

1[2000]

INVESTIGACIÓN DE DERECHO COMPARADO

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA**

JURISPRUDENCIA

ACTO ADMINISTRATIVO. CONTROL. TELECOMUNICACIONES. DERECHO COMUNITARIO. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 6 (AUSTRIA).

La Comisión de Control de las Telecomunicaciones es un órgano establecido por ley; sus miembros, entre los cuales se encuentran jueces, son independientes, de conformidad con lo establecido por el art. 133.4 de la Constitución. Esta Comisión es el único órgano competente en materia de telecomunicaciones y cumple todas las tareas importantes en este área.

La posibilidad de crear órganos en el sentido del art. 133.4 cit. representa una excepción al principio según el cual todas las competencias administrativas tienen que estar no solamente ejercidas bajo la dirección o supervisión de órganos administrativos supremos del Estado, sino también ser controlados por el tribunal administrativo en relación a todos los actos administrativos de la Federación y de los Länder. Por consiguiente, la Constitución impide que se transfiera parte de su control a órganos especialmente creados.

La creación de dichos órganos plantea problemas que se encuentran en el origen del derecho público, en la medida en que la tarea que consiste en asegurar la conducta (directa) de la administración coincide con la función de control de un tribunal administrativo. La creación de un órgano como la Comisión de Control de las Telecomunicaciones puede, sin embargo, resultar aceptable por su dominio de intervención. Los actos reglamentarios en el dominio de las telecomunicaciones representan en gran medida una rama nueva de la administración que, por un lado, exige competencias jurídicas, económicas y técnicas, y que, por el otro, supone que regularmente se tomen decisiones relativas a los “derechos civiles” en el sentido que los entiende la Corte Europea de Derechos Humanos en su jurisprudencia relativa a la aplicación del art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En lo relativo al derecho a apelar las decisiones que emanan de esta autoridad nacional de regulación, el art. 5.3 de la Directiva n° 90/387/CEE -retomada por la directiva n° 97/51/CE- establece que “los Estados Miembros garantizan la existencia, a nivel nacional, de mecanismos adecuados que permitan a una parte que se sintió afectada por una decisión de la autoridad reglamentaria nacional, de acudir a una instancia independiente de las partes en cuestión”. Dicho artículo es lo suficientemente preciso para ser directamente aplicable, en el sentido de la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la medida en que debe existir una vía de apelación efectiva (ascendente) ante un órgano (nacional) independiente. La posibilidad de llevar el caso ante la Corte Constitucional no puede considerarse que satisface este derecho de apelación puesto que este órgano tiene una limitada competencia de control. Sin embargo, la competencia del tribunal administrativo en materia de control de la legalidad de los actos administrativos, se corresponde con las exigencias del derecho comunitario. De acuerdo con el principio de preeminencia del derecho comunitario, el art. 133.4 de la Constitución no es aplicable en lo que respecta al campo que abarca el art. 5.3 de la Directiva n° 90/387/CEE. Es posible, por consiguiente, apelar una decisión de la Comisión de Control de las Telecomunicaciones (en tanto autoridad regulatoria) ante el tribunal administrativo.

En lo que respecta a la cláusula de igualdad, la competencia de control de la Corte Constitucional se limita a saber si existe un conflicto evidente con el derecho comunitario, el que, en la medida en que desemboca en la posibilidad de actos arbitrarios, tiene que ser considerado como contrario a la ley.

CORTE CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA, sentencia del 11-3-1999, 1625/98, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 38.

ACTO ADMINISTRATIVO. CONTROL JUDICIAL. ALCANCES. DERECHO A LA IGUALDAD (BÉLGICA).

Viola el principio de igualdad y no discriminación establecidos por los arts. 10 y 11 de la Constitución, el art. 70 del Código del Valor Agregado (I.V.A.) si se lo interpreta en el sentido en que el juez, al recibir una apelación contra una multa administrativa impuesta por el fisco en caso de violación de la legislación del I.V.A., no puede ejercer un “control de plena jurisdicción” que incluya una justificación de los hechos y del derecho de la decisión administrativa y el respeto de los principios generales, particularmente el principio de proporcionalidad.

CORTE DE ARBITRAJE DE BELGICA, sentencia del 24-2-1999, 22/99, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 45.

ACTO ADMINISTRATIVO. SUSPENSIÓN. RECURSO DE NULIDAD. PREJUZGAMIENTO. DERECHO A LA IGUALDAD. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 6 (BÉLGICA).

1. Antecedentes del caso: en virtud del art. 17 de la ley sobre el Consejo de Estado, éste puede suspender los actos de las autoridades administrativas que sean objeto de un recurso de nulidad ante él. En el caso, uno de los consejeros que había intervenido en la suspensión del acto en juego, debía intervenir en el recurso de nulidad. En tales condiciones, el Consejo de Estado consultó a la Corte de Arbitraje acerca de si a dicha intervención se oponía el principio de igualdad y no discriminación (arts. 10 y 11 de la Constitución), combinados con el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, de manera que se desconociera la garantía de imparcialidad a una categoría de ciudadanos.

2. Sentencia:

El procedimiento de suspensión (*reféré administratif*) es un accesorio del recurso principal sobre el fondo y no prejuzga sobre el resultado de este último. Luego, no se encuentra comprometida la imparcialidad objetiva.

CORTE DE ARBITRAJE DE BELGICA, sentencia del 10-2-1999, 17/99, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 44.

ADOPCION. COSA JUZGADA. INTERÉS DEL MENOR. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989 (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: los jueces de la causa concedieron al peticionario la adopción plena de un menor. La sentencia fue consentida pero, en oportunidad de tener que ser inscripta la adopción, el adoptante expresó su deseo de que el menor conservara su apellido de sangre, lo que no era posible según el régimen de la adopción plena. El Asesor de Menores también solicitó que la adopción plena se transformara en una simple. Rechazadas las peticiones, se presentó un recurso extraordinario ante la Corte Suprema.

2. Sentencia:

En los procesos voluntarios (en el caso, adopción), las normas procesales sobre la cosa juzgada deben adecuarse a las normas sustanciales.

La misión específica de los tribunales especializados en asuntos de familia no es la de decidir problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas y modelos prefijados,

desentendiéndose de las circunstancias del caso. El adoptado, que ya había alcanzado la edad de 19 años, era conocido desde su infancia por el apellido de su familia biológica. A ello han de sumarse las serias consecuencias físicas y síquicas que posteriormente le produjo un accidente. Por ende, la desaparición por parte del adoptado del nexo con su familia de sangre y el cambio de apellido le traerían serios trastornos sobre su identidad, máxime dada la relación que mantenía con su madre.

En consecuencia, el rechazo de lo solicitado, no obstante el consentimiento del adoptante y del Asesor de Menores a la sentencia que concedió la adopción plena, no responde al interés del menor protegido por la ley nacional y por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, mayormente cuando la modificación peticionada cuenta con la conformidad del adoptante, del adoptado y del Asesor de Menores. Por consiguiente, es procedente dejar sin efecto la sentencia que concedió una adopción plena, no obstante encontrarse consentida, y otorgar en su lugar la adopción simple si ello beneficia los intereses del menor.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA (tres jueces formularon opiniones concurrentes), sentencia del 15-2-2000, T.70.XXXIV, *Torres, Alejandro Daniel s/ adopción*.

ALLANAMIENTOS Y REGISTROS. SOSPECHA RAZONABLE (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: una llamada anónima informó a la policía que un hombre joven de raza negra, que estaba de pie en una determinada parada de ómnibus y vestido con una camisa escocesa, portaba un arma. Cuando los policías fueron al mencionado lugar, vieron a tres hombres negros, uno de los cuales -JL- vestía en la forma descrita. Los policías no tenían otro fundamento que el aviso para sospechar que alguna de esas personas estaba cometiendo un hecho ilícito, ya que no vieron ningún arma ni actitudes sospechosas. Uno de los policías palpó de armas a JL y encontró un revólver en su bolsillo. JL, que por entonces tenía 16 años, fue acusado de portar armas en forma oculta sin contar con el permiso correspondiente, y de poseer armas siendo menor de 18 años. El tribunal de primera instancia hizo lugar a su petición de que se declarara inadmisibles la prueba del arma, con base en que había sido encontrada en el curso de un examen ilegal. La cámara de apelaciones revocó esta decisión, pero la Suprema Corte estadual dejó esta última sentencia sin efecto y sostuvo que el examen era inválido en términos de la IV Enmienda. Entonces, el Estado de Florida interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: un aviso anónimo de que una persona porta un revólver no basta, por sí solo, para justificar que la policía detenga a una persona y la palpe de armas. Un policía, en aras de su propia protección y de la de terceros, puede realizar un examen muy limitado para buscar armas en la ropa exterior de las personas que tienen conductas inusuales cuando, entre otras cosas, dicho policía, con base en su experiencia, llega razonablemente a la conclusión de que una actividad criminal puede estar en vías de preparación, y de que las personas en cuestión pueden estar armadas y ser realmente peligrosas (v. *Terry v. Ohio*, 392 US 1, 30 - 1968-). En este caso, la sospecha de los policías de que JL portaba un arma no se fundó en sus propias observaciones, sino exclusivamente en una llamada realizada desde un lugar desconocido por un denunciante anónimo. El aviso carecía de los suficientes índices de confiabilidad como para generar una sospecha razonable que autorizara una detención fundada en *Terry*: no brindó ninguna información predictiva y, por lo tanto, no aportó a los policías medios para evaluar el conocimiento o credibilidad del informante (v. *Alabama v. White*, 496 US 325, 327 -1990-). Las pretensiones esgrimidas por el Estado de Florida, y por los Estados Unidos como *amicus curiae* en el sentido de que el aviso era confiable porque describía con precisión las características visibles de JL, malinterpreta la confiabilidad que

debe tener un aviso para poder justificar una detención en términos de *Terry*. El estándar de la sospecha razonable exige que un aviso sea confiable en cuanto a su afirmación de que se está cometiendo un acto ilícito, y no sólo en cuanto a su tendencia a identificar a una determinada persona. Esta Corte también rechaza la pretensión de que el test formulado en *Terry* debe modificarse mediante la introducción de una “excepción para las armas de fuego”, en términos de la cual un aviso de que una persona está ilegalmente armada justifica la detención y palpación de armas aun cuando la acusación no satisfaga el estándar de confiabilidad previa al examen. Los hechos del caso no exigen a esta Corte especular sobre las circunstancias en que el peligro invocado en un aviso anónimo pueda ser tan grande -e.g. un informe de que una persona lleva una bomba- como para justificar un examen en los supuestos en que no ha demostrado su confiabilidad.

Nota de la Secretaría: v., sobre el tema, **YATTER, Douglas K.; DePIANTO, David E.; MEGUR, Marisa L. SCHERNER-KIM, Karin**, “*Twenty-Ninth annual review of criminal procedure - Warrantless searches and seizures*”, en *The Georgetown Law Journal*, Ed. Georgetown University Law Center, Washington, 2000, vol. 88, n° 5, mayo, p. 912.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Florida v. J. L.*, sentencia del 28-3-2000, en 68 LW 4236.

ALLANAMIENTOS Y REGISTROS. SOSPECHA RAZONABLE. CAUSA PRESUNTA (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: Wardlow estaba parado en una esquina de un área conocida por ser ámbito de un gran tráfico de drogas, y huyó cuando vio que llegaba un patrullero. Uno de los policías lo alcanzó y lo palpó de armas porque, de acuerdo a su experiencia, en ese tipo de vecindarios habitualmente se portan armas. Al encontrar un revólver en su poder, lo detuvo. Wardlow pidió al juez de primera instancia que declarara al revólver inadmisibles como prueba porque había sido adquirida durante una requisita ilegal, pero el magistrado rechazó esta solicitud y lo condenó por el delito de portación ilícita de armas por parte de un criminal. La cámara de apelaciones estadual revocó esta decisión pues, en términos de *Terry v. Ohio* (392 US 1 -1968-), el policía no había tenido sospechas razonables para hacer el control. La Suprema Corte estadual confirmó esta sentencia, juzgando que una huida repentina, en una zona donde se cometen muchos delitos, no crea una sospecha razonable que justifique, en términos de *Terry*, controlar a una persona, porque la huida puede constituir solamente el ejercicio del derecho a “seguir el propio camino” (v. *Florida v. Royer*, 460 US 491 -1983). Entonces, el Estado de Illinois interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: la conducta de la policía no violó la IV Enmienda.

Este caso, en el cual se produjo un breve enfrentamiento entre un ciudadano y un funcionario policial en una calle pública, se rige por *Terry*, conforme al cual un policía que tiene una sospecha razonable y claramente enunciable de que se está realizando una actividad criminal, puede hacer un breve control. Si bien el test de la “sospecha razonable” es menos riguroso que el de la causa presunta, el control debe tener un nivel mínimo de justificación objetiva. La presencia de una persona, de pie, sola, en una “zona de alta criminalidad”, no basta para fundar una sospecha razonable y específica de que está realizando una actividad criminal, pero las características de un lugar son importantes para determinar si las circunstancias generan suficientes sospechas como para merecer una investigación (v. *Adams v. Williams*, 407 US 143, 147/148 -1972-). En este caso, la sospecha de los policías también surgió por la huida de Wardlow. El comportamiento nervioso y evasivo es otro factor

pertinente para determinar la razonabilidad de una sospecha (v. e.g. *United States v. Brignoni-Ponce*, 422 US 873, 885 -1975) y la huida precipitada es el acto perfecto de evasión. Al revisar si una conducta policial fue apropiada, los tribunales no cuentan con estudios empíricos sobre inferencias del comportamiento sospechoso, y esta Corte no puede razonablemente exigir certeza científica cuando no existe. Por lo tanto, la determinación de que una sospecha es razonable debe basarse en el sentido común y en inferencias sobre el comportamiento humano (v. *United States v. Cortez*, 449 US 411, 418 -1981-). En este caso, el policía estuvo acertado al sospechar que Wardlow participaba en una actividad criminal y, por lo tanto, al investigar. Esta conclusión es consecuente con la que adoptamos en *Florida v. Royer* (cit., p. 498), conforme a la cual una persona tiene derecho a ignorar a un policía que se le acerca y a seguir con sus propios asuntos. La huida no provocada es el opuesto exacto a “dedicarse a sus propios asuntos” y, si bien no necesariamente indica la participación en una actividad criminal, *Terry* reconoce que los policías pueden controlar a las personas para comprender ciertas ambigüedades de sus conductas (cit., p. 30), y por lo tanto admite la posibilidad de que los policías controlen a personas inocentes. Si dichos funcionarios no descubren hechos que den lugar a la existencia de una causa probable, deben dejar que la persona siga su camino. Pero, en este caso, los policías encontraron que Wardlow tenía un revólver y lo arrestaron por violar una ley estadual. No se nos ha planteado si dicho arresto fue o no apropiado.

Nota de la Secretaría: v., sobre el tema, **YATTER, Douglas K.; DePIANTO, David E.; MEGUR, Marisa L. SCHERNER-KIM, Karin**, “Twenty-Ninth annual review of criminal procedure - Warrantless searches and seizures”, en *The Georgetown Law Journal*, Ed. Georgetown University Law Center, Washington, 2000, vol. 88, n° 5, mayo, p. 912.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, “*Illinois v. Wardlow*”, sentencia del 12-1-2000, en 68 LW 4031.

CIUDADANIA. DOBLE NACIONALIDAD. EXTRANJEROS. DERECHOS POLÍTICOS (LITUANIA).

El carácter político de la ciudadanía está determinado por la relación permanente entre una persona y un Estado dado, y por el reconocimiento del hecho de que dicha persona goza de ciertos derechos políticos en virtud de los cuales está autorizada a participar en el gobierno de su respectivo país. La ciudadanía es una institución importante en el derecho interno, cuyo contenido está fijado por la legislación de cada Estado.

Las normas impugnadas hacen mención de la calidad de extranjero: un ciudadano de la República de Lituania que es candidato al *Seimas* o a elecciones locales tiene que señalar en el formulario de introducción de su candidatura si posee la nacionalidad de otro Estado. Las personas que poseen doble nacionalidad y realizaron el juramento de nacionalidad del otro Estado, por el contrario, deben repudiar dicho juramento por escrito e indicar en el formulario en cuestión el momento y las modalidades de este repudio.

Las disposiciones cuestionadas estipulan directamente que una persona que posee doble nacionalidad y que juró la ciudadanía de otro Estado, si desea ser candidato al *Seimas* o a elecciones locales, se limite a repudiar por escrito el juramento de ciudadanía del otro Estado. El objetivo de esta condición es garantizar que un candidato cumpla con la obligación constitucional de no estar ligado por un juramento con un Estado extranjero.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LITUANIA, sentencia del 11-11-1998, 17/97, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 106.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. COMPETENCIA CONTENCIOSA. RETIRO DE SU RECONOCIMIENTO POR UN ESTADO PARTE. INADMISIBILIDAD (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-PERÚ).

1. Antecedentes del caso:

1.1. El 2 de julio de 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) presentó una demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) contra la República de Perú, para que decidiera si en el caso hubo violación de los arts. 8.1, 8.2.c, 8.2.d, 8.2.f (garantías judiciales), 23.1.c (derechos políticos) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención), en relación con los arts. 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la misma.

1.2. Hechos expuestos en la demanda

a) El 23 de agosto de 1996 se promulgó en la República de Perú la ley 26.657 o Ley de Interpretación Auténtica del art. 112 de la Nueva Constitución Política del Perú.

El citado art. 112 dispone que "...el mandato presidencial es de cinco años. El presidente puede ser reelegido de inmediato para un período adicional. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones". La ley 26.657 efectúa una interpretación auténtica estableciendo que la reelección presidencial "está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional". La ley concluye que "en el cómputo no se tienen en cuenta retroactivamente, los períodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución".

b) El Colegio de Abogados de Lima presentó una acción de inconstitucionalidad contra la ley 26.657 ante el Tribunal Constitucional, por la violación del art. 112 de la Constitución peruana.

c) El 16 de enero de 1997, el Tribunal Constitucional, por tres votos a favor y cuatro abstenciones, dictó sentencia en la que declaró inaplicable, por unanimidad de los votos emitidos y en ejercicio de sus atribuciones de control difuso, la ley imperativa 26.657, para el caso concreto de una nueva postulación a la Presidencia de la República del actual jefe de Estado. Posteriormente, el Colegio de Abogados de Lima solicitó una aclaración de la sentencia, que fue resuelta mediante un procedimiento dispuesto por el Presidente del Tribunal, previo acuerdo y posterior ratificación del pleno. La sentencia aclaratoria fue suscripta por los mismos Magistrados que convalidaron la sentencia originaria.

d) El 6 de mayo de 1997, la Comisión Permanente del Congreso de la República del Perú designó una subcomisión para evaluar una solicitud de acusación constitucional contra los Magistrados que firmaron la sentencia que declaró inaplicable la mencionada ley, y su aclaratoria, por presentar una simple ponencia como si fuera una sentencia (la aclaratoria) y haber emitido una resolución sobre el recurso de aclaratoria en nombre del Tribunal, sin que éste haya sido materia de convocatoria y deliberación en el pleno, y menos de aprobación con el quórum y la mayoría previstos en la ley.

e) La subcomisión recomendó proceder a la acusación constitucional. La Comisión Permanente del Congreso acusó, entonces, a los tres Magistrados, quienes durante el proceso de investigación no habrían tenido la oportunidad de conocer ni desvirtuar los cargos que se le imputaban, ni la infracción constitucional alegada. El Congreso de la República decidió, el 25 de julio de 1997, destituir a los tres Magistrados acusados, contra lo cual éstos interpusieron acciones de amparo, que fueron declaradas infundadas.

1.3. Notificación de la demanda

Por nota del 12 de julio de 1999, la Secretaría de la Corte Interamericana notificó la demanda al Estado de Perú.

El 16 de julio siguiente, el Embajador de Perú en Costa Rica compareció en la sede

de la Corte Interamericana para devolver la demanda y entregar una nota suscripta por el Ministro de Relaciones Exteriores de su país, en la cual se manifiesta que:

a) Mediante resolución legislativa n° 27152, de fecha 8 de julio de 1999, el Congreso de la República aprobó el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

b) Al día siguiente, el Gobierno de la República depositó en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos el instrumento mediante el cual hizo conocer a la Organización dicha decisión.

c) El mencionado retiro produce efectos inmediatos a partir de la fecha del depósito del citado instrumento ante la Secretaría General de la OEA, y se aplica a todos los casos en los que Perú no hubiese contestado la demanda incoada ante la Corte Interamericana. Por tanto la notificación del 12 de julio de 1999, se refiere a un caso en el que la Corte Interamericana ya no es competente.

2. Fundamentos de derecho

2.1. La cuestión del pretendido retiro de la competencia contenciosa de la Corte y de sus efectos jurídicos debe ser resuelta por ésta. La Corte Interamericana, como todo órgano con competencias jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia.

2.2. La competencia de la Corte no puede estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones.

2.3. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el art. 62.1 de la Convención. Dada la fundamental importancia de dicha cláusula para la operación del sistema de protección de la Convención, no puede ella estar a merced de limitaciones no previstas, que sean invocadas por los Estados Partes por razones de orden interno.

2.4. La Convención estipula en el art. 62.1 citado, que todo Estado Parte puede, en el momento del depósito del instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier momento posterior, declarar “que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”.

No existe en la Convención norma alguna que expresamente faculte a los Estados Partes a retirar su declaración de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte, y tampoco el instrumento de aceptación por el Perú de la competencia de la Corte, de fecha 21 de enero de 1981, prevé tal posibilidad.

2.5. Una interpretación de la Convención “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” -art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969-, lleva a la Corte a considerar que un Estado Parte de la Convención sólo puede desvincularse de sus obligaciones convencionales observando las disposiciones del propio tratado. En las circunstancias del presente caso, la única vía de que dispone el Estado para desvincularse del sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte, según la Convención, es la denuncia del tratado como un todo; si esto ocurriera, dicha denuncia sólo produciría efectos conforme al art. 78, el cual establece un preaviso de un año.

2.6. Una interpretación de la Convención en el sentido de permitir que un Estado Parte pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal, como pretende hacerse en el presente caso, implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional.

Por tanto, la Corte resuelve, por unanimidad,

1. Declarar que: a) la Corte Interamericana de Derechos Humanos es competente para conocer el presente caso; y b) el pretendido retiro, con efectos inmediatos, por el Estado peruano de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es inadmisibile.

2. Continuar con el conocimiento y la tramitación del presente caso.

3. Comisionar a su Presidente para que, en su oportunidad, convoque al Estado peruano y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a una audiencia pública sobre el fondo del caso, por realizarse en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Nota de Secretaría: en igual sentido se expidió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Ivcher Bronstein*, sentencia del 24-9-1999, en *op. cit. infra*, p. 513. Con relación a la declaración de inadmisibilidad del retiro unilateral con efecto inmediato de su competencia por parte del Perú, resuelta en el presente caso y en el anteriormente citado, la Corte Interamericana recibió el respaldo de la Corte Europea de Derechos Humanos. En dicho respaldo, transmitido por el Presidente de la Corte Europea, Dr. Luzius Wildhaber, a su par Dr. Antônio Cançado Trindade, se expresó lo siguiente: “Teme [la Corte Europea] que las consecuencias de semejante paso para el desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos sean serias. El proceso iniciado por la Declaración Universal de Derechos Humanos seguido por la Convención Europea y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y la Convención Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, se deriva de la percepción de que las garantías judiciales internacionales son necesarias para reforzar una protección efectiva de los derechos fundamentales a nivel nacional. Al respecto, el papel de las organizaciones judiciales internacionales es un elemento esencial en establecer y consolidar el precepto de ley a lo largo de toda la comunidad internacional, y así, ayudar a garantizar la paz y la estabilidad. Esto ha sido reconocido en Europa, en su Continente y también en Africa, donde ya se tiene previsto comenzar una Corte Internacional. Se desprende que cualquier movimiento que intente desafiar el principio de la competencia internacional es un paso hacia atrás en tiempos en que, al finalizar un siglo que ha sido testigo de las violaciones más horribles de derechos humanos, el desarrollo de la protección de los derechos fundamentales constituye un faro de esperanza para el nuevo milenio”, Comunicado de Prensa N° 13/99, CDH-CP13/99, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2-10-1999. Ver también, sobre el tema, **DULITZKY, Ariel E.**, “El retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de Perú. Análisis Jurídico”, *International Human Rights Law Group*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 24-9-1999, *caso del Tribunal Constitucional Peruano*, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, 1999, N° 2, p. 493.

CORTES CONSTITUCIONALES Y SUPREMAS. JURISDICCION Y COMPETENCIA. SENTENCIAS. FUNDAMENTOS (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación fue impugnado por inconstitucional. La norma dispone que la Corte Suprema “según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

2. Sentencia:

2.1. Según el art. 101 (actual 117) de la Constitución Nacional, la Corte desempeña

su jurisdicción de apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso, por lo que la norma cuestionada no resulta irrazonable.

Esto es así, pues el citado art. 280 le permite a la Corte conducir con mayor eficacia su obligación de hacer justicia por la vía del control de constitucionalidad. El cabal desempeño de esta alta misión torna imperativo desatender los planteos de cuestiones federales carentes de trascendencia.

Asimismo, dicho artículo autoriza a la Corte ejercer su jurisdicción extraordinaria en casos de trascendencia, aun cuando existiera algún obstáculo formal para acceder a ella, pues la resolución de temas de notable repercusión institucional no puede quedar vedada a la Corte por el incumplimiento de requisitos formales por parte de los interesados en casos cuya gravedad, precisamente, excede los hechos y las personas directamente involucradas.

2.2. No incumbe a la Corte revisar el acierto o error de las decisiones de los tribunales inferiores, lo que sería imposible en la práctica, y le impediría la apropiada consideración de las causas regidas por normas de naturaleza federal y constitucional.

Finalmente, la desestimación de un recurso extraordinario con la sola invocación del citado art. 280 no importa confirmar o afirmar la justicia o el acierto de la decisión apelada, sino sólo que se ha decidido no pronunciarse en el caso por no haberse encontrado elementos que tornen manifiesta la frustración del derecho a la jurisdicción en el debido proceso.

Por tanto, no es inconstitucional la norma del citado Código Procesal que autoriza a la Corte Suprema a rechazar un recurso extraordinario sin otro fundamento que la cita de dicha norma.

Nota de la Secretaría: el texto del art. 280 cit. fue introducido por una reforma de 1994 (ley 23.774). El recurso extraordinario es el principal recurso a través del cual la Corte ejerce el control de constitucionalidad y sobre la interpretación de normas de naturaleza federal. La Corte remite a su precedente *Rodríguez v. Rodríguez de Schreyer y otros*, del 2-2-1993, publicado en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 316, p. 64.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA (tres jueces formularon opiniones concurrentes), sentencia del 15-2-2000, O.109.XXXIV, *Operto, Francisco Eduardo c/ Comuna de Lehman*.

DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD. OBLIGACIONES DEL ESTADO. DEBER DE INVESTIGAR. DERECHO DE LAS VÍCTIMAS Y FAMILIARES A LA JUSTICIA. DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL. **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.** OBLIGACIÓN DE ADECUAR EL DERECHO INTERNO. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO PARTE (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-CHILE).

1. Antecedentes

Dado que aún se mantiene en vigencia y aplicación en la República de Chile la ley de amnistía contenida en el Decreto-Ley 2191, promulgada el 10 de marzo de 1978 bajo el régimen del General Augusto Pinochet, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) ha continuado recibiendo denuncias contra ese Estado. En ellas se alega que, como consecuencia lógica de la existencia de la indicada ley -que perdona los delitos cometidos entre 1973 y 1978, impide su investigación y castigo, y se aplica gracias a que la Corte Suprema declaró que no violentaba la Constitución-, existen innumerables hechos de violación de derechos humanos, entre los que se hallan los casos que comprende este informe.

Según los peticionarios, el Estado viola el derecho internacional consuetudinario y

convencional; en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención), que obliga a Chile, a partir de su ratificación el 21 de agosto de 1990, a cumplir y hacer cumplir los derechos y garantías que aquella establece y a adecuar su legislación interna a estas normas (párrafos 1 a 5).

2. Alegatos presentados por el Estado de Chile

2.1. El Estado alegó que no dictó ninguna ley de amnistía incompatible con la Convención, ya que el Decreto-Ley 2191 se dictó en 1978 bajo el régimen militar de facto, y solicitó a la Comisión que tuviera en cuenta el contexto histórico en que ocurrieron los hechos y la especial situación de retorno al régimen democrático, dentro del cual el nuevo gobierno tuvo que acoger las reglas impuestas por el régimen militar, las que no podía modificar sino de conformidad con la ley y la Constitución.

2.2. El Gobierno ha intentado derogar el citado Decreto-Ley de amnistía, pero el art. 62.2 de la Constitución dispone que las iniciativas relativas a amnistías sólo pueden tener origen en el Senado, donde aquel carece de mayoría debido al número de integrantes no designados por votación popular.

2.3. El informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación individualizó a las víctimas de violaciones de derechos fundamentales bajo la dictadura militar -entre ellas los casos de las personas comprendidas en estas denuncias-; reconoció que estos hechos constituían violaciones graves en las que tuvieron participación agentes del Estado y, al no poder determinar el paradero de aquellas, les atribuyó la condición de “detenidos desaparecidos”.

2.4. La ley 19.123, dictada por el gobierno democrático, concedió a los familiares de las víctimas pensión única vitalicia en monto no inferior a la retribución promedio de una familia en Chile; un procedimiento especial para la declaración de muerte presunta; atención especializada por parte del Estado en materia de salud, educación y vivienda; condonación de deudas educacionales, habitacionales y tributarias, y exención del servicio militar obligatorio para los hijos de las víctimas.

2.5. El gobierno democrático expresó su conformidad con la calificación de los peticionantes respecto del carácter del Decreto-Ley 2191 de 1978, pero solicita a la Comisión que declare en su informe final que no le son imputables al gobierno democrático de Chile las violaciones de los derechos humanos de que dan cuenta las presentes denuncias, ni tienen en éstas responsabilidad alguna (párrafos 12 a 16).

3. Observaciones de la Comisión a los alegatos de las partes

3.1. Consideraciones Generales

Al considerar la naturaleza y gravedad de los delitos que afectó el decreto de amnistía, es importante tener en cuenta que el gobierno militar que estuvo al frente del país desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 11 de marzo de 1990, llevó a cabo una política sistemática de represión que resultó en miles de víctimas de “desapariciones”, ejecuciones sumarias o extrajudiciales, y torturas. Algunos de estos delitos se consideran de tal gravedad que han justificado la adopción, en varios instrumentos internacionales, de medidas específicas para evitar su impunidad, incluyendo la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad de los delitos.

Sobre la práctica de desapariciones, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos ha declarado: “...la desaparición forzada de personas en América, es una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad”. En su decisión del caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte Interamericana observó que la doctrina y práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas reafirma en su preámbulo que “la práctica sistemática de desapariciones forzadas constituye un delito de lesa humanidad”. La necesidad social del esclarecimiento e investigación de estos delitos no puede ser equiparada a la de un mero delito común (párrafos

32 a 40).

a) La cuestión del Decreto-Ley de Autoamnistía

Los hechos denunciados causan, de un lado, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado de Chile de adecuar las normas de su derecho interno a los preceptos de la Convención, lo que viola sus arts. 1.1 y 2; y del otro, la denegación del derecho a la justicia en agravio de las personas desaparecidas consignadas en las denuncias, lo que viola los arts. 8 y 25 en conexión con el 1.1.

La Comisión ha tomado en cuenta que el gobierno democrático se dirigió a la Corte Suprema en marzo de 1991, exhortándola a considerar que la autoamnistía vigente no debía ni podía ser obstáculo para que se investiguen y determinen las responsabilidades correspondientes. Amerita, asimismo, la importancia de la creación de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y de la labor que ésta cumplió, así como la sanción de la ley 19.123.

Estas Medidas, sin embargo, no son suficientes para garantizar el respeto de los derechos humanos de los peticionarios, conforme a lo prescripto en los arts. 1.1 y 2 de la Convención, mientras el derecho a la justicia que les asiste no sea satisfecho (párrafos 41 a 50).

b) Denegación de justicia

La violación del derecho a la justicia y la consiguiente impunidad que ésta genera, en estos casos, constituyen una concatenación de hechos que se inician cuando el gobierno militar expide en su favor y en el de los agentes del Estado que cometieron violaciones a los derechos humanos, una sucesión de normas destinadas a formar un complejo marco jurídico de impunidad, que tiene comienzo formalmente en el año 1978, cuando el gobierno militar sanciona el Decreto-Ley 2191 de autoamnistía.

En consecuencia, el Estado chileno, por mérito de su Poder Legislativo, es responsable por la no adecuación o derogación del Decreto-Ley de facto 2191, lo cual resulta violatorio de las obligaciones asumidas por dicho Estado de adecuar sus normas a los preceptos de la Convención, con lo cual violó sus arts. 1.1 y 2 (párrafos 51 a 53).

c) Violación del derecho a las garantías judiciales (art. 8)

En muchos de los sistemas de derecho penal de América Latina, la víctima tiene el derecho de presentar cargos en una acción penal. En sistemas como el chileno, que lo permite, la víctima de un delito tiene el derecho fundamental de acudir a los tribunales. Ese derecho es esencial para impulsar el proceso penal y llevarlo adelante.

El decreto de amnistía, claramente, afectó el derecho de las víctimas, vigente en la ley chilena, de iniciar una acción penal ante los tribunales en contra de los responsables por violaciones a los derechos humanos.

Aunque no fuese así, tratándose de delitos de acción pública, el Estado tiene la obligación legal, indelegable e irrenunciable, de investigarlos. El Estado chileno es titular de la acción punitiva y tiene la obligación de promover e impulsar las distintas etapas procesales, en cumplimiento de su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas y sus familiares. Esta carga debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una gestión de intereses de particulares o que dependa de la iniciativa de éstos.

La ley de amnistía, según fue aplicada e interpretada por los tribunales del Estado chileno, también impidió a los peticionarios ejercer su derecho a un proceso justo para la determinación de sus derechos civiles, consagrado en el art. 8.1 de la Convención (párrafos 54 a 59).

d) Violación al derecho a la protección judicial (art. 25)

La autoamnistía fue un procedimiento general por el cual el Estado renunció a sancionar ciertos delitos graves. El Decreto-Ley de amnistía dio lugar a una ineficacia jurídica, y dejó a las víctimas y a sus familias sin ningún recurso judicial a través del cual se pudiese identificar a los responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura militar, para imponerles los castigos correspondientes.

Al promulgar y hacer cumplir el Decreto-Ley 2191 de facto, el Estado chileno dejó de garantizar los derechos de protección judicial estipulados en el art. 25 de la Convención (párrafos 60 a 65).

e) Incumplimiento a la obligación de investigar

En su interpretación del art. 1.1 de la Convención, la Corte Interamericana establece que “La segunda obligación de los Estados Partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción... Como consecuencia de esta obligación los Estados deben *prevenir, investigar y sancionar* toda violación de los derechos reconocidos por la Convención...” (caso *Velásquez Rodríguez*).

La Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación, establecida por el gobierno democrático, se ocupó de una buena parte del número total de casos y otorgó reparaciones a las víctimas o sus familiares. No obstante, no era un órgano judicial, y su labor se limitó a establecer la identidad de las víctimas de violaciones al derecho a la vida. Por la índole de su mandato, esa Comisión no estaba habilitada para publicar los nombres de quienes cometieron los delitos, ni para imponer ningún tipo de sanción.

Por tal razón, pese a la importancia que tuvo para establecer los hechos y otorgar compensaciones, no puede considerarse a la Comisión de la Verdad como un sustituto adecuado de un proceso judicial (párrafos 66 a 71).

f) Responsabilidad internacional del Estado

El Decreto-Ley de amnistía 2191 y sus efectos legales forman parte de una política de los derechos humanos del régimen militar que gobernó Chile de septiembre de 1973 a marzo de 1990. Aunque dicha norma fue sancionada durante el gobierno del general Pinochet, aún sigue aplicándose cada vez que se presenta ante los tribunales chilenos una denuncia por violación a los derechos humanos.

Las consecuencias jurídicas de la ley de amnistía y su invariable y continua aplicación finalizado el régimen militar, son definitivamente incompatibles con las normas de la Convención.

Si bien internamente los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial son distintos e independientes, los tres poderes del Estado conforman una sola unidad indivisible del Estado chileno que, en el plano internacional, no admite tratamiento por separado y, por ello, Chile asume la responsabilidad internacional por los actos de sus órganos del poder público que transgreden los compromisos internacionales derivados de los tratados internacionales.

Desde la perspectiva del derecho internacional, el Estado chileno no puede justificar su incumplimiento de la Convención señalando que la autoamnistía fue decretada por el gobierno anterior, y que la omisión del Poder Legislativo de derogar dicho Decreto-Ley o que los actos del Poder Judicial que confirman su aplicación, nada tienen que ver con la posición y responsabilidad del gobierno democrático, ya que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece, en su art. 27, que un Estado parte no podrá invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Recae en el Estado chileno, con prescindencia del régimen que la sancionó o del Poder del Estado que la aplicó o hizo posible su aplicación, la responsabilidad por las violaciones causadas por el Decreto-Ley 2191, no derogado por el Poder Legislativo actual y aplicado por el órgano jurisdiccional. Si bien los hechos denunciados ocurrieron durante el pasado gobierno militar, hay responsabilidad internacional del Estado de Chile porque aún no han podido ser investigados ni sancionados.

Pese a que la autoamnistía fue promulgada con anterioridad a la iniciación del gobierno democrático y a la ratificación de la Convención, la responsabilidad que se le imputa al Estado chileno deriva del hecho de que su legislación interna no ha sido ajustada a los términos de aquella. Los Estados Partes de la Convención asumen la responsabilidad y obligación de cambiar o adecuar su legislación para hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella. Al no haber cumplido el Estado chileno, infringe los arts. 1 y 2 de la Convención (párrafos 72 a 84).

4. Derecho a la verdad

El derecho a saber la verdad sobre los hechos que dieron lugar a las graves violaciones a los derechos humanos que ocurrieron en Chile, así como también la identidad de quienes participaron en ellos, constituye una obligación que el Estado tiene con los familiares de las víctimas y con la sociedad, como consecuencia de las obligaciones y deberes asumidos por dicho país como Estado Parte de la Convención. Tales obligaciones surgen fundamentalmente de lo dispuesto en los arts. 1.1, 8, 25 y 13 de la Convención.

