), a la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos *Abdulaziz, Cabales y Balkandali* (28.5.1985) y a precedentes de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.⁵²

En una causa en que se configuraba una cuestión de competencia para entender en un caso vinculado con la aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el Tribunal sostuvo que, más allá de las discusiones acerca de su operatividad y su prevalencia en el orden jurídico interno (doctrina de *Ekmekdjian c/ Sofovich* ya citado, entre otros), no existía conflicto entre las disposiciones del tratado y la legislación interna. Ello por cuanto, desde antiguo, los ordenamientos procesales sustanciales nacionales protegen de modo prevalente la integridad física y psíquica de los detenidos y castigan su afectación. Agregó el Tribunal, haciendo mención del precedente *Artigué*, que tampoco obstaría a su

⁵² Fallos, 323: 2659.

protección la inexistencia de legislación interna, pues en materia de derechos humanos ello no es requisito indispensable.

En *Arce*, sostuve que los tratados internacionales sobre derechos humanos no son un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados, sino que, por el contrario, buscan establecer un orden público común cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios. Sus garantías deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los Estados contratantes.⁵³

Respecto de las opiniones de las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos, ya desde el año 1992 señalé que constituyen una pauta muy valiosa para interpretar las disposiciones de la Convención Americana; en tal sentido se pronunció el Tribunal en *Bramajo*, en 1996.⁵⁴

Este valor asignado a tales decisiones como pauta de interpretación ha ido adquiriendo un mayor énfasis, como puede observarse en el pronunciamiento recaído en la causa *Astiz*.⁵⁵ Allí dijimos con el juez Zaffaroni que, a partir del caso *Barrios Altos* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resultaban contrarias al Pacto de San José de Costa Rica todas aquellas normas que impidiesen la investigación y la condena de hechos como los que motivaron la sentencia por la que se solicitaba la extradición: complicidad en arrestos ilegales seguidos de torturas.

En relación con los nuevos derechos, el texto reformado de los artículos 41 y 42 de la Carta Magna ha ampliado la legitimación activa al incorporar los intereses generales o derechos de incidencia colectiva, tales como el derecho a un medio ambiente sano y apto para el desarrollo humano, sin comprometer a generaciones futuras; la protección de los intereses de los usuarios y consumidores, buscando para la resolución de los conflictos que se susciten respecto de ellos vías rápidas como el amparo o el recurso a medios alternativos, como la mediación y el arbitraje.

La Corte ha contribuido con sus fallos a ese ensanchamiento de la legitimación procesal, admitiendo demandas que propenden a la protección de estos nuevos derechos. De este modo, hizo operativa la cláusula constitucional de los intereses difusos. En tal sentido, ha expuesto que la CN reconoce expresamente la legitimación para interponer la acción de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados directos, entre ellos, las asociaciones, por el acto o la omisión que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. Agregó que la vida de los individuos y su protección —en especial el derecho a la salud— constituyen un bien fundamental en sí mismo, que a su vez resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. El Estado, pues, no sólo debe abstenerse de intervenir en el

⁵³ Pronunciamiento del 14 de octubre de 1997, en *Fallos*, 320: 2145.

⁵⁴ *Fallos*, 319: 1840.

⁵⁵ Sentencia del 11 de diciembre de 2003.

ejercicio de los derechos individuales, sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio. Por ello, un individuo —como ocurría en la especie— gravemente enfermo no estaba en condiciones de optar por su propio plan de vida (principio de autonomía). Tuvo en cuenta que el derecho a la salud también está reconocido en los tratados internacionales de jerarquía constitucional, entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12.c), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 4 y 5) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6.1). Asimismo, en lo referente a las obligaciones positivas del Estado, observó que el legislador sancionó la ley que declara de interés nacional la lucha contra el sida, que reconoce expresamente el derecho de las personas portadoras, infectadas o enfermas a recibir asistencia adecuada.⁵⁶

Respecto de uno de los integrantes de la Junta Militar que destituyó al gobierno constitucional en 1976, quien ya había sido sometido a un juicio anterior, fue planteada por la defensa la excepción de cosa juzgada, que fue rechazada por no configurarse en el caso la identidad de objeto, ya que los hechos imputados en este expediente eran la apropiación de menores individualizados, delito que no se había imputado anteriormente. En mi voto concurrente con la mayoría, que confirmó lo decidido, sostuve que, al haber ingresado el Estado al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una imprescindible pauta de interpretación, cuya significación, así como la de las directivas de la Comisión Interamericana, ha sido reconocida reiteradamente por el Tribunal. A partir de lo resuelto por la Corte Interamericana en la causa *Barrios Altos* —agregué—, han quedado establecidas fuertes restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal de conductas como las que se le atribuyen al imputado.⁵⁷

Recientemente, el Tribunal ha emitido ciertos fallos en los que se ha hecho particular aplicación de los derechos protegidos por tratados internacionales.

Con relación a los *crímenes de lesa humanidad*, se consideró que el artículo 2.º de la Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas define la desaparición forzada en términos de una precisión tal que resulta más que suficiente para imponer su operatividad (*Nicolaidis*).⁵⁸

Relacionado con este tipo de delitos, el 24 de agosto de 2004, el Tribunal se expidió en el caso *Arancibia Clavel*, en el cual se hallaba en discusión la imprescriptibilidad de conductas imputadas por su calidad de crímenes de lesa humanidad. Entendió que, en la especie, se hallaba configurada la conducta como crimen de lesa

⁵⁶ *In re Asociación Benghalensis* del 1.6.2000, en *Fallos*, 323: 1339.

⁵⁷ *Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción*, sentencia del 21.8.03.

⁵⁸ *Fallos*, 323: 2035.

humanidad, dado que el imputado formaba parte de una agrupación destinada a perseguir a los opositores políticos del gobierno *de facto* recurriendo a homicidios, desaparición forzada de personas y tormentos, con aquiescencia de funcionarios estatales. Tales conductas constituyen una violación de los derechos reconocidos por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que los Estados partes están obligados a proteger y garantizar, incorporada al derecho interno con rango constitucional. Dijo el Tribunal que tales crímenes eran delitos contra el *derecho de gentes* y que la Convención, al afirmar su imprescriptibilidad, reconocía una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario con anterioridad a la celebración del instrumento referido. Agregó que las cláusulas de los tratados modernos gozan de la presunción de su operatividad por ser, en su mayoría, claras y completas para su directa aplicación por los Estados partes sin necesidad de una implementación directa. En virtud de tales consideraciones, en mi voto concurrente con la mayoría sostuve que las reglas de la prescripción de la acción penal previstas por el ordenamiento jurídico interno quedaban desplazadas por la Convención.⁵⁹

En oportunidad de que la Corte Suprema declarara la inconstitucionalidad de ciertas normas que excluían del padrón electoral a los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperaran su libertad (causa *Mignone*), tuve ocasión de examinar con detenimiento el contenido del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Allí, tras resaltar que el sufragio universal hace a la sustancia del Estado constitucional contemporáneo, expresé —en un voto concurrente con el juez Fayt— que, en aquel artículo de la Convención, el elenco de casos en los cuales se permite la reglamentación por ley interna del ejercicio de los denominados *derechos políticos* constituye un número cerrado y, por su propia naturaleza, de interpretación restrictiva. Desde tal perspectiva, teniendo en cuenta que la Convención Americana sobre Derechos Humanos solamente alude a los casos de “condena, por juez competente en proceso penal”, señalé que resulta prístino que la exclusión del padrón electoral referente a “[...] los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad [...]” no se ajusta a las directivas de dicho instrumento internacional.⁶⁰

El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue objeto de un exhaustivo examen por parte de la Corte Suprema en el caso *Brusa*, a raíz de la remoción de un juez federal de primera instancia con asiento en una provincia, que había sido dispuesta mediante la decisión del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación y, cuya *recurribilidad* ante un órgano judicial había sido negada con sustento en la cláusula contenida en el artículo 115 de la Constitución Nacional. Si bien

⁵⁹ Inédito, <<http://www.csjn.gov.ar>>.

⁶⁰ Sentencia del 9 de abril de 2002, *Fallos*, 325: 524; voto de los jueces Fayt y Petracchi, considerandos 10 y 15.

las diferencias de matices y la riqueza que caracterizan a la totalidad de los votos concurrentes emitidos impedirían referirme a todos ellos, sin embargo, me parece pertinente recordar lo expresado en el que suscribí conjuntamente con el juez Zaffaroni. En esa ocasión, recordé el alcance que al citado artículo 25 de la Convención le otorgó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC 9/87, del 6 de octubre de 1987, y en la sentencia dictada el 30 de mayo de 1999, en el caso *Castillo Petruzzi y otros*, en el sentido de otorgar a toda persona que invoca una violación de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención Americana sobre Derechos Humanos la efectiva posibilidad de acceso a un órgano judicial *stricto sensu*. Por esta razón —tras considerar que el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación es un tribunal, pero no un tribunal *judicial* en el estricto sentido al que se hizo referencia— expresé que su sola intervención no satisfacía los requerimientos del citado artículo 25 de la Convención, lo cual obligaba a abandonar una interpretación rígidamente literal de la *irrecorribilidad* consagrada en el artículo 115 de la Constitución Nacional y armonizar esa cláusula con el resto de la Ley Fundamental, otorgándole a dicha *irrecorribilidad* el alcance señalado en la doctrina del caso *Nicosia*.⁶¹

No puedo dejar de mencionar dos recientes fallos dictados en causas en las cuales se hallaban comprometidos derechos de los trabajadores.

En *Vizzoti*, la Corte Suprema atendió a un cuestionamiento sobre la constitucionalidad de un artículo de la Ley de Contrato de Trabajo que establece un tope para la situación de disolución del contrato, circunstancia en la que el trabajador, si el despido es arbitrario, se encuentra protegido por lo estatuido por el artículo 14 *bis* del texto constitucional. Por otro lado, en el artículo 28, la CN enuncia el principio de su supremacía y dispone que los principios, derechos y garantías reconocidos por ella no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio. En la relación de empleo —dijo la Corte—, el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional, no sólo por lo dispuesto en el artículo 14 *bis* ya mencionado, sino por el renovado ritmo universal que representa el derecho internacional de los derechos humanos, de lo cual son prueba elocuente la Declaración Universal (artículos 23-25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XIV) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 6 y 7). Exhibe singular relevancia el artículo 6 del citado Pacto, pues, en seguimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 23.1), enuncia el “derecho a trabajar” (artículo 6.1), comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera sea la clase de éste; derecho al trabajo que, además de estar también contenido en la Declaración Americana (artículo XIV) y en la Convención

⁶¹ Sentencia del 11 de diciembre de 2003, publicada en *Fallos*, 316: 2940, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni.

sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.e.i), debe ser considerado inalienable de todo ser humano. De todo ello se concluye que, aun cuando se acepte un sistema tarifado para las reparaciones, en este caso, admitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en los artículos 14 *bis* y 28 de la CN. Agregó el Tribunal que aceptar que sean las “leyes” del mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica importaría (aunque se admitiera su conveniencia), pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el derecho internacional de los derechos humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad (*in re Vizzoti c/AMSA S.A. s/ despido*, del 14.9.2004, inédito).⁶²

El Alto Tribunal entendió en un expediente en que se había deducido la inconstitucionalidad de un artículo de la Ley de Riesgos del Trabajo que representaba una valla para el trabajador que sufriese un infortunio laboral para recurrir a la justicia ordinaria en procura de una reparación integral. En los fundamentos de su sentencia, recordó nuevamente el carácter protectorio de las normas consagrado en el artículo 14 *bis* de la CN, texto que se ha visto fortalecido con los renovadores impulsos del constitucionalismo social y muy enfáticamente por los textos internacionales de jerarquía constitucional. Así, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 7 y 12, dispone el reconocimiento de los Estados partes del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental, y de las normas para el mejoramiento de las condiciones de desempeño. El artículo 7.b implica que, una vez adoptada la legislación pertinente, uno de los aspectos más cruciales sea la reparación a que tengan derecho los dañados. Después de efectuar una reseña de los diversos instrumentos internacionales de rango constitucional que aluden al tema, señala el Tribunal que, mediante la exención de la responsabilidad civil del empleador frente al daño sufrido por el trabajador, la Ley de Riesgos del Trabajo no ha tendido a la realización de la justicia social; antes bien, ha marchado

⁶² Este fallo puede consultarse en la página web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, <<http://www.csjn.gov.ar>>.

en sentido opuesto al agravar la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo y, en consecuencia, formula una “preferencia legal” inválida por contraria a la justicia social. Concluye, de tal modo, que el artículo 39 de la mencionada ley de riesgos es inconstitucional. (*in re Aquino*, del 21.9.04).⁶³

Este itinerario —no exhaustivo— sobre las diversas doctrinas expuestas por la Corte Suprema de Justicia en materia de derechos fundamentales me conduce a memorar la pregunta que se formulaba Kant sobre “si el género humano está en constante progreso hacia mejor”,⁶⁴ a lo que respondía afirmativamente con sustento en la disposición moral de la humanidad que no se limita a vincularse con intereses individuales.

Inspirado en estas reflexiones, Bobbio señala que, desde el punto de vista de la filosofía de la historia, el debate actual se ha ampliado e intensificado, lo que puede ser interpretado como un signo premonitorio del progreso moral de la humanidad.⁶⁵

Ahora bien, no podemos soslayar, al referirnos a la evolución del devenir histórico de los derechos humanos, que la amplitud que ha adquirido en el debate esta cuestión —en tanto percibida como progreso moral de la sociedad— no puede quedar en el terreno de las formulaciones teóricas, sino que será la efectiva aplicación en los hechos la que le otorgue su auténtica dimensión.

Es en esa cristalización en los casos concretos —por la cual las normas logran su reconocimiento efectivo— donde la delicada misión de los jueces encuentra uno de sus más profundos sentidos. Porque es sabido que el imperio del derecho tiene su manifestación más eminente en el acto jurisdiccional, ya que la norma sólo es una formulación abstracta hasta que se aplica a los individuos.

De allí la importancia de la labor que desde antaño viene desarrollando el Tribunal mediante sus fallos, pues es su función exclusiva la decisión final de las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución Nacional.⁶⁶ Ello importa atribuir a su interpretación una autoridad que no es sólo moral sino también institucional y a la cual los tribunales inferiores deben un leal acatamiento.⁶⁷

De este modo, su doctrina contribuye de manera constante al eminente cometido de crear una mayor conciencia y comprensión sobre la existencia, el contenido y los alcances de los derechos humanos.

⁶³ Inédito, <<http://www.csjn.gov.ar>>.

⁶⁴ I. Kant: *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Turín: Utet, 1965, pp. 219-220.

⁶⁵ Norberto Bobbio: o. cit., p. 97.

⁶⁶ Recuérdese, en este aspecto, la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos.

⁶⁷ *Fallos*, 212: 251; 303: 1769, entre muchos otros.

**Mariano Capel, Paula Harrington,
Magali Miranda, Federico Robledo y Daniel Tur ***

Coordinador: Fabián Ferreira

Paisajes de una Argentina invisible **

Introducción

Hablar de derechos humanos es hablar de dos conceptos fundamentales: *el derecho* y *el humano*, no como dos aspectos diferenciados sino como la comunión de ambos en una misma unidad. En este trabajo centraremos nuestro estudio en una clase de derechos humanos: los *derechos económicos, sociales y culturales*, poniendo el acento en un derecho particular: *el derecho a un nivel de vida adecuado*.

Éste no es tan sólo un derecho; es el punto donde confluyen un cúmulo de derechos y condiciones necesarios para vivir dignamente. Ello lo convierte en un problema complejo que resiste ser abordado desde un enfoque unidimensional. Cualquier análisis de este tipo sería incompleto, nos mostraría un rostro parcial del problema. Es por ello que lo abordaremos con una mirada *multidimensional*. Analizaremos la dimensión teórica, la dimensión normativa y la dimensión de la realidad, tomando en este último punto tres ejes principales: salud, pobreza y educación.

* Alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. <danytur@gmail.com>, <avilapaz@satlink.com>, <magam2000@hotmail.com>

**Trabajo presentado en las III Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional, realizadas los días 8, 9, 10 y 11 de junio de 2005 en Montevideo, Uruguay. Fue premiado con la Distinción Konrad Adenauer al trabajo de mayor calidad.

Es importante mencionar que la exposición oral duró exactamente treinta minutos. En su transcurso, en una pantalla gigante se proyectaba un reloj y cuatro contadores.

Queremos agradecer muy especialmente a nuestro coordinador, el Prof. Dr. Fabián Ferreyra, por su incondicional apoyo, tolerancia y compañía. También a nuestras familias y seres más cercanos, que siempre creen en nosotros.

1. Los derechos económicos, sociales y culturales en el derecho

1.1. Los derechos económicos, sociales y culturales:

¿constituyen una clase diferenciada de derechos humanos?

Al iniciar este trabajo nos encontramos con una primera dificultad cuando intentamos distinguir tajantemente entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro. De allí que las primeras palabras no sean una afirmación sino un interrogante: *¿es posible predicar tan radical diferenciación?*

Creemos que no. El *quid* de los derechos fundamentales es ser inherentes a la condición humana. Luego, cualquier clasificación que se hiciere puede obedecer a múltiples parámetros —históricos, didácticos, políticos, etcétera—, pero jamás podrá sostenerse que existen diferencias de esencia entre los derechos humanos. El alfa y el omega de todos y cada uno es la dignidad del hombre.

Los derechos fundamentales, al decir de Gros Espiell, no sólo comparten una naturaleza común, sino que también constituyen un complejo integral, único e indivisible, en el que se encuentran necesariamente *interrelacionados* y son *interdependientes*.¹

No es posible concebir a los derechos humanos como compartimientos estancos, ni mucho menos establecer entre ellos una graduación jerárquica. “Todos ellos tienen por su igual naturaleza y por su recíproca interdependencia, igual jerarquía e importancia”.² Todos son derechos humanos, y para realizar la dignidad del hombre se necesitan unos a otros. *Son todos importantes, son todos necesarios.*

Se colige que el tratamiento de cualquier derecho fundamental, en nuestro caso *el derecho a un nivel de vida adecuado*, importa ineludiblemente tocar, aunque sea de manera indirecta, otros derechos fundamentales. No se puede pensar en un derecho aisladamente; debe pensárselo en el complejo en el que está inserto y del cual es parte.

1.2. El derecho a un nivel de vida adecuado: *dimensión normativa y conceptual*

¿Es posible el cumplimiento total y absoluto de todos los derechos humanos de todas las personas en todas partes del mundo? *Prima facie* diríamos que no; ello implicaría pensar en un mundo perfecto. El ser humano es por naturaleza imperfecto y, conforme a René Descartes, “no puede salir nada perfecto de lo imperfecto”.³ Ello

¹ Cf. Héctor Gros Espiell: *Derechos humanos*, Lima: Instituto Peruano de Derechos Humanos, Cultural Cuzco, 1991, p. 48.

² *Ibidem*.

³ Arribamos a la misma conclusión si aplicamos las reglas de la lógica aristotélica: “lo más no puede derivarse de lo menos”.

no es óbice para aspirar a un nivel de vida adecuado⁴ o, lo que para nosotros es lo mismo, un nivel de vida digno.

Éste es un concepto eje, que comprende todas las condiciones mínimas que deben ser satisfechas para que una persona viva dignamente. Al respecto, vale recordar que el concepto de *dignidad* camina de la mano con el de *humanidad*. Luego, tratar a un hombre dignamente implica tratarlo como el ser humano que es.

Al hablar de *nivel de vida adecuado* no hablamos de una cosa, sino de muchas: educación, salud, empleo, renta, vivienda, etcétera. Como ya hemos dicho, es mucho más que un derecho: es la reunión de las condiciones necesarias para que el hombre goce de un nivel de vida humano.

Ahora cabe preguntarnos: *¿se puede realizar una enumeración taxativa de los requisitos básicos exigidos por este derecho?* La expresión *nivel de vida adecuado* adolece de vaguedad o laxitud. Esto puede interpretarse de dos maneras: negativamente, como una enfermedad del lenguaje, una dificultad para precisar la definición y el contenido de la expresión, o positivamente, como un estándar abierto que permite su actualización. Nos inclinamos por esta última tesis. Corolario de ello es la imposibilidad de confeccionar una lista cerrada de todas las necesidades básicas que deben cumplirse para hablar de un nivel de vida adecuado. Ello no ha sido óbice para que los tratados de derechos humanos apunten como condiciones necesarias a la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, entre otros.

Cabe aclarar que el *nivel de vida adecuado* no debe confundirse con necesidades de tipo biológico. Por el contrario, propende a un desarrollo físico, mental, espiritual, cultural, moral y social, en definitiva, integral de la persona humana.

Habiendo delimitado conceptualmente el objeto de nuestro estudio, analizaremos ahora su dimensión normativa.

El derecho de las personas a un *nivel de vida adecuado* es un derecho fundamental y tiene reconocimiento expreso en numerosos tratados de esta materia:

Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25: “*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 [...]”.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11.1: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el *derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia*. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad

⁴ La expresión *nivel de vida adecuado* es la que utilizan los tratados internacionales y la Organización de las Naciones Unidas.

de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 27: “1. Los Estados Partes reconocen el *derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social*”.

Es de capital importancia señalar que, en la República Argentina, la reforma constitucional de 1994, mediante el artículo 75, inciso 22, ha elevado los tres tratados referidos al mismo rango que la Constitución Nacional. Va de suyo que en nuestro país el *derecho a un nivel de vida adecuado* es también un derecho constitucional.

Al decir de Cea Egaña, las constituciones y los tratados sobre derechos humanos “responden a una misma lógica”,⁵ esto es, al reconocimiento y la protección de la dignidad y los derechos fundamentales del hombre. Con este temperamento afirmamos que la solución del constituyente argentino significa un importantísimo adelanto y coloca a nuestra Constitución entre las más avanzadas del mundo en materia de derechos humanos.

En mérito de lo expresado se colige que el derecho a un nivel de vida adecuado:

- se encuadra entre los llamados derechos económicos, sociales y culturales;
- se encuentra reconocido y protegido en un doble plano: internacional —tratados sobre derechos humanos— e interno —Constitución Nacional argentina;
- es un estándar abierto que permite la actualización y reinterpretación de las condiciones básicas y necesarias para un nivel de vida digno.

1.3. Responsabilidad y obligaciones que surgen de los derechos económicos, sociales y culturales

1.3.1. ¿Quién es el responsable de que los derechos económicos, sociales y culturales se cumplan en la realidad?

Para determinar sobre quién recae la obligación de hacer cumplir los derechos económicos, sociales y culturales, es ineludible transitar por los caminos del *principio de subsidiariedad*.

El término proviene del latín *subsidium*, que significa ‘ayuda de la reserva’, grupo de soldados romanos que salía al ataque cuando estaban venciendo a los primeros. SS el papa León XIII, aunque no habla de subsidiariedad, trata su contenido en la encíclica *Rerum Novarum* (n.º 26), publicada el 15 de mayo de 1891. El gran exposi-

⁵ José Luis Cea Egaña: “Los tratados de derechos humanos y la Constitución Política de la República”, en *Ius et Praxis*, año 2, n.º 2, Talca: Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1997, p. 85.

tor o formulador de este principio fue SS el papa Pío XII, en la carta encíclica *Divini Illius Magistri*, de 1929, y su desarrollo —“La sociedad es para las personas y no las personas para la sociedad” (n.º 79)— en la encíclica *Quadragésimo Anno*, del 15 de mayo de 1931.

El principio implica que las necesidades de los hombres deben ser satisfechas, en primer lugar, por los individuos y sus familias; en caso de que éstas no pudieran hacerlo por sí solas, deberá intervenir “subsidiariamente” el Estado. El principio de subsidiariedad tiene razón de ser cuando reconocemos que el hombre nació antes que el Estado, para vivir en agrupaciones con otros hombres, en cuyo seno se realiza y perfecciona como tal.

¿Qué pasa cuando un Estado no garantiza por sí solo los derechos económicos, sociales y culturales? Así como en cada Estado es preciso que las relaciones entre la autoridad pública y los ciudadanos, entre las familias y los grupos intermedios, se regulen y gobiernen por el principio de acción subsidiaria, es justo que las relaciones entre la autoridad pública mundial y las autoridades públicas de cada nación se regulen o rijan por el mismo principio.

La globalización ha dejado atrás la concepción de Estados que se bastan a sí mismos. Hoy todos los Estados, y sus habitantes, se necesitan de manera interdependiente. La cooperación recíproca es un mandato del principio de subsidiariedad, un compromiso asumido por todos los países del mundo en la Carta de las Naciones Unidas⁶ y una obligación resultante del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 11.1).⁷ Los derechos económicos, sociales y culturales no tienen fronteras, son *universales*. Va de suyo que la responsabilidad de su cumplimiento trascienda los límites políticos de un Estado y abrace a toda la comunidad internacional en su conjunto.

⁶ La Carta de las Naciones Unidas (1945) ha sido firmada por todos los países del mundo. En su preámbulo expresa que todos los pueblos del mundo se comprometen “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”. Asimismo, en el Propósito n.º 3, los Estados asumen el compromiso y responsabilidad de “realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. De este modo, la responsabilidad internacional se convierte en una cuestión normativa.

⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 11.1: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

1.3.2. *¿Cuáles son las obligaciones que nacen para los Estados de los derechos económicos, sociales y culturales?*

Obligación de adoptar medidas

¿En qué consiste esta obligación? Liminarmente debe señalarse que las obligaciones que surgen del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son *obligaciones de hacer*.

¿Cuál es el alcance de esta obligación? En atención a la redacción del artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados se comprometen a adoptar medidas (con el límite de la disponibilidad de recursos) para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos.

A pesar de estos condicionantes, la Comisión ha entendido que existen dos obligaciones de cumplimiento inmediato:

- garantizar que los derechos se ejercerán sin discriminación, y
- adoptar medidas.

Con respecto a la primera, se entiende que el Estado debe dictar reglamentación relativa al logro de la entera satisfacción de los derechos emergentes del Pacto, dentro de un *plazo razonable breve* desde la ratificación del Tratado.⁸

Deber de vigilancia respecto del grado de efectividad que tienen los derechos sociales

Los Estados se comprometen, mediante la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a supervisar el cumplimiento que tienen estos derechos dentro de la sociedad. Además, deben producir al respecto toda la información necesaria para que sea enviada al Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, pero también para que se ponga a disposición de cualquier ciudadano que desee acceder a ella.⁹

El Comité considera que de la lectura de este artículo se desprende la obligación estatal de *asegurar niveles esenciales* de cada uno de los derechos contenidos en el Pacto. Esto traería aparejada la necesidad de adoptar medidas en caso de que no se encontrara protegido el derecho en el ordenamiento jurídico vigente, pero también la

⁸ Constituirían violaciones al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo, la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce de un derecho económico, social o cultural; la no presentación de los informes que requiere el Pacto; la reducción del gasto público específico no acompañada de medidas adecuadas para asegurar la subsistencia de derechos mínimos, etcétera.

⁹ Esto lleva implícita la obligación de no censurar, ocultar o desvirtuar información relacionada con estos derechos.

prohibición de retroceder en la protección ya contemplada. A este respecto nos referiremos en el siguiente apartado.

Obligación de progresividad y prohibición de regresividad

El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la noción de *progresividad*:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los *recursos de que se disponga*, para lograr *progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Esta noción reconoce que existen grados en la satisfacción plena de los derechos y que los Estados tienen el deber de mejorar de manera progresiva (de menor a mayor) las condiciones de ejercicio y goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

La contracara de esta moneda es la prohibición de adoptar políticas y medidas concretas que empeoren la situación de estos derechos.

Este principio constituye, sin duda alguna, una *limitación* que el Pacto —y, en el caso de Argentina, también la Constitución misma— impone a los poderes públicos (tanto el Legislativo como el Ejecutivo) en la reglamentación de esta categoría de derechos.

La Constitución de la Nación Argentina establece en su artículo 28 el *principio de razonabilidad* en la reglamentación que se haga de los derechos, en orden a no desvirtuar su esencia. La prohibición de regresividad suma a esta limitación la de impedir que al reglamentar, así sea de manera razonable, se lo haga empeorando la situación en los derechos en estudio.

Ahora bien, la regresividad “¿constituye *per se* una razón de invalidez o inconstitucionalidad?”¹⁰ En caso afirmativo, correspondería al Estado la acreditación de la pretensión contraria; es decir, que una vez que el accionante demostró que se trata de una medida violatoria de la prohibición de regresividad, el Estado se vería obligado a:

- probar que la medida tachada de inconstitucional por regresiva es razonable, en los términos del artículo 28 de la Constitución Nacional, y
- demostrar que no implica regresividad o que la regresividad cuenta con una causa que la justifique.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado con un criterio similar en casos de discriminación, sosteniendo que, una vez acreditada la regresivi-

¹⁰ Víctor Abramovich y Christian Courtis: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002, p. 102.

dad por el actor, al Estado corresponde demostrar la estricta necesidad de la medida. Esto supone:

- existencia de un interés estatal permisible;
- carácter imperioso de la medida, e
- inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión.¹¹

La doctrina se pregunta si la prohibición de regresividad es solamente aplicable a los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos por el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o podría también alegarse en casos que involucren derechos sociales no contenidos en aquél.

De acuerdo con un sector, la obligación que pesa sobre el Estado no sólo alcanza a los primeros, sino también a todos los derechos económicos, sociales y culturales con alcurnia constitucional. Las razones que se exponen son las siguientes:

- atento al principio *pro homine*, al decir de Sagüés, frente a diferentes interpretaciones posibles, debe escogerse aquella que otorgue mayor extensión a los derechos frente a la que brinde más prerrogativas al Estado;¹²
- en virtud del carácter complementario de la Constitución que se les otorga a los tratados con jerarquía constitucional, con respecto a su parte dogmática.

Condicionamiento económico

Atento al artículo transcrito, los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que cada uno disponga.

Este condicionamiento a la disponibilidad de recursos económicos no es óbice para que el Estado asegure el goce efectivo de los derechos aquí reconocidos, ya que puede cumplir con sus obligaciones a través de otros medios, tales como:

- establecimiento de regulación al respecto: dictado de normas que otorguen relevancia jurídica a estos derechos y que institucionalicen estructuras que se encarguen de poner en práctica actividades relativas a ellos;
- limitación a las personas privadas a través de la regulación estatal: por ejemplo, restricción a la libre asignación de bienes por el mercado;
- provisión de servicios a la población, como puede ser la regulación del instituto del defensor del pueblo, el desarrollo de programas de capacitación, etcétera.

¹¹ Ver CSJN: *Repetto, Inés c/Provincia de Buenos Aires*, 8 de noviembre de 1988, en *La Ley* 1989-B, p. 351.

¹² Cf. Néstor P. Sagüés: “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción nacional e internacional”, en *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro homenaje a Germán Bidart Campos*, Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Grijley, 2001, p. 34.

En virtud de que los derechos económicos, sociales y culturales abarcan un amplio espectro de obligaciones estatales, es dable concluir que el condicionante económico no es argumento suficiente para negar su efectivo cumplimiento.

Obligación de brindar un recurso judicial efectivo

A partir de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados asumen el deber de poner al alcance de los individuos *recursos judiciales* de forma inmediata.¹³ En la Argentina, esta obligación tiene cariz constitucional desde que dicho Pacto ha sido elevado al mismo rango que la Constitución Nacional. Esta obligación surge también del artículo 16, inciso 8, apartado *h*, del Pacto de San José de Costa Rica.

En nuestro país los habitantes cuentan con la *acción de amparo* (artículo 43 de la Constitución Nacional) como medio expedito para lograr la satisfacción de estos derechos.

Corresponde ahora preguntarnos si es suficiente, a los fines de cumplir con los mandamientos de los tratados internacionales, poner a disposición de los individuos recursos judiciales o extrajudiciales para obtener la protección requerida en el caso concreto.

Figurémonos la cruda realidad de nuestros tribunales y pensemos si podemos engañarnos al creer que damos cumplimiento a los derechos sociales con la mera posibilidad de reclamar por la vía judicial su cumplimiento.¹⁴

Sobre este punto, algunos autores sostienen que “el grado de eficacia en el acceso a la justicia muestra la brecha entre las declaraciones de derechos humanos como posibilidad abstracta, formal, y su actualización”.¹⁵

Todo esto nos conduce a un nuevo interrogante: ¿cuáles son las posibilidades reales que tiene el Poder Judicial de dar acabado cumplimiento a nuestras pretensiones en materia de derechos sociales?

¹³ Al respecto, la observación general n.º 19 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha considerado que no bastan los recursos ya previstos por el ordenamiento jurídico en cuestión para reparar la violación de otros derechos cuando, por sus características, impidan un adecuado planteamiento del caso.

¹⁴ Los costos y los tiempos que insumen la iniciación y prosecución de un proceso judicial son esencialmente privativos. Por otra parte, los trámites que deben seguirse para lograr la posibilidad de litigar sin gastos constituyen una barrera adicional que desvirtúa radicalmente el fin de los derechos amparados. Asimismo, entre los obstáculos difíciles de superar en el acceso a la justicia podemos mencionar la capacidad para reconocer que existe un derecho, o las posibilidades de defenderlo y la disposición psíquica para recurrir a ella.

¹⁵ Carlos Lista y Silvina Begala: “Marginalidad y acceso a la justicia: un estudio empírico en la ciudad de Córdoba” (primer premio Fundejus 2001), en *Acceso a la justicia, propuestas para su optimización*, Buenos Aires: Cuadernos Fundejus n.º 6, 2002, p. 1.

Por un lado, debemos plantearnos la inadecuada estructura con la que cuenta este poder y la inconveniente posición en que se encuentra para exigir a los poderes políticos el cumplimiento de obligaciones de disponer de fondos. Por el otro, pensemos en la “desigualdad que generaría el éxito de algunas acciones individuales en las que se haga exigible un derecho frente al mantenimiento de la situación de incumplimiento en el resto de los casos no planteados judicialmente”.¹⁶

Como bien sabemos, el Poder Judicial no cuenta con los medios compulsivos para ejecutar una sentencia que condene al Estado a cumplir la prestación omitida para todos los casos (no sólo las partes del juicio), ni tampoco con la potestad de dictar las reglamentaciones pertinentes para suplir la omisión estatal.

José Reinaldo de Lima Lopes explica el importante papel que desempeña el Poder Judicial en la formulación de políticas públicas: “[...] si no fuese por la actitud de los ciudadanos de reivindicar judicialmente y en masa sus intereses o derechos, estaríamos más o menos donde estuvimos siempre”.¹⁷

2. Los derechos económicos, sociales y culturales en la realidad

Luego de analizar el aspecto normativo de los derechos económicos, sociales y culturales, y las responsabilidades asumidas por el Estado para efectivizarlos y darles cumplimiento, mostraremos tres sectores de la realidad que guardan estrecha relación con el tema objeto de nuestro estudio. Ellos son: la salud, la pobreza y la educación.

2.1. Salud

Los tratados y pactos consagrados constitucionalmente buscan defender los derechos económicos, sociales y culturales de las personas. No obstante, la realidad nos muestra indiferencia en las políticas del Estado en orden a reforzar y lograr la efectivización de estos derechos.

Esta indiferencia ¿obedece a que invertir en un mejor nivel de vida es un gasto no redituable?

Nada más equivocado. Para un Estado debería ser conveniente invertir en salud, educación y alimentación, ya que una población correctamente nutrida y educada es más capaz, tanto en el plano intelectual como en el laboral y operativo.

Pero esto último parecen no entenderlo (o quererlo) los gobiernos. A la Argentina llegaron en los últimos cinco años 250 millones de dólares en créditos otorgados por el Banco Mundial para los hospitales públicos, pero el destino de éstos no puede ser explicado por las autoridades. El mismo ente (Banco Mundial) descubrió que de los

¹⁶ Abramovich y Courtis: o. cit., p. 40.

¹⁷ J. Lopes: “Direito subjetivo e direitos sociais”, citado por Abramovich y Courtis: o. cit., p. 44.

250 millones de dólares que ingresaron para el Proyecto de Reforma del Sector Salud sólo 50 millones fueron bien utilizados.¹⁸

Dado que las bases de la salud y el bienestar de una persona se establecen durante los primeros años de vida, la primera infancia es el momento más oportuno para quebrar el ciclo de la pobreza. En el período que transcurre entre la gestación y los dos primeros años de vida, el déficit de nutrientes indispensables deja secuelas generalmente irreversibles. Los niños en crecimiento tienen altas necesidades de energía y proteínas, y son más vulnerables a las infecciones.

Está demostrado que los efectos más destructivos de la desnutrición ocurren durante el embarazo, cuando el feto no crece de manera normal, y durante los primeros años de vida, cuando el desarrollo físico y mental puede verse claramente limitado. La desnutrición puede tomar diversas formas, que a veces se manifiestan combinadas. Casi un tercio de la población infantil de los países en desarrollo padece desnutrición. A causa de las enfermedades crónicas y las deficiencias en el régimen alimentario, 150 millones de niños y niñas presentan peso inferior al normal para su edad, mientras que otros 175 millones no alcanzan la talla normal.

La financiación del desarrollo debe encaminarse a que los niños y las niñas tengan un comienzo saludable en la vida. Como mínimo, éstos necesitan un conjunto de servicios sociales básicos que abarquen atención de la salud, educación, agua potable y saneamiento adecuado, de modo que puedan crecer y plasmar plenamente su potencial, libres de enfermedades, desnutrición, analfabetismo y privaciones.

El ataque a este mal debería suponer, necesariamente, complementar las intervenciones nutricionales directas, como la promoción de la lactancia materna y la educación nutricional, con medidas que mejoren la instrucción y la situación social de la mujer, el suministro de alimentos y el ambiente sanitario.

Respecto a la incidencia de estas medidas en el tratamiento de la desnutrición, estamos en condiciones de afirmar que la educación de la mujer es el factor que tiene la influencia mayor.

Según un informe de Unicef, los lactantes cuyas madres no han recibido educación escolar sufren el doble de probabilidades de morir que aquellos cuyas madres tienen como mínimo cuatro años de instrucción escolar. Además, el espaciamiento de al menos tres años entre nacimientos sucesivos, al igual que otras cuestiones referidas a la salud reproductiva, también contribuyen a disminuir la mortalidad y la falta de desarrollo físico en la infancia.¹⁹

¹⁸ Cf. "Presente información del estado de salud en la Argentina", <http://www.cels.org.ar/site_cels/documentos/g_otros_inf/presentaciones_pdf/salud_denuncia_cidh.pdf> (26.4.2005).

¹⁹ Cf. "Pobreza y desnutrición", en *Cambio Cultural*, <<http://www.cambiocultural.com.ar/investigación>> (9.4.2005).

Estado de los compromisos asumidos

A pesar de los compromisos asumidos en 1990, durante la Cumbre Mundial en favor de la Infancia, de alcanzar metas concretas para el bienestar de los niños y las niñas, y pese a las reafirmaciones efectuadas en posteriores reuniones de alto nivel durante el decenio de los noventa, el progreso obtenido estuvo lejos de lo esperado. Actualmente en el mundo hay 150 millones de niños desnutridos. De ellos, casi 11 millones siguen cada año perdiendo la vida por causas prevenibles; 120 millones de niños de entre 6 y 11 años de edad no asisten a la escuela, y más de la mitad sigue careciendo de acceso a agua potable y saneamiento.

Más recientemente, la Cumbre del Milenio 2000 ha afirmado decididamente el compromiso mundial de reducir la pobreza hacia el 2015, mediante el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Pero las políticas inapropiadas, las instituciones débiles y las limitaciones en los recursos siguen siendo obstáculos de gran entidad para el logro de las metas. Muchos países en desarrollo gastan demasiado poco en servicios de educación, salud, abastecimiento de agua y saneamiento. Los gastos en defensa y el pago de la deuda suelen aventajar en mucho al gasto en servicios sociales.

El Unicef considera que la nutrición es uno de los derechos humanos básicos y que, como tal, está contemplada en varios instrumentos jurídicos sobre derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta última normativa reconoce el derecho de todos los niños a disfrutar del más alto nivel posible de salud y, en especial, contempla el derecho a una buena nutrición. Todos los gobiernos tienen la responsabilidad jurídica de proteger esos derechos, y el cumplimiento de esta obligación es para el bien de toda la sociedad. La desnutrición es tanto una causa como una consecuencia de la pobreza. La nutrición y el bienestar de la infancia conforman la base de una sociedad productiva y sana.²⁰

La desigualdad en la Argentina

Argentina es un país con altas y crueles desigualdades. Los derechos, la calidad de vida y las posibilidades de progreso son radicalmente diferentes según la región que enfoquemos. Existe una realidad para los habitantes de Córdoba, Ciudad de Buenos Aires, Rosario, etcétera, que parece inalcanzable para la gente del noroeste argentino.

²⁰ Unicef: *Desnutrición mundial*, <<http://unicef.com/desnutrición/derechos/alimento/>> (1.4.2005).

Un dato que muestra esta situación es que, mientras en Ciudad de Buenos Aires hay un 4% de habitantes en la indigencia, esta alcanza al 31,3% de la población en Corrientes.²¹ Ésta es sólo una de las inmensas desigualdades que muestra el país.

Un aspecto importante del problema es que la distribución del gasto hospitalario entre las provincias no responde a las necesidades de atención de la población de las diferentes regiones, sino a la disponibilidad de recursos de cada jurisdicción. Así, en la región nordeste, donde casi un 26% de los hogares tiene necesidades básicas insatisfechas y la mortalidad infantil llega 23,2%, el gasto hospitalario provincial per cápita fue de 83 pesos en el 2001. En la Patagonia, donde hay una proporción muy inferior de indigencia y mortalidad infantil, el gasto per cápita fue de 215 pesos. No debe olvidarse, además, que respecto de la atención médica también existen grandes disparidades regionales: mientras que en la ciudad de Buenos Aires hay un médico cada 95 habitantes, en Tierra del Fuego hay uno cada 962.²²

Todo esto trae consigo una consecuencia inevitable: todos aquellos que busquen una mejor calidad de vida y mayores oportunidades se verán obligados a trasladarse a los grandes centros urbanos, donde las chances de progreso parecen ser, al menos, posibles. Esto, a su vez, supone que inversiones y espectáculos, entre otros, se trasladen también a grandes ciudades en busca de mercados apetecibles, con lo que se genera una privación para aquellos habitantes de lugares de los que sólo parecen acordarse la indigencia, las enfermedades y el hambre.

Es por ello que se hacen necesarias políticas que tengan en cuenta estos sitios, a fin de mejorar la situación de quienes allí habitan, disminuir la pobreza, aumentar la educación, incentivar inversiones y, de ese modo, crear chances para el desarrollo de la colectividad y la persona individual, y así lograr un país más equitativo.

La pobreza está íntimamente relacionada con la desnutrición, y ésta genera innumerables afecciones en la salud. Esto significa que atacar la pobreza debe ser el primer paso para desterrar problemas que impiden el ejercicio de derechos consagrados en la Constitución Nacional argentina y los tratados. En la actualidad, parecería que el concepto de desarrollo ha pasado a ser un sinónimo de la reducción de la pobreza.²³

La pobreza es un mal que priva a los hombres de sus derechos, no sólo porque no se les brinda la calidad de vida largamente reconocida en la Constitución y los tratados internacionales, sino porque su no realización supone la privación del ejercicio pleno del resto de los derechos civiles y políticos, además de impedir el progreso del individuo y la nación.

²¹ Conforme datos del Censo 2001 del Indec: <<http://www.indec.mecon.gov.ar>>.

²² Cf. <<http://www.cambiocultural.com.ar/actualidad/desnutricion.htm>> (25.5.2005)

²³ Robert Castel: "Para financiar el desarrollo hay que invertir en niños y niñas", Unicef: <http://www.unicef.org/spanish/publications/index_4388.html> (28.4.2005).

2.2. Pobreza

En la actual realidad Argentina, un gran número de personas vive en un estado de inseguridad social, lo cual no sólo mantiene viva la pobreza, sino que actúa como un principio de desmoralización, de disociación social, como un virus que enferma la vida cotidiana, disuelve los lazos sociales y socava las estructuras psíquicas de los ciudadanos. Al decir de Robert Castel: “[...] estar en inseguridad permanente es no poder dominar el presente ni anticipar positivamente el porvenir. Vivir de esta forma hace que la existencia se transforme en un combate, una batalla por la supervivencia librada en el día a día y cuyo resultado es siempre y renovadamente incierto”.²⁴

Los sectores más vulnerables de la ciudad, los *barrios sensibles*,²⁵ acumulan los principales factores causantes de inseguridad: fuertes tasas de desempleo, de empleos precarios y de actividades marginales, hábitat degradado, presencia permanente de jóvenes inactivos que parecen exhibir su inutilidad social, visibilidad de prácticas delictivas ligadas entre otras cosas al tráfico de drogas; éstos son algunos de los causantes de la incertidumbre que viven muchas personas en todo el mundo y que llevan a la exclusión y al resentimiento como respuesta a este malestar social. Nuestro país no es ajeno a esta situación, la cual tiene secuelas más que desfavorables. La crisis social crece día a día y con ella sus graves consecuencias, como los altos índices de pobreza e indigencia.

La Argentina es conocida como el país de la carne, la leche, la soja. Paradójicamente un cuarto de su población (9 millones de personas) pasa hambre, cuando la producción de alimentos alcanzaría para satisfacer las necesidades de unos 330 millones de personas.

Hay infinidad de indicadores que muestran una realidad crítica. Argentina enfrenta hoy una crisis económica, social y cultural de una gravedad desconocida en su historia. El aumento desmedido de la pobreza es una de las principales manifestaciones de esta realidad.

Tradicionalmente, la noción de pobreza resultaba de una comparación entre la situación concreta que enfrenta un individuo u hogar y lo que sería necesario para vivir. La denominada *línea de pobreza* presupone la determinación de una canasta básica de bienes y servicios que, una vez valuada, permite delimitar la línea. Según este criterio, son considerados pobres aquellos hogares cuyos ingresos no pueden cubrir el costo de esa canasta.²⁶

Más allá de este tradicional concepto, hoy podemos decir que la pobreza es un problema muy complejo, cuya definición no debe reducirse a la falta de ingresos.

²⁴ Robert Castel: *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, Buenos Aires: Manantial, 2004.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Informe “Pobreza e indigencia”, <<http://www.mdm.org.ar/informes/docs/>> (25.5.2005).

Según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la pobreza humana se refiere “a la denegación de las oportunidades fundamentales para toda persona: vivir una vida larga, sana y creativa, disfrutar de un nivel decente de vida, libertad, dignidad, respeto por sí mismo y por los demás. La pobreza se expresa como una denegación de los derechos humanos. La lucha contra la pobreza humana reclama ante todo por las capacidades, las habilidades y los recursos, tangibles e intangibles, que los hogares pobres pueden movilizar”.²⁷

Junto con el problema de los hogares pobres encontramos otro escenario, el de la indigencia, que comprende a las personas que habitualmente llamamos *vagabundos*, quienes carecen de cualquier tipo de vivienda y de medios para alimentarse. Entre las causales de la indigencia pueden mencionarse el abandono, el desempleo, la discriminación racial y la incapacidad mental o física.

Desarrollo económico

El crecimiento económico no es un fin, sino el medio para desarrollar las capacidades humanas.

La experiencia argentina confirma que no basta producir a cualquier precio; es preciso analizar los costos del desarrollo. El crecimiento debe acompañarse de políticas que persigan una mayor equidad entre los habitantes.

Para comprender cómo un país con recursos que podrían haberlo llevado a ser una potencia mundial llegó a ser un país “en vías de desarrollo”, es preciso estudiar las políticas económicas que transformaron a la Argentina, conocida como el *granero del mundo*, en un país donde gran parte de su pueblo padece hambre.

Las propuestas de industrialización surgidas durante la década de los cincuenta y sesenta hicieron hincapié en el desarrollo económico, en la acumulación del capital y el aumento de la productividad. Pero no se reparó en la calidad del desarrollo ni en la distribución de la renta y la riqueza. En las décadas de los setenta y ochenta, la economía Argentina se caracterizó por los abruptos altibajos del corto plazo y la asfixiante deuda externa. Durante los noventa, las políticas profundizaron el modelo neoliberal, auspiciado a su vez por las instituciones multilaterales de crédito. El traslado masivo de empresas públicas a manos privadas coincidió con un proceso de extranjerización de la economía que permitió, sin ningún tipo de restricción, la fuga de divisas al extranjero. La crisis se tornó paulatinamente insostenible y desembocó, a fines del año 2001, en una devaluación de casi el 75% del peso con relación al dólar.

El desarrollo de las variables sociales ha demostrado en los últimos años que las políticas económicas implementadas no hicieron más que llevar los índices de *pobreza e indigencia* a niveles incompatibles con un *sistema democrático*.

²⁷ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, <http://www.undp.org.ar/index_selector_html>.

Diferencias regionales

Existen grandes diferencias entre las provincias argentinas en función de su riqueza natural, la producción, la capacidad institucional, los niveles de ingresos y los indicadores sociales. Por lo tanto, es importante considerar la pobreza por regiones.

De los datos surge claramente que las tasas de pobreza son sustancialmente mayores en el norte del país. Por el contrario, Buenos Aires —ciudad y provincia— y las cinco provincias que constituyen la región rica en recursos de la Patagonia cuentan con tasas de pobreza menores.

Mientras que la tasa de pobres en la ciudad de Buenos Aires es de 14,7% y la de indigentes de 4%, en las ciudades del norte del país, como por ejemplo, Corrientes, las tasas son considerablemente mayores: 63,9% y 31,3% respectivamente.²⁸

Otra cuestión que no se debe olvidar es que tras la variación por regiones también se registran variaciones importantes entre las poblaciones rurales y urbanas. La mayoría de las encuestas de ingresos, empleo y consumo llevadas a cabo por el Estado ignoran las zonas rurales.

Los nuevos pobres

Lo distintivo de la crisis económica sufrida por la Argentina ha sido el surgimiento de un nuevo grupo social: los *nuevos pobres*. Se trata “de aquellos sectores medios de la población que, por el deterioro de sus ingresos, se encuentran ante la imposibilidad de acceder a los bienes y servicios básicos necesarios, a los cuales, antes de la crisis, tenían acceso sin dificultad. Así, la pobreza se extendió y el universo de los pobres es ahora más heterogéneo.

”La pobreza estructural mantuvo durante este período su tamaño y localización originales. El grupo de los nuevos pobres, por el contrario, al ser más sensible a las variaciones del valor real de los ingresos, es dinámico en términos de su dimensión.

”En cuanto a su localización, la nueva pobreza se ve dispersa, con diferentes niveles de concentración, en todo el espacio urbano. Antes de la crisis se concentraba casi exclusivamente en las villas miseria, conventillos e inquilinatos. Los nuevos pobres son hogares que seguramente cuentan con una vivienda adecuada, acceso a servicios de saneamiento básico, etcétera, a los cuales pudieron acceder antes del deterioro de sus ingresos”.²⁹

²⁸ CEPAL, mayo del 2005 <<http://cepal.org.ar>> (25.5.2005).

²⁹ *Informe ecosocial: salud, pobreza y medio ambiente*, Tigre, <http://www.protigre.org.ar/informe_ecosocial_SALUD%20POBR.htm> (25.5.2005).

¿Que diferencia a una familia pobre de la que no lo es?

De acuerdo con un informe realizado por Caritas, si nos preguntamos cuáles son las diferencias entre los pobres y los que no lo son, las principales son:

- el número de miembros que integran la familia; en una familia pobre el promedio es de entre 7 y 9 integrantes, mientras que en una que no lo es el promedio de miembros es de 4;
- están integradas por más personas jóvenes que ancianas;
- tienen tasas de desempleo mucho mayores (dos veces respecto a los no pobres);
- tienen menos años de escolaridad (alrededor del 25% menos);
- tienen mayores probabilidades de realizar trabajos no legales (no registrados).

Dado que las familias pobres son tanto más grandes como más jóvenes en promedio, los niños tienen una mayor tendencia a estar en la pobreza que los adultos. El problema es que hay una tendencia natural al aumento más rápido de las familias más pobres, lo que perpetúa el ciclo de pobreza y el agravamiento gradual de la distribución de los ingresos.

En todas estas cuestiones, las diferencias son aún más significativas para los indigentes. Estos pobres indigentes sumaban cinco millones y medio de personas en el año 2004 y son los que se encuentran en los extremos de la pobreza.³⁰

La pobreza y el sector más vulnerable: los niños

“Todo niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.” Este derecho es reconocido por el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Somos conscientes de que los niños representan uno de los grupos más vulnerables dentro de la pobreza; si bien son muchas las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales que luchan para socorrerlos, ellos no escapan de padecer las consecuencias de una vida adversa. Cada vez son más los niños que viven en las calles de las grandes ciudades de nuestro país, donde buscan lo que no encuentran en sus hogares.

Las cifras y las edades son escalofrantes. Si bien se están tomando medidas para detener la situación, estos niños, que no han tenido oportunidad de vivir una vida normal, de cierta forma tienen ya su futuro restringido. Las condiciones en que crecieron marcan su futuro: dejaron el colegio en sus primeros años, no tuvieron una buena alimentación, viven en condiciones precarias, muchos ni siquiera tienen un hogar.

³⁰ CEPAL, mayo del 2005 <<http://cepal.org.ar>> (25.5.2005).

¿Cuál será el futuro de estas generaciones?

El diario *La Nación* de Buenos Aires³¹ publicó un informe que muestra las cifras de la realidad. Sorprendentes datos de Unicef y del Ministerio de Trabajo arrojan que son 1.500.000 los chicos que trabajan.

En los últimos siete años se sextuplicó la cantidad de menores de 15 años que trabajan, según estimaciones de Unicef y la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (Conaeti).³² Sólo en la ciudad de Buenos Aires hay 3500 en la calle. Casi la mitad se dedica a mendigar, una de las modalidades que adopta el trabajo infantil urbano (49%).³³

Señala el informe referido que casi el 50% de quienes están en las calles porteñas tienen entre 10 y 15 años, y son más varones que mujeres (56% contra 44%). Salen a trabajar, se exponen a situaciones que ponen en riesgo su salud física y psíquica, asumen responsabilidades propias de un adulto y dejan la escuela. Una cosa lleva a la otra, el círculo se vuelve difícil de cortar y —coinciden los especialistas— sus hijos repetirán la historia.

Según María Eugenia Vidal,³⁴ del grupo Shopia, la crisis, que produjo un quiebre y aceleró los procesos de empobrecimiento en los últimos años, hizo que mucha gente se acostumbrara a ver niños trabajando, con lo que se corre el riesgo de que se tolere esta situación como parte de la nueva realidad social.

Víctimas

El trabajo infantil no es delito en sí mismo, pero se transforma en un hecho ilícito cuando hay explotación o reducción a servidumbre. Sin embargo, aun siendo un delito se torna muy difícil de probar, ya que hay que demostrar que se manipula a los chicos para obtener un lucro. Distinto es el caso de los niños que ayudan en su casa porque viven en una situación de extrema pobreza y no tienen forma de subsistir.

Es complicado, de esta forma, definir los límites y alcances del trabajo infantil, más aún en un país en el que, de acuerdo con las cifras del Indec, el 63,4% de los chicos vive en hogares pobres. Porque la pobreza, la falta de oportunidades y el desempleo son los actores que empujan a los chicos a la calle.

La Conaeti, creada en el 2000 bajo la órbita del Ministerio de Trabajo, define el trabajo infantil como “todas aquellas actividades y/o estrategias de supervivencia,

³¹ Marta García Terán: “La otra cara de la juventud precoz”, en *La Nación*, Buenos Aires, 9 de mayo del 2005, <http://www.lanacion.com.ar/herramientas/printfriendly/printfriendly.asp?nota_id=702698> (25.5.2005).

³² Creada en el año 2000 en la órbita del Ministerio de Trabajo de la Nación Argentina.

³³ García Terán: o. cit.

³⁴ *Ibíd.*

remuneradas o no, realizadas por niños y niñas menores de la edad mínima requerida por la legislación vigente (14 años) para incorporarse a un empleo. Actividades y estrategias visibles, invisibles u ocultas, donde el sustento logrado puede ser para sí mismo, para el mantenimiento del grupo familiar y/o para la apropiación de terceros explotadores”.³⁵

El Estado tiene la obligación de evitar el trabajo infantil en cualquiera de sus manifestaciones, ya sea que medie explotación o que éste se realice para el propio sustento personal o familiar. Esta idea está reforzada en los pactos y tratados de derechos humanos ratificados por la Argentina, que tienen jerarquía constitucional y que han sido ya debidamente analizados en esta obra. Los chicos en este contexto no son otra cosa que víctimas que el Estado está obligado a proteger imperiosamente.

Toma de conciencia

Indudablemente la pobreza es detonante de muchísimos problemas sociales, económicos y hasta culturales de una sociedad. La exclusión, el desempleo, la alta deserción escolar, el trabajo infantil y la comisión de delitos son quizá sus peores efectos. Es por eso que tenemos que apelar a las bases para la reconstrucción equitativa de nuestra sociedad e intentar llegar al fondo de la cuestión. Debemos realizar una esforzada toma de conciencia y entablar la lucha no sólo contra los efectos de la pobreza sino también contra aquellos factores que la generan.

La educación, que no escapa a los efectos de la pobreza, es uno de los caminos a seguir para salir de esta crisis, para tratar de superar una realidad que es incompatible con un sistema democrático de derecho.

2.3. Educación

Nos proponemos considerar a la educación en un sentido amplio, como aquel desarrollo integral del ser humano que se manifiesta en múltiples ámbitos de la vida en sociedad. Es en este proceso de aprendizaje y desarrollo que encontramos dos ejes primarios fundamentales: *la familia* y *la escuela*. Estas dos instituciones van de la mano históricamente con el contexto cultural, social y económico de un país. Hoy, por ejemplo, la televisión e incluso *la calle* son factores tan determinantes en el desarrollo de una persona como aquellos ejes primarios. El problema empieza cuando no hay un equilibrio adecuado entre los espacios de contención y los espacios de aprendizaje. Se producen cambios de roles en las instituciones, la escuela y la familia están en crisis, y la calle va tomando un protagonismo desmedido como formador. Pero hay que estar

³⁵ Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CONEATI), <http://www.trabajo.gov.ar/conaeti/que_es/que_es.htm> (25.5.2005).

atentos: la calle de la pobreza, de la indigencia, de la exclusión, no te muestra lo mismo que la calle Corrientes de Buenos Aires.

La mitad de los argentinos está hoy de manera oficial en la línea de pobreza. Uno de cada dos niños en nuestro país nace en una familia que no tiene recursos ni siquiera para acceder a una canasta básica.³⁶

¿Qué rol le compete a la escuela cuando sus alumnos llegan con hambre?

En los sectores más empobrecidos de nuestra sociedad argentina, la escuela ha perdido casi totalmente su objetivo primordial de educar. Ya la finalidad de darle al alumno las herramientas necesarias para una futura independencia, para un desarrollo integral con plena conciencia de sus derechos y obligaciones como ciudadanos, va cediendo frente a otras urgencias propias de la crisis en que estamos inmersos. La escuela es hoy, en los sectores más desfavorecidos, un lugar de contención de la crisis. Los docentes se transforman en verdaderos mediadores entre la violencia, la pobreza y el hambre. Datos totalmente desalentadores de Unicef, Cepal, PNUD y otros organismos internacionales indican que actualmente, en las zonas más carenciadas, los chicos asisten a las escuelas fundamentalmente para poder comer, y con un grado de violencia emocional alarmante.

La educación entre la pobreza y la desnutrición

Tanto en su forma institucionalizada (*la escuela*) o como herramienta de articulación política, la educación trasciende todos los aspectos de la realidad que hemos tratado. La pobreza es hoy un problema fundamental, es la generadora de la inseguridad, de la desnutrición, del hambre. Es imperioso que tomemos conciencia de que es allí donde debemos atacar el problema. Los gobiernos, en una política desesperada de apagar incendios, gastan cientos de millones de pesos en subsidios y comedores, sin atacar el problema de raíz. Se le ofrece dinero a la gente para que lleve el alimento a su familia y aun así los niños siguen desnutridos. Estas políticas deben en todo caso articularse con la debida información; hay que educar a la gente, enseñarle a comprar calorías, a prevenir un embarazo y no fomentar el asistencialismo. Se abren más y nuevos comedores para paliar el hambre, sin prestar atención a que los médicos y nutricionistas nos informan a gritos que la desnutrición no se soluciona con sacarle el hambre a la gente. Es imperioso que comer en el hogar se vuelva a hacer una costumbre, que se trabaje justamente en evitar la masiva concurrencia a los comedores.

En los sectores más oprimidos por este sistema, la falta de educación es uno de los factores determinante de su triste realidad. El 70% de las familias más pobres del

³⁶ CEPAL, mayo del 2005 <<http://cepal.org.ar>> (25.5.2005).

país tiene un promedio de entre 5 y 7 hijos. En el norte la cifra asciende a 9 hijos por familia.³⁷

¿Cómo puede ser que las madres que no tiene recursos siquiera para satisfacer sus propias necesidades básicas sean las que más hijos tienen? Quizá la respuesta haya que buscarla en otras estadísticas, saber que esas madres, en su mayoría, no tienen la primaria completa. Enterarnos de que no es que quieran tener más hijos, sino que no saben cómo dejar de tenerlos.

Los altos grados de promiscuidad, la gran cantidad de madres adolescentes que desde temprana edad tienen varios hijos, nos hacen ver que en estos sectores la poca información sobre la sexualidad es evidente. Su educación sexual es muy escasa y desconocen en su mayoría la posibilidad de medios preventivos para evitar un embarazo.

La cuestión es clara: el hambre y la desnutrición no pueden solucionarse con el método de apagar incendios; es decir, de limitarse a tratar puntualmente los casos que se vayan descubriendo. El problema troncal está en la educación, dado que solamente por esa vía puede prevenirse la existencia del fenómeno. Lo que corresponde es un abordaje integral de la problemática social de la extrema pobreza y de la polarización social.

Hay que llevar adelante una gran ofensiva simultánea contra las diversas facetas de una cuestión cuya urgencia no puede escapar a nadie. Se debe trabajar no sólo con el desnutrido, sino también con la familia del desnutrido.

La tarea de prevención y de educación nutricional es la única forma en que puede prosperar cualquier política que tienda a solucionar este problema. Un país que no cuide debidamente el cerebro de su infancia está destinado fatalmente a la decadencia definitiva.

La información, la prevención, la educación son indudablemente los medios más aptos para empezar a generar el cambio. No alcanza con imponer políticas salvadoras si no son debidamente articuladas con estos tres elementos. No alcanzan los subsidios, los comedores, ni siquiera alcanza la buena voluntad por sí sola. Nuestro accionar tiene que ir dirigido a solucionar la cuestión de fondo; se necesita de un método y medidas acertadas. Es imperioso que podamos y queramos ver la génesis de la cuestión.

Cuestión de sentido común

Es en este contexto en que nos toca tratar de reflexionar sobre el papel de la educación en la crisis argentina. La pobreza, la indigencia y la desnutrición se van transformando de a poco en un solo concepto. Frente a esta realidad, los gobiernos nacionales y provinciales toman medidas a veces totalmente inexplicables. Piensan

³⁷ *La Gaceta*, n.º 12, Tucumán, 2002, <<http://www.lagaceta.com.ar/>> (25.5.2005).

que la deserción escolar, el déficit educativo y la desviación de roles en la escuela se combaten con nuevas leyes federales de educación, con recortes salariales a los docentes y con la creación de más y más escuelas que después no pueden mantener. Destinan millones de pesos en bolsas de comida y ropa, aumentan los subsidios, mientras por otro lado inauguran con demagogia escuelas nuevas.

¿Es tan difícil darse cuenta de que un mejor sueldo para un docente, un médico o un enfermero del hospital público, una mejor capacitación en sus funciones, es mucho más productivo que la construcción de otro hospital u otra escuela? Es importante aclarar que no son conceptos excluyentes: hacen falta hospitales y escuelas, pero también hay que mejorar los que ya existen, y las condiciones de sus empleados.

¿Será que sólo cortando la cinta de inauguración nuestros dirigentes pueden salir en televisión y reforzar su posición política?

Educarnos par poder disfrutar de nuestros derechos

Hay que educarnos para poder aprender ejercer nuestros derechos. El derecho a la educación no puede verse como algo aislado, separado del resto de todos los demás derechos humanos, sean civiles o políticos, sean sociales, culturales o económicos.

¿Cómo podemos luchar a favor de un correcto y justo ejercicio de los derechos civiles de una comunidad toda, si la educación y el acceso a una escolaridad completa es el privilegio de una minoría acomodada?

¿Cómo podemos creer que vivimos en democracia cuando tenemos una cantidad increíble de chicos que sufren de una enfermedad terrible, que desde muy temprana edad les está afectando su capacidad de discernir, su capacidad de pensar? Seamos sinceros:

- ¿Qué derecho a votar podemos garantizarles a esos chicos en el futuro?
- ¿Qué derecho a elegir y ser elegidos podrán tener alguna vez?

Esta realidad tristemente tiende mucho más a la exclusión que a la democracia.

3. Conclusiones

El derecho a un nivel de vida adecuado es un estándar abierto que establece condiciones mínimas para vivir dignamente, que en la Argentina se encuentra reconocido en un doble plano: internacional, a través de los tratados, e interno, mediante la Constitución Nacional.

Mediante la incorporación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como fuente de derecho interno, los Estados quedan obligados a mejorar de manera progresiva las condiciones de efectividad de estos derechos. Asimismo, el Pacto prohíbe a los poderes públicos adoptar medidas y políticas concretas que empeoren la situación de los derechos en él reconocidos.

Finalmente, a pesar de que los Estados se han amparado en el condicionamiento económico que menciona el Pacto para no cumplir sus obligaciones, ello no es argumento suficiente para que no aseguren el efectivo goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

En los 30 minutos que duró esta exposición, 605 niños murieron en el mundo por causa de enfermedades evitables, desnutrición y guerra.

Esto nos ha hecho pensar y repensar a los derechos entre la norma y la realidad. La ley en su soledad no es más que un derecho de tinta y papel, y ya hemos volcado ríos de tinta declamando acerca de los derechos humanos. Pero la pluma... no borra las desigualdades sociales, no cura enfermedades ni soluciona la desnutrición. La consagración normativa es el primer paso, no el último.

El derecho es palabra. El derecho es acción. Y como dijo William Shakespeare:³⁸ “que la acción responda a la palabra y la palabra a la acción”. El momento de hacer algo es hoy, ahora. Dicen que en los tiempos de crisis, cuando las soluciones parecen imposibles, es cuando se forjan los nuevos héroes, cuando aparecen los nuevos caminos. Seamos eso, héroes, caminos. Saquemos fuerza de algún lado para enfrentar el mundo en el que vivimos, que nunca ha sido fácil, y donde todavía seguimos de pie.

Tomemos parte de esta historia. El final nunca está escrito mientras haya alguien que piensa, mientras haya alguien que actúa. Y si los perros ladran, es señal de que cabalgamos. No nos sintamos vencidos ni aun vencidos (Almafuerte) y recordemos siempre que “las grandes obras las sueñan los santos y los locos, las realizan los luchadores natos, las disfrutan los felices cuerdos y las critican los inútiles crónicos” (Kyoto).

En los treinta minutos que duró esta exposición, once niños en Argentina ingresaron en estado de desnutrición.

No queremos un país donde haya niños de primera y segunda categoría, niños que coman y otros que no, niños que lean y otros que nunca lleguen a hacerlo.

Queremos que un niño de Formosa pueda sentir, pensar y obrar igual que uno de Córdoba.

Si Argentina es un solo Estado y no una mera unión de varios, debemos lograr que entre el norte y el sur sólo haya diferencias de paisajes y no de personas.

³⁸ *Hamlet*, acto III, escena II, en Shakespeare: *Obras completas* (estudio preliminar, traducción y notas por Luis Astrana Marín), Madrid: Aguilar, 1951, p. 1365.

En los treinta minutos que duró esta exposición, 71 personas cayeron en la Argentina en la categoría de nuevos pobres.

Mientras que nuestro país dice comprometerse a reducir los índices de pobreza, desde el año 2001 al 2005 son cinco millones más de personas las que se sumergieron en el mundo que cierra puertas, el mundo de no poder proyectar el futuro ni vivir el presente, el mundo de no poder decidir, el mundo que los ha ubicado como los *nuevos pobres*. Nació una nueva clase social argentina que no se resigna, que no quiere sumarse a las tasas de pobreza e indigencia.

En los treinta minutos que duró esta exposición, la deuda externa argentina aumentó, sólo en intereses, 670 000 dólares, casi 2 000 000 de pesos argentinos.

Hagamos un esfuerzo y tratemos de imaginar, por ejemplo, que la línea de pobreza es como la línea del nivel del mar. La mitad de los argentinos está hoy, de manera oficial, en la línea del nivel del mar, o sea, son náufragos con el agua al cuello. A su vez, la mitad de esos argentinos pobres y náufragos están por debajo de la línea del nivel del mar, o sea, se están ahogando en la indigencia.

Es en este contexto que nos tocó indagar sobre los derechos humanos de aquellas personas, de aquellos chicos, y descubrimos que su problema afecta desde el primero hasta el último de los artículos de nuestra Constitución y cuanto pacto ratificado tengamos. Estamos hablando de chicos que mueren de hambre, de chicos que vivirán el resto de sus vidas con marcas de una enfermedad que les comió el cuerpo y la mente.

¿Cómo podemos hablar de democracia si tenemos un país que no está cuidando la mente de su infancia? ¿Qué derecho a elegir y ser elegidos podrán tener esos chicos alguna vez?

Nunca el mundo tuvo tanto dinero como hoy en día. Nunca, tampoco, la exclusión fue mayor que la de ahora: más de tres mil millones de personas viven con menos de dos dólares por día. Y lo peor de todo es que nos estamos quedando sin futuro.

Pero nosotros estamos convencidos de que esta realidad puede cambiar. Y lo estamos porque no dejaremos de creer en las personas, de creer en nosotros mismos. No vamos a renunciar al sueño de ver a una sociedad justa y equitativa, una sociedad que toma conciencia y se solidariza, una sociedad que multiplica y progresa, pero no a costa del otro, sino con el otro.

Estos contadores que están en la pantalla no son números; son personas que entran en la pobreza, son niños entran en desnutrición. Estos contadores representan el paisaje de una Argentina que no queremos ver, son el paisaje de una Argentina que hasta ahora nos parece invisible.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS (comps.): *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002.
- AGENDA SOCIAL: *Colección de textos del Magisterio sobre la enseñanza social de la Iglesia*, Buenos Aires: Guadalupe, Argentina, 2003.
- ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa Angélica del Valle: *Proceso de mediación y Mercosur. En el vivir Universitario*, Córdoba: Marcos Lerner, 1997.
- CEA EGAÑA, José Luis: “Los tratados de derechos humanos y la Constitución Política de la República” en *Ius et Praxis*, Talca: Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 2, n.º 2, 1997.
- CASTEL, Robert: *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, Buenos Aires: Manantial, 2004.
- FERREYRA, Rodolfo Fabián: “Tratados de Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los derechos culturales-responsabilidad de los Estados partes”, en *IV Encuentro Nacional de Jóvenes Docentes de Derecho Constitucional. A 10 años de la reforma constitucional de 1994*, Córdoba: Soluciones Gráficas, 2004.
- FRÍAS, Pedro J.: “Los derechos humanos en el contexto cultural de Latinoamérica” en *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos*, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Grijley, 2002.
- GROS ESPIELL, Héctor: *Derechos humanos*, Lima: Instituto Peruano de Derechos Humanos, Cultural Cuzco, 1991.
- LISTA, Carlos, y Silvina BEGALA: “Marginalidad en el acceso a la justicia: un estudio empírico de la Ciudad de Córdoba” (primer premio Fundejus 2001), en *Acceso a la justicia, propuestas para su optimización*, Buenos Aires: Cuadernos Fundejus n.º 6, 2002.
- MACIONIS, John, y Ken PLUMMER: *Sociología*, Madrid: Prentice Hall, 1999.
- ROBLEDO, Federico Justiniano, y Rosa Angélica ÁVILA PAZ DE ROBLEDO: “La Región en nuestra Organización Federal”, en *Cuaderno de Federalismo XV*, Córdoba: Instituto de Federalismo, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, 2002.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción nacional e internacional”, en *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos*, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Grijley, 2002.
- SABINE, George H.: *Historia de la teoría política*, 4.ª ed., México: Talleres de Litoarte, 1968.

Encíclicas

Rerum Novarum (1891), SS León XIII.
Divini Ilius Magistri (1929), SS Pío XII.
Quadragésimo Anno (1931), SS Pío XI.
Pacem in Terris (1963), SS Juan XXIII

Fuentes virtuales

<http://www.cels.org.ar/site_cels/documentos/g_otros_inf/presentaciones_pdf/salud_denuncia_cidh.pdf>
 <<http://www.cambiocultural.com.ar/investigación>>
 <http://www.unicef.org/spanish/publications/index_4388.html>
 <<http://www.indec.mecon.gov.ar>>
 <<http://www.cambiocultural.com.ar/actualidad/desnutrición.htm>>
 <http://www.unicef.org/spanish/publications/index_4388.html>
 <<http://www.monografias.com/trabajos16/gasto-publico-social/gasto-publico-social.shtml#argentina>>
 <<http://www.mdm.org.ar/informes/docs/>>
 <http://www.undp.org.ar/index_selector_html>
 <http://www.protigre.org.ar/informe_ecosocial_SALUD%20POBR.htm>
 <http://www.lanacion.com.ar/herramientas/printfriendly/printfriendly.asp?nota_id=702698>
 <<http://CEPAL.org.ar>>
 <<http://www.cambiocultural.com.ar/investigación>>
 <<http://www.lagaceta.com.ar/>>

Fuentes normativas

Constitución de la Nación Argentina
 Declaración Universal de los Derechos Humanos
 Convención de los Derechos del Niño
 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Claudio Nash Rojas (Chile) *

Los derechos fundamentales: el desafío para el constitucionalismo chileno del siglo XXI **

A partir de la segunda mitad del siglo XX, y principalmente con base en los horrores de que fue testigo el mundo en la II Guerra Mundial, se desarrolla en Europa toda una corriente de constitucionalismo fuerte, con expresión en materia de garantía de los derechos fundamentales. Iniciando el siglo XXI nos parece relevante estudiar cómo estos estándares internacionales pueden servir al constitucionalismo chileno para asumir el desafío de adecuar la protección constitucional de los derechos fundamentales. Para ello analizaremos aquellas materias en las que ha habido un especial desarrollo en la dogmática comparada sobre derechos fundamentales y propondremos algunas alternativas para adecuar nuestros estándares constitucionales al desarrollo actual de la materia en el ámbito comparado.

Comenzaremos el análisis fijando el marco conceptual general en el que se inserta nuestro estudio (1), delimitaremos los conceptos más relevantes en esta materia (2), estudiaremos los elementos centrales de los modelos de derechos fundamentales (3), la estructura de estos derechos (4), los usos y funciones que les han sido asignados (5) y, finalmente, propondremos algunas ideas respecto de la garantía de estos derechos en el ámbito nacional e internacional (6).

* Coordinador del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Dicta el Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en dicha Facultad y es candidato al grado de Doctor en Derecho de la Universidad de Chile. <cnash@derecho.uchile.cl>

**El presente trabajo surgió a partir del Curso de Derecho Público en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile. Agradezco al profesor Pablo Ruiz-Tagle por su generosidad en la transmisión de conocimientos y la profundidad de sus críticas. También agradezco a María José Eva, investigadora del Centro de Derechos Humanos de dicha facultad, por sus valiosos comentarios.

1. Marco conceptual: la relación entre la idea de constitución y la noción de derechos fundamentales en la dogmática constitucional

Una primera aproximación al tema de los derechos individuales y su incorporación a la constitución nos lleva a ciertas distinciones respecto de los derechos consagrados en el texto constitucional. Una primera distinción diferencia entre constitución ortodoxa e institucional; en efecto, en un reciente artículo de Cristi y Ruiz-Tagle,¹ se señala que esta distinción separa, por una parte, el constitucionalismo ortodoxo que perseguía la protección de los derechos fundamentales de libertad y con ese fin estructura el Estado y, por otro, un constitucionalismo republicano, que enfocaba sus objetivos en los temas de gobierno y estructura política, en el entendido de que éstos eran los mejores mecanismos para garantizar los derechos fundamentales.

Una segunda distinción relevante es aquella que distingue entre monismo y derechos fundacionales (fundamentalismo). El monismo se basa en la idea de que la soberanía reside en las personas y éstas son libres para modificar los sistemas constitucionales sin que existan límites para el ejercicio de ese derecho (ejemplo, la tradición parlamentaria de Gran Bretaña). Por su parte, los sostenedores del derecho fundacional sostienen que los derechos individuales que se expresan en el texto constitucional deben servir como un límite infranqueable para el ejercicio de la soberanía de las mayorías, otorgando una primacía a los derechos individuales, sin otorgar el derecho a la *polis*, como un colectivo, para modificarlos; además, para esta perspectiva los derechos fundacionales se fijan en un momento histórico determinado respecto de cierta categoría de ciudadanos y esta característica tampoco puede ser modificada.²

Bruce Ackerman³ sostiene una tesis *dualista* que pretende superar las posiciones monista y fundacionalista expuestas previamente. Para ello distingue dos momentos en la vida de una sociedad: política normal y política constitucional. En momentos de política normal la legislación debe ser guiada por las mayorías, bajo la limitación de estar sometida al control judicial; en los tiempos de política constitucional, momentos especialmente críticos para una sociedad, es posible pensar en que las divisiones sec-

¹ Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle: "Constitutionalism" (material de estudio distribuido en Curso Derecho Público, primer semestre 2004, Programa de Doctorado en Derecho Universidad de Chile), 2004.

² Un buen resumen de las ideas aquí debatidas puede verse en José Juan Moreso: "Derechos y justicia procesal imperfecta"; Roberto Gargarella: "Los jueces frente al 'coto vedado'", y Juan Carlos Bayón: "Derechos, democracia y Constitución", todos en *Discusiones*, n.º 1, 2000, Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur, pp. 15-51, 53-63 y 65-93.

³ Una primera aproximación al tema en Bruce Ackerman: "Constitutional Politics/Constitutional Law", en *Yale Law Journal* 99 (diciembre de 1989), y luego en *We the People: Foundations*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, vol. I, 1991. Para una crítica a esta teoría, véase Carlos S. Nino: *Democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa, 1996, cap. IV.

⁴ J. Rawls: *Liberalismo político*, México: Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 220-2.

toriales cesan y se abre espacio a una legislación consensuada con vistas al bien común. Rawls acepta esta distinción y agrega la idea a sus *principios del constitucionalismo*; la distinción poder constituyente - poder constituido le permite a Rawls sostener que el poder constituyente posee la más alta autoridad de la voluntad de “Nosotros el pueblo” y como tal “obliga y guía” al poder ordinario, de rango legal.⁴

Podemos sostener que la perspectiva dualista que propone Ackerman da luces para solucionar el tema de la consagración constitucional de los derechos. Su tesis posibilita entender los derechos fundamentales como aquellos derechos que emanan del individuo y que se consagran en un momento determinado (derechos fundacionales); pero, como ello es insuficiente,⁵ surge la idea de ciertos derechos fundamentales (*fundamental rights*) que son definidos por vía de interpretación de normas constitucionales, pero también, y fundamentalmente, de principios constitucionales que permiten adecuar la protección a la situación concreta y actual.⁶

Frente al incumplimiento por parte del Estado del debido respeto de estos derechos, surge una nueva idea dualista que vincula los *derechos fundamentales a escala planetaria* surgidos de un momento de ejercicio del *poder constituyente* que limite la soberanía de los Estados en tiempos de normalidad para definir el contenido, el alcance y el cumplimiento de los derechos fundamentales establecidos por la comunidad internacional.⁷

De esta forma, en la dogmática constitucional más relevante, la idea de los derechos fundamentales es uno de los ejes que determinan las bases de la convivencia y de la legitimidad de las decisiones políticas que se adoptan a la luz de las estructuras fundamentales y que se desarrollan a través de las instituciones consagradas en el texto constitucional.⁸ Tanto así que se ha vinculado la idea misma del Estado constitucional con ese fin garantista de los derechos individuales. En esta línea compartimos la opinión de un destacado autor argentino, quien señala: “ese fin [el de la Constitución] no es uno cualquiera, sino uno muy preciso y concreto: *asegurar y proteger la libertad y los derechos del hombre*”.⁹

⁵ Puede ser insuficiente ya sea porque este acuerdo fundacional puede tener su origen en un momento histórico que deje fuera a sujetos y situaciones que con el tiempo pasan a ser considerados como sujetos u objetos de protección o en la práctica puede ser aplicado restrictivamente.

⁶ Sobre la relevancia de los principios, véase R. Dworkin: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984.

⁷ Véase en este sentido Cristi y Ruiz-Tagle (nota 1).

⁸ Para una visión crítica de este planteamiento y que sostiene una visión procedimental de la democracia y por tanto de la propia Constitución, véase John Hart Ely: *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, pp. 19-96.

⁹ Germán Bidart: *Los derechos del hombre. Filosofía, constitucionalización, internacionalización*, Buenos Aires: Ediar, 1974, p. 93.

2. Delimitación de conceptos

2.1. Definiciones generales

En materia de limitación a los poderes de la autoridad existe un desarrollo acabado de conceptos que se vinculan con su limitación, legitimación y guía. De esta forma, para abordar el tema es necesario distinguir adecuadamente las referencias que se harán en materia de conceptos vinculados con derechos morales, derechos naturales, derechos humanos, libertades públicas, derechos públicos subjetivos, derechos fundamentales, entre otros conceptos relevantes.¹⁰

Pero la dificultad de clarificación conceptual aumenta en la medida en que la palabra *derecho* se ha usado con distintos significados; por ello es necesario tener en consideración su exacto contenido para delimitar cuándo efectivamente estamos ante un derecho y no ante otro tipo de concepto.¹¹ En esta presentación distinguimos el uso del término *Derecho*, en cuanto concepción general que nos permite distinguir la validez de las normas, de los *derechos* como ciertas facultades, esto es, una serie de posibilidades de acción o de actuación que se le reconocen o conceden a su titular, que suponen deberes o cargas a otras personas y que poseen cierta protección jurídica, esto es, la posibilidad de reclamar ante los órganos del Estado a fin de que éstos intervengan en defensa del interés protegido por el ordenamiento jurídico.¹²

En términos generales, podemos afirmar que estos conceptos se han utilizado en diversos contextos culturales como formas de limitación del poder, así como formas de legitimación de su ejercicio. Por ello, para los efectos de determinar su especificidad, los agruparemos en tres categorías y en cada una utilizaremos dos elementos: a) contexto histórico y filosófico en que se ha utilizado y b) formas de relacionarse con el poder, en particular, su rol de limitación de éste.

En primer lugar, podemos identificar aquellos conceptos vinculados con tesis iusnaturalistas: derechos naturales y derechos morales. Los derechos naturales se enmarcan en el iusnaturalismo del siglo XVIII¹³ y se caracterizan por ser una forma de limitación del poder soberano sobre la base de ciertos derechos universales, inalienables e imprescriptibles vinculados a la persona y anteriores a la vida en socie-

¹⁰ Véase Antonio Pérez Luño: *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1993; Gregorio Peces-Barba: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 1999.

¹¹ Wesley Hohfeld: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968, p. 45; Carlos S. Nino: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires: Astrea, 1989, pp. 26-30.

¹² En este sentido véase R. Dworkin: "Introduction", en R. Dworkin (ed.): *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, pp. 1-9.

¹³ Peces-Barba: o. cit. (n. 10), p. 25.

dad,¹⁴ esto es, derechos con pretensiones de universalidad¹⁵ e independientes de su consagración positiva.¹⁶ Los derechos morales se han utilizado principalmente dentro de la cultura anglosajona en la segunda mitad siglo XX. Se caracterizan por ser una forma de limitación al poder soberano de las mayorías, recurriendo a la idea de derechos anteriores de los que el individuo es titular y, por tanto, limitadores del poder de decisión de las mayorías,¹⁷ los que están fundados en principios morales válidos.¹⁸ Distingue a estos derechos su reconocimiento y protección a través de las estipulaciones constitucionales; por tanto, son derechos que la constitución convierte en jurídicos.¹⁹

Vinculados con una concepción positivista de los derechos están los derechos públicos subjetivos y libertades públicas. La expresión *derechos públicos subjetivos* se enmarca en la Alemania del siglo XIX, concretamente en el proceso de construcción de un Estado liberal.²⁰ Se caracterizan por ser concebidos como prerrogativas que conceden las leyes y tienen como objetivo limitar al poder estatal (funcionarios dependientes del Estado) estableciendo ciertos límites dentro de los cuales el individuo no puede ser afectado.²¹ Las libertades públicas surgen en el debate de la Francia posrevolucionaria, con una clara dimensión positivista. Se caracterizan por limitar a las mayorías estableciendo en la legislación ciertos *derechos de autonomía*, esto es, un ámbito exento para el libre desenvolvimiento individual, frente a la intervención estatal.²²

La utilización del concepto *derechos humanos* surge en el contexto de la segunda posguerra mundial, vinculada a la idea de limitar los derechos que tiene el Estado respecto de sus ciudadanos. Se construye sobre la base de un acuerdo a que llegan los Estados de comprometerse al respeto de un catálogo de derechos, su incorporación al derecho positivo y el establecimiento de sistemas de protección internacional. La idea de derechos humanos busca no sólo limitar el poder del Estado, sino que también impone obligaciones positivas, recogiendo las ideas liberales, democráticas y socialistas vinculadas a la protección de los individuos en cuanto tales.²³

Si bien el concepto de derechos fundamentales está ampliamente desarrollado, su concepción da margen para la manifestación de distintas visiones. El concepto de derechos fundamentales se vincula con la idea de ciertas pretensiones morales que se

¹⁴ *Ibíd.*, pp. 25, 40; la idea de anterioridad, véase John Locke: *Segundo Tratado del gobierno civil*, Madrid: Alianza, 1990, pp. 55-56.

¹⁵ Luis Prieto: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid: Debate, 1990, p. 35.

¹⁶ Nino: o. cit. (n. 11), p. 21.

¹⁷ Dworkin: o. cit. (n. 6), pp. 211, 219, 228.

¹⁸ Nino: o. cit. (n. 11), p. 24.

¹⁹ Dworkin: o. cit. (n. 6), p. 212.

²⁰ Peces-Barba: o. cit. (n. 10), p. 27-8; Pérez Luño: o. cit. (n. 10), p. 33

²¹ Peces-Barba: o. cit. (n. 10), p. 28; Pérez Luño: o. cit. (n. 10), p. 32-34.

²² Peces-Barba: o. cit. (n. 10), p. 29-31; Pérez Luño: o. cit. (n. 10), pp. 35-36

²³ *Ibíd.*, p. 57; Pérez Luño: o. cit. (n. 10), p. 49; Prieto: o. cit. (n. 15), p. 61.

positivizan en el texto constitucional, ya sea a través de valores, principios o reglas, y por tanto quedan fuera del ámbito de disposición de las mayorías, constituyéndose en límites para la soberanía. Además, comprenden el derecho del individuo para exigir del Estado su respeto a través de mecanismos institucionales y, en caso de incumplimiento, se contemplan ciertos mecanismos de exigibilidad a través de procedimientos jurisdiccionales. La recepción de este concepto es una constante en el constitucionalismo comparado y su desarrollo en el derecho comparado ha sido exponencial en la segunda mitad del siglo XX.

2.2. Contraste de las nociones sobre derechos individuales con el concepto de derechos fundamentales

Las tesis iusnaturalistas (derechos naturales y morales) son más limitadas que la visión actual de los derechos fundamentales, ya que ésta comprende no sólo el reconocimiento de ciertos valores superiores, sino que se preocupa de que sean positivizados como derechos, proceso que tiene por efecto la clarificación del contenido de los derechos y comprende una visión más amplia de las obligaciones del Estado en cuanto a su garantía y protección.

Las tesis positivistas (derechos públicos subjetivos y libertades públicas) son mejoradas por la teoría de los derechos fundamentales toda vez ésta plantea que las cuestiones de derechos no quedan entregadas a las simples mayorías circunstanciales (que determinan las leyes positivas), sino que también se vinculan con principios reflejados en los textos constitucionales y permiten que por la vía de la interpretación se protejan efectivamente derechos individuales, en cuanto derechos y no simples privilegios, potestades o inmunidades;²⁴ además, la preocupación de los derechos fundamentales por su protección eficaz²⁵ amplía la idea de los derechos desde una visión de simple límite al Estado (tesis liberal) a un establecimiento de obligaciones positivas en cuanto derechos de participación y derechos sociales.

La relación entre los derechos humanos y los derechos fundamentales sigue un principio de interacción de dos niveles de protección de los derechos del individuo a través de la incorporación de los derechos humanos a los textos constitucionales.²⁶

²⁴ Seguimos la terminología de Hohfeld: o. cit. (n. 11), pp. 49, 81.

²⁵ Pedro Cruz: "Formación y evolución de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 25, Madrid, 1989, p. 41.

²⁶ Sobre esta especial forma de relación de los derechos fundamentales y los derechos humanos véase *infra*, sección 6 de este trabajo.

2.3. *Noción de derechos fundamentales en el derecho constitucional chileno*

2.3.1. *Doctrina chilena de los derechos fundamentales a fines del siglo XIX y principios del siglo XX*

Como hemos señalado, la doctrina chilena de fines del siglo XIX y primera mitad del siglo XX se enmarca en un contexto doctrinario de una clara matriz iusnaturalista. Los derechos fundamentales son entendidos como derechos naturales,²⁷ caracterizados por derechos anteriores al Estado, fundados en una tesis contractualista²⁸ y con una naturaleza inalienable, universal e imprescriptible. Para estos autores, la Constitución debe limitarse al reconocimiento de los derechos naturales a través de su enumeración y garantía.²⁹

Para la doctrina clásica prima la idea de los derechos fundamentales como una expresión de libertades públicas, donde el reconocimiento de los derechos naturales en el texto constitucional tendrá como objetivo central establecer ciertas limitaciones al poder del Estado que permita el libre desenvolvimiento del ser humano³⁰ o, como lo expresa claramente Amunátegui, “armonizar al Estado con su autoridad y al individuo, con su libertad”.³¹ Son expresión clara de estas ideas los énfasis que se ponen en materia de libertad de conciencia y de religión: la libertad de expresión de las ideas con base en la libertad de pensamiento como derecho natural y la discusión sobre la independencia del Estado respecto de la Iglesia como una forma de libertad personal.³²

2.3.2. *Normativa y dogmática contemporánea sobre derechos fundamentales en Chile*

Sobre la base del texto constitucional de 1980 los derechos consagrados en la carta fundamental pueden ser mirados como derechos fundamentales, esto es, derechos individuales protegidos por mecanismos procesales y que son un límite para la soberanía. En el texto constitucional sigue primando una concepción *iusnaturalista* y una consagración de estos derechos, fundamentalmente, como límites al Estado antes que obligaciones de actuación, tal como se desprende del catálogo de derechos constitucionales del artículo 19.

²⁷ Jorge Huneus: “Derecho constitucional comparado”, en *Obras de don Jorge Huneus*, Santiago: Imprenta Cervantes, 1891, p. 37.

²⁸ José Mora: *Curso de derecho del liceo de Chile*, Imprenta Republicana, tomo I, Santiago: 1830, pp. 8-10.

²⁹ Huneus: o. cit. (n. 27), p. 37.

³⁰ *Ibidem*, pp. 38-39.

³¹ Gabriel Amunátegui: *Principios generales del derecho constitucional*, Santiago: Jurídica de Chile, 1953, p. 303.

³² Manuel Carrasco: *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833. Memoria de prueba*, Santiago: Universidad de Chile, Imprenta de la Librería del Mercurio, 1874, pp. 12-24 y 54.

Sobre la resolución de conflictos entre derechos ha habido una tendencia a aceptar, en las tesis contemporáneas que representa el profesor José Luis Cea,³³ una idea de la jerarquía de los derechos establecidos en la Constitución que estaría dada por la enumeración de los derechos consagrados; esta tesis de la jerarquía ha sido seguida por otros autores.³⁴

Los derechos consagrados en el texto constitucional no son el reflejo de los valores relevantes en el actual contexto histórico; en efecto, los derechos consagrados en la Constitución Política de 1980 (en adelante CPR) tienen un énfasis en las libertades, sin que expresen un adecuado énfasis en los derechos de participación y los derechos sociales. Los derechos consagrados no recogen adecuadamente los derechos de participación (por ejemplo, hay una consagración formal del derecho al sufragio, pero las estructuras de poder no reflejan una igualdad de impacto mínima);³⁵ en cuanto a los derechos sociales, en materia de salud, educación, trabajo los derechos son tratados como libertades (de elección) y no como derechos de prestación por parte del Estado.

En cuanto a su garantía, conceptualmente ésta debería verse reflejada tanto en materia de recursos y procedimientos como en prácticas jurisprudenciales. Sobre lo normativo nos referiremos *infra*. Sobre la actividad judicial, podemos decir que la garantía de los derechos fundamentales también debería contemplar su protección a través de un activo rol judicial para el control de constitucionalidad de las leyes.³⁶ El sistema constitucional nacional sólo contempla una función de legislación negativa del Tribunal Constitucional y una minimizada actuación de la Corte Suprema a través del control difuso (recurso de inaplicabilidad), sin perjuicio de que en la práctica los tribunales hayan ampliado su competencia, resolviendo cuestiones constitucionales a través del recurso de protección consagrado en el artículo 20 del texto constitucional.

Frente a estas posturas restrictivas que limitan los derechos fundamentales a su idea de libertades frente al Estado, surge otra tendencia dentro del constitucionalismo chileno que ha pretendido vincular los derechos establecidos en la Constitución como derechos fundamentales en un sentido moderno.³⁷ En este intento se ha buscado rescatar el esquema de Amunátegui relativo a la Constitución del 1925, donde se establece que los derechos constitucionales tienen una triple función: garantizadora,

³³ José Luis Cea: *El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 1999, pp. 171-175.

³⁴ Verdugo et al.: *Derecho Constitucional*, tomo I, Santiago: Jurídica de Chile, 1994, p. 197.

³⁵ Sobre la igualdad de impacto y su relevancia en el sistema democrático, véase R. Dworkin: *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2002, pp. 184-210.

³⁶ Cristi y Ruiz Tagle: o. cit. (nota 1).

³⁷ Pablo Ruiz-Tagle: "Principios constitucionales y estado empresario", en *Revista de Derecho Público*, vol. 62, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2000; también del mismo autor véase "Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile", en *Revista de Derecho Público*, vol. 63, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001.

límite a la soberanía y forma de regulación de los conflictos (restricciones-suspensiones). Además, se ha llamado la atención sobre otras cuestiones, como por ejemplo, el rol del control judicial de los derechos fundamentales, la importante función de la interpretación, la aplicación de los principios y la resolución de conflictos con base en la ponderación de derechos.³⁸

3. Modelos y funciones de los derechos fundamentales

3.1. Modelos de protección de derechos fundamentales

En lo que sigue desarrollaré las principales explicaciones sobre los modelos de derechos fundamentales en las obras de Peces-Barba y Alexy, destacando aquellos elementos que permiten una comparación de las teorías. Finalmente, formularé algunas conclusiones en la perspectiva de un modelo que integre ambas visiones.

El modelo que propone Peces-Barba se deriva de las dos nociones centrales de su análisis, esto es, el fundamento y el concepto que sustentan la noción de derechos fundamentales. Su modelo se basa en tres características que asigna a los derechos fundamentales: a) pretensión moral justificada; b) subsistema dentro del sistema jurídico, y c) preponderancia de la realidad social. En cuanto pretensión moral justificada, los derechos fundamentales tienden a facilitar la autonomía e independencia sobre la base de la libertad e igualdad; como subsistema jurídico, lo central es que los derechos fundamentales deben expresarse en términos de derechos, esto es, ser incorporados técnicamente a una norma; y en su relación con la realidad social, los derechos fundamentales están condicionados por ciertas realidades que no pueden ser ignoradas, tales como circunstancias económicas, sociales y políticas que favorecen, dificultan o impiden su efectividad.³⁹

La teoría de Alexy es una teoría estructural con un carácter normativo-analítico que se pregunta por la respuesta correcta y la fundamentación racional de los derechos fundamentales.⁴⁰ Su centro está en la explicación de las normas de derechos fundamentales y desde esa perspectiva desarrolla una teoría integral de los derechos fundamentales. Las ideas centrales que su sistema expone son para explicar qué son las normas de derechos fundamentales y cómo ellas obligan. Para ello Alexy pone especial énfasis en la estructura de la norma de derechos fundamentales. Establece que las normas iusfundamentales son normas jurídicas con ciertas características particulares, ya que se expresan a través de disposiciones constitucionales y, además, poseen una estructura particular que se expresa en reglas, principios y valores.⁴¹

³⁸ Véase Cristi y Ruiz Tagle: o. cit. (n. 1).

³⁹ Peces-Barba: o. cit. (nota. 10), pp. 109-112.

⁴⁰ Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 39.

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 62-115 y 138-173.

Dentro de esta estructura de las normas fundamentales destaca la ponderación, como criterio para la resolución de conflictos entre principios, desechando, en consecuencia, los modelos de jerarquías generales.⁴² A partir de esta estructura de derechos fundamentales, este autor desarrolla tres modelos: a) puro de principios; b) puro de reglas y c) de reglas y principios, además de procedimientos.⁴³ Se pronuncia a favor de éste, en el que a las “disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto reglas como principios. Ambos pueden reunirse en una norma de derecho fundamental con carácter doble”.⁴⁴

Desde un punto de vista comparativo de estos modelos generales, se pueden señalar algunos puntos que permiten proponer uno unificado: a) ambos intentan una explicación de los derechos fundamentales en cuanto derechos positivizados dentro del sistema jurídico, ya sea como subsistema o como parte del sistema de normas, derechos subjetivos; b) ambos ponen énfasis en la cuestión de los valores, ya sea como una pretensión moral o como valores; c) incluso, ambos identifican como valores centrales a la libertad y la igualdad; d) finalmente, ambas propuestas se caracterizan por pretender plantear un modelo integral de derechos fundamentales.

A partir de estos elementos es posible desarrollar un modelo unificado de los derechos fundamentales. En esa perspectiva podríamos señalar como elementos centrales de un modelo de derechos fundamentales:

- a. deberán ser incorporados en el texto constitucional como derechos subjetivos, exigibles frente al Estado;
- b. deberán comprender una visión amplia de las obligaciones del Estado y no sólo limitada a los derechos de libertad negativa, modelo superado históricamente;
- c. esta visión amplia de los derechos implica la consagración de derechos no sólo de libertad, sino también derechos de participación y de igualdad para todos los ciudadanos, sin discriminación;
- d. todo análisis de derechos fundamentales deberá incorporar la cuestión de los valores, dando un particular énfasis a dos de ellos: la libertad y la igualdad;
- e. en todo sistema de derechos fundamentales se debe desarrollar un sistema de eficaces mecanismos para protegerlos, en cuanto derechos efectivamente exigibles frente a la autoridad;
- f. a la vez, cualquier sistema de derechos fundamentales debe contemplar un papel activo de los órganos judiciales en tanto intérpretes de las normas de derechos fundamentales, sus principios y valores.

⁴² *Ibíd.*, pp. 152-7.

⁴³ Alexy: *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 161-174.

⁴⁴ Alexy: o. cit. (n. 40), p. 138.

3.2. Visiones críticas del modelo de derechos fundamentales

El modelo integral se entiende de mejor forma en la medida en que lo podemos contrastar con algunas de las críticas que ha sufrido la noción de derechos fundamentales. Las principales críticas dicen relación con la extensión de los derechos fundamentales, con su calidad de derechos subjetivos⁴⁵ y con el uso que se ha hecho de ellos.⁴⁶

C. Pereira critica la noción de derechos fundamentales desde la perspectiva de los derechos naturales,⁴⁷ entendiendo por tales aquellos derechos absolutos que la Constitución se limita a proteger.⁴⁸ Centra su crítica en el hecho de que los derechos fundamentales representarían una suerte de estatismo legalista que tendría como efecto rebajar los derechos absolutos a libertades públicas meramente legales y se correría el riesgo de una inflación de derechos en los nuevos textos constitucionales.⁴⁹ Para este autor, en el proceso de evolución histórica de los derechos absolutos se ha llegado a un punto en que se han perdido los presupuestos de los derechos absolutos, esto es, derechos vinculados a la noción de persona y representativos, básicamente, de límites frente a la acción del Estado. De ahí se desprende que los dos principales riesgos que ve son una inflación de derechos, tanto en lo que dice relación con los contenidos como en los sujetos protegidos,⁵⁰ y el paso desde los derechos como libertades hacia los derechos como deber de prestación por parte del Estado, con lo que se permite el abuso de los derechos,⁵¹ poniendo en discusión de esta forma el carácter de derechos naturales de aquellos derechos que no se correspondan con estas características, aunque los contemple el texto constitucional.

Marie Ann Glendon, desde una óptica anglosajona, no critica el concepto de los derechos fundamentales como lo hace Pereira, sino que plantea una visión crítica respecto del *lenguaje de derechos* que se ha desarrollado a partir de la idea de derechos fundamentales; en particular, critica el hecho de que esta perspectiva poco ayuda a fortalecer la protección de los individuos en el sistema americano.⁵² Para esta autora, toda la teoría desarrollada en torno a la noción de derechos fundamentales, en

⁴⁵ Ésta fue la postura de Kelsen, quien objetó la condición de derechos subjetivos de estos derechos; véase Hans Kelsen: *Teoría pura del derecho*, México: Porrúa, 1995, pp. 139-142.

⁴⁶ Hemos optado por tratar aquellas teorías críticas de los derechos fundamentales y no aquellas que los niegan, ya que éste es un debate que escapa a las pretensiones de este trabajo.

⁴⁷ Antonio Pereira: *Lecciones de teoría constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 361, 262. Es interesante ver en este autor la fuerte influencia del discurso de Schmidt.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 264.

⁴⁹ *Ibíd.*, pp. 362-3.

⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 398-9.

⁵¹ *Ibíd.*, pp. 406-411.

⁵² Mary Ann Glendon: *Rights talk. The impoverishment of political discourse*, Nueva York: The Free Press, 1991, p. 171.

particular, la perspectiva de los derechos que se ha alejado de los principios de dignidad humana y libertad para entrar en pretensiones interminables, no es sino un reflejo del individualismo que ha impregnado la sociedad americana.⁵³ Esta perspectiva basada en la idea de derechos ha perdido de vista los roles tradicionales de prevención sobre los que deben fundar su actuación los operadores del sistema jurídico;⁵⁴ además, se ha permitido permear toda la sociedad con su discurso, llegando incluso al ámbito familiar y reflejándose cabalmente en la prensa.⁵⁵ Por último, Glendon señala que es ilusorio pensar que el discurso de los derechos va a ser de utilidad para detener los abusos en el ámbito público y en el privado.⁵⁶

A partir de estas críticas a la idea de derechos fundamentales podemos formular algunos comentarios a la luz del impacto de ellas han tenido en el constitucionalismo chileno. Pereira discute la noción de los derechos fundamentales en la forma en que éstos se han expresado en la segunda mitad del siglo XX, en particular, la ampliación de los derechos y los sujetos protegidos. Dicho cuestionamiento puede verse reflejado en parte importante de la doctrina constitucional chilena,⁵⁷ con todos los riesgos que implica una visión limitada de los derechos fundamentales que ignore los avances que ha significado la ampliación de los derechos a los campos de los derechos de participación y los derechos sociales, fiel reflejo del actual consenso valórico que implica que los textos constitucionales deben ser capaces de incorporar derechos que reflejen las pretensiones morales de libertad, igualdad y dignidad humana; lo que es más grave es que esta visión ignora estos derechos aun cuando están reconocidos por el texto constitucional, privándolos de su carácter de derechos fundamentales.

Por su parte, la crítica que Glendon formula al enfoque de los derechos nos parece más atendible, toda vez que ella apunta a los efectos perversos de la exageración que puede implicar depositar la solución de todos los problemas que enfrenta una sociedad en la resolución a través de los alegatos de derechos y, por tanto, la judicialización de éstos. Si bien el enfoque nos parece adecuado en el sentido de sostener que el debate debe enfocarse en el fortalecimiento de la actividad deliberante como una buena alternativa al individualismo,⁵⁸ no podemos compartir una crítica a toda la cultura de los derechos y la posibilidad cierta que da a las personas para protegerse frente a casos de violación de sus derechos fundamentales. Esto no es sino una conquista frente al Estado, en la terminología de Dworkin, que debe ser preservada, cuidada y delimitada para que no caiga en el descrédito que plantea Glendon. Es más,

⁵³ *Ibíd.*, pp. 171, 173.

⁵⁴ *Ibíd.*, pp. 175-176.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 178.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 182.

⁵⁷ Para un estudio crítico en esta materia véase Ruiz-Tagle: "Una dogmática general...": o. cit. (n. 37).

⁵⁸ Glendon: o. cit. (n. 52), 178-179.

no vemos argumento alguno que nos convenza de que la deliberación también puede presentarse en el marco del debate sobre la resolución de casos en el ámbito jurisdiccional.

4. Estructura de los derechos fundamentales

4.1. Fuentes de los derechos fundamentales

En primer lugar, trataremos el sistema de fuentes de los derechos fundamentales. Un interesante aporte en esta área lo formula Peces-Barba, quien define las fuentes de derechos fundamentales en términos amplios, “como todo lo que en el ordenamiento jurídico confiere capacidad para crear normas relevantes para configurar derechos fundamentales”.⁵⁹

¿Cómo se generan los derechos fundamentales en la Constitución chilena a la luz de la propuesta de Peces-Barba? La tesis de este autor es especialmente interesante en el caso chileno, ya que, en virtud de la reforma constitucional del año 1989, se incorporaron a la Constitución las normas sobre derechos humanos contenidas en los tratados vigentes en Chile (artículo 5, inciso 2.º).⁶⁰ De esta forma, se han ampliado las fuentes de los derechos fundamentales, ya que éstos no sólo serán creados por el acto fundacional del texto constitucional, sino que también serán creados materialmente en las instancias internacionales. Si bien el texto constitucional es claro, la jurisprudencia parece no haberlo asumido, y un ejemplo de ello es la sentencia sobre la inconstitucionalidad del proyecto de Ley sobre Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo,⁶¹ en el cual se cita constantemente dicha norma pero se omiten las referencias a los instrumentos internacionales.

Un segundo elemento interesante a partir de la noción de Peces-Barba es la idea de que no sólo las fuentes formales a que estamos acostumbrados son fuentes de los derechos fundamentales, sino que es preciso mirar a todo el ordenamiento jurídico y la capacidad de configuración de estos derechos. En este sentido, tendrán calidad de

⁵⁹ Peces-Barba: o. cit. (n. 10), p. 489.

⁶⁰ Artículo 5: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Para un análisis en detalle véase Cecilia Medina y Claudio Nash: “Manual de derecho internacional de los derechos humanos para defensores públicos. Sección doctrina”, en *Documentos Oficiales*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, n.º 1, diciembre 2003, pp. 63-71.

⁶¹ Tribunal Constitucional de Chile, causa rol 226-1995.

fuentes de los derechos fundamentales los actos emanados del Poder Legislativo que los configuren; también podrán serlo los actos administrativos que actúen en esta línea; finalmente, la actividad judicial será central para configurar el contenido y el alcance de estos derechos, en la medida en que para resolver de las causas que sean puestas en su conocimiento vayan configurando su contenido práctico.

Algunos comentarios:

1. Si bien la tesis de Peces-Barba puede parecer, en un primer momento, inaplicable en nuestro sistema constitucional, toda vez que éste parecería regular un sistema de fuentes formal estricto, creemos que un análisis fino de dicha tesis puede abrir un amplio espacio para vincular a todas las autoridades del Estado en la configuración de los derechos fundamentales. Si bien nuestro texto constitucional parece claro en la generación de normas por los órganos del Estado, tanto las normas de rango constitucional como legal, la tesis en estudio permite tener una visión más abierta en materia de fuentes de los derechos fundamentales, con un acercamiento al tema que haga posible considerar como fuentes creadoras de estos derechos no sólo a los actos de origen constitucional o legal, sino también a los actos legislativos, ejecutivos o judiciales en cuanto capaces de configurar su contenido y alcance.

2. Una tesis amplia como la que estudiamos no puede dejar de considerar la necesidad de un control democrático en la formulación de los derechos fundamentales. Éstos deben ser expresión de actos democráticos, en cuanto a su contenido de legitimidad institucional proveniente de actividades enmarcadas en los mandatos constitucionales, y ser respetuosos de los procesos de decisión democrática.

3. En esta perspectiva es fundamental definir el rol de los órganos del Estado y la generación de normas de derechos fundamentales. Cada órgano debe tener definido su campo de actuación en forma clara y actuar dentro de él con un estricto apego a los valores y principios del sistema, y con la limitación y guía de los derechos fundamentales.

4. Las autoridades del Poder Judicial, tanto en el nivel constitucional como legal, deben cumplir un papel primordial en la efectiva aplicación de las normas de derechos fundamentales y por esta vía controlar el proceso de legalidad.

4.2. Principios estructurantes de los derechos fundamentales

La doctrina comparada plantea los derechos fundamentales como expresión de valores iusfundamentales que son recogidos por los textos constitucionales y, agrega Favoreu, también consagrados por los instrumentos internacionales.⁶² Los derechos fundamentales están vinculados con el valor que los inspira y ciertas particularidades

⁶² Louis Favoreu: *Droit Constitutionnel*, París: Dalloz, 1998, pp. 777-877.

o modalidades para la concreción de dicho valor; además, pueden expresar un principio en términos generales (como el principio de libertad en el derecho alemán) o bien mediante normas especiales o concreción particular de derechos (catálogo general de derechos). En esta línea podemos señalar que los valores que recogen los autores son: libertad, igualdad, prestación, solidaridad y seguridad.⁶³ Si bien algunos de ellos se repiten y otros se omiten, estas diferencias no deben llevarnos a una conclusión errada, ya que en el momento de dar contenido a estos valores generales los autores desarrollan contenidos particulares que hacen coincidir los resultados.

4.2.1. *Tesis de Peces-Barba*

Desde una perspectiva historicista, este autor distingue como valores esenciales o, en sus términos, *pretensiones morales* positivizadas a la libertad, la seguridad, la solidaridad y la igualdad.⁶⁴ Sostiene que el valor central es de la libertad y los otros valores girarán en torno a éste o, al menos, estarán estrechamente vinculados a él. En cuanto a la *libertad*, distingue entre la libertad como no interferencia, como libertad para hacer o libertad positiva, y la libertad de participación. La *seguridad*, entendida como un ámbito de certeza vinculado con la libertad moral, se manifiesta frente al poder, el derecho y la sociedad. La *solidaridad* es entendida en perspectiva histórica como valor capaz de fundamentar indirectamente los derechos a través de los deberes que le son impuestos al Estado. Finalmente, los derechos de *igualdad* pueden manifestarse como igualdad ante la ley (formal) e igualdad material, relacionada con las necesidades básicas y con la propia libertad.

4.2.2. *Tesis de Alexy*

Este autor analiza el contenido de los derechos fundamentales desde su particular versión dogmática-analítica a partir del texto de la Constitución alemana. Es interesante el análisis que hace desde una perspectiva de un derecho general a la libertad, a la igualdad y a las acciones positivas del Estado.⁶⁵ Distingue, en el caso de la *libertad*, la libertad negativa de la libertad socioeconómica; vincula la libertad con el principio de la dignidad humana; desarrolla tres niveles de la libertad (esfera íntima, esfera privada y esfera social); trata la idea de derechos de libertad tácitos; establece formas de protección del principio de libertad y limitaciones al derecho de libertad y vincula todo con la idea de ponderación; y, finalmente, desarrolla las normas iusfundamentales protectoras de la libertad. En cuanto a la *igualdad*, trata la noción de la igualdad

⁶³ Véase Peces-Barba: o. cit. (n. 10); Alexy: o. cit. (n. 40).

⁶⁴ Peces-Barba: o. cit. (n. 10), respectivamente, véase 215 ss., 245 ss.; 261 ss.; 282 ss.

⁶⁵ Alexy: o. cit. (n. 40), respectivamente, véase 331 ss.; 381 ss.; 419 ss.

ante la ley en un sentido amplio, capaz de obligar al legislador; aborda la tesis clásica sobre la igualdad y las posibilidades de un trato discriminatorio; distingue entre la igualdad de iure y la igualdad de hecho analizando las relaciones entre ambas. Finalmente, desarrolla los derechos fundamentales vinculados a las *acciones positivas* del Estado o derechos a prestaciones de éste y, en particular, entra en el análisis de los derechos fundamentales sociales y los derechos de protección.

4.2.3. *Planteamiento integrador*

A partir de esta visión comparativa podemos intentar una visión integradora del contenido de los derechos fundamentales. Nuestro punto de partida será una concepción normativa del individuo (no metafísica), propia del pensamiento liberal igualitario: los individuos deben ser tratados como libres e iguales.⁶⁶ Desde esta perspectiva parece más simple y lógico señalar que los valores que estructuran los derechos fundamentales son los de libertad y de igualdad (acogiendo para ambos el análisis de modalidades o particularidades que desarrolla Alexy). No compartimos la propuesta de Peces-Barba en cuanto a dar un carácter autónomo y diferenciado al elemento *seguridad*, toda vez que éste es un principio que debe estar presente en cada uno de los derechos fundamentales, tanto de carácter general como especiales, como un elemento constitutivo de cada uno y no como derechos de carácter autónomo, ya que ello debilita el contenido de los derechos fundamentales.⁶⁷ En cuanto al valor *solidaridad*, no nos parece que constituya un valor en sí mismo, ya que dice relación con la concreción del principio de igualdad en su faceta material y, tal como lo señala el propio Peces-Barba, podrá ser un buen argumento que por vía indirecta funde otros derechos, pero no lo consideramos un valor en sí mismo.

4.2.4. *La estructura de los derechos fundamentales en la Constitución Política chilena*

A efectos de un análisis de los derechos consagrados en la CPR, parece adecuado seguir la conceptualización integradora que hemos reseñado. Es necesario aclarar que los valores que sostenemos fundan el contenido esencial de los derechos fundamentales: la relación de los principios de libertad e igualdad con la noción de dignidad de la persona. La idea de la dignidad nos parece que es un valor moral que debe inspirar la interpretación de cada uno de los derechos, tanto como un metavalor hacia el cual deben estar dirigidos los derechos fundamentales, así como un criterio que

⁶⁶ Sobre los alcances de una concepción normativa de persona, en el ámbito de la teoría política y en especial en el pensamiento de Rawls, véase Hugo Selemé: *Neutralidad y justicia. En torno al liberalismo político de John Rawls*, Madrid: Marcial Pons, 2004.

⁶⁷ Para un interesante análisis sobre el lugar que ocupa la seguridad, véase Mora: o. cit. (n. 28).

sirva para una adecuada ponderación de los derechos en caso de conflictos o dudas sobre su interpretación, pero no debe constituir una categoría por sí misma. Consideramos la dignidad como un valor y, como tal, ubicado dentro de lo axiológico, por lo que utilizarlo como categoría normativa parece forzado y poco útil.

De esta forma, deberíamos analizar cómo se manifiestan en la CPR los derechos de libertad e igualdad y cómo se ha garantizado su protección, tanto desde el punto de vista de los procedimientos como del de la organización del aparato estatal. En cuanto al contenido de los derechos de libertad e igualdad, seguiremos básicamente el contenido o las modalidades que desarrolla Alexy. Si bien su estudio es relativo a los derechos fundamentales en la Constitución alemana, al desarrollar una noción general del derecho de libertad e igualdad nos entrega los elementos esenciales que constituyen el núcleo de los derechos, lo que nos permite utilizarlo a la luz de nuestra propia Constitución Política.

En la CPR los *derechos de libertad* son el núcleo que ha seguido el constituyente, la columna vertebral del entramado de derechos del artículo 19. Así, en el texto constitucional encontramos manifestaciones de la libertad negativa o libertad de protección en el artículo 19, numerales 1, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 19, 21, 23 y 24, en los cuales el Estado debe preocuparse de no intervenir en la actividad de los privados y debe proteger ese ámbito de libertad personal en las esferas íntima, personal y social (usamos la terminología de Alexy). También desarrolla la CP los derechos de libertad en sentido de libertad para la participación (en esto seguimos a Peces-Barba), en el artículo 19, numeral 14.

Los *derechos de igualdad* los encontramos consagrados como derecho de igualdad ante la ley en el artículo 19, numerales 2 y 3; como igualdad de formulación del derecho y trato en los numerales 17, 20 y 22; como manifestaciones de una cierta igualdad de hecho en el numeral 18, en materia de prestaciones de seguridad social. Finalmente, como manifestaciones de derechos de igualdad en cuanto a normas de mandatos de organización del aparato del Estado nos encontramos con los numerales 9 y 10, relativos a la protección de la salud y el derecho a la educación. Dejamos estos dos numerales para el final, ya que a través de ellos podemos afirmar nuestra tesis en cuanto a que los derechos fundamentales establecidos en el texto constitucional a través de su artículo 19 son básicamente derechos de libertad. En efecto, dos de los derechos que son clásicamente derechos de igualdad de facto, como la salud y la educación, en nuestro texto constitucional se establecen como mandatos de organización y actuación del Estado y no como derechos exigibles directamente de éste, como sí ocurre con las normas vinculadas con libertades negativas, salvo en cuanto al inciso tercero del numeral 10, que establece claramente un derecho a la educación gratuita.