La interpretación que ha hecho la Corte en el caso *Castillo Páez* y en otros sobre las obligaciones genéricas del art. 1.1, permiten concluir que el “derecho a la verdad” surge como una consecuencia básica e indispensable para todo Estado Parte, puesto que el desconocimiento de los hechos relacionados con violaciones a los derechos humanos significa, en la práctica, contar con un sistema de protección incapaz de garantizar la identificación y eventual sanción de los responsables. Específicamente en el caso de las desapariciones forzadas -en que se trata de violaciones de ejecución continuada- la Corte ha entendido que mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida, el deber de investigar subsiste (caso *Velásquez Rodríguez*).

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha establecido en diversas ocasiones, y específicamente en relación con la violación al derecho a la vida, que los familiares de las víctimas tienen derecho a ser compensados por las violaciones cometidas a tal derecho y en perjuicio de su familiar directo debido, entre otras cosas, al desconocimiento de las circunstancias de su muerte y de los responsables del delito; derecho que no se satisface, únicamente, mediante el ofrecimiento de una suma de dinero. El primer paso de una reparación para los familiares de las víctimas consiste en poner fin al estado de incertidumbre e ignorancia en que se encuentran, es decir, otorgar conocimiento completo y público de la verdad (párrafos 85 a 97).

5. Conclusiones

Con fundamento en las consideraciones formuladas en el presente informe, la Comisión llega a las siguientes conclusiones:

5.1. Que el Decreto-Ley 2191 de autoamnistía, dictado en el año 1978 por el pasado régimen militar de Chile, es incompatible con las disposiciones de la Convención, ratificada por ese Estado el 21 de agosto de 1990 (párr. 101).

5.2. Que la sentencia de la Corte Suprema de Chile el 28 de agosto de 1990 y su confirmatoria de 28 de septiembre del mismo año, que declaran constitucional y de aplicación obligatoria por el Poder Judicial el citado Decreto-Ley 2191 cuando ya había entrado en vigor para Chile la Convención, viola lo dispuesto por los arts. 1.1 y 2 de ésta (párr. 102).

5.3. Que las decisiones judiciales de sobreseimiento definitivo dictadas en las causas criminales abiertas por la detención y desaparición (o ejecución sumaria) de las personas en cuyos nombres se iniciaron estos casos, no sólo agravan la situación de impunidad, sino que, en definitiva, violan el derecho a la justicia que les asiste a los familiares de las víctimas de identificar a sus autores y de que se establezcan sus responsabilidades y sanciones correspondientes, y obtener reparación judicial por parte de éstos (párr. 103).

5.4. Que respecto de las personas en cuyo nombre se promueve el presente caso, el Estado chileno ha dejado de cumplir con su obligación de reconocer y garantizar los derechos contenidos en los arts. 8 y 25 en conexión con los arts. 1.1 y 2 de la Convención, de la cual Chile es Estado Parte (párr. 104).

5.5. Que el Estado chileno no ha dado cumplimiento a las normas contenidas en el art. 2 de la Convención, en virtud de que no ha adaptado su legislación sobre amnistía a las disposiciones de dicha Convención. Sin perjuicio de ello, la Comisión valora positivamente las iniciativas del Gobierno tendientes a que, por los órganos competentes, se adopten con arreglo a sus procedimientos constitucionales vigentes, las medidas legislativas o de otro carácter, necesarias para hacer efectivo el derecho de las mencionadas personas a obtener

justicia (párr. 105).

5.6. Que el Estado de Chile no ha dado respuesta dentro del plazo establecido en la nota de la Comisión en la que se comunica el informe 51/97, del 16 de octubre de 1997, y se lo invita a formular las observaciones que considere convenientes, ni aportó elementos que permitan desvirtuar los hechos denunciados o que acrediten que se han adoptado medidas adecuadas para solucionar la situación denunciada (párr. 106).

6. Recomendaciones

Por lo expuesto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con el análisis de los hechos y de las normas internacionales que se invocan,

Acuerda:

6.1. Recomendar al Estado chileno a adecuar su legislación interna a las disposiciones de la Convención, ello es, en definitiva, que deje sin efecto el Decreto-Ley 2191 dictado en el año 1978, de modo que las violaciones de derechos humanos del gobierno militar de facto puedan ser investigadas a fin de que se individualice a los culpables, se establezcan sus responsabilidades y sean efectivamente sancionados, garantizando a las víctimas y a sus familiares el derecho a la justicia que los asiste (párr. 109).

6.2. Recomendar al estado chileno que posibilite a los familiares de las víctimas a que se refiere el presente caso, que sean efectivamente reparados con justicia por los daños inferidos (párr. 110).

6.3. La Comisión decide transmitir el presente informe al Estado de Chile, otorgándole el plazo de un mes para implementar las recomendaciones precedentes. El término comenzará a contarse a partir del día en que el informe sea transmitido.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 25/98, casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.655, 11.657, 11.675 y 11.705, *Alfonso René Chanfeau Orayce y otros - Chile*, 7-4-1998, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*, Washington, 1998, p. 520. V., asimismo, *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, N° 1, Talca, 1999, p. 485.

DERECHO A LA IGUALDAD. CONCURSO PÚBLICO (PORTUGAL).

En un concurso público para la atribución de las licencias a las estaciones de radiodifusión, la preferencia absoluta acordada sobre la base de la consideración de una experiencia previa en la comunicación social, impide una evaluación equitativa y establece una discriminación sin ninguna justificación objetiva, ya que se trata únicamente de un privilegio exclusivamente corporativo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL, sentencia del 12-1-1999, 16/99, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 117.

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE LA NACIONALIDAD O DE LA RELIGIÓN (ISRAEL).

1. Antecedentes del caso: la pareja peticionante vive en un asentamiento árabe y quiere construir una casa en Katzir, un asentamiento comunal en la región del río Eron, que fue establecido en 1982 por la Agencia Judía en colaboración con la Sociedad Cooperativa Katzir, en tierras fiscales entregadas a dicha Agencia (vía la *Israel Land Authority*) con ese

propósito. La Sociedad Cooperativa Katzir sólo admite miembros judíos y por lo tanto se niega a incorporar a los peticionantes y a permitirles construir su casa en el mencionado lugar. Los peticionantes alegan que esta política los discrimina con base en la religión o nacionalidad y que por lo tanto está prohibida por la ley aplicable a las tierras fiscales.

2. Sentencia: para analizar si la negativa a autorizar a los peticionantes a construir su hogar en Katzir constituye una discriminación impermisible corresponde hacer un análisis que consta de dos pasos. En primer lugar cabe preguntarse si el Estado puede otorgar tierras directamente a sus ciudadanos con base en su religión o nacionalidad. La respuesta es que no. Como regla general, el principio de igualdad prohíbe que el Estado distinga entre sus ciudadanos con este criterio. Dicho principio también se aplica a la atribución de tierras fiscales. Esta conclusión deriva tanto de los valores de Israel como Estado democrático como de los valores de Israel como pueblo judío. El carácter judío del Estado no autoriza a Israel a discriminar entre sus ciudadanos. En Israel los judíos y no judíos son ciudadanos con iguales derechos y obligaciones. El Estado también incurre en una discriminación inadmisibles si otorga tierras fiscales para establecer un asentamiento exclusivamente árabe, en la medida en que permita que un grupo de judíos, sin características distintivas, establezca un asentamiento exclusivamente judío en tierras fiscales (“separado es intrínsecamente desigual”).

En segundo lugar cabe analizar si el Estado puede otorgar tierras a la Agencia Judía sabiendo que dicha agencia sólo va a permitir su uso a los judíos. La respuesta es que no. Cuando no se puede discriminar directamente, no se puede discriminar indirectamente. Si el Estado, a través de sus propias acciones, no puede discriminar con base en la religión o nacionalidad, no puede facilitar dicha discriminación a un tercero. Esto no cambia por la circunstancia de que el tercero sea la Agencia Judía. Aun cuando la Agencia Judía pueda distinguir entre judíos y no judíos, no puede hacerlo al otorgar tierras fiscales.

Esta decisión sólo resulta aplicable a las circunstancias específicas de este caso. La cuestión general del uso de tierras fiscales con fines de asentamiento plantea una amplia gama de cuestiones. En primer lugar, tal como admiten los propios peticionantes, este caso no se refiere a las entregas de tierras fiscales anteriormente realizadas. La petición mira hacia el futuro. En segundo lugar, esta petición se concentra en las particulares circunstancias del asentamiento comunal de Katzir. Existen diferentes tipos de asentamientos (e.g. los *kibbutz* y las *moshabas*) que dan lugar a problemas diferentes. Esta Corte no recibió alegatos relativos a otros tipos de asentamientos y, por lo tanto, no adopta una posición respecto a ellos. Además, es necesario considerar la posibilidad de que resulten relevantes ciertas circunstancias especiales, independientes del tipo de asentamiento. Esta Corte no recibió alegatos relativos a esas circunstancias especiales y por lo tanto no adopta una posición en relación a su importancia. Además, es importante comprender y recordar que hoy estamos dando el primer paso en un camino delicado y difícil. Es prudente actuar lentamente para no tropezar y caer, actuar cautelosamente en cada etapa, conforme a las circunstancias de cada caso.

La reparación a los peticionantes plantea varias dificultades sociales y jurídicas. Por ello, resolvemos que el Estado de Israel no podía válidamente otorgar tierras fiscales a la Agencia Judía con el fin de establecer el asentamiento comunal de Katzir con base en la discriminación entre judíos y no judíos. Por otra parte, el Estado de Israel debe considerar el pedido formulado por los peticionantes de comprar tierras en el asentamiento de Katzir para construir allí su hogar. El Estado debe hacer esta consideración con base en el principio de igualdad, y tomando en cuenta varios factores relevantes, incluyendo aquellos que afectan a la Agencia Judía y a los actuales residentes de Katzir. El Estado de Israel también debe considerar varias cuestiones jurídicas. En base a estas consideraciones, el Estado de Israel debe determinar con la rapidez necesaria si autoriza o no a los peticionantes a instalar su hogar dentro del asentamiento comunal de Katzir.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ISRAEL, sentencia del 8-3-2000, caso n° 6698/95, <http://www.court.gov.il/mishpat/html/en/system/index.html>.

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN POSITIVA. DERECHO DEL TRABAJO. DELEGADOS SINDICALES. DESPIDO. LICENCIAS (PORTUGAL).

1. Antecedentes del caso: se planteó la inconstitucionalidad de las normas que establecían que los delegados sindicales tenían que percibir una remuneración como contrapartida del ejercicio de sus funciones sindicales durante su horario de trabajo. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre discriminación positiva incluye fallos en materia de servicios públicos, en materia económica y social, fiscal y financiera, y electoral. La Corte se interesó en la constitucionalidad de la discriminación positiva en el derecho laboral en referencia a algunas normas de la llamada “ley sindical” (por ejemplo, la exigencia de un proceso jurisdiccional para el despido de los delegados sindicales). La Constitución portuguesa no contiene la expresión “discriminación positiva” y el art. 13 (sobre el principio de igualdad) ni siquiera usa la expresión “discriminación”; sin embargo, la jurisprudencia constitucional incluye la noción de “discriminación positiva” (pero no otras expresiones como acción positiva o afirmativa).

2. Sentencia:

La igualdad implica la prohibición de lo arbitrario, de la discriminación, y la obligación de la diferenciación.

La prohibición de la arbitrariedad funciona como un límite exterior a la libertad de acción del legislador, y, por consiguiente, el principio de igualdad se presenta como principio negativo de control. Por su lado, la prohibición de discriminación no significa una exigencia de igualdad absoluta en todas las situaciones o la prohibición de todo tratamiento diferencial, pero exige que las medidas de diferenciación sean materialmente fundadas en los puntos de vista de la seguridad jurídica, de la proporcionalidad, de la justicia y la solidaridad. Finalmente, la obligación de diferenciación destinada a compensar la desigualdad de oportunidades significa que el principio de igualdad juega una función social y se relaciona, por un lado, a una política de justicia social y a la aplicación de las prescripciones constitucionales que procuran que se apliquen los derechos económicos, sociales y culturales y, por otro, es inherente a la idea de igual dignidad social e igualdad de la dignidad de la persona.

La protección constitucional de los derechos fundamentales de los trabajadores es un efecto reflejo de la función social del trabajo. Estos derechos tienen como sujetos pasivos, en principio, al Estado y a los otros órganos públicos, pero requieren igualmente (y a veces hasta lo exigen) la colaboración de los particulares. La protección está a cargo de las entidades patronales cuando se encuentra dentro de los límites de un cierto riesgo social asumido por las empresas y respeta las exigencias del principio de proporcionalidad.

A pesar de que la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores no incumbe, en principio, a las entidades patronales privadas, en ciertas situaciones, el empleador tiene que dar ayuda al trabajador en lo que respecta a la concretización de sus derechos, libertades y garantías laborales. No hay violación del principio de igualdad con respecto a las empresas en donde no hay delegados sindicales entre el personal y que, por consiguiente, no sufren la carga en cuestión.

Cabe recordar el caso de las empresas con obligaciones parecidas con respecto al estatus especial de los trabajadores -estudiantes, que gozan de la garantía constitucional de “igualdad de posibilidades de acceso a la escuela y al éxito escolar” (art. 74.1 de la Constitución), así como el “período de licencia de duración apropiada, sin pérdida de la remuneración o de cualquier otro derecho” garantizado por el art. 68.3 de la Constitución a las mujeres durante el período de embarazo y parto. Se trata, en cualquier caso, de medidas discriminatorias positivas destinadas a compensar las desigualdades de hecho, con el

fin de obtener una igualdad de resultado, y constituyen las vicisitudes ordinarias de cualquier actividad y los riesgos de una empresa.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL, sentencia del 3-2-1999, 73/99, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 118.

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. ACCESO AL EMPLEO. FUERZAS ARMADAS. DERECHO COMUNITARIO (COMUNIDAD EUROPEA).

La Directiva 76/207 del 9 de febrero de 1976, relativa a la Aplicación del Principio de Igualdad de Tratamiento entre Hombres y Mujeres en lo que concierne al Acceso al Empleo, a la Formación y a la Promoción Profesional y a las Condiciones de Trabajo, se opone a la aplicación de disposiciones nacionales, como las del derecho alemán, que excluyen de un modo general a las mujeres de los empleos militares que requieren la utilización de armas y que sólo autorizan su acceso a los servicios de salud y a los grupos musicales militares.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Tanja Kreil c/ República Federal de Alemania*, sentencia del 11-1-2000, en *Recueil Le Dalloz*, París, 2000, n° 6, p. 42.

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. DERECHO A LA ATENCIÓN MÉDICA DEL CÓNYUGE (MÉXICO).

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé, como garantía individual, la igualdad del varón y la mujer ante la ley, evitando las discriminaciones de que frecuentemente eran objeto uno y otra por razón de su sexo. Por su parte, el art. 123, apartado B, fracción XI, inciso d, de la propia Constitución, establece en forma genérica que los familiares de los trabajadores tienen derecho a la asistencia médica en los casos y en la proporción que establezca la ley.

No obstante lo expuesto, el legislador ordinario estableció un trato distinto para tener acceso a los servicios de salud proporcionados por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado; según se trate de la esposa del trabajador, o bien, del esposo de la trabajadora, al disponer en el art. 24 de la ley que lo regula, que para que el esposo o concubinario de la trabajadora, como familiar derechohabiente, tenga derecho a la atención médica de diagnóstico, odontología, hospital, farmacia o rehabilitación en el citado instituto, es necesario que sea mayor de cincuenta y cinco años o esté incapacitado física o psíquicamente y dependa económicamente de ella, en tanto que la esposa o concubina del trabajador, para obtener los mismos beneficios sólo requiere demostrar tal hecho, sin que se le exige alguna otra condición.

Esta disposición transgrede la garantía de igualdad establecida en el art. 4° de nuestra Carta Magna.

Nota de Secretaría: la doctrina reseñada fue emitida como tesis aislada por unanimidad de nueve votos en el amparo en revisión n° 2543, con fecha 18-5-1999. El Tribunal en Pleno, en su sesión privada celebrada el 13 de julio del mismo año, aprobó con el n° LIX/1999 la tesis aislada y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MEXICO (Pleno), sentencia del 13-7-1999, P.LIX/99, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Novena Época, Tomo X, agosto 1999,

DERECHO A LA IGUALDAD. EXTRANJEROS. INMIGRANTES ILEGALES. RESTRICCIÓN Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 5 (AUSTRIA).

Para determinar en qué medida una persona fue “privada de su libertad”, en el sentido dado por el art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos, se debe examinar la situación real y tener en cuenta diversos criterios tales como el tipo, la duración, los efectos y el modo de la puesta en práctica de la medida en cuestión. La diferencia entre privación y restricción de la libertad sólo se da en grado o intensidad, y no en naturaleza o substancia.

El hecho de retener extranjeros en una zona internacional constituye una restricción de su libertad que, sin embargo, no es enteramente comparable a la de los extranjeros en los centros de detención antes de ser expulsados. Dicha retención, al acompañarse de garantías apropiadas para las personas en cuestión, sólo es aceptable si está destinada a permitirle al Estado impedir la inmigración ilegal. Esta forma de retención no tiene que ser prolongada de manera excesiva ya que, en ese caso, la restricción de libertad puede volverse una privación de la misma.

Nota de la secretaría: La Corte austríaca se separó de su jurisprudencia y siguió los argumentos jurídicos de la Corte Europea de Derechos Humanos.

CORTE CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA, sentencia del 11-3-1999, 1159/98, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 36.

DERECHO A LA IGUALDAD. IMPUESTOS (ALEMANIA).

Viola el derecho a la igualdad de oportunidades (art. 3.1 de la Ley Fundamental en relación con el art. 9.1 y la segunda frase del art. 28.1) que las asociaciones de electores y sus organizaciones madres estén sujetas al pago del impuesto sobre las sociedades y sobre el capital, mientras que los partidos políticos y sus subdivisiones resultan exentos. Hasta tanto el legislador no adopte una nueva reglamentación, el único medio de evitar la discriminación es el de extender la exoneración fiscal a las organizaciones antes mencionadas. En el futuro, el legislador está facultado para establecer una reglamentación diferente pero respetando el principio de igualdad.

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 29-9-1998, 64/93, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 3, p. 21.

DERECHO A LA IGUALDAD. SUCESIONES. DISCRIMINACIÓN. HIJO ADULTERINO (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-FRANCIA).

En razón de su condición de hijo adulterino, y por aplicación del art. 760 del Código Civil francés, el peticionante vio reducida a la mitad, en beneficio de su medio hermano, la parte de la sucesión a la cual hubiera tenido derecho si hubiera sido hijo natural o legítimo.

El art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos prohíbe brindar un tratamiento diferente, sin justificación objetiva o razonable, a personas ubicadas en situaciones similares, en lo que hace al goce de los derechos y libertades que ella reconoce.

Si bien no puede excluirse la legitimidad del objetivo de proteger la familia legítima tradicional, invocado por el Gobierno, es necesario establecer si la instauración de un tratamiento diferente entre hijos adulterinos y legítimos o naturales, en cuanto a la sucesión de su progenitor, constituye un medio proporcional y adecuado para obtener dicho objetivo.

El único problema planteado se refiere a la sucesión de una madre por sus dos hijos, uno natural y otro adulterino y, por lo tanto, no se observa en la especie ningún motivo que justifique una discriminación fundada en el nacimiento fuera del matrimonio.

No pudiendo reprocharse al hijo adulterino actos que no le son imputables, se constata que el peticionante ha sido penalizado, en su carácter de hijo adulterino, en la división del haber sucesorio.

No existe una relación racional entre los medios empleados y el fin perseguido y, por ende, se ha producido una violación al art. 1 del I Protocolo en conjunción con el art. 14 de la Convención.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Mazurek c. Francia*, sentencia del 1-2-2000, en *Recueil Le Dalloz*, París, 2000, n° 7, p. 53. Asimismo, *op. cit.*, 2000, n° 15, p. 332, con nota de **THIERRY, Jean**, pp. 335/337.

DERECHO A LA INTIMIDAD. INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS. SEGURIDAD JURÍDICA. INJERENCIA DEL ESTADO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SENTENCIA. MOTIVACIÓN (ESPAÑA).

1. La reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución a la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos atribuidos a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes, y, de otra,

teniendo en cuenta que los jueces y magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la ley y no existe vinculación al precedente, constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por tal razón, se ha caracterizado a la seguridad jurídica, en lo que al ordenamiento español se refiere, como una suma de legalidad y certeza del derecho.

Desde las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho se ha proclamado el principio de legalidad en el marco de la injerencia en el derecho a la intimidad. Así, se afirmó que lo que la protección de la intimidad reclama es una decisión judicial motivada en una inexcusable previsión legislativa y, además, que la resolución judicial que autorice la injerencia en la intimidad ha de hallarse fundamentada legalmente, de lo cual se infiere que la ley ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención (STC 37/1989).

En términos semejantes, en el ámbito específico del derecho al secreto de las comunicaciones, el Tribunal expresó que la injerencia estatal en dicho secreto ha de estar presidida por el principio de legalidad (STC 150/1989, entre muchas), determinando que el respeto a tal principio requiere una ley de singular precisión (STC 49/1996).

2. La Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) ha declarado, en lo que respecta a las exigencias de accesibilidad o previsibilidad, cuando se trata de la intervención de las comunicaciones por las autoridades públicas, que aquella “implica que el derecho interno debe usar términos suficientemente claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos a tomar tales medidas” (caso *Valenzuela Contreras c. España*, sentencia del 30-7-1998, *Recueil* 1998-V, y sus citas). Allí, la Corte concreta las exigencias mínimas relativas al contenido o calidad de la ley en las siguientes: “la definición de las categorías de personas susceptibles de ser

sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad”.

Por lo tanto, al haber tenido lugar en el presente caso la injerencia en el secreto de las comunicaciones, cabe concluir, como lo hizo la Corte en *Valenzuela Contreras*, que el ordenamiento jurídico español ni definía las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha, ni fijaba límite a la duración de la medida, ni determinaba las condiciones que hubieran de reunir las transcripciones de las conversaciones interceptadas, ni las relativas a la utilización de las mismas. En consecuencia, dicha situación, puesta de manifiesto en la concreta situación que aquí se examina, y sufrida por los recurrentes, ha de estimarse contraria a lo dispuesto por el art. 18.3 de la Constitución.

Nota de la Secretaría: v., sobre el fallo, **MATIA PORTILLA, Francisco Javier**, “Legislador, derechos fundamentales y proceso (Comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, n° 58, pp. 245/275.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia del 5-4-1999, n° 49/1999, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 53, enero-abril de 1999, p. 575.

DERECHO A LA INTIMIDAD. LIBERTAD DE CULTO. LIBERTAD DE EXPRESION. LIBERTAD DE REUNION. RESTRICCIONES. PADRES. MENORES. DERECHOS DEL NIÑO. INTERÉS DEL MENOR. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. ARTS. 8, 9, 10 Y 11 (FRANCIA).

Al prohibir a la apelante poner en contacto a sus hijos con miembros del movimiento *raélien*, la cámara de apelaciones no menoscabó directamente los derechos y libertades reconocidos por los arts. 8.1, 9, 10 y 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos -a saber, al respeto a la vida privada y libertades religiosa, de expresión y de reunión- sino que se limitó a someter su ejercicio a ciertas condiciones requeridas por el superior interés de los menores y, por ende, autorizadas por dicha Convención.

Nota de la Secretaría: v., sobre el tema, **FREEMAN, Lauren D.**, “The Child’s Best Interests v. The Parent’s Free Exercise of Religion”, en *Columbia Journal of Law and Social Problems*”, ed. Columbia University School of Law, New York, 1998, vol. 32, n° 1, p. 73.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala Civil 1a.), sentencia del 22-2-2000, en *Recueil Le Dalloz*, París, 2000, n° 11, p. 86.

DERECHO AL COMERCIO Y A LA INDUSTRIA. LIBERTAD DE EMPRESA. RESTRICCIONES. LIBERTAD DE TRABAJAR. LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESION (CROACIA).

El derecho a la libertad de empresa es un derecho constitucional (arts. 49 y 50 de la Constitución) que puede ser, excepcionalmente, restringido por una ley del Estado, pero no

por reglamentos adoptados por una empresa.

La compañía de gas del Zagreb no está habilitada a imponer una reglamentación por la cual los profesionales del sector de las instalaciones de gas están obligados a probar su formación y eficiencia por la compañía, ni a determinar los casos en que se niega el servicio de gas.

CORTE CONSTITUCIONAL DE CROACIA, sentencia del 3-2-1999, U-II-324/1995, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 56.

DERECHO AL TRABAJO (EL SALVADOR).

El derecho al trabajo no es sino una manifestación del derecho general de libertad; es así como la Constitución, en los arts. 2 y 9, lo contempla dentro de los derechos individuales. Lo anterior significa que la normativa constitucional, en primer lugar, reconoce a toda persona su calidad de ente capaz de exteriorizar conscientemente su energía física y psíquica, a fin de conseguir la realización o satisfacción de una necesidad, un interés o una utilidad social; y, en segundo lugar, garantiza que dicha libertad no pueda ser arbitrariamente determinada o condicionada, ya sea por el Estado o por cualquier particular y, en caso de intentarse su vulneración, poner en marcha los mecanismos de tutela de tal manifestación de libertad.

En tanto derecho social, la Constitución reconoce que el trabajo, como actividad humana, encarna un valor ético y, consecuentemente, dispone que la actividad laboral no puede ser tratada como objeto de comercio ni cotizada según las leyes del mercado, por lo que, además del salario-retribución del valor económico producido en resultado de una actividad laboral, se debe cumplir con una serie de prestaciones, derechos y garantías sociales adicionales al trabajador, que le posibiliten una existencia humana digna.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (Sala Constitucional), sentencia del 17-9-1997, 14-C-93, en *Revista de Derecho Constitucional*, San Salvador, julio-septiembre 1997, n° 24, p. 509.

DERECHO AL VOTO. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN RACIAL (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: la Constitución de Hawai sólo autoriza a los “hawaianos” a votar en las elecciones de los 9 fideicomisarios que integran el órgano de gobierno de la agencia estadual conocida como Oficina de Asuntos Hawaianos (OAH). Dicha agencia administra programas destinados a beneficiar a dos subclases de ciudadanos de Hawai, a saber, los “hawaianos” (que son todos los descendientes de las razas que habitaban las islas antes de 1778) y los “hawaianos nativos” (que son un subgrupo de la categoría anterior que tiene al menos un 50% de esa progenie). El peticionante Rice, que es un ciudadano del Estado de Hawai que carece de los antecedentes ancestrales necesarios para ser “hawaiano” en términos del derecho estadual, pidió votar en dichas elecciones, y cuando su solicitud fue denegada, demandó al Gobernador alegando, entre otras cosas, que su exclusión era inválida en términos de las XIV y XV Enmiendas. Luego de analizar la historia de las islas y de su pueblo, el tribunal federal de distrito determinó que el Congreso y Hawai habían reconocido la existencia de una relación guardián/pupilo entre dicho Estado y los hawaianos nativos, análoga a la existente entre los Estados Unidos y las tribus aborígenes. Más adelante, evaluó las calificaciones al voto aquí impugnadas con la amplitud que se aplica a las normas aprobadas por el Congreso en ejercicio de las atribuciones que tiene en relación a las tribus

aborígenes (v. *Morton v. Mancari*, 417 US 535 -1974-), y encontró que el sistema electoral estaba racionalmente vinculado con la obligación que la *Admission Act* impone al Estado de utilizar parte de los réditos de ciertas tierras públicas en beneficio de los hawaianos nativos. La cámara de apelaciones confirmó esta decisión, encontrando que Hawai “razonablemente puede llegar a la conclusión de que los hawaianos, que son el grupo frente al cual existen las obligaciones derivadas del fideicomiso y al cual los fideicomisarios de la OAH deben lealtad, sean quienes eligen a estos últimos”. Entonces, el peticionante interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: la negativa de Hawai a reconocer a Rice el derecho a votar en las elecciones de los fideicomisarios de la OAH viola la XV Enmienda.

(a) El objetivo e imperativo legal de la Enmienda surgen explícita y comprensiblemente de su texto: el Gobierno Nacional y los Estados no pueden denegar o restringir el derecho al voto con base en la raza. La Enmienda reafirma la igualdad de las razas en el nivel más básico del proceso democrático, esto es, en el ejercicio del derecho al voto. Protege a todas las personas y no sólo a los miembros de una determinada raza. Importantes precedentes instruyen este caso. Aplicamos la Enmienda para declarar la invalidez de una *grandfather clause* [cláusula de una ley por la que se excluye de ciertos efectos o restricciones previstos en la misma a las relaciones jurídicas anteriores a cierta fecha] que no mencionaba la raza pero que usaba los antecedentes ancestrales para intentar restringir el derecho al voto (v. *Guinn v. United States*, 238 US 347, 364/365 -1915-), y de los sistemas que regulaban las elecciones primarias de un modo que aseguraba la exclusión del voto de (al menos) una de las razas (v. e.g. *Terry v. Adams*, 345 US 461, 469/470 -1953-). La estructura del sistema electoral, en este caso, específicamente otorga derecho a votar a las personas de determinados antecedentes ancestrales y no a otras. Los antecedentes ancestrales pueden usarse como sustituto de la raza y así se ha hecho en este caso. Durante siglos Hawai estuvo aislado de la inmigración, poblado por personas que tenían características físicas comunes y que, en 1778, tenían una cultura común. Las normas impugnadas reflejan el esfuerzo que actualmente realiza ese Estado para preservar esa comunidad. Al interpretar las leyes de derechos civiles de la Era de la Reconstrucción, esta Corte observó que la discriminación racial es aquella que individualiza “clases identificables de personas... exclusivamente con base en sus antecedentes ancestrales o características étnicas” (v. *Saint Francis College v. Al-Khazraji*, 481 US 604, 613 -1987-). El objetivo mismo de la definición legal, en este caso, es tratar a los hawaianos originarios como un pueblo distinto, que exige reconocimiento y respeto. Los antecedentes de esta definición también demuestran que el Estado ha usado los antecedentes ancestrales como definición racial y con objetivos raciales. Los redactores de las definiciones de “hawaiano” y “hawaiano nativo” destacaron su vínculo explícito a la raza. El objetivo expresamente racial de la clasificación y sus efectos reales socaban la pretensión adicional de los apelados de que la distinción resulta neutral en relación a la raza dado que establece diferencias entre las personas de la Polinesia con base en la fecha en que sus ascendientes vivieron en Hawai. La investigación ancestral compromete, en este caso, los mismos intereses que una clasificación que especifica una determinada raza por el nombre, ya que degrada la dignidad y valor de las personas que pasan a ser juzgadas por sus antecedentes ancestrales en lugar de por su propio mérito y cualidades esenciales. La XV Enmienda prohíbe que los Estados investiguen dichos antecedentes porque las clasificaciones raciales corrompen todo el orden jurídico que las elecciones democráticas buscan preservar. La propia ley no puede convertirse en un instrumento para generar el prejuicio y hostilidad del que, con demasiada frecuencia, son objeto las personas cuyo particulares antecedentes ancestrales se evidencian por sus características étnicas y tradiciones culturales. La restricción electoral establecida por el Estado de Hawai impone una calificación al voto basada en la raza.

(b) Se rechazan las tres defensas principales que el Estado esgrime en sustento de su ley electoral. Hawai alega, en primer término, que la exclusión de los no-hawaianos es válida

en términos de la jurisprudencia de esta Corte que autoriza a brindar un tratamiento diferenciado a las tribus indígenas. Sin embargo, lo cierto es que aun si el Congreso tuviera facultades, delegables al Estado, para tratar a los hawaianos y a los hawaianos nativos como tribus, no podría autorizar a un Estado a establecer un sistema electoral como el aquí impugnado, el cual sólo otorga a una clase de aborígenes -excluyendo a los ciudadanos no aborígenes- el derecho a elegir a sus funcionarios. Las elecciones de los fideicomisarios de la OAH son elecciones estatales, no de un cuasi-soberano independiente, y por lo tanto se encuentran sujetas a la XV Enmienda (*Morton v. Mancari*, cit., *distinguished*). También resulta inadmisibles la otra pretensión del Estado, a saber, que la restricción al derecho del voto es válida en términos de los casos resueltos por esta Corte conforme a los cuales la regla “una persona/un voto” no resulta aplicable a los distritos establecidos con propósitos especiales, dado que el cumplimiento de la mencionada regla fundada en la XIV Enmienda no excluye la observancia de la XV Enmienda. El argumento final de Hawai de que la restricción al voto no hace más que asegurar la sincronización de intereses entre los fideicomisarios y los beneficiarios de un fideicomiso cae por sus propios términos, ya que no resulta claro que la calificación del voto sea proporcional a los beneficios de los programas que administra la OAH. Si bien la mayor parte de los fondos parecen estar destinados a beneficiar a los “hawaianos nativos”, el Estado permite que los fideicomisarios sean elegidos tanto por los “hawaianos nativos” como por el resto de los “hawaianos”. Este argumento tiene fallas aún más graves: se funda en la degradante premisa de que los ciudadanos de una determinada raza están, de algún modo, mejor calificados que otros para votar en relación a ciertas materias. No cabe, en términos de la Enmienda, el concepto de que el derecho a votar en una determinada elección puede otorgarse con base en la raza.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *Harold F. Rice v. Benjamin J. Cayetano, Governor of Hawaii*, sentencia del 23-2-2000, en 68 LW 4138.

DERECHO COMUNITARIO. ESTUPEFACIENTES. TENENCIA. EXTRANJEROS. EXPULSIÓN. ORDEN PÚBLICO (COMUNIDAD EUROPEA).

Los arts. 48, 52 y 59 del Tratado y el art. 3 de la Directiva 64/221 para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, se oponen a una normativa nacional que, dejando a salvo algunas excepciones, en particular de índole familiar, obliga al juez nacional a decretar la expulsión de por vida del territorio de los nacionales de los demás Estados miembros a los que se haya declarado culpables de los delitos de adquisición y tenencia de estupefacientes únicamente para su consumo personal.

Tal sanción constituye un obstáculo a las libertades fundamentales reconocidas en dichos artículos del Tratado. Ahora bien, si un Estado miembro puede considerar que el consumo de estupefacientes constituye para la sociedad un peligro que puede justificar medidas especiales frente a los extranjeros que infrinjan la legislación sobre estupefacientes, con el fin de salvaguardar el orden público, únicamente puede adoptarse una medida de expulsión, justificada por la excepción de orden público prevista, en particular, en el art. 56 del Tratado, contra un nacional comunitario si, además de haber infringido la ley de estupefacientes, su comportamiento personal crea una amenaza real y suficientemente grave que afecte un interés fundamental de la sociedad. Este no es el caso cuando la expulsión de por vida del territorio se dicta automáticamente a raíz de una condena penal, sin tener en cuenta el comportamiento personal del autor de la infracción ni el peligro que supone para el orden público.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, sentencia del 19-1-1999,

asunto C-348/96, *Proceso penal contra Donatella Calfa*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 1999-1, p. 11.

DERECHO COMUNITARIO. OBLIGACIONES DEL ESTADO. INCUMPLIMIENTO DE DIRECTIVA. OPORTUNIDAD PARA APRECIARLO (COMUNIDAD EUROPEA).

En el marco de un recurso interpuesto con arreglo al art. 169 del Tratado, la existencia de un incumplimiento debe ser apreciada en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo fijado en el dictamen motivado y los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tomados en cuenta por el Tribunal de Justicia.

Nota de Secretaría: v. en igual sentido, Sala Sexta, sentencia del 1-10-1998, asunto C-71/97, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, en *op. cit. infra*, 1998-10 (A), p. 5991.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Primera), sentencia del 27-10-1998, asunto C-364/97, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, parte I, Luxemburgo, 1998-10 (B), p. 6593.

DERECHO DE DEFENSA. AUTOINCRIMINACIÓN. PEDIDOS DE INFORMES. **DERECHO COMUNITARIO.** CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 6 (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: en 1995, el Consejo de Hertfordshire (Consejo) era la autoridad de aplicación de la Ley de Protección Ambiental de 1990 (Ley) que, luego de ser reformada por el art. 19 y Anexo 4 de la *Waste Management Licencing Regulations* de 1994, implementa en el Reino Unido la *European Waste Framework Directive* (91/156/EEC) (Directiva). Uno de los inspectores del Consejo encontró más de 100 toneladas de desechos hospitalarios -que son “desechos controlados” en términos de la Ley- almacenados en remolques y depósitos del distrito que no contaban con la autorización necesaria, locados por la empresa *Green Environmental Industries*. En consecuencia, intimó a dicha empresa y a su director a incinerar dichos desechos bajo apercibimiento de hacerlo a su costa, y les solicitó información sobre todas las personas, instituciones, empresas u hospitales que les habían entregado ese material, los propietarios o locadores de los remolques que habían usado y la identificación de otros lugares que usaban o habían usado con idénticos propósitos. La empresa y su director se negaron a brindar esta información invocando el derecho a no autoincriminarse. Ante la decisión administrativa de intimarlos por violación a las disposiciones de la Ley, pidieron que se revisara judicialmente la validez de éstas, pero fueron vencidos tanto en primera como en segunda instancia. Entonces, recurrieron a la Cámara de los Lores.

2. Sentencia: se rechaza la apelación.

2.1. La expresión “derecho a no auto-incriminarse” o “derecho a permanecer en silencio” se usa para referirse a varias reglas o principios de inmunidad que están vagamente vinculados y que difieren en cuanto a su ámbito de aplicación y fundamento. Quizás la más conocida de estas reglas -pero que evidentemente no tiene relación alguna con este caso- es la que prohíbe que un fiscal o tribunal exija que una persona sometida a juicio confiese. Hay

también ciertos principios vinculados a dicha norma que autorizan a permanecer en silencio o a invocar el derecho a no autoincriminarse durante la investigación previa al juicio, y que dan lugar a la exclusión de las confesiones involuntarias y a la prohibición de interrogar a los sospechosos sin advertirles el objeto de la investigación. Estos principios tienen un fundamento profiláctico ya que están destinados a impedir que los investigadores abusen de su poder. Existe, además, un derecho general a no verse obligado a contestar las preguntas de las autoridades, basado en la opinión común de que una persona tiene derecho, en la medida de lo posible, a decir a otra que se ocupe de sus propios asuntos. Dado que todos estos principios están, en mayor o menor medida, sujetos a excepciones legales, es necesario determinar si una ley que otorga a los funcionarios del gobierno facultades para hacer preguntas u obtener la entrega de documentos o información, crea una excepción a alguna de las formas del derecho a no autoincriminarse. Ciertas normas así lo establecen expresamente y disponen que las respuestas obtenidas por esta vía no pueden usarse como prueba para procesar al deponente; otras, implícitamente derogan este derecho, porque de otro modo sus disposiciones carecerían de efecto.