4.3. Las obligaciones que emanan de los derechos fundamentales

4.3.1. Contenido y alcance de las obligaciones del Estado

Para hacer comprensible la estructura de los derechos fundamentales debemos hacer una referencia a las obligaciones que debe asumir el Estado como destinatario de estos derechos. Las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales son dos: *respetar* el contenido central de cada derecho (ya sea a través de acciones positivas o abstenciones) y *garantizar* adecuadamente su goce y ejercicio (a través de procedimientos y organización de la actividad estatal).

Entre las medidas que debe adoptar el Estado podemos distinguir: acciones de cumplimiento, las que pueden ser positivas (implican una actividad de prestación) o negativas (implican una actividad de abstención), y medidas afirmativas, las que implican acciones destinadas a la superación de ciertas situaciones de discriminación y se caracterizan por afectar ciertos derechos de los grupos mayoritarios y ser esencialmente temporales.

De esta forma, lo relevante respecto de cada derecho es que las medidas sean las apropiadas para lograr que éstos puedan ser efectivamente gozados por los individuos, lo que implica que las medidas sean las necesarias en una sociedad democrática, esto es, que puedan ser objeto de control democrático y conduzcan a la obtención del fin esperado.

En cuanto a la obligación de garantía de los derechos, ella implica una especial organización de la función estatal que permita el pleno goce de los derechos. Sobre esta obligación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho:

Esta obligación [garantizar] implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁶⁸

Este criterio nos parece muy iluminador respecto del alcance de las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales, ya que vincula directamente a toda la organización estatal, sin excepciones, con su libre y pleno goce y con un énfasis especial en la necesidad de tomar las medidas jurídicas adecuadas con dicho fin.

Para el evento de que las medidas preventivas fallen y un derecho sea violado, el Estado debe garantizar una reparación adecuada; además, en aquellas violaciones graves de derechos, deberá comprometer su actuar con el fin de investigar, sancionar y condenar a quienes hayan incurrido en dichos actos de violación, ya sean agentes públicos o privados.⁶⁹

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ct. IDH), caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4, párr. 166.

⁶⁹ Sobre los alcances de las reparaciones en materia de derechos humanos véase Claudio Nash: *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 7-50.

4.3.2. *Las obligaciones a la luz de la Constitución Política de Chile*

Respecto de las obligaciones del Estado, la Constitución chilena consagra una norma que nos parece central: el artículo 6, sobre las “bases de la institucionalidad”, que expresamente establece la obligación de todos los órganos del Estado de adecuar su comportamiento a las normas constitucionales,⁷⁰ dentro de las cuales se encuentran no sólo las normas del artículo 19, sino también las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (artículo 5 de la CPR). De esta forma, las obligaciones del Estado deberían ser comprensivas de la actividad de todos sus órganos respecto del catálogo de derechos establecido en el propio texto constitucional, así como en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile. Sobre esta base, se construye un diseño institucional que determina que todos los poderes del Estado, en el ejercicio legítimo de sus funciones, deberán tener en consideración las obligaciones de respeto y garantías de los derechos fundamentales.

A partir de la reforma a la Constitución de 1980 y con la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos al bloque de constitucionalidad de los derechos, nos parece evidente que se han incorporado las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, a la luz de la jurisprudencia internacional relativa al contenido y alcance de dichas obligaciones.

4.4. *Solución de conflictos y restricciones de derechos fundamentales*

4.4.1. *Visiones desde la doctrina*

En materia de obligaciones del Estado respecto de los derechos fundamentales, es posible que surjan conflictos entre derechos, los que deben ser resueltos en forma coherente con un sistema integrado de derechos como el que hemos venido sosteniendo.

Un primer acercamiento interesante es el que nos propone Chemerynsky,⁷¹ en el contexto del constitucionalismo norteamericano, quien plantea un sistema para la solución de conflictos sobre la base de cuatro criterios: a) determinar si se está ante un derecho fundamental; b) si está el derecho fundamental infringido; c) si hay una justificación suficiente para que se haya infringido el derecho fundamental, y d) si los medios usados están suficientemente relacionados con los propósitos perseguidos.⁷² No hay duda de que éste es un esquema interesante para ser aplicado en casos de

⁷⁰ “Art. 6. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

”Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

”La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

⁷¹ Erwin Chemerynsky: *Constitutional Law*, Nueva York: Aspen Law, 2001.

⁷² *Ibíd.*, pp. 698-700.

conflicto de derechos en el sistema constitucional chileno, en la medida en que permite seguir un orden lógico en la construcción de un razonamiento para la resolución de los casos con relevancia en materia de derechos fundamentales, tanto ante los tribunales ordinarios como ante el Tribunal Constitucional.

A su vez, Rex Martin⁷³ parte de la base de que debemos tener una visión de conjunto del sistema en el cual los conflictos tendrían que ser evitados al máximo por una buena redacción de las normas, mandato que debería seguir todo cuerpo legislativo y que sería de gran relevancia que fuera asumido por el legislador chileno. Propone un modelo de procedimiento para evitar los conflictos basado en los siguientes elementos: distinción entre regulación y restricción (la partición define el área protegida y la regulación modifica aquellas actividades que quedan dentro del concepto); conflictos con otro tipo de valores jurídicos; la permanencia de las restricciones sólo se explica con base en el beneficio mutuo percibido por los ciudadanos. En resumen, el esquema sería: a) particiones; b) identificar principales regulaciones internas; c) establecer importancia selectiva de zonas de superposición.⁷⁴ Desarrolla este autor también la idea de un conjunto armonioso de derechos en el cual el legislador no sólo debe armonizar derechos particulares, sino que debe tener en cuenta en qué contribuiría un ordenamiento general coherente de las libertades básicas, las prevenciones de daños y las prestaciones de servicios.⁷⁵ Esta idea de la coherencia tiene enorme importancia para el sistema chileno, porque a partir de este principio, sostiene Martin, dentro de derechos fundamentales no puede haber jerarquía; sí puede haber importancia selectiva, según el criterio de cercanía al núcleo del derecho y el ejercicio colectivo frente al individual;⁷⁶ ambos criterios son sin duda más adecuados que una tesis de jerarquías generales como las que ha sostenido la dogmática y la jurisprudencia nacional.

Finalmente, parece interesante revisar la propuesta de Schneider,⁷⁷ para quien, cuando los derechos fundamentales no derivan de mandatos legislativos expresos, autorizan sólo una configuración o limitación relativa, lo cual es una limitación a las facultades del Legislativo para resolver en la norma infraconstitucional posibles conflictos de derechos.⁷⁸

Hay ciertos derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de protección que no tienen un carácter absoluto, sino que pueden ser objeto de legítimas restricciones. Toda restricción a los derechos convencionales, para su legiti-

⁷³ Rex Martin: *Un sistema de derecho*, Barcelona: Gedisa, 2001.

⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 139-144.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 145.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 147.

⁷⁷ Hans Peter Schneider: *Democracia y Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 75.

⁷⁸ *Ibíd.*, pp. 85-92.

midad, debe cumplir ciertos requisitos: debe estar expresamente establecida por ley; debe perseguir uno de los objetivos legítimos señalados por la propia normativa internacional sobre derechos humanos; debe ser necesaria para la consecución de tales objetivos, y deben ser proporcional al fin buscado, esto es, no debe ir más allá de lo estrictamente requerido por la protección de los derechos de otros o del interés público involucrado.

En cuanto al límite de legalidad, las restricciones que se establezcan a los derechos convencionales, en aquéllos en que la Convención expresamente así lo permite,⁷⁹ tanto respecto de las condiciones generales como de los elementos fácticos que la autorizan, deben estar establecidas por ley.

El objeto legítimo supone que las restricciones al ejercicio de los derechos convencionales deben tener un objeto legítimo. Dichos objetivos, en los términos de la propia normativa internacional, son el orden público, la seguridad nacional, la salud pública, la moral pública y los derechos y libertades de los demás. Respecto del contenido de cada uno de estos objetivos, la Convención no da mayores elementos, dejando a los Estados la solución práctica. Pero dicha solución no es discrecional, sino que está expresamente limitada por la condición que pasamos a analizar.

La necesidad de la medida en una sociedad democrática es un requisito que ha surgido en el marco de la jurisprudencia sobre derechos humanos en el ámbito internacional. Por *necesaria* se ha entendido que no debe ser indispensable, pero sí que la restricción debe responder a una apremiante necesidad social. Debe poder demostrarse que no se puede alcanzar el fin de proteger los intereses públicos o de los derechos de otros por medios menos restrictivos que los empleados.

Finalmente, debemos tener en consideración que en la legislación internacional encontramos cláusulas generales de restricción o subordinación, las que están generalmente adscritas a la enumeración de las libertades, las cuales pueden ser objeto de restricciones en la medida necesaria para asegurar el respeto de los derechos y libertades de los demás; también la ley puede sujetarlas a limitaciones en la medida indispensable para proteger la seguridad nacional, el orden público, la moral o la salud públicas. Existen asimismo ciertas restricciones de carácter especial que afectan sólo a ciertos derechos.⁸⁰

⁷⁹ Véanse los artículos 4, 7, 12, 13, 16 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

⁸⁰ Los principales tratados sobre derechos civiles y políticos prohíben la propaganda a favor de la guerra y la formas de apología del odio nacional, racial o religioso y someten a los Estados a la obligación de prohibir tales conductas por ley, lo que constituye una cláusula especial de limitación de la libertad de expresión (véase, por ejemplo, el artículo 13, número 5, de la CADH y el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Otro ejemplo de cláusula especial es la que permite imposiciones de restricciones del ejercicio del derecho de asociación a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía (CADH, artículo 16). Un tercer ejemplo lo ofrece el artículo 21 de la Convención, que permite a la ley subordinar el uso y goce de la propiedad al "interés social".

4.4.2. *Visión comparada y criterios normativos*

Como criterios generales en materia de conflictos y restricción de derechos podemos señalar: a) no debería asumirse un sistema jerárquico entre las normas de derechos fundamentales, sino que todos los derechos tendrían que ser mirados como esenciales para la dignidad de la persona; b) en caso de conflicto de principios, se debería ponderar, en el caso concreto, cuál es la interpretación que permite afectar de menor manera los derechos en conflicto; c) habría que elegir aquel derecho que en mayor medida permita la realización del principio y valor constitucional reflejado en las normas; d) los medios de restricción de un derecho deberían ser proporcionales al objetivo legítimo buscado; e) las medidas de restricción de los derechos en conflicto deberían ser las menores y en estricta relación con la necesidad de asegurar el derecho pertinente; f) el mandato para aplicar estos criterios debe ser entendido en un sentido amplio, como vinculante para todos los órganos del Estado; g) la resolución de los conflictos debe hacerse teniendo en consideración una visión del sistema de derechos en su conjunto, como elementos interrelacionados con el objetivo de asegurar la dignidad del individuo a través de la protección de los principios que inspiran el sistema de derechos.

5. **Los usos y las funciones de los derechos fundamentales**

Los derechos fundamentales han desarrollado una doble faz: una objetiva, en cuanto se les asigna una función como elemento legitimador, tanto del sistema jurídico como del sistema político democrático; otra subjetiva, en tanto cumplen una función de la protección de los derechos subjetivos. Los derechos fundamentales también han sido usados como un elemento guía a la hora de definir políticas públicas (a través de los derechos fundamentales sociales) y también como un elemento útil para determinar, vía interpretativa, el contenido y el alcance de las normas constitucionales. En este sentido es un tema interesante resolver cuáles son las funciones específicas de los derechos fundamentales y cuáles son los usos que se han hecho de ellos para resolver otras cuestiones en los sistemas políticos y jurídicos.

5.1. *Función de legitimación del sistema jurídico y político*

En la medida en que los Estados hagan un efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales, se legitiman los sistemas políticos y jurídicos. Esta visión sostiene que ellos tienen un papel como “principios objetivos básicos para el ordenamiento constitucional democrático y del Estado de derecho”.⁸¹

⁸¹ Konrad Hesse: “El significado de los derechos fundamentales”, en Benda et al.: *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Evap-Marcial Pons, 1996, pp. 90, 92.

Una línea argumental en este sentido legitimador la provee el derecho constitucional español, en cuanto a que los derechos fundamentales cumplirían un rol legitimador relevante. Se sostiene que los principios que inspiran el texto constitucional son constitutivos de una “justificación ética del Estado” y éstos son vinculados directamente con los derechos positivizados en la Constitución, a través de la idea de la “dignidad de la persona”;⁸² según el Tribunal Constitucional Español, estos derechos constituyen un elemento esencial de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional.⁸³

También en relación con la legitimación de los sistema jurídicos, Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales desempeñan un papel central al determinar la visión que desde el Derecho modela las obligaciones de los poderes del Estado y las funciones de sus órganos, con lo que se desarrolla un vínculo directo entre la organización del modelo de Estado y los derechos individuales, los cuales son el elemento que define el rol de cada uno en un modelo global de sociedad.⁸⁴

5.2. *Función de protección de los derechos subjetivos*

Éste es el sentido clásico de los derechos fundamentales. Deben ser capaces de dar una efectiva protección a los derechos subjetivos de los individuos, por cuanto reflejan valores esenciales para la dignidad del ser humano. La función protectora se manifiesta en: a) la garantía de los derechos contenidos en los catálogos constitucionales; b) el establecimiento de procedimientos para la protección judicial y organizativa, y c) por vía interpretativa, irradiando el contenido de todo el ordenamiento jurídico.

Esta función integral de protección comprende una visión de los derechos fundamentales como barrera que busca prevenir los ataques del Estado a la esfera de existencia individual, así como la actividad positiva del Estado, que le permita a la persona hacer uso de su libertad en condiciones de igualdad, incluso participando en la formación de la voluntad política.⁸⁵ En el derecho constitucional español se ha reconocido por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el papel que cumplen los derechos fundamentales en cuanto *derechos subjetivos* de los individuos;⁸⁶ según los términos de Peces-Barba, esta función subjetiva es amplia e implica un contenido protector, participativo y promocional.⁸⁷

⁸² Francisco Tomás y Valiente: *Las garantías de los ciudadanos y el papel del Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 150, 152, 166.

⁸³ *Ibíd.*, pp. 153, 168.

⁸⁴ Luigi Ferrajoli: *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría y Filosofía Política, 2002, pp. 65-119, 142-5.

⁸⁵ Konrad Hesse: o. cit. (n. 81), pp. 90-91.

⁸⁶ Tomás y Valiente: o. cit. (n. 82), pp. 153-155.

⁸⁷ Peces-Barba: o. cit. (n. 10), pp. 415, 423-426.

Por su parte, Ferrajoli vincula a las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales no sólo la obligación de su respeto, sino también el extraer consecuencias directas de su violación y las obligaciones que ello implica para el Estado. Ello compromete una visión integral de los derechos no sólo como obligación de respeto, sino como garantía integral, y de esta manera concreta bases sólidas para la procedencia de los deberes de protección y garantía de los derechos fundamentales en el plano legal nacional e internacional.⁸⁸

5.3. Funciones de los derechos fundamentales en el constitucionalismo chileno

5.3.1. Función legitimadora

A partir de lo expuesto en los artículos 1, incisos 1 y 4, 5, incisos 1 y 2, y 6 de la CPR se puede construir un argumento serio en cuanto a que los derechos fundamentales en el sistema constitucional chileno son un elemento legitimador de las actuaciones de los órganos del Estado y, de esta forma, un elemento central para dar legitimidad a las actuaciones del Estado. En efecto, en el artículo 1 del texto constitucional hay dos elementos centrales desde la perspectiva de los derechos individuales; el primero es la visión de los individuos, que sostiene como “libres e iguales en dignidad y derechos”, y el segundo es el deber del Estado de dar “protección” a la población y “asegurar” el derecho a la participación. Esa visión de los individuos tiene consecuencias centrales en toda la estructura constitucional al delimitar la soberanía del Estado (artículo 5) y fijar la competencia de todos los órganos del Estado (artículos 6 y 7).

Si los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza del Estado” son un límite para el ejercicio de la soberanía y los órganos del Estado deben “respetar y promover” los derechos que están garantizados por la Constitución, tanto en el propio articulado como en los tratados internacionales ratificados por Chile, los derechos fundamentales contenidos en el catálogo del texto constitucional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en Chile serán el elemento que dará legitimidad a las decisiones que tomen todos los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones.

Pero ésta no es sólo una declaración retórica en la Constitución, sino que tiene importantes implicaciones normativas toda vez que el texto constitucional, en los artículos 6 y 7, fija las competencias de los órganos del Estado, de forma tal que una lectura lógica de las normas debería llevarnos a concluir que el respeto de los derechos por parte de los órganos del Estado es un mandato constitucional. En caso de que alguno no cumpla estas obligaciones, ello tendrá consecuencias en el plano cons-

⁸⁸ Ferrajoli: o. cit. (n. 84), pp. 132-133.

titucional, ya sea generando responsabilidades y/o sanciones para los funcionarios involucrados (artículo 6, inciso final), o bien mediante la nulidad de los actos que excedan las competencias de las autoridades (artículo 7).

5.3.2. *Función protectora*

Los derechos fundamentales en el texto constitucional también cumplen una de las funciones centrales que se les ha asignado, cual es la efectiva protección de los derechos subjetivos de los individuos. En este sentido, el texto constitucional sigue un criterio restrictivo en dos aspectos: en materia de consagración de los derechos y en materia de su protección. Sin perjuicio de estas restricciones, exploraremos una tesis que permita ampliar esta visión sin necesidad de modificar el texto constitucional.

En cuanto a la visión que está consagrada en el articulado de la Constitución, podemos señalar que en ella se ha seguido muy de cerca la visión restrictiva de los derechos que sostiene C. Schmitt, en la cual sólo se establecen como derechos fundamentales aquellos vinculados a la protección negativa de los sujetos, esto es, los que permiten limitar la actuación del Estado respecto del ámbito íntimo de la persona.⁸⁹ Si analizamos el texto del artículo 19 de la Constitución, vemos que los derechos que están consagrados como derechos subjetivos exigibles al Estado son aquellos que establecen ciertas libertades negativas, tales como el derecho a la vida, a la libertad personal, a la integridad física, la libertad de conciencia, entre otros. Si bien se consideran otros derechos, éstos están redactados no como derechos subjetivos sino, más bien, como aspiraciones del individuo o como derechos que pueden ser suspendidos por la autoridad mediante los estados de emergencia, más allá de los parámetros internacionales en materia de suspensión de derechos (artículo 41). Asimismo, aquellos derechos de contenido social no son regulados como derechos sino como libertades (artículo 19, números 9 y 10). En cuanto a la protección procedimental y organizativa de los derechos, no se ha seguido la idea desarrollada en el constitucionalismo comparado en orden a vincular expresamente la consagración de los derechos fundamentales con los mecanismos para su protección, tanto en el plano de recursos efectivos como de organización del Estado.

Es evidente que la Constitución chilena tiene una visión restrictiva en materia de protección a través de recursos procedimentales de carácter constitucional; ejemplo claro de ello es el carácter restrictivo de la protección constitucional a través del artículo 20 (recurso de protección), en cuanto sólo garantiza algunos derechos constitucionales. De esta forma, el texto constitucional no contempla un recurso sencillo y rápido para la protección de todos los derechos fundamentales tal como lo exige la normativa internacional.⁹⁰

⁸⁹ Véase Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Universitaria Textos, 1992.

⁹⁰ Artículo 25, numeral 1: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que

Sin perjuicio de la visión crítica del texto constitucional en materia de protección de los derechos fundamentales, nos parece que es posible formular una argumentación que a la luz del propio texto constitucional permita que éstos cumplan su función protectora. Tal como hemos sostenido en este estudio, los derechos fundamentales son un elemento legitimador de las actuaciones de los órganos del Estado y, de esta forma, no sólo deben tenerse en consideración los derechos consagrados en el artículo 19, sino que éstos deben ser analizados a la luz de los tratados internacionales en materia de derechos humanos con todo su acervo jurisprudencial.

En efecto, conforme a lo preceptuado en los artículos 5, 6 y 7 de la Constitución Política, los derechos esenciales de la persona humana están constituidos por el catálogo de derechos consagrados en el artículo 19 y por los catálogos de derechos de los tratados internacionales, además de las obligaciones generales del Estado en materia de derechos humanos, que comprenden la obligación de respeto y garantía, entendiendo por tal la obligación del Estado de organizar todo el aparato público para el debido respeto de los derechos de los individuos y su ejercicio pleno.⁹¹

Especialmente relevante en este sentido es el control judicial (por medio del Tribunal Constitucional y los tribunales de justicia) para velar por el respeto de los derechos fundamentales en cada una de sus actuaciones, sin que pueda excusarse de cumplir con este mandato constitucional por la ausencia de una norma superior a la legal en caso de conflicto, ya que en la resolución de conflictos de derechos siempre se deberá recurrir al texto constitucional y a los derechos fundamentales como criterio de interpretación, y hacer prevalecer aquella interpretación que permita un efectivo goce y ejercicio de los derechos consagrados constitucionalmente.

6. La garantía de los derechos fundamentales: alcances normativos sobre la unidad de los sistemas de nacionales e internacionales

6.1. El principio de interacción

En términos generales, sostengo que los sistemas de protección de derechos fundamentales, de carácter nacional e internacional, están vinculados de forma tal que constituyen un solo cuerpo jurídico de garantía, y que el principio fundamental para explicar dicha unidad es el *principio de la interacción*.⁹² Entiendo por interac-

violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁹¹ Ct. IDH, caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4, párr. 166.

⁹² También el tema de la interacción ha sido tratado por Cançado Trindade; véase “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago: Jurídica de Chile, 2001, pp. 267-315.

ción entre los sistemas nacionales e internacionales un vínculo de retroalimentación entre ambos sistemas normativos, fundado en la idea de que la protección de los derechos fundamentales es uno de los fundamentos del constitucionalismo moderno y de un nuevo orden público internacional. Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener presente que esta interacción tiene un énfasis preventivo, esto es, será en el ámbito nacional donde se defina la vigencia de los derechos fundamentales; la normativa y praxis internacional están llamadas a coadyuvar y no a suplir a los Estados en el cumplimiento de sus funciones. Finalmente, los sistemas de protección nacional e internacional deben ser vistos como un *corpus iure* de protección de los derechos humanos cuyo objetivo es cerrar los espacios para su violación.

6.2. Interacción normativa

Las garantías normativas se refieren a un dispositivo normativo que permite asegurar el respeto de los derechos fundamentales, evitar su modificación y velar por su integridad de sentido y función.⁹³ Llamamos *interacción normativa* a la mutua influencia que deben tener las garantías nacionales e internacionales para asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales. En efecto, vistos los derechos fundamentales como derechos beneficiarios de la garantía constitucional e internacional, es posible concebir la formación de un acervo garantista que guíe la protección de los derechos, conformado por los sistemas normativos constitucionales e internacionales.⁹⁴ Sin embargo, no podemos olvidar que ambos sistemas tienen una lógica particular y, por tanto, esa interacción normativa requiere un esfuerzo de adecuación de los estándares según cada lógica: la protección internacional se desarrolla a través de formas que buscan prevenir las violaciones de derechos fundamentales por medio del control y la guía de los actos estatales, permitiendo a los Estados adecuar sus prácticas internas y no sólo su legislación;⁹⁵ la instancia nacional debe preocuparse de organizar todo el aparato del Estado para permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos.

Todo ello apunta a la idea de Peces-Barba en orden a que esta interacción normativa requiere una *homogeneidad estructural*,⁹⁶ que implica buscar las mejores garantías en el plano nacional e internacional, sin que la aplicación de ninguno de estos sistemas pueda implicar un menoscabo a los derechos reconocidos al individuo. Dicho esto debemos señalar que la homogeneidad estructural debe tener en consideración

⁹³ Pérez Luño: o. cit. (n. 10), p. 66.

⁹⁴ Para un estudio de la experiencia europea en esta materia, véase Peces-Barba: o. cit. (n. 10), pp. 655-659.

⁹⁵ Medina y Nash: o. cit. (n. 60).

⁹⁶ Peces-Barba: o. cit. (n. 10), p. 664.

los límites establecidos por el desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos, que nos permite hablar de ciertas obligaciones *erga omnes*, esto es, normas establecidas en beneficio de la humanidad como un todo, en cuyo respeto todos los estados tienen interés y, por tanto, son obligatorias para el Estado, aun sin haber concurrido con su voluntad expresamente, lo cual constituye un sistema dual de protección y límite al sistema interno.⁹⁷

6.3. *Interacción jurisdiccional*

En cuanto a la interacción jurisdiccional, ésta dice relación con la posibilidad de garantizar los derechos fundamentales a través de un proceso jurisdiccional, nacional o internacional, que permita obtener medidas de reparación de las violaciones de aquéllos. Si bien la responsabilidad internacional del Estado surge al violarse alguno de los derechos establecidos internacionalmente, el mecanismo procedimental internacional, en general, es complementario de la instancia nacional; sólo de forma excepcional tendrá un carácter preferente.

Esta perspectiva está claramente expresada en el principio del agotamiento de los recursos internos, esto es, en el establecimiento de la condición de que el caso sea visto por la instancia nacional antes de ser llevado a la jurisdicción internacional.⁹⁸ Sólo excepcionalmente la persona tiene la posibilidad de dirigirse directamente ante la instancia internacional y será en aquellos casos en que no es posible hacerlo ante la instancia nacional, ya sea por imposibilidad material o por imposibilidad práctica. La protección jurisdiccional internacional está llamada a determinar la compatibilidad de la conducta estatal con sus obligaciones internacionales, pero también tiene la función de garantizar los derechos de los individuos interpretando adecuadamente las normas, señalándole al Estado las medidas que debe adoptar para evitar la repetición de los hechos violatorios y reparar a las víctimas. Ello nos lleva a rechazar una visión meramente subsidiaria de la jurisdicción internacional.

En resumen, lo central para la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales será la unidad del sistema, esto es, el desarrollo integral de la protección. En esa lógica, los sistemas nacionales deberán guiar su actuar por los estándares que se fijen internacionalmente; si no lo hacen, comprometen la responsabilidad internacional del Estado. Así, podemos señalar, a modo de ejemplo, que las garantías procesales deberán adecuarse para cumplir con los estándares internacionales; el recurso de incons-

⁹⁷ Ackerman: *We the people*, o. cit. (n. 3); Cristi y Ruiz-Tagle: o. cit. (n. 1).

⁹⁸ Medina y Nash: o. cit. (n. 60), pp. 29, 37. Para un estudio comparado véase A. A. Cançado Trindade: *The application of the rule of exhaustion of local remedies in international law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1983, 1-443.

titucionalidad en materia de derechos fundamentales deberá ser resuelto a la luz de la normativa internacional y de su jurisprudencia; deberán establecerse en el ámbito interno recursos sencillos y rápidos que garanticen los derechos fundamentales; el recurso de hábeas corpus (recurso especial) también deberá cumplir con la normativa y los criterios internacionales, tanto en lo formal como en sus efectos.⁹⁹

6.4. *Corpus iure garantista*

Finalmente, debemos tener en cuenta que el conjunto de la normativa internacional e interna en materia de protección de los derechos fundamentales constituyen normas intangibles, fuera del alcance del voluntarismo estatal y, por tanto, un límite a la soberanía. En materia de mecanismos de protección es necesaria una visión integrada que mire las garantías nacional e internacional como un conjunto sistemático de protección (*corpus iusgarantista*) en el que confluyen los derechos constitucionalmente garantizados y las normas internacionales.

Todo este sistema debe estar estructurado sobre las bases de un nuevo orden público internacional cuya piedra angular sean las normas *ius cogens*, los principios generales del derecho (desarrollados en el ámbito nacional e internacional) y la jurisprudencia protectora de los derechos fundamentales, ya sea nacional o internacional. Estas fuentes deberían constituir la base de todo sistema de protección y en torno a ellas desarrollar un sistema coherente, sin las limitaciones propias del voluntarismo estatal vigente desde el siglo XVII.¹⁰⁰ Para ser consecuentes con este *corpus iure* de protección con base en normas superiores a la voluntad del Estado, debemos estructurar un sistema normativo (normas, instituciones, prácticas jurisprudenciales) que permita al individuo la posibilidad de invocar en el plano nacional la normativa constitucional e internacional y recurrir expeditamente a la instancia jurisdiccional internacional.

⁹⁹ En esto hemos seguido el esquema de protección jurisdiccional de Pérez Luño: o. cit. (n. 10), pp. 79-93.

¹⁰⁰ En este sentido son especialmente interesantes las elaboraciones teóricas que ha desarrollado el juez Cançado Trindade en sus votos razonados en sentencias recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; véase Ct. IDH, caso *Masacre Plan de Sánchez*, sentencia de 29 de abril de 2004, serie C, n.º 105; caso *Herrera Ulloa*, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C, n.º 107; caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*, sentencia de 8 de julio de 2004, serie C, n.º 110.

Adrian Oelschlegel (Alemania) *

El Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación en el Perú. Un resumen crítico respecto a los avances de sus recomendaciones **

1. Introducción

El día 28 de agosto del 2003, la Comisión de la Verdad y Reconciliación —creada mediante decreto supremo¹ por el entonces gobierno de transición de Valentín Paniagua— terminó su mandato con la publicación de su Informe final —en adelante IF.

En más de ocho mil páginas, la Comisión de la Verdad y Reconciliación —en adelante CVR— presentó el origen, el desarrollo y las consecuencias de los veinte años más sangrientos y violentos en la historia del Perú (1980-2000), entre el Estado peruano y el Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso. Este periodo de violencia dejó como saldo alrededor de setenta mil personas asesinadas, innumerables violaciones a los derechos humanos —desapariciones forzadas, torturas, violaciones sexuales, etcétera— y daños económicos que bordean los 26 000 millones de dólares en la destrucción de la infraestructura pública y privada. En el último de los nueve tomos del IF, la CVR expuso sus recomendaciones brindando medidas de reparación para

* Estudiante de Ciencias Regionales de América Latina en la Universidad de Colonia (Alemania); estudios en la Universidad Nacional Autónoma de México. <aoelschlegel@web.de>

** Mi agradecimiento a Teresa del Pilar de la Torre Salazar, estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, quien me prestó una ayuda invaluable en la elaboración del presente ensayo.

¹ Decreto supremo n.º 065-2001-PCM, del 2 de junio de 2001. El actual presidente Alejandro Toledo confirmó el mandato después de su toma de mando a mediados del año 2001 mediante decreto supremo n.º 101-2001-PCM, que modifica la denominación de la Comisión de la Verdad por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, del 31 de agosto de 2001.

las víctimas, reformas institucionales y propuestas para una reconciliación entre el Estado y la sociedad civil.

De esta manera la CVR considera que “para que la reconciliación sea viable es necesario que el país enfrente tres cuestiones vitales: la superación y resolución definitiva del conflicto, la discusión crítica de las ideas de reconciliación que tienen los distintos sectores políticos y sociales, y la adopción de políticas de Estado que atiendan a las exigencias de la sociedad civil. Esto último implica una profunda reforma institucional, el cumplimiento de un plan de reparaciones de daños para las víctimas y la aplicación de sanciones penales a los responsables de crímenes y violaciones de derechos humanos” (CVR, 2004, p. 411). En suma, la reconciliación debería ser como un nuevo pacto social entre los peruanos que sienta las bases de una sociedad auténticamente democrática sustentada en la plena vigencia de los derechos humanos y el Estado de derecho.

Después de la entrega del IF, el 28 de agosto del 2003, al presidente de la República, Alejandro Toledo, se desataron diversas reacciones por parte de voceros políticos, tanto en el Congreso de la República como en los medios de comunicación, criticando o descalificando tanto al IF como al trabajo de la CVR. Muchos acusaron a la Comisión y a su Informe final de mostrar ciertos sesgos ideológicos; así se tildó a sus miembros de *senderistas* o *marxistas* debido a que muchos de ellos provenían de una militancia izquierdista. Además, se calificó de excesivo su gasto de trece millones de dólares, argumentando que este monto habría sido mejor invertido en obras públicas. En esa misma línea, ningún partido político asumió responsabilidad alguna por su periodo de gobierno durante los años de violencia.²

Las Fuerzas Armadas, por su parte, criticaron duramente a la CVR, y en un pronunciamiento³ de 43 ex comandantes se manifestó que sus miembros no siguieron una práctica sistemática e indiscriminada de violación de derechos humanos, como la CVR destacó en su IF,⁴ y sólo podían aceptar algunos lamentables excesos cometidos por algunos de ellos; además, demandaron el reconocimiento de su labor y mérito, y pusieron en duda —junto con diversos políticos— el número de muertos —69 280— que la CVR aseveraba.⁵

² Para ver las reacciones: Villarán, 2003, pp. 66-71, y Guillerot, 2003, boletín n.º 1 de APRODEH.

³ Pronunciamiento de los ex comandantes generales de las Fuerzas Armadas al pueblo peruano sobre el IF de la CVR, publicado en el diario *Correo* el 23 de septiembre de 2003.

⁴ La CVR señala en la Conclusión n.º 55 que “en ciertos lugares y momentos del conflicto la actuación de miembros de la Fuerzas Armadas no solo involucró algunos excesos individuales [...] sino también prácticas generalizadas y/o sistemáticas” (CVR, 2003, tomo VIII, p. 323: la actuación de las FFAA, n.º 55).

⁵ La CVR aplicó una metodología llamada *Estimación de múltiples sistemas*, estimando de esta manera que el número más probable de peruanos muertos o desaparecidos se sitúa alrededor de las 69 mil personas (CVR, 2003, tomo I, p. 53).

Los miembros senderistas, por su parte, acusaron a la CVR de propagar acusaciones infames sobre el supuesto fanatismo cruel de su partido y del potencial genocida de sus proclamas.

La respuesta del gobierno al IF y las recomendaciones de la CVR fue expresada por el presidente de la República, Alejandro Toledo, a través de un mensaje a la nación, el 21 de noviembre de 2003. En él suscribió la tesis de la exclusión social y la ausencia del Estado en numerosos lugares del país y señaló que las violaciones a los derechos humanos fueron excesos dolorosos en los que incurrieron algunos miembros de las fuerzas del orden, con lo que se apartó de las conclusiones de la CVR.⁶ Los principales anuncios del presidente Toledo relacionados con el tema de las reparaciones fueron actos simbólicos, acciones de atención para las viudas y los huérfanos que dejó el conflicto armado interno, en materia de educación, salud y vivienda. Además de esto, el presidente anunció la implementación de un Plan de Paz y Desarrollo, la elaboración de un Registro Nacional de Víctimas, la creación de un subsistema especializado para atender los casos de violaciones a los derechos humanos y finalmente la instalación de un mecanismo de seguimiento a las recomendaciones de la CVR. Sin embargo, el no mencionó ninguna estrategia de financiamiento con relación a estas últimas —con excepción del Plan de Paz y Desarrollo.

2. El Plan Integral de Reparaciones

Una parte importante del mandato encomendado a la CVR fue elaborar propuestas de reparaciones para las víctimas y sus familiares. En este sentido, la CVR brinda en su IF un instrumento práctico: el *Plan Integral de Reparaciones* (en adelante PIR).

Éste tiene como objetivo general: “Reparar y compensar la violación de los derechos humanos, así como las pérdidas o daños sociales, morales y materiales sufridos por las víctimas como resultado del conflicto armado interno” (CVR, 2003, tomo IX, p.147).

El mencionado Plan recomendado al Estado se fundamenta en tres ámbitos: *la dimensión jurídica*, es decir, la obligación de reparar que se encuentra tanto en la legislación nacional como en la internacional; *la dimensión ética*, con la que se reconoce el daño producido, se reafirma la dignidad de las víctimas, sobre todo su condición de ciudadanos plenos; y por último *la dimensión política*, es decir, la pertinencia de plantear un plan nacional que contribuirá a dar satisfacción a un universo mayor de víctimas de las que podrían verse atendidas por procesos judiciales.

El PIR es multidimensional, pues busca responder a los aspectos colectivos de la violencia, así como a las dimensiones individuales. Para ello combina de manera coherente medidas de reparación simbólica y material.

⁶ Véase la nota 4.

Sus beneficiarios serían todas las personas que hayan sufrido actos u omisiones que constituyen violaciones o abusos a las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

La CVR concibe la reparación de las víctimas como una iniciativa estrechamente relacionada con el esclarecimiento de la verdad, la reconstrucción de la memoria histórica, la aplicación de la justicia y la implementación de las reformas institucionales, necesarias para garantizar la *no repetición* de lo sucedido. En este contexto, recomienda la puesta en práctica de los siguientes seis programas: el Programa de Reparaciones Simbólicas, el Programa de Reparaciones de Salud, el Programa de Reparaciones en Educación, el Programa de Restitución de Derechos Ciudadanos, el Programa de Reparaciones Económicas y el Programa de Reparaciones Colectivas.

2.1. El Programa de Reparaciones Simbólicas

La idea fundamental de este programa es contribuir a rehacer los lazos sociales que se rompieron por la violencia, entre el Estado y la sociedad civil, así como entre sus miembros. La CVR considera que, a través del reconocimiento público del daño que ocasionó la acción de los grupos subversivos y la acción u omisión del Estado, se podrá favorecer la reconciliación y fortalecer un sentimiento de solidaridad hacia las víctimas. Asimismo, considera que la realización de acciones simbólicas representará claramente la voluntad del Estado y de la sociedad en favorecer la reconciliación nacional.

Entre los componentes propuestos, que se recomienda al Estado asumir desde sus diversos niveles de gobierno —central, regional y local— figuran los gestos públicos, actos de reconocimiento, recordatorias o lugares de la memoria y todos aquellos actos que conduzcan hacia la reconciliación.

Con respecto a las reparaciones simbólicas, el actual presidente de la República, en su mensaje a la Nación, reconoció la totalidad del IF de la CVR, pidió perdón en nombre del Estado a quienes sufrieron por la violencia política y anunció el establecimiento del Día Nacional de la Reconciliación.⁷

Por su lado, el Ministerio de Defensa, en persona del entonces ministro Aurelio Loret de Mola, rindió tributo a los efectivos fallecidos, a los heridos, a los discapacitados y a las personas con problemas psicológicos y psiquiátricos de las tres instituciones armadas.

Si bien es cierto que este reconocimiento es importante, las Fuerzas Armadas todavía no han hecho público su reconocimiento a las víctimas civiles, ni tampoco han ofrecido al país un balance crítico sobre lo que fue su actuación durante el conflicto armado interno.

⁷ Decreto supremo n.º 097-2003-PCM, que instituye el 10 de diciembre de cada año como Día de la Reconciliación Nacional, publicado el 11 de diciembre de 2003.

De la misma manera, tampoco se ha realizado ningún reconocimiento o acto público por parte del Poder Legislativo.

Por otro lado, el Poder Judicial, en persona del entonces presidente de la Corte Suprema, Hugo Sivina, reconoció que “en reiteradas ocasiones el Poder Judicial no actuó con la firmeza debida para asumir un sólido compromiso con la defensa de la vida y la libertad durante los años de violencia” (CNDDHH, 2005, p.15), por lo que pidió perdón al país y al pueblo ayacuchano.

En el ámbito regional, el gobierno de Huancavelica⁸ aparece como uno de los más comprometidos con el proceso de reparaciones, entre ellas las simbólicas, debido a la voluntad política de sus autoridades y a la labor de la sociedad civil.

Cabe señalar que en todo el país hubo varias iniciativas de concretar las recomendaciones de la CVR en el ámbito de reparaciones simbólicas, tales como homenajes, construcciones de parques, placas, estatuas y (re)nombramientos de calles y parques en memoria de mujeres y hombres víctimas del conflicto armado interno.

En una de ellas figura, como acto de dignificación de las comunidades nativas de la selva central, la primera audiencia⁹ pública sobre *El Informe de la CVR y el pueblo Asháninka*, organizada por la Defensoría del Pueblo en Puerto Ocopa, Junín. En este espacio, las autoridades de los diversos órganos y poderes del Estado participantes hicieron un reconocimiento público a las víctimas del conflicto armado interno, a fin de propiciar la solidaridad y la reconciliación nacional.

2.2. *El Programa de Reparaciones de Salud*

Este programa busca contribuir a que la población afectada por el conflicto armado interno recupere la salud mental y física, a que se reconstituyan las redes de soporte social y se fortalezcan las capacidades para el desarrollo personal y social. Todo ello contribuirá a favorecer en las víctimas el desarrollo de la autonomía necesaria para reconstruir su proyecto de vida, individual y colectivo, truncado por dicho conflicto.

Los componentes de este programa son: recuperación integral desde la intervención comunitaria y la intervención clínica, acceso a la salud y programas de promoción de la salud, así como programas de educación y sensibilización.

Según Rocío Villanueva, la defensora adjunta de Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo, “el sector de salud es el que más está avanzado, discutiendo y

⁸ Así declaró el gobierno regional de Huancavelica mediante la ordenanza regional n.º 012-GR-HVCA/CR, que aprueba el PIR para los afectados por la violencia política vivida en la región Huancavelica entre 1980 y el 2000, el día 2 de noviembre de cada año como el Día de Homenaje a todas las víctimas de la violencia en Huancavelica, conmemoración que se realizará con una serie de ceremonias y actos simbólicos.

⁹ Véase Defensoría del Pueblo, 2004, pp. 148-149.

tiene un lineamiento claro de salud mental que no se tenía antes y que podría estar dirigido a tratar las secuelas psicológicas que dejó la violencia” (Villanueva, 2003, ponencia en CD-ROM). Prueba de ello son las diferentes acciones llevadas a cabo por el Ministerio de Salud. Así, la actual ministra, Pilar Mazetti, afirmó que, a pesar de las limitaciones presupuestales, su portafolio logró realizar 34 000 atenciones a víctimas de la violencia política, atendiendo las recomendaciones de la CVR, y refirió que se ha diseñado un plan de salud mental que permitirá el desarrollo de módulos de servicio modelo.

Igualmente, se designó una comisión la cual se encargó de elaborar el Programa de Reparaciones en Salud,¹⁰ en coordinación con la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y con el apoyo de la misión de la Agencia de Cooperación Internacional del Japón. Con este plan se quiere atender a dos millones de personas de cinco regiones del país por un periodo de tres años (2005-2008); además, se capacitará al personal que atiende a la población quechuahablante en cuanto a salud mental, para saber cómo tratar a un paciente con síndrome de estrés postraumático, del que sufren las víctimas de conflictos armados. Con estos mismos organismos el Ministerio de Salud elaboró el acta para iniciar el proyecto “Fortalecimiento de la atención de salud integral para la población afectada por la violencia y la violación de los derechos humanos”; dicho proyecto tendrá una duración de tres años y un presupuesto de un millón y medio de dólares. Asimismo, este Ministerio firmó un convenio de cooperación con la Defensoría del Pueblo a principios de mayo del 2004.

Adicionalmente, ha decidido enfrentar, con nuevos planes de atención en salud mental, las secuelas psicológicas de las víctimas de la violencia política; así, equipos permanentes de profesionales del sector salud atenderán a los afectados en cinco zonas. La tarea, sin embargo, no es nueva: desde mediados del 2003 el mencionado Ministerio atiende a estas poblaciones con equipos itinerantes formados por profesionales.

Por su parte, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social firmó un convenio de cooperación con la Fundación Richmond Fellowship del Perú y el Programa de Apoyo al Repoblamiento (PAR),¹¹ a través del cual se busca atender a las personas que quedaron perturbadas mentalmente por el conflicto armado interno. Tales entidades se comprometieron a desarrollar programas de atención psicosocial y promoción de la salud mental comunitaria, en las zonas de intervención del PAR, con especial énfasis en las mujeres. Así, quienes padezcan de trastornos podrán recibir atención psicoterapéutica, participar en los grupos de autoayuda y de soporte emocional.

¹⁰ Resolución ministerial n.º 1045-2004-MINSA, a que toma base el decreto supremo n.º 062-2004 PCM, del Marco programático, publicado el 2 de noviembre de 2004.

¹¹ El Programa de Apoyo al Repoblamiento y Desarrollo de Zonas de Emergencia (PAR) es el organismo público descentralizado encargado de formular y ejecutar políticas, normas y programas, orientados a la reparación de zonas y poblaciones afectadas por la violencia política, en el marco de la construcción de la paz sostenible. Véase <<http://www.mimdes.gob.pe/par/index.htm>> (13.5.2005).

En el ámbito regional, también se llevaron a cabo acciones concretas, como es el caso de Huancavelica, cuyo gobierno regional se comprometió mediante una ordenanza¹² a promover reparaciones en salud, tales como campañas de sensibilización, capacitación, atención en salud mental e inclusión de los discapacitados en el Seguro Integral de Salud.

2.3. *El Programa de Reparaciones en Educación*

El objetivo de este programa es dar facilidades y brindar nuevas o mejores oportunidades de acceso a las personas que, como producto del conflicto armado interno, perdieron la posibilidad de recibir una adecuada educación o de culminar sus estudios.

Los componentes de acceso y restitución del derecho a la educación son: exoneración de pagos de matrícula y pensiones para los beneficiarios, becas integrales con cuotas por región y por tipo de carrera profesional y un programa de educación para adultos.

Los beneficiarios serán quienes, por razón de lo sufrido, tuvieron que interrumpir sus estudios, las hijas e hijos producto de violaciones sexuales y las personas que siendo menores integraron un Comité de Autodefensa.

Actualmente se encuentran vigentes normas que otorgan beneficios educativos a los hijos de funcionarios públicos, miembros de las Fuerzas Armadas, policías e integrantes de comités de autodefensa.¹³ A nuestro parecer, estas normas deben ser revisadas y hacerse extensivas a todas las víctimas, las cuales tienen igual derecho a una reparación.

Por citar una acción concreta, en la mencionada ordenanza regional del gobierno de Huancavelica, éste *se comprometió a promover* reparaciones en educación, como programas de becas, exoneraciones, cursos especiales de nivelación en coordinación con instituciones educativas, adecuación curricular con la inclusión del IF de la CVR y del tema de la no violencia.

Según la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH), existen convenios que facilitan el acceso a centros educativos u otorgan becas a afectados por la violencia política. Lamentablemente, esta información no está consignada, pues al hacerse las consultas a entidades como el Instituto Nacional de Becas Nacional y Crédito Educativo y al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social no se encontró ningún dato al respecto.¹⁴

¹² Véase la nota 8.

¹³ Ley n.º 27 277, que dispone vacantes de ingreso a universidades para víctimas de terrorismo; decreto de urgencia n.º 044-99, que crea el Programa Nacional de Atención a los Huérfanos por la violencia Terrorista; ley n.º 23585, que otorga becas a estudiantes de planteles y universidades que perdieron a sus padres o tutores.

¹⁴ Véase CNDDHH, 2005, p. 20.

Consideramos que, si existen estas normas o acuerdos interinstitucionales, es urgente hacerlos de conocimiento público, sobre todo a la población potencialmente beneficiaria.

2.4. *El Programa de Restitución de Derechos Ciudadanos*

La CVR consigna que durante el conflicto armado interno se produjeron diversos problemas legales, entre ellos la dación de legislaciones especiales, las cuales restringieron el ejercicio de derechos a los ciudadanos. Por ello, la CVR contempla un programa especial para restituir los derechos a las víctimas, cuyo objetivo consiste “en restablecer en el ejercicio pleno y efectivo de sus derechos ciudadanos, civiles y políticos, a la población afectada, buscando su rehabilitación jurídica” (CVR, 2003, Tomo IX, p.184). Es decir, dar a las víctimas la posibilidad de regularizar su situación legal, devolverles la posibilidad de ejercer sus derechos de manera plena, sin limitaciones y sin temor.

Se considerará como beneficiarios de este programa a los familiares de las víctimas de desaparición forzada, a las personas que resultaron indocumentadas a raíz del conflicto interno, a las que indebidamente fueron sentenciadas por terrorismo y traición a la patria, y a aquellas cuyos antecedentes policiales, judiciales y penales no fueron anulados.

Los componentes son: la regularización de la situación de los desaparecidos, indocumentados y requisitorizados indebidamente; la anulación de los antecedentes policiales, judiciales y penales; el asesoramiento jurídico-legal y la exoneración de pagos.

Respecto a estas recomendaciones de la CVR, el 5 de agosto del 2004 se promulgó una ley¹⁵ que elimina la *libreta militar* como uno de los requisitos necesarios para obtener el documento nacional de identidad (DNI), facilitando así el acceso a la documentación. Esta ley plantea que para la emisión del DNI —al obtener la mayoría de edad— será suficiente la presentación de la partida de nacimiento, aunque alternativamente se podrá presentar la libreta militar.

La dación de esta ley representa un significativo avance para lograr que un mayor número de personas pueda acceder al DNI. Así la Defensoría del Pueblo considera que “se ha superado una de las barreras que limitaban el acceso a la documentación de un alto porcentaje de la población, particularmente de los sectores más vulnerables —entre ellos los afectados por la violencia política—, quienes debido al temor de ser enrolados en las Fuerzas Armadas, a la lejanía de la localidad donde se ubica la dependencia militar correspondiente, al desconocimiento de la obligatoriedad

¹⁵ Ley n.º 28 316, que modifica el artículo n.º 37 de la LEY n.º 26 497, Ley Orgánica del RENIEC, que deroga el artículo n.º 24 de la ley n.º 27 178, Ley del Servicio Militar, publicada el 5 de agosto de 2004.

del trámite y la falta de recursos económicos para el pago de la multa para regularizar su condición de omisos, no realizaron trámite alguno en las oficinas de registro militar para la obtención de sus documentos” (Defensoría del Pueblo, 2004, p. 147).

Mediante Resolución Jefatural,¹⁶ fue creada una Comisión Multisectorial de Alto Nivel encargada de elaborar y validar el Plan Nacional de Restitución de la Identidad con base en los lineamientos aprobados, los cuales reafirman que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) es el órgano rector de las políticas que acreditan la identidad, que la identidad tiene el carácter de derecho fundamental y constituye la piedra angular del ejercicio de los demás derechos y obligaciones, y que la violencia política vivida en las últimas dos décadas es uno de los factores que agravan la indocumentación en el país. El RENIEC elaborará el Plan Nacional de Restitución de la Identidad “Documentando a los Indocumentados” para el periodo 2005-2009, con el objetivo de prevenir y solucionar progresivamente el problema de la indocumentación.

Del mismo modo, este organismo lanzó, junto con la Defensoría del Pueblo, la “Campaña de tramitación y expedición del DNI en forma gratuita para la población indígena y población de zonas rurales y amazónicas en situación de pobreza”,¹⁷ la cual se llevó a cabo desde el 6 de mayo hasta el 31 de diciembre del 2004, llegando a un número de diez mil pobladores atendidos. Más tarde se aprobó la ampliación del número¹⁸ de beneficiarios de dicha campaña a cuarenta mil pobladores y se encargó este futuro trabajo a la recientemente creada Gerencia de Restitución de la Identidad y Apoyo Social.¹⁹

Por otro lado, el Congreso de la República aprobó la ley 28 413,²⁰ la cual regula la ausencia por desaparición forzada y crea el Registro Especial por Desaparición Forzada (1980-2000), que estará a cargo de la Defensoría del Pueblo. Esta ley tiene por finalidad facilitar, tanto a los familiares de personas que hubieran desaparecido involuntariamente del lugar de su domicilio durante el periodo 1980-2000, sin que se

¹⁶ Resolución jefatural n.º 602-2004-JEF/RENIEC, que aprueba lineamientos para la elaboración del Plan Nacional de Restitución de la Identidad “Documentando a los Indocumentados” para el periodo 2005-2009”, publicada el 2 de octubre de 2004.

¹⁷ Aprobado por resolución jefatural n.º 229-2004-JEF/RENIEC, publicada el 8 de mayo de 2004.

¹⁸ Aprobado por resolución jefatural n.º 746-2004-JEF/RENIEC, publicada el 13 de noviembre de 2004.

¹⁹ Ésta fue creada mediante la resolución jefatural n.º 384-2004-JEF/RENIEC, el 9 de julio del 2004, cuya función principal es formular el Plan Nacional de Atención a la Población Indocumentada, así como realizar labores de apoyo social a la población con mayor grado de vulnerabilidad del país.

²⁰ Ley n.º 28 413, que regula la ausencia por desaparición forzada durante el periodo 1980-2000, publicada el 11 de diciembre de 2004.

Resolución defensorial n.º 04-2005-DP, la que aprueba la directiva n.º 01-2005-DP: “Normas para la verificación de la situación de ausencia por desaparición forzada y para la expedición de la constancia correspondiente”, del 24 de febrero de 2005.

tengan noticias de su paradero, como a las personas con legítimo interés, los instrumentos necesarios para acceder al reconocimiento de sus derechos. Para ello, la Defensoría del Pueblo podrá otorgarles la constancia de ausencia por desaparición forzada. Además, sobre la base de un proceso especial gratuito y no contencioso, podrán solicitar la declaración judicial de ausencia por desaparición forzada a cargo del Juez de Paz Letrado.

La CNDDHH destaca que la promulgación de esta ley es un importante avance, considerando al mismo tiempo que “los esfuerzos desarrollados por resolver la indocumentación de miles de ciudadanos aún son limitados, si es que no se implementan programas masivos de documentación y regularización de la documentación” (CNDDHH, 2005, p. 22).

Igualmente en el ámbito legal, se publicó la Ley 28 223 sobre los Desplazamientos Internos,²¹ donde se reconoce el estatus específico de *desplazado*, se define el *desplazamiento interno*, la asistencia durante éste, el reasentamiento y/o la reintegración, así como los derechos y garantías pertinentes para la protección de la población desplazada. Entre los derechos que se le reconocen figuran: la identidad, la salud, la integridad física, la libertad, la propiedad y la educación, entre otros. De la misma manera, la ley regula todo lo referido a la asistencia humanitaria que se otorgará a favor de los desplazados internos que se encuentren en situación de emergencia. Además, contempla la elaboración del Registro Nacional para las Personas Desplazadas, que se iniciará en treinta ciudades mediante un programa piloto y será elaborado e implementado por el Ministerio de la Mujer y de Desarrollo Social; posteriormente se llevará a cabo un registro masivo.

Este Registro Nacional se estableció con el fin de asegurar el conocimiento por parte del Estado del número de los desplazados, de sus características, necesidades, beneficios potenciales de programas de atención, así como de las recomendaciones de políticas, normas de atención y resarcimiento. Al respecto, la actual ministra del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, Ana María Romero, informó que aproximadamente trescientas mil familias están en condición de desplazados internos y aún no retornan a sus pueblos.²²

²¹ Ley n.º 28 223, Ley sobre los Desplazamientos Internos, aprobada el 28 de abril de 2004.

Decreto supremo n.º 004-2005-MIMDES, que aprueba el reglamento de la Ley sobre los Desplazamientos Internos, publicado el 24 de febrero de 2005.

²² Véase diario *El Peruano*, 25 de febrero de 2005. La CVR, sin embargo, calcula que el número de los desplazados de las zonas afectadas a causa del conflicto armado interno superaría los 600 000 (CVR, 2003, tomo VIII, p. 304).

2.5. *El Programa de Reparaciones Económicas*

El objetivo de este programa consiste en contribuir a que las víctimas y sus familiares tengan una proyección de vida hacia adelante y un futuro en condiciones de dignidad y bienestar. Por ello, la CVR recomienda compensar económicamente los daños morales y/o materiales sufridos como producto del conflicto, a los familiares de muertos y desaparecidos, a los discapacitados físicos y/o mentales permanentes, a las personas inocentes que han sufrido prisión, a las víctimas de violación sexual y a los hijos productos de ésta hasta los dieciocho años.

La CVR recomienda para todos los beneficiarios del Plan Integral de Reparaciones un acceso preferente en los programas estatales de vivienda y empleo. En este sentido, el Ministerio de Vivienda modificó el reglamento²³ operativo del bono familiar habitacional del programa Techo Propio,²⁴ beneficiando de esta manera a las víctimas del conflicto armado interno.

En cuanto a los beneficios conferidos por programas como el mencionado Techo Propio, es inaplazable hacer que los alcances y los mecanismos de acceso sean difundidos entre los afectados —lo que hasta hoy no se ha realizado—, así como establecer programas especiales que reparen efectivamente a los afectados —los cuales viven en situación de pobreza o extrema pobreza—, por ejemplo, mediante un Programa de Vivienda Rural.

Por último, en marzo del 2005 se publicó la Ley n.º 28 476²⁵ del Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en Perjuicio del Estado.²⁶ Basándose en ésta, el Estado peruano deberá resarcir a las víctimas o sus familiares en caso de violaciones a los derechos humanos, tal como lo ha declarado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus diversas sentencias.

Consideramos, que hasta la fecha este programa no se ha convertido en una real prioridad política, por lo que actualmente miles de víctimas del conflicto armado interno siguen esperando indemnizaciones.

²³ Resolución ministerial n.º 058-2004-Vivienda, aprobada el 26 de febrero de 2004 y resolución ministerial n.º 073-2004-Vivienda, extendido y ampliado el 3 de marzo de 2004.

²⁴ Techo Propio es un programa estatal orientado a solucionar el problema de vivienda de las familias peruanas con menores recursos. Véase <www.techopropio.gob.pe> (12.3.2005).

²⁵ Dicha ley dispone que, entre otros, los destinos del dinero sean “el pago de las reparaciones a la víctima o los herederos de la víctimas, en caso de haber fallecido ésta o haberse declarado su muerte presunta, de actos violatorios de los derechos humanos, sobre los que haya uno de los siguientes supuestos: a) una sentencia que los declare tales en la que haya obligación de resarcimiento por parte del Estado; b) una resolución en similar sentido por parte de la CIDH; c) un compromiso de reparación económico al que se haya llegado dentro de un acuerdo de solución amistosa ante un organismo internacional”.

²⁶ Dicho fondo es adscrito al Pliego de la Presidencia del Consejo de Ministros y es el encargado de recibir y disponer del dinero proveniente de actividades ilícitas en agravio del Estado incautado por las autoridades competentes.

2.6. *El Programa de Reparaciones Colectivas*

Como consecuencia del conflicto, muchas comunidades y asentamientos humanos perdieron en parte o totalmente su infraestructura física y social. Por ello, el objetivo del Programa de Reparaciones Colectivas es “contribuir a la reconstrucción y consolidación de la institucionalidad colectiva de las comunidades [...] y compensar la descapitalización sufrida por poblaciones enteras, poniendo a su alcance recursos técnicos y de capital para su reconstrucción integral” (CVR, 2004, p. 421).

La CVR plantea, como contenidos de los componentes de este plan, la consolidación institucional, la recuperación y reconstrucción de la infraestructura productiva y de servicios básicos, como empleo y generación de ingresos, los cuales deben ser definidos con la participación de la población beneficiaria.