Resulta evidente que, en este caso, la Ley otorga las mencionadas facultades a las autoridades no sólo para permitirles obtener pruebas contra quienes violan sus disposiciones, sino también para proteger la salud pública y el medioambiente. Muchas veces la información solicitada se necesita en forma urgente y el objetivo perseguido por la Ley se vería frustrado si las personas que más información tienen sobre los riesgos sanitarios y ambientales pudieran negarse a proveerla con base en que sus respuestas podrían incriminarlas. El Parlamento tuvo la intención de dejar al juez de un eventual posterior proceso penal la función de determinar -en ejercicio de la discrecionalidad que le otorga la *Police and Criminal Evidence Act* de 1984- si la obligación de proveer respuestas potencialmente incriminantes perjudicó la defensa. Por estas razones, juzgamos que, en el derecho inglés, los apelantes no tenían derecho a negarse a brindar la información con base en que ésta podía incriminarlos.

2.2. El principal agravio de los recurrentes es que esta conclusión se ve afectada por el derecho europeo. Dado que la Ley implementa la Directiva, resulta incuestionable que debe ser interpretada conforme a los principios del derecho comunitario, incluyendo sus doctrinas relativas a los derechos humanos. En relación a este punto, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) se sustenta en el derecho a una “audiencia justa y pública” del art. 6.1 y en la presunción de inocencia del art. 6.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En *Saunders v. United Kingdom*, que es el *leading case* en este área, dicho tribunal manifestó: “en primer lugar, se observa que la pretensión del peticionante sólo se refiere al uso, en un proceso criminal promovido en su contra, de las declaraciones obtenidas por ciertos funcionarios del gobierno. Si bien una investigación administrativa puede incluir la formulación de una ‘acusación penal’ (*criminal charge*) en términos de la jurisprudencia de esta Corte relativa al significado autónomo que tiene este concepto, en los alegatos presentados en este caso no se ha sugerido que el art. 6.1 sea aplicable al procedimiento realizado por dichos funcionarios, ni que ese procedimiento incluya la formulación de una acusación penal en términos del significado de dicho artículo”. A este efecto, la Corte recordó su decisión en *Fayed v. United Kingdom*, en la cual sostuvo que las funciones cumplidas por ciertos inspectores en términos de la Sec. 432(2) de la *Companies Act* de 1985 eran de una naturaleza esencialmente investigativa y no formal o sustancialmente decisoria, ya que el objetivo perseguido por dichos funcionarios era investigar y registrar hechos que posteriormente otras autoridades fiscales, reglamentarias, disciplinarias o incluso legislativas podrían usar como base para accionar. La Corte sostuvo que, en la práctica, la exigencia de que esa investigación preparatoria se encuentre sujeta a las garantías propias de los procesos judiciales, establecidas en el art. 6.1 de la Convención, entorpecería indebidamente la reglamentación efectiva y en aras del interés público de actividades económicas y comerciales complejas”. Por lo tanto, la jurisprudencia relativa al mencionado art. 6.1 está

firmemente centrada en la regularidad del juicio, y no alcanza a las investigaciones extrajudiciales. Si bien es cierto que, a diferencia de los inspectores apelados en *Fayed*, el Consejo puede promover acciones penales, no consideramos que el pedido de información fundado en la Ley pueda describirse como una decisión “formal o sustancial”. Por lo tanto, el caso *Saunders* no brinda sustento para autorizar a los apelantes a negarse a contestar.

Resulta asimismo inaplicable a las investigaciones extrajudiciales el caso *Funke v. France*, también invocado por el apelante.

Finalmente, en *Orkem v. The Commission* (sentencia del 18-10-89, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal*, Luxemburgo, 1989-9, p. 3283), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Tribunal) se refirió al art. 11 del Reglamento 17 de 1962, que autoriza a la Comisión Europea a “obtener toda la información necesaria” de las empresas investigadas por posibles violaciones a las leyes comunitarias de libre competencia. La Comisión había enviado a Orkem un amplio cuestionario que incluía la solicitud de información fáctica sobre correspondencia y reuniones mantenidas con otras empresas, pero también algunas preguntas que, en los hechos, le exigían confesar que había actuado ilegalmente. El Tribunal resolvió que la Comisión tenía derecho a pedir la información fáctica, aun cuando ésta fuera incriminatoria, pero objetó solicitudes como la relativa a los detalles de “todo paso o medida concertada que pueda haberse planeado o adoptado para apoyar esas iniciativas relativas a los precios”, a través de las cuales se intentaba obligar a Orkem a admitir que había intervenido en la fijación de precios y debilitar así el derecho de defensa de la empresa, el cual -según la jurisprudencia del Tribunal- es uno de los principios fundamentales del régimen jurídico comunitario. Resulta claro que los pedidos de información formulados por el Consejo caen dentro del área permisible que el Tribunal demarcó en este caso, ya que todos ellos solicitaban información fáctica y ninguno instaba a admitir la comisión de ilícitos.

Por estas razones, los apelantes estaban obligados a contestar el pedido de información.

Nota de la Secretaría: v., sobre el tema, Corte Europea de Derechos Humanos, casos *Saunders c. Reino Unido*, sentencia del 17-12-96, *Recueil*, 1996-VI, n° 24, p. 2044; *Fayed c. Reino Unido*, sentencia del 21-9-94, Serie A n° 294, p. 26.; y *Funke c. Francia*, sentencia del 25-2-93, Serie A n° 256-A, p. 8.

CAMARA DE LOS LORES DEL REINO UNIDO, sentencia del 17-2-2000, *Regina v. Hertfordshire County Council Ex Parte Green Environmental Industries Ltd. and Another (A.P)*, <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000...hert-1.html>.

DERECHO DE DEFENSA. DEBIDO PROCESO. OPORTUNIDAD DE DEFENSA. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. LEYES QUE REGLAMENTAN SU EJERCICIO (EL SALVADOR).

La expresión “con arreglo a la leyes” contenida en el art. 11 de la Ley Fundamental, no autoriza al ordenamiento legislativo a convertir cualquier proceso estatal en el debido proceso legal; sino que debe atenerse a los principios constitucionales, creando un proceso justo y razonable.

En tal sentido se advierte que el procedimiento establecido en el art. 122 del Código Procesal Penal, en relación con el art. 248 del Código Penal, contradice el derecho de audiencia, pues disminuye gravemente las posibilidades de defensa del imputado del delito de usurpación, al exigir que en el momento de la inspección se demuestre el derecho que se alega tener sobre el inmueble.

Es claro que el citado art. 122 concede al supuesto usurpador una limitada oportunidad de defensa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (Sala Constitucional), sentencia del 24-9-97, 9-R-96, en *Revista de Derecho Constitucional*, San Salvador, julio-septiembre 1997, n° 24, p. 525.

DERECHO DE DEFENSA. GARANTÍAS PROCESALES. INMEDIACIÓN. AUTOINCRIMINACIÓN. CONFESIÓN BAJO TORTURAS (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-MÉXICO).

1. La Corte Suprema de Justicia de México, Primera Sala, ha establecido en su tesis n° 82 que ante dos declaraciones del inculpado en diverso sentido, debe prevalecer la declaración inicial: "... De acuerdo con el principio de inmediación procesal, y salvo la legal procedencia de la retractación confesional, las primeras declaraciones del acusado, producidas sin tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores", y ha calificado a esta tesis, erradamente, como de "inmediatez" o inmediación.

2. La experiencia ha demostrado fehacientemente que otorgar efectos probatorios a las declaraciones extrajudiciales, o realizadas durante la etapa de investigación del proceso, representa un aliciente a las prácticas de tortura, en cuanto la policía prefiere ahorrar esfuerzos de investigación y obtener del propio inculpado la confesión del crimen.

3. El análisis comparativo de las diversas garantías judiciales en el continente muestra claramente que el proceso debe ser conducido directa e inmediatamente por el juez, con especial énfasis en la relación directa entre éste y la persona del imputado. Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7.5), establecen que el imputado debe ser llevado "...sin demora ante el juez...".

4. La lógica de las garantías del proceso penal se basa en la intervención personal del juez, concebido como el órgano adecuado para su tutela. El objetivo que se busca con el principio de inmediación procesal es tratar de evitar un distanciamiento de la persona del juez, de los elementos del proceso y, en especial, de la persona del imputado, así como asegurar a los ciudadanos que los asuntos más graves que los pueden afectar en su vida social, serán examinados por un órgano dotado de una serie de resguardos que garantizan principalmente su independencia e imparcialidad.

Por ello, en todo caso, la "inmediación procesal" debe ser concebida únicamente entre el juez y el procesado.

5. El principio de intermediación procesal concebido por el Estado mexicano, en lugar de servir como garantía procesal para los inculpados de delitos, se está transformando en su antítesis, en una fuente de abusos para los inculpados.

6. Con base en lo anteriormente dicho sobre el principio de intermediación y las garantías del debido proceso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que las declaraciones que deben prevalecer como plena prueba son las judiciales, es decir, las prestadas ante el juez competente y no las prejudiciales.

Nota de Secretaría: la denuncia señalaba que M.M. había sido condenado por un tribunal mexicano tomando como única prueba de cargo su confesión obtenida bajo tortura. En dicho informe, la Comisión analizó, también, temas relativos al derecho a la libertad personal, el derecho a la integridad personal, a la confesión bajo torturas y restricciones al derecho de defensa, y concluyó en que el Estado mexicano violó, en perjuicio de M.M., los derechos amparados por los arts. 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 2/99, caso 11.509, *Manuel Manríquez - México*, 23-2-1999, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1998*, Washington, 1999, vol. I, p. 688. V., asimismo, *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, N° 1, Talca, 1999, p. 541.

DERECHO DE DEFENSA. GARANTÍAS PROCESALES. PENA DE MUERTE. OPINIONES CONSULTIVAS. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES, ART. 36, PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ARTS. 2, 6, 14, Y 50. CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, ART. 3.K. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, ARTS. I, II Y XXVI (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-MÉXICO).

1. Antecedentes del caso:

1.1. El 9 de diciembre de 1997 México sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) una solicitud de opinión consultiva sobre diversos tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Según las manifestaciones del Estado solicitante, la consulta se relaciona con las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte, impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho a comunicarse y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad. México añadió que la consulta, fundada en lo que dispone el art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención), tiene como antecedente las gestiones bilaterales que ha realizado en favor de algunos de sus nacionales, quienes no habrían sido informados oportunamente por el Estado receptor de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas -v. *investigaciones 2* (1998), p. 445-. De conformidad con las manifestaciones del Estado requirente, la consulta tiene como presupuestos de hecho los siguientes: que tanto el Estado que envía como el Estado receptor son Partes en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Convención de Viena); ambos son Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y suscribieron la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y aunque el Estado receptor no ha ratificado la Convención, sí ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (Pacto).

1.2. Partiendo de dichas premisas, México solicitó la opinión de la Corte sobre los siguientes asuntos:

1.2.1. En relación con la Convención de Viena:

a) En el marco del art. 64.1 de la Convención, ¿debe entenderse el art. 36 de la Convención de Viena, en el sentido de contener disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos?

b) Desde el punto de vista del Derecho internacional, ¿está subordinada la exigibilidad de los derechos individuales que confiere el citado art. 36 a los extranjeros, por parte de los interesados frente al Estado receptor, a las protestas del Estado de su nacionalidad?

c) Tomando en cuenta el objeto y fin del art. 36.1.b de la Convención de Viena, ¿debe interpretarse la expresión “sin dilación” contenida en dicho precepto, en el sentido de requerir que las autoridades del Estado receptor informen a todo extranjero detenido por los delitos sancionables con la pena capital de los derechos que le confiere el propio art. 36.1.b, en el momento del arresto y en todo caso antes de que el detenido rinda cualquier declaración o confesión ante las autoridades policíacas o judiciales?

d) Desde el punto de vista del Derecho internacional y tratándose de personas extranjeras, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte, ante la falta de notificación a que se refiere el art. 36.1.b de la Convención de Viena?

1.2.2. Respecto del Pacto:

a) En el marco del art. 64.1 de la Convención, ¿deben entenderse los arts. 2, 6, 14 y 50 del Pacto, en el sentido de contener disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos?

b) En el marco del art. 14 del Pacto, ¿debe entenderse que el propio art. 14 debe aplicarse e interpretarse a la luz de la expresión “todas las garantías posibles para asegurar un juicio justo”, contenida en el párrafo 5 de las respectivas salvaguardias de las Naciones Unidas, y que tratándose de extranjeros acusados o inculpados de delitos sancionables con la pena capital, dicha expresión incluye la inmediata notificación al detenido o procesado, por parte del Estado receptor, de los derechos que le confiere el art. 36.1.b de la Convención de Viena?

c) Tratándose de personas extranjeras acusadas o inculpadas de delitos sancionables con la pena capital, ¿se conforma la omisión, por parte del Estado receptor, de la notificación exigida por el art. 36.1.b de la Convención de Viena con respecto a los interesados, con el derecho de éstos a disponer de “medios adecuados para la preparación de su defensa” de acuerdo con el art. 14.3.b) del Pacto?

d) Tratándose de personas extranjeras acusadas o inculpadas de delitos sancionables con la pena capital, ¿debe entenderse que las expresiones “garantías mínimas”, contenida en el art. 14.3 del Pacto, y “equiparables como mínimo”, contenida en el párrafo 5 de las respectivas salvaguardias de las Naciones Unidas, eximen al Estado receptor del inmediato cumplimiento con respecto al detenido o procesado de las disposiciones del art. 36.1.b de la Convención de Viena?

e) Tratándose de países americanos constituidos como Estados federales que son Parte en el Pacto, y en el marco de los arts. 2, 6, 14 y 50 de éste, ¿están obligados dichos Estados a garantizar la notificación oportuna a que se refiere el art. 36.1.b de la Convención de Viena a todo individuo de nacionalidad extranjera arrestado, detenido o procesado en su territorio por delitos sancionables con la pena capital; y a adoptar disposiciones conforme a su derecho interno para hacer efectiva en tales casos la notificación oportuna a que se refiere ese artículo en todos sus componentes, si el mismo no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otra índole, a fin de dar plena eficacia a los respectivos derechos y garantías consagrados en el Pacto?

f) En el marco del Pacto y tratándose de personas extranjeras, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte, ante la falta de notificación a que se refiere el art. 36.1.b de la Convención de Viena?

1.2.3. Respecto de la Carta de la OEA y de la Declaración Americana:

a) Tratándose de arrestos y detenciones de extranjeros por delitos sancionables con la pena capital y en el marco de los arts. 3.1 de la Carta y II de la Declaración, ¿se conforma la omisión por parte del Estado receptor de la notificación al detenido o inculgado, sin dilación, de los derechos que le confiere el art. 36.1.b de la Convención de Viena, con la proclamación por la Carta de los derechos humanos, sin distinción por motivos de nacionalidad, y con el reconocimiento por la Declaración del derecho a la igualdad ante la ley sin distinción alguna?

b) Tratándose de personas extranjeras y en el marco del art. 3.1 de la Carta y de los arts. I, II y XXVI de la Declaración, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte, ante la falta de notificación a que se refiere el art. 36.1.b de la Convención de Viena?

2. Sentencia:

2.1. Competencia de la Corte

México, Estado Miembro de la OEA, sometió a la Corte la solicitud de opinión consultiva de acuerdo con lo establecido por el art. 64.1 de la Convención, a saber: “Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”.

Esta disposición se ve complementada con los siguientes requisitos reglamentarios: la precisa formulación de las preguntas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte, la indicación de las disposiciones cuya interpretación se pide y del nombre y dirección del agente, y la presentación de las consideraciones que originan la consulta (art. 59 del Reglamento). En caso de que la consulta verse sobre “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”, el solicitante deberá identificar el tratado respectivo y las partes en él (art. 60.1).

La consulta somete a la consideración de la Corte doce preguntas específicas sobre las cuales se pretende su opinión, e indica, además, las disposiciones y tratados cuya interpretación se solicita, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección de su agente, con lo cual ha dado cumplimiento a los respectivos requisitos reglamentarios.

El cumplimiento de los requisitos examinados no significa necesariamente que la Corte esté obligada a responder la consulta. Al decidir si acepta o no una solicitud de opinión consultiva, debe tener presente consideraciones que trascienden los aspectos meramente formales (OC-15/97, Serie A N° 15, párr. 31), y que se reflejan en los límites genéricos que ha reconocido al ejercicio de su función consultiva (OC-1/82, Serie A N° 1, párr. 13). Estas consideraciones serán tratadas en los siguientes párrafos.

En cuanto a su competencia *ratione materiae* para responder a la presente solicitud de opinión consultiva, esta Corte debe, en primer lugar, decidir si está investida de facultades para interpretar, por vía consultiva, tratados internacionales distintos de la Convención (OC-1/82, cit., párr. 19).

En este sentido, la Corte advierte que han sido presentadas doce preguntas que involucran seis instrumentos internacionales distintos, y que México ha dividido su solicitud en tres apartados, que son descritos a continuación: a) las preguntas primera a cuarta integran el grupo inicial. En la primera de ellas, se solicita que la Corte interprete si, de conformidad con el art. 64.1 de la Convención, el art. 36 de la Convención de Viena contiene “disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”, mientras que en las tres restantes se solicita una interpretación de dicha Convención de Viena; b) las preguntas quinta a décima integran el grupo intermedio, que comienza con la consulta sobre sí, en el marco del art. 64.1 de la Convención, los arts. 2, 6, 14 y 50 del Pacto contienen “disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. Las cuatro preguntas restantes tienen por objeto la interpretación de los artículos citados, su relación con las Salvaguardias para Garantizar la

Protección de los Derechos de los Condenados a la Pena de Muerte y con la Convención de Viena, y c) las preguntas undécima y duodécima integran el último grupo, y se refieren a la interpretación de la Declaración Americana y la Carta de la OEA y su relación con el art. 36 de la Convención de Viena.

A través de las preguntas que encabezan cada uno de los dos primeros grupos descritos, el Estado solicitante pretende una interpretación de los alcances del art. 64.1 de la Convención con respecto a otros instrumentos internacionales. “Dado que el art. 64.1 autoriza a la Corte a dar opiniones consultivas ‘acerca de la interpretación de [la] Convención’” (OC-10/89, Serie A N° 10, párr. 24) o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, una consulta que se formule a ese respecto recae en el ámbito de la competencia *ratione materiae* de la Corte.

En consecuencia, la Corte es competente para pronunciarse sobre la primera y quinta preguntas planteadas por el Estado solicitante y, una vez resueltas éstas, para responder a las segunda a cuarta y sexta a décima.

En su décima Opinión Consultiva, que versó sobre sus atribuciones para interpretar la Declaración Americana, este Tribunal determinó que el art. 64.1 de la Convención lo autoriza “para, a solicitud de un Estado Miembro de la OEA o, en lo que les compete, de uno de los órganos de la misma, rendir opiniones consultivas sobre interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos” (Opinión, punto único, y párr. 44).

En aquella oportunidad, la Corte estimó que “no se puede interpretar y aplicar la Carta de la [OEA] en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración [Americana]” (párr. 43).

La Corte considera, por lo tanto, que es igualmente competente para pronunciarse sobre las preguntas undécima y duodécima, que integran el tercer grupo de interrogantes presentadas por México en su consulta.

2.2. Presupuestos de hecho

La Corte toma nota de los siguientes presupuestos fácticos presentados por el Estado solicitante: a. tanto el Estado que envía como el Estado receptor son Partes en la Convención de Viena; b. tanto el Estado que envía como el Estado receptor son Miembros de la OEA; c. tanto el Estado que envía como el Estado receptor han suscrito la Declaración Americana; d. el Estado receptor ha ratificado el Pacto, y e. el Estado receptor no ha ratificado la Convención.

En cuanto al último presupuesto citado, la Corte estima que no reviste alcance práctico alguno, por cuanto hayan o no ratificado la Convención, los Estados Partes en la Convención de Viena son obligados por ésta.

Si la Corte circunscribiese su pronunciamiento a aquellos Estados que no han ratificado la Convención, sería difícil desvincular la presente Opinión Consultiva de un pronunciamiento específico sobre el sistema judicial y la legislación de dichos Estados. Esta circunstancia, a juicio de la Corte, trascendería el objeto del procedimiento consultivo, que está destinado “a facilitar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” (OC-3/83, Serie A N° 3, párr. 22).

Además, si la Corte limitase el alcance de su opinión a Estados Miembros de la OEA que no son Partes de la Convención, prestaría sus servicios consultivos a un número muy reducido de Estados americanos, lo cual no estaría conforme al interés general que reviste la consulta (*infra* 62).

Por estas razones la Corte determina, en ejercicio de sus facultades inherentes para “precisar o esclarecer y, en ciertos supuestos, reformular, las preguntas que se le plantean”

(OC-7/86, Serie A N° 7, párr. 12), que la presente Opinión Consultiva tendrá como presupuestos fácticos que tanto el Estado que envía como el Estado receptor son Miembros de la OEA, han suscrito la Declaración Americana, han ratificado el Pacto y son Partes en la Convención de Viena, independientemente de haber o no ratificado la Convención.

De conformidad con su práctica, la Corte debe examinar si la emisión de la consulta podría “conducir a alterar o a debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la Convención” (OC-1/82, opinión segunda). En su jurisprudencia constante, ha establecido que es, ante todo y principalmente, una institución judicial autónoma que tiene competencia para decidir cualquier caso contencioso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención, y para disponer que se garantice a la víctima de la violación de un derecho o libertad protegidos por ésta, el goce del derecho o libertad conculcados (arts. 62 y 63 de la Convención y art. 1 del Estatuto de la Corte). En virtud del carácter obligatorio que tienen sus decisiones en materia contenciosa (art. 68), la Corte representa, además, el órgano con mayor poder conminatorio para garantizar la efectiva aplicación de la Convención.

2.3. Fondo

2.3.1. Los derechos a la información, notificación y comunicación, y de asistencia consular, y su vínculo con la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (primera pregunta, v. **1.2.1.a**)

En su décima Opinión Consultiva, la Corte interpretó que la palabra “tratado”, tal como la emplea el art. 64.1, se refiere, al menos, a “un instrumento internacional de aquéllos que están gobernados por las dos Convenciones de Viena”: la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

Además, el Tribunal ha definido que los tratados a que hace referencia el art. 64.1 son aquéllos en los que son Partes uno o más Estados americanos, entendiendo por éstos a todos los Estados Miembros de la OEA. Por último, la Corte reitera que los términos del artículo citado tienen un marcado carácter extensivo, que también debe guiar su interpretación.

La Convención de Viena es un “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional”, en el sentido que da a esta amplia expresión la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En ella son Partes los Estados Miembros de la OEA con sólo dos excepciones: Belice y St. Kitts y Nevis.

Para los fines de esta Opinión, la Corte debe determinar si la Convención de Viena concieme a la protección de los derechos humanos en los 33 Estados americanos que son Partes en él, es decir, si atañe, afecta o interesa a esta materia. Al realizar este estudio, el Tribunal reitera que la interpretación de toda norma debe hacerse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos empleados por el tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y que dicha interpretación puede involucrar el examen del tratado considerado en su conjunto, si es necesario.

En algunos escritos de observaciones presentados ante la Corte se ha expresado que en el Preámbulo de la Convención de Viena se indica que los Estados Partes estuvieron conscientes, en el proceso de redacción, de que la finalidad de [los] privilegios e inmunidades [consulares] no es beneficiar a particulares, sino garantizar a las oficinas consulares el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus Estados Respectivos.

Por ende la Convención de Viena no atendería al objetivo de otorgar derechos a los individuos; los derechos de comunicación y notificación consular son, “ante todo”, derechos estatales.

La Corte ha examinado el proceso de formulación del Preámbulo de la Convención de Viena, y ha constatado que los “particulares” a que hace referencia son aquéllos que ejercen funciones consulares, y que el propósito de la aclaración citada fue dejar constancia

del carácter funcional de los privilegios e inmunidades otorgados a éstos.

Por otra parte, México no solicita al Tribunal que interprete si el objeto principal de la Convención de Viena es la protección de los derechos humanos, sino si una norma de ésta concieme a dicha protección, lo cual adquiere relevancia a la luz de la jurisprudencia consultiva de este Tribunal, que ha interpretado que un tratado puede concernir a la protección de los derechos humanos, con independencia de cuál sea su objeto principal. Por lo tanto, aun cuando son exactas algunas apreciaciones presentadas al Tribunal sobre el objeto principal de la Convención de Viena, en el sentido de que ésta es un tratado destinado a “establecer un equilibrio entre Estados”, esto no obliga a descartar, de plano, que dicho Tratado pueda concernir a la protección de los derechos fundamentales de la persona en el continente americano.

A partir de la coincidencia de la práctica de los Estados en materia de protección diplomática se desarrollaron las discusiones en torno de la redacción del art. 36 de la Convención de Viena, que reza:

“1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y visitarlos; [...]”.

En este apartado se consagra el derecho a la libre comunicación, cuyos titulares - como lo revela en forma unívoca el texto- son tanto el funcionario consular como los nacionales del Estado que envía, sin que se hagan ulteriores precisiones con respecto a la situación de dichos nacionales. El derecho de los detenidos extranjeros a la comunicación con funcionarios consulares del Estado que envía es concebido como un derecho del detenido en las más recientes manifestaciones del derecho penal internacional.

Por lo tanto, el funcionario consular y el nacional del Estado que envía tienen el derecho a comunicarse entre sí, en todo momento, con el propósito de que el primero pueda ejercer debidamente sus funciones. De conformidad con el art. 5 de la Convención de Viena, estas funciones consulares consisten, entre otras, en: “a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; [...]; e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas; [...]; i) representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente; [...]”.

De la lectura conjunta de los textos citados, se desprende que la Convención de Viena reconoce, como una función primordial del funcionario consular, el otorgamiento de asistencia al nacional del Estado que envía en la defensa de sus derechos ante las autoridades del Estado receptor. En este marco, la Corte estima que la norma que consagra la comunicación consular tiene un doble propósito: reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia.

Los apartados b) y c) del art. 36.1 de la Convención de Viena se refieren a la asistencia consular en una situación particular: la privación de libertad. La Corte estima que estos apartados requieren análisis separado. El apartado b) dispone que “si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o

puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado”.

El texto citado consagra, entre otros, el derecho del extranjero privado de la libertad a ser informado, “sin dilación”, de que tiene: a) derecho a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor informen a la oficina consular competente sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva, y b) derecho a dirigir a la oficina consular competente cualquier comunicación, para que ésta le sea transmitida “sin demora”.

Los derechos mencionados en el párrafo anterior, que han sido reconocidos por la comunidad internacional en el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, tienen la característica de que su titular es el individuo. En efecto, el precepto es inequívoco al expresar que “reconoce” los derechos de información y notificación consular a la persona interesada. En esto, el art. 36 constituye una notable excepción con respecto a la naturaleza, esencialmente estatal, de los derechos y obligaciones consagrados en la Convención de Viena y representa, en los términos en que lo interpreta esta Corte en la presente Opinión Consultiva, un notable avance respecto de las concepciones tradicionales del Derecho Internacional sobre la materia.

Los derechos reconocidos al individuo por el apartado b) del art. 36.1, ya citado, se relacionan con el apartado siguiente, de acuerdo con el cual: “c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello”.

Como se desprende del texto, el ejercicio de este derecho sólo está limitado por la voluntad del individuo, que puede oponerse “expresamente” a cualquier intervención del funcionario consular en su auxilio. Esta última circunstancia reafirma la naturaleza individual de los referidos derechos reconocidos en el art. 36 de la Convención de Viena.

Por lo tanto, la Corte concluye que el art. 36 de la Convención de Viena reconoce al detenido extranjero derechos individuales a los que corresponden los deberes correlativos a cargo del Estado receptor. Esta interpretación se confirma por la historia legislativa del artículo citado. De ésta se desprende que aun cuando en un principio algunos Estados consideraron que era inadecuado incluir formulaciones respecto de los derechos que asistían a nacionales del Estado que envía, al final se estimó que no existía obstáculo alguno para reconocer derechos al individuo en dicho instrumento.

Ahora bien, es necesario examinar si las obligaciones y derechos consagrados en dicho art. 36 conciernen a la protección de los derechos humanos.

Si el Estado que envía decide brindar su auxilio, en ejercicio de los derechos que le confiere el art. 36 de la Convención de Viena, podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión.

Por ello, la comunicación consular a la que se refiere el art. 36 de la Convención de Viena, efectivamente concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y puede redundar en beneficio de aquél. Esta es la interpretación que debe darse a las funciones de “protección de los intereses” de dicho nacional y a la posibilidad de que éste reciba “ayuda y asistencia”, en particular, en la organización de “su defensa ante los tribunales”. La relación que existe entre los derechos conferidos por el art. 36 y los conceptos de “debido proceso legal” o “garantías judiciales” se examina en otra sección de esta Opinión Consultiva (*infra*).

2.3.2. La exigibilidad de los derechos reconocidos en el art. 36 de la Convención de

Viena (segunda pregunta, v. **1.2.1.b**)

A juicio de esta Corte, el cumplimiento del deber estatal correspondiente al derecho a la comunicación consular [apartado a) del art. 36.1] no está sujeto al requisito de protesta previa del Estado que envía.

Lo mismo sucede con el derecho a la información sobre la asistencia consular, que también está consagrado como un derecho correspondiente a un deber del Estado receptor, sin necesidad de requerimiento alguno para que adquiera vigencia o actualidad esta obligación.

El derecho a la notificación consular está condicionado, únicamente, a la voluntad del individuo interesado. A este respecto, es revelador que en el proyecto presentado a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones Consulares, el cumplimiento del deber de notificar al funcionario consular en los casos previstos por el apartado b) del art. 36.1 no dependía de la voluntad de la persona privada de libertad. Sin embargo, algunos participantes en la Conferencia se opusieron a esta formulación basados en motivos de orden práctico que imposibilitarían el cumplimiento del deber mencionado, y en la necesidad de que el individuo decidiera libremente si deseaba que el funcionario consular fuera notificado de la detención y, en su caso, autorizara la intervención de éste en su favor. Como fundamento de estas posiciones se argumentó, en lo esencial, que debía ser respetado el libre albedrío de la persona. Ninguno de los Estados participantes se refirió a la necesidad de que el Estado que envía satisficiera algún requisito o condición.

Por último, el apartado c) condiciona a la voluntad del individuo la intervención del funcionario consular en la “organiza[ci]ón de su defensa” y en las visitas al lugar en que se halla detenido. Tampoco en este apartado se hace mención alguna a la necesidad de que medien protestas del Estado que envía.

Particularmente en lo que se refiere a los apartados b) y c) del art. 36.1, el cumplimiento inmediato de los deberes del Estado receptor responde al objeto mismo de la notificación consular. En efecto, ésta atiende al propósito de alertar al Estado que envía sobre una situación de la cual, en principio, éste no tiene conocimiento. Por lo tanto, sería ilógico supeditar el ejercicio o cumplimiento de estos derechos y deberes a las protestas de un Estado que ignora la situación en que se encuentra su nacional.

En uno de los escritos sometidos al Tribunal se mencionó que en ciertos casos se dificulta al Estado receptor obtener información sobre la nacionalidad del detenido. Si no existe este conocimiento, el Estado receptor no sabrá que el individuo es titular del derecho a la información consagrado en el art. 36 de la Convención de Viena.

A este respecto, la Corte estima que la identificación del imputado, requisito indispensable para la individualización penal, es un deber que recae en el Estado que lo tiene bajo su custodia. Dicha identificación es esencial, por ejemplo, para determinar la edad del sujeto privado de libertad y asegurarle un tratamiento adecuado a sus circunstancias. En el cumplimiento del deber de identificar al detenido, el Estado utiliza los mecanismos que han sido establecidos en su derecho interno con este propósito y que necesariamente incluyen los registros de control migratorio, en el caso de extranjeros.

No escapa a la atención de esta Corte la posibilidad de que el propio detenido haga difícil el conocimiento de su condición de extranjero. Algunos detenidos podrían encubrir esta condición para evitar ser deportados. En estos casos, los registros de control migratorio no serán útiles -o suficientes- para que el Estado pueda determinar la identidad del sujeto. También surgen problemas cuando el detenido siente temor de las acciones de su Estado de procedencia y, por lo tanto, procura obstaculizar la averiguación de su nacionalidad. En ambos supuestos, el Estado receptor puede enfrentar dificultades, que no le son imputables, para cumplir los deberes que le impone el art. 36. La apreciación de cada caso, hecha por las autoridades nacionales o internacionales competentes, permitirá establecer si el Estado receptor es o no responsable de incumplir esos deberes.

Lo expuesto en el párrafo precedente no desvirtúa el principio de que el Estado que lleva a cabo la detención tiene el deber de conocer la identidad de la persona a la que priva de libertad. Ello le permitirá cumplir sus propias obligaciones y observar puntualmente los derechos del detenido. Tomando en cuenta la dificultad de establecer de inmediato la nacionalidad del sujeto, la Corte estima pertinente que el Estado haga saber al detenido los derechos que tiene en caso de ser extranjero, del mismo modo en que se le informa sobre los otros derechos reconocidos a quien es privado de libertad.

Por estas razones, la Corte considera que la observancia de los derechos que reconoce al individuo el art. 36 de la Convención de Viena no está subordinada a las protestas del Estado que envía.

2.3.3. La expresión “sin dilación”, contenida en el art. 36.1.b de la Convención de Viena (tercera pregunta, v. **1.2.1.c**)

La Corte advierte que en esta pregunta está expresamente involucrado, por vez primera, un elemento de fundamental importancia para la presente Opinión Consultiva. Aun cuando se inquiera, en lo principal, si la expresión “sin dilación” está relacionada con un estado procesal determinado, se ha pedido que la interpretación se practique en el contexto de los casos en que la privación de libertad se origina en la persecución por un delito sancionable con pena capital.

El Estado solicitante aclaró que si bien la consulta se limita a casos sancionables con pena de muerte, esto no excluye la aplicación de los derechos enunciados en el art. 36 en otras circunstancias. La Corte considera que esta apreciación es correcta. El art. 36.1.b de la Convención de Viena no establece distinción alguna con base en la gravedad de la pena aplicable al delito que origina la detención. A este respecto, es revelador que el artículo citado no exige que se informe al funcionario consular sobre las razones que determinaron la privación de libertad. Al acudir a los respectivos trabajos preparatorios, este Tribunal ha constatado que esto es resultado de la voluntad expresa de los Estados Partes, algunos de los cuales admitieron que revelar al funcionario consular el motivo de la detención constituiría una violación del derecho fundamental a la privacidad. El art. 36.1.b tampoco hace distinción alguna en razón de la pena aplicable, por lo que es natural deducir que este derecho asiste a cualquier detenido extranjero.

Por lo tanto, la respuesta que la Corte ofrezca a esta parte de la consulta, es aplicable a todos los casos en que un nacional del Estado que envía es privado de libertad por cualesquiera motivos, y no únicamente por hechos que, al ser calificados por la autoridad competente, podrían involucrar la aplicación de la pena de muerte.

Dilucidado este aspecto de la pregunta, la Corte determinará si debe interpretarse que el concepto “sin dilación”, contenido en el art. 36.1.b de la Convención de Viena, requiere que las autoridades del Estado receptor informen a todo detenido extranjero de los derechos que le confiere dicho artículo “en el momento del arresto y en todo caso antes de que el detenido rinda cualquier declaración o confesión ante las autoridades policíacas o judiciales”.

De la historia legislativa de ese artículo se desprende que la obligación de informar “sin dilación” al detenido del Estado que envía sobre los derechos que le confiere dicho precepto fue incluida, a propuesta del Reino Unido y con el voto afirmativo de una gran mayoría de los Estados participantes en la Conferencia, como una medida que permite asegurar que el detenido esté consciente, en forma oportuna, del derecho que le asiste de solicitar que se notifique al funcionario consular sobre su detención para los fines de la asistencia consular. Es claro que estos son los efectos propios (*effet utile*) de los derechos reconocidos por el art. 36.

Por lo tanto, y en aplicación de un principio general de interpretación que ha reiterado en forma constante la jurisprudencia internacional, la Corte interpretará el art. 36 en forma tal que se obtenga dicho “efecto útil”.

Al tratar este tema, es pertinente recordar las conclusiones de la Corte con respecto a la segunda pregunta de la consulta. Allí declaró que el respeto de los derechos reconocidos al individuo en el art. 36 de la Convención de Viena no depende de las protestas del Estado de su nacionalidad. Pesa entonces sobre el Estado que recibe, la carga de cumplir con la obligación de informar al detenido sobre sus derechos.

En consecuencia, para establecer el sentido que corresponde dar al concepto “sin dilación”, se debe considerar la finalidad a la que sirve la notificación que se hace al inculcado. Es evidente que dicha notificación atiende al propósito de que aquél disponga de una defensa eficaz. Para ello, la notificación debe ser oportuna, esto es, ocurrir en el momento procesal adecuado para tal objetivo. Por lo tanto, y a falta de precisión en el texto de la Convención de Viena, la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculcado y en todo caso antes de que éste rinda su primera

declaración ante la autoridad.

2.3.4. Normas del Pacto (quinta pregunta, v. 1.2.2.a)

En el Pacto son Partes los Miembros de la OEA con excepción de Antigua y Barbuda, Bahamas, Saint Kitts y Nevis y Santa Lucía. En concepto de este Tribunal, todas las disposiciones citadas del Pacto concernen efectivamente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

2.3.5. El derecho a la información sobre la asistencia consular y su relación con las Garantías Mínimas del Debido Proceso Legal (sexta, séptima, octava y undécima preguntas; v. 1.2.2.b, 1.2.2.c, 1.2.2.d y 1.2.3.a, respectivamente)

En las preguntas citadas, el Estado solicitante requiere a la Corte su opinión sobre si la inobservancia del derecho a la información constituye una violación de los derechos consagrados en los arts. 14 del Pacto, 3 de la Carta de la OEA y II de la Declaración Americana, tomando en cuenta la naturaleza de esos derechos.

El examen de esta cuestión se inicia necesariamente con la consideración de los criterios que rigen la interpretación de las últimas normas citadas. El Pacto y la Carta de la OEA, que son tratados bajo el concepto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, deben ser interpretados en los términos del art. 31 de ésta (*supra*).

Como se desprende de la norma citada, al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero). Como ha dicho la Corte Internacional de Justicia, "...la Corte debe tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho [...]. Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación. En el dominio al que se refiere el presente proceso, los últimos cincuenta años [...] han traído una evolución importante. [...] En este dominio como en otros, el *corpus juris gentium* se ha enriquecido considerablemente, y la Corte no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones".

Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos *Tyrer c. Reino Unido* (sentencia del 25-4-1978, Serie A n° 26, pp. 15/16, párr. 31), *Marckx c. Bélgica* (sentencia del 13-6-1979, Serie A n° 31, p. 19, párr. 41), *Loizidou c. Turquía* (sentencia del 23-3-1995, Serie A n° 310, p. 26, párr. 71), entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.

El Pacto consagra el derecho al debido proceso legal (art. 14) derivado de "la dignidad inherente a la persona humana". Esa norma señala diversas garantías aplicables a "toda persona acusada de un delito", y en tal sentido coincide con los principales

instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En opinión de esta Corte, 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. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. 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. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el art. 14 del Pacto, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

En este orden de consideraciones, la Corte ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales (OC-9/87, Serie A N° 9, párr. 27), “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” (OC-8/87, Serie A N° 8, párr. 25) y son “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” (OC-9/87 cit., párr. 28, y casos *Genie Lacayo*, sentencia del 29-1-1997, Serie C N° 30, párr. 74, y *Loayza Tamayo*, sentencia del 17-9-1997, Serie C N° 33, párr. 62).

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales, y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

Por ello 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. Estos son medios para que los inculcados 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.

En el caso al que se refiere la presente Opinión Consultiva, ha de tomarse en cuenta la situación real que guardan los extranjeros que se ven sujetos a un procedimiento penal, del que dependen sus bienes jurídicos más valiosos y, eventualmente, su vida misma. Es evidente que, en tales circunstancias, la notificación del derecho a comunicarse con el representante consular de su país, contribuirá a mejorar considerablemente sus posibilidades de defensa y a que los actos procesales en los que interviene -y entre ellos los correspondientes a diligencias de policía- se realicen con mayor apego a la ley y respeto a la dignidad de las personas.

En tal virtud, la Corte estima que el derecho individual que se analiza en esta Opinión Consultiva 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.

La incorporación de este derecho en la Convención de Viena -y el contexto de las discusiones respectivas, durante su redacción-, demuestran un reconocimiento uniforme de que el derecho a la información sobre la asistencia consular constituye un medio para la defensa del inculcado, que repercute -y en ocasiones decisivamente- en el respeto de sus

otros derechos procesales.

En otros términos, el derecho individual de información establecido en el art. 36.1.b de la Convención de Viena permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el art. 14 del Pacto; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables.

2.3.6. Consecuencias de la violación del derecho a la información sobre la asistencia consular (cuarta, décima y duodécima preguntas, v. **1.2.1.d**, **1.2.2.f** y **1.2.3.b**, respectivamente)

De las preguntas formuladas por el Estado solicitante, no se desprende con claridad si éste solicita que la Corte interprete los efectos de la omisión, por parte del Estado receptor, de informar al detenido extranjero de los derechos que le confiere el art. 36.1.b citado, o si la pregunta se refiere a los casos en que el detenido ha expresado su deseo de que se informe al funcionario consular sobre su detención, y el Estado receptor no ha cumplido con estos deseos.

Sin embargo, del contexto general de la solicitud presentada por México, la Corte interpreta que la solicitud se circunscribe al primero de los supuestos citados, es decir, a la fase de información al detenido sobre los derechos que le reconoce el art. 36.1.b de la Convención de Viena. Será ésta, entonces, la materia de la cual se ocupará la Corte en seguida.

Es un principio general del derecho internacional, consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 26), que los Estados Partes en un tratado tienen la obligación de dar cumplimiento a éste de buena fe (*pacta sunt servanda*).

En virtud de que el derecho a la información es un componente del art. 36.1.b de la Convención de Viena, el detenido extranjero debe tener la oportunidad de valerse de este derecho en su defensa. La inobservancia u obstrucción de su derecho a la información afecta las garantías judiciales.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha determinado en varios casos concernientes a la aplicación de la pena de muerte que, en caso de constatare violaciones a las garantías del debido proceso establecidas en el art. 14 del Pacto, también se viola el art. 6.2 del mismo si la pena es ejecutada.

En la comunicación número 16/1977, por ejemplo, referida al caso del señor Daniel Monguya Mbenge (1983), el Comité citado estableció que, según el art. 6.2 del Pacto, la pena de muerte sólo podrá imponerse “de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones” del Pacto. Ello exige que tanto las leyes sustantivas como las procesales en virtud de las cuales se haya impuesto la pena de muerte no sean contrarias a las disposiciones del Pacto y, además, que la pena de muerte se haya impuesto de conformidad con esas leyes y, por consiguiente, de conformidad con las disposiciones del Pacto. En consecuencia, el incumplimiento por el Estado Parte de las condiciones pertinentes que figuran en el párrafo 3 del art. 14 lleva a la conclusión de que las penas de muerte pronunciadas contra el autor de la comunicación se impusieron contrariamente a lo dispuesto en el Pacto y, por lo tanto, en violación del párrafo 2 del art. 6.

En el caso *Reid v. Jamaica* (no. 250/1987), el Comité afirmó que “la imposición de una sentencia de muerte como conclusión de un juicio en el cual no se han respetado las disposiciones del Pacto constituye [...] una violación del art. 6 del Pacto. Como el Comité observó en su comentario general 6(16), la disposición según la cual una sentencia de muerte sólo puede imponerse de acuerdo con la ley y sin contrariar las disposiciones del Pacto, implica que `deben ser respetadas las garantías procesales ahí establecidas inclusive el derecho a un juicio justo por un tribunal independiente, la presunción de inocencia, las garantías mínimas de defensa, y el derecho a recurrir a un tribunal superior” (*Human Rights Law Journal*, vol. 11, 1990, N° 3-4, p. 321, párr. 11.5). A idéntica conclusión llegó en el caso *Wright v. Jamaica* en 1992 (*Human Rights Law Journal*, vol. 13, 1992, N° 9-10, p. 351, párr. 8.7).

La Corte ha destacado que el Estado solicitante dirige sus interrogantes a los casos en que es aplicable la pena de muerte. Por esta razón, se debe determinar si el Derecho Internacional de los Derechos Humanos otorga efectos especiales al derecho a la información consular en esa hipótesis.

La Corte estima útil recordar que en el examen realizado, en su oportunidad, sobre el art. 4 de la Convención (OC-3/83, Serie A n° 3, párrafos 52 a 55), advirtió que la aplicación e imposición de la pena capital está limitada en términos absolutos por el principio según el cual “nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Tanto el art. 6 del Pacto, como el art. 4 de la Convención, ordenan la estricta observancia del procedimiento legal y limitan la aplicación de esta pena a “los más graves delitos”. En ambos instrumentos existe, pues, una clara tendencia restrictiva a la aplicación de la pena de muerte hacia su supresión final (v. Corte Europea, caso *Seoering*, sentencia del 26-1-1989, Serie A n° 161, párr. 102).

Esta tendencia, que se encuentra reflejada en otros instrumentos a nivel interamericano y universal, se traduce en el principio internacionalmente reconocido de que los Estados que aún mantienen la pena de muerte deben aplicar, sin excepción, el más riguroso control sobre el respeto a las garantías judiciales en estos casos. Es evidente que aquí deviene aún más relevante la obligación de observar el derecho a la información, tomando en cuenta la naturaleza excepcionalmente grave e irreparable de la pena que pudiera aplicarse a su titular. Si el debido proceso legal, con su conjunto de derechos y garantías, debe ser respetado en cualesquiera circunstancias, su observancia es aún más importante cuando se halle en juego el supremo bien que reconocen y protegen todas las declaraciones y tratados de derechos humanos: la vida humana.

Siendo la ejecución de la pena de muerte una medida de carácter irreversible, exige del Estado el más estricto y riguroso respeto de las garantías judiciales, de modo de evitar una violación de éstas, que, a su vez, acarrearía una privación arbitraria de la vida.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte concluye que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el art. 36.1.b de la Convención de Viena, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (v.g. Convención, art. 4; Pacto, art. 6), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación.

2.3.7. El caso de Estados Federales (novena pregunta, v. 1.2.2.e)

Si bien la Convención de Viena no contiene una cláusula relativa al cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados federales (como sí lo disponen, por ejemplo, el Pacto y la Convención), esta Corte ya ha establecido que “un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional” (Caso *Garrido y Baigorria* -Reparaciones-, Sentencia del 27-8-1998, Serie C N° 39, párr. 46).

Asimismo, de conformidad con el art. 39 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”.

La Corte ha constatado que de la letra y espíritu de la Convención de Viena no se desprende la intención de establecer una excepción a lo anteriormente señalado. Por lo tanto, la Corte concluye que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el art. 36.1.b de la Convención de Viena, deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria.

2.4. Opinión

Por las razones expuestas, la Corte decide por unanimidad que es competente para

emitir la presente Opinión Consultiva.

Por ello, es de opinión por unanimidad,

1. Que el art. 36 de la Convención de Viena reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos, el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.

2. Que el art. 36 de la Convención de Viena concierna a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos.

3. Que la expresión “sin dilación” utilizada en el art. 36.1.b de la Convención de Viena, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.

4. Que la observancia de los derechos que reconoce al individuo el art. 36 de la Convención de Viena no está subordinada a las protestas del Estado que envía.

5. Que los arts. 2, 6, 14 y 50 del Pacto concernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

6. Que el derecho individual a la información establecido en el art. 36.1.b de la Convención de Viena permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el art. 14 del Pacto; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables.

Por seis votos contra uno,

7. Que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el art. 36.1.b de la Convención de Viena, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (v.g. Convención, art. 4; Pacto, art. 6), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación.

Por unanimidad,

8. Que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el art. 36.1.b de la Convención de Viena, deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (dos jueces emitieron votos concurrentes y un juez votó en disidencia parcial), Opinión Consultiva OC-16/99, del 1-10-1999, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Serie A N° 16.

DERECHO DE DEFENSA. PLAZO RAZONABLE. DEMORA JUDICIAL. DILACIONES INDEBIDAS (ESLOVAQUIA).

El derecho constitucional a obtener una decisión judicial sobre un caso en un plazo razonable resulta violado no sólo cuando el tribunal se muestra pasivo, sino también cuando aquél toma medidas erróneas.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ESLOVAQUIA, sentencia del 21-4-1999, ÚS 33/99, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 137.

DERECHO DE DEFENSA. JUICIO PREVIO. GARANTÍAS PROCESALES (NICARAGUA).

Los arts. 7 y 11 del Decreto 11-90, que confieren a la Comisión Nacional de Revisión de Confiscaciones facultades para dictar resoluciones ordenando la devolución de bienes o reconocimientos de derechos con auxilio de la fuerza pública, dándole a dicha resolución el carácter de suficiente título para ejercer derecho pleno sobre los bienes reclamados, usurpando con ello facultades jurisdiccionales que única y exclusivamente pertenecen al Poder Judicial, han sido declarados inconstitucionales.

Por tanto, el Procurador Departamental de Boaco al notificar al accionante que debía hacer entrega del inmueble que ocupaba a la señora N.B.S., fundando su decisión, exclusivamente, en la resolución emitida por la citada Comisión Nacional de Revisión de Confiscaciones, invadió la esfera de competencia del Poder Judicial infringiendo los arts. 148 y 160 de la Constitución, cuando en el presente caso no había ningún juicio tramitado en los tribunales comunes que indicase que la parte recurrente había sido tomada en cuenta y vencida por sentencia firme.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE NICARAGUA (Sala de lo Constitucional), sentencia del 9-2-99, n° 16, en *Jurisprudencia Constitucional*, Managua, 1999, trimestre I, p. 36.

DERECHO DE DEFENSA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. PRUEBA. DILIGENCIAS POLICIALES. TESTIGOS INDIRECTOS. VALIDEZ (ESPAÑA).

El contenido del derecho a la presunción de inocencia exige, cuando menos, que cualquier condena penal se funde en auténticos actos de prueba, obtenidos con estricto respeto de los derechos fundamentales y practicados en el juicio oral con plena vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediatez y publicidad, de modo que la actividad probatoria resulte suficiente para generar racionalmente en el órgano sentenciador la evidencia de la existencia del hecho punible y la responsabilidad que en él tuvo el acusado.

En cuanto a la validez probatoria de las diligencias policiales, es reiterada jurisprudencia del Tribunal que tales diligencias sólo podrán considerarse como auténtica prueba de cargo, válida para destruir la presunción de inocencia, cuando por concurrir “circunstancias excepcionales que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías, sea admisible la introducción en el juicio de los resultados de esas diligencias a través de auténticos medios de prueba, practicados, éstos sí, con arreglo a las exigencias mencionadas con anterioridad” (STC 36/1995). De otro modo, dichas diligencias no pasarán de constituir un mero medio de investigación que permite iniciar las averiguaciones del hecho perseguido, pero no constituirán por sí mismas prueba válida acreditativa de la comisión y autoría del hecho delictivo.

Con relación a la validez probatoria del testimonio de los funcionarios policiales que presenciaron la identificación fotográfica del recurrente, tiene igualmente establecido este Tribunal que sólo será admisible en supuestos de “situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal” (STC 79/1994), siendo medio de prueba “poco recomendable, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso” (STC 217/1989); “la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en los casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral” (STC 131/1993). En este punto, el Tribunal sigue el canon hermenéutico proporcionado por la Corte Europea de Derechos Humanos, que tiene declarado contraria al art. 6 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos la

sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél a juicio oral.

Nota de la Secretaría: en relación al último punto el Tribunal citó los casos de la Corte Europea de Derechos Humanos *Delta*, sentencia del 19-12-1990 (Serie A nº 191); *Isgrò*, del 19-2-1991 (Serie A nº 194-A); y *Asch c. Austria*, del 26-4-1991 (Serie A nº 203).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia del 8-2-1999, nº 7/1999, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 53, enero-abril de 1999, p. 62.

DERECHO DE PROPIEDAD. CONFISCACIÓN. PENAS (AZERBAIJÁN).

El art. 32 del Código Penal establece que la confiscación de bienes consiste en una confiscación forzada, en favor del Estado, de una parte o de la totalidad de los bienes que pertenecen a una persona condenada, sin compensación alguna a título de sanción complementaria.

Dicha confiscación no se corresponde con finalidad de la pena, pues agrava la situación, no sólo de la persona condenada, sino también de los terceros que tengan derechos, sus padres y/o cónyuge, además de atacar el derecho constitucional de propiedad.

CORTE CONSTITUCIONAL DE AZERBAIJAN, sentencia del 12-1-1999, 1/6, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 40.

DERECHO DE PROPIEDAD. RESTRICCIONES (POLONIA).

Es una restricción admisible al derecho de propiedad, el derecho de las autoridades administrativas competentes de tomar decisiones relativas a la demolición de edificios construidos sin autorización necesaria, previsto por las nuevas disposiciones de la ley de la construcción.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 12-1-1999, 2/98, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 112.

DERECHO ECLESIASTICO. COMPETENCIA (ALEMANIA).

En virtud de la libertad que se le reconoce a las comunidades religiosas de reglamentar y administrar sus cuestiones internas de manera independiente, los problemas de derecho eclesiástico sólo pueden ser dirimidos por los tribunales estatales, una vez que se agotaron los recursos internos del derecho de la iglesia.

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 18-9-1998, 1476/94, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 3, p. 19.

DERECHOS POLITICOS. DEMOCRACIA. SUFRAGIO (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE

1. Antecedentes del caso:

1.1. El 9 de enero de 1998 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una denuncia contra Chile, en la que se imputaba la violación, por parte del Estado, de los derechos humanos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención), en especial los derechos políticos y el derecho a la igualdad, amparados por los arts. 23 y 24, respectivamente.

1.2. Señalan los peticionarios en su denuncia, que la designación de senadores al margen del sufragio universal, establecida en las letras a) a f) del art. 45 de la Constitución chilena: a) viola el concepto de “sufragio igual” consagrado en el art. 23.1.b de la Convención, en razón de que los senadores “designados” requieren para llegar al Senado la voluntad de un número reducido de personas (de 1 a 17), mientras que los senadores elegidos por el voto popular requieren el aval de aproximadamente 120.000 ciudadanos; b) quebranta el art. 23.1.c de la Convención, el cual consagra “el derecho y oportunidad” de “tener acceso en condiciones de igualdad” a las funciones públicas del Estado. Esa igualdad de derechos y oportunidades no se da en un sistema electoral donde algunos de los elegidos para ocupar cargos son seleccionados entre un grupo reducidísimo de personas, mientras que candidatos son seleccionados entre cientos de miles o aun millones de ciudadanos; c) que la desigualdad en el valor del voto y en el acceso a los cargos públicos es también una abierta transgresión del art. 24 de la Convención, que establece que todas las personas son iguales ante la ley; y d) que al designarse un 20% del Senado chileno por procedimientos corporativos y al margen del sufragio universal, resulta evidente que se usurpa a la soberanía popular una porción equivalente del poder natural, lo que implica que las elecciones dejan de ser auténticas en los términos del art. 23.1.b de la Convención..

1.3. El art. 45 de la Constitución chilena establece que además de los senadores elegidos por votación directa, formarán parte del Senado: 1) los ex Presidentes de la República que hayan desempeñado el cargo durante seis años en forma continua (senadores vitalicios); 2) dos ex Ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta; 3) un ex Contralor General de la República, elegido por la Corte Suprema; 4) un ex Comandante en Jefe del Ejército, uno de la Armada, otro de la Fuerza Aérea y un ex General Director de Carabineros, elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional; 5) un ex rector de universidad estatal o reconocida por el Estado, designado por el Presidente de la República, y 6) un ex Ministro de Estado de períodos presidenciales anteriores, designado, también, por el Presidente de la República. En los supuestos 2) a 6) se exige que los funcionarios hayan desempeñado sus funciones al menos por dos años.

2. Decisión:

2.1. La democracia representativa

La Comisión ha señalado en varias oportunidades la estrecha vinculación que existe entre la democracia representativa y la protección de los derechos humanos. La democracia representativa, uno de cuyos elementos centrales es la elección popular de quienes ejercen el poder político, es la forma de organización del Estado explícitamente adoptada por los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (art. 3.d de la Carta constitutiva de la OEA).

El art. 23 de la Convención establece determinados derechos políticos que los Estados Partes se obligan a garantizar a sus ciudadanos. El impacto e importancia nuclear de esta norma para la consolidación del sistema de la Convención fue remarcada por la Corte Interamericana con meridiana claridad: “La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte” (Opinión Consultiva OC-13, párr. 34).

2.2. La figura del senador vitalicio General Augusto Pinochet, los senadores designados y los principios de la democracia representativa

En el caso bajo análisis, la figura de los senadores designados compromete la legitimidad misma del estado de derecho, al quitar al pueblo soberano (incluidos los peticionarios como ciudadanos) la posibilidad de elegir un número significativo (20.83%) de sus representantes. Esta situación disminuye notablemente la posibilidad de que exista la representatividad necesaria entre el pueblo y sus representantes.

Esta Comisión considera que los efectos de esta figura configuran en la práctica un enclave autoritario que ha evitado que culmine la transición a la plena democracia representativa. La prueba de la afectación de los derechos humanos por el sistema de designación impuesto por la Constitución chilena se observa claramente, entre otros ejemplos, en el bloqueo impuesto por estos senadores a la derogación de la ley de amnistía (informe de esta Comisión N° 25/98, del 7-4-1998. Véase esta revista, p. 9).

Por tanto, considera esta Comisión que el sistema de designación de senadores establecido en el art. 45 de la Constitución chilena en el caso bajo análisis, afecta el núcleo esencial de la democracia representativa, al privar al pueblo soberano y a las víctimas en el presente caso (peticionarios) de la posibilidad de elegir un número importante de sus representantes al Senado chileno. Los senadores designados usurpan una porción muy significativa de la soberanía popular y ponen en peligro la plena vigencia de los derechos políticos de los ciudadanos chilenos.

2.3. Violación de los derechos políticos

Corresponde a la Comisión, en este caso, determinar en qué medida los efectos de la figura de los senadores designados afecta la igualdad política y en qué medida implica una discriminación injustificada en la elección de los representantes del pueblo por los peticionarios como ciudadanos chilenos.

El derecho a elegir y ser elegido en elecciones abiertas, realizadas por sufragio universal e igual, que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores (art. 23.1.b de la Convención), cumple en la democracia representativa una función legitimadora esencial de la autoridad política.

Estos derechos a la igualdad política establecen la imposibilidad de que los Estados Miembros de la Convención Americana den un tratamiento irrazonable, distinto o desigual a sus ciudadanos a la hora de elegir a sus representantes.

Sin embargo, esto no quiere decir que los Estados no puedan establecer diferencias en el trato de determinadas situaciones, pues no todas las diferencias son contrarias a la Convención. En este sentido la Comisión reconoce y respeta el grado de autonomía de los Estados para organizar las instituciones políticas siempre que se respeten los derechos consagrados en la Convención.

Por ello, sólo cuando la diferencia de tratamiento carece de justificación objetiva y razonable estaremos en presencia de una vulneración de los arts. 23 y 24 de la Convención.

Trata el presente caso de derechos fundamentales de los ciudadanos chilenos que constituyen una garantía básica para la democracia representativa. Por tanto, toda diferenciación o restricción requiere una justificación suficiente como necesaria, razonable y proporcionada para alcanzar la finalidad deseada por el Estado.

Sin embargo, el Estado chileno no alegó ninguna justificación o finalidad en el establecimiento de los senadores designados. Tan solo se limitó a señalar que dicha cláusula constitucional forma parte del proceso de transición de la dictadura militar a la democracia, que no ha podido modificar aún.

La Comisión, por su parte, no encuentra justificación alguna para que se establezca una diferenciación en la forma de integrar el Senado, sobre todo cuando se han escogido instituciones encargadas de designar senadores que, en principio, deberían ser ajenas a la representación popular (tal es el caso del Consejo de Seguridad Nacional).

Existe, por tanto, una odiosa e ilegítima discriminación que afecta a los peticionarios, que tiene su origen en la Constitución e implica la disminución real del derecho igual de elegir a sus representantes. El sistema establecido por el art. 45 de la Constitución chilena, por un lado, produce el efecto de diluir el poder del voto popular, y por otro, coloca a los

ciudadanos en una condición desigual frente a ciertas autoridades, las que además de ser electores como ciudadanos chilenos, tienen simultáneamente asignada la función constitucional de actuar como electores privilegiados de casi una quinta parte del Senado.

Por todo lo expuesto, la Comisión concluye que la figura de los senadores vitalicios y designados, tal como está en la Constitución chilena y ha sido aplicada por la autoridades, constituye una vulneración de los derechos políticos de participación representativa sin discriminación, consagrados en los arts. 23 y 24 de la Convención, en perjuicio de los ciudadanos chilenos identificados como víctimas en el presente caso, y del resto de la sociedad.

2.4. La responsabilidad internacional del Estado

El Estado chileno ha alegado que la disposición constitucional cuestionada no fue aprobada por el actual gobierno, que deben tenerse en cuenta los esfuerzos e iniciativas desplegadas por el gobierno democrático y que los hechos jurídicos imputados en el presente caso son atribuidos a otro poder del Estado diferente del Poder Ejecutivo.

No obstante, en este caso no está en cuestión la responsabilidad del gobierno de Chile, sino la responsabilidad internacional del Estado de Chile por incumplimiento de los obligaciones asumidas tras la ratificación de la Convención.

Según la jurisprudencia de la Comisión, si bien internamente los órganos que ejercen los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial son independientes, los tres conforman una unidad indivisible del Estado de Chile que, en el plano internacional, no admite tratamiento por separado. Chile asume la responsabilidad internacional por los actos de las distintas ramas del poder público que transgreden los compromisos internacionales derivados de los tratados internacionales.

Por tanto, el Estado de Chile no puede justificar, desde la perspectiva del derecho internacional, el incumplimiento de la Convención con el argumento de que el Poder Ejecutivo ha presentado varios proyectos de reforma constitucional tendentes a eliminar la figura de los senadores designados. La no derogación de una norma incompatible con la Convención, luego de su ratificación, y la falta de adaptación de las normas internas para hacerla efectiva en Chile, hacen incurrir al Estado en infracción de la Convención.

3. Conclusiones

Por las razones que anteceden, la Comisión reitera sus conclusiones adoptadas en el Informe N° 78/99, en sentido de que el Estado de Chile, mediante el efecto de la adopción de los llamados senadores designados y el senador vitalicio General Augusto Pinochet, establecidos en el art. 45 de la Constitución chilena, y su aplicación por las autoridades señaladas, ha vulnerado los derechos humanos de los peticionantes a la participación política y a la igualdad sin discriminación (arts. 23 y 24), consagrados en la Convención, así como su obligación de adecuar su ordenamiento jurídico para cumplir sus compromisos internacionales, a fin de garantizar los derechos establecidos en el art. 2 de la Convención.

Con base en el análisis y conclusiones precedentes, se reitera al Estado chileno la siguiente recomendación:

Adoptar las medidas necesarias para adecuar su ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de la Convención, a fin de que se garantice plenamente a todos los ciudadanos chilenos, incluidas las víctimas en el presente caso, el ejercicio de su derecho a votar y a ser elegidos en condiciones generales de igualdad, consagrados en los arts. 23 y 24 de la Convención, en la composición del Senado de la República.

Nota de Secretaría: El Comisionado Robert Kogod Goldman votó en disidencia. Si bien resaltó su concordancia con los aspectos de la decisión de la mayoría que se refieren a la noción de la democracia representativa como núcleo esencial y base fundamental sobre la cual descansa la protección y promoción de los derechos humanos en el sistema interamericano, consideró que el art. 23 de la Convención consagra el derecho a elegir y ser elegido y establece estándares de autenticidad, periodicidad y universalidad a ser satisfechos por las normas electorales, pero no establece un tipo o

modalidad electoral específica para la elección de los integrantes de la legislatura. Sostuvo que, a menos que la estructura institucional establecida por el Estado impida, de manera manifiesta y arbitraria la expresión de la voluntad de los ciudadanos, la Comisión debe, en principio, evitar juicios sobre su proximidad a un modelo ideal.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 137/99, del 27-12-1999, caso *Andrés Aylwin Azocar y otros - Chile*.

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. RESERVA DE LEY. LIBERTAD DE EXPRESION. LIBERTAD DE CIRCULACION. MANIFESTACIONES PÚBLICAS PRINCIPIO DE LEGALIDAD (BOLIVIA).

1. Antecedentes del caso: la Defensora del Pueblo plantea Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad contra las Resoluciones Prefecturales Nos. 350/99 y 354/99 y su Reglamentación, argumentando que las citadas resoluciones infringen y vulneran mandatos, derechos y garantías constitucionales.

2. Sentencia:

2.1. De los fundamentos expuestos en su alegato por el Prefecto del Departamento de La Paz, surge lo siguiente:

a) se garantiza el derecho de protesta mediante manifestaciones pacíficas que no alteren el orden público y que se sujeten a las reglas contenidas en la Resolución n° 350/99, su Reglamento y leyes vigentes;

b) para la realización de las manifestaciones públicas que utilicen las vías públicas de circulación o plazas de las ciudades, se deberá registrar el día, hora y recorrido de la marcha o concentración indicando, asimismo, el objetivo de la protesta;

c) el registro a que se refiere el punto sub b) se realizará en la Unidad de Régimen Interior de la Prefectura del Departamento de La Paz; y

d) al tiempo de presentar el requerimiento para dicho registro, los organizadores deberán acompañar una garantía por eventuales destrozos, daños o perjuicios que pudieran resultar de la realización de las manifestaciones (las características de tal garantía será establecida por el Reglamento de la Resolución 350/99).

El Reglamento aludido fue aprobado por Resolución Prefectural n° 354/99.

2.2. En los fundamentos precedentes se establece que las normas impugnadas tienen por finalidad proteger los derechos fundamentales de las personas que no participan en las manifestaciones o protestas públicas y que son víctimas de restricciones y supresiones de sus derechos por parte de los manifestantes; empero, el Prefecto del Departamento mencionado no tiene ninguna atribución constitucional para emitir normas legales que reglamenten el ejercicio de los derechos fundamentales o las garantías establecidos por la Constitución, por lo que los fundamentos legales sobre cuya base se han emitido las resoluciones impugnadas y que han sido expuestos en el alegato antes referido, no corresponden ni se adecuan al orden constitucional.

2.3. El art. 7 de la Constitución, concordante con su art. 59-I, establece que: “Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”, es decir que, por precepto constitucional, sólo el Poder Legislativo tiene atribuciones para dictar leyes, abrogarlas, derogarlas, modificarlas e interpretarlas, por lo que no corresponde a una Autoridad prefectural dictar normas reguladoras para el ejercicio de los derechos fundamentales.

2.4. Si bien es cierto que el Prefecto tiene atribuciones de conservar el orden interno del Departamento, lo que implica preservar y resguardar la seguridad ciudadana ante acciones

delictivas de violencia, dicha función debe ser cumplida en el marco establecido por el orden constitucional, de manera que frente a los excesos o actos de violencia, corresponde acudir a los medios legales que el sistema penal vigente reconoce.

2.5. En definitiva, las resoluciones impugnadas, al limitar el ejercicio de los derechos fundamentales consagrados por los arts. 7, incs. b, c, g y h, de la Constitución; 19, 20 y 23.4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; XXI de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre; y 13 y 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumentos estos que forman parte de la legislación interna por haber sido adoptados y ratificados por el Estado boliviano, son resoluciones, en su texto y espíritu, inconstitucionales, pues vulneran, además de las disposiciones citadas, los arts. 16, 32, 35 y 229 de la Constitución.

Por ello, se declaran inconstitucionales la Resolución Prefectural n° 350/99 y su Reglamento aprobado mediante Resolución Prefectural n° 354/99.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, sentencia del 6-12-1999, n° 17/99, *Ana María Romero de Campero, Defensora del Pueblo c/ Luis Alberto Valle Ureña, Prefecto del Departamento s/ Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad*, en *Gaceta Constitucional*, Sucre, 1999, n° 6, p. 23.

ELECCIONES. LISTA DE CANDIDATOS. REQUISITOS (ESLOVENIA).

La condición por la cual una lista de candidatos tiene que conseguir un cierto número de firmas de apoyo para presentarse en las elecciones de la Asamblea Nacional, no restringe los derechos de voto pasivo, si la cantidad de firmas exigidas es tal que no impide que se presenten listas que tengan posibilidades reales, aunque ínfimas, de obtener al menos una banca en el Parlamento. La exigencia de un número exacto de firmas sólo excluye de la presentación a los candidatos poco serios o que no tienen ninguna posibilidad de ganar.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ESLOVENIA, sentencia del 4-3-1999, U-I-336/96, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 141.

ELECCIONES. PARTIDOS POLITICOS. AYUDA FINANCIERA (ESLOVENIA).

Excluir de la ayuda financiera del Estado a los partidos políticos que no obtuvieron ninguna banca en las elecciones de la Asamblea Nacional, constituye una discriminación inadmisibles con respecto a estos partidos y, por consiguiente, una violación a la igualdad al derecho de voto (art. 43 de la Constitución). El legislador puede fijar un tope mínimo para la obtención de créditos del presupuestos del Estado, pero ese tope tiene imperativamente que ser tal que excluya del financiamiento estatal a los partidos que presenten listas que demostraron, al momento de las elecciones, que no tenían ninguna posibilidad concreta de obtener por lo menos una banca. De este modo el legislador impide que se presenten a las elecciones nacionales con el único objetivo de subvencionado por el Estado.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ESLOVENIA, sentencia del 11-3-1999, U-I-367/96, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 143.

ELECCIONES. SISTEMA ELECTORAL. DERECHO A LA IGUALDAD (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

En abril 1994 la peticionante solicitó ser inscrita en las listas electorales para las elecciones del parlamento europeo. Se le respondió que en virtud del anexo II del Acta de la Comunidad Europea de 1976 sobre elecciones de representantes al Parlamento Europeo por voto universal directo, Gibraltar no estaba comprendida dentro del campo de aplicación del derecho al sufragio para dichas elecciones.

La peticionante alegó que la no organización de elecciones en Gibraltar para el parlamento europeo, constituía una violación a su derecho a participar en la elección del cuerpo legislativo, en el sentido del art. 3 del Protocolo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). Consideró, de igual modo, que se violaba el art. 14 de la Convención (prohibición de discriminar) por el hecho de que tenía derecho a votar en las elecciones del Parlamento Europeo en cualquier lugar de la Unión Europea en donde residiera, salvo en Gibraltar.

No había controversia en cuanto a la aplicabilidad del art. 3 del Protocolo 1 de la Convención en Gibraltar.

La Corte se interesó, en un primer momento, en saber si el Reino Unido puede ser responsabilizado, según la Convención, por no haber organizado elecciones para el Parlamento Europeo en Gibraltar. La Comunidad Europea, al no ser parte de la Convención, sus actos no pueden ser atacados ante la Corte. Sin embargo, la transferencia de competencia en favor de la Comunidad no exonera a los Estados de su responsabilidad en lo que respecta a la garantía de los derechos consagrados por la Convención: los Estados son responsables a título de dicha Convención y de sus protocolos de las consecuencias de los tratados que firman al obligarse a respetar las obligaciones contenidas en la Convención. Por otra parte, los textos que derivan del proceso legislativo comunitario incluyen a la población de Gibraltar del mismo modo que los que emanan de la Cámara y de la Asamblea local. Por consiguiente, no hay ninguna razón para considerar que el Reino Unido no tiene que reconocer los derechos establecidos por el art. 3 del Protocolo 1 de la Convención con relación a la legislación europea. Luego, el Reino Unido debe reconocer dichos derechos en Gibraltar, en lo que respecta tanto a las elecciones internas como a las europeas.

Asimismo, la Corte examinó si el art. 3 del citado Protocolo 1 se aplica a un órgano como el Parlamento Europeo, y si este último, en la época en cuestión y en Gibraltar, presentaba “características legislativas”. Observó la Corte que las palabras “cuerpo legislativo” del art. 3 no se limitan, necesariamente, al Parlamento nacional y que las elecciones al Parlamento Europeo no pueden ser excluidas del campo de aplicación de esta cláusula únicamente porque éste es un órgano representativo supranacional y no puramente interno.

En cuanto a los poderes del Parlamento Europeo en el contexto de la Comunidad Europea, la Corte concluyó en que dicho Parlamento se encuentra lo suficientemente asociado al proceso legislativo específico que conduce a la adopción de ciertos tipos de actos comunitarios, así como al control democrático general de las actividades de la Comunidad, para que se pueda considerar que constituye una parte del cuerpo legislativo de Gibraltar a los fines del art. 3 del mencionado Protocolo 1.

Finalmente, respecto a si la no organización de elecciones en Gibraltar para el Parlamento Europeo es compatible con el art. 3, la Corte precisó que la elección del modo de sufragio, por el cual se asegura la libre expresión de la opinión del pueblo sobre la elección del cuerpo legislativo, constituye una cuestión sobre la cual cada Estado tiene un amplio margen de apreciación. En este caso concreto, sin embargo, la peticionante no tuvo posibilidad de expresar su opinión sobre la elección de los miembros del Parlamento Europeo, mientras que la legislación comunitaria actúa en Gibraltar. En estas condiciones, se atenta directamente contra el derecho de voto tal como lo garantiza el art. 3 del Protocolo 1 de la Convención y, por consiguiente, hay una violación de esta disposición.

Nota de Secretaría: sobre la presente sentencia, v. también, *Revue Universelle des Droits de*

l'Homme, Ed. N. P. Engel, Estrasburgo, 1999, vol. 11, n° 7/9, p. 263, con nota de **COHEN-JONATHAN, Gérard** y **FLAUSS, Jean-François**, “De l’office de la Cour européenne des droits de l’homme dans la protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne: L’arrêt *Matthews contre Royaume-Uni*”, pp. 253/262; *Journal du Droit International*, Ed. Juris Classeur, París, 2000, tomo 127, n° 1, p. 97; y *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, Ed. Emile Bruylant, Bruselas, 1999, n° 40, p. 865, con nota de **POTTEAU, Aymeric**, “L’article 3 du Premier Protocole additionnel à la Convention et l’obligation des Etats membres de l’Union européenne de reconnaître le droit de participer aux élections du Parlement européen”, pp. 873/900.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 18-2-1999, 24833/94, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 156.

EMPLEADOS PUBLICOS. FUNCIONARIOS. SELECCIÓN DE CANDIDATOS. CONCURSO PÚBLICO (ITALIA).

En un orden democrático que confía a la acción de administrar, separada de la de gobernar (acción por definición política), la concreción de objetivos públicos, el concurso público, en tanto régimen de selección técnico y neutro de los candidatos más aptos, constituye el mejor método para la selección del personal administrativo que debe ejercer sus funciones en un marco de imparcialidad y al servicio exclusivo de la Nación. El principio de acceso por concurso al empleo público está establecido por el art. 97.3 de la Constitución y está estrechamente ligado al principio planteado por el art. 51 de la Constitución, según el cual “Todo ciudadano de cualquier sexo pueden acceder a los empleos públicos y a las funciones electivas en condiciones de igualdad, de conformidad con lo establecido por ley”.

El legislador está facultado para realizar derogaciones al principio de selección por concurso dentro de los límites de la garantía de la “buena marcha” de la administración, exigido por el art. 97.1 de la Constitución o por la aplicación de otros principios de importancia constitucional: se derogan de este modo, por ejemplo, las reglas de concurso para cubrir los puestos directamente destinados a la colaboración con los órganos políticos (ministros, parlamentarios). Se considera, así, que la selección de personal debe hacerse *intuitu personae*, volviéndose la confianza en el organismo político, el criterio dominante.

Este mismo criterio de concurso es válido para el ascenso dentro de la administración, ya que este ascenso tiene que ser considerado como una forma de selección de los más aptos.

El aumento anormal de los concursos internos basados en los títulos, para pasar de una categoría inferior a otra superior, crea repercusiones negativas en la buena marcha de la administración (fallo n° 314 de 1994).

Entre las condiciones que exige la ley para acceder a los concursos, pueden preverse antecedentes en el marco de la administración, siempre y cuando se trate de una condición profesional razonable.

Pero una cosa es establecer una experiencia en la administración como condición para ser admitido en un concurso, manteniendo el concurso abierto a los candidatos exteriores, y otra es substituir el principio del concurso por un régimen de selección exclusivamente interno a un aparato administrativo dado. Esta última posibilidad no se justifica en el marco de los mencionados principios constitucionales.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia del 16-12-1998, 1/1999, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 93.