El actual presidente de la República anunció en el mencionado mensaje a la nación la ejecución de un Plan de Paz y Desarrollo²⁷ (PPD I), de 2845 millones de soles, a ejecutarse entre el año 2003 y el 2006, como el elemento más destacado de la reparación colectiva para las zonas más afectadas por la violencia. El objetivo señalado para dicho plan es promover el desarrollo económico regional y mejorar las condiciones de vida de cerca de 1 800 000 habitantes de los departamentos más afectados por la violencia, en las áreas de alimentación, salud, educación, saneamiento y seguridad ciudadana de la población. Asimismo, propone rehabilitar y aumentar la infraestructura vial, eléctrica y de telecomunicaciones, y elevar la producción agropecuaria y agroindustrial. Respecto a este plan, el gobierno ha avanzado en la implementación en ocho regiones del país, para las que se ha presupuestado un total de 422 millones de soles. Sin embargo, los presidentes de las regiones de Ayacucho, Huancavelica y Apurímac aseguran “que siete meses después de la aprobación del PPD I no se ha invertido nada para este plan”.²⁸

A los reclamos de otras regiones que se sentían excluidas de este plan, el gobierno respondió con la elaboración de un Plan de Paz y Desarrollo II (PPD II) para tres departamentos y dos provincias. A diferencia del PPD I, el objetivo general de éste contempla “promover [...] la atención de los afectados por la violencia terrorista y violación de derechos humanos”, y como objetivo específico se propone la “reparación colectiva a los pueblos y comunidades afectadas por la violencia”.²⁹ Según el gobierno, dicho plan servirá como un mecanismo de atención y reparación a las poblaciones que fueron afectadas por la violencia, además de fomentar el desarrollo integral de 3 200 000 habitantes.

²⁷ Aprobado por el decreto supremo n.º 092-2003-PCM, el 22 de noviembre de 2003.

²⁸ Véase diario *El Comercio*, 13 de junio de 2004.

²⁹ Decreto supremo n.º 001-2004-PCM, publicado el 8 de enero de 2004, que dispone la formulación del Plan de Paz y Desarrollo (2004-2007) para cinco departamentos.

No se puede negar que se trata de un esfuerzo para lograr una intervención articulada y concertada del gasto público en el espacio de mayor violencia, que merece ser financiado adecuadamente. No obstante, el PPD I prioriza la selva cocalera y atiende la exclusión, lo que da la impresión de que se trata de un plan que intenta combatir el narcotráfico y la pobreza. Por eso parece legítimo preguntarse si el diseño y la implementación de estos planes lograrán aliviar la situación de las víctimas de la violencia, al no verse formulado en la dirección de las tareas de reparación propuestas por la CVR. En efecto, los dos planes fueron concebidos sobre todo como planes de desarrollo social —al mejorar la infraestructura y la calidad de vida de los ciudadanos de las zonas más pobres del país—, pero no como planes de reparaciones a las víctimas de la violencia. De esta manera, su diseño y ejecución no forman parte de un proceso de reparación y restitución de derechos de la violencia, ni hacen visible la forma como se ocupa de la atención a las especiales demandadas y requerimientos derivados de la condición de los afectados.

2.7. *El financiamiento del Plan Integral de Reparaciones*

La CVR recomienda la creación de un Fondo Nacional de Reparaciones, destinado a financiar los componentes y las acciones del Plan Integral de Reparaciones, el cual sería manejado por el ente nacional encargado de la conducción global de éste. Dicho fondo deberá ser alimentado principalmente con recursos provenientes del presupuesto público, por lo que la CVR recomienda la asignación de una partida presupuestaria especial destinada a financiar el Fondo. Éste podría financiarse en parte con fondos de naturaleza extraordinaria, como por ejemplo, del Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en perjuicio del Estado (FEDADOI), y en parte con los de la comunidad internacional en forma de la creación de un mecanismo de conversión de deuda externa en favor de proyectos vinculados directamente a la política de reparaciones.

Hay que destacar que la voluntad del gobierno no es suficiente si no está plasmada en un financiamiento concreto para reparaciones en el año 2005. Es necesario crear dicho Fondo Nacional de Reparaciones —incluyendo fuentes adicionales como, por ejemplo, la del FEDADOI—³⁰ o crear en el presupuesto un clasificador denominado *Reparaciones*, para que se conozca lo que el Estado viene realizando en el ámbito de las reparaciones para las víctimas del conflicto armado interno. Lamentablemente, el Ministerio de Economía no acepta la creación de tal clasificador, argumentando que generaría más confusión. Según el director de Presupuesto Público,

³⁰ A la fecha se han podido ubicar cerca de 240 millones de dólares provenientes de la red de corrupción Fujimori-Montesinos y sus cómplices, de los cuales se ha logrado repatriar 150 millones, parte de los cuales han sido ya aplicados por el FEDADOI o se encuentran a disposición de los juzgados anticorrupción; sin embargo, ningún monto ha sido asignado a las reparaciones.

Nelson Shack, los burócratas responsables del presupuesto en los ministerios están automatizados alrededor de ciertos esquemas y si se pone un nuevo clasificador no lo van a usar, puesto que ya tienen sus modelos.³¹

La revista del Instituto de Defensa Legal opina que “aplicar una política de reparaciones justa implica hacer un cálculo adecuado del costo de un Programa de Reparaciones y un flujo financiero proyectado de varios años. [...] en cuanto a los fondos de canje de deuda externa por inversión social, a la fecha se han conformado el fondo de contravalor Perú-Italia,³² por 127 millones de dólares a aplicar durante cinco años, el fondo Perú-Alemania, por seis millones de dólares [...] y otra conversión por concretar con Francia” (*IDEELE*, 2003, n.º 157, p. 116).

3. Las reformas institucionales

La propuesta de reformas institucionales está orientada a modificar las condiciones que generaron y ahondaron el conflicto. En este sentido, se presenta un conjunto de recomendaciones que buscan afianzar y extender la presencia estatal, recogiendo y respetando a las organizaciones sociales, las identidades locales, la diversidad cultural y promoviendo la participación ciudadana. Del mismo modo, la CVR hace algunas recomendaciones para la reforma de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y los Servicios de Inteligencia, las cuales buscan afianzar una condición política, democrática y civil en las tareas de defensa nacional y mantenimiento del orden interno. Esta reforma debe estar basada en el respeto a los derechos humanos, en coordinación con las autoridades políticas y los dirigentes sociales. Por otro lado, también hace algunas recomendaciones para la reforma de la educación básica y superior, especialmente en las zonas más pobres y retrasadas del país.

Respecto a estas recomendaciones, el Poder Legislativo aprobó el proyecto de reforma constitucional, que permite a los militares y policías ejercer su derecho al sufragio en los comicios del 2006. Esta ley es un reconocimiento a aquellas personas que han sido discriminadas en sus derechos civiles, quienes gracias a esta modificación podrán sufragar a partir de las elecciones presidenciales de abril del 2006 y no seguirán excluidos de la participación política.

En cuanto a las recomendaciones, que pretenden fortalecer a las organizaciones políticas y sociales para que cumplan funciones de intermediación entre el Estado y la

³¹ Véase Urrutia, 2003, ponencia en CD-ROM.

³² Actualmente el Perú e Italia acordaron suscribir un nuevo canje de deuda peruana por 76 millones de dólares, el remanente que mantiene con el país europeo, informó el ministro de Relaciones Exteriores, Manuel Rodríguez: “[...] otra parte de los 36 millones de dólares se destinará también a reparaciones colectivas en favor de las víctimas. Estos acuerdos permitirán ejecutar hasta 2006 los 36 millones de dólares pendientes y dar al próximo gobierno una cobertura financiera de 76 millones de dólares que se ejecutarán en el periodo 2006-2011”. Véase Diario *El Peruano*, 22 de marzo de 2005.

sociedad, el Poder Legislativo promulgó la Ley de Partidos Políticos.³³ Esta ley contribuye a la institucionalización del sistema de partidos, exigiéndoles una estructura partidaria descentralizada, un padrón depurado, la elección y designación de la mayoría de los candidatos para los diferentes cargos públicos, el desarrollo de procesos electorales con el apoyo y la asistencia técnica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, así como el financiamiento partidario. Por consiguiente, se busca crear un sistema político más estable, con partidos más responsables, transparentes, representativos y eficaces, negando el acceso a grupos y movimientos políticos que no cumplan tales requisitos.³⁴

Por otro lado, para modernizar la educación y la formación continua en ética y derechos humanos de la Policía Nacional, se firmaron convenios entre el Ministerio Interior y varias organizaciones e instituciones de derechos humanos,³⁵ para la capacitación de sus miembros en dichos temas.

Lamentablemente, lejos de atender las recomendaciones institucionales formuladas al sector defensa en el IF de la CVR, el gobierno, por solicitud del actual Ministerio de Defensa, aprobó mediante decreto supremo el Reglamento de la Ley,³⁶ que crea el Fondo para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, de un monto de veinticinco millones de dólares, el cual servirá para la adquisición de repotenciación, renovación tecnológica y mantenimiento del equipamiento de las mencionadas instituciones.

En su discurso —del primer aniversario de entrega del IF—, el ex presidente de la CVR, Salomón Lerner Febres, manifestó su rechazo y la falta de comprensión para la aprobación de dicha Ley: “[...] no llego a comprender por qué dos fragatas son más importantes que la educación de miles de niños, que la atención en salud básica o que las reparaciones a las víctimas de la violencia; por qué nuestras autoridades otorgan atención más pronta y solícita a un fondo de defensa que a uno destinado a restituir la dignidad de miles de compatriotas”.³⁷

Respecto al diseño de una política nacional de seguridad ciudadana, la CVR formula la recomendación de desarrollar políticas y normas para la colaboración indispensable entre la Policía Nacional, los municipios y la ciudadanía.

³³ Ley n.º 28 094, del 31 de octubre de 2003.

³⁴ Negando la inscripción a movimientos y agrupaciones en el Registro de Organizaciones Políticas, que no logran conseguir 130 000 firmas para su inscripción.

³⁵ Entre ellas, la Comisión de Derechos Humanos, el Instituto de Defensa Legal Flora Tristán, Amnistía Internacional (Perú), el Centro de Información y Educación para la Prevención del Abuso de Drogas y el Instituto Peruano de Educación en Derechos Humanos y la Paz.

³⁶ Ley n.º 28 455, aprobada el 23 de diciembre de 2004.

³⁷ Salomón Lerner Febres: “Discurso por el aniversario de la presentación del informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (28.8.04)”, en *Asociación Pro Derechos Humanos. Camino a un Plan de Reparaciones*, <http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/comision_verdad/28ago2004.htm> (28.3.05). Cuando Lerner Febres dio el discurso, el 28 de agosto del 2004, la Ley que crea el Fondo de Defensa estaba en trámite de aprobación.

Para ello el gobierno aprobó la Ley n.º 27 933 del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, con el fin de institucionalizar las relaciones fluidas y permanentes entre organismos del Estado y la comunidad organizada, para garantizar la paz, la tranquilidad ciudadana y reducir la criminalidad y la delincuencia común, mediante una adecuada política multisectorial de prevención y control de la violencia que permita a las personas desarrollar sus actividades libres de riesgos y amenazas.

Con esta ley se creó el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, que tiene por objeto coordinar eficazmente la acción del Estado y promover la participación de la ciudadanía para garantizar una situación de paz social; asimismo, se creó el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana. Éste elaboró el Plan Nacional de Seguridad Ciudadana, cuyo objeto es articular los esfuerzos de los diferentes órganos componentes del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, con el fin de contribuir a garantizar la tranquilidad social y reducir la criminalidad y delincuencia común en todas sus modalidades, mediante un trabajo integral y sostenido del Estado y la sociedad civil.

3.1. La reforma del sistema de administración de justicia

Un ámbito en el que se expresaron los límites —de una manera extraordinaria— de la respuesta estatal al desafío de la subversión fue el de la administración de justicia. Las investigaciones de la CVR muestran que el sistema judicial no utilizó adecuadamente las leyes para defender los derechos de la población víctima de los crímenes y violaciones cometidos por los grupos subversivos o por los agentes estatales. Por todo ello, la CVR hace también algunas recomendaciones para fortalecer el sistema de administración de justicia, como son:

- fortalecer la independencia de la administración de justicia e incorporar legal y constitucionalmente el fuero militar al Poder Judicial bajo la Corte Suprema de Justicia;
- incorporar a la legislación nacional documentos internacionales vinculados a la administración de justicia y el debido proceso;
- reformar el sistema penitenciario;
- establecer un sistema especializado temporal para procesar casos de crímenes y violaciones de los derechos humanos, el cual debería incluir una sala de la Corte Superior de Justicia de Lima con competencia nacional, una Fiscalía Superior Coordinadora y no menos de tres juzgados penales especializados;
- crear un ente autónomo responsable del Programa de Protección de Víctimas y Testigos;
- iniciar un programa de capacitación de jueces, fiscales y abogados en temas de derechos humanos, derecho humanitario y cultura democrática.

En el campo de judicialización de casos, la CVR entregó al Ministerio Público y al Poder Judicial 47 casos de ejecuciones extrajudiciales, torturas y desapariciones

forzadas, para su investigación y procesamiento judicial, los que involucran a 1 647 víctimas y 492 presuntos responsables. Hasta la fecha hay 13 casos en el Poder Judicial con proceso penal abierto; el resto se encuentra recién en proceso de investigación preliminar.

Sin duda, un paso positivo ha sido el establecimiento de un subsistema especializado³⁸ para casos de violación de derechos humanos, otorgando a la Sala Nacional — que conoce los delitos de terrorismo— la competencia para conocer delitos de lesa humanidad y delitos comunes que hayan constituido violación a los derechos humanos y delitos conexos. Dispone además, que los juzgados penales especializados en delitos de terrorismo pasan a denominarse *juzgados penales supraprovinciales*, con la misma competencia. Se han establecido estos juzgados en las cortes superiores de Lima y Ayacucho, aunque se dispone que podrán funcionar en otros lugares donde se requiera.

Del mismo modo, el Ministerio Público creó una Fiscalía Superior Especializada,³⁹ con competencia nacional, la que tiene su sede en Lima, y dos *fiscalías provinciales especializadas para desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y exhumación de fosas clandestinas*,⁴⁰ con dedicación exclusiva en Lima y Ayacucho.

Asimismo, dentro de la recomendada reforma de la administración de justicia, la Comisión de Constitución del Congreso aprobó la reforma constitucional que decreta limitaciones a la justicia militar. El texto que propone modificar la Carta Magna señala que los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en actividad que cometan delitos de función serán juzgados por jueces que conformen una competencia especializada del Poder Judicial; las faltas administrativas o actos de indisciplina militar continuarán siendo juzgados por los tribunales militares que se formen en cada institución. Dicha reforma pasará ahora al pleno del Congreso, que deberá aprobarla —en dos legislaturas ordinarias por mayoría de dos tercios— para que tenga vigencia.

Por su parte, el ministro de Justicia, Eduardo Salhuana, se pronunció a favor de mantener en vigencia el fuero militar para administrar justicia a los efectivos de las Fuerzas Armadas y Policiales que cometan delitos relativos a su función.⁴¹ Sin embargo, la CVR considera que en varias acciones cometidas por las Fuerzas Armadas “el fuero militar fue utilizado como un medio para lograr la impunidad, bajo la apariencia

³⁸ Resolución administrativa n.º 170-2004-CE-PJ, del 17 de septiembre de 2004.

³⁹ Mediante resolución de Fiscalía de la Nación n.º 2034-2003-MP-FN, aprobada el 11 de diciembre de 2003.

⁴⁰ Mediante resolución de Fiscalía de la Nación n.º 631-2002-MP-FN, aprobada el 17 de abril de 2002.

⁴¹ Sin embargo, aclaró que considera necesario que la reforma de la administración de justicia defina claramente las competencias y atribuciones de este fuero para evitar se cometan las mismas irregularidades y abusos del pasado.

Véase diario *El Comercio*, 28 de marzo de 2005.

de una supuesta real intención de investigar y sancionar a los responsables de matanzas” (CVR, 2003, tomo VII, p. 170).

En este mismo sentido, el Congreso de la República aprobó la ley n.º 28 083, en septiembre del 2003, por la que crea la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia —CERIAJUS—, compuesta por los principales representantes de los órganos estatales vinculados al tema —defensor del Pueblo, ministro de Justicia, dos representantes de la Comisión de Justicia del Congreso— y por los representantes de la sociedad civil. En abril del 2004, la CERIAJUS presentó su Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia, que contiene una propuesta —global y concertada— de reforma en este ámbito.⁴² Sin embargo, las recomendaciones de dicho plan hasta la fecha no han sido implementadas en absoluto.

A pesar de estos avances, todavía quedan muchas tareas pendientes respecto a la reforma de la administración de justicia, sumadas a las dificultades y obstáculos que debe enfrentar.

Una de ellas es la falta de voluntad política del Poder Judicial y del Ministerio Público para establecer una estrategia que favorezca el proceso. Una muestra de ello es que hasta la fecha no existe en el Ministerio Público un adecuado sistema especializado para llevar a cabo las investigaciones de violaciones a los derechos humanos. A nuestro criterio, sus premisas básicas deben ser la especialización de los magistrados, la dedicación exclusiva, la capacitación permanente, la coordinación adecuada y el suficiente apoyo logístico.

Así, en la mayoría de los casos, los magistrados, al solicitar información al Ministerio Público y al Ministerio Interior sobre la situación militar y la ubicación de los efectivos denunciados como presuntos autores, y sobre aquella que pueda aportar elementos para el esclarecimiento de los hechos, han recibido como respuesta que dichos archivos o documentos fueron destruidos o quemados, y en el peor de los casos no recibieron ninguna respuesta.

Asimismo, la competencia territorial de los juzgados y fiscalías a cargo de estos casos debe constituirse en uno de los primeros temas por resolver, puesto que se ha observado la imposibilidad de conocer determinados casos por parte de estos magistrados en razón de los límites de sus atribuciones.

Otras dificultades son la sobrecarga procesal, la falta de recursos económicos, logísticos y de personal calificado que aqueja a las fiscalías y juzgados que investigan las violaciones a los derechos humanos, así como el carácter provisional, la inexperiencia y la falta de conocimientos sobre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional por parte de los fiscales y jueces a cargo de dichas investigaciones y procesos judiciales.

⁴² El plan cuenta con 170 propuestas globales de reforma de carácter sistémico y modificaciones de leyes, y necesita un monto total estimado de 1 346 300 nuevos soles. Véase <<http://www.justiciaviva.org.pe/cerijus.htm>> (23.4.2005).

Una problemática adicional la constituye el hecho de que el 75% de las víctimas del conflicto armado interno hablan sólo quechua u otra lengua nativa, y frecuentemente viven en ignotas regiones y en extrema pobreza, lo que dificulta enormemente las investigaciones preliminares, así como el hallazgo y el levantamiento de pruebas.

Otra deficiencia es la inadecuada implementación del sistema de protección de testigos, para afrontar eficazmente los problemas de amenazas, hostilidad y ataques directos que se producen en el marco de la judicialización de los casos de los derechos humanos.

A ello se suma la problemática de que, a pesar de la gravedad de los crímenes cometidos, en la mayoría de casos judicializados sólo se ha dictado mandato de comparecencia contra los perpetradores, y la detención, cuando se ha dispuesto, a menudo no se ha hecho efectiva.⁴³

Por último, hasta hoy son muchas las personas que siguen en prisión por presuntas implicaciones terroristas no comprobadas, y algunos de los ex reclusos inocentes —más de 8 000— acusados de terrorismo y absueltos por el Poder Judicial todavía siguen perseguidos por el delito del que fueron declarados inocentes, sin recibir ningún beneficio del Estado ni ayuda alguna para su reinserción en la sociedad.

Es preocupante que algunos acusados —responsables de violaciones a los derechos humanos— que se encontraban en prisión preventiva hayan solicitado su excarcelación por exceso de carcelaria sin sentencia, pues, por una parte, “los inculpados han presentado excepciones, oposiciones, apelaciones, tachas, con la única estrategia de dilatar el tiempo de la instrucción”,⁴⁴ según Gloria Cano, abogada de la Asociación Pro Derechos Humanos, y, por otra parte, porque el aparato judicial ineficiente se demora más de tres años en culminar un proceso.⁴⁵

⁴³ El mayor del Ejército en situación de retiro Telmo Hurtado Hurtado, autor del asesinato de 69 campesinos de la localidad ayacuchana de Accomarca, escapó el 28 de diciembre del 2002 a Estados Unidos, vía Colombia, para evitar la sanción de la justicia que comenzó a revisar los casos impunes a partir del informe de la CVR. El Consejo de Supremo de Justicia Militar procesó y sentenció a Hurtado con una benigna condena de cinco años de prisión por “abuso de autoridad”, por su intervención en la masacre de Accomarca cuando tenía el grado de subteniente del Ejército. No sólo el Ejército nunca lo apartó de sus filas, sino que lo condecoró cuatro veces después de que aceptara su responsabilidad por la masacre.

Véase diario *La República*, 6 de octubre de 2004.

⁴⁴ En pronunciamiento: “APRODEH Rechaza Excarcelación de Integrantes del Grupo Colina”, Lima, 25 de enero de 2005.

⁴⁵ A finales del 2004 el Tribunal Constitucional estableció, mediante el expediente n.º 2915-2004-HC/TC del 23 de noviembre de 2004, que es posible prolongar el plazo máximo de detención cuando “[...] concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculpadado pudiera sustraerse a la acción de la justicia [...]. Así, los plazos podrían extenderse a 18 meses en el caso de los delitos merituados en procedimiento ordinario, a 36 meses en el caso de los delitos merituados en el procedimiento especial, y a 72 meses en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado. Toda resolución judicial que pretenda prolongar el plazo de detención provisional por un periodo superior a 36 meses, debe encontrarse necesariamente motivada en causas suficientes y objetivamente atribuibles al procesado, pues en caso

En el caso de los miembros del Grupo Colina —responsable de quince ejecuciones extrajudiciales y cuatro afectaciones a la integridad física en el año 1991 (caso *Barrios Altos*) y del asesinato de nueve estudiantes y un profesor universitario en 1992 (caso *La Cantuta*)—, éstos fueron sentenciados a cadena perpetua poco después de perpetrados los crímenes. Sin embargo, todos los militares que se encontraban denunciados, investigados, procesados o condenados por delitos originados como consecuencia de la lucha contra el terrorismo fueron declarados libres gracias a las Leyes de Amnistía⁴⁶ promulgadas en el año 1995 por el entonces presidente, Alberto Fujimori. No fue hasta el 14 de marzo del 2001 que el tribunal castrense decidió acoger la resolución⁴⁷ dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que anuló estas dos leyes. En este sentido, los integrantes del Grupo Colina que fueron condenados por los dos casos mencionados no podrían ser excarcelados.

Esto está aunado con una sentencia del Tribunal Constitucional mediante la cual se establece que, cuando un juzgado penal acumule uno o más procesos, el límite de detención preventiva no se establecerá a partir de la orden de detención más antigua, sino de manera independiente en cada caso,⁴⁸ por lo que las mencionadas solicitudes de excarcelación se declararán improcedentes.

4. El Plan Nacional de Investigaciones Antropológico-Forenses

Para avanzar en la búsqueda de los miles de desaparecidos durante el conflicto armado interno,⁴⁹ la CVR propone un Plan Nacional de Investigaciones Antropológi-

contrario se vulneraría el derecho fundamental de toda persona a no ser sometida a detención provisional más allá de un plazo razonable [...]”. Estos plazos son máximos, por lo que no deben ser sobrepasados bajo ninguna circunstancia.

⁴⁶ Leyes de Amnistía n.º 26 479 y n.º 26 492, que exoneran de responsabilidad a todos los integrantes de las fuerzas de seguridad y civiles que fueran objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión, por violaciones de derechos humanos. Se exoneraba la responsabilidad y se archivaban definitivamente los casos. Además, se ampliaba la amnistía a todos los funcionarios militares, policiales o civiles que aún no hubieran sido denunciados.

⁴⁷ En la sentencia del caso *Barrios Altos* la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las Leyes de Amnistía son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que impidieron a los familiares de las víctimas y a los sobrevivientes ser oídos por un juez; asimismo, ratificó la potestad judicial de disponer su inaplicación a casos concretos debido a su inconstitucionalidad. Dicha potestad, sin embargo, aún podría ser utilizada, pues las Leyes de Amnistía formalmente no han sido derogadas por el Congreso.

⁴⁸ Así, el Tribunal Constitucional estableció, mediante el expediente n.º 2798-04-HC/TC del 9 de diciembre 2004, que “[...] la acumulación de procesos decretada no puede tener como consecuencia que, para efectos de contabilizar el cumplimiento del plazo máximo de la detención, se tome en cuenta únicamente el mandato de detención dictado en el proceso más antiguo, sino más bien que deben ser tomados en cuenta los mandatos de detención dictados en cada uno de los procesos que se siguen en su contra”.

⁴⁹ El número exacto de denuncias registradas sobre desaparecidos antes de la CVR es de 7713, mientras la Defensoría del Pueblo registró 8558 desaparecidos.

co-Forenses, así como la ejecución de un Registro Nacional de Sitios de Entierro. El Plan ayudará —según la CVR— a la recuperación e identificación adecuada de los restos humanos, a la determinación de los hechos, las causas de las muertes y los presuntos autores, con el fin de avanzar tanto en la investigación como en el proceso judicial y en la reparación —a través de la restitución de los restos de las víctimas a su entorno familiar y social.

La CVR elaboró un Registro Nacional de Sitios de Entierro sobre la base de la información obtenida durante sus investigaciones; al término de su mandato registró 4644 sitios de entierro y realizó constataciones preliminares en 2200 de ellos, a fin de proceder a las investigaciones y levantamientos de pruebas para iniciar posteriormente el proceso judicial correspondiente. Los demás sitios —2444— son referidos.

Respecto a las exhumaciones, la fiscal de la Nación, Nelly Calderón, señaló que, “pese a la escasez de recursos de presupuesto, se exhumaron ciento doce sitios de entierro, analizando 75 130 restos óseos, identificando a 128 desaparecidos y ubicando a 18 desaparecidos”.⁵⁰

Lamentablemente, el organismo encargado de avanzar con las exhumaciones de los mencionados sitios de entierro, entregados por la CVR —el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público—, no cuenta con suficientes recursos económicos, logísticos, ni personal calificado para realizar más exhumaciones. Además, existen dificultades de coordinación y cooperación entre las entidades a cargo de estas tareas. Asimismo, éstas reciben del Ministerio de Defensa y del Interior escasa o nula información que pudiera ser útil para el esclarecimiento de los casos. De la misma manera, los expertos forenses en algunas ocasiones son entorpecidos y estorbados por las autoridades estatales en sus investigaciones antropológicas.

Al respecto, el jefe del Instituto de Medicina Legal, a cargo de las pericias forenses, Luis Bromley, indicó: “estamos solos en el trabajo, no recibimos apoyo financiero adicional de ninguna organización estatal o no gubernamental, [pero] seguiremos trabajando y desarrollando nuestro plan nacional de exhumaciones”.⁵¹

Del mismo carácter, las intervenciones han puesto en evidencia algunas dificultades en su desarrollo, tales como la insuficiencia de las investigaciones preliminares, las deficiencias en los procedimientos de intervención forense y la falta de especialización de algunos peritos designados en estas diligencias.

Es por ello que Salomón Lerner, ex presidente de la CVR, consideró que en materia de exhumaciones “[...] le falta ganas, coraje y decisión al Ministerio Público. Se necesita un plan a largo plazo, dinero y gente experta”.⁵²

⁵⁰ Véase diario *La República*, 28 de agosto de 2004.

⁵¹ Véase <www.elcomerciope.com.pe/especiales/ComisionVerdad/html/comision-verdad_historiaenterrada.html> (10.5.2005).

⁵² Véase Diario *El Comercio*, 27 de agosto de 2004.

En suma, consideramos que no existe un plan de trabajo forense desarrollado y aprobado por el Ministerio Público, ni una política clara de exhumaciones, y que hasta la fecha son pocas y esporádicas las que se han venido realizando, lo que debilita el proceso de identificación de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y dificulta el esclarecimiento de los hechos.

5. Los mecanismos de seguimiento de las Recomendaciones de la CVR

El mecanismo de seguimiento anunciado por el presidente en su discurso a la nación fue creado el 6 de febrero del 2004, bajo el nombre de Comisión Multisectorial de Alto Nivel Encargada del Seguimiento de las Acciones y Políticas del Estado en los Ámbitos de la Paz, la Reparación Colectiva y la Reconciliación Nacional (CMAN).⁵³ Está integrada por representantes del Estado y de la sociedad civil y tiene asignadas las siguientes funciones:

- diseñar la política nacional de paz, reconciliación y reparación colectiva para su aprobación por el Consejo de Ministros;
- coordinar el cumplimiento de las políticas públicas específicas para el cumplimiento de los objetivos de paz, reconciliación y reparación colectiva;
- supervisar el cumplimiento de los objetivos planteados;
- promover la cooperación y colaboración de la sociedad civil en el logro de los objetivos de paz, reconciliación y reparación colectiva, y
- establecer y mantener vinculaciones con organismos internacionales de derechos humanos con la finalidad de procurar la cooperación técnica internacional.

A cerca de un año de instalada dicha Comisión, aún no ha avanzado sustantivamente en el diseño de una política nacional de reparaciones, y muchas de sus discusiones sobre el diseño y la implementación de dicha política se entrampan en lo que consideramos la burocracia estatal y la falta real de voluntad política para la ejecución de decisiones que este espacio debería impulsar. Cabe resaltar que la CMAN se encuentra subordinada a la Presidencia del Consejo de Ministros y a los vaivenes de los cambios ministeriales; además, no es una comisión ejecutiva, no cuenta con un presupuesto y tampoco con los recursos humanos y logísticos suficientes para desarrollar las tareas encomendadas. Sin embargo, se han aprobado dos normas al respecto.

⁵³ Decreto supremo n.º 003-2004-JUS, que conforma la Comisión Multisectorial de Alto Nivel Encargada de las Acciones y Políticas del Estado en los Ámbitos de la Paz, la Reparación Colectiva y la Reconciliación Nacional, publicado el 6 de febrero de 2004. Modificado por el decreto supremo n.º 024-2004-JUS, publicado el 25 de marzo de 2004, y completado por la resolución suprema n.º 154-2004-PCM, que designa un secretario ejecutivo de la Comisión de Alto Nivel, publicada el 4 de mayo de 2004.

5.1. Marco Programático de la Acción del Estado en Materia de Paz, Reparación y Reconciliación Nacional⁵⁴

El decreto supremo que aprueba el Marco Programático representa un importante avance, pues reconoce oficialmente el concepto de *reparación integral*, con los siguientes ejes: la restitución de derechos ciudadanos, las reparaciones en salud, en educación, las colectivas y simbólicas. Se encarga a la CMAN el desarrollo del contenido de dicho marco.

Esta iniciativa podría sentar las bases de una verdadera política nacional en reparaciones, si bien tiene limitaciones, a saber:

- no contempla las reparaciones económicas (indemnizaciones), con lo que genera una inequidad patente entre las víctimas del terrorismo y las víctimas de la represión del Estado, puesto que el Estado peruano ha otorgado, y sigue otorgando, indemnizaciones principalmente a las víctimas del terrorismo en cumplimiento de leyes de atención especiales;⁵⁵
- tampoco contempla un pliego presupuestal especial, ni la creación de un fondo para reparaciones, ni la utilización de recursos extraordinarios como pudieran ser el FEDADOI, los fondos del contrabando, las regalías, los impuestos a las remesas de los peruanos migrantes, el canje de deuda por reparaciones, entre otros.

5.2. Padrón de Organizaciones de Afectados por la Violencia Política⁵⁶

El objetivo del Padrón es centralizar y organizar la información de todo el país en una base de datos sobre las organizaciones de afectados, constituidas por personas naturales afectadas por la violencia política ocurrida durante el periodo comprendido entre mayo de 1980 y noviembre del 2000, y sentar las bases para promover y facilitar su participación en la definición de las políticas y acciones que en su beneficio se establezcan.

Dentro de dicha norma se encuentran varias incongruencias y falta de claridad; por ejemplo: en la expresión de los objetivos del Padrón, en el objetivo de registrarse y en las consecuencias del empadronamiento para los afectados. Además, no se menciona que se

⁵⁴ Decreto supremo n.º 062-2004-PCM, que aprueba el “Marco programático de la acción del estado en materia de paz, reparación y reconciliación nacional”, publicado el 27 de agosto de 2004.

⁵⁵ Según la ley n.º 28 476, los fondos del dinero de la mafia fujimotesinista derivados al FEDADOI serán repartidos, entre otros, entre las víctimas o herederos de las víctimas de violaciones de derechos humanos y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía que quedaron discapacitados como consecuencia de su enfrentamiento con grupos terroristas, discriminando de esta manera a las víctimas de la presión del Estado. Véase diario *Perú 21*, 25 de marzo de 2005.

⁵⁶ Resolución ministerial n.º 325-2004-PCM, que crea el Padrón Nacional de Organizaciones de Afectados por la Violencia Política, publicada el 23 de octubre de 2004.

hará algún tipo de verificación, cruces de información o calificación para comprobar que las organizaciones que solicitan su empadronamiento sean realmente organizaciones de afectados por la violencia política, dejando de esta manera la puerta abierta a la inclusión de cualquiera que se autoreconozca como una organización de afectados.

A pesar de contar con estas normas, hasta la fecha no se ven mecanismos efectivos de diálogo con las organizaciones de afectados; tampoco se han dado a conocer campañas de difusión que lleguen al gran número de afectados que aún no son parte de una organización y no cuentan con información sobre los avances de esta instancia.

Otro tema que está ausente en el debate y la acción en la CMAN es el del Registro Nacional de Víctimas (RNV). Éste, además de ser una promesa del jefe de Estado, fue en un primer momento un tema de la agenda de la CMAN. Sin embargo, dentro de ésta no se está produciendo una discusión seria que arribe en la definición de los objetivos, características y procedimientos para la elaboración del Registro. Tampoco se ha podido responder la pregunta de cuál será el ente del Estado encargado de llevar a cabo el RNV. Al no saber quiénes son, con nombre y apellido, esos miles de ciudadanos que serán los beneficiarios de las reparaciones, son poco serias y muy inconsistentes las acciones que distintos sectores del gobierno han realizado hasta la fecha; tal es el caso del Ministerio de Salud o del Ministerio de la Mujer y de Desarrollo Social.

6. La sociedad civil

Para la CVR el gran horizonte de la reconciliación nacional es el de la ciudadanía plena para todos los peruanos y peruanas. La reconciliación debe ser un nuevo pacto social entre el Estado y la sociedad civil y entre sus miembros. Así, la Comisión opina que los problemas del país podrán resolverse si existe ciudadanía, si el “derecho a tener derechos” es ejercido por todos los ciudadanos y respetado tanto por ellos como por el Estado. Dentro de este camino hacia la reconciliación, tanto los organismos de derechos humanos como los medios de comunicación —entre otros— tienen un papel significativo: los primeros al exigir al Estado de derecho sus deberes, poniendo énfasis en las violaciones de derechos humanos y casos de impunidad, reivindicando los derechos fundamentales de los ciudadanos, sobre todo de los afectados, y apoyando de esta manera la construcción de una sociedad democrática; y los últimos difundiendo el IF, dando cobertura al posproceso de la CVR y contribuyendo al esclarecimiento de los crímenes.

6.1. Los organismos de derechos humanos

La CVR suscribió cerca de 30 convenios con diferentes organismos del Estado y de la sociedad civil.⁵⁷ Además de estos organismos, existen varias organizaciones

⁵⁷ Para ver los diferentes organismos: <<http://www.cverdad.org.pe/lacomision/cnormas/index.php>> (13.3.2005).

nacionales e internacionales,⁵⁸ movimientos ciudadanos⁵⁹ y organizaciones de afectados vinculados con el posproceso de la CVR que intentan poner más énfasis en la difusión del IF de la CVR y exigir al Estado —en sus entidades responsables— que cumpla con las recomendaciones propuestas por la CVR.

Esto lo han realizado mediante diferentes iniciativas, campañas,⁶⁰ pronunciamientos,⁶¹ manifestaciones públicas, conferencias de prensa y actividades académicas como foros, audiencias⁶² y seminarios⁶³ en los que se intentó sensibilizar y educar a los participantes en el tema.

Para recordar el primer aniversario de la entrega del IF de la CVR —en agosto del 2004—, se dio inicio a la semana de actividades con actos simbólicos coordinados por el Movimiento Para que No se Repita. La campaña nacional, titulada “La memoria sana, la justicia repara”, buscó llamar la atención del Estado y la ciudadanía sobre la urgente necesidad de concretar la implementación de las recomendaciones de la CVR.

⁵⁸ Las más importantes nacionales: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Paz y Esperanza, Asociación pro Derechos Humanos, Instituto de Defensa Legal, Comisión de Derechos Humanos, Centro de Promoción y Desarrollo Poblacional, e internacionales: Amnistía Internacional-Perú, OXFAM, Project Counselling Service, International Center of Transitional Justice.

⁵⁹ Los dos más importantes: el movimiento ciudadano Para Que No Se Repita (PQNSR), un colectivo que reúne a diversas redes, instituciones de derechos humanos, agrupaciones religiosas, organizaciones juveniles y ciudadanos en el empeño común de impulsar, promover y vigilar la aplicación de las recomendaciones derivadas del IF de la CVR como su difusión. Se han realizado diversos eventos como foros, exposiciones fotográficas, pasacalles y talleres —véase <www.geocities.com/paraquenoserepita/> (12.5.2005)—, y la Mesa de Concertación para la Lucha contra la Pobreza, creada el 18 de enero del 2001 mediante decreto supremo 01-2001-PROMUDEH y modificado y complementado por el decreto supremo 014-2001-PROMUDEH, que es un espacio de toma de decisiones en el que participan instituciones del Estado, los gobiernos locales, las diversas instancias de la sociedad civil, las iglesias y la cooperación internacional para luchar contra la pobreza. En todo el país existen 26 mesas regionales. En el año 2004, la Mesa impulsó a escala nacional la campaña para la implementación de las recomendaciones de la CVR y la difusión del IF de la CVR. Véase <www.mesadeconcertacion.org.pe/08recuadro/cvr.htm> (11.5.2005).

⁶⁰ Así por ejemplo la campaña Fujimori Extraditable, de Amnistía Internacional, Sección Peruana, con el objetivo de exhortar al gobierno japonés a que extradite al ex presidente Alberto Fujimori y que éste sea llevado a la justicia. Véase <www.amnistia.org.pe> (23.2.2005).

⁶¹ Así, por ejemplo, el pronunciamiento del 22 de noviembre de 2004, de la Coordinadora Nacional de Organizaciones de Afectados por la Violencia Política, que pide “sancionar con todo el peso de la Ley a los violadores de los derechos humanos, por la verdad, justicia y reparación”, en: Guillerot, 2003, boletín n.º 1 de APRODEH.

⁶² Por ejemplo, la audiencia pública “El Informe de la CVR y el pueblo Asháninka”, organizado por la Defensoría del Pueblo como acto de dignificación de las comunidades nativas de la selva central, el 6 de mayo de 2004 en Puerto Ocopa, Junín.

⁶³ En los días 21 y 22 de febrero de 2005 fue organizado por varias organizaciones el seminario internacional *Memoria y justicia para la inclusión*, para reflexionar sobre los avances, dificultades y lecciones aprendidas en torno al proceso de recuperación de la memoria colectiva y para compartir perspectivas de trabajo entre instituciones y organizaciones de la sociedad civil y entidades estatales responsables de generar las políticas necesarias para fortalecer este proceso.

Actualmente, tres jóvenes están realizando una larga travesía por la antigua ruta del camino del Inca, buscando sensibilizar a la ciudadanía sobre la importancia de cumplir con las recomendaciones del IF de la CVR. Este evento, llamado “Caminata por la Paz”, que estará acompañado por la construcción del Gran Quipu de la Memoria,⁶⁴ está impulsado por la Mesa de Concertación de Lucha Contra la Pobreza, la Defensoría del Pueblo y el Movimiento Para que No se Repita. Culminará para el segundo aniversario de la entrega del IF, habiendo realizado un recorrido de 2200 kilómetros a través de 12 regiones, en las cuales habrá actividades simbólicas, educativas y reflexivas.

Lamentablemente, las actividades e iniciativas de los organismos no han tenido gran impacto o resonancia en la sociedad civil; en su gran mayoría, sólo participaron los afectados de la violencia y miembros de las organizaciones de derechos humanos, sin mayor presencia de los demás ciudadanos.

La cobertura en los medios ha sido insuficiente y la sociedad se ha mostrado poco interesada e indiferente frente al posproceso, muchas veces despreciando el trabajo de la CVR. Así, hubo varios organismos que expresaron su rechazo enérgico al trabajo realizado por la CVR porque consideraron que ésta “buscaba responsabilizar a los militares de los actos de violencia registrados durante la lucha antiterrorista”⁶⁵ o porque “la CVR pretendió elevar a la categoría de partido político a la organización terrorista Sendero Lumino”.⁶⁶ Del mismo modo, en muchas ocasiones se satanizaba a los organismos defensores de los derechos humanos acusándolos de preocuparse únicamente por el bienestar de los subversivos y hasta defender su ideología y comportamiento.

6.2. Las organizaciones de los afectados por la violencia política

Gran parte de las hoy existentes organizaciones de afectados por la violencia política en el país se formaron entre los años 2000 y 2003,⁶⁷ en algunos casos promo-

⁶⁴ Consiste en crear participativamente un voluminoso “documento-monumento” que contenga 69 280 nudos simbolizando a las víctimas que causó el conflicto interno armado.

⁶⁵ Según la Asociación de Oficiales Generales y Almirantes en retiro del Perú. Véase *Noticias 24 Horas*, 20 de agosto de 2004.

⁶⁶ Así, la Asociación de Defensores de la Democracia contra el Terrorismo opina que “resulta anecdótico que después de 40 años, las conclusiones de la CVR coincidan con los objetivos terroristas como desprestigiar, dividir y desmoralizar a la sociedad civil, las FF. AA. y a la Iglesia católica”. Véase diario *La Razón*, el 24 de agosto de 2004.

⁶⁷ Oxfam registró en su informe 118 organizaciones de afectados por la violencia política en 11 departamentos del país; 18 organizaciones se definen como regionales, 21 como provinciales, 32 como distritales, hay 22 organizaciones de mujeres, 15 de jóvenes, 26 de desplazados; de 1990 al 2000 se formaron 24 organizaciones de afectados por la violencia política; del 2000 al 2003 se formaron 53 nuevas organizaciones. Véase Rocío Paz Ruiz: *Mapeo de las organizaciones de afectados por la violencia política en el Perú*, Lima: Oxfam, 2004.

vidas por el Programa de Apoyo al Repoblamiento y Desarrollo de Zonas de Emergencia (PAR), o por iniciativa de las ONG o las iglesias, y en otros casos por el trabajo realizado por la CVR.

La más antigua es la Asociación Nacional de Familiares de Secuestrados, Detenidos y Desaparecidos (ANFASEP), formada en Ayacucho en el año de 1983, un año antes del punto más crítico del periodo de violencia en esta región.

La mayoría de las organizaciones tiene como propósito cubrir necesidades básicas, como educación, salud, vivienda, empleo, salir de la pobreza, etcétera; además, buscar espacios donde puedan sentirse aliviados, acompañados, obtener consuelo y seguridad entre sus miembros, demandando la restitución de sus derechos, justicia y reparaciones. Del mismo modo, aspiran al fortalecimiento de sus organizaciones, a la consolidación de sus bases, a su articulación regional y nacional y a su visibilización como población afectada.

Están compuestas por personas con diferentes problemáticas: desplazados (insertados y retornados), presos, inocentes liberados, personas torturadas, viudas, huérfanos y familiares de desaparecidos y asesinados extrajudicialmente. La mayoría de los miembros de las organizaciones de afectados son mujeres (70%) y casi todos viven en la pobreza o extrema pobreza (90%).

Algunos de sus logros han sido la realización de diversas acciones de manera conjunta, como por ejemplo: talleres de capacitación, encuentros, conferencias de prensa y pronunciamientos que han permitido hacer llegar la voz de los afectados a diversas instancias del Estado.⁶⁸ Del mismo modo, las organizaciones de afectados han participado en la elaboración de la propuesta de reparaciones de la CVR con aportes cualitativos.⁶⁹

Lamentablemente, la mayoría de estas organizaciones padecen de debilidad institucional, dispersión y desinterés, incapacidad de respuesta a las demandas de los afectados, falta de un plan de trabajo, de estrategias claras, y dependen de gran medida del apoyo de las ONG.⁷⁰ Sumado a ello, muchas son acusadas de promover ideas senderistas y comunistas, pese a que rechazan claramente todo tipo de violencia e inclinación ideológica.

⁶⁸ Así, organizó ANFASEP una conferencia de prensa el 17 de enero de 2004 en contra de la impunidad en el caso de ejecuciones extrajudiciales en un cartel (los Cabitos). Véase Guillerot, 2003, boletín n.º 64 de APRODEH.

⁶⁹ Como por ejemplo, el foro *Por un plan de reparaciones en Huancavelica*, realizado en agosto de 2004 por la sociedad civil con la participación de algunas organizaciones afectadas.

⁷⁰ Parte de la debilidad de las organizaciones tiene que ver con la precariedad económica de las ONG y la dependencia respecto a las agendas de la cooperación internacional (cambios en las prioridades). Esto hace que en muchos casos el tema del desplazamiento y la violencia política pasen a un segundo plano, dejando procesos inconclusos.

Es por todo esto que sus reclamos por medidas de reparación y reducción de la pobreza han sido ignorados, al igual que sus intentos por llamar la atención como afectados del conflicto armado interno, con lo que se torna imposible una salida a su actual situación.

6.3. *Los medios de comunicación*

Con el propósito de conocer la cobertura periodística del IF de la CVR y analizar el impacto y las reacciones que generó, el Instituto Prensa y Sociedad⁷¹ (IPYS) llevó a cabo un estudio mediante un monitoreo de la cobertura a los medios de comunicación, basándose en los medios impresos de Lima y de dos ciudades del interior del país —Piura y Ayacucho— en el periodo del 15 de agosto al 15 de octubre del 2003. Este monitoreo fue complementado con varias entrevistas a ex comisionados de la CVR, a representantes de las ONG, a editores de medios y a periodistas.

En general, estos últimos consideraron que la cobertura de la prensa al IF, durante este periodo, fue desafortunada, mala, precaria, y que en algunos casos estuvo claramente definida por intereses políticos de los distintos medios de comunicación. Los periodistas coinciden en señalar que la mayoría de los medios de comunicación se concentraron en los cuestionamientos hechos al trabajo de la CVR,⁷² dejando de lado los aspectos importantes del IF. Para Cecilia Blondet, investigadora del Instituto de Estudios Peruanos, esta reducida y sesgada cobertura se debió a que el aparato de prensa de la CVR no logró una verdadera comunicación con todos los medios: “Creo que para difundir un documento como el IF de la CVR hay que saber cómo llegar a cada medio. Los periodistas están concentrados en la coyuntura política, en la comidilla política, y no tienen tiempo, o no están capacitados, para recibir un informe como este [de más de 8000 páginas], resumirlo e interpretarlo. Ese rol debió cumplirlo la CVR; es decir, se debió dar a los medios la información más digerida posible” (“La cobertura de los medios al Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación”, 2003, p.18).

⁷¹ El Instituto Prensa y Sociedad (IPYS), con sede en Lima, es una asociación que promueve las libertades informativas y la prensa independiente. Para tal efecto realiza reportes de situación en varios países latinoamericanos, elabora estudios especializados y fomenta el debate sobre el papel de los medios.

⁷² Cuestionamientos como, por ejemplo, las críticas sobre la metodología usada para calcular el número de víctimas; las críticas en cuanto a que el informe equipara a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional con Sendero Luminoso; lo que se dijo sobre el dinero utilizado por la CVR (13 millones de dólares) que “mejor habría sido destinado a otras cosas” porque el informe “no sirve”; la acusación de que el informe tiene un sesgo ideológico debido a que muchos de sus miembros vienen de una militancia de izquierda; el estatus de “partido político” que la CVR le da a Sendero Luminoso; las críticas contra el programa integral de reparaciones propuesto por la CVR y el rechazo de los líderes de los principales grupos políticos con respecto a sus responsabilidades durante el conflicto armado.

Para los ex comisionados, parte de la “estrategia de medios” de la CVR fue aliarse con aquellos que desde un inicio tuvieron un interés real ante el IF. A su vez, consideran que la televisión de señal abierta se desentendió del tema y prefirió levantar la noticia por la controversia generada por los críticos más radicales al IF. Piensan también que la prensa desempeñó un papel importante pero no suficiente, puesto que en el país la mayoría de los ciudadanos no está familiarizada con su lectura. A su criterio, perciben que los medios de comunicación de las provincias donde se realizaron las audiencias públicas mostraron un interés particular y le dieron gran cobertura al tema, mientras que no ocurrió lo mismo en Lima. Finalmente, opinan que los medios de comunicación en general se encargaron de informar a los peruanos de que existe un IF, pero no profundizaron en los contenidos de este documento.

Según el IPYS, si bien es cierto que los medios de comunicación esperaron el pronunciamiento del presidente, en noviembre del 2003, para empezar a publicar resúmenes o fascículos que contuvieran las conclusiones, la mayor parte de la prensa se centró en las reacciones políticas frente al documento y en el enfrentamiento de posiciones, mas no en su contenido ni en la orientación al ciudadano para que tenga una idea clara de cuáles deberían ser las tareas del Estado y de la sociedad en orden a impedir la repetición de hechos como los ocurridos durante el conflicto armado interno.

Hay que destacar que el discurso del presidente Alejandro Toledo logró una gran cobertura; sin embargo, después de unos días desapareció el tema de las agendas informativas y de nuevo primaron otras noticias relacionadas con corrupción, denuncias del momento y escándalos de tipo político. No se le dio suficiente espacio al posproceso de la CVR, hubo poco interés en el caso de los logros y avances respecto a las recomendaciones y, en general, al tema medular. “La violación de derechos humanos en el Perú, ese tema simplemente no se vende”, comentó Maria Elena Castillo, periodista de *La República*.⁷³

Los medios de comunicación han servido para que los peruanos se enteren de que existe un IF, mas no se han encargado de difundir el contenido de éste de la manera esperada y necesaria para que lograra un mayor impacto. En ese sentido, es urgente desarrollar mecanismos creativos, que llamen la atención tanto de la ciudadanía como de los medios de comunicación para generar presión sobre el seguimiento y el cumplimiento de la CVR.

7. Conclusión

Por una parte, podemos constatar que, después de casi dos años de la publicación del Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, el Estado ha realizado algunas acciones y reformas, así como algunos gobiernos locales y regiona-

⁷³ Véase Castillo, 2003, ponencia en CD-ROM.

les se han comprometido fuertemente con la aplicación de las recomendaciones de la CVR.⁷⁴ Cabe resaltar la labor de la Defensoría del Pueblo, que con la creación, en abril del 2004, de un centro de información para la memoria y reconstrucción de los crímenes cometidos, con la puesta en marcha de una campaña para la divulgación e información del IF, así como con su apoyo a los asuntos procesales, ha realizado un trabajo valioso y digno de mencionar.

Por su lado, las organizaciones y organismos nacionales e internacionales de derechos humanos, como parte de la sociedad civil, se han adherido al propósito de *no olvidar*, así como a la solicitud de la aplicación de las medidas de reparación de la CVR. Se trata, no obstante, de hechos y acciones esporádicos, individuales, en los que participan pequeñas partes de la sociedad peruana; en consecuencia, no han alcanzado significativos logros.

Si comparamos la situación peruana con otros procesos de Comisiones de la Verdad, nos damos cuenta de que no hay ninguna en el mundo —de las 22 que se crearon— que a menos de un año tenga todo el acervo documentario a disposición de todos los ciudadanos y una Comisión Multisectorial de Seguimiento a las recomendaciones propuestas por sus respectivas comisiones.

En Chile, por ejemplo, después de doce años de la presentación del Informe de la Comisión de la Verdad, en 1991, el presidente Ricardo Lagos anunció una propuesta legislativa para ampliar un plan de reparaciones por treinta millones de dólares. Y en Guatemala, donde se presentó el Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico en 1999, hasta hoy no existe un programa nacional de reparaciones.

Por otra parte, si realizamos un balance de acuerdo con las expectativas sobre lo que se debería hacer, éste resulta negativo. Lamentablemente, es frecuente la ausencia de voluntad política hacia un programa de reparaciones con estructuras claras, mecanismos funcionales y cooperación con la sociedad. El gobierno no asume su responsabilidad y el proceso jurídico avanza muy lentamente. Muchas de las actividades, programas y campañas estatales se encuentran en una fase inicial y carecen todavía de los recursos financieros necesarios.

La reparación moral y material de los afectados por la violencia política que vivió el país entre 1980 y 2000 debería ser uno de los aspectos prioritarios para el futuro gobierno. Los partidos políticos tradicionales en carrera electoral poco aportan a la superación del pasado —debido a que actuaron en los tres gobiernos durante el conflicto armado interno—, además de no incluir en sus propuestas acciones en favor de los afectados por la violencia.

⁷⁴ Sobre todo los gobiernos de Huánuco y Huancavelica se encuentran en una dinámica de compromiso claro con el proceso de reparaciones. Así se aprobó en Huanuco la ordenanza regional n° 012-2004-CR-GRH, publicada el 2 de junio de 2004, la que declara a los afectados por la violencia entre los sectores prioritarios a ser atendidos y plantea lineamientos generales de acción. Y en Huancavelica se aprobó mencionada ordenanza regional, que aprueba el Plan Integral de Reparaciones para los Afectados por la Violencia Política, publicada el 31 de diciembre de 2004.

En la mayoría de la sociedad se puede observar desinterés, ignorancia o incluso abierto rechazo y desprecio hacia el proceso de la CVR. Según una encuesta de la empresa de opinión IMASEN realizada en Lima en febrero de 2005, solamente 35% declaró conocer el IF y, de éstos, casi la mitad —44%— no consideró importante dar seguimiento a las recomendaciones de la CVR.⁷⁵

Muchos peruanos todavía dudan sobre si *excavar en el pasado* es necesario, y temen que las antiguas heridas se puedan abrir de nuevo. Prefieren cerrar los ojos ante un IF que presenta una imagen de su país extremadamente triste: “[...] la de un país sumido en la barbarie, donde, bajo una frágil y delgada fachada de modernidad y civilización, impera todavía la ley del más fuerte y los instintos prevalecen sobre los razones, y tienen una vigencia abrumadora el racismo, la ignorancia y la brutalidad sin límites que ejercitan los poderosos contra los débiles y los débiles y pobres entre sí”.⁷⁶

En algunas regiones del país, como por ejemplo la de Ayacucho —la zona más afectada por la violencia en todo el país, con el 42% de las víctimas mortales—, la desconfianza tradicional de la población provinciana hacia iniciativas que provienen de la capital es muy grande; a veces el trabajo de la CVR y el posproceso son interpretados como una intromisión en sus propios asuntos. De tal manera, estas comunidades a menudo tienen la convicción de que los conflictos producto de la violencia no se pueden resolver mediante ayuda externa sino solamente con el esfuerzo colectivo de las comunidades. Ellos temen que la intervención de la CVR pueda poner en peligro el proceso y el estado de paz precario que han logrado en los últimos años, desde que —ya a finales de los ochenta— el movimiento guerrillero Sendero Luminoso perdió presencia en su región. A partir de ese momento las comunidades se ocuparon de la reconstrucción de sus estructuras, de la reintegración de los culpables y del regreso de los desplazados.

Algunas comunidades perciben el daño comunal más grave que el individual; es por ello que de los culpables piden reparaciones colectivas, mas excluyen las individuales. Además, al haberse sentido abandonados por el Estado antes, durante y después del conflicto armado interno, aprendieron con su ausencia a organizarse entre ellos mismos y sobre todo a fortalecer sus estructuras comunales; de esta manera, para ellos lo más importante es en algunos casos afirmar su autonomía y fuerza frente al Estado, y en otros casos conseguirla, sin que sea una prioridad la judicialización de los crímenes que les fueron cometidos.

Consideramos que hace gran falta una fuerte campaña de sensibilización e información —por parte de los responsables políticos y representantes de medios— sobre el Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, que documenta los

⁷⁵ Giovanna Peñaflor Guerra: “Análisis del impacto de la Comisión de la Verdad y Reconciliación”, en seminario-taller *Memoria y justicia para la inclusión*, Lima, 2005.

⁷⁶ Mario Vargas Llosa en *El País*, Madrid, 21 de septiembre de 2003.

veinte años más sangrientos en la historia del Perú, a fin de lograr de manera adecuada y exitosa la superación de la experiencia traumática del conflicto armado interno, y también para que los peruanos se enteren de la triste verdad de su país, como lo ha expresado el novelista Mario Vargas Llosa en una entrevista:

Sin proponérselo, la CVR, además de un catastro de la violencia política, ha elaborado el más sólido y documentado testimonio sobre el subdesarrollo peruano. Este Informe deberían leerlo y estudiarlo los políticos, ser un manual en las escuelas, consultarlo a los militares y los jueces, analizarlo y discutirlo en las universidades y en los sindicatos, y por todos los medios hacerlo conocer de grandes y chicos, de provincianos y limeños, de costeños, serranos y selváticos, para que todos los peruanos sepan de una vez, y a fondo lo que es y no debe seguir siendo ya más nuestro país.⁷⁷

Bibliografía

Literatura

COMISIÓN DE ENTREGA DE LA CVR: *Hatun Willakuy. Versión abreviada del Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, Lima, 2004.

CONSEJERÍA EN PROYECTOS: *Una mirada a la verdad. Percepciones de la población de Huancavelica sobre la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, Lima, 2003.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *A un año de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, Lima, 2004.

DEGREGORI, Carlos Iván: *Jamás tan cerca arremetió lo lejos. Memoria y violencia política en el Perú*, Lima: IEP, 2003.

THEIDON, Kimberly: *Entre prójimos. El conflicto armado interno y la política de la reconciliación en el Perú*, Lima: IEP, 2004.

Revistas y documentos de trabajo

ABAD YUPANQUI, Samuel B.: “Retos Jurídicos del Informe de la CVR. La necesaria garantía del derecho a la verdad”, en *Revista Derecho* (en prensa), Lima: PUCP, 2005.

CARILLO M., José Luis: “Los organismos de derechos humanos y la CVR”, en *IDE-ELE. Revista del Instituto de Defensa Legal*, n.º 157, Lima, 2003, pp.123-127.

COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (CNDDHH): “Balance de las acciones del Estado en la implementación de las recomendaciones del Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación”, en seminario-taller *Memoria y justicia para la inclusión*, Lima, 2005.