FEDERALISMO. PODER LEGISLATIVO. COMERCIO INTERPROVINCIAL (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: los organismos estatales norteamericanos que controlan los automotores exigen a los propietarios de éstos y a quienes los conducen, la provisión de cierta información personal -e.g., nombre, domicilio, número de teléfono y de seguro social, información médica y fotografía de la persona, y descripción del vehículo- como condición para obtener un registro de conducir o inscribir un automotor. Al observar que muchos Estados venden esta información a personas y empresas por importantes montos, el Congreso aprobó la *Driver's Privacy Protection Act* de 1994 (DPPA), que limita la facultad de los Estados para transmitir información personal sin consentimiento de sus titulares. La legislación de Carolina del Sur contradice las normas de la DPPA, y dicho Estado y su Procurador General impugnaron la constitucionalidad de esta última en términos de las X y XI Enmiendas. El tribunal de distrito llegó a la conclusión de que la DPPA contradice el régimen federal establecido por la Constitución y, en consecuencia, la declaró inaplicable al Estado accionante y a sus funcionarios. La cámara de apelaciones confirmó esta decisión. Entonces, el gobierno federal interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: al aprobar la DPPA, el Congreso no violó los principios de federalismo enunciados en *New York v. United States* (505 US 144 -1992-) y *Printz v. United States* (521 US 898 -1997-). El gobierno federal acierta al afirmar que la DPPA constituye una forma válida de ejercicio de las facultades que la Cláusula Comercial (Art. 1, Sec. 8, cl. 3 de la Constitución) otorga al Congreso para regular el comercio interestadual. La información sobre automotores que los Estados históricamente han vendido es usada por aseguradoras, fabricantes, minoristas, comerciantes dedicados al marketing directo y por otras personas que ejercen el comercio interestadual, para formular propuestas personalizadas a los conductores de automotores. Otros organismos públicos y privados también usan esta información para resolver cuestiones vinculadas a la circulación interestadual de automotores. Dado que la información personal de quienes conducen es, en este contexto, un bien de comercio, su venta o liberación al flujo del comercio interestadual resulta suficiente para justificar la regulación del Congreso (v. *United States v. Lopez*, 514 US 549, 558/559 -1995-).

Esto no resuelve en forma definitiva la constitucionalidad de la DPPA, porque en *New York* y en *Printz* esta Corte declaró la invalidez de las leyes federales allí impugnadas por encontrarlas violatorias del régimen federal previsto en la X Enmienda, y no porque el Congreso careciera de atribuciones para regular la materia. Sin embargo, la DPPA no viola el régimen federal. Este caso debe regirse por *South Carolina v. Baker* (485 US 505 -1988-), en el cual declaramos válida una ley que prohibía a los Estados emitir bonos no nominativos, con base en que regulaba la actividad misma de los gobiernos estatales, sin controlar ni influir en la forma en que éstos reglamentaban la conducta de los particulares (cit., pp. 514/515). Al igual que esta última ley, la DPPA no exige a los Estados, en su calidad de soberanos, regular la conducta de sus propios ciudadanos; antes bien, reglamenta la actuación de los Estados, en su calidad de propietarios de las bases de datos. No exige a la legislatura de Carolina del Sur aprobar una ley o reglamentación (como hacía la norma cuestionada en *New York*), ni obliga a los funcionarios estatales a colaborar en la aplicación de las leyes federales que reglamentan la conducta de los particulares (como la ley considerada en *Printz*). Por lo tanto, la DPPA se condice con los principios formulados en esos casos. Esta Corte no necesita analizar la pretensión de Carolina del Sur de que la DPPA se aplica exclusivamente a los Estados y que el Congreso debería haber perseguido la satisfacción de sus objetivos a través de una ley de aplicación más general. La DPPA es de aplicación general porque regula a todos los organismos que proveen datos al mercado de información sobre automotores: a los Estados como proveedores iniciales de los mismos (en el comercio interestadual), y a los revendedores o retransmisores de esa información, en el sector comercial.

SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS, *Janet Reno, Attorney General, et al. v. Charlie Condon, Attorney General of South Carolina, et al.*, sentencia del 21-1-2000, en 68 LW 4037.

IMPUESTOS. EXCEPCIONES. MUNICIPALIDADES (POLONIA).

No constituye una infracción al principio constitucional que estipula que los ingresos de una comuna tienen que ser proporcionales a las tareas que debe realizar, el hecho de exceptuar del pago de algunos impuestos a las empresas que emplean un número mínimo de personas discapacitadas.

La mencionada disposición no significa que sea obligatorio asegurar a las colectividades locales un nivel de ingresos determinados, sin tener en cuenta la situación financiera del Estado. Prevé solamente el método de distribución de los activos disponibles entre las diferentes colectividades locales. El legislador tiene que tomar en cuenta la importancia de las tareas públicas asumidas por la administración gubernamental.

Cabe subrayar, de igual modo, que el legislador debe determinar el impuesto, definir los bienes y las personas que deben pagarlo, fijar las tasas y los principios de atribución de incentivos fiscales, y qué órganos quedan exentos.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 16-3-1999, K 35/98, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 114.

JUBILACIONES Y PENSIONES. DERECHO A LA IGUALDAD. CÓNYUGE SUPÉRSTITE. EDAD. DIGNIDAD HUMANA (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: a la peticionante, una mujer de 30 años que no tiene niños a su cargo y que tampoco es inválida, le fueron negadas las prestaciones del cónyuge supérstite, previstas en el Régimen de Pensiones de Canadá. Por disposiciones de dicho Régimen, una mujer sin hijos que no es inválida y que no tiene 35 años al momento del deceso de su cónyuge, no puede recibir las prestaciones antes de los 65 años, a menos que quede inválida antes. La *alinea* 44.1.d y el art. 58 del Régimen prevén el pago de una pensión reducida para el cónyuge supérstite sin hijos, que no es inválido y que tiene entre 35 y 45 años. La demandante pidió que se declararan inconstitucionales tanto la *alinea* como el artículo mencionados, alegando que las distinciones fundadas en la edad, la hacían víctima de una discriminación apoyada en esa circunstancia. La Comisión de apelación de las pensiones concluyó que las distinciones en cuestión no atentaban contra los derechos a la igualdad que garantiza el párrafo 15.1 de la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades. La Corte de apelación federal confirmó la decisión. En este punto el caso llegó a conocimiento de la Corte Suprema.

2. Sentencia:

Para permitir que se realice el importante fin reparador, que constituye la garantía de igualdad, es preferible realizar un análisis basado en el objeto y en el contexto. El procedimiento debe realizarse mediante tres preguntas primordiales: ¿la ley tiene por objeto o por consecuencia imponer una diferencia de tratamiento entre el requirente y las otras personas? ¿La diferencia de tratamiento se funda en uno o varios motivos de discriminación enumerados en el párrafo 15.1 o en motivos análogos? ¿La ley en cuestión tiene un fin o una consecuencia discriminatoria en el sentido de la garantía de igualdad?

En general, la finalidad del párrafo 15.1 es impedir que se atente contra la libertad y

la dignidad humana a través de la imposición de desventajas, estereotipos o prejuicios políticos o sociales, y promover una sociedad en la cual todos los individuos sean igualmente reconocidos por ley como seres humanos y miembros de la sociedad canadiense, todos igualmente capaces y mereciendo el mismo interés, respeto y consideración. Para fundamentar una alegación de discriminación, es absolutamente necesario que haya conflicto entre la finalidad o los efectos de la ley en cuestión y la finalidad del párrafo 15.1. La existencia de tal conflicto tiene que ser establecida por el análisis del conjunto del contexto que rodea al alegato y al demandante.

Los factores contextuales que determinan si las disposiciones legislativas tienen por efecto atentar contra la dignidad del requirente tienen que ser analizadas e interpretadas desde la perspectiva de dicho requirente. El punto central del análisis es, a la vez, objetivo y subjetivo. El punto de vista apropiado es el de la persona razonable que se encuentra en una situación análoga a la del requirente y que tiene en cuenta los factores contextuales pertinentes. Quien invoca el art. 15.1 puede fundarse en una serie de factores para demostrar que las disposiciones legislativas afectan a su dignidad. La lista de dichos factores no es restrictiva. Algunos de los factores contextuales importantes que sirven para determinar si se vio afectado el art.15.1, son: 1) la preexistencia de una desventaja, estereotipo, prejuicio o vulnerabilidad que sufre la persona o el grupo en cuestión; 2) la correspondencia o la falta de ésta entre el o los motivos en los que se funda la alegación y las necesidades, capacidades o situación propia del requirente o de otras personas; 3) la finalidad o el efecto de la mejora de la ley en cuestión en relación a una persona o a un grupo desfavorecido dentro de una sociedad; y 4) la naturaleza y la amplitud del derecho afectado por la ley en cuestión.

La garantía de igualdad es un concepto relativo que, en última instancia, obliga al tribunal a definir uno o varios elementos de comparación pertinentes. En general corresponde al requirente elegir a la persona, grupo o grupos con los que desea ser comparado a los fines del análisis relativo a la discriminación. Sin embargo, cuando la calificación de la comparación del requirente no es suficiente, el tribunal está facultado, dentro del marco debido o de los motivos invocados, para profundizar la comparación dada por el requirente cuando estima que se justifica dicha profundización. Para determinar el grupo de comparación pertinente, es necesario examinar la finalidad y los efectos de las disposiciones legislativas y tener en cuenta el contexto en su conjunto.

En suma, el tribunal, al tener que pronunciarse sobre una alegación de discriminación fundada en el párrafo 15.1, debe formularse tres grandes preguntas: (1) ¿la ley en cuestión: a) establece una distinción formal entre el peticionante y otras personas en virtud de una o varias características personales o b) ¿omite tener en cuenta la situación desfavorable en la que se encuentra de hecho el peticionario en la sociedad canadiense, creando de este modo una diferencia de tratamiento real entre el peticionante y otras personas en virtud de una o varias características personales? (2) ¿El peticionante es objeto de una diferenciación de tratamiento fundada en uno o varios motivos enunciados o análogos de discriminación? (3) ¿La diferencia de tratamiento es discriminatoria porque impone una carga al peticionante o lo priva de una ventaja de tal forma que denota una aplicación estereotipada de prejuicios característicos personales o de grupo o que, por otro lado, tiene por efecto perpetrar o promover la opinión de que el individuo es menos capaz o es menos digno de ser reconocido o valorizado como humano o miembro de la sociedad canadiense?

En este caso concreto, a pesar de que el Régimen de Pensiones de Canadá establece una distinción entre la peticionante y otras personas basándose en la edad y que la diferencia de tratamiento se funda en uno de los motivos enumerados en el párrafo 15.1 de la Carta, la distinción no es discriminatoria. Los adultos menores de 45 años no sufrieron continuamente el tipo de discriminación que tuvieron que enfrentar algunas minorías distintas y aisladas de Canadá. No se demostró que la finalidad o el efecto de las disposiciones legislativas en cuestión violen la dignidad humana de la demandante. A pesar de que la ley no favorece a los cónyuges más jóvenes que se encuentran en esta situación, no se trata de una desventaja real si se la mira a largo plazo. De igual modo, la diferencia de tratamiento no perpetúa la opinión

de que las personas de esta categoría son menos capaces, menos dignas de ser reconocidas o valoradas como seres humanos o miembros de la sociedad canadiense. Teniendo en cuenta el contexto contemporáneo e histórico que rodea a la diferencia de tratamiento y a las personas en cuestión, las disposiciones legislativas impugnadas no aplican estereotipos a los adultos menores de 45 años, no los excluyen ni los desvalorizan. La ley no funciona por medio de estereotipos sino mediante distinciones que corresponden a la verdadera situación de las personas que considera. Por el hecho de ser joven, la demandante goza de mayores posibilidades de reemplazar a largo plazo el ingreso perdido.

CORTE SUPREMA DE CANADA, sentencia del 25-3-1999, 25374, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 51.

JUBILACIONES Y PENSIONES. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL (BÉLGICA).

Antes del 1 de julio de 1997, el régimen de jubilaciones y pensiones aplicables para los trabajadores independientes variaba en función del sexo. La edad de jubilación era de 60 años para las mujeres y 65 para los hombres. La nueva ley equipara la edad en 65 años.

No es discriminatorio que, antes del 1 de julio de 1997, el monto de la jubilación de los hombres se reduzca de 25% cuando se opta por una jubilación anticipada a los 60 años, mientras que la de las mujeres, fijada en los 60 años, no se vea reducida.

En lo que respecta a la carrera de un trabajador independiente, durante el período de las últimas décadas que debe ser tomado en cuenta, existieron de hecho, diferencias entre hombres y mujeres, que podían justificar razonablemente y objetivamente, el establecimiento de una distinción entre estas categorías en lo concerniente a la edad para poder jubilarse.

La reglamentación adoptada en el marco de la Unión Europea, tiene en cuenta la diferencia entre los hombres y las mujeres en el régimen de pensiones de los Estados miembros y la necesidad de hacer desaparecer progresivamente tales diferencias (art. 7.1.a de la Directiva del Consejo N° 79/7/C.E.E., del 19-12-1978, relativa a “la puesta en práctica progresiva del principio de igualdad de tratamiento entre hombres y mujeres en materia de seguridad social” y los fallos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *De Vriendt y otros*, C-377/96 a C-384/96, del 30-4-1998, y *Wolfs*, C-154/96, del 22-10-1998).

Asimismo, la necesidad de conservar la viabilidad del régimen de jubilaciones de los trabajadores independientes no puede justificar que se mantenga una diferencia de tratamiento en lo que respecta a la edad de la jubilación, basada en el sexo, tanto más cuanto que las discriminaciones de hecho a las que se ven sometidas las mujeres durante la vida activa, se reducen progresivamente. Sin embargo, corresponde al legislador determinar las modalidades y el plazo necesario para la realización de un tratamiento igualitario entre hombres y mujeres en materia de haberes jubilatorios, salvo que se emplease un criterio manifiestamente irracional, cosa que no ocurre en este caso si se tiene en cuenta la nueva legislación que prevé, desde el primero de julio de 1997, la adaptación progresiva del régimen de jubilaciones de los trabajadores independientes, con el fin de otorgar los mismos derechos a hombres y mujeres.

CORTE DE ARBITRAJE DE BELGICA, sentencia del 20-1-1999, 6/99, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 43.

JUSTICIA SOCIAL. SEGURIDAD SOCIAL. CONTRIBUCIONES. ESTADOS EXTRANJEROS. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. CONVENCION DE VIENA SOBRE RELACIONES

DIPLOMÁTICAS, ART. 33. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1969, ARTS. 31 Y 32 (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: los actores -trabajadores de prensa y encargados de la dirección artística y cultural de la embajada rusa- demandaron a la Federación Rusa, por daños y perjuicios derivados del incumplimiento por ésta de sus obligaciones relativas al régimen previsional y de asignaciones familiares. La Cámara *a quo* hizo lugar al reclamo, lo que originó que la Federación Rusa interpusiera un recurso extraordinario ante la Corte Suprema.

2. Sentencia:

2.1. La Corte es competente en este caso puesto que se pone en juego la interpretación de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

Asimismo, resulta aplicable el art. 33.3 de dicha Convención, de manera que la demandada debía cumplir “las obligaciones que las disposiciones sobre seguridad social del estado receptor imponga a los empleadores”. Esta norma, que debe interpretarse de acuerdo con los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, remite al derecho interno. En tal sentido, la Constitución Nacional reconoce ampliamente el derecho a los beneficios de la seguridad social en condiciones de irrenunciabilidad e integridad (art. 14 bis), de igual modo que los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional.

2.2. Los beneficios de la seguridad social no deben ser denegados sino con extrema cautela. En esta materia, rige el principio *in dubio pro justicia socialis*.

Asimismo, la legislación nacional ha incluido expresamente al personal al servicio de las representaciones y agentes diplomáticos y consulares acreditados en el país, si de conformidad con las convenciones y tratados vigentes resultaran aplicables a tales trabajadores las leyes de jubilaciones y pensiones.

2.3. Por otro lado, no se ha demostrado que la conducta del Estado argentino y de la Federación Rusa fuese una práctica constante y uniforme aceptada como derecho. La falta de reclamo del Estado argentino por la inobservancia de las obligaciones de la Federación Rusa puede responder a simples motivos de tradición, conveniencia o cortesía, y no a la conciencia de un deber jurídico.

Por tanto, el incumplimiento de una representación diplomática de realizar los aportes al sistema de seguridad social relativos a sus empleados y la falta de reclamos del Estado receptor al respecto, no configura una hipótesis derogatoria de dicha obligación prevista en el art. 33.3 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

El cumplimiento de las obligaciones laborales no afecta, de ningún modo, el normal desenvolvimiento de una representación diplomática.

Nota de la Secretaría: los instrumentos de derechos humanos de jerarquía constitucional citados son: Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 22 y 25); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 9); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XVI), y Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26). La Corte citó, además de un antecedente propio, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (art. 38.1.b) y las sentencias de esta última: *Columbian-Peruvian Asylum (Reports 1950, pp. 276/277)*; *Plateau continental de la Mer du Nord (Reports 1969, p. 44)*; *Rights of the United States in Morocco (Reports 1952, p. 200)* y *Activités Militaires et Paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Reports 1986)*.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA (un juez formuló una opinión disidente por considerar que la cuestión era ajena a la competencia de la Corte), sentencia del 2-12-1999, M.517.XXXIV, *Manauta, Juan J. y otros c/ Embajada de la Federación Rusa*.

LEGISLADORES. INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA. CORTES CONSTITUCIONALES Y SUPREMAS. COMPETENCIA (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: la actora -representante del pueblo durante 1996, cuando ese cuerpo político investigó al entonces presidente Ernesto Samper Pizano, y actual senadora- planteó acción de tutela ante la Corte Constitucional (Corte), afirmando que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema) ha desconocido su derecho a la inviolabilidad de sus votos y opiniones como congresista (art. 185 de la Constitución), al vincularla a un proceso penal por la decisión que tomó en 1996 en favor de la preclusión de la investigación contra el presidente Samper. Según sus dichos, la Corte Suprema carece de competencia para juzgar ese voto, pues como congresista es inviolable por las opiniones y los votos que emita en ejercicio de su cargo, es decir, que aquéllos no pueden generar nunca responsabilidad penal. Por su parte, los magistrados de la Sala de Casación Penal sostienen su competencia para investigar a los representantes por sus conductas en el proceso mencionado, por cuanto los congresistas pudieron haber cometido delitos en sus actuaciones judiciales. Invocan en su apoyo jurisprudencia de la Corte y concluyen que, con fundamento en esa jurisprudencia, es claro que si bien la Constitución reconoce la inviolabilidad de los votos y opiniones de los congresistas, esta garantía no se extiende a sus actuaciones como jueces.

2. Sentencia:

2.1. Competencia de la Sala de Casación Penal para investigar los delitos cometidos por los congresistas en ejercicio de sus funciones

La anterior Constitución preveía la llamada inmunidad parlamentaria, que es la prerrogativa que tienen los miembros de los cuerpos legislativos de no poder ser investigados ni juzgados, mientras ejercen sus funciones, sin la autorización previa de la cámara respectiva. En efecto, el art. 107 de aquella señalaba que ningún miembro del Congreso podía ser aprehendido ni llevado a juicio criminal sin permiso de la cámara a la que pertenecía. Esta figura fue eliminada por la Constitución de 1991 y sustituida por un fuero para los congresistas, según el cual éstos sólo pueden ser investigados y juzgados, por los eventuales delitos cometidos, por la Corte Suprema, pero esas acciones judiciales no requieren de ninguna autorización previa por parte de las cámaras.

Por su parte, conforme el art. 234 de la Constitución, la Corte Suprema se encuentra dividida en Salas, señalándole a cada una de éstas los asuntos que debe conocer separadamente y determinando aquéllos en los que deba entender en pleno. Asimismo, el art. 68, numeral 6, del Código de Procedimiento Penal, establece que corresponde a la Sala de Casación Penal el juzgamiento de los congresistas, por lo que no hay dudas sobre la competencia de la Sala para conocer de los delitos cometidos por éstos, pudiendo realizar investigaciones en todo momento, sin necesidad de ninguna autorización especial.

Razones elementales de sentido común y claras prescripciones constitucionales indican, además, que tal competencia no cubre únicamente los delitos cometidos por los congresistas como ciudadanos corrientes sino que se extiende a aquellos hechos punibles ligados al ejercicio de sus funciones como parlamentarios. En efecto, el parágrafo del art. 235 constitucional, que señala la competencia de la Corte Suprema, precisa que, una vez que la persona ha cesado en el ejercicio del cargo, el fuero “sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”. Esto significa que la Constitución distingue dos hipótesis: mientras una persona sea congresista, será investigada por la Corte Suprema por cualquier delito; sin embargo, si la persona ha cesado en su cargo, entonces sólo será juzgada por ese tribunal si se trata de delitos relacionados con el cargo.

Analizada la competencia de la Sala de Casación Penal, es preciso examinar el alcance de la inviolabilidad parlamentaria con el fin de determinar si dicha Sala puede o no

investigar todos los aspectos del comportamiento de los parlamentarios.

2.2. Alcance y funciones de la inviolabilidad parlamentaria

El art. 185 de la Constitución establece que los congresistas son “inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo”. Esta disposición constitucional consagra la inviolabilidad de los senadores y representantes, conocida en otros ordenamientos como irresponsabilidad parlamentaria. El fin de la irresponsabilidad de los congresistas es que los representantes del pueblo puedan emitir de manera más libre sus votos y opiniones, sin temor a que éstos puedan ocasionar persecuciones judiciales o de otra índole, con lo cual se garantiza una plena libertad e independencia en la formación de la voluntad colectiva del Parlamento o Congreso. Así, sólo por medio de la figura de la inviolabilidad, es posible que se cumpla el mandato constitucional según el cual los senadores y representantes deben actuar “consultando la justicia y el bien común” y no movidos por el temor a eventuales represalias jurídicas.

Tal irresponsabilidad es consustancial a la democracia constitucional, ya que es la expresión necesaria de dos de sus principios esenciales: la separación de los poderes y la soberanía popular.

La finalidad de la inviolabilidad de los congresistas explica naturalmente sus características y alcances. Así, en cuanto a sus rasgos esenciales, la doctrina constitucional y la práctica jurisprudencial coinciden en señalar, en primer lugar, que esta prerrogativa es primariamente una garantía institucional en favor del Congreso y de la democracia, en vez de ser un privilegio personal del senador o del representante como tal, lo cual explica que no pueda ser renunciada por su titular y que, en un proceso judicial, el juez deba tomarla en cuenta de oficio, por tratarse de un asunto de interés público, incluso si ésta no es alegada por el congresista.

En segundo término, la inviolabilidad es perpetua, esto es, el parlamentario o congresista escapa a cualquier persecución judicial por sus votos y opiniones, incluso después que ha cesado en sus funciones, y ello es así ya que si la función de la figura es asegurar la libertad de opinión del congresista, es obvio que ésta pueda verse limitada por el temor a futuras investigaciones en su contra por haber votado u opinado de determinada manera.

Por último, la inviolabilidad genera una irresponsabilidad jurídica general, por cuanto el congresista escapa no sólo a las persecuciones penales sino también a cualquier eventual demanda de naturaleza civil por los votos u opiniones formulados en ejercicio de sus funciones.

La doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como comparada, coinciden en señalar los alcances o, si se quiere, el ámbito material donde opera esta institución, ya que es claro que ésta es específica o exclusiva, pero al mismo tiempo es absoluta.

Es específica por cuanto la Constitución precisa que esta garantía cubre exclusivamente los votos y opiniones emitidos en ejercicio del cargo, es decir, que la actuación de un senador o representante se encuentra cubierta por la inviolabilidad sólo si cumple con las siguientes dos condiciones: que se trate de un voto u opinión, y que dicha opinión sea emitida en ejercicio de sus funciones como congresista; es absoluta pues, sin excepción, todos los votos y opiniones emitidos en el proceso de formación de la voluntad colectiva del Congreso quedan excluidos de responsabilidad jurídica.

2.3. Inviolabilidad y conductas delictivas

Afirmar que la inviolabilidad no cubre hechos delictivos implica desconocer el sentido mismo de la figura y equivale simplemente a ignorar el mandato perentorio establecido por el art. 185 de la Constitución, pues si tal disposición se refiriera a hechos lícitos carecería de sentido y no podría evaluarse como una garantía. Sin embargo, el hecho de que la inviolabilidad impida la configuración de conductas delictivas cuando un congresista emite un voto o una opinión en ejercicio de sus funciones no significa que los senadores y los representantes no puedan cometer otros delitos o incurrir en otras responsabilidades en el desempeño de su cargo. En efecto, si la actuación del congresista es en ejercicio del cargo pero no consiste en la emisión de un voto o de una opinión, entonces su

conducta cae bajo la órbita del derecho común. La Constitución no ha consagrado una irresponsabilidad total del parlamentario sino una inviolabilidad absoluta pero específica.

2.4. Inviolabilidad y responsabilidades políticas y disciplinarias del congresista

La inviolabilidad de los congresistas es absoluta. Sin embargo, esto no significa que en una democracia constitucional no exista ninguna responsabilidad de los congresistas por sus votos y opiniones en el ejercicio de sus funciones. Así, la mayor parte de las constituciones establecen que los parlamentarios están sometidos a las normas disciplinarias de las cámaras, las cuales, con el fin de mantener un orden en el debate, pueden controlar y sancionar internamente ciertos abusos de la libertad de expresión. De otro lado, y más importante aún, el control esencial sobre los congresistas lo ejercen la propia ciudadanía y la opinión pública, cuyos cuestionamientos pueden traducirse en la imposición de formas de responsabilidad política sobre los senadores y representantes.

2.5. La inviolabilidad del voto de los congresistas, las funciones judiciales de las cámaras y la naturaleza de los juicios a los altos dignatarios

Existen dos razones poderosas que justifican el carácter absoluto de la inviolabilidad de los congresistas. De un lado, el tenor literal del art. 185 de la Constitución, que no establece ninguna distinción en cuanto a las funciones de aquéllos, y que corresponde a la voluntad histórica de la Asamblea Constituyente; y, de otro lado, la finalidad misma de la inviolabilidad, la cual busca proteger la independencia general del Congreso, por lo cual es natural que esta prerrogativa se proyecte a todas las funciones desarrolladas por los miembros de las cámaras, sin que sea posible establecer diferencias entre ellas. Nada en el texto constitucional sugiere entonces que la inviolabilidad no opera cuando el Congreso ejerce funciones judiciales e investiga a algunos altos dignatarios, como el Presidente, los magistrados de las altas corporaciones judiciales y el fiscal general de la Nación.

La remoción de su cargo de los altos dignatarios, y en particular del jefe de Estado, es un hecho que tiene consecuencias políticas inevitables y profundas, por lo cual debe atribuírseles a los representantes del pueblo esa decisión, con el fin de que puedan tomar en consideración la ineludible dimensión política que tiene todo proceso en contra de un presidente y decidir si procede o no su enjuiciamiento por la Corte Suprema. Además, sólo amparados por la inviolabilidad, pueden los senadores y representantes gozar de la suficiente independencia para ejercer, sin temores a represalias, esta importante labor de fiscalización.

Existen razones literales, conceptuales, teleológicas y sistemáticas que permiten concluir, inequívocamente, que los senadores y representantes conservan la inviolabilidad en sus votos y opiniones incluso cuando ejercen funciones judiciales en los procesos adelantados por el Congreso contra los altos dignatarios, pues tales procesos, si bien son ejercicio de una función judicial, por cuanto imponen sanciones y configuran un requisito de procedibilidad de la acción penal ante la Corte Suprema, conservan una inevitable dimensión política.

2.6. Inviolabilidad de los congresistas para ejercer funciones judiciales, competencia limitada de la Corte Suprema para investigarlos y violación del debido proceso de la peticionaria

Un resultado ineludible se desprende del anterior examen: los congresistas son inviolables en sus opiniones y votos también cuando ejercen funciones judiciales, debido al inevitable componente de discrecionalidad política de los procesos ante las cámaras, por lo cual la Corte Suprema es incompetente para investigar, juzgar o condenar a los representantes por las opiniones que formularon durante el juicio al presidente, o por el sentido del voto que emitieron en favor o en contra de la preclusión de ese proceso. La conducta de los representantes no es entonces punible, aunque obviamente puede generar las correspondientes responsabilidades políticas frente al elector y a la opinión pública.

2.7. Respeto a los precedentes y cambio jurisprudencial

El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano, y es esencial en un Estado de derecho. Por ello, y tal como lo ha señalado esta Corte, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por

cuatro razones de gran importancia: 1) por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles; 2) para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades; 3) en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez; y 4) como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, obligándolos a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos.

Sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. Tanto una doctrina jurídica como una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento, pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-.

Conforme a lo anterior, en general la doctrina y la práctica de los tribunales admiten que, dentro de ciertos límites, un juez puede distanciarse de sus propios precedentes. Esto es muy claro en los sistemas de derecho legislado, en donde la fuente esencial del derecho es la ley y no la jurisprudencia, por lo cual un funcionario judicial, en ejercicio de su autonomía interpretativa, puede modificar su entendimiento de las disposiciones legales y apartarse de sus decisiones previas.

Así, si bien las altas corporaciones judiciales y, en especial, la Corte, deben ser consistentes, en principio, con sus decisiones pasadas, lo cierto es que, bajo especiales circunstancias, es posible que se aparten de ellas. Como es natural, por razones elementales de igualdad y seguridad jurídica, el sistema de fuentes y la distinta jerarquía de los tribunales implican que estos ajustes y variaciones de una doctrina vinculante sólo pueden ser llevados a cabo por el propio tribunal que la formuló. Por tal razón, y debido al especial papel de la Corte, como intérprete auténtico de la Constitución y guardiana de su integridad y supremacía, corresponde sólo a ella modificar las doctrinas constitucionales vinculantes que haya desarrollado en sus distintos fallos.

En razón de lo expuesto, la investigación adelantada de la Corte Suprema contra la peticionaria afecta su derecho fundamental al debido proceso, en la medida en que desconoce la garantía institucional de la inviolabilidad, puesto que las indagaciones de ese tribunal han recaído sobre el sentido de su voto.

Por ello, se resuelve tutelar el derecho fundamental al debido proceso de la peticionaria, por cuanto la garantía institucional de la inviolabilidad priva a la Corte Suprema, de manera absoluta, de competencia para investigar como delitos los hechos inescindiblemente ligados a las opiniones y votos emitidos por la actora en las actuaciones adelantadas por la Cámara de Representantes contra el entonces presidente de la República.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia del 29-1-1999, SU. 047/99, *Viviane Morales Hoyos s/ acción de tutela*, en *Derecho Penal y Criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, 1999, n° 66.

LEY. DERECHO DE PROPIEDAD. CONFIANZA EN LEY. SEGURIDAD JURÍDICA. DERECHO A LA IGUALDAD (ESTONIA).

1. Antecedentes del caso: la reforma de la Ley de Propiedad del 30 de abril de 1994 establecía que el cónyuge superviviente del hijo del ex propietario tenía derecho a gozar de la propiedad. El art. 1.3 de la ley de reforma de dicha ley suprimía lo establecido anteriormente, salvo para quienes ya habían sido declarados beneficiarios (art. 15.5). Por consiguiente, el cónyuge superviviente del hijo del antiguo propietario no estaba facultado para pedir la restitución del bien que había sido expropiado ilegalmente ni reclamar una indemnización si, antes del 2 de marzo de 1997, las autoridades competentes no lo habían declarado beneficiario. La Corte administrativa de Tallinn solicitó a la Cámara de apelación constitucional de la Corte Suprema la anulación de los art. 1.3 y 15.5 de la ley en cuestión.

2. Sentencia:

Con arreglo al art. 10 de la Constitución (que establece que “Los derechos, libertades y deberes previstos en el presente capítulo no obstan a la existencia de otros derechos, libertades y deberes que deriven del espíritu de la Constitución o que sean conformes a ésta y que respeten los principios de la dignidad humana y de un Estado fundado sobre la justicia social, la democracia y la preeminencia del derecho”) y a la jurisprudencia anterior, la seguridad jurídica y la confianza legítima forman parte de los principios de un estado democrático. Toda persona tiene derecho a confiar que las disposiciones de la ley se aplicarán a las personas que comenzaron a ejercer su derecho. Las personas que habían iniciado una demanda de restitución de bienes expropiados ilegalmente o que solicitaban una indemnización por tales bienes, tenían derecho a presumir que iban a ser declarados beneficiarios en virtud de la ley en vigor a la fecha. Al iniciar la demanda, estas personas habían comenzado a ejercer su derecho a reclamar la restitución, pensando que no serían privados de este derecho si una razón válida. Por consiguiente, viola el art. 10 de la Constitución, el art. 1.3 de la ley de modificación del derecho de propiedad.

Por otro lado, el citado art. 15.5 viola el art. 12.1 de la Constitución ya que crea dos tipos de personas: los que fueron declarados beneficiarios y los que no lo fueron, privando a estos últimos de la expectativa creada por ley.

CORTE SUPREMA DE ESTONIA, sentencia del 17-3-1999, 3-4-1-2-99, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 78.

LEY. SUSPENSIÓN. JUBILACIONES Y PENSIONES. DE OFICIO. DAÑO MORAL (BÉLGICA).

A la espera de que un proceso de anulación sea tratado, la Corte puede suspender la norma legislativa en cuestión, cuando: a) se invocan agravios serios, y b) la ejecución inmediata de la regla en cuestión podría causar un perjuicio grave y difícilmente reparable. En el caso, corresponde suspender la medida que imponía la jubilación de oficio, a los 60 años, a agentes y oficiales judiciales.

En lo que respecta a la segunda condición de la suspensión, el perjuicio grave e irreparable aparece ya que: “En este caso, la naturaleza del empleo que ocupaba el peticionario y el nivel de responsabilidad que le confería, vuelve improbable que se le devuelva un empleo equivalente en caso de que la anulación resultara válida. Además, independientemente del hecho de que ninguna compensación pecuniaria acompaña a la medida criticada, el peligro de un perjuicio moral que resultaría de la aplicación inmediata de

dicha norma, se ve agravado por la declaración pública según la cual los peticionantes podrían no estar lo suficientemente motivados en las circunstancias presentes y no tener ya las facultades de adaptación requeridas”.

CORTE DE ARBITRAJE DE BELGICA, sentencia del 10-3-1999, 31/99, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 46.

LIBERTAD DE EXPRESION. DERECHO AL HONOR (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: el demandante, un artista austríaco, participó en las publicaciones que adherían a la doctrina de la iglesia cientologista desde 1972 y había asistido a sus cursos. Desde 1975, varios medios periodísticos lo calificaron de cientologista o sospechaban que tenía lazos con dichos grupos. En 1994, fue seleccionado para crear un modelo de reciclaje artístico de la zona del campo de concentración de “Neue Bremm” en Sarrebruck. Dos asociaciones que luchan en contra de las sectas intentaron impedir su participación en el proyecto. Enviaron una carta abierta a los medios periodísticos y políticos en donde decían: “los medios periodísticos y políticos hacen la vista gorda a un propagandista de una asociación criminal que difunde ideas cientologistas en innumerables publicaciones y que se presenta él mismo como un sacerdote (en la jerga cientologista un ‘auditor IV’, lo que significa que pertenece al grupo de los laicos que someten personas a sesiones de hipnosis obligatoria y, con ayuda de un detector de mentiras, destruyen la mente de los individuos para obtener el control de su comportamiento). Está probado que las ganancias por la venta de una litografía de edición limitada, comercializada por ‘Art Gallery 48’, forma parte de los ingresos de los servicios secretos cientologista. La asociación cientologista que es criminal y cínica, va a ejercer también una influencia en la vida cultural de Sarre? Vamos a tomar medidas inmediatas...”. El acusado negó el contenido de la carta. Su demanda fue aceptada en primera instancia. La Cámara, sin embargo, anuló el fallo ya que quien critica a un tercero, haciendo declaraciones sobre esa persona que no se basan en su propia experiencia y que no puede verificar si son exactas, puede basarse en informaciones que aparecieron en la prensa y que no fueron contestadas. En tales circunstancias, el demandante presentó un recurso ante la Corte Constitucional Federal invocando la violación del art. 2.1 de la Ley Fundamental, que debe ser relacionada con el art. 1.1 de ésta (derecho general al respeto de la persona). El peticionante declaró que no es cientologista, que nunca estudió para llegar a Sacerdote, que no ocupa esa función, ni se presenta como tal.

2. Sentencia:

La decisión de la Cámara de apelaciones debe ser anulada pues no cumple con el derecho general del requiriente al respeto de su persona.

El derecho general al respeto de la persona protege a los individuos contra las acusaciones infundadas de pertenecer a asociaciones o grupos, si esta acusación trae consecuencias negativas para la persona y para su reputación. De igual modo, viola los derechos protegidos por el art. 2 de la Ley Fundamental la decisión judicial que autoriza la publicación de declaraciones que el interesado desmiente.

Los estrechos lazos que se le atribuyen al peticionante podrían perjudicar su reputación. Esto se agrava por el hecho de que la cientología es muy discutida, que en reiteradas ocasiones fue objeto de la atención de los poderes públicos y de artículos desfavorables en la prensa. Es posible que las declaraciones según las cuales el peticionante tendría importantes funciones en la cientología, perjudiquen su trabajo artístico ya que cualquier ataque a su reputación puede tener en el futuro repercusiones perjudiciales en los encargos y en las compras de sus obras.

La Constitución exige que se pongan en una balanza los derechos fundamentales en

conflicto, en este caso el derecho general al respeto de la persona y la libertad de opinión. En estos casos se prioriza la protección de la personalidad si la declaración realizada puede considerarse como un ataque a la dignidad humana, una crítica infamante o una declaración difamatoria. Cuando las declaraciones se refieren a hechos, el resultado depende de la veracidad del contenido. Las declaraciones verdaderas, generalmente deben ser toleradas, a pesar de los perjuicios para la persona en cuestión; lo contrario ocurre si las declaraciones fuesen falsas.

De acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales civiles sobre la protección del honor de las personas, quien realiza declaraciones que dañan a terceros, debe tomar precauciones, que varían de acuerdo con las posibilidades de esclarecer las circunstancias en cada caso concreto y que son más estrictas para los medios que para los particulares. En materia civil, por otro lado, una obligación más importante de exponer los hechos pesa sobre el autor de las declaraciones que ataquen a un tercero, y el autor de las mismas debe probar la veracidad de las declaraciones. Si no puede probar la verdad de lo declarado, esto último se considera falso.

Sin embargo, el respeto de la obligación de exponer los hechos no libera a la persona de la obligación de verificar la exactitud de la información. Una declaración, aun teniendo hechos que la avalen, puede ser falsa. El derecho general al respeto de la persona exige que la persona perjudicada por una declaración, no sea privada de la posibilidad de invocar el carácter falso de una declaración ante un tribunal con el argumento de que el autor satisfizo la obligación de presentar los hechos. Sólo se puede considerar exacta la declaración si la persona atacada no puede presentar ningún elemento para contradecir la prueba presentada.

Finalmente, constituye una violación al derecho de la persona, el rechazo de una medida precautoria relativa a la declaración por la cual el peticionante “corresponde al grupo de los laicos que, sometiendo a personas a una sesión de hipnosis obligatoria y con un detector de mentiras, destruyen psiquis de los individuos para tomar el control de su comportamiento”. En este orden de cosas, la justicia no había tenido en cuenta que, en el proceso inicial, el peticionante respondió a las acusaciones declarando que había abandonado la iglesia cientologista. Esta omisión estaba dada, de igual modo, por la equivocada interpretación por parte de la justicia inferior del alcance del derecho general al respeto de la persona y de la amplia protección que supone.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ALEMANIA, sentencia del 10-11-1998, 1531/96, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 23.