⁷⁷ *Ibíd.*

- ESCOBAR LA CRUZ, Ramiro: “¿Ladran los medios, Sancho?”, en *IDEELE. Revista del Instituto de Defensa Legal*, n.º 157, Lima, 2003, pp.117-119.
- FORSBERG, Tuomas y Teivo TEIVAINEN: “Injusticias pasadas en la política mundial. Perspectivas de instituciones globales tipo comisiones de la verdad”, en seminario-taller *Memoria y justicia para la inclusión*, Lima, 2005.
- HULE, Rainer: “‘... vergessen, dass sie zu töten gelernt hatten.’ Perus Wege zur Aufarbeitung der Vergangenheit”, en *Lateinamerika Analysen*, n.º 9, IIK, Hamburgo, 2004, pp. 127-154.
- MACHER, Sofía: “Proceso post-CVR: Hay, hermanos, muchísimo que hacer”, en *IDEELE. Revista del Instituto de Defensa Legal*, n.º 158, Lima, 2003, pp.28-31.
- MACHER, Sofía: “Post-CVR: Huancavelica marca el paso”, en *IDEELE. Revista del Instituto de Defensa Legal*, n.º 166, Lima, 2004, pp. 40-43.
- MONTOYA ROJAS, Rodrigo: “Informe final de la Verdad y Reconciliación: un doloroso espejo del Perú”, en *Memoria y justicia para la inclusión* (CD-ROM), Lima, 2004.
- ORTIZ ROCA, Humberto: “Hacia una estrategia de financiamiento del Plan Integral de Reparaciones”, en *IDEELE. Revista del Instituto de Defensa Legal*, n.º 157, Lima, 2003, pp.115-116.
- RIVERA PAZ, Carlos: “Judicialización de casos. Creación del subsistema penal de derechos humanos”, en *IDEELE. Revista del Instituto de Defensa Legal*, n.º 166, Lima, 2004, pp. 44-45.
- “Excarcelaciones y plazo razonable”, en *IDEELE. Revista del Instituto de Defensa Legal*, n.º 168, Lima, 2005, pp. 43-45.
- TORRES SEOANE, Javier: *Balance a nivel regional y local de los procesos en relación a las recomendaciones de la CVR. Mirando Hacia Adentro*, en seminario-taller *Memoria y justicia para la inclusión*, Lima, 2005.
- URRUTIA, Jaime: “Un año después de las recomendaciones de la CVR. ¿En el olvido?”, en *IDEELE. Revista del Instituto de Defensa Legal*, n.º 164, Lima, 2004, pp. 93-95.
- VILLANUEVA, Rocío, Jaime URRUTIA y María Elena CASTILLA, en *El rol de los medios en el proceso de reconciliación en el Perú*, en IPYS, Fundación Konrad Adenauer (CD-ROM), Lima, 2003.
- VILLARÁN, Susana: “¿Perderá la clase política esta nueva oportunidad?”, en *IDEELE. Revista del Instituto de Defensa Legal*, n.º 157, Lima, 2003, pp. 66-71.
- WILLER, Hildegard: “Reparar a las víctimas: Una inversión al futuro”, en *IDEELE. Revista del Instituto de Defensa Legal*, n.º 157, Lima, 2003, pp.109-113.
- “La cobertura de los medios al informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (15.8.-15.10.2003)”, en *El rol de los medios en el proceso de reconciliación en el Perú* (CD-ROM), IPYS, Fundación Konrad Adenauer, Lima, 2003.
- “La opinión de la gente”, en *IDEELE. Revista del Instituto de Defensa Legal*, n.º 157, Lima, 2003, pp. 44-47.

Internet

- ADÁN, Hugo: “Die Aufweichung der Wahrheits- und Versöhnungskommission. Zwischen der Liebe und dem Hass auf die Wahrheit”, en *Asociación Perú*, <http://www.pagina-libre.org/assoziation-peru/Texte/Debatte/CVR_Aufweichung.html>, (14.3.2005).
- AMNISTÍA INTERNACIONAL - PERÚ: “La Comisión de la Verdad y Reconciliación. Un primer paso hacia un país sin injusticias”, en *Asociación Pro Derechos Humanos. Camino a un Plan de Reparaciones*, <<http://www.aprodeh.org.pe/reparaciones/opinion.htm>>, (29.4.2005).
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: “La Comisión de la Verdad y Reconciliación en el Perú”, en *Comisión Andina de Juristas*, <<http://www.cajpe.org.pe/RIJ/cverdad/cvr/cvr-2003.htm>>, (29.3.2005).
- COMISIÓN DE ENTREGA DE LA CVR: “Informe final”, en *Comisión de la Verdad y Reconciliación*, <<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>>, (14.2.2005).
- GUILLEROT, Julie: “¿Llegaremos algún día a las víctimas?”, en *Palestra. Portal de Asuntos Públicos de la PUCP*, <<http://palestra.pucp.edu.pe/?id=62>>, (1.3.2005).
- “Y después de la CVR ¿Qué? Informe semanal sobre las reacciones al informe final de la CVR y los avances respecto a sus recomendaciones” (boletines n.ºs 1-79), en *Asociación Pro Derechos Humanos. Camino a un Plan de Reparaciones*, <http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/ydespues-a.htm>, (15.4.2005).
- CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL: “Implementación del Plan Integral de Reparaciones recomendado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación a un año de la entrega del Informe final”, en *Asociación Pro Derechos Humanos. Camino a un Plan de Reparaciones*, <<http://www.aprodeh.org.pe/reparaciones/opinion.htm>>, (15.3.2005).
- “Informe narrativo de las actividades realizadas por la Comisión Multisectorial de Alto Nivel encargada del seguimiento de las acciones y políticas del Estado, en los ámbitos de la Paz, la Reparación Colectiva y la Reconciliación Nacional”, marzo-agosto 2004, en *Asociación Pro Derechos Humanos. Camino a un Plan de Reparaciones*, <<http://www.aprodeh.org.pe/reparaciones/opinion.htm>>, (28.4.2005).
- “Noticias y opiniones”, en *Asociación Pro Derechos Humanos. Camino a un Plan de Reparaciones*, <<http://www.aprodeh.org.pe/reparaciones/notis.htm>>, (10.5.2005).
- “Mensaje del Presidente Alejandro Toledo sobre el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación”, en *Presidencia de la República del Perú*, <<http://www.presidencia.gob.pe/elpresidente/discursos.asp>>, (12.5.2005).
- “Normas legales aprobadas entre agosto del 2003 y marzo del 2005 relacionadas con las reparaciones a las víctimas del conflicto armado”, en *Asociación Pro Derechos Humanos. Camino a un Plan de Reparaciones*, <<http://www.aprodeh.org.pe/reparaciones/normas.htm>> (2.5.2005).

VII. Derecho internacional público

- *Lautaro Ríos Álvarez (Chile)*
El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las constituciones modernas
- *Héctor Gros Espiell (Uruguay)*
Las declaraciones de la Unesco en materia de bioética, genética y generaciones futuras. Su importancia y su incidencia en el desarrollo del derecho internacional
- *Valério de Oliveira Mazzuoli (Brasil)*
O Tribunal Penal Internacional e sua integração ao direito brasileiro
- *Marcílio Toscano França Filho (Brasil)*
História e razão do Paradigma Vestefaliano

Lautaro Ríos Álvarez (Chile) *

El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y de las Constituciones modernas

Introducción

Los valores —cuyo estudio es el objeto de la axiología— son tan antiguos como la humanidad. Pudieron tener diversas denominaciones, así como distinta jerarquía en el seno de las numerosas culturas que han aflorado en la historia del ser humano; pero en todas las épocas han estado allí, activos o latentes, aunque —siempre— guiando el curso evolutivo del género humano, particularmente en sus etapas de crisis.

En la antigüedad, los valores aparecen incardinados en las convicciones religiosas. Así en la cultura judía encontramos los valores en la Torá y, particularmente, en los diez mandamientos recibidos por Moisés en el monte Sinaí. En la antigua Grecia el arquetipo fue la *areté*, cuyas diversas manifestaciones fueron cantadas por Homero en sus poemas épicos. En la cultura cristiana ellos se hermanan con las virtudes y su origen arranca de los Evangelios, especialmente, del Sermón de la Montaña. En la cultura china clásica, los valores fueron recogidos por Confucio en sus Analectas, cuya finalidad principal consiste en la armonía social.

El cercano siglo XX, que fue el escenario de dos guerras mundiales, de la larga y expectante guerra fría, del nacimiento y la declinación de los totalitarismos y de acontecimientos destinados a producir cambios espectaculares en las relaciones entre los seres humanos —como los hallazgos de la ciencia y las invenciones tecnológicas y, últimamente, la expansión del neoliberalismo y la globalización—, ha sido el escenario permanente de una encarnizada lucha por la supervivencia de los valores.

Pero esta agonía no ha terminado ni con su muerte ni con su definitiva implantación en el mundo. El siglo XXI se ha iniciado con el recrudecimiento del terrorismo

* Universidad de Valparaíso, Chile. <estudios@entelchile.net>

—paradigma de los antivalores— a escala planetaria. Bajo el pretexto de terminar con él a toda costa y a todo riesgo, una potencia —que se yergue con la hegemonía del poder económico, político y bélico a nivel mundial— se ha arrogado el derecho de invadir y dominar militarmente a otros países, de derribar sus gobiernos y de decidir su destino político, atropellando así valores, principios y normas fundamentales del derecho internacional y erosionado las bases que justifican la existencia y la eficacia de la Organización de las Naciones Unidas.

De allí que sea un hecho, tan sorprendente como real, que los valores siguen estando en crisis desde los inicios de este siglo.

Y es por ello que intentaremos, en este breve ensayo, definir los valores; demostrar la relevancia que ellos han adquirido al servir de fundamento a los pactos internacionales y a las constituciones políticas modernas, la trascendencia que encarna este fenómeno, así como el peligro que representaría su degradación —esto es, la desvalorización de los valores— en la cultura occidental.

I. La reflexión axiológica en los siglos XIX y XX

1. La iniciación de la axiología como *filosofía de los valores* se atribuye a Rudolph H. Lotze, filósofo y fisiólogo alemán, quien enseñó en Leipzig, Gotinga y Berlín.¹

Según los axiólogos, la ontología —o estudio del ser— no agota el mundo de lo existente. La belleza, la justicia, la salud, la santidad, la abnegación no tienen existencia por sí mismas, pero tampoco son meras ficciones. Son *valores* y pertenecen al campo de la axiología (del griego *axios*, ‘justo’ o ‘valioso’) que no estudia *lo que es* sino *lo que vale*.

Esto no quiere decir que los valores no existan. No puede concebirse que entidades tan evidentes como los valores *valgan*, si no empezamos por reconocer su *existencia*. La tienen, pero en el universo propio de los entes abstractos al que pertenecen, como también ocurre con el número, la velocidad o el triángulo.

El *Diccionario de la lengua española* define el *valor*, en su sentido filosófico, como “Cualidad que poseen algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables. Los valores tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores”.²

Las propiedades esenciales de los valores serían las siguientes: a) Requieren siempre de una *realidad* —un ser, una cosa, un acto, una conducta— en la cual encarnarse, es decir, requieren un soporte concreto. b) Poseen un *contenido estimable* que los hace valiosos y, a la vez, los distingue entre ellos. c) Están provistos de

¹ Lotze (1817-1881) formuló una concepción finalista del mundo a la que subordina el mecanismo de las ciencias naturales. Trata la axiología en su *Sistema de filosofía*, escrito entre 1874 y 1879.

² Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, XXII.^a ed., Madrid: Espasa, 2001.

polaridad; es decir, a cada valor (polo positivo) corresponde un antivalor (polo negativo); así, al bien se opone el mal; a la justicia, la injusticia; a la belleza, la fealdad. d) Entre ellos existe una *jerarquía*; no son todos igualmente estimables sino —por el contrario— admiten una gradación de superior a inferior.³ e) Cada uno de ellos acepta grados de *intensidad*, mayor o menor. f) Son *irracionales*, en el sentido de no ser aprehensibles por la sola razón, sino más bien por la intuición, en una experiencia emotiva, personal y concreta de quien los percibe. g) Lo más importante es que poseen una alta *carga afectiva*; vale la pena luchar por ellos incluso con el riesgo o el sacrificio de la vida, como ha sido el testimonio de Sócrates, de Espartaco, de Tomás Moro, de Mahatma Ghandi, de Nelson Mandela o de Martin Luther King, entre tantos otros.⁴

2. Entre los cultores de la axiología surgieron dos corrientes: la de los *subjetivistas*, quienes consideran el valor como un fenómeno psíquico que ocurre dentro del sujeto que lo experimenta, de tal manera que el valor no existe sin un sujeto que lo perciba, y la de los *objetivistas*, que conciben el valor como una realidad objetiva y distinta del sujeto que lo experimenta. Así, aquéllos hablan de la percepción o la experiencia axiológica, y éstos, en cambio, hablan de un horizonte o un cielo axiológico. Entre los primeros militan Meinong, Ehrensfels, Müller-Freinfels, Henke. Entre los segundos, Rickert, Max Scheler, Ortega y Gasset, Unamuno, Recasens Siches y Hartman.

³ La polaridad y la jerarquía son distintivos que rescata el *Diccionario de la lengua española*. La jerarquía aparece en la Constitución española, que consagra los valores superiores de su ordenamiento jurídico (artículo 1.1.)

⁴ Sobre los valores, véase José Ortega y Gasset: “Introducción a una estimativa”, en *Obras completas*, Madrid: Alianza, 1979, t. VI: pp. 315 ss. Luis Recasens Siches: *Introducción al estudio del derecho*, México: Porrúa, 1981, pp. 10 ss. y 275 ss. Pablo Lucas Verdú: *Estimativa y política constitucionales*, Madrid: Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1984. Jorge I. Hübner: *Manual de filosofía del derecho*, Santiago: Jurídica de Chile, 1954. Antonio Hernández Gil: “Sistema de valores en la Constitución”, en *La Constitución de la monarquía parlamentaria*, México: Fondo de Cultura Económica, 1983, y *El cambio político y la Constitución*, Barcelona: Planeta, 1982. Gregorio Peces Barba: *Los valores superiores*, Madrid: Tecnos, 1986. Joaquín Ruiz-Giménez: “Derechos Fundamentales de la Persona (artículo 10)”, en *Comentarios a la C.E. de 1978*, EDERSA, 1997, t. II, pp. 37-89. Francisco Rubio Llorente: “Constitución: valores, principios derechos”, en *Valores de una sociedad plural*, Madrid: Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, 1999, pp. 135-148, y *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Barcelona: Ariel Derecho, 1995. Luciano Parejo: “Constitución y valores del ordenamiento”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, t. I, pp. 29-133. Antonio Pérez Luño: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, 1984. Luis Prieto Sanchís: “Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el T.C.”, en *Revista del Poder Judicial* n.º 11, junio 1984. Ángel Garrorena Morales: *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid: Tecnos, 1984. Francisco Fernández Segado: *El sistema constitucional español*, Madrid: Dykinson, 1992. Jaime Brufau: *Teoría fundamental del derecho*, Madrid: Tecnos, 1990, p. 76. Ángel Llamas C.: *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Madrid: BOE., 1993. José L. Cea Egaña: *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago: Jurídica de Chile, 1998, pp. 40-42.

3. No es ésta la ocasión propicia para referirnos a las numerosas discrepancias surgidas en el terreno de la axiología, como la disputa entre los *absolutistas*, que ven los valores como bienes definitivamente cristalizados y universalmente apetecidos, y los *relativistas*, que los consideran ideales propios de cada cultura y —por ende— variables, según las circunstancias del tiempo y el lugar en que afloran en la sociedad.

Interesa, en cambio, dilucidar en qué esfera de la vida humana se sitúan los valores.

A comienzos del siglo XX, Oswald Spengler estremeció al mundo intelectual con su ópera prima, *La decadencia de Occidente*.⁵ Dejando a un lado sus fantasías nacionalistas —como la superioridad de la raza aria, su estirpe heroica y su vocación mesiánica—, Spengler supo encontrar en la *cultura* a la verdadera protagonista de la historia, a diferencia de los acontecimientos fechados, pueblos y líderes, que habían sido la base material de los historiadores clásicos.

La *cultura* —esto es, “un cierto modo orgánico de pensar y sentir”, en palabras de Ortega, la actitud vital del hombre frente al cosmos, como diría Max Scheler, o el “Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico” (R. Acad)— constituye la aventura impredecible de cada pueblo, de la cual la historia es sólo su relato. Por lo tanto, no existiría una sola historia lineal de la humanidad, sino tantas historias como culturas han logrado florecer en los diversos pueblos. Cada cultura sería un organismo vivo que tiene su nacimiento, su crecimiento, su culminación, su declinación y su muerte.⁶

⁵ El libro se publicó en Alemania en 1918, pero se comenzó a escribir en 1911 y ya estaba concluido cuando estalló la primera guerra mundial. La primera versión en español apareció en 1923 y fue prologada por José Ortega y Gasset, quien lo calificó como “la peripecia intelectual más estruendosa de los últimos años”.

⁶ Dice Spengler: “La ‘humanidad’ no tiene un fin, una idea, un plan; como no tiene fin ni plan la especie de las mariposas o de las orquídeas. ‘Humanidad’ es un concepto zoológico o una palabra vana (idea de Goethe). Que desaparezca este fantasma del círculo de problemas referentes a la forma histórica, y se verán surgir con sorprendente abundancia las *verdaderas* formas. Hay aquí una insondable riqueza, profundidad y movilidad de lo viviente, que hasta ahora ha permanecido oculta bajo una frase vacía, un esquema seco, o unos ‘ideales’ personales. En lugar de la monótona imagen de una historia universal en línea recta, que sólo se mantiene porque cerramos los ojos ante el número abrumador de los hechos, veo yo el fenómeno de múltiples culturas poderosas, que florecen con vigor cósmico en el seno de una tierra madre, a la que cada una de ellas está unida por todo el curso de su existencia. Cada una de estas culturas imprime a su materia, que es el hombre, su forma *propia*; cada una tiene su *propia* idea, sus *propias* pasiones, su *propia* vida, su querer, su sentir, su morir *propios*. Hay aquí colores, luces, movimientos, que ninguna contemplación intelectual ha descubierto aún. Hay culturas, pueblos, idiomas verdades, dioses, paisajes, que son jóvenes y florecientes; otros que son ya viejos y decadentes; como hay robles, tallos, ramas, hojas, flores, que son viejos y otros que son jóvenes. Pero no hay ‘humanidad vieja’. Cada cultura posee sus propias posibilidades de expresión, que germinan maduran, se marchitan y no reviven jamás”. (Oswald Spengler: *La decadencia de Occidente*, Madrid: Espasa-Calpe, 1983, tomo I, p. 48).

Ya Nietzsche había hecho la distinción entre *Kultur* y *Zivilisation*. Esta última no sólo consistiría en el desarrollo material alcanzado por cada pueblo ni sería el producto final de su evolución social —como creían los racionalistas—, sino que también comportaría el inicio de la corrupción y la decrepitud de aquélla.

Y así como los valores encarnan los ideales y sentimientos positivos de cada cultura, la “transvaloración de todos los valores”⁷ —esto es, la inversión de las formas de la cultura, alterando su inteligencia, su manejo y su interpretación— representa “el más íntimo carácter de toda civilización”, que termina destruyéndola.⁸

4. Cabe advertir que, en la época en que Spengler desarrolló sus tesis, el género humano estaba dividido por fronteras geográficas y culturales infranqueables, y su mérito consistió en haber derribado los mitos existentes acerca de la unidad y la continuidad lineal de la historia o de la universalidad y progresión permanente de la cultura, a modo de ejemplos.

No obstante, preciso es reconocer la identidad esencial del ser humano en las diversas épocas y en el prodigioso abanico de todas las culturas. Y si así no fuera, no podríamos tener como referente de éstas a la humanidad. Y si son elementos esenciales de esa identidad su capacidad racional, su voluntad y la sensibilidad que le permite amar y sentir, no podemos negar que el ser humano, sin perjuicio de su propia evolución y de las diferencias típicas de la cultura y el lugar en que le haya tocado vivir, ha podido tener —a todo lo largo de su historia— aspiraciones e ideales semejantes. No es igual la vivencia de la democracia en Atenas, que en Inglaterra, los Estados Unidos o la India; pero la idea-fuerza de la democracia es semejante. No es idéntica la justicia de Salomón a la justicia de Dracón, ni éstas a la del pretor romano, ni todas las anteriores a la justicia española, la francesa, la argentina o la chilena de nuestros días, pero el ideal o la aspiración cultural de justicia es sorprendentemente semejante.

Y si así no fuera, ¿qué sentido tendría hablar de la *igualdad* en los tratados internacionales de derechos humanos?

Ello nos lleva a otro punto que también nos aparta de la concepción spengleriana. Aun concediendo que cada cultura sea un organismo parecido a las especies vegetales que brotan, crecen, se marchitan y mueren, en éstas no existe transmisión genética aprovechable por otras especies. En cambio, los valores culturales no sólo son apetecidos por otras culturas de inferior grado de desarrollo, sino que tienden a ser adoptados y adaptados por éstas a sus propios requerimientos. Roma no sólo se apropió de los dioses de Troya —salvados por Eneas—, sino también de los valores éticos, jurídicos, urbanísticos, artísticos y sociales de Atenas. La cultura británica y sus valores políticos y morales han impregnado culturas tan distintas y distantes como las de la India y Pakistán.

⁷ Expresión acuñada por Nietzsche y reelaborada por Spengler.

⁸ *La Decadencia...*, o. cit., tomo 1, p. 440.

5. Ya en la primera mitad del siglo XX quedó demostrado, con la Sociedad de las Naciones y la Organización de las Naciones Unidas, que existen unos valores y unos requerimientos de las personas y de los pueblos que son comunes a toda la humanidad. La explosión demográfica, el incremento a ritmo exponencial de las relaciones internacionales de todo orden y el fenómeno irreversible de la globalización han terminado de convencernos de que la humanidad no es una abstracción sino un organismo viviente que protagoniza la crónica de cada día y cuyos más graves problemas se proyectan al futuro, y de allí —a modo de ejemplos— los esfuerzos de las naciones cultas por detener la contaminación del medio ambiente y abogar por un desarrollo económico sustentable.

Viene, pues, produciéndose —al menos, desde mediados del pasado siglo— una universalización de la cultura, hermana con la de los derechos humanos, y una expansión perceptible de los valores que emanan de aquélla y que sirven a éstos de fundamento.

Cabe advertir también que, siendo los valores la condensación de los más caros ideales de la cultura de cada pueblo, ellos permean no sólo el derecho o la política, sino cada manifestación de la vida social. Así también las bellas artes, la investigación científica, la medicina, la tecnología, la diplomacia y cuantas expresiones de la cultura y de la vida social seamos capaces de identificar están impregnados de los valores adecuados a su naturaleza, que constituyen su cauce y marcan sus límites de tal manera que, cuando éstos decaen o se transgreden, la respectiva actividad pierde su rumbo y termina corrompiéndose.

En este trabajo nos referiremos a los valores propios de nuestra disciplina, es decir, a los valores jurídicos; sin perder de vista que en nuestra cultura occidental existen otros valores de tan noble estirpe como el amor, la belleza, la abnegación, la sabiduría, la humildad, el heroísmo y tantos otros ideales estimables que escapan del ámbito de lo jurídico no obstante lo enriquecen.

Llamaremos *valores jurídicos* a aquellos que pueden expresarse en fórmulas exigibles a los demás, que son garantizables por el Estado y susceptibles de tutela judicial. Entre éstos puede mencionarse la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, el Estado de derecho, la democracia y el pluralismo político, como valores relevantes de nuestra época.

II. El fundamento axiológico de las relaciones internacionales y del derecho internacional de los derechos humanos

En las relaciones internacionales operan Estados que se vinculan o pactan directamente entre ellos o bien lo hacen a través de organizaciones creadas en virtud de la voluntad común de los Estados mediante un tratado multilateral.

Haremos aquí una sucinta relación de las organizaciones y de los tratados en que, a partir del siglo XX, se advierte una clara actitud de exaltación de los valores.

6. *La Sociedad de Naciones*

Concluida la Primera Guerra Mundial (1918) se celebra, entre las potencias vencedoras, el Tratado de Versalles, el 28.VI.1919. Su más preciado fruto es la Sociedad de Naciones (SDN), que nace al entrar aquél en vigor, el 10 de enero de 1920, y fija su sede en Ginebra.

La misión de la SDN —con el apoyo de los 32 Estados fundadores⁹ más trece Estados miembros invitados— fue establecer un nuevo orden internacional fundado en el valor *justicia*, que tendría como objetivos garantizar la *paz* y la *seguridad* internacionales.

Puede decirse que la SDN dejó dos grandes legados en materia de justicia: la Organización Internacional del Trabajo, generadora de notorios progresos en la condición del mundo laboral, y la Corte Internacional de Justicia con sede en La Haya.

En cambio, resultó impotente para mantener la paz y garantizar la seguridad. Diversos acontecimientos históricos que comenzaron con la invasión de Etiopía por otro Estado miembro, Italia, y culminaron con la Segunda Guerra Mundial pusieron término a sus funciones, las que fueron transferidas a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en sesión solemne del 8-18.IV.1946. La Sociedad desapareció oficialmente el 31.VII.1947.

7. *La Organización de las Naciones Unidas*

Al término de la Segunda Guerra Mundial se reúnen en la ciudad norteamericana de San Francisco los representantes de cincuenta estados —entre ellos, las potencias vencedoras en el conflicto bélico— y suscriben la Carta de las Naciones Unidas (26.VI.1945), que da origen a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y entra en vigencia el 24 de octubre del mismo año.¹⁰

Del Preámbulo de la Carta¹¹ y de su capítulo I, que establece sus “Propósitos y principios”, puede colegirse la proclamación y defensa de los siguientes valores, en el mismo orden en que aparecen en la Carta:

⁹ Estados Unidos, pese a la intervención decisiva del presidente W. Wilson en su gestación, quedó fuera de la SDN por haberse negado el Senado a ratificar el Tratado de Versalles.

¹⁰ Al 10 de enero de 2003 la ONU registraba 188 Estados miembros y 5 Estados no miembros habían suscrito uno o más de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

¹¹ El Preámbulo dice así: “NOSOTROS, LOS PUEBLOS DE LAS NACIONES UNIDAS, RESUELTOS a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles, “a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”.

- la fe en los derechos fundamentales del ser humano;
- la dignidad y el valor de la persona humana;
- la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas;
- la creación de condiciones para el mantenimiento de la justicia y el respeto a las obligaciones internacionales;
- el progreso social y la elevación del nivel de vida dentro del concepto más amplio de la libertad;
- la práctica de la tolerancia;
- la convivencia en paz y buena vecindad;
- el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales;

El artículo 1.3 de la Carta fomenta el valor solidaridad al señalar como propósito de la ONU “Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario”.

El artículo 2 prescribe que la Organización “está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros”¹² y que tanto éstos como aquélla “cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas [...] de conformidad con esta Carta”; obligándose a arreglar sus controversias por medios pacíficos “de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz ni la seguridad internacionales ni la justicia”.

Contiene, además, la siguiente prohibición en armonía con los principios, valores y propósitos que sustenta la Carta: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas” (artículo 2.4).

Las contradicciones estatutarias y la débil o infructuosa reacción de la ONU y de su Consejo de Seguridad frente a conflictos internacionales de su incumbencia dejan débiles esperanzas respecto de su futuro.¹³

¹² O la “igualdad soberana” de los Estados *miembros* consiste en el mismo derecho a participar en condiciones iguales en todos sus órganos y a que el voto de cada uno tenga el mismo valor que el de los demás o se trata de una igualdad retórica y —por ende— falsa. Atenta contra el principio señalado el desigual derecho de los *miembros permanentes* del Consejo de Seguridad y el de los demás miembros no permanentes. Pero principalmente atenta contra este principio de derecho de veto de aquéllos en la decisión de las cuestiones sustantivas del Consejo de Seguridad (artículos 23 y 27).

¹³ La invasión de un Estado miembro, como Iraq, por otro Estado miembro, como Estados Unidos, con pretextos que resultaron falsos, sin la autorización del Consejo de Seguridad, con el derrocamiento de su gobierno, un despliegue abrumador de fuerzas de ataque que destruyó gran parte de su capital, otras ciudades importantes y ocasionó la muerte de muchos civiles, así como la ocupación e intervención política y económica del país agredido, significan —a mi juicio— una grave crisis del sistema de la ONU y desvirtúa sus bases y propósitos.

8. *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos*

Señala la Prof. Cecilia Medina que “El continente americano, al igual que el resto del mundo, reaccionó con mucha fuerza a los efectos devastadores de la Segunda Guerra Mundial”.¹⁴ Ya a comienzos de 1945 —año del término de la guerra— se realizó en la ciudad de México la Conferencia Interamericana sobre “Problemas de la Guerra y de la Paz”. El 30.III.1948 se aprobó la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA.) por la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá (Colombia) y el 2 de mayo del mismo año vio la luz la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que es anterior y sirvió de antecedente a la Declaración Universal aprobada por la ONU en diciembre de ese año.¹⁵

Entre los fundamentos axiológicos de la Declaración Americana merecen ser destacados los siguientes considerandos:

Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad;

Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana; [...]

El Preámbulo de la Declaración Americana fundamenta el cumplimiento de los “deberes del hombre”, potencia la supremacía del espíritu y promueve el desarrollo de la cultura.

Dice así:

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

El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.

Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.

¹⁴ Cecilia Medina: *Derecho internacional de los derechos humanos*, Santiago: Universidad Academia de Humanismo Cristiano, 1990, p. 139.

¹⁵ A modo de ejemplo, el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Americana contiene un texto similar al artículo 1.º de la Declaración Universal.

Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu.

Y puesto que la moral y las buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre.¹⁶

El *sistema interamericano de protección de los derechos humanos* comprende las fuentes del llamado *derecho internacional de los derechos humanos* y, entre ellas, las declaraciones y tratados vigentes en esta materia, así como los órganos y procedimientos destinados a resguardar efectivamente el respeto a tales derechos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica), es el fundamento más sólido y completo del sistema. Ella comprende los deberes de los Estados partes en relación con los derechos, libertades y garantías que la Convención reconoce a las personas. Luego establece los “Medios de la protección”, que consisten en los órganos competentes para conocer de las denuncias o reclamaciones que se presenten ante ellos, y en los procedimientos respectivos. Los órganos son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ante la cual puede comparecer cualquier persona, grupo o entidad no gubernamental legalmente reconocida (artículo 44), y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ante cuya decisión sólo están habilitados para someter un caso la Comisión y los Estados partes (artículo 61.1).

No obstante el profundo contenido humanista de la Declaración Americana y de los pactos referidos, a 56 años de la aprobación de aquélla, los ideales que proclama continúan en el mundo de las buenas intenciones, las que —según el refrán— pavimentan el suelo del infierno.

Para emerger del subdesarrollo —que es el lastre que aplasta la dignidad de una parte considerable de nuestros pueblos— los países iberoamericanos requieren de una voluntad política única e inquebrantable. Necesitan liberarse de la hegemonía del Gran Hermano del Norte y, junto con derribar sus fronteras, poner término a las querellas aldeanas que los vienen separando desde la época de la Independencia. Sólo una Iberoamérica unida —es decir, los Estados Unidos de Iberoamérica— podrá compartir sus recursos y adquirir la tecnología necesaria para evadirse del subdesarrollo y conquistar el peso político del que ahora carece a fin de negociar con otras potencias en condiciones de igualdad, logrando así la calidad de vida necesaria para que sus pueblos puedan vivir con dignidad.¹⁷

¹⁶ Véase Jorge I. Hübner: *Panorama de los derechos humanos*, Santiago: Andrés Bello, 1973, pp. 51 ss. y 173 ss.

¹⁷ Véase nuestro “Globalización, integración y derecho constitucional”, en *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid: Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2001, t. II, pp. 1.261 ss.

9. *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*

Esta Declaración —que es *universal* porque representa el anhelo común “de todos los miembros de la familia humana”— constituye a la vez un grito de alerta ante los ultrajes escarnecedores sufridos por muchos seres humanos a raíz de la Segunda Guerra Mundial —puestos en relieve en los procesos de Núremberg— y una interpe-lación a los Estados miembros de la ONU para promover el respeto a la dignidad y el valor de la persona humana con miras a construir un mundo pacífico en que imperen la igualdad, la justicia y la libertad.

Su Preámbulo dice así:

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias,

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión,

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones,

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más alto de la libertad,

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso,

La Asamblea General

Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como *ideal común* por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Pese a los cincuenta y seis años transcurridos desde la fecha de su aprobación, la Declaración Universal no ha perdido su vigor ni su vigencia. Por el contrario, no sólo ha sido adoptada por todos los nuevos miembros de la ONU, sino que también forma parte, con rango constitucional —junto con la Declaración Americana y otros

instrumentos internacionales— de Cartas Políticas de renovación reciente¹⁸ y sirve de fuente interpretativa de los derechos y libertades en otras Constituciones.¹⁹

Razón tenía el filósofo español José Ortega y Gasset cuando dijo —allá por 1923— que “la preocupación teórica y práctica en torno a los valores es uno de los hechos más hondamente reales del tiempo nuevo”, y añadió: “Se trata de una de las más fértiles conquistas que el siglo XX ha hecho y, a la par, de uno de los rasgos fisiognómicos que mejor definen el perfil de la época actual”.²⁰

10. *La Convención Europea y el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*

La Convención Europea está fechada en Roma el 4 de noviembre de 1950. Comienza con la siguiente fundamentación:

Los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa,

Considerando la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948;

Considerando que esta Declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ella enunciados;

Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales;

Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que ellos invocan;

Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos anunciados en la Declaración Universal;

Han convenido lo siguiente: [...]

A continuación, el Convenio contiene el compromiso de las altas partes contratantes de reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción el catálogo de derechos y libertades que se proclaman seguidamente (título I, artículos 1.º al 18).

El título II instituye la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio”.

¹⁸ Véase el artículo 75 n.º 22, inciso 2.º, de la Constitución argentina, reformada en 1994.

¹⁹ Véase el artículo 10.2 de la Constitución española de 1978.

²⁰ José Ortega y Gasset: o. cit., vol. 6, p. 315.

Las denuncias presentadas ante la Comisión pueden provenir de un Estado contratante, contra otro, por el incumplimiento de las disposiciones del convenio (artículo 24). Puede también interponer demanda ante ella cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las altas partes contratantes, sólo en el caso de que ésta haya declarado reconocer la competencia de la Comisión en esta materia (artículo 25.1). Al igual que en el sistema interamericano, la Comisión no puede conocer de un asunto sino después que se hayan agotado todos los recursos del derecho interno del reclamante (artículo 26).

En el caso del Tribunal Europeo, “sólo las Altas Partes Contratantes y la Comisión tienen facultad para someter un asunto al Tribunal” (artículo 44). Un asunto puede ser sometido al Tribunal sólo después de que la Comisión haya comprobado el fracaso del arreglo amistoso (artículo 47).

Sería tarea larga, fatigosa e innecesaria reseñar aquí todos los instrumentos internacionales que encuentran su fundamento en la Carta de la ONU, en la Declaración Universal, en la Declaración Americana y en la Convención Europea de Derechos Humanos, los cuales conforman lo que se conoce como *Carta Internacional de Derechos Humanos*.

Cabe señalar, sin embargo, que todos estos instrumentos se cimentan en la dignidad de la persona humana,²¹ matriz y medida de todos sus derechos, a la cual el Prof. Pablo Lucas Verdú denomina *supravalor*; es decir, se fundan “en la persona en su dimensión axiológica”,²² para cuya plena realización ésta requiere la vigencia de los demás valores, como la igualdad, la justicia, la libertad y la paz.

11. *La Carta Magna de Europa*

Este proyecto colosal amerita aquí una referencia, no para describirlo, sino sólo para poner en relieve la energía de una voluntad política unificadora y el norte que orienta esta voluntad que, en su base de lanzamiento, sabe poner los valores comparados de la cultura europea.

²¹ Se fundan en la dignidad humana el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1976); la Convención sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas análogas a la Esclavitud (1956); la Declaración sobre la Protección contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1975), y la Convención Internacional sobre la misma materia de 1984, la Declaración de los Derechos del Niño (1959), la Declaración sobre la Eliminación de las Discriminaciones contra la Mujer (1967), la Convención Internacional sobre Represión y Castigo del Crimen de Apartheid (1973), la Carta Social Europea (Turín, 1961) y el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley (1979), entre muchos otros.

²² Pablo Lucas Verdú: o. cit., pp. 122-123.

Alguna vez, recordamos que los países europeos han sufrido, sólo en el siglo pasado, dos cruentas guerras entre ellos; han padecido invasiones, el hambre, el miedo, la tortura y la muerte. Y, sin embargo, superando todos sus rencores recíprocos, derribando la Torre de Babel de sus idiomas, olvidando sus guerras religiosas y sus diferencias de sangre, de origen y de historia, caminan a pasos agigantados en pos del sueño de tantos visionarios como Ortega, como Churchill, como Schuman, como Monet, como De Gaulle, como Adenauer: La Unión Europea.

Sabemos que el Proyecto de Constitución Europea sufrió inesperados tropiezos que la Convención para el Futuro de Europa había sabido sortear con tesón y habilidad hasta mediados de diciembre de 2003, fecha en la cual, en la reunión de Bruselas, el Consejo Europeo le negó su aprobación por razones políticas o —de según el comentario de M. Giscard d'Estaing— más bien por la ausencia de política.²³

No obstante, lo que nos interesa destacar es el hecho de que —recogiendo los ideales que han engrandecido a Europa en su cultura y en su historia— la Carta Magna de Europa fue finalmente aprobada por el Consejo Europeo, y el respectivo Tratado fue firmado por los jefes de Estado y de Gobierno de la UE el 29 de octubre de 2004. Ella señala en su Preámbulo:

[Los reyes y presidentes de los 25 países miembros de la UE citados por orden alfabético] inspirándose en las herencias culturales, religiosas y humanistas de Europa, a partir de las cuales se han desarrollado los valores universales que constituyen los derechos inalienables e inviolables de la persona humana, así como la democracia, la igualdad, la libertad y el Estado de Derecho.

Convencidos de que Europa, finalmente reunida al término de experiencias amargas, pretende avanzar en el camino de la civilización, el progreso y la prosperidad, por el bien de todos sus habitantes e incluidos los más frágiles y desfavorecidos; que quiere seguir siendo un continente abierto a la cultura, el saber y el progreso social; y que desea profundizar el carácter democrático y transparente de su vida pública y obrar por la paz, la justicia y la solidaridad en el mundo.

Persuadidos de que los pueblos de Europa, siendo fieles a su identidad y su historia nacional, están decididos a superar sus antiguas divisiones y, unidos de

²³ Sobre la Unión Europea y su proyecto de Constitución, véase Luis Díez-Picazo: *La constitucionalización de Europa*, Madrid, 1996 y “¿Una Constitución sin declaración de derechos?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 32, 1991; Eduardo García de Enterría: “El Proyecto de Constitución Europea”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 45, 1995; Francisco Carreras: “Análisis del proyecto de Constitución Europea”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 18, Universidad Complutense de Madrid, 1994; I. Granado: “La Constitución Europea como problema jurídico”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 18, Universidad Complutense de Madrid, 1994; Trevor Hartley: *The Foundations of EEC Law*, Oxford: Clarendon, 1998; Federico Mancini: “The Making of a Constitution for Europe”, en *Common Market Law Review* n.º 26, 1989; Paolo Mengozzi: “The Rule of Law e il Diritto Comunitario dei formazioni giurisprudenziale”, en *Revista di Diritto Europeo* n.º 3, 1993; Santiago Muñoz Machado: *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Madrid: Alianza, 1993; A. C. Pereira Menaut, A. Bronfman, Cencela Outeda y C. Håkansson: *La Constitución Europea. Tratados constitutivos y jurisprudencia*, Universidad de Santiago de Compostela, 2000.

una forma cada vez más estrecha. Seguros de que ‘unidos en la diversidad’, Europa les ofrece las mejores posibilidades de proseguir, en el respeto de los derechos de cada uno y con la conciencia de su responsabilidad hacia las generaciones futuras y del planeta, la gran aventura que hace un espacio privilegiado de la esperanza humana. Han convenido lo siguiente.

[...]

2. Valores de la Unión

La Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la no discriminación.

Su artículo 3, referido a los “Objetivos de la Unión”, prescribe:

1. La finalidad de la Unión es promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos.

2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores y un mercado único en que la competencia sea libre y honesta.

3. La Unión obrará en pro del desarrollo sustentable de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendiente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejoría de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

La Unión combatirá la marginación social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la preservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.

4. En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses. Contribuirá a la paz, a la seguridad, al desarrollo sustentable del planeta, a la solidaridad y al respeto mutuo entre los pueblos, al comercio libre y equitativo, a la erradicación de la pobreza y a la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, a la estricta observancia y al desarrollo del derecho internacional y, en particular, al respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

5. Estos objetivos se perseguirán por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias atribuidas a la Unión en la Constitución.²⁴

²⁴ Véase *Proyecto de tratado polo que se institúe unha Constitución para Europa* (adoptado por consenso por la Convención Europea entre el 13-VI al 10-VII-2003), edición comentada, con prólogo de Manuel Fraga Iribarne, Santiago de Compostela: Fundación Galicia Europa 2003 (gentilmente facilitado por el Prof. Alan Bronfman). Véase texto de la Carta Magna de Europa en el diario *La Segunda*, 22, 23 y 24 de junio del 2004.

III. El cimiento valórico de las constituciones modernas

Resulta alentador comprobar cómo, aun desde mucho antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dos Constituciones americanas contenían valores similares, y cómo, con posterioridad a dicha Declaración, el derecho internacional de los derechos humanos y los valores jurídicos en que éste se funda han impregnado profundamente a las Constituciones Políticas posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

Con todo, iniciaremos esta revista con las Cartas Fundamentales europeas, por ser ellas las primeras que instituyeron un nuevo modo de situar a la persona humana como centro de gravedad del universo jurídico, en lugar del Estado, como ocurría anteriormente.

Constituciones europeas

12. *Ley Fundamental (Grundgesetz) de la República Federal de Alemania (1949)*

Esta Carta tiene el mérito de haber sido la primera en modificar la estructura tradicional de las Constituciones dedicando su capítulo I a la parte dogmática (“Derechos fundamentales”) y a los valores encarnados en el pueblo alemán que expresa su Código Político. Tiene, además, el mérito de haber hecho directamente vinculantes para todos los poderes —sin necesidad de reglas de desarrollo— las normas que declaran y garantizan los derechos fundamentales.

Su artículo 1.º dice así:

1. La dignidad del hombre es sagrada y su respeto y protección constituyen un deber de todas las autoridades del Estado.

2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

3. Los derechos fundamentales que se definen a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los Tribunales como derecho directamente aplicable.

En esta misma orientación garantista, el artículo 19.2 prescribe:

En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia.

Y el artículo 19.4., consagrando la tutela judicial de los derechos, señala:

Toda persona cuyos derechos sean violados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial [...].

13. *Constitución de la República de Italia (1947)*

Su artículo 3.º prescribe:

Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.

Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

Esta última disposición ha servido de base para establecer el deber del Estado de promoción de la igualdad y de otros derechos fundamentales.²⁵

El artículo 11 declara:

Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos, y como medio de solución de las controversias internacionales; accede, en condiciones de igualdad con los demás Estados, a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones, y promoverá y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a este fin.

14. *Constitución de la República Francesa (1958)*

Dice su Preámbulo, en lo pertinente a la materia en estudio:

El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de soberanía nacional tal como fueron definidos en la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946.

En virtud de estos principios y del de libre determinación de los pueblos, la República ofrece a los territorios de Ultramar que manifiesten la voluntad de adherirse a ellos unas instituciones nuevas basadas en el ideal común de libertad, igualdad y fraternidad y concebidas con vistas a la evolución democrática de todos ellos.

El Preámbulo de la célebre Declaración de 1789 señala:

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre a fin de que esta declaración, estando constantemente presente en todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del Poder Legislativo y los del Poder Ejecutivo, al poder ser comparados en cada instante con el fin de toda institución política, sean más respetados; a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos fundadas desde ahora sobre principios simples e indudables, se dirijan siempre al mantenimiento de la Constitución y al bienestar de todos.

Luego, el artículo 1.º contiene la clásica declaración:

Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos.

²⁵ Véanse artículos 9.2. de la Constitución española y el artículo 5.º, inciso 2.º, de la de Chile.

15. *Constitución de la República de Turquía (1961)*

Su Preámbulo, en lo que nos atañe, dice:

La Nación Turca que, a lo largo de su historia, ha vivido en la independencia y ha luchado por sus derechos y libertades [...]

Con el fin de fundar un Estado democrático de Derecho con todos los fundamentos jurídicos y sociales capaces de realizar y de garantizar los derechos y libertades del hombre, la solidaridad nacional, la justicia social, la paz y la conveniencia del individuo y de la sociedad;

Ha aprobado esta Constitución [...] y la confía al cuidado vigilante de sus hijos imbuídos de libertad, de justicia y de virtud, con la convicción de que su verdadera garantía está en la conciencia y la voluntad de los ciudadanos.

El artículo 2.º declara:

La República Turca es un estado nacionalista, democrático, laico y social, que se rige por el imperio de la ley, y se basa en los derechos del hombre y en los principios fundamentales que se enuncian en el Preámbulo.

El artículo 14, inciso final, prescribe:

No se podrán infligir castigos incompatibles con la dignidad humana.

16. *Constitución de Grecia (1975)*

Su artículo 2.º dice:

1. El respeto y la protección del valor de la persona humana constituyen obligación primordial del Estado.

2. Grecia persigue, ateniéndose a las reglas universalmente reconocidas del derecho internacional, la consolidación de la paz y de la justicia así como el desarrollo de relaciones amistosas entre los pueblos y los Estados.

17. *Constitución de la República de Portugal (1976)*

Esta Constitución se inicia con un capítulo denominado “Principios fundamentales”. Su artículo 1.º prescribe:

Portugal es una república soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular y empeñada en la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria.

El artículo 13.1 declara:

Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley.

El artículo 16 señala:

Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

18. *Constitución Política de España (1978)*

Esta Constitución tiene el mérito de propugnar ciertos valores superiores que especifica en su articulado; de tal manera, contiene valores positivados, los cuales —sin perjuicio de su rango constitucional— no agotan la virtualidad propia de estos valores como tales, sirviendo las funciones normativas, interpretativas e integradoras inherentes a ellos.

Su Preámbulo declara:

La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:

Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo.

Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.

Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.

Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.

Establecer una sociedad democrática avanzada, y

Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.

El artículo 1.º prescribe:

1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

El artículo 9.2 dice:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

El artículo 10 establece:

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

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

19. *Constitución de Rumania (1991)*

Es admirable constatar cómo países que vivieron bajo la hegemonía de la Unión Soviética y sometidos —en sus principios y en sus fines— a la ideología marxista-leninista, en que tanto la vida pública como la privada estuvieron con-

troladas por el Estado a través de los respectivos partidos comunistas, con posterioridad al término de aquella dominación recuperaron plenamente su identidad original y hoy comparten los mismos principios y valores de la cultura occidental. Examinaremos aquí las Constituciones de Rumania, de la República Checa, de la República de Eslovaquia, de la Federación Rusa y de Polonia, las que denotan esta nueva orientación axiológica.

En su artículo 1.3, ubicado entre los “Principios generales”, la Carta Magna de Rumania prescribe:

Rumania es un Estado de derecho, democrático y social, en el cual la dignidad del ser humano, los derechos y las libertades de los ciudadanos, el libre desarrollo de la personalidad humana, la justicia y el pluralismo político representan valores supremos y se garantizan.

Su artículo 20.1 dispone:

Las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y a las libertades de los ciudadanos se interpretarán y aplicarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Convenios y los demás Tratados de los cuales Rumania es parte.

20. *Constitución de la República Checa (1992)*

El Preámbulo de esta Carta, en lo pertinente, declara:

Nosotros, los ciudadanos de la República Checa en Bohemia, Moravia y Silesia, al tiempo de la renovación de un Estado checo independiente, fiel a todas las apreciables tradiciones de nuestra antigua fisonomía estatal [...] han resuelto construir, proteger y desarrollar la República Checa en el espíritu de los inviolables valores de la dignidad humana y la libertad,

— como el hogar de ciudadanos iguales y libres quienes están conscientes de sus deberes hacia los otros y de su responsabilidad hacia todos,

— como un Estado libre y democrático basado en el respeto por los derechos humanos y los principios de la sociedad civilizada,

— como parte de la familia de la democracia europea y mundial,

— han resuelto proteger y desarrollar conjuntamente la herencia natural y cultural y la riqueza material y espiritual,

— han resuelto someterse totalmente a los principios probados con el tiempo de un Estado de derecho observante de la ley [...]

El artículo 1.º dispone:

La República Checa es un Estado de derecho soberano, unificado y democrático, basado en el respeto a los derechos y libertades del individuo y de los ciudadanos.

El artículo 3.º prescribe:

Parte del orden constitucional de la República Checa es la Carta de Derechos Fundamentales y Libertades.

Por su parte, la Carta referida dispone en su artículo 1.º:

Todas las personas son libres e iguales en su dignidad y en sus derechos. Sus derechos fundamentales y libertades son inherentes, inalienables, no limitables e inderogables.

El artículo 2.1 establece:

Que el Estado está fundado en los valores democráticos y no debe estar comprometido con una ideología exclusiva o con una religión en particular.

21. *Constitución de la República Eslovaca (1992)*

En lo pertinente, en su Preámbulo declara que:

Intentando implementar una forma democrática de gobierno para garantizar una vida de libertad, y promover el cultivo del espíritu y la prosperidad económica [...].

El artículo 1.1 prescribe:

La República Eslovaca es un Estado soberano, democrático y gobernado por la regla de la ley. No está comprometido con ninguna ideología o religión.

El artículo 12.1 declara:

Todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y en derechos. Sus derechos fundamentales y libertades están consagrados, son inalienables, imprescriptibles e irreversibles.

22. *Constitución de la Federación Rusa (1993)*

En su capítulo I, titulado “Bases del régimen constitucional”, el artículo 2.º establece:

El Individuo, sus Derechos y Libertades, son valores excelsos. El reconocimiento, resguardo y defensa de las libertades y derechos humanos y cívicos son obligación del Estado.

El artículo 7.1 declara:

La Federación Rusa es un Estado social, cuya política está dirigida a crear las condiciones que garanticen una vida digna y el libre desarrollo del individuo.

El artículo 17, ubicado en el capítulo titulado “Derechos y libertades del ser humano y del ciudadano”, señala:

1. En la Federación Rusa se reconoce y se garantiza los derechos y las libertades del ser humano y del ciudadano de acuerdo con los principios y las normas del Derecho Internacional y en concordancia con la presente Constitución.

2. Los derechos y las libertades fundamentales del ser humano son inalienables y pertenecen a cada persona desde su nacimiento.

El artículo 21, en el mismo capítulo, determina:

1. La dignidad del individuo está defendida por el Estado. No puede existir ningún fundamento para menospreciarla.

2. Nadie puede ser objeto de torturas, violencia u otro tipo de trato que sea rígido así como de castigos que menoscaben la dignidad humana [...]

El artículo 44.2.2 prescribe:

Toda persona tiene derecho a participar en las actividades culturales y a hacer uso de las instituciones de la cultura, y al acceso a los valores culturales.

23. *Constitución de la República de Suecia*
(Ley de Reforma de 24.XI.1994)

Su artículo 2.º prescribe:

El poder público se ejercerá con el debido respeto al igual valor de todos y a la libertad y dignidad del individuo.

El bienestar personal, económico y cultural del individuo constituye el objeto fundamental de los poderes públicos, a los cuales corresponderá en particular asegurar el derecho al trabajo, a la vivienda y a la educación, así como promover la asistencia y seguridad social y un buen ambiente de vida.

24. *Constitución de la República de Polonia (1997)*

Su Preámbulo, en lo pertinente, declara:

Nosotros, la nación Polaca —todos los ciudadanos de la República—
— tanto aquéllos que creen en Dios,
— fuente de la verdad, de la justicia, de la bondad y de la belleza,
— así como aquéllos que no participan de esta fe
— y que fundan sus valores universales en otras fuentes,
— iguales en derechos y en deberes hacia Polonia que es nuestro bien común,
— reconociendo a nuestros ancestros por su trabajo, por su lucha por la independencia plagada de inmensos sacrificios, teniendo la cultura sus raíces en la herencia cristiana de la nación y en los valores humanos universales,[...]
— conscientes de la necesidad de cooperar con todos los países para el bien de la Familia humana,

— teniendo en la memoria las dolorosas pruebas sufridas en la época en que las libertades y los derechos fundamentales del hombre eran violados en nuestra Patria [...]

— instituímos la Constitución de la República de Polonia en el carácter de derecho fundamental del Estado,

— fundado en el respeto de la libertad y de la justicia, la cooperación entre las autoridades, el diálogo social y el principio de subsidiariedad reforzando los derechos de los ciudadanos y de sus colectividades.

A todos aquellos que, para el bien de la Tercera República, aplicarán las disposiciones de la Constitución,

— hacemos el llamado para que las apliquen en el respeto de la dignidad propia de la naturaleza del hombre, de su derecho a la libertad y su deber de solidaridad con los demás,

— y que el respeto de estos principios sea para ellos el fundamento inquebrantable de la República de Polonia.

El artículo 1.º señala:

La República de Polonia es el bien común de todos los ciudadanos.

El artículo 2.º prescribe:

La República de Polonia es un Estado democrático de derecho que pone en práctica los principios de la justicia social.

El artículo 30, ubicado en el título II: “Las libertades, los derechos y los deberes del hombre y del ciudadano”, establece:

La dignidad inherente e inalienable del hombre constituye la fuente de las libertades y de los derechos del hombre y del ciudadano. Ella es inviolable y su respeto y protección son el deber de los poderes públicos.

Constituciones americanas

Pasaremos revista a aquéllas que invocan o se fundan en valores, siguiendo el orden de su antigüedad.

25. *La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (1787).*

No obstante tratarse de una Constitución originada en el siglo XVIII, la incluimos aquí por encontrarse vigente, tanto en su normativa como en su espíritu; por haberse renovado permanentemente por la vía jurisprudencial, y por ser, tal vez, la primera Constitución de base axiológica, tanto más si se considera su antecedente, la Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776.

La Declaración sostiene:

I. Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que no pueden privar o desposeer a su posteridad por ninguna especie de contrato cuando se incorporan a la sociedad; a saber, el goce de la vida y de la libertad con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad.

Por su parte, el Preámbulo de la Constitución de este gran país declara:

Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, con el propósito de formar una Unión más perfecta, establecer la Justicia, garantizar la Tranquilidad interior, atender a la Defensa común, fomentar el Bienestar general, y asegurar las bendiciones de la Libertad para nosotros y nuestra Posteridad, establecemos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América.²⁶

²⁶ Véase Luis Sánchez Agesta: *Documentos constitucionales y textos políticos*, Madrid: Ed. Nacional, 1982.

26. *Constitución de la Nación Argentina (1853)*

También esta Carta, la más antigua de Iberoamérica, ostenta en su Preámbulo una justificación valórica. Lo más notable es que su reforma de 1994 (*Boletín Oficial* del 23.VIII.94), al otorgar jerarquía constitucional a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a otros instrumentos internacionales basados en aquéllas, al adoptarlos y al declararlos complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, adquiere y enriquece su contenido con toda la fundamentación axiológica que poseen aquellos principios y normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, convirtiéndose así en la Carta Política más avanzada en esta materia.

El antiguo Preámbulo dice así:

Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.

La disposición introducida por la Reforma de 1994 al artículo 75, n.º 22, de la Constitución, reza así:

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 sobre la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

27. *Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico (1952)*

El Preámbulo, en la parte pertinente, declara:

Que consideramos factores determinantes en nuestra vida... el afán por la educación, la fe en la justicia, la devoción por la vida esforzada, laboriosa y pacífica, la fidelidad a los valores del ser humano por encima de posiciones sociales, diferencias raciales e intereses económicos, y la esperanza de un mundo mejor basado en estos principios.

El artículo 2.º contiene la Carta de Derechos y su sección I dice:

La dignidad del ser humano es inviolable. Todos los hombres son iguales ante la ley. No podrá establecerse discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, nacimiento, origen o condición social, ni ideas políticas o religiosas. Tanto las leyes como el sistema de instrucción pública encarnarán estos principios de esencial igualdad humana.

28. *Constitución Política de la República de Venezuela (1961)*

Su Preámbulo, en la parte atinente al tema, dice así:

El Congreso de la República de Venezuela [...] en representación del pueblo venezolano, para quien invoca la protección de Dios Todopoderoso;

con el propósito de mantener la independencia y la integridad territorial de la Nación, fortalecer su unidad, asegurar la libertad, la paz y la estabilidad de las instituciones;

proteger y enaltecer el trabajo, amparar la dignidad humana promover el bienestar general y la seguridad social; lograr la participación equitativa de todos en el disfrute de la riqueza, según los principios de la justicia social y fomentar el desarrollo de la economía al servicio del hombre, mantener la igualdad social y jurídica, sin discriminación derivadas de raza, sexo, credo o condición social; [...]

29. *Constitución Política del Estado de Bolivia (1967)*

Su artículo 6.º dice así:

I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídicas, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidas por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera.

II. La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado.

30. *Constitución Política de la República de Panamá (1972)*

Su Preámbulo dice así:

Con el fin supremo de fortalecer la Nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional, e invocando la protección de Dios, decretamos la Constitución Política de Panamá.

31. *Constitución Política de la República de Ecuador (1979)*

Su Preámbulo declara:

El Pueblo del Ecuador, inspirado en su historia milenaria, en el recuerdo de sus héroes y en el trabajo de hombres y mujeres que, con su sacrificio, forjaron

la patria; fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz que han guiado sus pasos desde los albores de la vida republicana, proclama su voluntad de consolidar la unidad de la nación ecuatoriana en el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y culturas, invoca la protección de Dios, y en ejercicio de su soberana, establece en esta Constitución las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades, organizan el Estado y las instituciones democráticas e impulsan el desarrollo económico y social.

32. *Constitución Política de la República de Chile (1980)*

Esta Constitución contiene, en su capítulo I, las “Bases de la institucionalidad” que permean todos sus demás capítulos y poseen una rigidez reforzada para el caso de intentarse su reforma. En el artículo 1.º proclama la libertad, la igualdad y la dignidad humana y pone al Estado al servicio de la persona; señala como finalidad el bien común dirigido a procurar a cada miembro de la comunidad la mayor realización espiritual y material que sea posible e impone al Estado deberes precisos respecto de la familia y de la comunidad nacional, con especial referencia a las asociaciones intermedias entre la persona y el Estado. Además de los valores asegurados en su artículo 1.º, el artículo 5.º, inciso 2.º, impone como limitación al ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos fundamentales y, como deber de los órganos del Estado, respetar y promover los derechos garantizados en la Carta, así como por los tratados internacionales.