LIBERTAD DE PRENSA. PUBLICIDAD (FRANCIA).

Un periódico es un medio de información que generalmente tiene por objeto expresar una opinión y respaldar una política e intereses materiales y morales de acuerdo a un estilo y a un espíritu propios que constituyen su personalidad.

Si bien es incuestionable que las inserciones publicitarias representan, para un diario, un medio frecuentemente indispensable de financiación, esta parte accesoria de su actividad no debería, por ello, conducirlo a ejercer presión sobre el equipo de redacción y, más particularmente, a imponerle una posición editorial estrechamente vinculada al poder económico de los anunciantes, ya que de lo contrario se violaría gravemente la libertad de prensa, limitando el derecho de crítica y de libre expresión de los periodistas.

Un anunciante no puede, por lo tanto, negarse a pagar su factura con base en que la inserción de su aviso publicitario ha perdido todo sentido en razón de la publicación, en el mismo número del periódico, de un artículo sobre los “neutralizantes de olores” que no menciona su producto y su rol precursor en ese área.

CAMARA DE APELACIONES DE VERSAILLES (Sala 12°), sentencia del 7-10-1999, en *Recueil Le Dalloz, Cahier Droit des Affaires*, 2000, n° 10, p. 125, con nota de **PETIT, Etienne**, p. 126.

MATRIMONIO. POLIGAMIA. OBLIGACIONES DEL ESTADO. DEBER DE INVESTIGAR. IMPUNIDAD. TORTURAS Y MALOS TRATOS (NACIONES UNIDAS-CONGO).

1. Preocupa al Comité la persistencia del fenómeno de la poligamia, en contravención de los arts. 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto).

“El Estado Parte debería tomar las medidas necesarias para la abolición de la poligamia y adoptar y aplicar medidas educativas para su erradicación”.

2. El Comité señala que la concesión de la amnistía por los delitos cometidos durante los períodos de guerra civil puede comportar una forma de impunidad incompatible con el Pacto. Asimismo, considera que las leyes en virtud de las cuales se ha amnistiado a personas que cometieron delitos graves, no permiten asegurar el respeto de las obligaciones adquiridas por la República del Congo en virtud del Pacto, y especialmente de lo dispuesto en el párrafo 3 del art. 2, que garantiza un recurso efectivo a toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos por el Pacto hayan sido violados. Se reitera la opinión expresada en la Observación General N° 20, de que las leyes de amnistía que abarcan las violaciones de los derechos humanos son generalmente incompatibles con el deber del Estado Parte de investigar dichas violaciones, garantizar el derecho a gozar de protección contra ellas dentro de los límites de su jurisdicción, y velar por que no se vuelvan a producir violaciones similares en el futuro.

“El Estado Parte debería garantizar la investigación de las más graves violaciones de los derechos humanos, el enjuiciamiento de sus autores y el otorgamiento de justa compensación a las víctimas o a sus familias”.

3. Preocupa al Comité que se recurra a la tortura, y a los tratos crueles, inhumanos o degradantes, y el hecho de que en el derecho interno no se especifique que la tortura es delito y que sea aún posible considerar los casos de tortura como simples casos de “golpes y lesiones voluntarias”.

“El Estado Parte debería adoptar medidas eficaces, con arreglo a los arts. 7 y 10 del Pacto, para luchar contra la tortura, considerar delito, en su derecho interno, la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, sancionar a los autores de esos delitos y en el futuro evitar los casos de tortura como simples casos de ‘golpes y lesiones voluntarias’”.

COMITE DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República del Congo -Observaciones generales sobre el segundo informe periódico”, en *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto*, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, CCPR/C/79/Add.118, 25-4-2000, puntos 11, 12 y 13.

MENORES. MEJOR INTERÉS DEL MENOR. ADOPCION (SUDÁFRICA).

1. Antecedentes del caso: la Sec. 18(4)(f) de la *Child Care Act* de 1983 prohíbe que un niño nacido en Sudáfrica sea adoptado por personas de otra nacionalidad. Dicha suspensión fue declarada inconstitucional por la *Cape High Court*, pero este tribunal dejó en suspenso por dos años la orden de invalidez a fin de permitir que el Congreso corrigiera el defecto de esta norma. El Ministro de Bienestar y Desarrollo de la Población respaldó esta

orden judicial y pidió a la Corte Constitucional que la confirmara, incluyendo la suspensión de dos años. La Corte designó al *Centre for Applied Legal Studies* de la Universidad de Witwatersrand para que actuara como *amicus curiae*.

2. Sentencia: la prohibición contradice las disposiciones de la Sec. 28(2) de la Constitución que exige que, en los casos que comprometen menores, se de prioridad al mejor interés de éstos. En algunos casos el mejor interés de un niño nacido en Sudáfrica puede consistir en ser adoptado por personas de otra nacionalidad. Por lo tanto, se confirma la declaración de invalidez.

El Ministerio y el *amicus curiae* alegan a favor de la suspensión de la declaración de invalidez de la Sec. 18(4)(f) de la *Child Care Act* hasta tanto se dicte una norma que la reforme, juzgando que de lo contrario se dejaría a los niños expuestos al riesgo de tráfico de menores. Por otra parte, afirman que no se podría investigar adecuadamente los antecedentes de los potenciales padres adoptivos y no se daría prioridad a los padres adoptivos sudafricanos en los casos en que fuera adecuado.

Lo cierto es que las disposiciones subsistentes de la *Child Care Act* resultan suficientes para permitir a los tribunales acomodar los alegatos del Ministerio y del *amicus*. Por lo tanto, no se justifica ninguna suspensión de la declaración de invalidez dado que ésta perjudicaría el mejor interés de los niños huérfanos y abandonados al prohibir que sean adoptados por ciudadanos extranjeros durante el plazo de dicha suspensión. Por lo tanto, se revoca la suspensión impuesta por la *High Court*.

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDAFRICA, sentencia del 31-5-2000, *Minister for Welfare and Population Development v. Fitzpatrick and Others*, <http://www.law.wits.ac.za/judgements/2000/fitzpatrick.html>.

PENA DE MUERTE (LITUANIA).

El art. 18 de la Constitución enuncia lo siguiente: “Los derechos y las libertades de las personas son innatos”. El peticionante sostiene que el Estado tiene la obligación de cuidar y proteger los derechos innatos del hombre. Es manifiestamente imposible proteger la vida si se prevé la posibilidad legal de privársela a una persona.

La Constitución es el instrumento legislativo por definición, y la protección de la vida humana fue consolidada en diversos artículos. Corresponde en este caso evaluar las tendencias de la comunidad internacional con respecto a la pena de muerte, las obligaciones internacionales de Lituania y la evolución histórica de dicho Estado en lo que respecta a la inscripción de esta pena en la legislación penal.

La sanción del delito cometido por el condenado se aplica a través de formas de restricción que lo atacan personalmente. Sin embargo, la teoría moderna del derecho penal se distancia categóricamente de la ley del talión.

El análisis de los documentos del Consejo de Europa y de la Unión Europea, muestra que la abolición de la pena de muerte se está volviendo una norma universalmente reconocida y el Protocolo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos fue firmado por todos los Estados miembros del Consejo de Europa, salvo por: Albania, Bulgaria, Chipre, Lituania, Polonia y Turquía.

La protección de los intereses comunes en un Estado democrático que se rige por el principio de primacía del derecho no permite que se niegue un derecho preciso de manera general. Esta conclusión está ligada a la doctrina de los derechos del hombre y libertades fundamentales así como al derecho internacional y a los derechos nacionales que se apoyan en esta doctrina, que garantiza que las restricciones no violen un derecho humano dado en su esencia.

Por su crueldad, la pena de muerte constituye un trato degradante para el condenado. Esta crueldad se manifiesta por el hecho de que, después de la ejecución de la pena, la esencia misma del delincuente como persona humana se encuentra negada y a éste se le priva toda dignidad humana ya que, en el caso, el Estado trata a la persona como un simple objeto a eliminar de la comunidad.

Por ende, la pena de muerte por homicidio agravado prevista como sanción por el art. 105 del Código Penal, viola los arts. 18, 19 y 21.3 de la Constitución.

Nota de la Secretaría: el Protocolo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos entró en vigor en Lituania el 1-8-1999. Dicho Estado suscribió el Protocolo el 18-1-1999 y lo ratificó el 8-7-1999.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LITUANIA, sentencia del 9-12-1998, 2/98, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 107.

PENAS. SANCIONES DISCIPLINARIAS. CONTROL JUDICIAL. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 6 (SUIZA).

El Consejo de Estado del cantón de Zúrich sancionó una nueva ordenanza sobre la cárcel del aeropuerto de dicha ciudad. La ordenanza reglamenta detalladamente la ejecución de la detención para la repatriación de los extranjeros; prevé diversas medidas disciplinarias, de las cuales la más estricta consiste en la separación del detenido durante veinte días, sin posibilidad de acudir a una autoridad judicial.

Invocando el derecho público, Ayse y Ali Gencer solicitaron al Tribunal Federal que anule ciertas disposiciones o, eventualmente, obligue al cantón a que ponga a disposición del detenido, que es objeto de una medida disciplinaria, la posibilidad de recurrir a una autoridad judicial. Los peticionantes argumentaron que la facultad de apelar únicamente a la Dirección de Justicia del Cantón no satisface las exigencias del art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención); consideran que la pena disciplinaria de separación estricta durante 20 días constituye una acusación en materia penal en el sentido dado por la Convención.

El Tribunal Federal rechazó la apelación. Con relación a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, para determinar si una sanción tiene un carácter penal o disciplinario, es conveniente examinar el sistema jurídico nacional; hay que tener en cuenta, asimismo, la naturaleza de la infracción y sus consecuencias, el objetivo de la norma y la severidad de la sanción. El Tribunal Federal había determinado, en oportunidad de realizar un control abstracto de las ordenanzas sobre las cárceles, que una pena disciplinaria de veinte días puede caer dentro de lo previsto por el art. 6.1 de la Convención, pero rechazó un recurso de derecho público presentado por un detenido que se quejó de no haber tenido la posibilidad de atacar una pena disciplinaria de diez días ante una instancia judicial.

La ordenanza en cuestión reglamenta detalladamente la organización de la cárcel del aeropuerto de Zúrich. Contiene disposiciones sobre los derechos y los deberes de los detenidos y amenazas de las sanciones posibles por contravención al reglamento interno y a las directivas. La separación durante veinte días está sólo prevista para las contravenciones más graves y constituye la sanción más estricta. Para el derecho cantonal, estas penas son disciplinarias, tienden a mantener el orden en el establecimiento penitenciario y sólo se aplican si hay una acción penal en curso. La sanción de veinte días de separación rigurosa, es, en efecto, muy severa; sólo autoriza al detenido a tener contactos con las autoridades, los defensores y los párrocos. No constituye, sin embargo, una privación de la libertad como tal, sino que agrava el régimen de detención. Las sanciones disciplinarias previstas por las disposiciones en cuestión no caen dentro de lo previsto en el art. 6.1 de la Convención y no exige que sea sometida al control judicial.

TRIBUNAL FEDERAL DE SUIZA, sentencia del 23-12-1999, 2P.40/1998, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 146.

PODER JUDICIAL. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. JUECES. SANCIONES (REPÚBLICA CHECA).

La Cámara de apelación puede sancionar a un tribunal de primera instancia por violación del principio de la libre evaluación de las pruebas, sólo si dicho tribunal realizó, en un caso concreto, un grave atentado a la lógica. La Cámara tiene que indicar en su razonamiento por qué y en qué medida, observa un conflicto y una evaluación falsa de las pruebas. Una referencia de carácter puramente general no es suficiente para justificar la anulación de una decisión de primera instancia.

Si la Cámara de apelaciones ordena que un caso sea revisto y juzgado nuevamente en primera instancia, tiene que estar conforme a la ley y justificar correctamente su decisión.

En caso contrario, viola el principio según el cual nadie puede ser sustraído a la jurisdicción de su juez natural, y atenta por consiguiente contra los derechos del peticionante en virtud del art. 38.1 de la Carta de Libertades y Derechos Fundamentales.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA CHECA, sentencia del 3-1-1999, ÚS 282/97, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 120.

PODER JUDICIAL. JUECES. INAMOVILIDAD (PARAGUAY).

1. Antecedentes del caso: dos Ministros del Alto Tribunal paraguayo promovieron acción de inconstitucionalidad contra: a) la Resolución de la Cámara de Senadores n° 421; b) el decreto del Poder Ejecutivo n° 6131; y c) el art. 19 de la ley n° 609/95 que organiza la Corte Suprema de Justicia (Corte). La mencionada Resolución confirmó en el ejercicio de sus funciones a cinco jueces de la Corte, desafectando a los recurrentes, en tanto que el decreto 6131 otorgó el acuerdo constitucional para la confirmación efectuada por la Cámara de Senadores. En cuanto al art. 19 de la ley citada, los presentantes alegan su inconstitucionalidad por considerar que viola el principio de inamovilidad de los miembros de la Corte consagrado constitucionalmente en el art. 261, ya que dicha ley se funda en la hipótesis de la aplicabilidad a los ministros del Tribunal del art. 252 de la Constitución.

2. Sentencia:

2.1. El art. 261 de la Constitución, consagra el principio de la inamovilidad de los ministros de la Corte al establecer que: “Los ministros de la Corte Suprema de Justicia sólo podrán ser removidos por juicio político. Cesarán en el cargo cumplida la edad de setenta y cinco años”.

Es por ello, que cuando el art. 19 de la ley N° 609/95 aplica el art. 252 de la Constitución Nacional, equiparando a los ministros de la Corte con los demás magistrados del Poder Judicial, limitando a cinco años la duración de su mandato, contradice el art. 261 de la Constitución, que es uno de los pilares sobre los que descansa la independencia del Poder Judicial y por ende, el ordenamiento político de la República y la estructura y organización del Estado.

Si bien es cierto que los mencionados ministros, en un sentido lato, son magistrados judiciales, la Constitución se cuida perfectamente en diferenciarlos de aquellos a los que se refiere en su art. 252, ya que, en primer lugar, son diferentes las exigencias para ocupar ese cargo, que las impuestas para ocupar el de Magistrado Judicial. En segundo término, se diferencian por el procedimiento y la autoridad que los nombra, pues los ministros son designados por el Senado de la Nación, debiendo prestar acuerdo a dicha designación el Poder Ejecutivo, en tanto que los demás magistrados son nombrados por la Corte. Además, los primeros prestan juramento de desempeñar fielmente el cargo ante el Congreso Nacional reunido en pleno, en tanto que los demás magistrados judiciales lo hacen ante la Corte Suprema de Justicia. Por último, el método de destitución aplicable a los ministros es el juicio político, y no el proceso ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados como ocurre con el resto de los integrantes de la magistratura.

2.2. El art. 252 cit. expresa: “De la inamovilidad de los magistrados. Los magistrados serán inamovibles en cuanto al cargo, a la sede y al grado, durante el término para el cual fueron nombrados. No podrán ser trasladados ni ascendidos sin su consentimiento previo y expreso. Serán designados por períodos de cinco años, a contar de su nombramiento. Los magistrados que hubiesen sido confirmados por dos períodos siguientes al de su elección, adquirirán la inamovilidad en el cargo hasta el límite de edad establecido para los ministros de la Corte Suprema de Justicia”.

De la simple lectura de esta norma constitucional surge que está concebida para ser aplicada a los magistrados judiciales, y no a los ministros de la Corte, porque éstos no pueden ser trasladados ni ascendidos, ya que la sede de sus funciones es la ciudad de Asunción, y porque dentro del Poder Judicial no existe un cargo superior al cual ascender (art. 157 de la Constitución).

La Constitución señala en forma expresa la duración de sus respectivos mandatos, a los funcionarios públicos a los cuales se refiere específicamente. En tal sentido, son nombrados para desempeñarse en sus cargos por el término de cinco años, los Gobernadores

y los Miembros de las Juntas Departamentales (art. 161), los Senadores y Diputados (art. 187), el Presidente y Vicepresidente de la República (art. 229), los Magistrados Judiciales (art. 252), el Fiscal General del Estado y los Agentes Fiscales (arts. 269 y 270), el Defensor del Pueblo (art. 277), el Contralor y el Subcontralor General de la República (art. 281) y, por tres años los miembros del Consejo de la Magistratura (art. 263).

Si la intención de los Constituyentes hubiera sido la de limitar a cinco años el período por el cual son designados los ministros de la Corte, así lo hubieran consignado en la Constitución. No es dable pensar que la designación para desempeñarse como tales hasta la edad de setenta y cinco años, se debiera a una simple omisión en establecer un plazo de duración del mandato, dado que esta supuesta e hipotética omisión se repitió en el art. 275, al establecer la duración del mandato de los Miembros del Tribunal Superior de Justicia Electoral.

Atento a todo lo expuesto, se concluye que el art. 19 de la ley n° 609/95 es inconstitucional porque contraría lo previsto en los arts. 261 y concordantes de la Constitución. En tal razón, también devienen inconstitucionales la Resolución N° 421 y el Decreto N° 6131, citados, por hallarse fundados en el mencionado art. 19 de la ley n° 609/95.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PARAGUAY (Pleno -siete jueces formularon opiniones concurrentes), sentencia del 5-5-2000, n° 222, *Acción de inconstitucionalidad contra el art. 19 de la ley 609/95; Resolución 421, de fecha 5 de noviembre de 1999, dictada por la Cámara de Senadores y contra el decreto n° 6131 del 9 de noviembre de 1999, dictado por el Poder Ejecutivo (presentada por ministros de la Corte Suprema de Justicia).*

PODER LEGISLATIVO. AUTONOMÍA. REGLAMENTO INTERNO. COMISIONES INVESTIGADORAS (POLONIA).

Es conforme a la obligación constitucional que estipula que el Parlamento debe definir los principios de su funcionamiento dentro del marco de la ley, la introducción de una disposición en virtud de la cual una comisión de investigación parlamentaria realiza su actividades de conformidad con el reglamento del Parlamento, a menos que sea sometida además, a otras disposiciones legales.

El derecho exclusivo de las dos cámaras del Parlamento de determinar los principios de su organización y de su funcionamiento proviene del principio constitucional de la autonomía parlamentaria. Dicha autonomía tiene que ser considerada como una condición esencial de la garantía de su independencia dentro de las estructuras del Estado. Permite mantener el equilibrio entre el Poder Legislativo y los otros poderes.

La autonomía parlamentaria implica igualmente que el parlamento sea autónomo en el plano reglamentario. Según este principio, el Parlamento fija las reglas de su organización interna, su programa de actividades y las modalidades de ejecución de las obligaciones constitucionales de los poderes del Estado. Sin embargo, conviene subrayar que las disposiciones del reglamento del Parlamento no deben otorgar a este último (ni a sus órganos) poderes que superen los especificados por ley.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 4-4-1999, K 8/99, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 116.

PODER LEGISLATIVO. INMUNIDAD PARLAMENTARIA. JUICIO DE DESAFUERO (CHILE).

1. Como se ha expresado en numerosos fallos sobre la materia, el trámite del

desafuero tiene como objetivo, exclusivamente, proteger a los parlamentarios contra infundadas acciones judiciales penales que pudieran intentarse en su contra, permitiéndoles el mejor cumplimiento de su mandato. La finalidad propia de esta gestión es sólo la de decidir si ha o no lugar a formar causa a un parlamentario que es inculcado de un delito.

2. La declaración de “haber lugar a formarle causa”, que menciona el art. 611 del Código de Procedimiento Penal, sólo se traduce en permitir que una investigación se dirija en contra de un parlamentario en calidad de sujeto pasivo de la acción penal.

El criterio que debe seguirse para resolver si se formula o no la declaración “de haber lugar a la formación de la causa”, es el que fluye del art. 612 del Código de Procedimiento Penal, al disponer que esta declaración procederá cuando de los antecedentes del proceso aparezcan en contra del parlamentario de que se trate, datos que podrían bastar para decretar la detención del inculcado.

3. No es lícito exceder las limitaciones que impone la naturaleza del desafuero de un parlamentario. Las decisiones que se adopten en relación con la solicitud de desafuero deben ceñirse estrictamente a la regla que encierra el art. 612 del Código de Procedimiento Penal y abstenerse de analizar en profundidad factores que pudieran determinar, en definitiva, la existencia o inexistencia de la responsabilidad criminal del inculcado, porque ésta es una función propia y exclusiva del tribunal competente para conocer de la causa, y que debe ejecutarse una vez afinada la indagación de los hechos.

4. La defensa del Senador Pinochet objetó el presente trámite de desafuero. Sostuvo en su escrito de apelación que el mismo “no ha podido ni puede llevarse adelante, por no respetar las exigencias del debido proceso establecidas en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales ratificados por Chile, por cuanto el nombrado no está en condiciones de salud que le permitan defenderse”.

Sin embargo, se trata de garantías que recibirán aplicación en el desarrollo de un proceso penal, al interior del juicio, pero que no pueden ser anticipadas al trámite de una autorización previa para procesar, como lo es la presente, en la que, por lo demás, según ya se ha dicho, el Senador de cuyo desafuero se trata recibió amplia asesoría técnica.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE, sentencia del 8-8-2000, *Augusto Pinochet Ugarte s/ inmunidad*.

PODER LEGISLATIVO. REGLAMENTO INTERNO. OBLIGACIONES LEGISLATIVAS. SESIONES. SEGURIDAD JURÍDICA. CONTROL JUDICIAL (HUNGRÍA).

Al omitir reglamentar las sesiones ordinarias en su reglamento interno, el Parlamento creó una situación de inconstitucionalidad. La Constitución obliga a dicho organismo a funcionar de manera continua. Debe, por lo tanto, procurar que las sesiones ordinarias se sucedan en intervalos razonables para poder realizar todas las tareas que determina la Constitución.

En el caso, el reglamento omite las antedichas reglas fundamentales y existen diversas interpretaciones posibles de las normas que rigen las sesiones ordinarias. Luego, en su forma actual, dicho reglamento es imprevisible y no guarda conformidad con el principio constitucional de la seguridad jurídica.

Esta parte de la demanda resulta fundada y, por ende, corresponde solicitar al Parlamento que cumpla con su obligación legislativa antes del 15 de diciembre de 1999.

CORTE CONSTITUCIONAL DE HUNGRÍA (tres jueces formularon una opinión disidente),

sentencia del 31-3-1999, 4/1999, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 91.

PRISION PREVENTIVA. NATURALEZA. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. ALCANCE (ESPAÑA).

1. Al analizar el contenido del art. 17 de la Constitución en relación con la prisión preventiva, se ha destacado la inexcusabilidad de concebirla “tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que constitucionalmente la justifican y delimitan. Se trata de una medida justificada en esencia por la necesidad de asegurar el proceso, y ese fundamento justificativo traza la línea de demarcación con otro tipo de privaciones de libertad y condiciona, a la vez, su régimen jurídico” (STC 128/1995). Desde la perspectiva de la Constitución, la prisión preventiva es, pues, una medida cautelar cuya profunda incidencia en la libertad personal condiciona su aplicación en términos muy estrictos.

2. Es reiterada doctrina del Tribunal que la adopción de una medida tan drástica como la prisión preventiva, además de partir como presupuesto de la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, ha de perseguir como objetivo algún fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso (peligro de fuga, obstrucción de la investigación, reincidencia, etc.). Por consiguiente, en la resolución que la acuerde han de reflejarse no sólo la concurrencia de motivos bastantes para creer responsable del delito a la persona afectada, sino también la existencia de alguno de esos fines justificativos que puede inferirse a través de los datos obrantes en la causa. Por tanto, “no corresponde al Tribunal Constitucional determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo de que esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución” (STC 128/1995, cit.). La tarea del Tribunal se ciñe, pues, a constatar si la que las resoluciones judiciales exponen es suficiente (por referirse a todos los extremos que autorizan y justifican la medida), razonada (por expresar el proceso lógico que individualiza la aplicación de la ley al caso concreto) y proporcionada (esto es, si ha ponderado los derechos e intereses en conflicto del modo menos gravoso para la libertad).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia del 14-9-1998, nº 177/1998, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 52, septiembre-diciembre de 1998, p. 7.

PRISION PREVENTIVA. PLAZO RAZONABLE. ALLANAMIENTO. FORMALIDADES. TESTIGOS. AGENTES DE LA POLICÍA CIVIL (EL SALVADOR).

1. La Constitución es clara al conceder la facultad de limitar el derecho de libertad de una persona, siempre que no sobrepase los límites que la ley establezca, debiendo ser juzgada con arreglo a la misma. Exceder los plazos en demasía es ignorar la función principal de administrar pronta y cumplida justicia.

Han ocurrido en el proceso dilaciones injustificadas, produciéndose la prolongación indebida de la fase investigativa. Ello vulnera una de las garantías definidas en la normativa constitucional: ser juzgado dentro de un plazo razonable. Por tal motivo, el procesado se encuentra en detención ilegal.

2. La ley dispone que al realizar un allanamiento los agentes de autoridad deben hacerse acompañar por dos testigos idóneos. Al aparecer en el acta de allanamiento como testigos agentes de la Policía Nacional Civil, se infringió la inviolabilidad de la morada, pues se omitió la concurrencia de los dos testigos idóneos exigida por la ley, cuando las circunstancias de tiempo y lugar lo permitían.

Nota de Secretaría: Con relación al punto 1 v., en igual sentido, sentencias del 24-7-97 (194/97) y 12-10-97 (300/97), en *op. cit. infra*, pp. 183 y 242, respectivamente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (Sala Constitucional), sentencia del 16-7-97, 131-97, en *Revista de Derecho Constitucional*, San Salvador, julio-septiembre 1997, n° 24, p. 131.

PRUEBA. ILICITUD. REGLA DE EXCLUSIÓN. DERECHO A LA INTIMIDAD. CONFIDENCIALIDAD DE LAS COMUNICACIONES. ESCUCHAS TELEFÓNICAS (CHIPRE).

Los arts. 15 y 17 de la Constitución garantizan el derecho al respeto de la vida privada y el carácter confidencial de la correspondencia y de otras formas de comunicación. Además el art. 3.2.b de la ley de 1996 (92(I)/96) sobre el carácter confidencial de las comunicaciones privadas (escuchas de conversaciones), prohíbe y sanciona la divulgación del contenido de cualquier comunicación privada, aun las telefónicas. El contenido de las comunicaciones telefónicas no puede servir como elemento de prueba.

CORTE SUPREMA DE CHIPRE, sentencia del 15-4-1998, 324, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 54.

REFERENDUM (ITALIA).

Para que un pedido de referéndum que derogue una ley sea considerado admisible, tiene que respetar los límites expresamente previstos por el art. 75 de la Constitución y los principios determinados por la Corte, a saber: a) el tema a referendar debe contener una “matriz unitaria” y, por consiguiente, no puede contener pedidos heterogéneos; b) el pedido debe ser “unívoco”, o sea que en caso de respuesta afirmativa a la consulta, la norma residual no debe ser contradictoria; c) el acto sometido a referéndum tiene que tener “fuerza de ley”; y d) su contenido no debe estar “constitucionalmente ligado”. Una disposición es constitucionalmente ligada cuando su contenido es el único conforme con la Constitución y, por ende, no susceptible de ser derogado.

Por otro lado, tal como lo han precisado las sentencias precedentes sobre admisibilidad de los referéndum electorales, la pregunta debe ser formulada de tal forma que la norma residual, o sea la que queda después de la derogación, sea inmediatamente aplicable sin que la intervención del legislador resulte necesaria.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia del 19-1-1999, 13/1999, en *Bulletin de Jurisprudence Constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Estrasburgo, Edición 1999, 1, p. 94.

REFORMA CONSTITUCIONAL. PROCEDIMIENTO. LÍMITES. REFERENDUM. OBLIGACIONES

DEL ESTADO (PUERTO RICO).

1. La Convención Constituyente expuso un procedimiento para que el pueblo pudiese introducir modificaciones a la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico (Constitución) con el propósito de adaptarla a la realidad. El Art. VII, Tomo 1, de la Constitución, estableció límites expresos e implícitos sobre el alcance de las enmiendas propuestas.

Dicho artículo tiene dos propósitos fundamentales: 1) hacer de la Constitución un documento estable, de mayor autoridad y dignidad que una ley; y 2) que sea un instrumento flexible, sensible a los cambios esenciales en la opinión pública y en las necesidades sociales.

El Tribunal Supremo es el intérprete final de la Constitución y resolverá prudentemente las controversias, con pleno reconocimiento de las limitaciones que tiene el Poder Judicial, y con deferencia y respeto hacia las demás ramas de gobierno.

2. Es un principio fundamental de todo ordenamiento constitucional que el pueblo tiene el poder de aprobar la Constitución mediante la cual se regulan todas las competencias del Estado y se enumeran las garantías y libertades de los ciudadanos. La Constitución que se apruebe se convierte en Ley Suprema.

Aunque la Constitución puede ser revisada por el pueblo, es necesario que mantenga su coherencia y esté libre de los caprichos momentáneos y arbitrarios de las mayorías. Por consiguiente, es indispensable que una Constitución provea un procedimiento específico que limite el proceso mediante el cual se revisa.

El proceso de revisión de una Constitución puede contener límites explícitos o implícitos. Los explícitos se encuentran expresamente en la Constitución. Los implícitos pueden ser deducibles indirectamente, ya sea como consecuencia lógica de los postulados básicos del sistema constitucional o como correlato de las cualificaciones que se producen en determinados preceptos de la Constitución.

3. Los procedimientos ordenados para que el pueblo revise su Constitución protegen la voluntad de éste y permiten que la norma posea la estabilidad necesaria sin que pierda la flexibilidad imprescindible para responder a los cambios sociales.

El propósito principal de un referéndum es determinar si la enmienda propuesta a la Ley Suprema tiene o no el respaldo del electorado.

El procedimiento de enmienda a la Constitución requiere: 1) la aprobación de por lo menos las dos terceras partes de los miembros de cada cámara legislativa; 2) que la enmienda se someta al electorado en un referéndum especial o en una elección general si así lo decide por lo menos las tres cuartas partes del número total de los miembros de cada cámara; 3) que cada enmienda propuesta sea votada separadamente; 4) que se limite el número de proposiciones de enmienda a tres en un mismo referéndum; 5) que toda enmienda contenga sus términos de vigencia; 6) el voto afirmativo de la mayoría de los electores que voten sobre el particular, y 7) que la enmienda propuesta sea publicada dentro de un término mínimo de noventa días antes del referéndum.

Toda proposición de enmienda a la Constitución deberá votarse separadamente. Además, no se podrán someter más de tres proposiciones de enmienda en un mismo referéndum. Estos requisitos de publicidad y separación, y el límite al número de propuestas, son mecanismos para obtener el voto informado del electorado (Art. VII, Sec. 1, Tomo 1).

4. Corresponde a los tribunales evaluar si se ha cumplido con los requisitos procesales consagrados en la Constitución para enmendarla.

La jurisprudencia de los tribunales estatales de la Unión americana no es obligatoria en la jurisprudencia puertorriqueña. El Tribunal Supremo interpretará la Constitución de acuerdo con la realidad del pueblo.

En los Estados Unidos se ha reconocido que una sola enmienda a la Constitución no

deja de serlo por el solo hecho de que afecte más de una sección o artículo suyo. Tampoco deja de serlo por el hecho de que sea susceptible de subdivisión en partes, siempre que éstas sean de tal naturaleza que deban ser favorecidas o rechazadas como un todo para evitar que se afecte la coherencia de la Constitución.

Asimismo, en los Estados Unidos se ha resuelto que se está ante una sola proposición de enmienda a la Constitución si el contenido de la enmienda persigue lograr un “propósito único”, de forma que para lograr ese objetivo haya que aprobar o rechazarlo todo.

5. Para decidir si un estatuto con defectos constitucionales es total o parcialmente nulo habrá que: 1) determinar si la ley es susceptible de mantenerse en vigor una vez que se eliminan las cláusulas inconstitucionales; y 2) evaluar si la Legislatura hubiera aprobado la ley sin tales disposiciones.

6. El art. 7 de la Ley 49 de 2 agosto de 1994 (16 L.P.R.A. sec. 956f), obliga a la Comisión Estatal de Elecciones (Comisión) a orientar adecuadamente a la ciudadanía con relación a: 1) la forma de votar; 2) el contenido de las enmiendas propuestas, y 3) el significado y las razones para votar a favor o en contra de las enmiendas propuestas a la Constitución.

Es norma general que en la votación sobre enmiendas constitucionales existe el deber del Estado y de sus organismos de mantener neutralidad y de propiciar la más amplia divulgación de información y orientación sobre las razones a favor y en contra de los cambios propuestos.

Los Comisionados Electorales, quienes integran la Comisión, tienen voz y voto en todas sus deliberaciones. Aunque representan a los partidos políticos, reciben una remuneración de fondos públicos y son responsables de planificar, organizar, estructurar, dirigir y supervisar el organismo electoral y todos los procedimientos de naturaleza electoral.

La Comisión deberá asignar cantidades iguales para divulgación de las razones a favor y en contra de cada enmienda propuesta a la Constitución. Además, dicha Comisión deberá asegurarse de que los fondos utilizados para ello tengan el efecto de informar y orientar objetivamente a la ciudadanía.

7. A tenor con la Primera Enmienda de la Constitución, el Estado no puede emprender una campaña, directa o indirecta, a favor de las enmiendas propuestas a la Constitución. Ello incumple con su obligación de informar imparcialmente a la ciudadanía sobre las razones a favor o en contra de las enmiendas propuestas.

El principio de neutralidad del Estado al informar al electorado por un referéndum no es impedimento para que cualquier funcionario público, en su carácter personal, se exprese a favor o en contra de una propuesta sometida a un referéndum. Este principio sólo se aplica cuando dichos funcionarios se expresan en su capacidad oficial.

El art. 19 de la Ley 49 cit., restringe las contribuciones que puede hacer un individuo a campañas relacionadas con el referéndum que dicha ley promueve. Además, este artículo prohíbe que las instituciones bancarias y de naturaleza similar contribuyan con dinero alguno a dichas campañas.

El Estado tiene un interés importantísimo en mantener un ambiente libre de la influencia desmedida que puedan ejercer aquellos que aporten grandes sumas de dinero a la campaña electoral sobre los votantes y sobre el comportamiento posterior de figuras políticas y gubernamentales.

Los tribunales federales han reconocido la validez de aquellos estatutos que intentan preservar la integridad del proceso electoral y la confianza del ciudadano en su gobierno; esto es, mediante mecanismos que eviten tanto la realidad como la apariencia de corrupción, así como las influencias indebidas.

Los referendos son eventos electorales de naturaleza cívica en los cuales no están en juego las candidaturas a cargos electivos. No obstante, debido a que los referendos han sido utilizados por algunas figuras políticas para adelantar sus respectivas posiciones públicas, se

justifica el establecer unas restricciones a las contribuciones económicas recibidas por los partidos políticos.

A tenor con la Ley Electoral de Puerto Rico, 16 L.P.R.A. sec. 3001 *et seq.*, los partidos políticos tienen la opción de recibir fondos del conocido Fondo Electoral. El Estado adquiere mayores facultades para reglamentar lo concerniente a las finanzas de aquellos partidos políticos a quienes se les conceden fondos públicos, imponiéndoles limitaciones similares a las establecidas en el mencionado art. 19, como condición para poder participar de concesiones legislativas.

8. La Resolución Concurrente de la Cámara Núm. 14, de 13 de diciembre de 1993, que propone añadir la Sec. 20 al art. VI de la Constitución, para establecer límites a los términos que una persona podrá servir como gobernador, Legislador y Alcalde, es inconstitucional. Ello se debe a que esta disposición viola el requisito de separación de la sec. 1 del Art. VII de la Constitución, al presentar tres proposiciones de enmienda como una. Además, estas proposiciones, unidas a la proposición de enmienda al derecho constitucional absoluto a la fianza y a la que propone fijar en nueve el número de jueces del Tribunal Supremo, sobrepasan el número de enmiendas permitidas que pueden presentarse al pueblo en un referendo a tenor con la Constitución.

TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO, sentencia del 30-9-1994, *Rubén Berríos Martínez et al. v. Pedro Roselló González et al.* (AC-94.644); *Partido Popular Democrático v. Pedro Roselló González* (AC-94-653); y *Eudaldo Báez Galib y Movilización Civil v. Comisión Estatal de Elecciones y otros* (CE-94-645), en *Decisiones de Puerto Rico*, tomo 137, p. 195.

SEGURIDAD SOCIAL. PROFESIONALES. AFILIACIÓN OBLIGATORIA. SUPERPOSICIÓN DE APORTES (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: la ley disponía la afiliación obligatoria de todos los profesionales veterinarios inscriptos en el Colegio de Veterinarios. Por el solo hecho de dicha inscripción, el profesional estaba obligado a efectuar aportes con independencia de que realizara alguna actividad o no. El actor consideró inconstitucional la antedicha obligación de aportar durante el período en que sólo desarrolló actividades en relación de dependencia, por las que obligatoriamente debía efectuar aportes a otro sistema.

2. Sentencia:

Al no haberse probado que, durante el lapso en cuestión, el peticionario hubiese realizado otras actividades que las cumplidas en relación de dependencia, la obligación de contribuir al régimen previsional de su profesión implica una superposición de aportes prohibida por el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 3-2-2000, P.324.XXXI, *Palópoli, Hugo Daniel c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa*.

SINDICATOS. LIBERTAD SINDICAL. SINDICACIÓN ÚNICA. INCONSTITUCIONALIDAD (MÉXICO).

El art. 123 constitucional consagra la libertad sindical con un sentido pleno de universalidad, partiendo del derecho personal de cada trabajador a asociarse y reconociendo un derecho colectivo, una vez que el sindicato adquiere existencia y personalidad propias.

Dicha libertad debe entenderse en sus tres aspectos fundamentales: 1. un aspecto positivo, que consiste en la facultad del trabajador para ingresar a un sindicato ya integrado o

constituir uno nuevo; 2. un aspecto negativo, que implica la posibilidad de no ingresar a un sindicato determinado y la de no afiliarse a sindicato alguno; y 3. la libertad de separación o renuncia de formar parte de la asociación.

Ahora bien, el mandamiento de un solo sindicato de burócratas por dependencia gubernativa que establezcan las leyes o estatutos laborales, viola la garantía social de libre sindicación de los trabajadores, prevista en el art. 123, apartado B, fracción X de la Constitución Federal de la República, toda vez que al regular la sindicación única restringe la libertad de asociación de los trabajadores para la defensa de sus intereses.