Los textos respectivos rezan así:

Artículo 1.º:

Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Artículo 5.º, inciso 2.º:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Artículo 22, inciso 2.º:

Los chilenos tienen el deber fundamental [...] de contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena.

33. *Constitución de la República de El Salvador (1983)*

Su Preámbulo dice así:

Nosotros, representantes del pueblo salvadoreño reunidos en Asamblea Constituyente, puesta nuestra confianza en Dios, nuestra voluntad en los altos destinos de la Patria y en ejercicio de la potestad soberana que el pueblo de El Salvador nos ha conferido, animados del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de la democracia y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista.

Su artículo 1.º prescribe:

El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

34. *Constitución Política de la República de Guatemala (1985)*

Su título I está dedicado a “La persona humana, fines y deberes del Estado”. Contiene un capítulo único, con dos artículos, que dicen:

Artículo 1.º Protección a la Persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común”.

Artículo 2.º Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

35. *Constitución Política de la República de Nicaragua (1987).*

El artículo 5.º de esta Carta, ubicado en el título I que contiene los “Principios fundamentales”, declara en su inciso primero:

Son principios de la nación nicaragüense: la libertad; la justicia, el respeto a la dignidad de la persona humana; el pluralismo político, social y étnico; el reconocimiento a las distintas formas de propiedad; la libre cooperación internacional; y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos.

El inciso 6.º del mismo artículo prescribe:

Nicaragua se adhiere a los principios que conforman el Derecho Internacional Americano reconocido y ratificado soberanamente.

36. *Constitución de la República Federativa de Brasil (1988)*

Su Preámbulo declara:

Nosotros, representantes del pueblo brasileño, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente para instituir un Estado democrático, destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida, en el orden interno e internacional, con la solución pacífica de las controversias, promulgamos, bajo la protección de Dios, la siguiente Constitución de la República Federal de Brasil.

Su artículo 1.º, ubicado en el título I, que contiene los “Principios fundamentales”, prescribe:

La República Federal de Brasil [...] se constituye como Estado democrático de Derecho y tiene como fundamentos: III. la dignidad de la persona humana; IV. Los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa; V. el pluralismo político.

37. *Constitución Política de Colombia (1991)*

Su Preámbulo expresa:

El Pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución.

Su artículo 1.º, que también trata “De los principios fundamentales”, declara:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

38. *Constitución de la República de Paraguay (1992)*

Su Preámbulo declara:

El pueblo paraguayo por medio de sus legítimos representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente, invocando a Dios, reconociendo la dignidad humana, con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional, SANCIONA Y PROMULGA esta Constitución.

Acogiendo un principio originado en el derecho internacional de los derechos humanos, el de discriminación positiva, destinado a remover las desigualdades existentes, el artículo 46 prescribe:

De la igualdad de las personas. Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien.

Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.

39. *Constitución Política del Perú (1993)*

Su título I trata “De la persona y de la sociedad”.

Su artículo 1.º —situado en el capítulo que contiene los “Derechos fundamentales de la persona”— prescribe:

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

A continuación del artículo 2.º, que establece el catálogo de los derechos fundamentales, el artículo 3.º señala:

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Otras Constituciones

Al desarrollar esta investigación hemos quedado sorprendidos al descubrir que países del continente asiático o de África y del Medio Oriente, que no se nutrieron de los valores de la cultura occidental, hoy en día comparten, sin embargo, nuestros valores y así lo declaran en sus instrumentos constitucionales. Pasaremos breve revista a las Cartas de Japón, Sudáfrica e Israel.

40. *Constitución de Japón (1946)*

Su Preámbulo dice así:

Nosotros, el pueblo japonés, [...] decididos a garantizar para nosotros mismos y nuestra posteridad los frutos de la cooperación pacífica con todas las naciones y los beneficios de la libertad en todo este país, y resueltos a no volver a sufrir nunca más los horrores de la guerra a causa de las acciones del gobierno, proclamamos que el poder soberano reside en el pueblo y promulgamos con toda firmeza la presente Constitución. La tarea de gobernar es un derecho sagrado del pueblo, de quien dimana la autoridad para ejercerla, y son los representantes del pueblo quienes tienen poder para llevarla a cabo, a fin de que sea el pueblo el que disfrute de sus

beneficios. En este principio, que es universal para la humanidad, se basa la presente Constitución [...].

Nosotros, el pueblo japonés, deseamos la paz en todo tiempo y somos profundamente conscientes de los elevados ideales que rigen las relaciones humanas, y estamos decididos a preservar nuestra seguridad y nuestra existencia, confiando en la justicia y en las creencias de los pueblos del mundo amantes de la paz. Deseamos ocupar un lugar honroso en una sociedad internacional que luche por conservar la paz y porque desaparezcan para siempre de la faz de la tierra la tiranía y la esclavitud, la opresión y la intolerancia [...].

Creemos que ninguna nación es responsable sólo ante sí misma, puesto que las normas de moralidad política son universales; y que el acatamiento de tales normas es un deber de todas las naciones que deseen conservar su propia soberanía y justificar sus relaciones soberanas con las demás naciones.

Nosotros, el pueblo japonés empeñamos nuestro honor nacional en el cumplimiento de estos elevados propósitos e ideales por todos los medios a nuestro alcance.

41. *Constitución de la República de Sudáfrica (1996)*

Su Preámbulo establece:

Nosotros, el pueblo de Sudáfrica, reconociendo las injusticias de nuestro pasado; haciendo honor a todos quienes sufrieron por la justicia y la libertad en nuestra tierra; con respeto por todos aquellos que han trabajado para construir y desarrollar nuestro país; y en la creencia que Sudáfrica pertenece a todos quienes viven en ella, unidos en nuestra diversidad [...]

[...] Adoptamos esta Constitución como la suprema ley de la república con el propósito de

Cicatrizar las divisiones del pasado y establecer una sociedad basada en los valores democráticos, la justicia social y los derechos humanos fundamentales;

Asentar las bases para una sociedad democrática y abierta en la cual el gobierno esté basado en la voluntad del pueblo y cada ciudadano sea igualmente protegido por la ley;

Mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos y liberar el potencial de cada persona; y

Construir una Sudáfrica unida y democrática capaz de asumir su lugar adecuado como un estado soberano en la familia de las naciones [...].

Su artículo 1.º dice:

La República de Sudáfrica es un estado único, soberano y democrático fundado en los siguientes valores:

(a) La dignidad humana, el logro de la igualdad y el progreso de los derechos humanos y libertades [...]

El artículo 7.1, contenido en el capítulo de la Carta de Derechos, prescribe:

Esta Carta de Derechos es la piedra angular de la democracia en Sudáfrica. Ella protege los derechos de todas las personas en nuestro país y afirma los valores democráticos de la dignidad humana, la igualdad y la libertad.

42. *Ley Fundamental sobre Dignidad Humana y Libertad, de Israel (1992)*

Esta Ley Constitucional, complementada por la enmienda n.º 5752-1992, en su sección 1, dice así:

Principios Básicos

1. Los Derechos Fundamentales en Israel están basados sobre el reconocimiento del valor del ser humano, la santidad de la vida humana, y el principio que todas las personas son libres; estos derechos deberán sustentarse en el espíritu que anima la DECLARACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DEL ESTADO DE ISRAEL.

1. [...] a. El propósito de esta Ley Fundamental es proteger la dignidad humana y la libertad, en orden a establecer en una ley de este carácter los valores del Estado de Israel como un Estado judío y democrático.

[...]

2. Todas las personas son titulares de la protección de su vida, cuerpo y dignidad.

IV. Trascendencia de los valores en el derecho constitucional y en las relaciones entre los Estados

43. Sabemos ya que los valores impregnan todo el vasto mosaico de la actividad humana y —dentro de él— las relaciones jurídicas.

Cabe preguntarse: ¿qué importancia tienen los valores jurídicos?; ¿qué elementos agregan a los que la técnica legislativa utiliza en la elaboración de las normas?

Al menos, pueden identificarse tres aportes de los valores jurídicos: a) sirven de clara orientación para averiguar el sentido y la finalidad de las normas; b) proporcionan criterios certeros para interpretarlas; c) además, proporcionan los elementos necesarios para integrar las lagunas o vacíos del ordenamiento jurídico.

Pero no es en el campo de la técnica jurídica donde los valores desempeñan su papel más importante.

Como la más alta floración de la cultura, los valores no son cualidades estimables para declararlas o para admirarlas desde la lejanía. Los valores valen cuando se asumen, cuando se incorporan al ser y al obrar de las personas, de los operadores jurídicos y de los órganos de poder estatales e internacionales.

En resumen, o los valores se viven o carecen de toda importancia.

44. A comienzos del siglo XXI, la humanidad asiste a una confrontación entre la observancia de los valores que propugnan los instrumentos internacionales y las Constituciones Políticas, por una parte, y, por la otra, los intereses económicos, las estrategias de producción y de mercado y las acciones brutales de algunos gobiernos que arrasan con los valores cuando así conviene a sus pretensiones políticas o a sus sueños hegemónicos. Esta confrontación no es un asunto menor, pues de su resultado depende la suerte de nuestro planeta y el destino de la humanidad.

45. Últimamente, un grupo importante de personas de todos los países han elaborado la *Carta de la Tierra*, que alerta sobre las contradicciones existentes en el mundo e interpela a las personas, a las organizaciones y a los gobiernos para superarlas, renovando su compromiso con los valores que, a veces, se olvidan o se ignoran.²⁷

46. En el campo de la medicina, la Federación Europea de Medicina Interna, el American College of Physicians, la American Society of Internal Medicine y el American Board de la misma especialidad han elaborado un estatuto para el ejercicio de la medicina, el cual —junto con plantear sus problemas e indicar los principios adecuados para resolverlos— hace ver la necesidad de reafirmar los principios y valores universales de esa profesión.²⁸

47. El Parlamento de las Religiones del Mundo, reunido en asamblea en el Grant Park de Chicago (1993), emitió una declaración estremecedora de la cual transcribimos parte de la Introducción:

El mundo agoniza. Agonía tan penetrante y opresiva que nos sentimos movidos a señalar las formas en que se muestra para poner de manifiesto lo hondo de nuestra zozobra.

²⁷ El *Preámbulo* de la Carta termina diciendo: “necesitamos urgentemente una visión compartida sobre los *valores básicos* que brinden un fundamento ético para la comunidad mundial emergente. Por lo tanto, juntos y con una gran esperanza, afirmamos los siguientes principios interdependientes, para una forma de vida sostenible, como un fundamento común mediante el cual se deberá guiar y valorar la conducta de las personas, organizaciones, empresas, gobiernos e instituciones transnacionales”. Sigue a continuación un listado de principios que abarcan el respeto y cuidado de la comunidad de la vida, la integridad ecológica, la justicia social y económica, la democracia, la no violencia y la paz. La Carta termina así: “Todo individuo, familia, organización y comunidad, tienen un papel vital que cumplir. Las artes, las ciencias, las religiones, las instituciones educativas, los medios de comunicación, las empresas, las organizaciones no gubernamentales y los gobiernos están llamados a ofrecer un liderazgo creativo. La alianza entre gobiernos, sociedad civil y empresas, es esencial para la gobernabilidad efectiva. / Con el objeto de construir una comunidad global sustentable, las naciones del mundo deben renovar su compromiso con las Naciones Unidas, cumplir con sus obligaciones bajo los acuerdos internacionales existentes y apoyar la implementación de los principios de la Carta de la Tierra, por medio de un instrumento internacional legalmente vinculante sobre medio ambiente y desarrollo. / Que el nuestro sea un tiempo que se recuerde por el despertar de una nueva reverencia ante la vida, por la firme resolución de alcanzar la sustentabilidad; por el aceleramiento en la lucha por la justicia y la paz y por la alegre celebración de la vida”. The Earth Charter Initiative, The Earth Council (apdo. 2323 - 1002, San José, Costa Rica. <info@earthcharter.org>).

²⁸ El *Preámbulo* del Estatuto señala en uno de sus párrafos: “Actualmente la profesión médica se ve enfrentada a una explosión tecnológica, a fuerzas del mercado cambiantes, a problemas en el otorgamiento de prestaciones de salud, al bioterrorismo y a la globalización. Resultado de ello es que los médicos encuentran cada vez más difícil satisfacer sus responsabilidades con los pacientes y con la sociedad. En estas circunstancias, reafirmar los principios y valores fundamentales y universales de la profesión médica, que siguen siendo ideales procurados por todos los médicos, resulta ser de la mayor importancia”. *Revista Médica de Chile*, n.º 131, 2003, pp. 457-460.

La paz nos da la espalda. El planeta está siendo destruido. Los vecinos viven en el temor mutuo. Hombres y mujeres se distancian entre sí. Los niños mueren. Todo ello es terrible.

Condenamos el mal uso de los ecosistemas de nuestra tierra.

Condenamos la miseria que estrangula las posibilidades de vida; el hambre, que debilita los cuerpos de los seres humanos; las desigualdades económicas, que a tantas familias amenazan con la ruina.

Condenamos el desorden social de las naciones; el desprecio de la justicia, que empuja a ciudadanos hacia la marginación; la anarquía, que gana posiciones en nuestras comunidades; y la absurda muerte de niños mediante la violencia. Condenamos especialmente la agresión y el odio en nombre de la religión. Esta agonía debe cesar.

Debe cesar, porque ya existe la base de una ética. Tal ética brinda la posibilidad de un mejor orden individual y global que aleje a los hombres de la desesperación y a las naciones del caos [...]

Afirmamos que las enseñanzas de las religiones contienen un patrimonio común de valores radicales que constituyen la base de una ética mundial.

48. Todas estas voces, llamadas a sacudir la conciencia de la humanidad —sumadas a la reacción universal del mundo político, de la élite intelectual y del periodismo analítico ante las invasiones de Afganistán y de Iraq— nos alertan acerca de las graves circunstancias por las que atraviesa la vigencia de los valores en la época actual.

Nada podría ser más funesto para la suerte de la tierra y de la humanidad que la habita que la degradación del fruto más delicado, más elaborado, más difundido y más apetecible de la cultura universal, como son sus valores.

Porque su olvido o su desprecio —esto es, la desvalorización de los valores— haría realidad la teoría de Nietzsche, desarrollada por Spengler, en el sentido de que el momento culminante del desarrollo de una civilización marca el inicio de su corrupción y su decrepitud.

Porque —como dijimos al comienzo— la principal característica de los valores es su alta carga afectiva. La vida adquiere el valor de los valores con que se vive. Y es por eso que, gracias a ellos, vale la pena vivir; y hay veces en que, también por ellos, vale la pena morir.

Héctor Gros Espiell (Uruguay) *

Las declaraciones de la Unesco en materia de bioética, genética y generaciones futuras. Su importancia y su incidencia en el desarrollo del derecho internacional

I.

1. Las declaraciones de la Unesco sobre el genoma humano y los derechos humanos¹ sobre los datos genéticos humanos,² y sobre la responsabilidad de las generaciones actuales para con las generaciones futuras,³ así como la proyectada y en proceso final de adopción sobre la bioética y los derechos humanos,⁴ constituyen un conjunto normativo del más alto interés, no sólo por las materias encaradas en cada una de ellas, sino también por su proyección en el contenido temático —en la materia— del derecho internacional actual y por su incidencia en su formación, su desarrollo y su futuro.

* Profesor Emérito de la Universidad de la República (Uruguay). <ius@netgate.com.uy>

¹ Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, adoptada por unanimidad por la Conferencia General de la Unesco el 11 de noviembre de 1997, ratificada y hecha suya por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por unanimidad, el 7 de diciembre de 1998.

² Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, adoptada por unanimidad por la Conferencia General de la Unesco el 16 de octubre de 2003.

³ Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, adoptada por la Conferencia General de la Unesco el 12 de noviembre de 1997.

⁴ Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos (denominación preferida por el Comité Internacional de Bioética, que deberá ser utilizada si así lo resuelve la Conferencia General, que se reunirá en octubre del 2005). El proyecto de declaración fue adoptado por el CIB en enero de 2005, luego de cinco reuniones de su Comité de Redacción, después de un complejo y transparente proceso de redacción y de consultas en el que intervinieron el Comité Intergubernamental de Bioética (CIGB) y el Comité Interagencias. Ahora el proyecto, ya elevado al director general, será considerado en abril y junio del 2005 por la Reunión de Expertos Gubernamentales y luego adoptado, en octubre, por la Conferencia General.

Se trata de declaraciones aprobadas o por aprobar por la Conferencia General de la Unesco, es decir, del órgano supremo de un organismo especializado de las Naciones Unidas (Carta de las Naciones Unidas, artículo 57), que en un caso, el de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, fue ratificada y hecha suya por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Carta de las Naciones Unidas, artículo 13.1.a.b).

2. En los cuatro casos, y de una manera expresa en dos de ellos —ya que tanto la declaración de 1997 como la que será aprobada en el 2005 se refieren al genoma humano y a la bioética en su relación con los derechos humanos—, pero en los cuatro por el contenido de la materia regulada, se trata de instrumentos internacionales vinculados directamente con la cuestión de los derechos humanos en el marco de las previsiones de la Constitución de la Unesco (preámbulo, párrafo 4, artículo 1.1) y de la Carta de las Naciones Unidas (preámbulo, párrafo 2, y artículo 13.1.b, 55.c, 62.2).

La acción de la Unesco en materia de derechos humanos constituye uno de los aspectos más destacados de su actuación histórica.⁵ Ahora este nuevo enfoque del tema, en relación con una materia en surgimiento y expansión excepcional, como es el caso de la bioética, que es objeto de regulación en los instrumentos antes citados, constituye una actualización ampliada y modernizada de un interés tradicional por el tema de los derechos humanos —en un mundo cada vez más globalizado—, prueba de la capacidad reconocida de la Unesco de comprensión de la cambiante realidad y de las exigencias de la humanidad.⁶

Este nuevo enfoque de la relación de los derechos humanos con los temas bioéticos contribuirá a actualizar y proyectar una renovada visión del concepto y extensión del tema de los derechos humanos.

II.

Corresponde inicialmente decir algo sobre las materias objeto de estas Declaraciones, además de lo señalado precedentemente respecto de la relación de todas ellas con la cuestión de los derechos humanos.

Tres de ellas encaran directamente el tema bioético.

Otra se refiere a la cuestión es la de las responsabilidades de las generaciones actuales para con las futuras.

⁵ Hanna Saba: “L’Unesco et les Droits de l’Homme”, en Karel Vasak: *Les dimensions internationales des droits de l’homme*, París: Unesco, 1978, pp. 479-494; Georges Kutukdjian: “Les droits de l’homme et l’Unesco”, en *Journal International de Bioéthique, Droit et Bioéthique*, vol. 15, n.ºs 2-3, París: junio-setiembre del 2004.

⁶ Laurence Azoux-Bacrée: “Pourquoi organiser en cette année charnière un colloque Bioéthique-Droits de L’Homme”, en Laurence Azoux-Bacrée (dir.): *Bioéthique-Bioéthiques*, Bruselas: Bruylant, 2003.

Sin embargo, las cuatro encuentran una entrañable relación temática. En efecto, la cuestión bioética y la materia genética no pueden ser separadas, como ya indicamos, del tema de los derechos humanos, así como tampoco del asunto de las generaciones actuales y su vida futura y la de las generaciones que existirán mañana, respecto de las cuales las actuales tienen una responsabilidad ineludible en relación con la vida y la habitabilidad de nuestro planeta.⁷

La Declaración sobre la Responsabilidad de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras fue aprobada por la Conferencia General de la Unesco en noviembre de 1997, con un día de diferencia con la fecha de adopción de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, con la que posee una necesaria relación. Se encuentra necesariamente vinculada también con la Declaración sobre los Datos Genéticos Humanos (2003) y con la futura Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos, que además de su relación intrínseca general con el tema de las generaciones futuras se refiere expresamente a éstas (artículo 3.viii del proyecto ya aprobado por el CIB).

Es por todo esto que las cuatro declaraciones pueden ser consideradas y analizadas como un conjunto instrumental único, por sus características, naturaleza y elementos, en relación con el asunto del desarrollo actual del derecho internacional.

III.

¿Qué significa reflexionar sobre la incidencia de estas declaraciones —tres ya existentes y una en proyecto, en proceso de aprobación— sobre *el desarrollo del derecho internacional*.

El concepto de *desarrollo del derecho internacional* es una idea que se encuentra en la Carta de las Naciones Unidas. En efecto, la Asamblea General tiene como competencia “impulsar el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación” (artículo 13.1.a).

Más allá de los interminables debates que ha originado la interpretación de esta disposición,⁸ entiendo que esta idea del *desarrollo progresivo* supone que el derecho internacional público no puede ser concebido como un sistema cristalizado y estático, inmovilizado en un momento dado en el pasado o en el presente, sino que ha de ser pensado, formulado y aplicado con un sentido dinámico, para hacerlo progresar mirando el hoy y el mañana, tanto en cuanto a su contenido como en cuanto a su natura-

⁷ Héctor Gros Espiell: “The Responsibilities of Present Generations Towards Future Generations and Human Rights”, en *Future Generations Journal*, 1998, n.º 26, University of Malto, pp. 32-36

⁸ Maarten Bas: “Aspects phénoménologiques de la codification du droit international”, en *Le Droit International a l’heure de la Codification. Études en l’honneur de Roberto Ago*, tomo I, Milán: Giuffrè, 1987; René Jean Dupuy: “La Codification du Droit International a-t-elle un intérêt a l’aube du troisième millénaire?”, en *Le Droit International*, cit, tomo I.

leza, sus fuentes y su aplicación. Es un derecho que posee hoy un profundo carácter evolutivo, que está en desarrollo, enriqueciéndose constantemente. Es, como se ha dicho con razón, un derecho “inacabado y cambiante”. Es así que debe ser concebida la idea del necesario *desarrollo progresivo del derecho internacional*.

Este desarrollo progresivo ha permitido ya un cambio cualitativo y cuantitativo⁹ en el derecho internacional, que se ha enriquecido y continúa —y continuará— enriqueciéndose con nuevos contenidos y que ha ampliado constantemente sus límites.

La creación de la Comisión de Derecho Internacional por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1947, por la resolución 174 (II),¹⁰ ha tenido una importancia especial en la consideración del desarrollo progresivo del derecho internacional como concepto complementario, modernizador, dinamizador e impulsador de la codificación, en su acepción tradicional, de este derecho. La idea de la codificación del derecho internacional como mera cristalización jurídica de lo existente ha sido superada, complementada y modificada por la dinámica del necesario desarrollo, es decir, de la actualización y modernización de este derecho, para situarlo en el mundo de hoy, abierto al de mañana.¹¹

Pero ni la Asamblea General de las Naciones Unidas ni la Comisión de Derecho Internacional tienen el monopolio de la codificación de este derecho.

A escala regional hay otros procesos de codificación y desarrollo, y del desarrollo progresivo, en especial, en el ámbito interamericano y en el europeo, como es el caso de lo realizado en el marco de la Organización de Estados Americanos y del Consejo de Europa. La importantísima codificación y desarrollo del derecho internacional cumplidos en el sistema interamericano están previstos especialmente en la Carta de la Organización, que da competencia al Comité Jurídico Interamericano para “promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional” (artículo 105 de la Carta de la OEA).

⁹ Manuel Díez de Velasco: *Instituciones de derecho internacional público*, 14.^a ed., Madrid, 2003, pp. 89-94; Mohamed Bedjaoui: “Introduction”, en *Droit International, Bilan et Perspectives*, tomo I, 1991, p. 3.

¹⁰ Sir Francis Vallat: “International Law Commission”, en R. Bernhardt (ed.): *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, 1995, p. 1208; Shabtai Rosene: “The International Law Commission, 1949-1959”, en *British Yearbook International Law*, vol. 36, 1969; H. Briggs: *The International Law Commission*, Cornell University Press, 1965; B. G. Ramchawn: *The International Law Commission*, La Haya: Nijhoff, 1977.

¹¹ A este respecto es ineludible recordar dos excelentes estudios del jurista mexicano Jorge Castañeda que analizan con particular agudeza y modernidad los conceptos de *codificación* y *desarrollo progresivo*: “Naciones Unidas y desarrollo internacional” y “Un nuevo derecho para una nueva época”, en Jorge Castañeda: *Obras completas*, I, México: El Colegio de México, 1995, pp. 511-517. Véase, asimismo, René Jean Dupuy: “La codification du droit international a-t-elle encore un sens?”, en *Mélanges en l' Honneur de Roberto Ago*, Roma, 1987, y Lauterpach: “Codification and Development of International Law”, en *American Journal International Law*, 1955, p. 16.

En cuanto al desarrollo progresivo, puede señalarse que, no siendo la vía convencional la única forma de creación del derecho, puede haber un desarrollo resultado de la elaboración de derecho internacional por fuentes no convencionales, como puede ser el que resulta de ciertas declaraciones emanadas de organismos internacionales. El ejemplo del impacto de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 sobre el desarrollo progresivo del derecho internacional es la mejor demostración de la verdad de esta afirmación. Y no es el único ejemplo. Es posible, por el contrario, citar docenas de casos análogos.

Es así que hoy podemos ya vislumbrar con plena certeza el efecto producido y el que continuarán produciendo las cuatro declaraciones de la Unesco sobre el desarrollo progresivo del derecho internacional.

IV.

1. Corresponde ahora tratar de pensar cuál es el valor jurídico de las declaraciones antes citadas, ya aprobadas, y cuál podría ser el de la futura Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos.

El tema del valor jurídico de las declaraciones o, mejor dicho, de ciertas declaraciones adoptadas por los órganos supremos de los organismos internacionales intergubernamentales, especialmente por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ha sido objeto de un análisis doctrinario y jurisprudencial, pero también político, de enorme trascendencia y de interés creciente, que ha variado y evolucionado con el correr del tiempo.¹² Pero aún hoy el tema sigue provocando controversias y su solución no es clara ni precisa.

Centrado en el análisis de algunas declaraciones de especial importancia, en particular, pero no únicamente, de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,¹³ hoy no se niega internacionalmente, en general, su carácter de fuentes de derecho internacional —si bien no autónomas en sí mismas—, aunque con particularidades específicas y distintas de los tratados, por poseer una difusa y menos precisa obligatoriedad que éstos, lo que ha permitido, por ejemplo, que algunos autores califiquen su carácter como de “normatividad relativa”.¹⁴

¹² Jorge Castañeda: “Valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas”, en *Obras completas*, tomo I, México, 1995, pp. 271-500. En el capítulo “El impacto de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el derecho internacional”, de mi estudio *Derechos humanos, derecho internacional y política internacional* (Estudios de Derechos Humanos, San José-Caracas, 1985, p. 26, nota 35), hago un minucioso recuento de la copiosa bibliografía sobre este punto. A esa larga reseña me remito ahora.

¹³ Juan A. Carrillo Salcedo: “Universal Declaration of Human Rights”, en R. Berhardh (ed.): *Encyclopedia of Public International Law*, 8, 1989, p. 303.

¹⁴ Héctor Gros Espiell: “Los 50 Años de la Declaración Universal. Un texto que merece más que un recuerdo”, en *Temas internacionales.*, Montevideo, 2001, pp. 339-342. Sobre la *normatividad relativa*, véase Ida Ryuichi: “La mutation de la formation des normes internationales (la normativité relative)”, en René Jean Dupuy: *Une oeuvre au service de l'humanité*, Unesco, 1999, p. 89, y Prosper

No nos interesa entrar al tema desde el ángulo del derecho interno, sino exclusivamente desde el derecho internacional.

No puede, así, dejarse de recordar que tanto la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, en 1968, como la de Viena en 1993, declararon unánimemente el carácter obligatorio para todos los Estados de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Este hecho, y este pronunciamiento unánime de la Comunidad Internacional, cuando contaba con mucho más del doble de los Estados que la integraban en 1948, referido específicamente a una declaración adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, no puede desconocerse, ya que, además de referirse expresamente a la de 1948, tiene una posible proyección sobre la fuerza y el carácter de otras declaraciones análogas por la forma y por el contenido.

2. Se tienen en cuenta, para atribuirles tal carácter a ciertas declaraciones, algunos elementos, tales como la peculiaridad de ser una interpretación de la Carta de las Naciones Unidas y del desarrollo de sus principios, su adopción por unanimidad, por consenso o por una aplastante mayoría, así como su aceptación y aplicación posterior por los Estados en la práctica internacional. Se ha llegado a afirmar que ciertas declaraciones adquieren su carácter de fuentes de derecho —aunque no autónomas— en cuanto su adopción y aplicación constituye una forma atípica de configurarse de una costumbre, una aceleración o una cristalización de ésta, que no ha requerido plenamente del factor tiempo y que ha sido calificada como *instantánea* o *salvaje*,¹⁵ o de *soft law*.

Weil: “Vers une normativité relative en Droit International”, en *Revue Générale de Droit International Public*, tomo 78, París, 1982.

¹⁵ René Jean Dupuy: *Droit déclaratoire et droit programmatore: de la Coutume Sauvage a la Soft Law*, SFDJ, Toulouse, 1974; René Jean Dupuy: *Les Coutume Sauvage*, Mélanges Charles Rousseau, París, 1974. Es interesante a este respecto recordar las expresiones de René Cassin en 1948, y lo que éste dijo en su curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1951 (*Recueil des Cours*, tomo 79, II); también lo que yo mismo destaqué al respecto sobre la posición del Uruguay en 1948 (Héctor Gros Espiell: *Uruguay y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Montevideo: Cátedra Unesco de Derechos Humanos, Universidad de la República, Unesco y PNUD, 2002, pp. 17-19) y lo expresado por Hernán Santa Cruz en sus memorias (*Cooperar o perecer, 1941-1960*, tomo 1, Buenos Aires, 1984, pp. 177-209. En cuanto a la bibliografía en general sobre este tema, además de la ya citada, cabe consignar; R. Cassin: *La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme*, RdC, Academie de Droit International, vol. 79 (1951, II), pp. 237-367; N. Robinson: *The Universal Declaration of Human Rights* (2.ª ed., 1958); E. Schwelb: *Human Rights and the International Community, The Roots and Growth of the Universal Declaration of Human Rights, 1948-1963* (1964); A. Verdoodt: *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme* (1964); J. P. Humphrey: *The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character*, en B. G. Ramcharan (ed.): *Human Rights: 30 Years After the Universal Declaration* (1979), pp. 21-37. Habría que agregar hoy las interesantes reflexiones de Benedetto Conforte (*Cours Général de Droit International Public*, A. de D. I, Recueil de Cours, tomo 212, 1988, V, pp. 80-82).

3. En el caso de las declaraciones que analizamos, la relativa al Genoma Humano y a los Derechos Humanos, adoptada por unanimidad por la Conferencia General de la Unesco y ratificada y hecha suya también por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas, aceptada sin discrepancias por la comunidad internacional y por los Estados que la integran —y que es el primer instrumento universal sobre bioética—,¹⁶ puede decirse que posee este carácter de fuente de derecho internacional, aunque su fuerza obligatoria e imperativa es relativa y diferente de la de los tratados. El tema puede ser, y es todavía, discutible.

De todos modos, lo cierto es que, al igual que con respecto a lo que pasó con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es muy distinto lo que se estima actualmente de lo que se pensaba en 1948, cómo se encaraba la cuestión en 1948 y en 1997 —durante el proceso de sus elaboraciones— respecto de lo que se piensa hoy, en el 2005. Los criterios y opiniones expuestos durante la redacción de un texto internacional multilateral tienen un valor muy relativo, son elementos subsidiarios o *complementarios* y ceden ante los imperativos de la interpretación evolutiva¹⁷ la letra del instrumento y los otros elementos de interpretación, de empleo necesario y prioritario, de acuerdo con las pautas que impone la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (artículos 31 y 32).

4. Las otras dos declaraciones ya aprobadas por la Conferencia General de la Unesco no han sido ratificadas y hechas suyas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, pero poseen su propio valor en cuanto han sido adoptadas por unanimidad por la Conferencia General de la Unesco y aceptadas y aplicadas sin controversia por todos los Estados de la comunidad internacional.

5. No podemos predecir lo que pasará con la Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos una vez que sea adoptada por la Conferencia General de la Unesco, en octubre o noviembre del 2005, ya que es imposible saber hoy si se presentará posteriormente, como la de 1997, a consideración de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

V.

1. Los temas encarados en estas tres declaraciones ya en vigencia y en la declaración en proceso de adopción tienen una importancia muy grande en la expansión y el desarrollo cualitativo del derecho internacional.

¹⁶ Koichiro Matsuura: “La ética de la ciencia y de la tecnología”, en *Imaginando el mañana, repensando el reto global*, Nueva York, 2000, incluido en K. Matsuura: *La Unesco y la idea de humanidad*, Unesco, 2004, p. 242.

¹⁷ Héctor Gros Espiell: “Cambios e interpretación evolutiva”, en *Circunstancias*, Montevideo: Banda Oriental, 2005.

No sólo porque integran y expanden la temática propia de los derechos humanos —materia que, al pasar, desde 1945-1948, a integrar el derecho internacional, ha sido la parte más dinámica y renovadora de éste y asunto que ha incidido directa o indirectamente en todo el derecho de gentes—, sino además porque ha traído como consecuencia que los temas bioéticos y genéticos, tanto de las generaciones actuales como futuras, hayan pasado a ser materia de ineludible y necesario tratamiento y regulación por el derecho internacional, sin perjuicio de su consideración por el derecho interno.

2. Pero antes de enumerar los asuntos de fondo que estos cuatro instrumentos internacionales han contribuido a incluir en el derecho internacional, provocando así su expansión y ampliación temática, es preciso destacar un aspecto formal de relevancia.

En efecto, en términos generales, con algunos pocos precedentes en cierta forma parciales,¹⁸ las declaraciones adoptadas por organismos internacionales intergubernamentales no incluían un procedimiento relativo al control de su aplicación, sino que esta tarea se asignaba a un órgano específico.

La previsión de este tipo de control ocurría en algunos tratados, como es el caso de los referentes a los derechos humanos, tanto en el plano universal como regional. Pero no pasaba lo mismo, con algunas excepciones, en las declaraciones. El ejemplo más importante de esta inexistencia de control de su aplicación por medio de una previsión normativa incluida en el propio texto es el de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que nada dice al respecto, ya que la vigilancia de su aplicación resulta de otros textos.

Pero en los instrumentos que examinamos, relativos a la materia de bioética —ya que la cuestión no fue encarada en la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras—, aparece un enfoque novedoso del tema, claro, preciso y concreto, que parece estar llamado a tener un interesante, creciente y generalizado futuro.

En efecto, ya la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, en su artículo 24, asigna al Comité Internacional de Bioética un control sobre la aplicación de la declaración por los Estados miembros de la Unesco, el que puede hacer recomendaciones a la Conferencia General, así como emitir opiniones respecto de esa aplicación.¹⁹

¹⁸ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1514 (XV) y Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados del 12 de diciembre de 1974 (artículo 34), que aseguran “una dinámica interna” y “un cierto control de su aplicación” (E. Jiménez de Aréchaga: *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, 1980, p. 44, y H. Gros Espiell: “El nuevo orden económico internacional”, en *Derecho económico internacional*, México: Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 96).

¹⁹ Héctor Gros Espiell: “Mechanism for Motoring the Future Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights”, en *Birth of the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights*, París: Unesco, 1999, pp. 79-104.

La Declaración sobre los Datos Genéticos Humanos profundiza en esa misma línea, incluyendo expresamente entre los órganos de control no sólo al Comité Internacional de Bioética, sino también al Comité Intergubernamental de Bioética (artículo 25).

Y el anteproyecto de Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos —ya adoptado por el Comité Internacional de Bioética, pero aún en proceso de aprobación— sigue la misma línea en su artículo 27, pero agrega lo relativo a la obligación de los Estados de enviar cada cinco años al director general informes sobre las medidas que han tomado para “dar efecto” —es decir, aplicar— esta declaración (artículo 27.b).

3. Veamos ahora algunos de los temas bioéticos y genéticos que han entrado ya en el derecho internacional, como inicio de un proceso en pleno desarrollo y expansión, que llevará a cubrir nuevos espacios y adoptar nuevas formas jurídicas, posiblemente de tipo convencional.

A este respecto hay que señalar que, si bien estos temas, con carácter universal, se fundan hasta hoy en el derecho internacional, en las declaraciones y en el proyecto de Declaración de la Unesco antes citados, hay ya ejemplos de tratamiento convencional, aunque de tipo regional, como es el caso, de enorme importancia, de la Convención de Oviedo abierta a la firma, firmada el 4 de abril de 1997, ya en vigencia, denominada Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano ante las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina, adoptada y aplicada en el marco del Consejo de Europa.

La Declaración de Derechos Humanos de la Unión Europea y la futura Constitución de Europa, en la parte relativa al necesario respeto de la “dignidad”, contienen normas relativas al “derecho a la integridad de la persona” en relación con las aplicaciones “de la medicina y la biología” (Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, parte II, Carta de los Derechos Humanos, artículo II.63, “Derecho a la integración de la persona”, 2.a, b, c, d).

4. La temática desarrollada en estas cuatro declaraciones de la Conferencia General de la Unesco tiene una gran importancia y una incidencia innegable en el proceso de aplicación temática, de expansión, del contenido material de este derecho.

Enumeremos algunos ejemplos de esta incidencia.

a. Los derechos humanos hace ya décadas que han ingresado en la materia del derecho internacional. Pero ahora estas declaraciones —al incidir sobre el concepto y el contenido mismo de los derechos humanos, insertando todo lo relativo a la bioética y al genoma, así como a la relación de los derechos humanos en el futuro de la humanidad al encarar el tema de las generaciones actuales y de su responsabilidad ante las generaciones futuras— han desarrollado la idea de los derechos humanos y ampliado, en consecuencia, el espacio que, a su respecto, es cubierto por el derecho internacional. De tal modo, además, se refuerza la idea del carácter universal, general e interdependiente de todos los derechos humanos.

b. La afirmación de que el genoma humano es el soporte de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana constituye una nueva base para fundar la igualdad y la no discriminación y un elemento determinante en la lucha contra el racismo.

c. El concepto de que, en sentido simbólico, el genoma humano es patrimonio de la humanidad constituye un aporte esencial a la expansión y al desarrollo de la idea de patrimonio de la humanidad, que pasa ahora a incluir necesariamente bienes inmateriales, intangibles, de tipo cultural, junto con otros de carácter biológico, además de los tradicionales que trajeron este concepto de patrimonio de la humanidad al derecho internacional y lo incluyeron en él.²⁰

d. La Declaración sobre los Datos Genéticos aporta elementos de significación sobre los conceptos de dignidad, autonomía, consentimiento, intimidad y las garantías de los derechos humanos que se proyectan en la esfera de la incidencia de los derechos humanos en el derecho internacional y del contenido material, la efectividad y la eficacia deseable de éste.

En cuanto al hecho que resulta de la regulación normativa universal, todavía hoy parcial y no convencional, de los temas bioéticos por el derecho internacional, ello constituye un paso en el proceso de aproximación y confluencia del derecho y de la bioética y un adelanto en el proceso del bioderecho.²¹

Esta expresión, ya empleada, pero aún no aceptada unánimemente, que yo considero adecuada y promuevo, no debe ser conceptualizada como dirigida a desplazar, debilitar o anular la bioética por un enfoque jurídico, sino simplemente como la comprobación del hecho de que temas integrantes de la bioética han comenzado a ser objeto de una regulación jurídica, tanto en el ámbito del derecho interno como del derecho internacional.

f. En el derecho internacional universal esta incidencia jurídica se limita hasta hoy a la que resulta de sus declaraciones, pero no es aventurado pensar que en el futuro llegará a ser objeto de tratados internacionales, con lo que se logrará, probablemente, una deseable regulación convencional con aspiraciones de universalidad, como la que ya existe en el ámbito regional europeo, en el Consejo de Europa, como conse-

²⁰ Héctor Gros Espiell: "El patrimonio común de la humanidad y el genoma humano", en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, 1996; Héctor Gros Espiell: "The Common Heritage of Mankind and the Human Genoma", en K. Wellis (ed.): *International Law. Theory and Practice*, 1998, Essays in Honour of Erik Suy, pp. 519-531; Law and the Human Genoma Review, n.º 3, julio-diciembre 1995; Juan Manuel Faramiñán: "Los bienes intangibles de la especie humana (el genoma humano como patrimonio común de la humanidad)", en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, Bruselas: Bruylant, 1994, vol. I, pp. 311-337; Mohamed Bedjaoui: "Le génome humain comme patrimoine commun de l'humanité ou la génétique de la peur à l'espérance", *Federico Mayor Amicorum Liber*, Bruselas: Bruylant, vol. II, pp. 905-917.

²¹ Véanse los trabajos incluidos en el número del *Journal International de Bioéthique* dedicado al tema "Droit et bioéthique", París, 2004.

cuencia de la Convención de Oviedo y probablemente mañana en la Unión Europea, cuando entre en vigencia la Constitución Europea con su Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

g. La expresión *generaciones futuras* deriva directamente de la Carta de las Naciones Unidas, ya que, como dice el Preámbulo de la Carta, “los Pueblos de las Naciones Unidas”, “resueltos [...] a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles”, afirman un conjunto de “finalidades” y para esto establecen “una organización internacional que se denominará las Naciones Unidas”, cuyo artículo 1 determina sus “Propósitos” y su artículo 2 proclama sus “Principios”.

De tal modo, fue pensando en el hoy el mañana —configurado éste por las generaciones venideras o futuras— que se crearon las Naciones Unidas.

Cincuenta y seis años después, teniendo en cuenta esto y el desarrollo del derecho internacional, la Declaración de la Unesco del 12 de noviembre de 1997 aplicó tales ideas y concretó las responsabilidades de las generaciones actuales para con las generaciones futuras en relación con un conjunto de temas y asuntos.

Estos temas y asuntos son: las necesidades e intereses de las generaciones futuras; la libertad de elección; el mantenimiento y la perpetuación de la humanidad; la preservación de la vida en la Tierra; la protección del medio ambiente; el genoma humano y la diversidad biológica; la diversidad cultural y el patrimonio cultural; el patrimonio común de la humanidad; la paz; el desarrollo, la educación; y la no discriminación.

h. De este modo se confirma la entrada de todos estos temas o asuntos en el derecho internacional, se desarrolla y amplía la temática jurídica internacional y se conceptúa esta obra como una proyección y actualización, siempre respetuosa de su naturaleza, de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas

VI.

Ya hemos expresado en el capítulo precedente algunos de los principales aportes temáticos que resultan de estas cuatro declaraciones, a la expansión del contenido actual del derecho internacional y, en consecuencia, al desarrollo de este derecho.

Ahora corresponde destacar la contribución de estos instrumentos al avance del proceso para lograr el control y la efectividad de la aplicación del derecho internacional no convencional, por la vía del establecimiento de procedimientos de vigilancia y el control de la aplicación de las disposiciones de este derecho, en el campo de la bioética y de la genética.

Es un tema que corresponde destacar aquí como uno de los casos, sobre un aspecto formal, de la incidencia de lo que ha hecho la Unesco en materia de bioética, como contribución al desarrollo de derecho internacional.

Es asimismo de señalar la significación de la reafirmación, en las declaraciones que examinamos, de la libertad de investigación científica, con plena conciencia de

sus límites éticos, cuestión fundamental en cuanto a las relaciones de la ciencia y la tecnología con la ética, a las que el derecho no puede ser ajeno.

Y por último, no se puede dejar de llamar la atención sobre el desarrollo y la actualización de los conceptos de solidaridad y cooperación, ya recogidos por el derecho internacional contemporáneo, pero que encuentra ahora un renovado fundamento y una actualización en su aplicación al campo de la vida humana en sus aspectos biológicos y genéticos.

7.

Las declaraciones que hemos analizado tienen hoy una clara incidencia sobre el desarrollo y la actualización del derecho internacional. Todo hace pensar que esta incidencia se acentuará en el futuro.

La proyección de estos instrumentos ha permitido ya un desarrollo de conceptos formales relativos a la aplicación del derecho internacional de fuente no convencional y a la visualización de su posible configuración futura, a escala universal, de textos de tipo convencional.

Pero además, ha incidido en la expansión del contenido temático del derecho internacional, ampliando el concepto de la materia relativa a los derechos humanos, incluyendo en el derecho de gentes los temas bioéticos y genéticos haciendo entrar más profundamente en el ámbito jurídico las cuestiones relativas a la ciencia y a la tecnología en su relación con la ética, la libertad de investigación, la cooperación y la solidaridad.

Valério de Oliveira Mazzuoli (Brasil) *

O Tribunal Penal Internacional e sua integração ao Direito Brasileiro

1. Introdução

O estudo do Tribunal Penal Internacional (TPI) está intimamente ligado à própria história da humanidade e às inúmeras violações de direitos humanos ocorridas no período sombrio do Holocausto, que foi o grande marco de desrespeito e ruptura para com a dignidade da pessoa humana, em virtude das barbáries e das atrocidades cometidas a milhares de pessoas (principalmente contra os judeus) durante a Segunda Guerra Mundial.

Portanto, qualquer análise que se queira empreender em relação ao TPI deve ser precedida de uma investigação (ainda que breve) sobre as origens históricas da moderna sistemática de proteção dos direitos humanos, nascida dos horrores da chamada “Era Hitler”.

Este período histórico, que ensangüentou a Europa entre 1939 a 1945, ficou marcado na consciência coletiva mundial pelo fato de apresentar o ser humano como algo descartável e totalmente destituído de dignidade e direitos. A chamada “Era Hitler”, portanto, condicionava a titularidade de direitos à condição de pertencer o indivíduo a determinada raça, qual seja: a “raça pura” ariana. Atíngia-se, com isto, de forma *erga omnes*, todas aquelas pessoas destituídas da referida condição, passando as mesmas a se tornar (de fato e de direito) indesejáveis, não encontrando outra saída senão a própria morte nos campos de concentração.¹

* Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP, Brasil). Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade de Huánuco (Peru). Professor de Direito Internacional Público e Direitos Humanos nas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, em Presidente Prudente (São Paulo, Brasil). Professor de Direito Constitucional Internacional nos cursos de Especialização da Universidade Estadual de Londrina (Paraná, Brasil). Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI), da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD) e coordenador jurídico da Revista de Derecho Internacional y del Mercosur (Buenos Aires).

¹ Nas palavras do Prof. Celso Lafer: “Um dos meios de que se valeu o totalitarismo para obter esta descartabilidade dos seres humanos foi o de gerar refugiados e apátridas. Estes, ao se verem

O legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos consistiu na preocupação que gerou no mundo pós-Segunda Guerra acerca da falta que fazia uma arquitetura internacional de proteção de direitos, com vistas a impedir que atrocidades daquela monta viessem a ocorrer novamente no planeta. Daí por que o período pós-guerra significou o resgate da cidadania mundial, ou a reconstrução dos direitos humanos, baseada no princípio do “direito a ter direitos”, para se falar como Hannah Arendt.²

A partir desse momento, que representou o início da humanização do Direito Internacional, é que são elaborados os grandes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que deram causa ao nascimento da moderna arquitetura internacional de proteção desses mesmos direitos. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da Segunda Guerra, bem como à crença de que parte dessas violações poderiam ser evitadas se um efetivo sistema de proteção internacional desses direitos existisse.

Como resposta às atrocidades cometidas pelos nazistas no Holocausto, cria-se, por meio do Acordo de Londres (1945/46), o famoso Tribunal de Nuremberg, que significou um poderoso impulso ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Este Tribunal surgiu como uma grande reação à violência do Holocausto, para processar e julgar os maiores acusados de colaboração para com o regime nazista.

O art. 6º do Acordo de Londres (Nuremberg) tipificou os crimes de competência do Tribunal, a saber:

a) *crimes contra a paz* — planejar, preparar, incitar ou contribuir para a guerra, ou participar de um plano comum ou conspiração para a guerra.

b) *crimes de guerra* — violação ao direito costumeiro de guerra, tais como, assassinato, tratamento cruel, deportação de populações civis que estejam ou não em territórios ocupados para trabalho escravo ou para qualquer outro propósito, assassinato cruel de prisioneiro de guerra ou de pessoas em alto-mar, assassinato de reféns,

destituídos, com a perda da cidadania, dos benefícios do princípio da legalidade, não se puderam valer dos direitos humanos. Assim, por falta de um vínculo com uma ordem jurídica nacional, acabaram não encontrando lugar — qualquer lugar — num mundo como o do século XX, totalmente organizado e ocupado politicamente. Consequentemente, tornaram-se *de facto* e *de jure* desnecessários porque indesejáveis ‘erga omnes’, e acabariam encontrando o seu destino e lugar nos campos de concentração” (Trecho da mensagem do Min. das Relações Exteriores, Celso Lafer, por ocasião da abertura da exposição “Visto para a vida: diplomatas que salvaram judeus”, no Centro Cultural Maria Antônia da USP. São Paulo, maio de 2001).

² A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a esse respeito, assim estabelece em seu Art. 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Para Hannah Arendt, a participação dos indivíduos em uma comunidade igualitária construída é a condição *sine qua non* para que se possa aspirar ao gozo dos direitos humanos fundamentais (cf. Arendt, Hannah. *The origins of totalitarianism*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1973, pp. 299-302).

saques a propriedades públicas ou privadas, destruição de cidades ou vilas, ou devastação injustificada por ordem militar.

c) *crimes contra a humanidade* — assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou outro ato desumano contra a população civil antes ou durante a guerra, ou perseguições baseadas em critérios raciais, políticos e religiosos, independentemente de estarem em violação ou não do direito doméstico do país em que foi perpetrado.

No seu art. 7º, o Estatuto do Tribunal de Nuremberg deixou assente que a posição oficial dos acusados, como os Chefes de Estado ou funcionários responsáveis em departamentos governamentais, não os livraria e nem os mitigaria de responsabilidade. O art. 8º do mesmo Estatuto, por seu turno, procurou deixar claro que o fato de “um acusado ter agido por ordem de seu governo ou de um superior” não o livraria de responsabilidade, o que reforça a concepção de que os indivíduos também são passíveis de responsabilização no âmbito internacional.³

Destaca-se também, como decorrência dos atentados hediondos praticados contra a dignidade do ser humano durante a Segunda Guerra, a criação do Tribunal Militar Internacional de Tóquio, instituído para julgar os crimes de guerra e crimes contra a humanidade, perpetrados pelas antigas autoridades políticas e militares do Japão imperial. Já mais recentemente, por deliberação do Conselho de Segurança das Nações Unidas, com a participação e voto favorável do Brasil, também foram criados outros dois tribunais internacionais de caráter temporário: um instituído para julgar as atrocidades praticadas no território da antiga Iugoslávia⁴ desde 1991, e outro para julgar as inúmeras violações de direitos de idêntica gravidade perpetrados em Ruanda.⁵

Não obstante o entendimento da consciência coletiva mundial de que aqueles que perpetraram atos bárbaros e monstruosos contra a dignidade humana devam ser punidos internacionalmente, os tribunais *ad hoc* acima mencionados não passaram imunes a críticas, dentre elas a de que tais tribunais (que têm caráter temporário e não-permanente) foram criados por resoluções do Conselho de Segurança da ONU (sob o amparo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas), e não por tratados internacionais multilaterais, como foi o caso do Tribunal Penal Internacional, o que prejudica (pelo menos em parte) o

³ Cf. por tudo, *The Charter and Judgment of the Nuremberg Tribunal* [U.N.], doc. A/CN.4/5, de 03.03.1949, pp. 87-88. Vide, também, Ramella, Pablo A., *Crimes contra a humanidade*, Trad. Fernando Pinto, Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 06-08.

⁴ O texto do “Estatuto da Iugoslávia” pode ser encontrado no documento das Nações Unidas (NU) S/25704, de 03.05.93, par. 32 e ss.

⁵ Resolução do Conselho de Segurança da ONU nº 955 (1994), NU-Doc. S/Res/955 (1994), de 8 de novembro de 1994. As regras de procedimento e prova foram adotadas em 29.06.95 (ITR/3/Rev. 1), tendo sido uma segunda revisão realizada em meados de 1996. Sobre o assunto, vide ainda Mello, Celso D. de Albuquerque, *Curso de direito internacional público*, 2º vol., 13ª ed. rev. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 917-918; e Comparato, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 3ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 446-447.

estabelecimento concreto de uma Justiça Penal Internacional. Estabelecer tribunais *ad hoc* por meio de resoluções significa torná-los órgãos subsidiários do Conselho de Segurança da ONU, para cuja aprovação não se requer mais do que nove votos de seus quinze membros, incluídos os cinco permanentes (art. 27, § 3º, da Carta das Nações Unidas). Este era, aliás, um argumento importante, no caso da antiga Iugoslávia, a favor do modelo do Conselho de Segurança, na medida em que o modelo de *tratado* seria muito moroso ou incerto, podendo levar anos para sua conclusão.⁶

Ainda que existam dúvidas acerca do alcance da Carta das Nações Unidas em relação à legitimação do Conselho de Segurança da ONU para a criação de instâncias judiciárias internacionais, as atrocidades e os horrores cometidos são de tal ordem e de tal dimensão que parece justificável chegar-se a esse tipo de exercício, ainda mais quando se têm como certas algumas contribuições desses tribunais para a teoria da responsabilidade penal internacional dos indivíduos, a exemplo do não-reconhecimento das imunidades de jurisdição para crimes definidos pelo Direito Internacional e do não-reconhecimento de ordens superiores como excludente de responsabilidade internacional. Entretanto, a grande mácula da Carta da ONU, neste ponto, ainda é a de que jamais o Conselho de Segurança poderá criar tribunais com competência para julgar e punir eventuais crimes cometidos por nacionais dos seus Estados-membros com assento permanente.

Daí o motivo pelo qual avultava de importância a criação e o estabelecimento efetivo de uma corte penal internacional permanente, universal e imparcial, instituída para processar e julgar os acusados de cometer os crimes mais graves que ultrajam a consciência da humanidade e que constituem infrações ao próprio Direito Internacional Público, a exemplo do genocídio, dos crimes contra a humanidade, dos crimes de guerra e do crime de agressão.⁷

O Direito Internacional Público positivo, na letra dos arts. 53 e 64 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, de 1969, adotou uma regra importantíssima, a do *jus cogens*, que talvez possa ter servido de base (antes de sua positivação em norma convencional) para o julgamento do Tribunal de Nuremberg, segundo a qual há certos tipos de crimes tão abruptos e hediondos que existem independentemente de estarem regulados por norma jurídica positiva.⁸

⁶ Cf., a respeito, Ambos, Kai, “Hacia el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional permanente y un código penal internacional: observaciones desde el punto de vista del derecho penal internacional”, in *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 7, nº 13, ago./1997, nota nº 14.

⁷ Cf. Cachapuz de Medeiros, Antônio Paulo. “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira”, in *O que é o Tribunal Penal Internacional*, Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000, p. 12.

⁸ Sobre as normas de *jus cogens* na Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, vide Mazzuoli, Valério de Oliveira, *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*, 2ª ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, pp. 162-183.

A instituição de tribunais internacionais é conseqüência da tendência jurisdicionalizante do Direito Internacional contemporâneo. Neste momento em que se presencia a fase da jurisdicionalização do *direito das gentes*, a sociedade internacional fomenta a criação de tribunais internacionais de variada natureza, para resolver questões das mais diversas, apresentadas no contexto das relações internacionais. A partir daqui é que pode ser compreendido o anseio generalizado pela criação de uma Justiça Penal Internacional que dignifique e fortaleça a proteção internacional dos direitos humanos em plano global.

A sociedade internacional, contudo, tem pretendido consagrar a responsabilidade penal internacional desde o final da Primeira Guerra Mundial, quando o Tratado de Versalhes clamou, sem sucesso, pelo julgamento do ex-Kaiser Guilherme II por ofensa à moralidade internacional e à autoridade dos tratados, bem como quando o Tratado de Sèvres, jamais ratificado, pretendeu responsabilizar o Governo Otomano pelo massacre dos armênios. Não obstante algumas críticas formuladas em relação às razões de tais pretensões, no sentido de que as mesmas não seriam imparciais ou universais, posto que fundadas no princípio segundo o qual somente o vencido pode ser julgado, bem como de que estaria sendo desrespeitado o princípio da não-seletividade na condução de julgamentos internacionais, o fato concreto é que tais critérios foram, sim, utilizados, de maneira preliminar, pelo Acordo de Londres e pelo *Control Council Law n° 10* (instrumento da Cúpula dos Aliados), ao estabelecerem o Tribunal de Nuremberg, bem como pelo Tribunal Militar Internacional de Tóquio, instituído para julgar as violências cometidas pelas autoridades políticas e militares japonesas, já no período do pós-Segunda Guerra.⁹

Todas essas tensões internacionais, advindas desde a Primeira Guerra Mundial, tornavam, portanto, ainda mais premente a criação de uma Justiça Penal Internacional de caráter permanente, notadamente após a celebração da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948; das quatro Convenções de Genebra sobre o Direito Humanitário, de 1949, e de seus dois Protocolos Adicionais, de 1977; da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa Humanidade, de 1968; e dos Princípios de Cooperação Internacional para Identificação, Detenção, Extradicação e Castigo dos Culpáveis de Crimes de Guerra ou de Crimes de Lesa Humanidade, de 1973.

A criação de um tribunal penal internacional instituído para julgar as violações de direitos humanos presentes no planeta foi também reafirmada pelo parágrafo 92 da Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, nestes termos: “A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos recomenda que a Comissão de Direitos Humanos

⁹ Cf. Jardim, Tarciso Dal Maso. “O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos”, in *O que é o Tribunal Penal Internacional*, Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000, pp. 16-17.

examine a possibilidade de melhorar a aplicação de instrumentos de direitos humanos existentes em níveis internacional e regional e encoraja a Comissão de Direito Internacional a continuar seus trabalhos visando ao estabelecimento de um tribunal penal internacional”.

Como resposta a este antigo anseio da sociedade internacional, no sentido de estabelecer uma corte criminal internacional de caráter permanente, nasce o Tribunal Penal Internacional, pelo Estatuto de Roma de 1998, que é a primeira instituição permanente de justiça penal internacional e tem, entre outras vantagens, a de evitar que somente os vencidos ou os menos poderosos sejam julgados e condenados, garantindo-se, assim, uma maior imparcialidade ao julgamento.¹⁰

2. O “Estatuto de Roma” e a criação do Tribunal Penal Internacional

Aprovado em julho de 1998, em Roma, na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional teve por finalidade constituir um tribunal internacional com jurisdição criminal permanente, dotado de personalidade jurídica própria, com sede em Haia, na Holanda.¹¹ Foi aprovado por 120 Estados, contra apenas 7 votos contrários — China, Estados Unidos, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Quatar — e 21 abstenções.¹² Não obstante a sua posição original, os Estados Unidos e Israel, levando em conta a má repercussão internacional ocasionada pelos votos em contrário, acabaram assinando o Estatuto em 31 de dezembro de 2000.¹³ Todavia, a ratificação do Estatuto por essas mesmas potências tornou-se praticamente fora de cogitação após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 em Nova York e Washington, bem como após as operações de guerra subsequentes no Afeganistão e Palestina, em flagrante violação à normativa internacional. Assim foi que em 6 de maio de 2002 e em 28 de agosto do mesmo ano, Estados Unidos e Israel, respectivamente, notificaram o Secretário-Geral das Nações Unidas de que não tinham a intenção de se tornarem partes no respectivo tratado.¹⁴

O Estatuto do TPI entrou em vigor internacional em 1º de julho de 2002, correspondente ao primeiro dia do mês seguinte ao termo do período de 60 dias após a data

¹⁰ Cf. Mello, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, 2º vol., cit., p. 913.