Nota de Secretaría: v., respecto de esta sentencia, **RIOS ESTAVILLO, Juan José**, “La tesis jurisprudencial 43/1999, ‘Sindicación única. Las Leyes o Estatutos que la prevén violan la libertad sindical consagrada en el artículo 123, apartado ‘B’, fracción X constitucional’”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1999, n° 1, julio-diciembre 1999, p. 255.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MEXICO (Pleno), sentencia del 27-5-1999 P./J. 43/99, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Novena Época, Tomo IX, mayo 1999, p. 5.

UNIVERSIDADES. AUTONOMÍA. SISTEMA DE ELECCIONES (PARAGUAY).

1. Antecedentes del caso: el Decanato de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de Asunción convocó a comicios para la elección de su Consejo Directivo. Profesores de dicha casa de estudios impugnaron la convocatoria por vía de amparo, proponiendo la suspensión del acto eleccionario y la definición de que el sistema a emplearse sea el d’Hondt o de listas cerradas. El Decano, en su descargo, adujo que la convocatoria se ajustó a la ley y, sobre todo, a los reglamentos sancionados por las autoridades universitarias en ejercicio de su autonomía constitucional. La Sala Primera del Tribunal Electoral, confirmando lo resuelto en primera instancia, hizo lugar a la acción de amparo y dispuso la convocatoria de nuevos actos comiciales con aplicación del sistema d’Hondt. Contra estos últimos pronunciamientos, el Decano promovió acción de inconstitucionalidad.

2. Sentencia:

2.1. El primer interrogante que surge es el relacionado con la competencia de la justicia electoral para decidir estas cuestiones. Dicha justicia se halla establecida en la Constitución para: a) la convocatoria, juzgamiento, organización, supervisión y vigilancia de los “actos, y de las cuestiones derivadas de las elecciones generales, departamentales y municipales”; b) el juzgamiento de los derechos y títulos emergentes de ella; y c) las relativas a consultas populares y funcionamiento de los partidos políticos.

Por tanto, a la justicia electoral no le compete la convocación, ni la dirección de cualquier elección, sino única y exclusivamente de las “elecciones generales, departamentales y municipales”.

Tampoco puede perderse de vista que las normas de competencia son de orden público, puesto que hacen a la organización y funcionamiento del Estado. De ahí, entonces, que en una rigurosa labor de hermenéutica, siempre debe tenerse presente que las normas de orden público no pueden ser objeto de interpretación extensiva.

A diferencia del derecho privado, donde lo que no está prohibido está permitido, en materia de derecho público, si una cuestión no está provista de competencia específica, no está permitida su realización.

2.2. En relación a la autonomía universitaria, ella se encuentra garantizada por el propio texto constitucional y de manera expresa. Jurídicamente, autonomía significa la

posibilidad de establecer las propias normas de actuación y el poder de reglamentar su propio funcionamiento. Con ella, no se pretende el establecimiento de un Estado dentro del otro, pues la personalidad jurídica del Estado es una sola. Si le es conferida autonomía a la Universidad y a otros órganos del Estado, ello no significa que se estén creando otros tantos Estados, sino que configura un criterio establecido para una administración más eficiente y conformada a las finalidades de cada uno de tales órganos.

Dentro de tal estructuración administrativa se deben observar criterios de jerarquía. Así como al Municipio, que es otro órgano autónomo, ninguna ley puede privarle de determinados ingresos cuya regulación es confiada a las respectivas juntas municipales, en el orden universitario no es posible cercenar legalmente una facultad tan esencial como lo es el establecimiento de sus formas de gobierno. La única limitación, en ambos casos, radica en la condición de que el órgano autónomo, en su gestión, no se exceda en las facultades que le han sido asignadas o que sus autoridades violen principios o valores superiores del ordenamiento.

Las apreciaciones precedentes llevan a la consideración de que la autonomía universitaria, así como la de cualquier otro ente público, no puede funcionar al margen de los valores superiores establecidos por la Constitución con carácter general. Es decir, hay asuntos que incuestionablemente deben observarse por el ente autónomo, puesto que se trata de derechos y garantías anteriores y preexistentes al propio Estado, tales como los principios de libertad, igualdad y del debido proceso legal, cuya violación demandará la actuación del órgano jurisdiccional.

Así, una cosa es el restablecimiento de un derecho fundamental violado o la prevención de su violación, y otra muy diferente, porque colisiona con la competencia de otros órganos estatales, es la determinación concreta de mandatos de ejecución y obligaciones de hacer que se pretende imponer a los entes autónomos avasallando tal autonomía.

2.3. Con lo precedentemente expuesto, se está en condiciones de abordar la cuestión electoral objeto de litigio. Los actores sostienen que en la elección de miembros del Consejo Directivo se debe utilizar, inexcusablemente, el sistema electoral d'Hondt, en tanto que en el reglamento de la mencionada facultad se utiliza el sistema de votación uninominal o elección por cargos.

La Constitución en ninguna parte determina de manera asertiva que toda elección debe realizarse por el sistema d'Hondt. Es el Código Electoral que así lo establece, en cuanto se trata de la elección de cuerpos colegiados para llenar escaños y por vía de lograr la mayor equidad posible en su asignación.

En el presente caso, para la conformación de los consejos directivos concurren a sufragar varios estamentos, a saber: profesores titulares, profesores adjuntos y profesores asistentes, en proporciones numéricas diferentes, además los alumnos y en no pocas universidades extranjeras el personal administrativo. Cada uno debería ser objeto de un padrón electoral distinto pero, en tanto cuanto dos estamentos diferentes deben sufragar con un solo padrón (profesores titulares, adjuntos y asistentes) resulta que, de hecho, queda roto el principio de igualdad de voto.

De lo expuesto surge la inaplicabilidad del sistema d'Hondt para la elección de autoridades del Consejo, y su no observancia, antes que configurar una violación de principios constitucionales, la preserva, ya que, además de los inconvenientes apuntados, no resulta plenamente respetada la necesaria representatividad.

Por ello, se hace lugar a la acción de inconstitucionalidad y se declara la nulidad de las sentencias recurridas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PARAGUAY (Sala Constitucional - un juez formuló un voto en disidencia), sentencia del 18-12-1998, n° 441, *Acción de inconstitucionalidad en el juicio: "Juan Carlos Linares, Walter Bogarín y otros c/ Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de Asunción s/ amparo"*. Año: 1997 - N° 268.

DOCTRINA

BIENES CULTURALES. RESTITUCIÓN. COMPENSACIÓN (RUSIA).

El 20 de julio de 1999, el Tribunal Constitucional ruso (Tribunal) se pronunció sobre la constitucionalidad de la “Ley sobre Bienes Culturales Traslados a la Unión Soviética a Resultas de la II Guerra Mundial y que han Permanecido en la Federación Rusa” (Ley sobre Objetos Deportados), que ya había analizado en una decisión del 6-4-1999 en términos del debido proceso y de la obligación del Presidente de firmar y promulgar una ley luego de que su veto había sido invalidado por la Asamblea Federal.

Dos aspectos de esta sentencia merecen un especial análisis: 1) la posición del Tribunal al declarar válido el art. 6 de dicha ley, conforme al cual todos los objetos culturales desplazados pertenecen a la Federación Rusa y son propiedad federal (con las excepciones indicadas en sus arts. 7 y 8 con fundamento en una “restitución compensatoria”; y 2) las cuestiones procesales planteadas y la forma en que fueron resueltas.

1. El Tribunal afirma que Alemania -y los otros Estados enemigos de Rusia durante la II Guerra Mundial- perdió la propiedad de los bienes culturales desplazados en razón de una restitución compensatoria fundada en el principio de derecho internacional de la responsabilidad por los actos agresivos. Agrega que dicha restitución compensatoria tiene su origen en varios actos de derecho internacional, la mayor parte de los cuales son acuerdos suscriptos entre las Fuerzas Aliadas sobre cuestiones relativas a la Alemania de post-guerra.

Esta afirmación inusualmente sucinta es incomprensible por varias razones. Cuando un tribunal funda su decisión en tratados o acuerdos de derecho internacional debe, como mínimo, citarlos. El Tribunal nunca ha dejado de cumplir con esta regla básica, especialmente en los casos en que se encuentran comprometidos derechos fundamentales. En el pasado, por ejemplo, regularmente hizo referencia a las convenciones internacionales de derechos humanos. Sin embargo, en este caso el fundamento queda oscuro ya que ninguno de los acuerdos que podrían considerarse aplicables contiene una declaración clara relativa al tipo de restitución compensatoria que existió después de la guerra.

La vaguedad e imprecisión de esta sentencia en cuanto a las referencias y citas resultan particularmente incomprensibles ante la afirmación del Tribunal de que la restitución compensatoria es un principio general reconocido del derecho internacional. Siendo los principios generales del derecho internacional normas consuetudinarias, los tribunales que los aplican debe demostrar su existencia mediante la referencia a decisiones judiciales anteriores, a otras pruebas de práctica continua o a libros de texto de derecho internacional. La simple afirmación de que existe un principio, sin ningún intento de fundarla, resulta insuficiente desde el punto de vista de la metodología jurídica, constituye un fundamento defectuoso y no legitima la decisión aun en los supuestos en que la existencia de dicho principio se encuentre fuera de duda.

El derecho internacional prevé la restitución y la compensación, pero no esta particular combinación de esos dos institutos. En primer lugar, parece más que dudosa la posibilidad de que los objetos culturales puedan transferirse válidamente en tiempos de

guerra. Para explicar, cuanto menos, su interpretación -contraria a la de la jurisprudencia alemana- de que los objetos culturales en cuestión no caen dentro de la categoría de los que estuvieron escondidos hasta fecha reciente, o perdidos o ilícitamente transferidos, el Tribunal debiera haber invocado tres acuerdos internacionales particularmente pertinentes: la IV Convención de La Haya del 18 de octubre de 1907 -vigente desde el 26-1-1910-, cuyo art. 56.2 prohíbe la confiscación, destrucción o daño de objetos de cultura y ciencia, y cuyos arts. 23, 27.1, 28 y 47 brindan otras formas de protección a los objetos culturales frente a los riesgos específicos de la guerra; el Tratado de Amistad entre la Unión Soviética y la República Federal de Alemania del 9 de noviembre de 1990, y el Convenio de Cooperación Cultural entre la Federación Rusa y Alemania del 8 de julio de 1993, cuyos arts. 16.2 y 15 obligan a los Estados Partes a devolver los objetos culturales perdidos o ilegalmente transferidos, respectivamente.

El Tribunal sostiene que la Unión Soviética -y luego la Federación Rusa, como su sucesora- adquirió la propiedad de los objetos culturales desplazados y que Alemania perdió su derecho sobre los mismos vía restitución compensatoria, identificando el momento en que se hizo la transferencia legal a la Unión Soviética con aquel en que Alemania perdió la propiedad de dichos bienes. Por lo tanto, aun presumiendo la existencia de la restitución compensatoria, cabe preguntarse si ésta puede dar lugar a la pérdida del derecho de propiedad, y si conforme a la estructura de la restitución compensatoria y a las normas aplicables a los objetos culturales, el momento en que se produjo dicha pérdida pudo ser el de la transferencia de los mismos y no el de la promulgación de la ley.

Tanto la restitución como la compensación son instrumentos jurídicos destinados a brindar reparación a una parte perjudicada, sea reproduciendo un estado de cosas anterior o pagando una indemnización que es el justo equivalente en dinero del daño o pérdida generado. Dado que estos mecanismos se encuentran regulados por el derecho privado, es necesario recurrir al derecho civil, metodología que no resulta inusual en el derecho internacional tal como demuestra la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La compensación normalmente entra en juego cuando la restitución resulta imposible (o cuando el perjudicado renuncia a exigirla y opta por la primera). Ambos institutos requieren un conocimiento fidedigno de la naturaleza y alcance del daño y, en el caso de la compensación, un acuerdo sobre su justo valor económico. En los años inmediatamente posteriores a la Guerra, el daño sufrido por la Unión Soviética no fue evaluado y, con el tiempo, las Fuerzas Aliadas le devolvieron una proporción considerable de los bienes culturales robados por las fuerzas armadas alemanas. La determinación del daño que resulta indispensable hacer antes de cualquier reclamo compensatorio sólo pudo realizarse a mediados de los '50, una vez completado este proceso de devolución a la Unión Soviética y mucho después de que los objetos culturales alemanes fueran transferidos a dicho Estado. Por otra parte, la compensación no es sólo una obligación sino también un derecho de la parte que causó el daño, cuando la restitución ha devenido imposible: está obligada a compensar, pero también tiene derecho a compensar el daño con dinero y sólo con dinero. El perjudicado no puede satisfacer su reclamo secuestrando los bienes que más le gustan de quien lo perjudicó. Además, como normalmente las partes hacen distintas determinaciones del alcance del daño y del monto apropiado de la compensación, y una parte no puede tener poder de decisión exclusivo, si no llegan por sí solas a un acuerdo, debe intervenir un tercero, sea un tribunal o algún otro árbitro.

La restitución compensatoria simplemente no existe. Hay restitución o compensación. En consecuencia, estas transferencias sólo podrían justificarse como embargos preventivos o ejercicios del derecho de retención, hasta que el diferendo se resuelva y las partes acuerden -consensualmente o a través de la decisión de un tercero- una compensación. Empero, el embargo y el derecho de retención no tienen por efecto transferir la propiedad al beneficiario, sino brindar seguridad, no satisfacción.

Por lo tanto, la decisión del Tribunal no resulta convincente ni siquiera en el marco de la muy dudosa existencia de un derecho a la restitución compensatoria. En el momento en

que se hizo la transferencia de los bienes culturales aún no existían los presupuestos de la compensación, y mucho menos de una restitución compensatoria.

En consecuencia, la propiedad o el supuesto derecho a ella, no pudo adquirirse al tiempo de la transferencia sino -dada la inexistencia de toda fecha o suceso lógicamente interrecurrente- sólo al de la entrada en vigencia de la Ley sobre Objetos Deportados. La historia y la misma ley brindan sustento a este criterio. ¿Por qué iba la Unión Soviética -y posteriormente, la Federación Rusa- a esconder estos objetos culturales en sus archivos y en los depósitos de sus grandes museos si consideraba haber adquirido legalmente la propiedad de aquéllos después de la guerra? ¿Por qué iba a devolver, en 1956, a la República Federal de Alemania algunos de los objetos culturales que había requisado, sin hacer ninguna referencia explícita a un derecho de propiedad y en llano reconocimiento de que formaban parte del patrimonio cultural alemán? Existen evidencias históricas a este respecto, especialmente en las condiciones en que se firmó la paz con los otros Estados enemigos y, por supuesto, en el simple hecho de que la Unión Soviética y la ex Alemania Occidental no establecieron ningún otro mecanismo ni reglamentación de las consecuencias de la II Guerra Mundial. Por otra parte, la redacción misma de la ley también brinda sustento a este criterio sobre la determinación del momento en que la propiedad de los bienes en cuestión fue putativamente adquirida por la Federación Rusa. Si bien la Ley sobre Objetos Deportados pudo haber dispuesto que la Unión Soviética, en virtud de una restitución compensatoria, había adquirido la propiedad con el traslado de los objetos culturales a su territorio, lo cierto es que su art. 6 parece establecer una distinción especial entre el hecho del traslado que efectiviza el supuesto derecho a la restitución compensatoria, y la propiedad de la Federación Rusa, al declarar que los objetos desplazados “están en posesión de la Federación Rusa y son bienes federales”. Si se interpreta la ley en la forma que ordena el Tribunal, el art. 6 pasa a ser meramente declarativo, lo cual plantea la cuestión de por qué fue aprobado.

La conclusión de que el momento en que se produjo la adquisición es el de la entrada en vigencia de la ley genera otros problemas, dado que la Constitución rusa regula la adquisición de la propiedad: su art.15.4 declara que los acuerdos internacionales suscriptos por la Federación Rusa prevalecen sobre su derecho interno, su art. 35 -especialmente el inciso 3- describe los requisitos de la expropiación, y el 55.3 autoriza la restricción de los derechos básicos en ciertos supuestos y sólo en la medida en que resulte necesario. El Tribunal ha equiparado la necesidad mencionada en el art. 55.3 a la proporcionalidad.

La superioridad del derecho internacional sobre el interno tiene varios aspectos y efectos. Considérese, por ejemplo, que la Convención de La Haya de 1954 sobre la Protección de los Objetos Culturales en Conflictos Armados contempla que éstos forman parte del patrimonio de la humanidad, prohíbe (en el art. 1.2-3 del Protocolo) todo desplazamiento de los mismos y obliga a los Estados signatarios a devolverlos luego del cese de las hostilidades. La Convención fue suscripta por la Unión Soviética y por lo tanto obliga a la Federación Rusa. En consecuencia, y sin perjuicio de si la supuesta adquisición de la propiedad se produjo en algún momento de los '50 (por ejemplo en 1956, cuando la Unión Soviética devolvió objetos culturales a la República Federal de Alemania) o, más probablemente, en 1998 (cuando se promulgó la ley), la Federación Rusa (y, por supuesto, antes la Unión Soviética) estaba obligada a devolver los objetos culturales desplazados a la República Federal de Alemania. Por otra parte, esta Convención es un fuerte índice de que no existe el principio de la restitución compensatoria, al menos en relación a los objetos culturales.

Además, están los ya mencionados acuerdos entre la Unión Soviética y la República Federal de Alemania de 1990 y entre esta última y la Federación Rusa de 1993. Aun admitiendo la interpretación rusa de los artículos relevantes (art. 16.2 y 15, respectivamente) - esto es, que los objetos culturales en cuestión nunca estuvieron perdidos ni fueron llevados ilegalmente a la Unión Soviética-, los preámbulos de ambos instrumentos contienen un compromiso de mantener relaciones bilaterales cordiales y bien intencionadas. La aprobación de una ley que interrumpe una negociación en curso sobre un diferendo al negar la existencia

misma de éste, resulta sorprendente y violatoria de la mencionada obligación general. El art. 25 de la Constitución alemana regula la relación entre el derecho nacional y el internacional de un modo muy similar al del art. 15.4 de la Constitución rusa: reconoce un principio no escrito de “cordialidad hacia el derecho internacional”, el cual genera la presunción de que los legisladores comprenden y respetan las obligaciones que les impone el derecho internacional. Con esta decisión, han quedado muy cuestionados la existencia de dicho principio en el derecho constitucional ruso y el impacto de su presencia o ausencia en el derecho que rige los objetos culturales. El Tribunal perdió la oportunidad de establecer la existencia de ese principio en un supuesto en que la cuestión era ineludible.

Por otra parte, la tesis de que la supuesta adquisición de la propiedad realmente tuvo lugar en 1998 plantea varias cuestiones en términos de los arts. 35 y 55.3 de la Constitución rusa, que se refieren a las expropiaciones y a los límites a la restricción de los derechos básicos, respectivamente. Si la adquisición se realizó en virtud de una expropiación, debiera haber sido decidida por un juez e indemnizada. Si instrumenta una restricción a un derecho básico, viola el art. 55.3 de la Constitución rusa, ya que no resultaba “necesaria” en términos de dicha norma. Pero aun si esta ley estableciera una restricción válida, debería contener la evaluación de los daños, el valor de los bienes culturales desplazados y la prueba del equilibrio entre ambos valores. Sin embargo, no contiene ninguna de estas referencias.

La dimensión constitucional de la elaboración de leyes requiere que el legislador sea consciente del efecto restrictivo que una norma produce sobre un derecho básico, pondere las ventajas y desventajas, haga un balance entre el derecho básico y los derechos públicos o privados que exigen la restricción del primero, y encuentre la solución menos restrictiva. La inexistencia de este proceso de evaluación y balance basta por sí sola para declarar la inconstitucionalidad de la ley.

2. Voto en ausencia: no importa el procedimiento

El Tribunal confirma que hubo una violación al proceso legislativo pero se niega a declarar la inconstitucionalidad de la ley por tres razones: 1) ninguno de los diputados expresó dudas sobre la votación ni sobre los resultados de ésta, lo cual demostraría que la ley cuenta con el respaldo de una mayoría suficiente de la Duma; 2) la votación en ausencia ya había sido admitida sin objeciones en otras oportunidades; 3) la declaración de nulidad de esta ley generaría dudas sobre la constitucionalidad de otras normas aprobadas en una forma similar, violando los objetivos de la jurisdicción constitucional.

Este razonamiento resulta inaceptable. En primer lugar, las reglas procesales estrictas deben ser estrictas, y su rigurosidad no puede abolirse mediante un silencioso consenso de la mayoría en no observarlas. Segundo, no es verdad que nadie haya objetado la votación en ausencia u otro dudoso procedimiento de votación ya que, según surge de la primer decisión judicial sobre esta ley, el Presidente planteó cuestiones a este respecto. Tercero, el temor a que se dude de la validez de las otras leyes debiera haber impulsado al Tribunal a esperar esos planteos de inconstitucionalidad y, en su caso, a impedir la temida avalancha de declaraciones de inconstitucionalidad mediante la búsqueda de *remedies*. Confirmar una violación a reglas procesales estrictas mediante el rechazo de su impugnación constitucional (en dos oportunidades, si se toma en cuenta la primer decisión) contradice el propósito para el que fue establecida la jurisdicción constitucional.

3. Conclusión

El Tribunal ha cerrado los ojos a las claras e importantes cuestiones que plantea esta ley. Las decisiones de los tribunales constitucionales muchas veces son cuestionadas, y por lo tanto su legitimidad puede y debe fundarse en la transparencia, calidad jurídica y solidez constitucional de su fundamentación. Estas decisiones del Tribunal Constitucional ruso carecen de dichas características.

Nota de la Secretaría: v., sobre el tema, **O’KEEFE, Roger**, “The meaning of ‘Cultural Property’

under the 1954 Hague Convention”, en *Netherlands International Law Review*, ed. Martinus Nijhoff Publishers, Holanda, 1999, n° 1, p. 26; **HÄBERLE, Peter**, “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, n° 54, septiembre-diciembre, p. 1; **HELLER, Michael** y **SERKIN, Christopher**, “Revaluating Restitution: From the Talmud to Postsocialism”, en *Michigan Law Review*, ed. University of Michigan Law School, Michigan, 1999, vol. 97, n° 6, mayo, p. 1385.

BLANKENAGEL, Alexander, “Eyes Wide Shut: Displaced Cultural Objects in Russian Law and Adjudication”, en *East European Constitutional Review*, ed. Central European University, Budapest, 1999, vol. 8, n° 4, p. 75.

BIOÉTICA. ROL DE LOS JUECES (CANADÁ).

En ciertos temas, tales como el de los bio-derechos, la implicación de los jueces parece inevitable. Esto se explica por la indeterminación de los derechos y libertades que torna obligatoria la intervención de la subjetividad de un juez. En este sentido, para una gran parte de la doctrina, cuando el juez tiene que resolver sobre un tema moralmente controvertido, como los bio-derechos, dicho juez ultrapasa la función judicial y realiza una función ética.

A este respecto, la función ética de los jueces es vista de tres formas. Una parte de la doctrina considera que una lectura moral por parte de los jueces es inadmisibles ya que está usurpando las potestades del legislador. A esta crítica general, se suma otra, según la cual los poderes públicos estarían dispuestos a dejar que los tribunales decidieran sobre las cuestiones moralmente controvertidas con el fin de evitar el costo político que implica cualquier decisión. Esto dejaría la vía libre a los grupos de presión y permitiría a las clases dominantes acaparar cada vez más poder bajo el escudo de la justicia. Este tipo de opinión tiene un matiz fuertemente político, ya que ve en el fortalecimiento del poder judicial, un consiguiente debilitamiento del político, visto éste, en el ideal democrático, como la única protección contra las desviaciones, sobre todo, las del mercado. La justicia no debería hacerse cargo de la moral: no es su función de responder a las interrogaciones sociales sobre la vida y la muerte, la disposición sobre su persona y la de los demás. La función del juez es la de “decir el derecho” y no orientarlo: cualquier desviación de esta función jurídica hacia una ética-vista ésta necesariamente como ideológica- sólo puede producir un debilitamiento de la democracia.

La segunda opinión, mucho más favorable a estos cambios, considera que el problema no reside en la transformación del juez, sino más bien en el uso que los jueces hagan de dicha función. Dicho de otra manera, la atención se focaliza en las decisiones de los tribunales, más que en la función en sí misma. Esta lectura es profundamente ética ya que interpreta la función del juez como una moralización de la sociedad, o, dicho de otro modo, el juez expresa una justa moralidad social. El legislador puede legislar en contra de la opinión de la sociedad o abstenerse de hacerlo para no recibir críticas sociales, mientras que, según esta visión, el juez podría restablecer los valores morales de la sociedad. Por otro lado, el juez puede reparar los errores del legislador. El juez tendría, por consiguiente, la misión de asegurar “la justicia” del derecho. Esta opinión refleja el malestar social de nuestras sociedades modernas en donde a falta de referencias éticas, los derechos y libertades aparecen como la única referencia normativa dotada de un consenso social.

Una tercera postura sobre la transformación actual de la función del juez, establece que el derecho no es un sistema auto-referencial de reglas sino, más bien, una práctica argumentativa de atribución de sentido. Es que, el derecho no es impermeable a la ética de la colectividad. Detrás de su apariencia de neutralidad, el derecho incorpora contenidos morales

dentro de su discurso. Cuanto más el juez debe decidir sobre cuestiones abstractas, más aparece la moral interna. Por consiguiente, no es pertinente considerar la función ética como separada del derecho. Lo que resulta novedoso no es que el juez ejerza dicha función, sino el creciente lugar que ocupa en la regulación, dado, en gran medida, por la disolución de los parámetros normativos y la incapacidad de lo político de encargarse de la moral.

Aparecen, sin embargo, dos exigencias: la interpretación no puede ser creación pura, debe respetar la historia del derecho. Por otro lado, el juez debe hacer una lectura moral del derecho según sus propias convicciones pero debe, asimismo, realizar una reconstrucción crítica, o sea, debe separarse de sus propias convicciones para legitimar sus decisiones, apuntando siempre al principio de democracia constitucional y pluralista.

Si continúa el movimiento actual de llevar a la justicia las cuestiones bioéticas, los jueces deberán ejercer la mencionada función ética cada vez con mayor recurrencia.

Nota de la Secretaría: v., sobre el tema, **PETTITI, L.-E.**, “Le rôle du juge: moyens d’analyse et de résolution des questions de bioéthique”; **CRAWLEY, Francis**, “Ethical Review Committees: Local, institutional and International Experiences”; **DIDIER, Stéphane**, “Les avis juridiques du comité consultatif national d’éthique sont-ils utiles?” y **FEUILLET-LE MINTIER, Brigitte**, “Le devenir des comités régionaux d’éthique”, en *op. y loc. cit. infra*, pp. 13, 25, 35 y 53, respectivamente.

BEGIN, Luc, “Trois lectures de la fonction éthique des juges: l’exemple des bio-droits”, en *Journal International de bioéthique*, Ed. Alexandre Lacassagne, Lyon, 1999, vol. 10, n° 5, pp. 17/24.

DERECHO A LA IGUALDAD. HOMOSEXUALES. DISCRIMINACIÓN. CORTES CONSTITUCIONALES Y SUPREMAS. FACULTADES (SUDÁFRICA).

El tema planteado a la Corte es el de saber si las parejas homosexuales en las que una de las partes es extranjero, gozan del mismo derecho de residencia que las parejas heterosexuales. Según la ley de 1991 (revisada en 1996), el cónyuge de un residente permanente sudafricano obtenía automáticamente el permiso de residencia. Esto, sin embargo, no ocurría con las parejas homosexuales.

En la primera parte del fallo, la Corte precisa que se refiere únicamente a la discriminación entre parejas homosexuales y heterosexuales y no, por ejemplo, a la cuestión del reconocimiento de las parejas homosexuales. Confronta la ley a los principios constitucionales de igualdad y dignidad. La Corte considera que al tratar separadamente a las parejas en el tema del derecho de residencia, la ley refuerza los estereotipos creados por las parejas heterosexuales que atentan contra el derecho a la dignidad. En efecto, la ley interfiere con el desarrollo de una vida privada y familiar al ponerlos en posición de ser reconocidos como homosexuales. Además la ley funda esta discriminación en la orientación sexual y el matrimonio, cosa que está prohibida por la Constitución. Por lo tanto, la Corte considera que el art. 25 de la ley en juego es inconstitucional.

Contrariamente a la primera parte, que retoma la jurisprudencia anterior, la segunda saca conclusiones nuevas de la inconstitucionalidad. La Corte establece los remedios a sus propias decisiones. El razonamiento es simple: si una ley es inconstitucional tiene que desaparecer o adaptarse a la sentencia de la Corte. En este caso concreto, invalidar la norma conduciría a suprimir la ventaja que había sido otorgada a las parejas heterosexuales. Queda claro que la igualdad por la supresión de las ventajas no es el objetivo de la sentencia. La segunda solución consiste en clarificar las disposiciones dándoles un sentido conforme a las exigencias constitucionales. La Corte considera, sin embargo, que dicha interpretación puede resultar peligrosa. Debe, entonces encuadrarse en seis principios: primero la interpretación constructiva tiene que ser conforme a la Constitución y a sus normas fundamentales.

Segundo, el resultado de la interpretación constructiva tiene que alterar lo mínimo indispensable la norma. Tercero la Corte tiene que definir con precisión cómo debe ser interpretada la norma para resultar conforme a la Constitución. Cuarto, la Corte tiene que conservar las intenciones del legislador dentro del marco de la Constitución. Quinto, dicha interpretación no debe ser realizada si implica gastos suplementarios al Estado. Sexto, cuando la interpretación constructiva protege de manera creciente una política a largo plazo o incentivada constitucionalmente, ampliándola, por ejemplo a nuevas categorías de personas, debe ser preferida a aquella que suprimiría completamente esta protección.

Es dable decir que la Corte creó una nueva forma de subsanar las inconstitucionalidades, corrigiendo ella misma los textos. La Corte se erige como colegislador ya que rehace los textos para que sean conformes a la Constitución. Con respecto a esto podemos decir que la Corte trasciende su rol de juez constitucional ya que “rescribe” la ley sin tener que mandarla al Parlamento. Sin embargo, en el caso de Sudáfrica, la Constitución otorga a la Corte poderes más amplios ya que dicho país debe adaptarse a un contexto constitucional nuevo.

Nota de la Secretaría: v. el texto de la sentencia en *International Legal Materials*, ed. The American Society of International Law, Washington DC, 2000, vol. 39, n° 4, julio, p. 798.

PHILIPPE, Xavier, “Droit constitutionnel étranger, Afrique du Sud”, comentario de la sentencia del 2-12-1999 de la Corte Constitucional de Sudáfrica, *National Coalition for Gay and Lesbians Equality and Others v. Minister of Home Affairs*, en *Revue française de Droit Constitutionnel*, ed. Puf, París, 2000, n° 41, p. 180.

DERECHO TRIBUTARIO. IMPUESTOS. CAPACIDAD ECONÓMICA (ESPAÑA).

1. Introducción.

Casi puede parecer baldío, o al menos poco útil, analizar el funcionamiento y efectividad de un principio que, como el de capacidad económica, ha dado pocos frutos concretos en su aplicación y que, precisamente en el momento actual, está teniendo en España un peso muy relativo, reflejado tanto en la literatura científica -donde paradójicamente se le ha considerado tradicionalmente el principio nuclear de la materia tributaria-, como en la jurisprudencia constitucional, donde puede detectarse una cierta debilidad de los principios de justicia en materia tributaria para fundamentar una resolución judicial anuladora de una disposición.

Los principios de contenido material, sin embargo, parecen llamados a desempeñar un importante papel de garantía de los ciudadanos cuando, por un lado, se ha puesto de relieve la crisis de la potencialidad garantista de los principios formales. En materia tributaria, particularmente, es precisamente esta crisis del principio de legalidad (y de los instrumentos metodológicos a él conectados, como la obligación tributaria) lo que llevó a situar el plano central de análisis en los principios materiales, como el de capacidad económica. Idea que ha llevado a España a propugnar la interpretación principalista en el derecho financiero.

2. La capacidad económica como principio constitucional

2.1. La ubicación en el “suelo axiológico” de la Constitución

Dos notas parecen relevantes para entender la ubicación del principio de capacidad económica en la Constitución española de 1978 (CE).

En primer lugar, dicha Norma Fundamental recoge las elaboraciones del pensamiento jurídico más reciente, al vincular el contenido del ordenamiento jurídico, realizando una proclamación expresa de antiformalismo jurídico, de concepción sustantiva del derecho, que

es visible desde su mismo pórtico, con la proclamación del Estado social y democrático de derecho, y en la manifestación de unos valores superiores del ordenamiento. Concepción sustancialista del derecho que, además se manifiesta a lo largo de todo su texto, a través, de un lado, de la articulación de principios de contenido material que deben considerarse manifestación concreta, en los distintos sectores del ordenamiento, de aquellos valores, y permitiendo hablar de un “suelo axiológico constitucional”, con eficacia normativa. Por otro, de la asunción -a través de la relación entre Estado y ordenamiento- de una visión de la función promocional del mismo, que le lleva a fijar fines y objetivos a cumplir como exigencia de esos mismos postulados de justicia, y, en especial, del valor superior de la igualdad.

Todo ello supone ciertas implicaciones metodológicas, en cuanto que, a estos efectos, lo más relevante no es tanto la positivación de la libertad, la igualdad o la justicia, sino su cualificación como valores, es decir, que se considere a éstos como elementos del ordenamiento. Asumiendo así, como criterio de validez, no únicamente la racionalidad formal, sino también la material, cuyos criterios de actuación serán precisamente el desarrollo de dichos valores, directamente o a través de los principios en que se articulan.

La conexión entre ambos planos resulta evidente, dado que la forma de funcionamiento de los valores supondrá la fijación de fines u objetivos al ordenamiento, cuyo cumplimiento -la susceptibilidad de ser adecuados a estos efectos- se erigirá en condición de validez de las normas emanadas. Esto es, los valores no constituyen, meramente, un límite a los poderes públicos, sino que imponen una actuación positiva del ordenamiento: imponen, permiten o prohíben mandar, prohibir o permitir en un determinado sentido. De esta forma, la Constitución española asume el modelo de racionalidad adecuado para las sociedades democráticas avanzadas, y en cuanto a la mera racionalidad formal aparece como insuficiente para las exigencias de justicia de éstas: un modelo complejo de racionalidad práctica que incorpora también la dimensión instrumental o finalista, y moral, referida a los fines últimos del ordenamiento.

En segundo lugar, la forma en que se realiza la recepción constitucional del principio de capacidad económica parece confirmar la ambigüedad conceptual manifestada por la doctrina: lo positiviza (excluyendo por tanto una posible calificación de criterio extrajurídico de razonabilidad), pero relativizando su carácter de criterio de justicia en el tributo, a través de una doble actuación: por un lado, por la aplicación de otros principios directamente dirigidos al sistema tributario; la generalidad, igualdad y progresividad, así como la prohibición de alcance confiscatorio; de otro, por la concepción unitaria que la Constitución hace de sí misma y de su idea de justicia, resultante de la consideración de todos los principios técnicos como expresión, en forma de reglas dotadas de mayor concreción, de los valores superiores que proclama en su art. 1.1. Desde esta perspectiva, la interpretación que deba hacerse de los principios constitucionales enunciados en dicho art. 3.1. deberá contar, necesariamente, con su ubicación en el entramado jurídico realizado por la Constitución, y, en particular, con su situación respecto del “suelo axiológico” de ésta.

Es casi un lugar común, en esta línea, señalar que la Constitución de 1978 responde a dos ideas inspiradoras distintas, e incluso, en ocasiones, contrapuestas: la que configuraría el estado democrático de raíz demo-liberal, y que tomaría como referencia para la configuración del Estado de derecho la regulación de las reglas de juego (Bobbio) y la proclamación de los derechos individuales, cuya tutela sólo exigiría, en principio, una actitud abstencionista; y la correspondiente al Estado social, que respondería a la idea de democracia material o real, de inspiración socialdemócrata, que pretende incorporar los nuevos derechos económicos, sociales y culturales, lo que exigiría una intervención activa del Estado en la realidad social.

La articulación de principios, derechos y deberes en que tales ideas o valores se traducen corresponde, pues, a las conquistas realizadas para la justificación del poder correspondientes a distintos momentos históricos en la evolución del Estado de derecho, y, en ese sentido, componen sustratos sucesivos de aceptación por la comunidad de las reglas básicas del derecho que regulan la vida social, lo que implicará, a su vez, una distinta

consolidación de los correspondientes a cada uno de ellos. Cuestión esta que se refleja, como se ha señalado, en el diseño de la “Constitución económica”.

Esta desigualdad de partida, en la elaboración de la Constitución, parece reflejarse asimismo en el distinto peso específico otorgado a estos principios, derechos y deberes en el citado “suelo axiológico” de la Constitución, y que ha sido calificado como de “personalismo social”, en la medida en que contempla fundamentalmente a la persona, su libertad y dignidad, pero en la que ésta aparece inserta en la comunidad. Así, la estructura del sistema valorativo de la Constitución, expresado en su Título I, parece observable a partir del distinto grado de tutela (art. 53) ofrecido a los preceptos que responden a uno u otro valor constitucional:

En primer lugar, estarían los derechos fundamentales y las libertades públicas, que responderían a los derechos más elementales de la persona individual, protegidos por una tutela extrema. En el extremo, estarían los principios rectores de la política social y económica, que diseñarían el orden socioeconómico, vinculando la acción intervencionista del Estado, y la función redistributiva y promocional de su actuación. La tutela aquí sería la más tenue: no se les atribuye la condición de derecho o deber, sino que se configuran como “mandatos de optimización”, en forma de directrices de actuación impuestas a los poderes públicos. Con lo que su eficacia se resolverá, fundamentalmente, en su carácter informador de la legislación positiva, sin que ello descarte la posibilidad puntual de justificar una declaración de inconstitucionalidad.

Entre ambos, se ubicarían los derechos y deberes de los ciudadanos, esto es, el conjunto de derechos y deberes que, aun estando vinculados al libre desarrollo de la personalidad, implican una directa relación con el mundo socioeconómico. Sería aquí donde encontraríamos la máxima tensión operante en el Estado intervencionista, entre una idea liberal, y otra socializadora, en cuanto que asumidora de la protección de los intereses colectivos materiales o sustantivos que incidirían directamente en la posición individual de los ciudadanos, en su estatuto jurídico.

Debe observarse, en esta línea, la distinta incidencia que los valores superiores han tenido en su instrumentación a través de principios, derechos y deberes, en cuanto que el grado de realización histórica de un valor determinará su grado de concreción, a través de la decantación en principios técnicos que le sirvan para ser operativo; esto es, un valor será más nítido cuanto más consolidado, y a la inversa, sus perfiles serán más difuminados cuanto menor sea su elaboración y su asentamiento en la conciencia social y jurídica.