¹¹ Para um estudo dos fundamentos jurídicos do TPI, vide Ambos, Kai, “Les fondements juridiques de la Cour pénale internationale”, in *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, nº 10, 1999, pp. 739 e ss.

¹² Cf., a propósito, Lee, Roy S. (ed.), *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute: issues, negotiations, results*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, 639p.

¹³ Países como os Estados Unidos, de postura absolutamente contrária à criação do Tribunal, tiveram, contudo, a oportunidade de oferecer suas propostas para o alcance material do crime de genocídio ao grupo de trabalho sobre os elementos do crime. Vide, sobre o assunto, Hall, Christopher Keith, “Las Primeras cinco sesiones de la Comisión Preparatoria de NNUU sobre la CPI”, in *American Journal of International Law*, vol. 94 nº 4, 2000, pp. 733-788.

¹⁴ Cf. Comparato, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 448.

do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, nos termos do seu art. 126, § 1º.

O corpo diplomático brasileiro, que já participava mesmo antes da Conferência de Roma de 1998 de uma Comissão Preparatória para o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, teve destacada atuação em todo o processo de criação deste Tribunal. E isto foi devido, em grande parte, em virtude do mandamento do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição brasileira de 1988, que assim preceitua: “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

Em 7 de fevereiro de 2000 o governo brasileiro assinou o tratado internacional referente ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional,¹⁵ tendo sido o mesmo posteriormente aprovado pelo Parlamento brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 06.06.2002, e promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25.09.2002.¹⁶ O depósito da carta de ratificação brasileira foi feito em 20.06.2002, momento a partir do qual o Brasil já se tornou parte no respectivo tratado. A partir desse momento, por força da norma do art. 5.º, § 2.º da Constituição brasileira de 1988 (*verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”), o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional integrou-se ao direito brasileiro com *status* de norma constitucional, não podendo nenhum dos direitos e garantias nele constantes ser abolido por meio algum no Brasil, nem sequer por emenda constitucional.¹⁷

O Tribunal Penal Internacional, que tem competência subsidiária em relação às jurisdições nacionais, é composto por um total de 128 artigos com um preâmbulo e treze partes (capítulos), quais sejam: I — criação do Tribunal; II — competência, admissibilidade e direito aplicável; III — princípios gerais de direito penal; IV — composição e administração do Tribunal; V — inquérito e procedimento criminal; VI

¹⁵ A assinatura do Brasil ao Estatuto de Roma do TPI foi precedida de belo *Parecer* da lavra do Prof. Dr. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, digníssimo Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil.

¹⁶ A versão integral brasileira do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (bem como a quase totalidade dos outros instrumentos internacionais citados no decorrer deste estudo) pode ser encontrada em Mazzuoli, Valério de Oliveira, *Coletânea de Direito Internacional*, 2º ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 691-745.

¹⁷ Sobre essa interpretação, relativa à incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, *vide* Mazzuoli, Valério de Oliveira, *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, pp. 233-252. Na literatura estrangeira, *vide* Egaña, José Luis Cea, “Mérito constitucional del tratado que establece la Corte Penal Internacional”, in *Revista Ius et Praxis*, ano 5, nº 2, 1999, pp. 353-361.

— o julgamento; VII — as penas; VIII — recurso e revisão; IX — cooperação internacional e auxílio judiciário; X — execução da pena; XI — Assembléia dos Estados-partes; XII — financiamento; e XIII — cláusulas finais.

O *preâmbulo* do Estatuto proclama a determinação dos Estados em criar um Tribunal Penal Internacional, com caráter permanente e independente, complementar das jurisdições penais nacionais,¹⁸ que exerça competência sobre os indivíduos, no que respeita àqueles crimes de extrema gravidade que afetam a comunidade internacional como um todo. O “regime de consentimento” proposto pela França e a proposta de jurisdição universal e direta do Tribunal, defendida bravamente pela Alemanha, não encontraram respaldo durante os trabalhos da Conferência Diplomática em Roma, tendo sido a partir da proposta intermediária da Coreia do Sul que se conseguiu chegar à elaboração do sistema de jurisdição restrita e complementar do Tribunal.¹⁹

Os crimes referidos pelo *preâmbulo* do Estatuto de Roma são imprescritíveis e podem ser catalogados em quatro categorias: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. O Tribunal somente tem competência relativamente aos crimes cometidos após a sua instituição, ou seja, depois de 1º de julho de 2002, data em que o seu Estatuto entrou em vigor internacional (art. 11, § 1º). Ainda assim, nos termos do art. 11, § 2º do Estatuto de Roma, caso um Estado se torne parte do Estatuto depois da sua entrada em vigor, o Tribunal somente poderá exercer sua competência para o processo e julgamento dos crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto nesse Estado, a menos que este tenha feito uma declaração específica em sentido contrário, nos termos do § 3º do art. 12 do mesmo Estatuto, segundo o qual: “Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do parágrafo 2º, pode o referido Estado, mediante declaração depositada junto do Secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceito a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção, de acordo com o disposto no Capítulo IX”.

A jurisdição do Tribunal não é estrangeira, mas internacional, podendo afetar todo e qualquer Estado-parte da Organização das Nações Unidas. Ela também não se confunde com a chamada *jurisdição universal*, que consiste na possibilidade de a

¹⁸ Consagrou-se aqui o princípio da complementaridade, segundo o qual o TPI não pode interferir indevidamente nos sistemas judiciais nacionais, que continuam tendo a responsabilidade primária de investigar e processar os crimes cometidos pelos seus nacionais, salvo nos casos em que os Estados se mostrem incapazes ou não demonstrem efetiva vontade de punir os seus criminosos. Isto não ocorre, frise-se, com os tribunais internacionais *ad hoc*, que são concorrentes e têm primazia sobre os tribunais nacionais.

¹⁹ Cf. Choukr, Fauzi Hassan & Ambos, Kai (orgs.). *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 07-08 (*prefácio dos organizadores*); e Comparato, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., pp. 449-450.

jurisdição interna de determinado Estado poder julgar crimes de guerra ou crimes contra a humanidade cometidos em territórios alheios, a exemplo dos casos de extra-territorialidade admitidos pelo art. 7º, e seus incisos, do Código Penal brasileiro.

Segundo o Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional é uma pessoa jurídica de Direito Internacional com capacidade necessária para o desempenho de suas funções e de seus objetivos. O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções, nos termos do seu Estatuto, no território de qualquer Estado-parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado (art. 4º, §§ 1º e 2º). Sua jurisdição, obviamente, incidirá apenas em casos raros, quando as medidas internas dos países se mostrarem insuficientes ou omissas no que respeita ao processo e julgamento dos acusados, bem como quando desrespeitarem as legislações penal e processual internas.

O Tribunal será inicialmente composto por 18 juízes, numero que poderá ser aumentado por proposta de sua Presidência, que fundamentará as razões pelas quais considera necessária e apropriada tal medida. A proposta será seguidamente apreciada em sessão da Assembléia dos Estados-partes e deverá ser considerada adotada se for aprovada na sessão por maioria de dois terços dos membros da Assembléia dos Estados-partes, entrando em vigor na data fixada pela mesma Assembléia (cf. art. 36, §§ 1º e 2º).

Os juízes serão eleitos dentre pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, que reúnam os requisitos para o exercício das mais altas funções judiciais nos seus respectivos países. No caso brasileiro, portanto, a candidatura para uma vaga de juiz no TPI exige que a pessoa reúna as condições necessárias para o exercício do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, inclusive a relativa à idade mínima de 35 e máxima de 65 anos, além do notável saber jurídico e da reputação ilibada (CF, art. 101).²⁰

Os referidos juízes serão eleitos por um mandato máximo de nove anos e não poderão ser reeleitos. Na primeira eleição, um terço dos juízes eleitos será selecionado por sorteio para exercer um mandato de três anos; outro terço será selecionado, também por sorteio, para exercer um mandato de seis anos; e os restantes exercerão um mandato de nove anos. Um juiz selecionado para exercer um mandato de três anos poderá, contudo, ser reeleito para um mandato completo (art. 36, § 9º, alínea c).

O Tribunal é composto pelos seguintes órgãos, nos termos do art. 34 do Estatuto: *a*) a Presidência (responsável pela administração da Corte); *b*) uma Seção de Recursos, uma Seção de Julgamento em Primeira Instância e uma Seção de Instrução; *c*) o Gabinete do Promotor (chamado pelo Estatuto de “Procurador”, constituindo-se em órgão autônomo do Tribunal); e *d*) a Secretaria (competente para assuntos não judiciais da administração do Tribunal).

²⁰ O Brasil foi um dos países que conseguiu eleger representante para o cargo de juiz do TPI, tendo sido eleita a Dra. Sylvania Helena de Figueiredo Steiner, Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, para o mandato de nove anos.

No que tange à composição do Tribunal, merece destaque a figura do Promotor. Este será eleito por escrutínio secreto e por maioria absoluta de votos dos membros da Assembléia dos Estados-partes, para um mandato de nove anos, sendo vedada a reeleição. O Gabinete do Promotor atuará de forma independente, enquanto órgão autônomo do Tribunal, cabendo-lhe recolher comunicações e quaisquer outros tipos de informações, devidamente fundamentadas, sobre crimes da competência do Tribunal, a fim de as examinar e investigar e de exercer a ação penal junto ao Tribunal (art. 42, § 1º). Da mesma forma que os juízes, o Promotor cumprirá suas funções com plena liberdade de consciência e imparcialidade.

Os Estados-partes deverão, em conformidade com o disposto no Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste. O Tribunal estará habilitado a dirigir pedidos de cooperação aos Estados-partes. Estes pedidos serão transmitidos pela via diplomática ou por qualquer outra via apropriada escolhida pelo Estado-parte no momento da ratificação, aceitação, aprovação ou adesão ao Estatuto (arts. 86 e 87, § 1º).

É interessante notar que, nos termos do art. 88 do Estatuto, os Estados-partes deverão assegurar-se de que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas no Capítulo IX do Estatuto (relativo à cooperação internacional e auxílio judiciário).

Outro ponto importante a ser destacado diz respeito às questões relativas à admissibilidade de um caso perante o Tribunal. Nos termos do art. 17 do Estatuto, o Tribunal poderá decidir sobre a não-admissibilidade de um caso se: *a*) o caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento, ou não tenha capacidade para o fazer; *b*) o caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer; *c*) a pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no § 3º do art. 20 (que trata do caso de *bis in idem*); ou *d*) o caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

Nos termos do § 2º do mesmo art. 17, a fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo Direito Internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias: *a*) o processo ter sido instaurado ou estar pendente, ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no art. 5º; *b*) ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça; ou *c*) o processo não ter sido ou

não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça.

Além do mais, a fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não está em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários, ou não está, por outros motivos, em condições de concluir o processo (art. 17, § 3º).

O Estatuto atribui ao Conselho de Segurança da ONU a faculdade de solicitar ao Tribunal, por meio de resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, que não seja iniciado ou que seja suspenso o inquérito ou procedimento crime que tiver sido iniciado.

Nos termos do art. 16 do Estatuto, nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas. O pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições, ficando o Tribunal impedido de iniciar o inquérito ou de dar andamento ao procedimento já iniciado.

As despesas do Tribunal e da Assembléia dos Estados-partes, incluindo a sua Mesa e os seus órgãos subsidiários, inscritas no orçamento aprovado pela Assembléia, serão financiadas: *a*) pelas quotas dos Estados-partes; e *b*) pelos fundos provenientes da Organização das Nações Unidas, sujeitos à aprovação da Assembléia Geral, nomeadamente no que diz respeito às despesas relativas a questões remetidas para o Tribunal pelo Conselho de Segurança (art. 115).

O Estatuto veda expressamente a possibilidade de sua ratificação ou adesão com reservas, nos termos do seu art. 120. Isto evita os eventuais conflitos de interpretação existentes sobre quais reservas são e quais não são admitidas pelo Direito Internacional, retirando dos países cépticos a possibilidade de escusa para o cumprimento de suas obrigações.²¹ Caso fossem admitidas reservas ao Estatuto, países menos desejosos de cumprir os seus termos poderiam pretender excluir (por meio de reserva) a entrega de seus nacionais ao Tribunal, alegando que tal ato violaria a proibição constitucional de extradição de nacionais,²² não obstante o Estatuto ter distinguido a

²¹ Cf., nesse sentido, Choukr, Fauzi Hassan & Ambos, Kai (orgs.), *Tribunal penal internacional*, cit., p. 10 (*prefácio dos organizadores*).

²² Veja-se algumas das dificuldades envolvendo a aplicação dos tratados multilaterais que definem os crimes internacionais, no que tange à questão da impossibilidade de extradição, em Soares, Guido Fernando Silva, "O terrorismo internacional e a Corte Internacional de Justiça", in Brant, Leonardo Nemer Caldeira, *Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil — perspectivas político-jurídicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 224-225.

“entrega” da “extradição” no seu art. 102, alíneas *a* e *b*. O impedimento da ratificação com reservas, portanto, é uma ferramenta eficaz para a perfeita atividade e funcionamento do Tribunal.

Nos termos do art. 121 e parágrafos do Estatuto, depois de sete anos de sua entrada em vigor, qualquer Estado-parte poderá propor-lhe alterações, submetendo o texto das propostas de alterações ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que convocará uma Conferência de Revisão, a fim de examinar as eventuais alterações no texto. A adoção de uma alteração numa reunião da Assembléia dos Estados-partes ou numa Conferência de Revisão exigirá a maioria de dois terços dos Estados-partes, quando não for possível chegar a um consenso. O Tribunal, contudo, não exercerá a sua competência relativamente a um crime abrangido pela alteração sempre que este tiver sido cometido por nacionais de um Estado-parte que não tenha aceitado a alteração, ou cometido no território desse Estado-parte.

3. Competência material do Tribunal Penal Internacional

O Tribunal Penal Internacional, como já se noticiou, é competente para julgar, com caráter permanente e independente, os crimes mais graves que afetam todo o conjunto da sociedade internacional dos Estados e que ultrajam a consciência da humanidade.²³ Tais crimes, que não prescrevem, são os seguintes: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.²⁴ A competência do Tribunal em relação aos referidos crimes, deve-se frisar mais uma vez, só vigora em relação àquelas violações praticadas *depois* da entrada em vigor do Estatuto. Caso um Estado se torne parte no Estatuto depois de sua entrada em vigor, o Tribunal Penal Internacional só poderá exercer a sua competência em relação aos crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto nesse Estado.

²³ Para um estudo da persecução penal de tais crimes na América Latina e Espanha, *vide* Ambos, Kai & Malarino, Ezequiel (Editores), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Uruguay: Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional/Konrad Adenauer Stiftung, 2003, 746p.

²⁴ *Vide*, sobre o assunto, Boot, Machteld, *Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes: nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court*. Antwerp: Intersentia, 2002; Reed, Brody, “International crimes, peace and human rights: the role of the International Criminal Court/The Rome Statute of the International Criminal Court: a challenge to impunity”, in *The American Journal of National Law*, vol. 96 no. 1 (January 2002), pp. 268-273; e Shelton, Dinah, *International crimes, peace and human rights: the role of the International Criminal Court*, Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2000.

3.1. *Crime de genocídio*

O crime de genocídio foi, sem sombra de dúvida, uma das principais preocupações do período pós-Segunda Guerra, que levou à adoção, pela Resolução 260-A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, da Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, em 9 de dezembro de 1948.²⁵ Nos termos do art. 2º desta Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tais como: *a)* assassinato de membros do grupo; *b)* dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo; *c)* submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial; *d)* medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e *e)* transferência forçada de menores do grupo para outro grupo.

Segundo o art. 3º da mesma Convenção, serão punidos os seguintes atos: *a)* o genocídio; *b)* o conluio para cometer o genocídio; *c)* a incitação direta e pública a cometer o genocídio; *d)* a tentativa de genocídio; e *e)* a cumplicidade no genocídio.

Nos termos de seu art. 5º, as partes contratantes da Convenção assumem o compromisso de tomar, de acordo com as respectivas Constituições, as medidas legislativas necessárias a assegurar a aplicação de suas disposições e, sobretudo, a *estabelecer sanções penais eficazes* aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no seu art. 3º.

O seu art. 6º, é interessante observar, já propugnava pela criação de uma corte internacional criminal, nestes termos: “As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no art. 3º serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido *ou pela corte penal internacional competente* com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição” [grifo nosso].

De lá para cá, afirmou-se, cada vez mais, no seio da sociedade internacional, o caráter de *norma costumeira* do crime de genocídio, posição também consolidada na Corte Internacional de Justiça, na Opinião Consultiva emitida em 28 de maio de 1951, sobre as “Reservas à Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio”, onde tal ilícito foi reconhecido como sendo um “crime do direito internacional”.²⁶

²⁵ Tal Convenção foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 2, de 11 de abril de 1951, e promulgada pelo Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952. Esta Convenção integra o direito interno brasileiro com *status* de norma constitucional, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, que recepciona os direitos humanos provenientes de tratados com hierarquia igual a das normas constitucionais e com aplicação imediata. Sobre o assunto, *vide* Mazzuoli, Valério de Oliveira, *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais...*, cit., pp. 233-252. No Brasil, a Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, define e pune o crime de genocídio.

²⁶ Cf. Jardim, Tarciso Dal Maso. “O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos”, cit., p. 22.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, acompanhando esta evolução do direito internacional dos direitos humanos e do direito humanitário, definiu o crime de genocídio no seu art. 6º. Para os efeitos do Estatuto de Roma, entende-se por “genocídio” qualquer um dos atos a seguir enumerados, praticados com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal, a saber: *a*) homicídio de membros do grupo; *b*) ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; *c*) sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; *d*) imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e *e*) transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

A consagração do crime de genocídio, pelo Estatuto de Roma, é bom que se frise, se deu a exatos 50 anos da proclamação, pelas Nações Unidas, da Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Trata-se, portanto, de um dos maiores e mais importantes presentes já entregues à humanidade pelo cinquentenário da Convenção de 1948.

3.2. *Crimes contra a humanidade*

Os crimes contra a humanidade têm sua origem histórica no massacre provocado pelos turcos contra os armênios, na Primeira Guerra Mundial, qualificado pela Declaração do Império Otomano (feita pelos governos russo, francês e britânico, em maio de 1915, em Petrogrado) como um crime da Turquia contra a humanidade e a civilização.

Nos termos do art. 7º, § 1.º, do Estatuto de Roma, entende-se por “crime contra a humanidade” (*crime against humanity*), qualquer um dos atos seguintes, quando cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque, a saber: *a*) homicídio; *b*) extermínio; *c*) escravidão; *d*) deportação ou transferência forçada de uma população; *e*) prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; *f*) tortura; *g*) agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; *h*) perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste mesmo parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; *i*) desaparecimento forçado de pessoas; *j*) crime de *apartheid*; e ainda *k*) outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental das pessoas.²⁷

²⁷ Sobre o assunto, *vide* Guzman, Margaret McAuliffe de, “The Road from Rome: the developing law of crimes against humanity”, in *Human Rights Quarterly*, nº 22(2), 2000, pp. 335 e ss.

O § 3º do art. 7º, deixa claro que, para os efeitos do Estatuto, se entende que o termo “gênero” abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

3.3. *Crimes de guerra*

Os crimes de guerra, também conhecidos como “crimes contra as leis e costumes aplicáveis em conflitos armados”, são fruto de uma longa evolução do direito internacional humanitário, desde o século passado, tendo sido impulsionado pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, ganhando foros de juridicidade com as quatro Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, e com as bases teóricas do direito costumeiro de guerra.²⁸

Dos crimes de guerra cuida o art. 8º do Estatuto de Roma. Segundo o § 1º, desse dispositivo, o Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.

Nos termos do longo § 2º do mesmo artigo, são exemplos de crimes de guerra, entre outros, as violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, a exemplo de qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente, a saber: *a)* homicídio doloso; *b)* tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas; *c)* o ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde; *d)* destruição ou apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária; *e)* o ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga; *f)* privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial; *g)* deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade; e *h)* tomada de reféns.

O Estatuto de Roma também traz várias novidades no campo dos crimes de guerra, como por exemplo, quando inclui, no rol dos crimes dessa espécie, os conflitos armados não internacionais, que são a maioria dos conflitos existentes na atualidade, a exemplo daqueles ocorridos na Ex-Iugoslávia e em Ruanda, que representaram uma séria ameaça à segurança e à paz internacionais.²⁹ Isto não se confunde, entre-

²⁸ Vide, sobre o assunto, Dörmann, Knut, *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: sources and commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, 498p.

²⁹ Cf. Schabas, William A. A. *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 40-48; e JARDIM, Tarciso Dal Maso, “O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos”, cit., p. 26.

tanto, com as situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros atos de caráter semelhante (art. 8º, § 2º, alíneas *d* e *f*).

Enfim, este rol exemplificativo dos crimes de guerra previstos pelo Estatuto de Roma já basta para justificar a criação de uma corte penal internacional de caráter permanente, com competência para processar e julgar os maiores responsáveis pela violação do direito internacional humanitário.

3.4. Crime de agressão

O crime de agressão sempre causou polêmica na doutrina, desde as primeiras questões envolvendo a licitude ou ilicitude da guerra, sabendo-se que, no plano internacional, a guerra foi declarada um meio ilícito de solução de controvérsias internacionais (art. 2º, § 4º, da Carta das Nações Unidas), princípio este já anteriormente afirmado pelo Pacto de Renúncia à Guerra de 1928 (*Pacto Briand-Kellog*), que assim dispõe no seu art. 1º: “As Altas Partes Contratantes declaram, solenemente, em nome de seus respectivos povos, que condenam o recurso à guerra para a solução das controvérsias internacionais, e a isso renunciam, como instrumento de política nacional, em suas relações recíprocas”.

Como acertadamente leciona Tarciso Dal Maso Jardim, a discussão “da abrangência de recorrer à ameaça e ao uso da força, estabelecida pelo referido artigo, rendeu várias correntes doutrinárias, como a do direito de ingerência por razões humanitárias. A confusão se dá porque essa abstenção deve ser, segundo o art. 2º, § 4º [da Carta da ONU], contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado ou outro modo incompatível com os objetivos das Nações Unidas”.³⁰

A não-existência de uma definição precisa de *agressão*, suficientemente abrangente para servir como elemento constitutivo do “crime de agressão” e, conseqüentemente, para fundamentar a responsabilidade penal internacional dos indivíduos, dificultou, portanto, a inclusão dessa espécie de crime no Estatuto de Roma de 1998.

Por esses e outros motivos igualmente relevantes é que, dos quatro crimes incluídos na competência do TPI, a definição do crime de agressão foi propositadamente relegada a uma etapa posterior, nos termos do art. 5º, § 2º (c/c os arts. 121 e 123) do Estatuto, segundo o qual o Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a tal crime.³¹ Essa nova disposição poderá ser por emenda (art. 121) ou por revisão (art. 123), pois durante a

³⁰ Cf. Jardim, Tarciso Dal Maso. “O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos”, cit., p. 28.

³¹ Cf., por tudo, Dawson, Grant M., “Defining substantive crimes within the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court: what is the crime of aggression?”, in *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, n° 3, 2000, pp. 413-52; Meron, Theodor,

Conferência de Roma não houve consenso sobre a tipificação dessa espécie de ilícito internacional.³² O Estatuto esclarece ainda que tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

A tipificação jurídica do crime de agressão será resultado dos trabalhos da Comissão Preparatória do TPI (*PrepCom*), que está entabulando negociações no sentido de se chegar a um consenso sobre os elementos constitutivos de tal crime internacional.

Como leciona Fábio Konder Comparato, a idéia “de qualificar os atos de agressão bélica como crimes contra a paz internacional surgiu, pela primeira vez, na Conferência de Versalhes, de 1919, que criou a Sociedade das Nações. O art. 227 do tratado então assinado instituiu um tribunal especial incumbido de julgar o ex-Kaiser Guilherme II, ‘culpado de ofensa suprema à moral internacional e à autoridade dos tratados’. Sucede que a Holanda, país no qual se asilou o antigo monarca, recusou-se a extraditá-lo, alegando a sua imunidade internacional de Chefe de Estado, à época em que praticou os atos de que era acusado”.³³

Este entendimento manifestado à época, relativo à imunidade de jurisdição dos chefes de Estado, como veremos mais à frente, foi hoje abolido pela regra do art. 27, §§ 1º e 2º do Estatuto de Roma de 1998, que não o admite em quaisquer hipóteses.

4. O Tribunal Penal Internacional e os (Aparentes) conflitos com a Constituição brasileira de 1988

Uma das principais virtudes do Estatuto de Roma reside na consagração do princípio segundo o qual a responsabilidade penal por atos violadores do Direito Internacional deve recair sobre os indivíduos que os perpetraram, deixando de ter efeito as eventuais imunidades e privilégios ou mesmo a posição ou os cargos oficiais que os mesmos porventura ostentem.³⁴

“Defining aggression for the International Criminal Court”, in *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 25, nº 1, 2001, pp. 01-15; e Müller-Schieke, I. K., “Defining the crime of aggression under the Statute of the International Criminal Court”, in *Leiden Journal of International Law*, nº 14, 2001, pp. 409 e ss.

³² Cf. Jardim, Tarciso Dal Maso. “O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos”, cit., p. 29.

³³ Cf. Comparato, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 453. A recusa da Holanda em extraditar o Kaiser constituiu violação do disposto no próprio Tratado de Versalhes de 1919. Adotou-se, à época, o velho e arraigado entendimento de que os indivíduos não podem ser tidos como *sujeitos* de Direito Internacional, pois são os Estados que atuam no cenário político externo, sendo os indivíduos meros representantes seus. Desde a instituição do Tribunal de Nuremberg esta doutrina foi afastada e não pode mais, sob quaisquer aspectos, ser reafirmada para livrar de punição aqueles que cometem genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, crime de agressão ou quaisquer outros atos violadores do Direito Internacional.

³⁴ Cf., a propósito, Hortatos, Constantine P. *Individual criminal responsibility for human rights atrocities in international criminal law and the creation of a permanent International Criminal Court*. Athens: Ant. N.Sakkoulas Publishers, 1999.

Nos termos do art. 25, e parágrafos, do Estatuto, o Tribunal tem competência para julgar e punir *peças físicas*, sendo considerado individualmente responsável quem cometer um crime da competência do Tribunal. Nos termos do Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: *a)* cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável; *b)* ordenar, solicitar ou instigar a prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa; *c)* com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática; e *d)* contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum.

O Estatuto de Roma repete a conquista do Estatuto do Tribunal de Nuremberg em relação aos cargos oficiais daqueles que praticaram crimes contra o Direito Internacional. Nos termos do art. 27, §§ 1º e 2º, do Estatuto de Roma, a competência do Tribunal aplica-se de forma igual a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada na sua qualidade oficial.³⁵ Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum poderá eximir a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo para a redução da pena. Diz ainda o Estatuto que as imunidades ou normas de procedimentos especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do Direito Internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

A consagração do princípio da responsabilidade penal internacional dos indivíduos é, sem dúvida, uma conquista da humanidade. E esta idéia vem sendo sedimentada desde os tempos em que Hugo Grotius lançou as bases do moderno Direito Internacional Público. Este grande jurista holandês divergiu, ao seu tempo, da noção corrente àquela época — e que ainda mantém alguns seguidores na atualidade — de que o Direito Internacional está circunscrito tão-somente às relações entre Estados, não podendo dizer respeito diretamente aos indivíduos.³⁶

O chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, que emerge finda a Segunda Guerra Mundial, vem sepultar de vez esta antiga doutrina, que não atribuía aos indivíduos personalidade jurídica de *direito das gentes*. A idéia crescente de que os indivíduos devem ser responsabilizados no cenário internacional, em decorrência

³⁵ A respeito do assunto, *vide* Paulus, Andreas L., “Legalist groundwork for the International Criminal Court: commentaries on the Statute of the International Criminal Court”, in *European Journal of International Law*, vol. 14, nº 04, 2003, pp. 855-858.

³⁶ Cachapuz de Medeiros, Antônio Paulo. “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira”, *cit.*, pp. 12-13.

dos crimes cometidos contra o Direito Internacional, aparece bastante reforçada no Estatuto de Roma que, além de ensejar a punição dos indivíduos como tais, positivou, no bojo de suas normas, ineditamente, os princípios gerais de direito penal internacional (arts. 22 a 33), bem como trouxe regras claras e bem estabelecidas sobre o procedimento criminal perante o Tribunal (arts. 53 a 61). Tal acréscimo vem suprir as lacunas deixadas pelas Convenções de Genebra de 1949, que sempre foram criticadas pelo fato de terem dado pouca ou quase nenhuma importância às regras materiais e processuais da ciência jurídica criminal.³⁷

Tais regras penais e procedimentais, estabelecidas pelo Estatuto de Roma, com uma leitura apressada do texto convencional, podem pressupor certa incompatibilidade com o direito constitucional brasileiro, mais especificamente em relação a três assuntos de fundamental importância disciplinados pelo Estatuto: *a*) a entrega de nacionais ao Tribunal; *b*) a instituição da pena de prisão perpétua, e; *c*) a questão das imunidades em geral e as relativas ao foro por prerrogativa de função.

Segundo o art. 58, § 1º, alíneas *a* e *b*, do Estatuto, a todo momento após a abertura do inquérito, o Juízo de Instrução poderá, a pedido do Promotor, emitir um mandado de detenção contra uma pessoa se, após examinar o pedido e as provas ou outras informações submetidas pelo Promotor, considerar que existem motivos suficientes para crer que essa pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal e a detenção dessa pessoa se mostra necessária para garantir o seu comparecimento no Tribunal, assim como garantir que a mesma não obstruirá, nem porá em perigo, o inquérito ou a ação do Tribunal. O mandado de detenção também poderá ser emitido, se for o caso, para impedir que a pessoa continue a cometer esse crime ou um crime conexo que seja da competência do Tribunal e tenha a sua origem nas mesmas circunstâncias.

Para o êxito dessas finalidades, o Estatuto prevê um regime de cooperação entre os seus Estados-partes. Nos termos do art. 86 do Estatuto, os Estados-partes deverão cooperar plenamente com o Tribunal, no inquérito e no procedimento criminal, em relação aos crimes de sua competência. Tais Estados, diz o art. 88, deverão assegurar-se de que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas no Estatuto.

A colaboração dos Estados, portanto, é fundamental para o êxito do inquérito e do procedimento criminal perante o Tribunal. Tais Estados devem cooperar com o Tribunal da forma menos burocrática possível, atendendo ao princípio da celeridade.

³⁷ Cf. Cachapuz de Medeiros, Antônio Paulo. *Idem*, p. 15.

4.1. *A entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional*

O primeiro conflito aparente entre uma disposição do Estatuto de Roma e a Constituição brasileira de 1988 advém do teor do art. 89, § 1º do Estatuto, segundo o qual o Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega (*surrender*) de uma pessoa a qualquer Estado em cujo território essa pessoa possa se encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa, tendo os Estados-partes o dever de dar satisfação ao Tribunal aos pedidos de detenção e de entrega de tais pessoas, em conformidade com o Estatuto e com os procedimentos previstos nos seus respectivos direitos internos.

Não obstante os procedimentos nacionais para a prisão continuarem sendo aplicados, eventuais normas internas sobre privilégios e imunidades referentes a cargos oficiais, bem como regras sobre não-extradição de nacionais, não serão causas válidas de escusa para a falta de cooperação por parte dos Estados-membros do Tribunal.³⁸

A Constituição brasileira de 1988, no seu art. 5º, incisos LI e LII, dispõe, respectivamente, que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”; e também que “não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”. Tais incisos do art. 5º da Constituição, pertencendo ao rol dos direitos fundamentais, estão cobertos pela cláusula do art. 60, § 4º, inc. IV da mesma Carta, segundo a qual “não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”.

Por este motivo é que o Estatuto de Roma, levando em consideração disposições semelhantes de vários textos constitucionais modernos, distingue claramente o que entende por “entrega” e por “extradição”. Nos termos do seu art. 102, alíneas *a* e *b*, para os fins do Estatuto entende-se por “entrega”, o ato de o Estado entregar uma pessoa ao Tribunal “nos termos do presente Estatuto”, e por “extradição”, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado “conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno de determinado Estado”.³⁹ Portanto, se a entrega de uma pessoa, feita pelo Estado ao Tribunal, se der *nos termos do Estatuto de Roma*, tal ato caracteriza-se como “entrega”, mas caso o ato seja concluído, por um Estado em relação a outro, com base no previsto *em tratado ou convenção ou no direito interno de determinado Estado*, neste caso trata-se de “extradição”.

³⁸ Cf. Cachapuz de Medeiros, Antônio Paulo. *Idem*, p. 14.

³⁹ No plano da legislação infraconstitucional brasileira, a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), estabelece, no seu art. 76, que: “A extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade”.

O art. 91, § 2.º, alínea *c* do Estatuto impõe uma regra clara de cooperação dos Estados com o Tribunal, no sentido de que as exigências para a entrega de alguém ao Tribunal não podem ser mais rigorosas do que as que devem ser observadas pelo país em caso de um pedido de extradição.

Como corretamente destaca Cachapuz de Medeiros, a diferença fundamental “consiste em ser o Tribunal uma instituição criada para processar e julgar os crimes mais atrozos contra a dignidade humana de uma forma justa, independente e imparcial. Na condição de órgão internacional, que visa realizar o bem-estar da sociedade mundial, porque reprime crimes contra o próprio Direito Internacional, a entrega do Tribunal não pode ser comparada à extradição”.⁴⁰

Portanto, não se trata de entregar alguém para outro sujeito de Direito Internacional Público, de categoria igual a do Estado-parte, também dotado de soberania na ordem internacional, mas a um *organismo internacional* de que fazem parte vários Estados. Daí entendermos que o ato de *entrega* é aquele feito pelo Estado *a um tribunal internacional* de jurisdição permanente, diferentemente da extradição, que é feita por um Estado *a outro*, a pedido deste, em plano de absoluta igualdade, em relação a indivíduo neste último processado ou condenado e lá refugiado. A extradição envolve sempre dois Estados soberanos, sendo ato de cooperação entre ambos na repressão internacional de crimes,⁴¹ diferentemente do que o Estatuto de Roma chamou de *entrega*, onde a relação de cooperação se processa entre um Estado e o próprio Tribunal.

O fundamento que existe para que as Constituições contemporâneas prevejam a não-extradição de nacionais está ligado ao fato de a justiça estrangeira poder ser *injusta* e julgar o nacional do outro Estado sem imparcialidade, o que evidentemente não se aplica ao caso do Tribunal Penal Internacional, cujos crimes *já estão definidos* no Estatuto de Roma e cujas normas processuais são das mais avançadas do mundo no que tange às garantias da justiça e da imparcialidade dos julgamentos.

Portanto, a entrega de nacionais do Estado ao Tribunal Penal Internacional, estabelecida pelo Estatuto de Roma, não fere o direito individual da não-extradição de nacionais, insculpido no art. 5º, inc. LI da Constituição brasileira de 1988, bem como o direito de não-extradição de estrangeiros por motivos de crime político ou de opinião, constante do inc. LII do mesmo art. 5º da Carta de 1988.

Parece clara, assim, a distinção entre a entrega de um nacional brasileiro a uma corte com jurisdição internacional, da qual o Brasil faz parte, por meio de tratado que ratificou e se obrigou a fielmente cumprir, e a entrega de um nacional nosso (esta sim proibida pela Constituição) a um tribunal estrangeiro, cuja jurisdição está afeta à sobe-

⁴⁰ Cachapuz de Medeiros, Antônio Paulo. “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira”, cit., p. 14.

⁴¹ Cf. Fraga, Mirtô. *O novo estatuto do estrangeiro comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 286-287.

rania de uma outra potência estrangeira que não a nossa e de cuja construção nós não participamos com o produto da nossa vontade.

Não bastasse essa diferença técnica, uma outra ainda se apresenta. Embora, nos termos do Estatuto de Roma, as regras internas dos Estados continuem tendo validade, não serão aceitas determinadas escusas — dentre elas a de que não se pode entregar nacionais do Estado a tribunais internacionais — para a não-cooperação desses Estados com o Tribunal. Um Estado-parte no Estatuto que não entrega um nacional seu quando emitida ordem de prisão contra o mesmo, será tido como um não-colaborador, o que poderá causar-lhe enormes prejuízos, tendo em vista existir no Estatuto de Roma todo um processo que pode ser levado à Assembléia dos Estados-partes do TPI e até mesmo ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, para que possam ser tomadas medidas de enquadramento de conduta em relação a tais Estados não-colaboradores, que já passam a não ficar muito bem vistos perante a sociedade internacional, em decorrência disto.

4.2. *A pena de prisão perpétua*

Outro ponto delicado que pode causar um aparente conflito entre as disposições do Estatuto de Roma e a Constituição brasileira de 1988 diz respeito à previsão do art. 77, § 1º, alínea *b*, do Estatuto, segundo a qual o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no seu art. 5º, dentre outras medidas, a pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado a justificarem.

O art. 80 do Estatuto traz uma regra de interpretação no sentido de que as suas disposições em nada prejudicarão a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos seus respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas por ele referidas.

A Constituição brasileira, por seu turno, permite até mesmo a pena de morte “em caso de guerra declarada” (art. 5º, inc. XLVII, alínea *a*), mas proíbe terminantemente as penas de caráter perpétuo (alínea *b* do mesmo inciso). Contudo, é bom que fique nítido que o Supremo Tribunal Federal não tem tido nenhum problema em autorizar extradições para países onde existe a pena de prisão perpétua, em relação aos crimes imputados aos extraditados, mesmo quando o réu corre o risco efetivo de ser preso por esta modalidade de pena. Como destaca Cachapuz de Medeiros, entende “o pretório excelso que a esfera da nossa lei penal é interna. Se somos benevolentes com ‘nossos delinqüentes’, isso só diz bem dos sentimentos dos brasileiros. Não podemos impor o mesmo tipo de ‘benevolência’ aos Países estrangeiros”.⁴²

⁴² Cachapuz de Medeiros, Antônio Paulo. “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira”, cit., pp. 14-15.

O Supremo Tribunal Federal, também, em mais de uma ocasião, autorizou a extradição para Estados que adotam a pena de morte, com a condição de que houvesse a comutação desta pena pela de prisão perpétua.

A título de exemplo, pode ser citado o entendimento do Ministro Francisco Rezek, no processo de extradição nº 426, onde o STF deferiu a extradição de estrangeiro a Estado requerente que aplicaria, sem condições, a pena de prisão perpétua. Apesar de o referido processo ter se desenvolvido sob a égide da Carta Política anterior, a lição nos serve perfeitamente, tendo em vista a similitude dos enunciados da Carta de 1967 com a atual Carta de 1988. A Carta de 1967 também previa, no § 11 do seu art. 153, a proibição da aplicação da pena de caráter perpétuo. O então Ministro Francisco Rezek (hoje juiz da Corte Internacional de Justiça), em seu voto, deixou expresso, à época, que “no que concerne ao parágrafo 11 do rol constitucional de garantias ele estabelece um padrão processual no que se refere a este país, no âmbito especial da jurisdição desta República. A lei extradicional brasileira, em absoluto, não faz outra restrição salvo aquela que tange à pena de morte. [...] O que a Procuradoria Geral da República propõe é uma extensão transnacional do princípio inscrito no parágrafo 11 do rol de garantias” (cf. *RTJ* nº 115/969).⁴³

Este tipo de medida encontra sua justificativa na Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), por força do seu art. 91, que não restringe, em nenhuma das hipóteses que disciplina, a extradição em função da pena prisão perpétua. Portanto, no Brasil, ainda que internamente não se admita a pena de prisão perpétua, isso não constitui restrição para efeitos de extradição.

Portanto, a interpretação mais correta a ser dada para o caso em comento é a de que a Constituição, quando prevê a vedação de pena de caráter perpétuo, está direcionando o seu comando tão-somente para o legislador interno brasileiro, não alcançando os legisladores estrangeiros e tampouco os legisladores internacionais que, a exemplo da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, trabalham rumo à construção do sistema jurídico internacional.⁴⁴

A pena de prisão perpétua — que não recebe a mesma ressalva constitucional conferida à pena de morte — não pode ser instituída *dentro* do Brasil, quer por meio de tratados internacionais, quer mediante emendas constitucionais, por se tratar de cláusula pétreia constitucional. Mas isso não obsta, de forma alguma, que a mesma

⁴³ O Ministro Sidney Sanches afirmou ainda, no mesmo julgamento, que a referida lei constitucional, “visou impedir apenas a imposição das penas ali previstas (inclusive a perpétua) para os que aqui tenham de ser julgados. Não há de ter pretendido eficácia fora do País” (*RTJ* nº 115/969).

⁴⁴ Cf. Cachapuz de Medeiros, Antônio Paulo. “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira”, cit., p. 15.

pena possa ser instituída *fora* do nosso país, em tribunal permanente com jurisdição internacional, de que o Brasil é parte e em relação ao qual deve obediência, em prol do bem estar da humanidade.⁴⁵

A Constituição brasileira de 1988, como já falamos, preceitua, no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que o Brasil “propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. E isto reforça a tese de que o conflito entre as disposições do Estatuto de Roma e a Constituição brasileira é apenas aparente, não somente pelo fato de que a criação de um tribunal internacional de direitos humanos reforça o princípio da dignidade da pessoa humana (também insculpido pela Constituição, no seu art. 1º, inc. III), mas também pelo fato de que o comando do texto constitucional brasileiro é dirigido ao legislador doméstico, não alcançando os crimes cometidos contra o Direito Internacional e reprimidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Portanto, não obstante a vedação das penas de caráter perpétuo ser uma tradição constitucional entre nós, o Estatuto de Roma de forma alguma afronta a nossa Constituição (como se poderia pensar numa leitura descompromissada de seu texto); mas ao contrário, contribui para coibir os abusos e as inúmeras violações de direitos que se fazem presentes no planeta, princípio esse que sustenta corretamente a tese de que a dignidade da sociedade internacional não pode ficar à margem do universo das regras jurídicas.

De outra banda, o condenado que se mostrar merecedor dos benefícios estabelecidos pelo Estatuto poderá ter sua pena reduzida, inclusive a de prisão perpétua. Nos termos do art. 110, § § 3.º e 4.º, do Estatuto, quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena ou 25 anos de prisão, em caso de pena de prisão perpétua, o Tribunal reexaminará a pena para determinar se haverá lugar a sua redução, se constatar que se verificam uma ou várias das condições seguintes: *a*) a pessoa ter manifestado, desde o início e de forma contínua, a sua vontade em cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento; *b*) a pessoa ter, voluntariamente, facilitado a execução das decisões e despachos do Tribunal em outros casos, nomeadamente ajudando-o a localizar bens sobre os quais recaíam decisões de perda, de multa ou de reparação que poderão ser usados em benefício das vítimas; ou *c*) quando presentes outros fatores que conduzam a uma clara e significativa alteração das circunstâncias, suficiente para justificar a redução da pena, conforme previsto no Regulamento Processual do Tribunal.

⁴⁵ No mesmo sentido, *vide* Steiner, Sylvia Helena F., “O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição brasileira”, in *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000, pp. 34-41.

4.3. A questão das imunidades: o foro por prerrogativa de função

Por fim, pode surgir ainda o conflito (também aparente) entre as regras brasileiras relativas às imunidades em geral e às prerrogativas de foro por exercício de função e aquelas atinentes à jurisdição do TPI. Tais regras são aplicáveis, por exemplo, ao Presidente da República, seus Ministros de Estado, Deputados, Senadores etc. Essas imunidades e privilégios, contudo, são de ordem interna e podem variar de um Estado para o outro. Também existem outras limitações de ordem internacional, a exemplo da regra sobre imunidade dos agentes diplomáticos à jurisdição penal do Estado acreditado, determinada pelo art. 31 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, que está em vigor no Brasil desde 1965. Os embaixadores têm imunidade plena na jurisdição penal dentro dessa sistemática.

Os crimes de competência do TPI — crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão —, por sua vez, são quase sempre perpetrados por indivíduos que se escondem atrás dos privilégios e imunidades que lhes conferem os seus ordenamentos jurídicos internos.

Levando em conta tais circunstâncias, o Estatuto de Roma pretendeu estabelecer regra clara a esse respeito, e assim o fez no seu art. 27, que trata da irrelevância da qualidade oficial daqueles que cometem os crimes por ele definidos, segundo o qual:

1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena.

2. As imunidades ou normas de procedimentos especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

Portanto, as imunidades ou privilégios especiais que possam ser concedidos aos indivíduos em função de sua condição como ocupantes de cargos ou funções estatais, seja segundo o seu direito interno, seja segundo o Direito Internacional, não constituem motivos que impeçam o Tribunal de exercer a sua jurisdição em relação a tais assuntos. O Estatuto elide qualquer possibilidade de invocação da imunidade de jurisdição por parte daqueles que cometeram crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra ou de agressão. Assim, de acordo com a sistemática do Direito Internacional Penal, não podem os genocidas e os responsáveis pelos piores crimes cometidos contra a humanidade acobertar-se pela prerrogativa de foro, pelo fato de que exerciam uma função pública ou de liderança à época do delito.

O Estado brasileiro, doravante, terá um papel importante no que tange à compatibilização das normas do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional — respeitando o dever consuetudinário inculcado com todas as letras no art. 27 da Con-

venção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, segundo o qual um Estado-parte em um tratado internacional tem a obrigação de cumpri-lo de boa-fé —, no sentido de fazer editar a normatividade interna infraconstitucional necessária para que o Estatuto possa ser eficazmente implementado entre nós e não se transforme em letra morta, sob pena de responsabilização internacional.

Quanto à nossa Constituição, ela está perfeitamente apta a operar com o direito internacional dos direitos humanos e com o direito internacional humanitário, não havendo que se falar em conflito entre as disposições do Estatuto de Roma e o texto constitucional brasileiro, consoante a cláusula de recepção imediata dos tratados internacionais de direitos humanos insculpida no § 2º de seu art. 5º, bem como os princípios de direitos humanos consagrados pela Constituição brasileira, em especial o princípio da “prevalência dos direitos humanos”, constante de seu art. 4º, inc. II.

Não há que se cogitar, portanto, de eventual *inconstitucionalidade intrínseca* do Estatuto de Roma de 1998 em relação à Constituição brasileira de 1988.⁴⁶

5. Considerações finais: perspectivas para uma justiça penal internacional

Terminado este estudo, resta-nos dizer ainda algumas palavras finais, relativas à importância do TPI para a Justiça Penal Internacional.

Sem qualquer dúvida, a instituição do Tribunal Penal Internacional é um dos fatores principais que marcarão as ciências criminais no século XXI. Primeiro, porque desde os Tribunais de Nuremberg e Tóquio um sistema internacional de justiça pretende acabar com a impunidade daqueles que violam o Direito Internacional, em termos repressivos (condenando os culpados) e preventivos (inibindo a tentativa de repetição dos crimes cometidos).⁴⁷ Segundo, porque visa sanar as eventuais falhas e insucessos dos tribunais nacionais, que deixam impunes seus criminosos, principalmente quando estes são autoridades estatais que gozam de imunidade, nos termos das suas respectivas legislações internas. Terceiro, porque evita a criação de tribunais *ad hoc*, instituídos à livre escolha do Conselho de Segurança da ONU, dignificando o respeito à garantia do princípio do juiz natural, ou seja, do juiz competente, em suas duas vertentes: a de um juiz previamente estabelecido e a ligada à proibição de juízos ou tribunais de exceção. Quarto, porque cria instrumentos jurídico-processuais capazes de responsabilizar individualmente as pessoas condenadas pelo Tribunal. E, finalmente, em quinto lugar, porque institui uma Justiça Penal Internacional que contribui,

⁴⁶ Para um estudo específico do problema da *inconstitucionalidade intrínseca* dos tratados internacionais, *vide* Mazzuoli, Valério de Oliveira, *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*, 2ª ed., cit., pp. 247-252.

⁴⁷ Cf. *Human Rights Watch world report 1994: eventos of 1993*, Human Rights Watch, New York, 1994, p. XX.

quer interna quer internacionalmente, para a eficácia da proteção dos direitos humanos e do direito internacional humanitário.⁴⁸

A consagração do princípio da complementaridade, segundo o qual a jurisdição do TPI é subsidiária às jurisdições nacionais (salvo o caso de os Estados se mostrarem incapazes ou sem disposição de processar e julgar os responsáveis pelos crimes cometidos), contribui sobremaneira para fomentar os sistemas jurídicos nacionais a desenvolver mecanismos processuais eficazes, capazes de efetivamente aplicar a justiça em relação aos crimes tipificados no Estatuto de Roma, que passam também a ser crimes integrantes do direito interno dos Estados-partes que o ratificaram.

Não existe restrição ou diminuição da soberania para os países que já aderiram, ou aos que ainda irão aderir, ao Estatuto de Roma. Ao contrário: na medida em que um Estado ratifica uma convenção multilateral como esta, que visa trazer um bem-estar que a sociedade internacional reivindica há séculos, ele não está fazendo mais do que, efetivamente, praticar um ato de soberania, e o faz de acordo com sua Constituição, que prevê a participação do Executivo e do Legislativo (no caso brasileiro: CF, arts. 84, inc. VIII e 49, inc. I, respectivamente) no processo de celebração de tratados.

A Justiça Penal Internacional, portanto, chega ao mundo em boa hora, para processar e julgar os piores e mais cruéis violadores dos direitos humanos que possam vir a existir, reprimindo aqueles crimes contra o Direito Internacional de que nos queremos livrar, em todas as suas vertentes. Será esta Justiça Penal Internacional a responsável pela construção de uma sociedade internacional justa e digna, calcada nos princípios da igualdade e da não discriminação, que são o fundamento da tutela internacional dos direitos humanos.

O papel do Tribunal Penal Internacional para o futuro da humanidade, portanto, é importantíssimo, no sentido de punir e retirar do convívio coletivo mundial os responsáveis pela prática dos piores e mais bárbaros crimes cometidos no planeta, em relação aos quais não se admite esquecimento.

⁴⁸ Cf., por tudo, *Lawyers Comittee for Human Rights*, “Establishing an International Criminal Court: major unresolved issue in the draft Statute”, New York: LCHR, Briefing Series, vol. I, n.º 1, aug./1996; também com as colocações de Jardim, Tarciso Dal Maso, in “O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos”, cit., pp. 17-18.

Marcelio Toscano Franca Filho (Brasil) *

História e razão do Paradigma Vestefaliano **

À memória do Professor Doutor GUIDO SOARES

1. Introdução

“O estudo dos paradigmas [...] é o que prepara basicamente o estudante para ser membro da comunidade científica determinada na qual atuará mais tarde” — ensina o filósofo THOMAS KUHN (1997:30) logo no início do seu clássico estudo sobre o pensamento e as revoluções científicas.

Toda a “visão de mundo” (Weltanschauung) estruturante dos modos modernos e contemporâneos de compreender e aplicar o Direito baseia-se no tripé estatalidade-racionalidade-unicidade, segundo o qual se identifica o Direito com a norma imposta monopolisticamente pelo Estado, a única válida, vigente e eficaz no seu âmbito territorial e concebida segundo os princípios da coerência, sistematização, harmonia e logicidade. A categoria jurídico-política “Estado”, portanto, é basilar ao estudo e à compreensão desse modelo de Direito que vem tomando corpo desde a desagregação do mundo feudal. Estado e Direito mantêm entre si uma relação de mútua interferência; afinal, o Direito (a partir do Direito Constitucional) pretende dar forma, constituir ou conformar um dado esquema de organização política cuja principal característica é o monopólio do poder político-jurídico sobre determinados destinatários reunidos em um território (CANOTILHO 2002:87-90). No quadro de relacionamentos entre Estado e Direito, compreender um é, afinal, entender o outro, e isso já legitima, desde logo, a perquirição sobre o paradigma jus-político vestefaliano que aqui será desenvolvida.

* Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal); Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (Brasil); Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da Paraíba. E-mail: franca@fd.uc.pt.

**É um dever do autor registrar os seus agradecimentos ao diplomata e professor BRAZ BARACUHY que, durante uma estada na *London School of Economics*, foi de fundamental importância no acesso a parte da bibliografia citada neste artigo.

Fazendo-se um breve esboço histórico, vê-se que a noção de Estado que hoje se toma como unívoca — a de Estado democrático constitucional —, tem suas mais remotas origens na desarticulação do mundo feudal, a partir do século XV. Durante toda a Idade Média, em razão da profunda fragmentação territorial e da ruralização experimentadas pela Europa dos feudos (microcosmos estanques, agrícolas, auto-suficientes e autônomos), houve um enfraquecimento do poder dos reinos surgidos desde a decadência do Império Romano do Ocidente. Os reis passaram a ter uma autoridade apenas formal, de direito, enquanto que a autoridade de fato foi-se concentrando nas mãos dos senhores feudais, o que produziu um universo político multinuclear e atomizado. A organização feudal consistia em uma hierarquia de privilégios, com numerosos patamares: aos reis só era dado mandar sobre os vassalos e demais subordinados através do feudatário imediatamente inferior, cuja lealdade, em relação aos monarcas, era rompida com frequência (HELLER 1968:163). Desse modo, os efetivos meios de administração e autoridade concentravam-se em mãos monárquicas apenas marginalmente; de maneira majoritária esses meios eram, sim, propriedade privada do senhor feudal. A respeito dessa oposição entre o poder monárquico e o poder local, GEORG JELLINEK (2000:315) chamou de “atomização do Poder Público” o quase anárquico fenômeno político que singularizou todo o medievo.¹

Com o aumento do fluxo comercial na Europa Ocidental, o renascimento das cidades (burgos), o desenvolvimento da economia monetária e creditícia e o conseqüente desenvolvimento da burguesia, deu-se início ao processo inverso de enfraquecimento dos feudos e fortalecimento das monarquias feudais — fenômeno esse conhecido como “recentralização do poder”. Note-se que a ampliação dos domínios reais foi acompanhada pelo extraordinário desenvolvimento da Administração e das Finanças Públicas (afinal, a permanência e a segurança da concentração de poder dependiam, em grande medida, de funcionários civis e militares bem remunerados e leais) e pelo estímulo a um nascente sentimento nacional, uma solidariedade psicológica concretizada na identificação dos homens do reino pela semelhança do idioma, de hábitos, de tradições e de um passado histórico comum (sobretudo na luta contra os senhores feudais).

A burguesia teve um papel preponderante na edificação desse Estado nacional. Voltada sobretudo para a atividade comercial, a ela não interessava a descentralização do mundo feudal, consubstanciada na variedade de moedas, tributos, normas consuetudinárias, pedágios, sistemas de pesos e medidas, barreiras alfandegárias etc. Para expandir suas atividades mercantis, os burgueses necessitavam de um mercado unificado, com custos de transação menores, e isso só seria possível sob a autoridade forte e centralizadora de um monarca. Foi graças à aliança com a nascente burguesia,

¹ Na mesma direção, BUZAN E LITTLE (2000:244) caracterizam a Idade Média como “*a patchwork of overlapping and sometimes competing authorities*”.

que lhe emprestara dinheiro, recursos humanos (para a formação dos exércitos e, depois, da burocracia) e boas idéias (Humanismo, Renascimento e Reforma), que a realeza conseguiu reconquistar territórios e concentrar poder político. Desde então, na melhor síntese de BUZAN E LITTLE (2000:246), passou a existir uma significativa simbiose, em que *“holders of capital provide financial resources for the state, while the holders of coercion allow capital a significant role in government”*.

A idéia de soberania apareceu quase que simultaneamente ao robustecimento desse Estado nacional, através da luta da monarquia para impor sua autoridade aos senhores feudais (soberania interna) e emancipar-se da tutela do papado e do Imperador do Sacro Império Romano-Germânico (soberania externa). Como conseqüência, passam-se a cultivar rígidas e precisas fronteiras interestatais, que demarcariam os limites geográficos do poder político.

Para muitos autores, a primeira vez que se afirmou solenemente a paridade jurídica de todos os Estados entre si foi ao cabo da Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), nos Tratados de Paz de Vestefália, que, a um só tempo, representaram o início da moderna sociedade internacional assente em um sistema de Estados e *“la plena afirmación del postulado de la absoluta independencia recíproca de los diferentes ordenamientos estatales”* (RUFFIA 1965:121-122). Com efeito, para uma concepção eurocêntrica da história das idéias políticas (que vê a Inglaterra como ilha isolada e a Ibéria como Magreb, norte da África), o Estado moderno aparece com os Tratados de Paz de Vestefália (FONSECA 1996:316). Todavia, para uma outra concepção, mais ampla, o Estado Nacional moderno (sob a forma de monarquia absoluta) surgira muito antes, exatamente na Ibéria e na Inglaterra (FONSECA 1996:316). De fato, o surgimento do Estado Nacional é bem anterior aos Tratados de Paz de Vestefália; contudo, é nesses documentos que reside a *“certidão de nascimento”* do moderno Estado nacional soberano — base do Estado democrático de Direito atual e *“momento fundador”* do sistema político internacional. Muito além desse aspecto meramente registral, a importância dos Tratados de Paz de Vestefália foi tão grande para a compreensão da noção de Estado que o Prof. ROLAND MOUSNIER, ao descrever os séculos XVI e XVII para a enciclopédica *História Geral das Civilizações*, organizada por MAURICE CROUZET, afirma que aqueles tratados simbolizaram mesmo uma *“constituição da nova Europa”* (MOUSNIER 1973:302), uma Europa agora multifacetada, plural, muito distante da unidade religiosa do cristianismo, da unidade política do Sacro Império Romano-Germânico e da unidade econômica do feudo.²

² Antes da Guerra dos Trinta Anos, a ordem política européia *“era o amálgama das tradições do Império Romano e da Igreja Católica. O mundo era um espelho dos céus. Um só Deus reinava no céu; assim, um imperador devia mandar no mundo secular e um papa reger a igreja universal”* (KISSINGER 1999:57). Nessa mesma linha de um monolítico pensamento religioso e político, tanto TRUYOL Y SERRA (1974:30) como MACHADO (2003:46-50) falam em uma *“Res Publica Christiana”*, de base agostiniana, até então vigente em toda a Europa.

O caráter simbólico dos Tratados de Paz de Vestefália é inegável e pode ser aferido pelas inúmeras e multidisciplinares referências a um “modelo vestefaliano” ou “pós-vestefaliano” de Estado ou de relações internacionais. De tão importantes, as repercussões políticas, jurídicas, geográficas, religiosas e filosóficas dos Tratados de Paz de Vestefália induziram muitos teóricos do Estado e do Direito a falar em um “paradigma vestefaliano” para designar um modelo, um parâmetro ou um padrão estatal que se tornou referencial e incontornável a partir do século XVII. Um paradigma é, segundo o bom resumo de FOUREZ (1995:103), “*uma estrutura mental, consciente ou não, que serve para classificar o mundo e poder abordá-lo*”. O conceito de Estado que emerge dos Tratados de Paz de Vestefália alcança esse *status* de fundamentalidade e referibilidade para a compreensão do mundo que lhe é posterior, não sendo nenhuma grande ortodoxia tomá-lo como paradigmático (BEAULAC 2000:148). Pelo menos, são encontradas referências à centralidade do perfil vestfaliano de Estado desde meados do século XIX em importantes autores do Direito Internacional, conforme sublinha BEAULAC (2000:148). Com invidiosa legitimidade, o Prof. LEO GROSS, em texto referencial que assinala o tricentenário daqueles tratados de paz, sublinha que “*the Peace of Westphalia, for better or worse, marks the end of an epoch and the opening of another. It represents the majestic portal which leads from the old to the new world*” (GROSS 1948:28).³

Apesar de incontornável para a compreensão dos cenários moderno e contemporâneo, o “paradigma vestfaliano” ocupou muito poucas vezes o núcleo de estudos monográficos no mundo do Direito — mormente na América Latina. Relatos são encontrados em tratadistas de ciências afins às jurídicas e, quase sempre, como subsídios para outros estudos históricos. As origens, implicações, características e atualidade do “paradigma vestfaliano”, do ponto de vista da Ciência Jurídica, constituem o cerne do trabalho que ora se inicia. Importa reter que as profundas implicações dos Tratados de Paz de Vestefália, firmados há mais de trezentos e cinquenta anos, transcendem o mundo do Direito para alcançar as sendas das relações internacionais, da sociologia, da economia, da filosofia etc. A investigação que se segue estará, porém, circunscrita aos objetos próprios da dogmática jurídica, em geral, e da dogmática constitucional, em particular.

2. **Ambiência histórica: da Guerra dos Trinta Anos à Paz de Vestefália**

A Guerra dos Trinta Anos representou um conflito titânico⁴ entre as dinastias rivais de Bourbon (da França) e de Habsburgo (senhores da Espanha e do Sacro

³ Na mesma linha, HARDING E LIM (1999:06) afirmam que “*undoubtedly, there was a pre-Westphalian system (see e.g. Nussbaum, Verdross, Ago) [...] which somehow was supplanted.*”

⁴ “*Poucos conflitos militares, desde o começo da História, terão talvez acarretado tamanhas desgraças à população civil. Calcula-se que nada menos do que metade do povo da Alemanha e da*

Império Romano- Germânico, com territórios na Áustria, Boêmia, Holanda, Baviera, Flandres, norte de Itália, Bélgica e Hungria) pelo domínio do continente europeu. Nas raízes da guerra encontra-se, porém, um conflito religioso decorrente da intolerância entre católicos e protestantes. Com efeito, a coexistência religiosa de católicos e protestantes era um problema tanto no interior dos Estados como entre eles⁵, ao passo que o nacionalismo, ainda nascente no século XVII, desempenhara um papel muito menos relevante do que aquele que viria a ocupar nas guerras dos séculos XIX e XX (BURNS 1981:537). A Reforma Protestante, ao quebrar a unidade religiosa católica da Europa medieval, forneceu o substrato de onde floresceria, mais tarde, a Guerra dos Trinta Anos e a Paz de Vestefália. SCHILLER, o grande poeta que, ao lado de GOETHE, dá prestígio ao romantismo alemão, inicia a sua magistral “*Histoire de la Guerre de Trente Ans*” mencionando que “*depuis l’époque où la guerre de religion commença en Allemagne, jusqu’à la paix de Munster, on ne voit presque rien de grand et de remarquable arriver dans le monde politique de l’Europe, sans que la Réforme y ait contribué de la manière la plus importante*” (SCHILLER 1803:01).

Desde logo, é preciso ter em mente que, uma vez extinta a dinastia carolíngia, em torno do ano 911 d.C., os duques de Francônia, Saxônia, Suábia e Baviera fundaram o Reino Germânico, monarquia em que o rei era um dos duques, eleito pelos demais — uma monarquia eletiva, portanto. Em 936, inicia-se o reinado de Oto I. Sua vitória sobre os húngaros, em 955, trouxe-lhe enorme prestígio, e o Papa João XII, a quem o monarca teutônico protegia, conferiu-lhe a sagração imperial em 962, com o título de *Imperator Romanorum* (“Imperador dos Romanos”). Nascia assim o Sacro Império Romano-Germânico⁶, uma fusão entre a monarquia germânica com o que sobrara do Império Romano e cuja principal característica era o fato de que, ao ser sagrado imperador pelo Papa, em Roma, o monarca germânico eleito passava a ser o chefe temporal da cristandade, devendo ser respeitado e obedecido como tal por

Boêmia perdeu a vida em consequência da fome, das doenças e dos ataques de soldados brutais com a mira na pilhagem. Os exércitos de ambos os lados saquearam, torturaram, incendiaram e mataram de modo a transformar regiões inteiras em verdadeiros desertos” (BURNS 1981:538). A violência da Guerra dos Trinta Anos foi particularmente acentuada nos territórios alemães, onde moldou toda a densa literatura barroca germânica do século XVII: “*Nunca outro país foi submetido a tão cruel e sistemática devastação, sendo a população, em certas regiões, reduzida à décima parte e sendo destruídos todos os valores materiais e morais. Foi a maior catástrofe da história alemã, da qual saiu um país paupérrimo, atrasado e politicamente dividido em inúmeros pequenos principados, governados no Norte por mesquinhos régulos luteranos e no Sul por relaxados prelados católicos, enquanto nos poucos Estados maiores se estabeleceu o absolutismo à maneira francesa*” (CARPEAUX 1964:29). ANDREAS GRYPHIUS, o maior nome da poesia barroca alemã, retratou com singular crueza a dor da prolongada guerra no soneto *Thränen des Vaterlandes* (“Lágrimas da Pátria”), de 1636.

⁵ ÖSTREICH, G. *Problemas Estruturais do Absolutismo Europeu*. In: HESPANHA 1984:192.

⁶ Também chamado de Sacro Império Romano da Nação Germânica, *Sacrum Romanum Imperium, Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation* ou, ainda, *I Reich*.

todos os outros nobres do continente — uma clara manifestação prototípica, afinal, da “supranacionalidade” europeia da segunda metade do século XX.

Em tese, o poder temporal do Sacro Império era universal, enquanto que o poder espiritual do Papa, uno, continuava inquestionável e, paralelamente, também universal⁷. De início, a vassalagem dos nobres ao Imperador do Sacro Império era apenas nominal (formal) e os príncipes faziam o que bem julgavam, livres da interferência imperial. A partir do século XV, contudo, a habilidade política e a força bélica dos Habsburgo, aspirantes permanentes ao trono imperial católico, dotaram a figura do Sacro Imperador de respeitada autoridade e vigoroso temor. Desse modo, a partir de 1438, a coroa imperial torna-se praticamente hereditária entre os Habsburgo, embora, formalmente, ainda fosse eletiva e pudesse cair em outras cabeças (KAPPLER 1996:13). Desde a formação do Sacro Império, o “colégio eleitoral” para a escolha do Imperador variava ao sabor de alianças, batalhas e rusgas circunstanciais; todavia, a partir de 1356, com a edição da chamada “Bula Dourada” (*Bulla Aurea*), do Imperador Carlos IV, a escolha do Imperador do Sacro Império Romano-Germânico passou a residir em mãos de sete eleitores permanentes: os arcebispos de Colônia, Mainz e Trier, o rei da Boêmia, o duque da Saxônia, o conde palatino do Reno e o marquês de Brandemburgo.⁸ Com a Reforma Luterana, tornou-se inevitável o confronto de interesses entre os eleitores e nobres católicos e os eleitores e nobres protestantes, todos aspirantes ao trono imperial — entre cujas funções estava, obviamente, a defesa do catolicismo e do papado. Todos esses vetores de poder sacro e profano transformavam o Sacro Império Romano-Germânico em cenário de rivalidades internas e externas. Tal como bem resumiu VOLTAIRE (*apud* BEAULAC 2000:169), o Sacro Império Romano nunca foi sacro, nem tampouco romano; muito menos um verdadeiro império.

Os primeiros embates relativos à Guerra dos Trinta Anos se iniciaram em 1618, quando os Habsburgo austríacos — protetores “naturais” da cristandade contra os infiéis ou hereges — embalados pelos triunfos da Contra-Reforma católica, pretendiam ampliar os seus domínios na Europa Central e cercear a liberdade de culto dos protestantes. Tal conduta desagradou a muitos nobres protestantes da região da atual Alemanha e desencadeou uma insurreição na Boêmia (hoje, República Tcheca), onde havia ocorrido uma maciça conversão ao protestantismo calvinista, após a Reforma

⁷ Como bem observa KISSINGER (1999:58), “*diferentemente de um faraó ou de um César, o Sacro Imperador Romano não aparentava atributos divinos*”, escapando-lhe, portanto, poderes para interferir em nomeações eclesásticas, por exemplo. Todavia, nem sempre foram pacíficas as relações entre as duas grandes autoridades europeias — a espiritual e a mundana (BEAULAC 2000:153-160).

⁸ O duque da Saxônia e o marquês de Brandemburgo tornaram-se mais tarde conhecidos usualmente como “o príncipe-eleitor” da Saxônia e o “príncipe-eleitor de Brandemburgo”. O Conde Palatino do Reno foi chamado de “Eleitor Palatino”. Dado o seu caráter ordenador e fundamental da política imperial, a *Aurea Bulla* é vista como verdadeira norma constitucional do Sacro Império Romano Germânico.

Protestante, ao longo do século anterior. Nobres locais, revoltados com as atitudes dos imperadores católicos de Viena contra os protestantes da região, já se haviam organizado, em 1608, em torno da União Protestante, uma aliança armada para a defesa dos príncipes e cidades protestantes, chefiada pelo Eleitor Palatino, homóloga à Santa Liga Alemã, de 1609, formada por nobres católicos e comandada pelo Duque da Baviera (OSIANDER 2001:253). A percepção comum entre os protestantes germânicos era a de que o Imperador do Sacro Império não passava de um déspota vienezense vinculado a um papado decadente (KISSINGER 1999:59).

A insatisfação boêmia marcou o seu ponto culminante quando, na manhã de 23 de maio de 1618, um grupo de nobres protestantes invadiu o Castelo *Hradschin*, onde se encontravam os representantes do governo católico austríaco, em Praga, e jogou dois deles pelas janelas, em resposta à demolição de igrejas luteranas ordenada por Viena (BIRELEY 2003:01). Em que pese a intenção dos revoltosos em matar as suas vítimas, os nobres católicos William Slawata e Jaroslav Martinitz, os dois, miraculosamente, sobreviveram àquela queda para informar, pessoalmente, a corte de Viena sobre o ocorrido (COOPER 1970:308). Seguiu-se a esse episódio — que passou para a História sob o nome de “a defenestração de Praga” — a recusa da Liga Evangélica em aceitar a eleição do príncipe católico radical Ferdinando II, arquiduque da Áustria (um Habsburgo) e pupilo dos jesuítas, como Imperador do Sacro Império Romano-Germânico.⁹ Na ocasião, a União Protestante fez de Frederico V, o príncipe eleitor calvinista da próspera região do Palatinado¹⁰, o novo rei da Boêmia, simultaneamente proclamada independente do domínio austríaco. Com a tomada do trono real da Boêmia — cujo rei era um dos sete eleitores do Sacro Imperador, conforme a *Bulla Aurea* — os protestantes conseguiriam, assim, uma eventual maioria de votos suficiente para eleger, pela primeira vez, um Sacro Imperador não-católico.

A partir daquele princípio aparentemente pontual e restrito à Boêmia, com a “defenestração de Praga”, o conflito alastrou-se por todo o Velho Continente, transformando-se na primeira guerra de proporções realmente européias da História. O êxito dos Habsburgo austríacos e do imperador Ferdinando II em retomar o domínio da Boêmia, sufocar os inconfidentes, eliminar a liberdade de culto e punir Frederico V — assenhorando-se dos seus territórios no vale do rio Reno e transferindo o seu direito como Príncipe Eleitor ao Duque da Baviera — dependeram em grande medida da ajuda que pediram à Espanha (também governada pela Casa de Habsburgo), à Polônia e a vários nobres católicos alemães (especialmente o próprio Duque Maximi-

⁹ O fanatismo religioso de Ferdinando II, para quem o Estado não existia senão para servir à religião, pode ser medido pelas palavras do seu fiel conselheiro GASPAR SCIOPIUS: “*infeliz do rei que ignora a voz de Deus implorando-lhe que mate os hereges. Não deves guerrear por vós mesmos, mas por Deus (Bellum non tuum, sed Dei esse statuas)*”, (apud KISSINGER 1999:62).

¹⁰ O Palatinado era a região germânica ao redor da cidade universitária de Heidelberg, sua capital.

liano da Baviera) para enfrentar os protestantes rebelados. Em novembro de 1620, Ferdinando II já havia reconquistado a capital boêmia e expulso Frederico V, apelidado de “Rei de um inverno”, para o exílio. Tais fatos — aliados à ruína e a miséria deixadas na Boêmia e no Palatinado pelas tropas fiéis ao Sacro Imperador católico¹¹ — trouxeram à luta outros governos protestantes europeus, entre os quais, outros príncipes alemães, o rei Cristiano IV da Dinamarca e o rei Gustavo Adolfo da Suécia, todos expansionistas anti-católicos e anti-imperiais. Estes dois últimos, na perspectiva de reunirem territórios no norte da Europa continental e reequilibrarem a balança do poder de base religiosa, travam violentos combates — sem sucesso — com as tropas da Liga Católica nos campos situados na margem germânica do Mar Báltico.

Em 1629, a agravar a crise política, o Sacro Imperador Ferdinando II impôs aos alemães o “Edito da Restituição”, ato imperial que anulava todos os títulos protestantes sobre as propriedades católicas, secularizadas desde 1555, e colocava as terras expropriadas à disposição do Imperador e seus afilhados. Ferdinando II pretendia, assim, saldar parte de sua dívida moral e financeira para com os nobres católicos que o tinham auxiliado a retomar a Boêmia e afastar, temporariamente, os dinamarqueses e suecos. Pela primeira vez um ato imperial tinha força de lei, diretamente executável no território dos príncipes, já que patrocinado pelo exército privado do Imperador, chefiado pelo competente *condottiere* Wallenstein (MOUSNIER 1973:199).¹² Nesse cenário de contínuo fortalecimento, “o poder imperial tornava-se um poder monárquico e o Imperador, para a Europa, o maior perigo” (MOUSNIER 1973:200).

Esse perigo não seria negligenciado a oeste do Reno, de maneira que, em 1630, os protestantes teutônicos ganham um vultoso e contínuo apoio financeiro dos franceses (católicos) nos embates contra os vizinhos Habsburgo (também católicos), dando início a uma nova fase do conflito. É nessa ocasião, ao iniciar-se a multissecular batalha francesa pela fragmentação e dispersão dos povos germânicos, que a guerra perde o seu caráter religioso (católicos *versus* protestantes) para transformar-se num conflito geopolítico entre as casas rivais de Bourbon e Habsburgo pelo domínio do continente europeu. Numa perspectiva ideológica, é possível identificar agora uma nítida confrontação entre duas visões de mundo antagônicas: uma virada para o passado, encarnada no Sacro Império Romano-Germânico, representante do universalismo católico medieval e da preeminência do Imperador, e outra voltada para o futuro,

¹¹ A humilhação imposta ao Palatinado teve o seu auge quando o rei católico Maximiliano da Baviera enviou parte da honorável biblioteca da Universidade de Heidelberg ao Vaticano, onde ainda hoje deve repousar, segundo apontou COOPER (1970:317).

¹² Os *condottieri* eram mercenários que arregimentavam, comandavam, abasteciam e pagavam forças armadas privadas e cujo aparecimento dá-se na península italiana do século XIV (BOBBITT 2003:75). As tropas comandadas pelo *nouveau riche* Albrecht von Wallenstein conferiram ao Imperador Frederico II maior liberdade em relação ao Duque Maximiliano da Baviera, de quem dependia militarmente em elevado grau (OSIANDER 2001:256).

a francesa, com um discurso radical de liberdade, igualdade e fraternidade (?) entre todos os Estados. Uma leitura geopolítica da Guerra dos Trinta Anos aponta na direção de que, para a França — uma “ilha” Bourbon cercada de territórios dos Habsburgos na península ibérica e no longo corredor entre o norte da Itália e os Países Baixos — uma vitória vienense significaria ser, certamente, relegada a uma posição periférica na política européia.

Ainda com essa mesma perspectiva, a França radicaliza a sua posição e, apesar de católica, intervém diretamente no conflito a partir de 1634, ao lado das potências protestantes, deixando de lado a ajuda financeira secreta para ingressar numa guerra aberta contra o Sacro Império. É o suficiente para que a Coroa espanhola, ramo madrilenho dos Habsburgo, responda à declaração de guerra dos franceses. Registre-se que já estava em curso, nessa altura, uma sublevação de natureza religiosa e nacionalista das províncias espanholas situadas nos Países Baixos contra os Habsburgo de Madri — as Províncias Unidas da Holanda constituíam uma possessão espanhola. A Espanha, portanto, via a França como aliada natural dos revoltosos neerlandeses, protestantes e contrários à dominação da dinastia Habsburgo na Europa (BOBBITT 2003:101-102).

No desenrolar dos conflitos, os suecos, capitaneados pelo Rei Gustavo Adolfo, infligiram derrotas às tropas do Imperador Ferdinando II em várias partes do Sacro Império e chegaram a cercar a Praga austríaca. Depois de inúmeras vitórias em território alemão, o exército francês também conseguiu assediado Viena. Revoltas em Portugal, na Catalunha e em Nápoles enfraquecem o poder espanhol, cuja armada fora duramente atacada pelos holandeses em águas inglesas. Coube ao Cardeal Richelieu, poderoso Primeiro-Ministro de Luís XIII, e ao Cardeal Mazarino (após a morte de Richelieu, em 1643) conduzir a França e os seus aliados a retumbantes vitórias até que a Áustria pedisse a paz. Àquela altura, o pragmatismo de Richelieu era tamanho que o cardeal chegou a aliar-se aos “infiéis” turcos otomanos para que fustigassem a fronteira mais oriental da Áustria e assim, desviassem a atenção e os recursos de Viena das frentes de batalha ocidentais (BOBBITT 2003:103). A justificação de Richelieu era muito objetiva: “*a king who sacrificed his state to his faith was exposing himself to losing both*” (SONNINO 2002:194).

As conferências de paz de que resultariam os Tratados de Vestefália iniciaram-se, de fato, em 04 de dezembro de 1644, como um congresso verdadeiramente europeu — negociações informais, porém, já existiam desde 1641, em Hamburgo (ZAYAS 1984:537). Seria a primeira vez que tratados poriam fim a uma guerra na Europa e as complexas negociações (a começar pelas questões protocolares) se estenderam por cerca de quatro longos anos. Através dos Tratados de Vestefália, precisamente o *Instrumentum Pacis Monasteriense* e o *Instrumentum Pacis Osnabrugense*, ambos concluídos em latim, em 24 de outubro de 1648, nas cidades de Münster, católica, e Osnabrück, luterana, garantiram-se consideráveis conquistas territoriais aos franceses (incorporação da Alsácia e dos bispados de Metz, Toul e Verdum); reconheceu-se

a independência da Holanda¹³ e da Suíça do Sacro Império; garantiu-se que catolicismo e protestantismo (luterano e calvinista) passariam a ser confissões com idênticos direitos; concederam-se territórios alemães à Suécia; reduziu-se o Sacro Império Romano-Germânico a uma mera ficção, já que a cada príncipe eleitor alemão foram outorgados direitos próprios de soberania; foram abolidas barreiras ao comércio e deu-se início a um longo período de relativo equilíbrio de poder na Europa.¹⁴

Com a celebração da Paz de Vestefália cada príncipe eleitor passou a deter o poder de declarar guerra, de firmar a paz, de integrar alianças com outras potências e de governar os seus respectivos Estados como melhor lhe aprouvesse. Tais faculdades resumiam o *jus foederationis* (CASSESE 2001:21), de capital importância para as engenharias constitucionais contemporâneas. Embora continuasse a existir, o Sacro Império passou a ser uma instância basicamente deliberativa (PHILPOTT 1999:581). Uma vez alcançada a autonomia dos príncipes em relação ao Imperador, foi inevitável o esfacelamento do Sacro Império Romano-Germânico, constituído por um amálgama de mais de trezentos territórios soberanos sem nenhum sentimento nacional (ducados, landegraviados, margraviados, condados, arcebispados, bispados, abadias, cidades livres e domínios minúsculos de cavaleiros do império) (cf. MOUSNIER 1973:199). O Sacro Império Romano-Germânico manteve, assim, apenas uma fachada de unidade até ser dissolvido definitivamente por Napoleão Bonaparte em 1806, quando o Imperador Francisco II renuncia à coroa imperial. A fragmentação alemã pulverizou o poder dos Habsburgo de Viena e possibilitou que a dinastia dos Hohenzollern, baseada na Prússia e no Brandenburgo, ao receber territórios ao norte do Sacro Império, desse início à sua política de grande rivalização com “os áustrias” (MAGNOLI 2004:36). Essa estratégia dos Hohenzollern teria um dos seus pontos mais significativos quando da constituição da União Aduaneira Alemã (*Zollverein*), por iniciativa prussiana, no século XIX.

Tanto a cidade de Münster como a de Osnabrück, distantes entre si cerca de cinquenta quilômetros, situam-se na Vestefália (*Westphalia*, em alemão, uma zona localizada no noroeste da atual Alemanha), daí a razão dessa região servir como epônimo para aqueles famosos tratados. Na Münster católica, negociaram os representantes do Sacro Império e da França e dos seus aliados católicos, enquanto que na Osnabrück protestante reuniram-se os embaixadores do Sacro Império e da Suécia, dos príncipes alemães¹⁵ e dos seus aliados protestantes. Cada um dos dois tratados

¹³ Um pouco antes, em 15 de maio de 1648, também na cidade de Münster, um tratado específico entre Espanha e Países Baixos pusera fim a oitenta anos de conflitos pela independência desses últimos frente a Madri.

¹⁴ Diz-se “relativo” equilíbrio de poder, porque havia uma inegável predominância francesa na política europeia do século XVII (DROZ 1972:12); todavia, esse prestígio gálico estava longe de ter a mesma força da “era ibérica” que tomara conta da política internacional desde antes da descoberta da América.

¹⁵ A presença de príncipes alemães na assinatura do Tratado fazia parte da estratégia franco-sueca de enfraquecer a posição do Sacro Imperador (BEAULAC 2000:163).

tomou a forma de um ajuste bilateral, já que ainda não se concebera, na altura, a prática de tratados multilaterais. Estima-se que participaram da assinatura dos dois pactos cerca de trezentos representantes de todas as forças políticas da Europa, à exceção da Rússia, da Inglaterra, da Turquia e do Papado, cujo catolicismo saíra francamente derrotado¹⁶.

A quantidade de atores intervenientes, a complexidade dos interesses envolvidos nas negociações de paz e as dificuldades logísticas próprias da multiplicidade de idiomas/dialetos e da distância entre as duas cidades resultaram num tratado muito mais sofisticado e extenuante, a partir de uma perspectiva das diplomacias bilaterais comumente executadas até então (PARROTT 2004:153).

3. As conseqüências jurídicas da Paz de Vestefália: o núcleo do Paradigma Vestefaliano

Do ponto de vista do Direito, dois foram os grandes legados da Paz de Vestefália, a saber: a consolidação da liberdade de culto (associada à secularização do Estado) e a afirmação formal da soberania estatal (associada à “razão de Estado”)¹⁷. Em outras palavras, secularização, centralização e nacionalização ocupam um lugar privilegiado na descrição do novo mundo vestefaliano que se constrói a partir de então. Se, por um lado, é verdade que tais conquistas decorreram, na verdade, de uma longa luta dos reis e nobres europeus cujos inícios remontam ao período pré-Reforma Protestante, também é verdade, por outro lado, que foram os Tratados de Paz de Vestefália que os consolidaram formalmente pela primeira vez, ao instaurarem verdadeira Constituição Européia — a *constitutio Westphalica* (DROZ 1972:09; BEAULAC 2000:162). Essa nova constituição perfez um conjunto de normas, mutuamente estabelecidas, que procurou definir quais seriam os detentores da autoridade no cenário internacional europeu, quais as regras para tornar-se um desses atores e quais as suas prerrogativas (PHILPOTT 1999:567) — uma nova ordem mundial, portanto. Note-se que aquela trindade de dimensões da moderna estatalidade (secularização, centralização

¹⁶ A Igreja Católica atuou como mediadora e apenas em Münster (COOPER 1970:352). O poderoso Papa Inocêncio X (antigo proprietário do *Palazzo Doria Pamphilj*, onde hoje funciona a embaixada do Brasil em Roma) protestou firmemente contra os tratados, afirmando, em sua *Bula Zelo Domus Dei*, de 26 de novembro de 1648, que a Paz de Vestefália “*é nula, inválida, danosa, condenável, inane, desprovida de significado e efeito para todo o sempre*” (apud BOBBITT 2003:108). Apesar dessa leitura pessoal do Papa Inocêncio X sobre a pouca valia da Paz de Vestefália, o seu núncio apostólico, que acompanhara de perto toda a Conferência de Paz, o monsenhor Fabio Chigi, viria a tornar-se, mais tarde, o Papa Alexandre VII, certamente por conhecer como poucos a nova realidade da política continental, delineada na Vestefália.

¹⁷ A dimensão religiosa de Vestefália, porém, passou despercebida na análise feita por FALK (2002:312), para quem o modelo vestefaliano é “*a state-centric, sovereignty-oriented, territorially bounded global order*”. Por outro lado, ela é acentuada em Schröder (1999).

e nacionalização) é, também, uma trindade una, porque é afinal o Estado nacional soberano, forte e centralizado, o maior fiador da paz interconfessional e da liberdade de culto. “*Der Staat war Freiheitsgarant und Friedensstifter*” — sentenciou GEHARD ROBBERS.¹⁸

Quanto ao aspecto religioso, é fácil constatar que, até então, as populações tinham de seguir, compulsoriamente, a crença do seu príncipe (*cujus regio ejus religio*)¹⁹; todavia, com os Tratados de Paz de 1648 essa vinculação deixou de ser presumida ou determinada, de modo que as razões da política já não se identificavam mais com as razões da religião. Com efeito, o art. IV, nº 19, do *Instrumentum Pacis Osnabrugensis* e o § 27 do *Instrumentum Pacis Monasteriensis* utilizam-se das mesmas palavras para consignar o princípio da tolerância religiosa: “[...] e será livre o exercício da confissão de Augsburg a todos os demais que o desejem, assim em público, nos templos, às horas estabelecidas, como privadamente, em suas próprias casas, e em outras destinadas para este uso pelos seus Ministros da Palavra Divina ou vizinhos”²⁰. A preservação dessa liberdade de culto não deixa de marcar um início do longo caminho em direção à proteção dos direitos fundamentais. Por outro lado, finda a universalidade religiosa e política do medievo, o Império e o Papado deixavam de ter direito a intervir nos assuntos internos de cada reino ou principado. Quanto ao aspecto mais mundano dessa questão, o § 65 do *Instrumentum Pacis Monasteriensis* e o art. VIII, 4, do *Instrumentum Pacis Osnabrugensis* consignam: “as Cidades Livres e demais Estados do [Sacro] Império terão voto decisivo tanto nas Dietas gerais como nas particulares e ficarão livres, quedando intactas suas regalias, impostos, rendas anuais, liberdades, privilégios de confiscar e impor coletas e demais coisas dependentes disto e outros direitos legitimamente obtidos do Imperador e do Império ou que tenham usado, possuído ou gozado por muito tempo antes desses conflitos com plena jurisdição, dentro de seus muros e em seu território [...]”²¹

¹⁸ “O Estado era garante da liberdade e fundador da paz” — trad. nossa. ROBBERS, Gehard. *Religionrechtliche Gehalte des Westfälischen Friedens — Wurzeln und Wirkungen*. In: SCHRÖDER 1999:73.

¹⁹ Foi com a “Paz de Augsburg” (1555), na seqüência da Reforma Protestante, que os príncipes territoriais da Alemanha conseguiram o direito de determinar a religião oficial dos seus súditos (GROSS 1948:22). Nessa altura, quatro quintos da população alemã era protestante.

²⁰ Trad. nossa a partir das versões disponíveis em <www.pax-westphalica.de>, sítio oficial do Projeto *Acta Pacis Westphalicae* que congrega parte dos trabalhos de edição crítica dos fundos documentais das conferências de paz vestefalianas, dirigidos pelo Prof. Dr. KONRAD REPGEN. Registre-se que as hercúleas pesquisas conduzidas pelo Prof. Repgen representam, nas palavras de DAVID PARROTT (2004:154), “surely one of the most impressive historical projects of the last two centuries”.

²¹ Trad. nossa a partir das versões disponíveis em inglês, francês, alemão e espanhol publicadas em <www.pax-westphalica.de>.

Com o colapso da unidade universal do Sacro Império Romano-Germânico e da Igreja Católica, cada Estado poderia promover os seus próprios interesses, e, para complementar essa idéia, o bem-estar estatal — a *raison d'État* — legitimava os meios para alcançá-lo. Inaugura-se, assim, um conceito de soberania que livra o rei ou o príncipe, simultaneamente, dos domínios políticos superiores (Papado e Império), iguais (outros soberanos) e inferiores (barões feudais), o que caracterizara, precisamente, toda a ordem política nacional e internacional anterior (MADRUGA FILHO 2003:24; HESPANHA 1984:28). Esse rompimento marca, definitivamente, o núcleo do novo pensamento jus-político, dominado por governos centralizadores, fronteiras rígidas, soberania interna exclusiva e uma diplomacia interestatal formal. É, portanto, com os Tratados de Paz de Vestefália que se verifica o ponto mais claro de transição histórica do cenário internacional para a normatividade da soberania territorial e a prevalência do laicismo como fundamentos de um verdadeiro sistema multipolar de Estados preocupados com interesses temporais. O próprio emprego do termo “sistema” já manifesta uma idéia de aparente unidade de muitas diversidades individualizadas (TRUYOL Y SERRA 1974:32).²²

Considerações morais ou religiosas desocupam o norte da conduta estatal para dirigirem-se à periferia das preocupações governamentais, numa clara separação entre heresia e soberania, fenômeno que ficou conhecido como “*desteologização da política*”²³. Coube a Armand Jean du Plessis, o Cardeal de Richelieu, conceber o pragmático conceito de *raison d'État* (KISSINGER 1999:59), manifestando-o, por exemplo, ao colocar os interesses franceses acima de sua origem, fé e hierarquia católicas e aliar-se aos príncipes protestantes da Europa central germanófona contra a Casa de Áustria ou, ainda, ao reconhecer a liberdade de culto protestante na França católica, ao editar a “Anistia de Alais”, em 1629, o mesmo ano em que o Imperador Ferdinando II impôs o “Edito da Restituição”. A *raison d'État* opunha-se, portanto, à lei moral universal medieval e indicava a independência e a supremacia dos interesses do Estado frente às questões religiosas. Antes, política e religião mantinham uma união indis-

²² Com efeito, um sistema é uma ferramenta teórica de grande utilidade para a análise da realidade e que, de modo geral, pode ser definido como um conjunto de elementos relacionados funcionalmente entre si, de modo que cada elemento é função de algum outro elemento, inexistindo elemento isolado. Enquanto unidade epistemológica, todo sistema constitui, portanto, um coletivo de elementos que mantêm algum tipo específico de ordem, organização ou estrutura entre si, o que lhe confere alguma unidade, ainda que apenas aparente. Se um sistema é um agrupamento de unidades que se relacionam, conclui-se facilmente que três idéias são inerentes à concepção de qualquer sistema: coletividade (o todo), unidade (a parte) e interdependência (a estrutura que une as partes para que componham o todo). Depreende-se, daí, que três também são os componentes basilares para a constituição de qualquer sistema: 1) o repertório, ou seja, os seus elementos (distintos entre si e do próprio sistema); 2) as relações entre esses elementos, ou seja, a sua organização ou estrutura; e 3) a unidade orgânica que aproxima os elementos em suas relações.

²³ ÖSTREICH, op. cit., in: HESPANHA 1984:192.

solúvel — “*meras questões de oportunidade política tornam-se opções de natureza confessional*”²⁴ —; com Richelieu, todavia, a situação sofre radical alteração: “*the interests of a state and the interests of religion are two entirely different things*”, teria dito o cardeal, em 1616, quando ainda era bispo de Luçon (apud SONNINO 2002:192). Não deixa de ter uma certa ironia o fato de ter sido justamente um cardeal católico, flagelo dos huguenotes em sua França natal, o maior responsável pela expulsão das questões religiosas das chancelarias européias, no raiar da modernidade.

Definitivamente, a verticalidade das relações político-religiosas do medievo dá lugar, no plano internacional, à horizontalidade formal das ligações entre os Estados, mas com acentuado viés individualista. Esta primazia dos interesses de cada monarquia em particular ilustra o caráter mais societário que comunitário do sistema estatal europeu do século XVII (TRUYOL Y SERRA 1974:35).²⁵ No plano interno, paralelamente, o poder absoluto das monarquias é cada vez mais inquestionável e, para isso, a legitimação divina dos reis detém um papel fundamental.

É justo reconhecer, porém, que uma certa noção de “razão de Estado” não era inédita até então, embora tivesse um significado mais mezinho e apenas interno — diferentemente daquela desenvolvida a partir de Richelieu. No medievo, o “*jus eminens*” consistia no poder supremo do príncipe de dispor sobre os bens dos súditos, ou melhor, na faculdade de intervir de modo supremo nos direitos dos particulares. Como a ele se referiu ROGÉRIO SOARES (1955:55), o “*jus eminens*” encarnava a “*razão de Estado perante a qual se dissolviam todos os privilégios*”, ou seja, o meio de se quebrantar quaisquer direitos positivos de estamentos ou instâncias privilegiadas (GARCÍA DE ENTERRÍA 1994:98). Essa idéia de superioridade do poder do príncipe no plano interno, embora remonte originalmente aos inícios da época medieval, foi recepcionada e aperfeiçoada pelos dogmas do absolutismo monárquico e tornou-se ferramenta indispensável a um exercício barroco do poder — marcado pelo exagero, o excesso, a hipérbole, a extravagância, o apego à forma, o constante conflito entre o sagrado e o profano.

Os conflitos de origem confessional do século XVII, ao enfraquecerem o poder da Igreja Católica, fortaleceram — simultaneamente — o poder temporal dos reis, de maneira que, no plano externo, os monarcas passaram a se igualar e, no plano interno,

²⁴ ÖSTREICH, op. cit., in: HESPAÑA 1984:192.

²⁵ A dicotomia entre comunidade e sociedade foi esmiuçada, entre outros, por CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO (1997:45), para quem “*a comunidade representaria as seguintes características: formação natural; vontade orgânica (energia própria ao organismo, manifestando-se no prazer, no hábito e na memória); e os indivíduos participariam de maneira mais profunda na vida em comum. [...] A sociedade já possuiria caracteres diferentes: formação voluntária, vontade refletida (seria produto do pensamento, dominada pela idéia de finalidade e tendo como fim supremo a felicidade); e os indivíduos participariam de maneira menos profunda na vida em comum.*”

já não encontravam ninguém com quem se ombrear. O caos religioso deu, assim, lugar a uma ordem política secular que, nos 140 anos seguintes, até 1789, seria marcada pelo absolutismo, pela burocratização e pelo militarismo. Some-se a isso o fato de que a “desteologização” da política contribuiu decisivamente para a secularização do espírito, o que fez do absolutismo a manjedoura do iluminismo.²⁶ Esse quadro demarca, sem dúvida, as bases mais sólidas do Direito Público europeu (ROCHE 2001:94), daí a ampla legitimidade do caráter verdadeiramente paradigmático dos Tratados de Paz de Vestefália.

4. À guisa de conclusão: *Auf Wiedersehen, Vestefália?*

Os Tratados de Paz de Vestefália não constituíram, sem dúvida, uma revolução óbvia, radical e instantânea no modelo jurídico-político de Estado vigente até então (um “*political big bang*”), tal como as grandes revoluções políticas modernas. Longe disso, ensina KUHN que “*a história sugere que a estrada para um consenso estável na pesquisa é extraordinariamente árdua*” (KUHN 1997:35). Na verdade, aqueles pactos de 1648 assinalaram, sim, uma evolução significativa nos modos de ver e compreender a estatalidade, permitindo que novos atores estatais ingressassem numa cena política continental modificada, mesmo não tendo desintegrado o Sacro Império Romano-Germânico ou o Papado. As principais categorias jus-políticas desse mundo redesenhado passaram a dirigir-se para um cada vez mais alargado consenso depois de 1648.

Em oposição às tradicionais concepções políticas de revolução como ruptura e erradicação, são próprias das evoluções as persistentes e quotidianas modificações qualitativas, nem sempre lineares ou cumulativas. Os debates peculiares aos períodos pré-paradigmáticos não desaparecem de uma vez por todas com o surgimento do paradigma (KUHN 1997:73), de maneira que é no mínimo controverso falar-se em uma “revolução vestefaliana”, no sentido que é atribuído ao termo “revolução” pelo senso comum. O caráter não revolucionário (em sentido lato) do paradigma vestefaliano, todavia, não tem o condão de lhe retirar qualquer prestígio. Isso é o que se constata na Europa multifacetada a partir de 1648: a Paz de Vestefália contribui com a laicização definitiva da política e dá início ao longo processo de formação do moderno Direito Público Europeu, fundado numa soberania laica, cujos pontos altos seguintes seriam a Revolução Francesa e a Segunda Guerra Mundial. Nessa perspectiva, 1648, 1789 e 1945 ainda constituem, portanto, datas fundamentais, paradigmáticas mesmo, para a atual formatação do Estado, da Lei e da Justiça ocidentais — categorias centrais para o nosso Direito. Não se deve olvidar que um paradigma, em seu

²⁶ ROBBERS, op. cit., in: SCHRÖDER 1999:73. É justo reconhecer, todavia, que essa “desteologização” é apenas relativa, já que concretizada muito mais na política externa do que na política interna, uma vez que os atributos divinos do rei são cada vez mais lembrados e reforçados.

sentido propriamente *kuhniano*, melhor se articula e mais coerente fica a cada nova ocasião em que é submetido a condições originais ou mais rigorosas (KUHN 1997:44), de maneira que a soberania e o laicismo de 1648 não são os de hoje, embora 1648 ainda detenha a capital importância de ter incluído definitivamente esses novos princípios reguladores na matriz institucional internacional.²⁷

Em sentido contrário, porém em reconhecida posição minoritária, BEAULAC (2000:175) e OSIANDER (2001:261) afirmam que o “*Westphalian Myth*” (sic) não constitui um verdadeiro paradigma para o desenvolvimento do sistema moderno de Estados, posto que os tratados de 1648 não alteraram verdadeiramente as relações de poder que se seguiram na Europa — o Império continuou forte, ao lado da França e da Espanha (que também já eram fortes) e o Papado já estava em decadência há tempos e não, necessariamente, em virtude da celebração da paz vestefaliana. Tal argumento, porém, não é suficiente para afastar a posição central da Paz de Vestefália na definição do cenário jurídico-político posterior; afinal, o realismo de suas considerações sobre fatores de poder não se choca com a rigidez do formalismo jurídico do conceito de soberania (ainda hoje inegável), sobre o qual vai se assentar todo o Direito Público posterior (aliado à laicização e à razão de Estado). Não há qualquer incoerência entre a igualdade jurídica/territorial/formal entre os Estados e a sua intrínseca desigualdade geopolítica/hegemônica, para utilizar uma referência conceitual utilizada por FALK (2002:312); afinal, uma soberania absolutamente incondicional, desconectada de pressões de poder e influências econômicas, nunca existiu de fato. Ademais, a complexidade do fenômeno vestefaliano torna-o múltiplo em significados.

Se para os estudiosos das relações internacionais os Tratados de Vestefália já possuem um significado central, mais ainda têm para a dogmática jurídica, cujo caráter normativo-prescritivo encontra naqueles pactos do século XVII a instauração formal de uma ordem internacional baseada na igualdade jurídica entre Estados laicos. Quanto a isso, é justo reconhecer que um mesmo paradigma pode ter valores distintos para campos de estudo diferentes, tais como a Ciência Jurídica e as Relações Internacionais (KUHN 1997:74-75). Nesse sentido, Thomas Kuhn menciona um exemplo esclarecedor da pluralidade de certos paradigmas: “*os astrônomos, por exemplo, podiam aceitar os raios X como uma simples adição ao conhecimento, pois seus paradigmas não foram afetados pela existência de uma nova radiação. Mas para homens como Kelvin, Crookes e Roentgen, cujas pesquisas tratavam da teoria da radiação ou dos tubos de raios catódicos, o surgimento dos raios X violou inevitavelmente um paradigma ao criar outro*” (KUHN 1997:126).

Registre-se ainda que é justamente porque Vestefália assinala um paradigma jus-político que se pode afirmar, hoje em dia, que, em 1648 e logo a seguir, esse

²⁷ Ponto de vista semelhante é defendido por PHILPOTT (1999:579), para quem os Tratados de Paz de Vestefália não deveriam ser compreendidos como uma “*metamorfose instantânea*”: “*Westphalia consolidated the modern system; it did not create it ex nihilo*” (PHILPOTT 1999:579).

paradigma ainda não estava completamente amadurecido: a consciência da anomalia inicial decorre do aperfeiçoamento e do refinamento das categorias conceituais Estado, Direito, religião e soberania, ao longo do tempo, o que, de fato, lhe permitiu sair vencedor diante do eterno conflito com outros modelos, outras teorias, outros paradigmas (KUHN 1997:199). Não resta dúvida, todavia, que Vestefália desloca definitivamente a rede conceitual através da qual se compreende a estatalidade.

É falso inferir que a importância dos Tratados de Paz de Vestefália seja obra apenas do século XIX ou XX, como se nessa altura tivesse havido um resgate de um acontecimento histórico que estava esquecido há tempos. Já aos olhos dos seus contemporâneos, a chegada da paz foi longa e solenemente comemorada (GANTET 2004:276). Muito antes e muito longe dos estreitos limites da dogmática jurídica, o pintor holandês GERARD TER BORCH soube captar com invulgar perspicácia o destacado relevo e as principais conseqüências da Paz de Vestefália, no seu quadro “*The Swearing of the Oath of Ratification of the Treaty of Münster*”, pintado ainda no último ano da Guerra dos Trinta Anos.²⁸ Naquela obra, fica mais uma vez patente que a arte não modifica o mundo como uma ferramenta, mas tem a sua magnitude: a grandeza da arte reside na impossibilidade de sua redução a uma simples representação efêmera e objetiva do presente e do real — seja por razões ideológicas, pedagógicas, hedonísticas ou religiosas — por mais realista ou figurativa que pareça ser.

A obra prima de GERARD TER BORCH retrata o salão principal (*Ratskammer*, posteriormente *Friedenssaal*) da prefeitura de Münster, no exato momento em que o tratado de paz é jurado pelos plenipotenciários da Espanha e dos Países Baixos. O núcleo da tela é ocupado, com singular destaque, pelas duas versões do tratado (a dos espanhóis e a dos neerlandeses, ambas em latim), devidamente seladas, dispostas com exuberância numa mesa circular, forrada de pesado veludo verde. O *leitmotiv* da tela não é a independência dos Países Baixos ou a vitória de qualquer credo religioso ou corrente política, mas o próprio tratado ali jurado. A centralidade e a força do Direito (simbolizado pelo tratado de paz) são, ainda, ressaltadas pelo artista na disposição circular das autoridades que presenciam a cena e na especial iluminação que dedica ao centro da ação, de modo que a luz obnubila-se à medida que os olhos fogem dos tratados, no centro da composição, tanto no eixo horizontal como no eixo vertical. Alguns outros aspectos demonstram a absoluta paridade política e religiosa entre as duas delegações presentes na concorrida cerimônia: primeiro, o fato pitoresco de que ambas juram simultaneamente o tratado (o que, por razões práticas e protocolares, é

²⁸ GERARD TER BORCH (1617-1681), “*The Swearing of the Oath of Ratification of the Treaty of Münster*”, 1648, óleo sobre cobre, 45,4 cm x 58,5 cm, de propriedade da *National Gallery* de Londres <www.nationalgallery.org.uk>. É preciso registrar que o quadro não retrata exatamente a cerimônia de conclusão do *Instrumentum Pacis Monasteriense*, de 24 de outubro de 1648, mas a do tratado anterior, de 15 de maio de 1648, celebrado também em Münster, mas entre a Espanha e os Países Baixos.

pouco provável que tenha acontecido de fato); em segundo lugar, a ausência de grandes distinções entre os cerca de setenta e sete homens que testemunham o juramento em semicírculo, ao redor do tratado, apesar de estarem ali católicos e protestantes, espanhóis e neerlandeses, civis e militares — o que realça a perspectiva universalista, ecumênica e apatidária da pintura; finalmente, nenhuma autoridade em particular merece especial atenção na grafia pictórica de TER BORCH. Na linha de frente da cena apenas dois personagens destoam dos demais pelo colorido de suas vestes: à esquerda, um militar anônimo que traja as cores da cidade de Münster, numa referência à cidade em que foi assinado o tratado, observa a cena à distância, atrás de uma cadeira vazia²⁹; mais perto dos acontecimentos, logo à direita dos tratados, um diplomata³⁰, com uma imponente toga vermelha, dá a exata medida da importância e do destaque que as chancelarias gozariam a partir de então. Chama ainda a atenção a circunstância de que, enquanto os seis plenipotenciários neerlandeses juram o tratado com os dedos para o alto, os dois embaixadores espanhóis o fazem com a mão direita sobre a bíblia e o crucifixo — as duas formas, protestante e católica, têm, para o autor, idêntica dignidade. Não há vitoriosos ou derrotados, infiéis ou heréticos no espaço pictográfico. Apenas na extrema periferia direita da tela, GERARD TER BORCH fez uma referência ao clero: a figura de um monge, talvez o prior de Münster, com a sua habitual túnica marrom, observa a cena às costas dos católicos espanhóis, mas atrás do garboso diplomata de vermelho. Essa ordem de precedência (opondo vermelho/poder a marrom/humildade) certamente não é aleatória. Apesar de Münster ser uma cidade católica, os signos religiosos daquela solene ocasião restringem-se à escultura de uma Madona — reconhecida por católicos e protestantes como a mãe do Cristo-Deus — que abençoa a cena, discretamente, talhada em um lustre circular de velas apagadas. Curiosamente, toda a luz que invade o *Friedenssaal* é aquela que entra pela janela do canto superior esquerdo do salão — exatamente a mesma luz que iluminava e aquecia toda a Europa daquele instante. Nessa obra de arte, assim como em muitas outras, acontece uma abertura que revela muito do ser das coisas e, mais uma vez, é na mentira da arte que se pode encontrar a verdade mais consistente.

Embora o cenário internacional já não seja mais hoje exclusivamente estatal, a soberania torne-se cada vez mais compartilhada, haja uma certa fluidificação das fronteiras comerciais, e uma guerra nos moldes daquela de 1618-1648 pareça cada vez mais remota (aspectos, sem dúvida, pós-vestefalianos)³¹, o Estado ainda é um ator indispensável na

²⁹ A cadeira (tradicional alegoria para o poder) vazia é outro indicativo para a isonomia entre as duas delegações.

³⁰ Segundo KETTERING (1998:09), o diplomata em questão é o holandês Johannes Christopherus Belne, secretário de Antoine Brun, o segundo homem da delegação espanhola naquela conferência.

³¹ Alguns desses aspectos são aprofundados por HARDING E LIM (1999).

modulação e na execução do Direito e na compreensão das relações internacionais. Ademais, conquanto se perceba facilmente uma renovação dos fundamentalismos religiosos em muitos lugares (um ranço eminentemente pré-vestefaliano), constitui uma preocupação cimeira das agendas políticas interna e internacional a manutenção do diálogo multicultural e a garantia da liberdade de consciência. Esses dois aspectos já conferem uma amostra, portanto, da vitalidade dos elementos vestefalianos da estatalidade. Mesmo assim, esses ainda não são os maiores legados responsáveis pela permanente atualidade do já anoso “paradigma vestefaliano”. A maior prova de que os Tratados de Paz de 1648 permanecem incontornáveis para a compreensão dos nossos modelos de Estado e Direito atuais é o fato de que, mais de 350 anos depois de sua assinatura, a constituição de qualquer ordem jurídica continua a exigir uma construção democrática, uma edificação sempre em sentido ascendente, da base à cúpula (*from below*), nunca ao contrário, arbitrariamente, seja por um Papa, seja por um Imperador.

5. Bibliografia

- ALMEIDA, João Marques de. A Paz de Westfália, a História do Sistema de Estados Moderno e a Teoria das Relações Internacionais. *Política Internacional*. v. 2, n. 18, p. 45-78, outono/inverno 1998.
- BEAULAC, Stéphane. The Westphalian Legal Orthodoxy — Myth or Reality? *Journal of the History of International Law*. v. 2, n. 2, p. 148-177, 2000.
- BENEDEK, Nelly Silagy et al. *Gerard ter Borch — A Resource for Educators*. New York: American Federation of Arts, 2004.
- BIRELEY, Robert. *The Jesuits and the Thirty Years War*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- BOBBITT, Philip. *A Guerra e a Paz na História Moderna*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.
- BURNS, Edward McNall. *História da Civilização Ocidental*. Vol. I. Porto Alegre: Globo, 1981.
- BUZAN, Barry; LITTLE, Richard. *International Systems in World History — Remaking the Study of International Relations*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARPEAUX, Otto Maria. *A Literatura Alemã*. São Paulo: Cultrix, 1964.
- CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- COOPER, J. P. (ed.) *The New Cambridge Modern History. Vol. IV — The Decline of Spain and the Thirty Years War*. Cambridge: Cambridge University Press, 1970.
- DROZ, Jacques. *Histoire Diplomatique — de 1648 à 1919*. Paris: Dalloz, 1972.
- FALK, Richard. Revisiting Westphalia, Discovering Post-westphalia. *The Journal of Ethics*. v. 6, n. 4, p. 311-352, 2002.

- FONSECA, José Roberto Franco da. Geopolítica e Direito Internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 91, p. 315-329, 1996.
- FOUREZ, Gérard. *A Construção das Ciências*. São Paulo: Editora UNESP, 1995.
- FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *Introdução ao Direito Comunitário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- GANTET, Claire. Peace Ceremonies and Respect for Authority: the *Res Publica*, 1648-1660. *French History*. v. 18, n. 3, p. 275-290, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Lengua de los Derechos: La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza, 1994.
- GROSS, Leo. The Peace of Westphalia, 1648-1948. *The American Journal of International Law*. v. 42, p. 20-41, 1942.
- HARDING, Christopher; LIM, C. L. (eds.). *Renegotiating Westphalia — Essays and Commentary on the European and Conceptual Foundations of Modern International Law*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1999.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HESPAÑA, António Manuel (org.). *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*. Granada: Comares, 2000.
- KAPPLER, Arno. *Tatsachen über Deutschland*. Frankfurt am Main: Societäts-Verlag, 1996.
- KETTERING, Alison McNeil. *Gerard ter Borch and the Treaty of Münster*. The Hague / Zwolle: Mauritshuis / Waanders Publishers, 1998.
- Gerard ter Borchs “Beschwörung der Ratifikation des Friedens von Münster” als Historienbild. In: BUSSMAN, Klaus; SCHILLING, Heinz (eds.). *1648: Krieg und Frieden in Europa — Textband II: Kunst und Kultur*. Münster/ Osnabrück: Westfälisches Landesmuseum für Kunst und Kulturgeschichte Münster / Kulturhistorisches Museum und Kunsthalle Dominikanerkirche, p. 605-614, 1998a.
- KISSINGER, Henry. *Diplomacia*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1999.
- KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- MACHADO, Jônatas E. M. *Direito Internacional — Do Paradigma Clássico ao Pós-II de Setembro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A Renúncia à Imunidade de Jurisdição pelo Estado Brasileiro e o Novo Direito da Imunidade de Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MAGNOLI, Demétrio. *Relações Internacionais: Teoria e História*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

- MOUSNIER, Roland. *Os Séculos XVI e XVII*. In: CROUZET, Maurice. *História Geral das Civilizações*. Tomo IV, vol. I. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1973.
- OSIANDER, Andréas. Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth. *International Organisation*. v. 55, n. 2, p. 255-287, junho 2001.
- PARROTT, David. The Peace of Westphalia. *Journal of Early Modern History*. v. 8, n. 1, p. 153-159, 2004.
- PHILPOTT, Daniel. Westphalia, Authority and International Society. *Political Studies*. v. 47, n. 3, p. 566-589, 1999.
- ROCHE, Jean-Jaques. *Relations Internationales*. Paris: L.G.D.J., 2001.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 1965.
- SCHILLER. *Histoire de la Guerre de Trente Ans*. Tomos I e II. Paris: Lenormant, 1803.
- SCHRÖDER, Meinhard (ed.). *350 Jahre Westfälischer Friede*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.
- SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*. Coimbra: Atlântida, 1955.
- SONNINNO, Paul. From D’Avaux to Dévot: Politics and Religion in the Thirty Years War. *History*. v. 87, n. 286, p. 192-203, 2002.
- STIRK, Peter. The Westphalian Model, Sovereignty and Law in *Fin-de-siècle* German International Theory. *International Relations*. v. 19, n. 2, p. 153—172, 2005.
- STROMBERG, Joseph R. Sovereignty, International Law and the Triumph of Anglo-American Cunning. *Journal of Libertarian Studies*. v. 18, n. 4, p. 29-93, 2004.
- TESCHKE, Benno. Theorizing the Westphalian System of States: International Relations from Absolutism to Capitalism. *European Journal of International Relations*. v. 8, n. 1, p. 05-48, 2002.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *La Sociedad Internacional*. Madrid: Alianza, 1974.
- ZAYAS, Alfred-Maurice de. Peace of Westphalia (1648). In: BERNHARDT, Rudolf (ed.). *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam/Heidelberg: Elsevier/Max-Planck-Institut für öffentliches Recht und Völkerrecht, p. 536-539, 1984.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

Instrucciones para la presentación de los artículos

1. Los artículos deberán estar escritos en español o portugués. En caso contrario, se deberá acordar oportunamente con la Redacción del **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano** la posibilidad de una traducción.
2. Todos los trabajos serán puestos a consideración de la Redacción del **Anuario**, que determinará qué material será publicado. La decisión se comunicará oportunamente a cada autor.
3. El material enviado deberá ser original e inédito. Si luego de publicado en el **Anuario** se desea reproducirlo en otro medio, deberá dejarse constancia del lugar y la fecha de su publicación original.
4. Los artículos serán enviados en formato electrónico (archivo de Word o compatible) por correo electrónico a **ius@kasuy.org**, o bien en disquete a **Plaza Cagancha 1358, of. 804, 11100 Montevideo**, dirigidos a **Gisela Elsner**.
5. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los 70 000 caracteres (25 páginas del **Anuario**). La Redacción considerará las situaciones excepcionales.
6. La página 1 deberá contener la siguiente información:
 - Nombre del autor.
 - Título del artículo.
 - Un resumen del artículo (alrededor de 100 palabras).
 - Referencia curricular de hasta 30 palabras, que será presentada en nota a pie de página mediante un asterisco (*) junto al nombre del autor.
 - Dirección electrónica del autor, que se publicará.
 - Los eventuales agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página mediante dos asteriscos (***) junto al título del artículo.
7. Para los subtítulos se empleará la numeración decimal (1, 1.1...).
8. Se ruega no utilizar la numeración automática de títulos y apartados, así como tampoco referencias cruzadas, que los programas de diagramación o maquetación no reconocen.

9. El texto puede contener cuadros, pero los gráficos y diagramas se presentarán en archivos separados (de imagen o de planilla electrónica), en blanco y negro o escala de grises. En el texto se indicará dónde deben insertarse.

10. Las **citas bibliográficas** podrán incluirse en notas al pie o bien utilizar el sistema autor-año (o de Harvard) con las referencias en una bibliografía al final. Deberán contener los siguientes elementos:

- **Libros:** Nombre y apellido del autor; título del libro (en cursiva); ciudad, editorial y año de publicación (si la edición consultada no es la primera, conviene indicarlo); página(s) de donde se tomó la cita.

EJEMPLO:

Thomas Hobbes: *Leviatán*, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651).

- **Artículos o capítulos de libros:** Nombre y apellido del autor; título del artículo o capítulo (entre comillas); nombre y apellido del editor o compilador, si corresponde; título del libro (en cursiva); ciudad, editorial y año de publicación.

EJEMPLO:

Douglas Durán Chavarría: “Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad”, en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.): *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José: Unicef, 2000.

- **Artículos de publicaciones periódicas:** Nombre y apellido del autor; título del artículo; nombre de la revista o periódico; número; institución editora y/o ciudad (si resultan necesarios para identificar la publicación), fecha.

EJEMPLO:

Patricia Laurenzo Copello: “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 34, Madrid, 1999.

- **Recursos de Internet:** Nombre y apellido del autor (si el texto está firmado); si se trata de una parte de una obra mayor, nombre de la parte (entre comillas); nombre del sitio web o de la obra (en cursiva); dirección electrónica (entre comillas angulares o signos de mayor y menor); fecha de consulta.

EJEMPLO:

Ariel Dulitzky: “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, <<http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky/html>> (18.2.2004).

- En las **bibliografías** se utilizarán los mismos datos, anteponiendo el apellido al nombre del autor.

EJEMPLO:

DULITZKY, Ariel: “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, <<http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky/html>> (18.2.2004).

DURÁN CHAVARRÍA, Douglas: “Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad”, en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.): *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José: Unicef, 2000.

HOBBS, Thomas: *Leviatán*, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651).

LAURENZO COPELLO, Patricia: “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 34, Madrid, 1999.

- Cuando la publicación citada tenga más de tres autores, se usará el nombre del que figure en primer lugar, seguido de la expresión *et al.* o *y otros*. Se desaconseja la fórmula *Autores varios* por cuanto no ayuda a localizar la obra, propósito de las referencias bibliográficas.