En general, puede decirse que el valor “Estado democrático” ha supuesto la decantación de principios formales -ligados a la racionalidad formal imperante en la etapa de elaboración histórica del Estado de derecho- muy depurados técnicamente; básicamente, los principios contenidos en el art. 9.1 y 3 de la Constitución, y el derecho fundamental a la igualdad (art. 14). El valor “Estado social”, en cambio, no tiene una decantación nítida en el plano de los principios técnicos, dando lugar, normalmente, a directrices o mandatos a los poderes públicos. En él concurre otra circunstancia que incide sobre la relatividad de su eficacia, así como en la de los principios o directrices en los que se traduce: no se inscribe en el seno de la racionalidad formal, sino que alude fundamentalmente al contenido sustantivo y real de la vida social, respondiendo a una racionalidad material en la que deben tomarse en consideración dichos contenidos sustantivos, y los efectos que el derecho opera sobre la realidad. Resulta lógico, por ambas razones, que se defina con menor precisión, en cuanto que en ellos debe realizarse aún mucha elaboración, y ésta debe efectuarse con prudencia.

Se suele decir, por tanto, que en esta zona gris de la Constitución se encuentran en máximo equilibrio -y, podría decirse, tensión- los valores de libertad e igualdad proclamados en el art. 1.1 de la misma. En realidad, ambos valores pueden responder a una idea neoliberal y otra socializadora del ordenamiento, que tomarían como base no la libertad o la igualdad, aisladamente, sino un determinado entendimiento de cada uno de estos valores: la libertad negativa del liberalismo, o la participativa de la democracia frente a la libertad material, que requiere no únicamente éstas, sino la consecución, asimismo, de la igualdad positiva o

material.

Desde esta perspectiva, resulta lógico que la Constitución, aun consagrando la igualdad de trato como valor superior (art. 1.1) dispense un tratamiento distinto a aquellas manifestaciones de la misma que se traducen en un proceso igualitario, respecto de las que implican un resultado: así, la igualdad política (art. 23.2) o la igualdad ante la ley (art. 14) o en trato dispensado por los poderes públicos (art. 9.3) frente a la igualdad material (art. 9.2), relacionada con la igualdad en el resultado de la distribución (art. 31.1). Y ello en cuanto que si la igualdad ante la ley (art. 14) -impidiendo la discriminación por determinadas razones- supone una conquista histórica de la burguesía, la igualdad ante la ley (art. 9.2), en cuanto implica a la exigencia de que la ley contribuya a hacer más iguales a los individuos de la comunidad -imponiendo la diferenciación de trato, dadas las desiguales condiciones de partida- está vinculada al Estado social e intervencionista.

Lo cual llevará a una distinta operatividad de ambas vertientes de la igualdad, teniendo en cuenta que existirá una prohibición de la desigualdad de trato injustificada en el ámbito tributario, que constituirá un derecho fundamental protegido por el art. 14, y un objetivo constitucional de consecución de un resultado: el tratamiento diferenciado de las desigualdades de partida, por el sistema tributario (art. 31.1). Y al referirnos a la distinta operatividad, queremos hacer referencia no sólo a la distinta protección constitucional, sino también a la diferente operatividad que a ambos ámbitos del principio de igualdad reconoce el Tribunal Constitucional. Ya que si la igualdad negativa es enjuiciada de forma razonablemente intensa por éste, la discriminación positiva del legislador sólo ha jugado, en la doctrina del Tribunal, un papel de “permiso” al legislador: esto es, ha conseguido justificar la constitucionalidad de la norma discriminatoria, pero no se ha declarado la inconstitucionalidad de la norma tributaria que no realiza un trato desigual para situaciones de partida diferentes.

Distinta operatividad que incidirá directamente sobre su papel configurador del sistema tributario, y, asimismo, sobre aquel a desarrollar por el principio de capacidad económica, en cuanto se anude a él, como criterio de justicia redistributiva; esto es, en cuanto regla para conseguir el objetivo del sistema tributario justo. Debe tenerse en cuenta que también este principio respondería, como hemos visto, a un doble fundamento: por un lado parecería recoger, en el ámbito del tributo, el mandato contenido en el art. 9.2 de la Constitución (constituyendo el criterio de justicia en la distribución del gravamen llamado en primer lugar), pero, por otro, también integraría una cierta defensa del sustrato garantista operante en la Constitución (actuaría como “sustrato lógico” que se juzgaría desde la igualdad como “interdicción de la arbitrariedad”).

ALGUACIL MARÍ, María Pilar, “La capacidad económica como parámetro de enjuiciamiento”, en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1999, tomo XLIX, nº 253, julio-septiembre, p. 573.

DERECHOS HUMANOS. MEDIACION. ARREGLO AMISTOSO (INTERNACIONAL).

1. El uso de la mediación para la resolución de situaciones relativas al abuso de derechos humanos no siempre puede ser “amistosa”. Si bien en la arena internacional puede ser apropiado para alentar relaciones más cooperativas entre las naciones, no resulta tan promisorio en controversias que surgen de historias de abuso sistemático y terror. Asumiendo que dicho mecanismo resulte teóricamente adecuado para la resolución de estos conflictos, existen tres problemas procesales principales que surgen de su implementación fundada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Primero, el desequilibrio de poder creado tanto por la historia de violencia como por el estatus individual del denunciante constituyen una importante fuente de preocupación para el uso de la mediación. Segundo, el doble rol que

juega la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) -como mediador y acusador- puede debilitar la confianza y seguridad de las partes, que habitualmente se consideran esenciales para facilitar un intercambio abierto y honesto de información. El tercer obstáculo es que se ha quitado a la Comisión, en su rol de mediador, la discrecionalidad absoluta para permitir o no a las partes el uso de sus buenos oficios. Esto plantea cuestiones vinculadas a si la discrecionalidad subsistente que tiene dicho organismo y la participación voluntaria de las partes bastan como mecanismos de investigación para determinar si la naturaleza de la controversia no es susceptible de conciliación.

2. El siguiente nivel de problemas se refiere a una cuestión de jerarquía superior, relativa a la aptitud general de la mediación. Aun no existiendo los problemas procesales mencionados *ut supra*, cabe preguntarse si los procedimientos de arreglo amistoso resultan idóneos para producir un resultado satisfactorio en términos de los objetivos del derecho internacional de derechos humanos.

A este respecto, corresponde analizar los casos argentinos, donde se hizo un uso exitoso de la cláusula del arreglo amistoso. Las denuncias alegaban el arresto y detención arbitrarios de los peticionantes, pero la cuestión que realmente se planteó a la Comisión fue si el gobierno argentino había omitido “brindar remedios judiciales efectivos a las víctimas de las violaciones de derechos humanos”. En la presentación, los peticionantes pidieron a la Comisión que se pusiera a disposición de las partes. El gobierno argentino aceptó someterse al procedimiento de arreglo amistoso y transmitió una genuina compasión por las víctimas, con el deseo de compensarlas adecuadamente.

Las negociaciones concluyeron con el compromiso del gobierno argentino de aprobar una ley que ordenara la indemnización de los peticionantes. De este modo, luego de la celebración de varias audiencias en las que la Comisión controló la actuación del gobierno y el efectivo pago a los peticionantes, la Comisión agradeció a las partes y cerró el caso.

La dificultad que plantea el Informe n° 1/93 sobre Arreglo Amistoso es su necesaria brevedad: contiene poca información sobre el proceso de negociación/mediación y deja abiertos muchos interrogantes en cuanto a los métodos usados para alcanzar este acuerdo.

El análisis del acuerdo final sugiere que este procedimiento puede brindar una ventana de oportunidad a los Estados que han cometido violaciones a los derechos humanos para eludir algunas de las obligaciones más gravosas que impone la Convención Americana.

Empero, cabe preguntarse si resulta apropiado brindar a quienes violan derechos humanos la oportunidad de hacer reformas, llegar a un acuerdo con las víctimas, y eludir la posibilidad de procesamiento y castigo. Ante la inexistencia de estándares claros para determinar el tipo de controversias insusceptibles de mediación, ¿dónde deben trazar la línea instituciones como la Comisión?

3. Pese a los mencionados problemas, la mediación no debería ser completamente rechazada como opción en esta compleja área de violencia y abuso. Cuando las sociedades intentan reconstituirse tras las consecuencias desastrosas de la violencia y opresión, y consolidar un genuino respeto por los derechos humanos y el imperio de la ley, existen consideraciones adicionales a cumplir ciegamente con los ideales puristas de castigo. Existe un fuerte clamor de soluciones creativas que simultáneamente consideren el pasado e miren hacia el futuro. La mediación, facilitada por instituciones internacionales bien entrenadas como la Comisión y empalmada con la fuerza moral de los principios de derecho internacional, puede terminar siendo la solución que el mundo está buscando. Es un foro donde la víctima tiene voz y donde se exige al gobierno transgresor que se haga cargo de su responsabilidad. La mediación no es una solución perfecta pero quizás pueda brindar el mismo sentido de auto-atribución de facultades a las partes que brinda en el área nacional. En lugar de luchar la una contra la otra para reconstruir sociedades desgarradas por la guerra, los activistas de derechos humanos y las naciones en pugna pueden sentarse juntas para elaborar una plan que beneficia a ambos.

STANDAERT, Patricia E., “The Friendly Settlement of Human Rights Abuses in the Americas”, en *Duke Journal of Comparative & International Law*, ed. Duke University School of Law, North Carolina, 1999, vol. 9, n° 2, p. 519.

LIBERTAD DE PRENSA. REHENES. INFORMACIÓN SOBRE TOMA DE REHENES (EE.UU.).

1. Introducción

Las situaciones de toma de rehenes merecen una intensa y agresiva cobertura periodística. Sin embargo, la presencia de la prensa tiene una enorme gravitación, y esto ha pasado a generar, en los últimos años, un peligro mucho mayor en la medida en que se ha ido concentrando la propiedad de las corporaciones periodísticas. La existencia de estas grandes corporaciones y la mayor competencia que existe entre los medios de difusión -que han ido reemplazando al periódico como fuente primaria de noticias- han robustecido la lucha por la participación en el mercado y por los *ratings*, dando lugar a una forma más sensacionalista de transmisión de noticias. Las nuevas tecnologías permiten la transmisión instantánea de información potencialmente peligrosa a un público que incluye al delincuente, y reduce la capacidad de los editores de mantener los estándares tradicionales de difusión de la información. Todo esto requiere imponer límites razonables a la actuación de la prensa que transmite en vivo situaciones en que hay toma de rehenes, a fin de proteger a éstos y a la policía sin restringir indebidamente las tradicionales garantías que la Enmienda I acuerda a la prensa.

La transmisión de información sobre toma de rehenes atrae una gran cobertura periodística porque no sólo satisface el objetivo primario de transmitir información al público, sino que también garantiza grandes audiencias. Sin embargo, la tensión adicional que genera en un drama ya muy estresante puede estar en conflicto con la necesidad de una resolución pacífica de la situación.

2. Costos y beneficios de la cobertura periodística

2.1. Costos

Aun sin cobertura periodística, una situación de toma de rehenes es singularmente peligrosa. La policía debe enfrentarse a un delincuente que está bajo estrés, temiendo por su vida y tratando de lograr sus objetivos, o preguntándose cuál es la mejor forma de salir de la situación que se creó y que genera un riesgo inmediato para muchas víctimas inocentes. Al difundir información delicada, usar luces o hacer tomas inapropiadas, e incluso con su sola presencia, la prensa aumenta el riesgo de conflicto entre todas las partes. Incluso su capacidad para influir en la opinión pública, que es uno de los valores que protege la Enmienda I puede tornar más peligrosa la situación al afectar a quienes toman las decisiones clave. Puede alegarse que toda cobertura periodística en vivo de un conflicto genera algún riesgo adicional para la policía, el delincuente, los medios o el público en general. Algunos riesgos no son más que el costo del ejercicio de las libertades de la Enmienda I, pero otros resultan innecesarios. Se intenta aquí distinguir entre los primeros -que no son regulables- y los segundos, que sí lo son.

2.2. Beneficios

Uno de los intereses que subyacen en las garantías de la Enmienda I es la supervisión de la actuación de los funcionarios del gobierno, y entre ellos, de la policía. La cobertura periodística permite que el público haga esta evaluación y, además, puede limitar a los policías que se saben observados. Ambas funciones protegen a los rehenes, al delincuente y a los espectadores inocentes frente al accionar inapropiado de los funcionarios. Por otra parte, la aprobación pública de la respuesta policial sirve para legitimarla, y la desaprobación, para generar un cambio.

Más allá de simplemente informar sobre la crisis, los medios también pueden ayudar a resolver la situación. Muchos de estos delincuentes piden la atención de los medios y, con la cooperación periodística, la policía puede valerse de este pedido, en sus negociaciones, para poner fin a la crisis.

La prensa también puede servir como una importante herramienta de relaciones públicas de la policía. La cobertura en vivo, especialmente por parte de los medios de radiodifusión, permite que el público adquiera un sentido preciso y visceral de lo que está sucediendo y acerca a la policía a la comunidad. Puede destacar el trabajo excepcional que cumple esta fuerza y demostrar su verdadera importancia a un público que no tiene un contacto positivo con ella, demostrando los riesgos a los que funcionarios se exponen voluntariamente. Las imágenes vívidas desde la escena de la crisis también brindan a los miembros de la sociedad una visión de la tragedia misma, mostrando desde el miedo de los rehenes a la síquis del delincuente, aportando un tema común que acerca a los integrantes del grupo social.

Los beneficios que brinda la cobertura periodística son, por lo tanto, importantes. Pero el establecimiento de algunos límites, en estas situaciones, puede disminuir los riesgos que genera, teniendo un impacto sólo mínimo en los beneficios que brinda.

3. Límites que actualmente tiene la prensa

Las organizaciones periodísticas y los funcionarios del gobierno han intentado diversas formas para resolver estos problemas porque ambas partes reconocen que, a largo plazo, lo más beneficioso es cooperar entre sí, pero lo cierto es que estas ventajas muchas veces dejan de percibirse durante una situación específica de toma de rehenes. Si bien dichas políticas han resultado útiles, lo cierto es que no brindan una solución consistente y factible a los problemas ya descritos.

4. Soluciones propuestas

4.1. Transmisión de noticias

La única forma de eliminar todos los riesgos que crea la cobertura periodística de una situación de toma de rehenes sería prohibir dicha cobertura durante la duración del evento. Dado que la prohibición sólo limitaría la cobertura en vivo de situaciones de toma de rehenes, sería una restricción a la libertad de expresión basada en el contenido. Como la intención de los reporteros generalmente no es defender una conducta ilícita inminente -que colocaría a sus expresiones fuera de la protección de la Enmienda I-, la prohibición tendría que satisfacer un escrutinio estricto. Si bien los intereses del gobierno en la ejecución de las leyes y en la seguridad pública son de jerarquía superior, una prohibición genérica a la cobertura periodística sería *overinclusive* porque prohibiría una gran cantidad de expresiones protegidas no peligrosas. No estaría, entonces, “estrechamente diseñada” (*narrowly tailored*) para satisfacer el fin perseguido, y no satisfaría el mencionado criterio de revisión.

En lugar de establecer una prohibición total a la cobertura, una ley simplemente podría ordenar una postergación temporal de la difusión de la información. Una dilación estándar, quizás de 4 horas, además de poder simultáneamente resultar *underinclusive* y *overinclusive*, reduciría -pero no eliminaría- el peligro que crea la transmisión de noticias; excluiría el riesgo de liberar inmediata e involuntariamente información peligrosa (como la ubicación de la policía), pero sólo postergaría el riesgo de enfurecer al criminal; y quitaría a la policía todo poder discrecional para determinar el plazo de dicha postergación, evitando así potenciales abusos. En cambio, un plazo de dilación discrecional reduciría la *overinclusiveness* de la restricción, al mantenerla solamente mientras resulte necesaria, pero aumentaría los riesgos asociados al control policial de la cobertura periodística, tales como el abuso de poder mediante la prohibición de difundir información desfavorable o el uso de la dilación para negociar con los periodistas una cobertura favorable. Si bien la inmediatez de la amenaza a los rehenes hace que los riesgos que genera la información periodística -muerte y lesiones- sean más graves que los que, en la época del New York Times, se asociaron a la

publicación de los Papeles de Pentágono, una dilación obligatoria probablemente constituya una restricción demasiado rigurosa a la libre difusión de información.

Sin embargo, la postergación de la difusión de información particularmente peligrosa probablemente satisfaría el escrutinio estricto. Si se limitara a la información que más probabilidad tiene de generar riesgos para la aplicación de las leyes -e.g. ubicación y cantidad de policías y de otras personas en situación de peligro, exigencias del criminal, comentarios incitantes sobre éste-, estaría estrictamente diseñada para reducir la cantidad de información de esta naturaleza y, por lo tanto, satisfaría parte del interés estatal. Y, dado que los medios pueden actuar libremente al vencimiento del plazo y cumplirían sus necesidades editoriales con sólo una pequeña pérdida de la mayor vinculación emocional que brinda la cobertura en vivo, esta opción impondría sólo una pequeña restricción a los intereses amparados por la Enmienda I.

4.2. Recolección de noticias

Si bien la prensa no tiene un acceso irrestricto al escenario del crimen, probablemente tenga algún acceso limitado a dicha área, dado que incluso tiene derecho a ingresar a las cárceles y a las áreas de conflicto bélico, en donde hay intereses más importantes para justificar este tipo de restricciones. Al igual que las cárceles, estos escenarios están bajo control del gobierno y, mientras dura la emergencia, el principal interés que allí tiene la policía es cumplir sus legítimos objetivos vinculados a la seguridad. Sin embargo, a diferencia de los presos, las personas que toman rehenes no han sido condenadas por un delito, y el suceso puede no producirse en un inmueble del gobierno. En forma similar a lo que sucede en los procesos judiciales, el lugar en donde se cometen estos delitos también se presume de acceso público. A resultas de estas analogías opuestas, la escena de una toma de rehenes parece encontrarse en algún sitio entre una prisión y un juicio, y los derechos de acceso de los medios y del público deben, por lo tanto, caer también en un lugar intermedio.

El escenario de un crimen no está abierto al público. Del mismo modo que las autoridades encargadas de la ejecución de las leyes pueden negar al público el acceso al lugar en donde se realiza una investigación penal, también pueden denegárselo donde existe una situación de toma de rehenes, con independencia de si el inmueble es o no gubernamental. Dado que el Estado parece estar transitoriamente controlando el lugar y sus alrededores, el gobierno debiera poder limitar el acceso sin violar la Enmienda I. Sin embargo, conforme la jurisprudencia de la Suprema Corte, una prohibición total de acceso a una cárcel constituye una restricción inconstitucional a los derechos que la Enmienda I acuerda a los medios y, por lo tanto, las restricciones gubernamentales también deben, en el supuesto en análisis, permitir a la prensa el ejercicio de algún derecho a recolectar información. Al igual que en las cárceles y en los conflictos militares, el derecho de acceso de los medios no puede contradecir los objetivos de seguridad pública y de resolución del crimen. Además, si bien la mayoría de la Suprema Corte no está de acuerdo, los medios pueden tener algún acceso ligeramente preferencial a estos lugares a fin de cumplir con sus función de informar al público.

Sin embargo, cualquier derecho de acceso que tenga la prensa, lo cierto es que está sujeto a restricciones fundadas en el tiempo, lugar y forma de su ejercicio. La presencia y actividad de una gran cantidad de periodistas puede resultar inapropiada en la escena de un crimen porque -al igual que en las operaciones militares- puede advertir al criminal las estrategias policiales. Por otra parte, el área puede no ser suficientemente grande como para acomodar a mucha gente. Sin embargo, los sistemas de equipos (*pooling systems*) constituyen una “práctica común” para permitir la cobertura periodística en situaciones en que el acceso irrestricto autorizaría la exclusión total [de algunas organizaciones periodísticas]” -*WPIX, Inc. v. League of Women Voters*, 595 F. Supp 1484, 1489 (S.D.N.Y. 1984)-. La implementación de este tipo de sistemas sería menos problemática en los conflictos nacionales localizados que en una situación de combate, dado que los primeros habitualmente se desarrollan en lugares pequeños y no comprometen las relaciones exteriores ni la política exterior. Si bien estos sistemas no solucionan completamente el problema, el movimiento de

un grupo pequeño de periodistas genera una menor probabilidad de llamar la atención del delincuente y, por ende, de señalar las futuras acciones de la policía. Además, la información recolectada es compartida por todos los miembros del *pool*, haciendo disminuir el impulso competitivo periodístico que da lugar a una cobertura periodística más riesgosa. Sin embargo, al establecer este sistema, la policía crea un foro público limitado y debe otorgar igual acceso a todas las organizaciones periodísticas.

Dado que la regulación de estos sistemas está sujeta al control judicial, la administración conjunta del *pool* hace más probable que la regulación sea considerada una restricción legítima del tiempo, lugar y forma, y no un intento de ocultar al público la actividad policial. Un representante de los medios y otro de las autoridades policiales deberían resolver cualquier problema que se plantee en el lugar y, en caso de conflicto, la cuestión debería presentarse al supervisor policial del lugar y quizás obtenerse una segunda opinión periodística.

La primera cuestión que la administración del equipo debe resolver es el tamaño apropiado del *pool*, en términos del lugar. La Suprema Corte de California, en *WPIX v. League of Women Voters*, destacó que debe usarse todo el espacio razonablemente disponible. La identificación de los miembros del *pool* debería hacerse a través de un consenso de los representantes de todos los medios presentes, a fin de asegurar un igual acceso. El Estado tiene un interés legítimo en que existan diversos tipos de cobertura y, por lo tanto, la integración del *pool* debe perseguir la satisfacción de dicho interés e, incluso, rotar a intervalos razonables.

Mientras cubren el suceso, los miembros del *pool* deben estar acompañados por un policía, dado que estos funcionarios se encuentran entrenados para detectar potenciales riesgos para la seguridad.

El sistema que aquí se propone no debe estar bajo el control exclusivo de la policía. Los miembros del equipo deben trabajar en conjunto para brindar una adecuada cobertura periodística de la situación mientras protegen los intereses de la policía que están en juego. Sin embargo, deben establecerse algunas reglas básicas, tales como:

a) la ya mencionada en relación a la escolta policial de los miembros del *pool* quienes, en caso de desobedecer las instrucciones policiales, no se encuentran amparados de las medidas que la fuerza pública tome por interferir en la resolución de la crisis.

b) las entrevistas con el delincuente, sean personales o telefónicas, deben estar prohibidas a menos que se hagan bajo la supervisión de la policía, la cual, a fin de evitar efectos secundarios (e.g. toma de otro rehén) puede determinar que resulta inapropiada dadas las circunstancias, pero no controlar el contenido de la entrevista; su rol es de asesor. Sin embargo, la preocupación por la reacción del delincuente no constituye un efecto secundario legítimo. En forma similar, la policía puede resolver cortar la línea telefónica del delincuente.

c) cualquier transmisión de información que haga el *pool* debe ser revisado -dentro de un plazo razonable- por la administración del mismo, para garantizar que no incluye ninguna imagen perjudicial para la actuación de la policía. Si bien ésta no puede controlar lo que los medios, en los hechos, eligen informar, su supervisión cumple, en estos casos, dos funciones: crea algún mecanismo editorial útil en los supuestos en que los periodistas inconscientemente incluyan información perjudicial en la transmisión, y brinda una breve dilación de la transmisión, necesaria para ciertos tipos de noticias.

Estos límites razonables sobreviven al escrutinio de las restricciones al tiempo, lugar y forma al acceso periodístico: el gobierno tiene un interés de jerarquía superior en proteger a sus ciudadanos y a los miembros de la policía, las restricciones disminuyen en forma significativa los riesgos que genera la cobertura periodística de las situaciones de toma de rehenes y siguen estando disponibles formas alternativas de cobertura. Si una organización periodística no quiere participar en el sistema de *pool* tiene el mismo grado de acceso que el público en general.

Sin embargo, no resuelven todos los problemas: la decisión definitiva de transmitir una determinada información es tomada por la prensa, se sigue difundiendo alguna

información perjudicial, los informes hechos desde un lugar distinto al del crimen quedan fuera del control policial, y no puede modificarse el efecto que la sola presencia periodística tiene en el delincuente, o en potenciales futuros tomadores de rehenes, y en la policía. Uno de los objetivos de la cobertura periodística es brindar información sobre la resolución de situaciones como éstas; el impacto de esa cobertura es simplemente un costo de la Enmienda I.

Además, este sistema genera algunos problemas nuevos. La policía puede valerse de las exigencias de supervisión y revisión para intentar controlar el contenido de la información que se difunde. Si bien algunas aplicaciones del sistema propuesto pueden tener este objetivo ilícito, la cuestión tiene que resolverse cuando se plantea cada supuesto, a la luz del estándar de razonabilidad que deben satisfacer estas restricciones. La supervisión de las llamadas telefónicas es fácil de realizar porque el delincuente no puede dar más de una entrevista por vez; el control de la cobertura en video requiere más tiempo, pero no es obligatoria, porque en definitiva la policía no puede controlar lo que los medios eligen transmitir.

Este sistema ayuda a lograr el objetivo de cooperación entre policía y periodistas. Las restricciones se determinan en cada caso a fin de que estén estrechamente diseñadas para la satisfacción de los intereses del Estado. La prensa tiene canales alternativos de comunicación, a pesar de que éstos no sean tan útiles como los prohibidos. Todos los participantes tienen acceso a toda la información obtenida por el *pool* lo cual en definitiva puede brindar una cobertura más completa. Además, este sistema debe brindar una mayor cooperación a los periodistas e información a los policías. Lo más importante es que provee un estándar consistente para aplicar en todas las situaciones de rehenes, tanto por parte de la policía como de la prensa. Para aumentar su efectividad, podría establecerse un panel encargado de revisar las quejas de los medios y de determinar la razonabilidad de las decisiones policiales, lo cual ayudaría a garantizar una correlación entre las pautas y su aplicación práctica, y haría mejorar el sistema a lo largo del tiempo.

Además del sistema de *pool*, sería conveniente aprobar normas que prohíban ciertas conductas a los periodistas que no forman parte de este sistema. Por ejemplo, se podría prohibir las llamadas telefónicas a los delincuentes: una ley no sólo aplicable a la prensa y tendiente a mantener las líneas telefónicas abiertas para el negociador y no a controlar el contenido del mensaje, podría ser constitucional. Si bien cabría alegar que esta restricción se dirige a la conducta puesto que el teléfono claramente se usa para expresarse, conforme a lo resuelto en *Renton v. Playtime Theatres Inc.* (475 US 41 -1986-), una regulación es neutral en relación al contenido cuando está dirigida a controlar los efectos secundarios y no el contenido del mensaje. A fin de prevenir algunos de los riesgos de la cobertura periodística, también deberían aprobarse otras leyes generales destinadas a controlar las actividades de recolección de noticias (e.g. prohibiendo el uso de luces que iluminen los lugares donde está la policía).

Intentar regular la cobertura periodística también genera riesgos: hay un pequeño paso entre limitar la cobertura en vivo de situaciones de toma de rehenes y la de todos los hechos criminales, y entre restringir la de todos los sucesos penales e imponer limitaciones adicionales a la cobertura en vivo. Si bien el riesgo agravado a que se enfrentan los rehenes y los policías simplemente puede constituir el costo social incidental que hay que sacrificar para gozar del más importante beneficio de la libertad de prensa, lo cierto es que hay una creciente conciencia de que el comportamiento periodístico frecuentemente cruza el límite invisible de lo razonable. El control de la cobertura periodística en vivo de las situaciones de toma de rehenes es simplemente un intento de marcar bien esa línea de razonabilidad.

Nota de Secretaría: v., sobre el tema, **MARSHALL, William P.** y **GILLES, Susan**, “The Supreme Court, the First Amendment and bad Journalism”, en *The Supreme Court Review*, 1994, p. 190.

DEITCH, Linda N., “Breaking News Proposing a Pooling Requirement for Media Coverage of Live

PODER JUDICIAL. ORGANIZACIÓN Y CARACTERES (PORTUGAL).

1. A lo largo de todo el siglo XX, la opinión pública focalizó su atención en el rol de los tribunales que, en los últimos años, se dedicó al control de la legalidad, más allá de las influencias políticas, o sea sin favorecer necesariamente a las fuerzas políticas conservadoras o progresistas. Por otro lado, a pesar de que los casos que obtienen notoriedad pública son contados, se trata de un fenómeno recurrente, por lo que no se puede considerar excepcional, sino más bien debe verse como una nueva forma de intervencionismo judicial que se observa, sobre todo, en el ámbito penal y se caracteriza por una penalización de la responsabilidad política destinada a paliar los abusos de poder de los agentes políticos.

Este nuevo modelo de intervencionismo judicial se traduce por un cierto número de evoluciones que afectan sus principales funciones: la función instrumental, política y simbólica.

La función instrumental es aquella que se encarga de la resolución de los litigios, el control social, la administración y la creación de derecho.

La función política parte del hecho de que los tribunales son órganos soberanos. En tal sentido, es necesario ver las funciones políticas específicamente confiadas a los tribunales como cuando los tribunales tienen que juzgar un delito político o uno cometido por un político. De igual modo, dicha función se ejerce en los fueros civil, administrativo y laboral, cuando los individuos recurren a los tribunales para defender sus derechos, lo que puede ser interpretado como un modo de ejercer la ciudadanía y la participación política.

Esta articulación entre recurso a la justicia e integración política crea una nueva función política de los tribunales: la legitimación del poder político en su conjunto. La crisis del Estado de bienestar es esencialmente una crisis de las garantías, lo que hace que el sistema político busque legitimarse a través de los tribunales. Este fenómeno crea una sobrecarga política para los tribunales, que puede terminar por comprometer su legitimidad.

Los tribunales pueden ejercer estas funciones políticas, sólo si dichas funciones cumplen con otras más generales: las simbólicas. Estas están ligadas a la confirmación de valores y principios que garantizan la integridad y la estabilidad de las formas elementales de sociabilidad y, por ende, de cohesión social. La eficacia simbólica de los tribunales se ejerce fundamentalmente a través de los derechos y garantías procesales tales como la igualdad formal, la imparcialidad y la posibilidad de apelar. La pérdida de la eficacia procesal, por la inaccesibilidad, el retraso, el costo o la impunidad, atenta contra la credibilidad simbólica de la tutela judicial.

Sin embargo, la enorme aparición mediática de la función política, debe ser analizada con precaución. Por un lado, porque las causas que aparecen en los medios, son sólo una ínfima parte de las que se tramitan, y, focalizar su atención en estas causas no nos permite conocer el trabajo cotidiano de los tribunales. Por otro lado, la acción de los tribunales no es la misma en todos los países; depende de factores diversos tales como el nivel de desarrollo del país, la cultura jurídica dominante en cada país, vista ésta como los grandes sistemas de derecho, y los procesos históricos que permitieron a la cultura jurídica instalarse y desarrollarse. Depende también de la existencia de una sociedad civil que defienda efectivamente los derechos y que haga presión sobre la administración.

La necesidad de tomar en cuenta todos estos factores es lo que hace que el análisis de los tribunales sea complejo, sobre todo en un país como Portugal en donde no existe una tradición científica de análisis de las instituciones del Estado.

En este estudio, interesa determinar quiénes recurren a los tribunales, por qué causas y con qué resultados. Por otro lado, interesa saber si la incapacidad de acudir a los tribunales lleva a la inacción o a la resolución de conflicto por métodos alternativos.

2. Representaciones sociales con respecto a los tribunales

2.1. Conocimiento del derecho y opiniones sobre la justicia

Para acudir al derecho es necesario tener conocimiento de éste. En principio, cuanto más se conozca el derecho, más se va a recurrir a la justicia. Para verificar esto, se realizó una encuesta en donde se hicieron preguntas de derecho común. Dicha encuesta dio como resultado que los portugueses tienen nociones básicas de derecho, por lo cual la no actuación en justicia no es resultante de su ignorancia al respecto.

Otro factor importante es la imagen que los habitantes tienen de la justicia. Según la encuesta antes mencionada, las opiniones negativas superan a las opiniones positivas en tres aspectos: inaccesibilidad, parcialidad y lentitud. Los portugueses consideran que la justicia no condena a todos los culpables, que actuar en justicia resulta demasiado oneroso y que no condena a las personas poderosas, y que la lentitud del proceso es tal que no conviene recurrir a la justicia.

En consecuencia el acceso a la justicia está limitado más por la imagen negativa de la población que por la falta de conocimiento del derecho.

2.2. La experiencia de resolución de litigios

Recurrir a la justicia es una alternativa entre otras que depende de una multitud de factores. Todas las sociedades, aún las menos complejas, poseen mecanismos de resolución de conflictos que ponen al servicio de la población. En nuestra sociedad, iniciar un proceso judicial no es nunca la primera forma de resolver conflictos. Desde el momento en que se acude a la justicia, se abren nuevas formas de resolución de los conflictos, a través, por ejemplo, del acuerdo entre las partes.

Es fácil de comprender que cuanto más inaccesibles y lentos sean los tribunales, más propensas serán las personas a resolver sus problemas de manera alternativa o a través de acuerdos extrajudiciales.

El recurso a los mecanismos oficiales es, en general, poco utilizado pero varía en función de los litigios. Es habitual recurrir a la justicia cuando se trata de herencias, de cuestiones laborales y de alquiler, pero no lo es tanto en los casos de agresión doméstica, corrupción y derecho del consumidor. Esto es así por varias razones: en lo que respecta a la agresión doméstica, está todavía muy presente el modelo de familia patriarcal en donde la violencia familiar es vista como un asunto privado. Con respecto al derecho de los consumidores y al medio ambiente, cabe recordar que éstos son derechos humanos de tercera generación, por lo que no están todavía interiorizados por una parte importante de la población.

En consecuencia, en materia civil y penal, los casos en los que intervienen los tribunales son una minoría respecto a aquellos en los que podría potencialmente actuar.

3. Las demandas efectivas: las acciones civiles y penales

3.1. Las acciones civiles

El cobro de deudas es el litigio civil más importante. De hecho, el cheque es utilizado actualmente en Portugal como garantía frente a las deudas, pero este litigio puede ser calificado de baja intensidad, para el cual es fácil encontrar una prueba, lo que determina que sea un juicio rápido. En su gran mayoría se resuelven antes del juicio.

En principio, quienes actúan en justicia pueden ser personas físicas o personas jurídicas. El hecho de que el cobro de deudas sea el principal litigio, hace que las empresas sean el principal demandante.

Dentro de los demandantes, existen diferentes tipos en función de la frecuencia en que acuden a los tribunales. Algunos acuden a la justicia repetidas veces, realizando continuamente litigios similares, mientras que otro utilizan los tribunales de manera esporádica. Tres son los factores que permiten explicar que una persona tanto física como jurídica sea calificada como justiciable frecuente o esporádico: el tipo de litigio en el que está implicado, su dimensión y los recursos de que dispone.

Los justiciables esporádicos son en su gran mayoría individuos. Es raro que acudan a un tribunal más de una vez en su vida por el mismo motivo. Por su lado, los justiciables frecuentes programan y estructuran sus relaciones contractuales garantizando su defensa en caso de conflicto, dejando generalmente constancia en los contratos. Además, tienen fácil acceso a los especialistas y, al actuar frecuentemente en justicia, pueden calcular mejor sus posibilidades de vencer.

El hecho de que las empresas posean más medios de actuar en justicia no significa que lo hagan en todo tipo de litigios, pues son muy selectivas en los que inician. Generalmente están ligados al cobro de deudas de clientes esporádicos. Los problemas internos de la sociedad comercial o con los proveedores habituales suelen ser resueltos por otros medios, por un lado porque las posibilidades de ganar son menores y, por el otro, involucran relaciones que la empresa prefiere mantener. En este caso se prefiere una solución más negociada.

3.2. El tratamiento de la criminalidad por parte de las jurisdicciones

La criminalidad aumentó de manera importante en los últimos cincuenta años. Los delitos más frecuentes son: la emisión de cheques sin fondos, los delitos contra la propiedad y los delitos contra las personas. Hubo, asimismo, tres cambios estructurales en las estadísticas criminales: aparición, a partir de 1964, de delitos ligados a la circulación en ruta, sobrecarga, a partir de 1976, de la justicia penal con cheques sin fondos y finalmente, a partir de 1984, aparición de delitos ligados al tráfico y consumo de drogas.

La desregulación de la economía se refleja en el derecho penal por una disminución de los delitos de especulación como consecuencia de la liberación de los precios. Finalmente, la preocupación del medio ambiente repercute sobre las demandas penales.

4. Conclusiones.

El perfil dominante del acceso a la justicia en Portugal es todavía de tipo "liberal", o sea muy concentrado en un número reducido de litigios. Los litigios civiles y penales relativos a los nuevos derechos (medio ambiente, derechos del consumidor) están ausentes u ocupan un lugar marginal. Ocurre lo mismo con los delitos relativos al control del sistema político por parte del sistema jurídico: la corrupción. Por consiguiente, es dable afirmar que la importancia mediática dada a los tribunales portugueses, es un efecto de lo que ocurre con los tribunales europeos, antes que el resultado de un crecimiento de su función pública.

Sin embargo, en dos aspectos se diferencian los tribunales portugueses del modelo liberal. El primero se refiere a la intensidad de la intervención en justicia. En el modelo liberal, es abundante mientras que en el caso portugués, no lo es tanto. El hecho de que los tribunales estén confrontados a litigios de poca intensidad refuerza la vulnerabilidad, la rutina, la burocratización y su significación social.

La segunda diferencia corresponde al perfil de los potenciales demandantes. Para la teoría liberal, los tribunales resuelven conflictos entre los particulares, mientras que en Portugal, la preeminencia está dada a las personas jurídicas.

La conclusión general es que en un país semiperisférico, como es el caso de Portugal, la enorme distancia que existe entre los tribunales y los ciudadanos, hace que las empresas, que poseen recursos suficientes para borrar dicha distancia, se apropien y hasta monopolicen el modelo liberal de acceso a la justicia.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura; LEITÃO MARQUES, Maria Manuel y PEDROSO, João, "Les Tribunaux dans les sociétés contemporaines: le cas Portugais", en *Droit et société*, ed. LGDJ, París, 1999, n° 42/43, p. 311.

PRINCIPIO DE PRECAUCION (FRANCIA).

La noción de precaución -bajo el nombre de prudencia, diligencia, etc.- ha inspirado desde hace mucho tiempo al derecho francés. Fundó la aprobación de diversas reglamentaciones aplicables a la bioquímica, farmacéutica, derecho nuclear y la genética, y ha permitido aclarar, *a posteriori*, ciertas soluciones jurisprudenciales. Numerosas leyes exigen, sea a los poderes públicos o a los particulares, la “toma de precauciones” y esto, en muchas oportunidades, y a los fines de evaluar un posible abuso de poder, fue tomado en cuenta para descartar el error manifiesto de apreciación.

El sentido de la noción de precaución se vio renovado por el surgimiento del principio general de precaución que contienen las convenciones internacionales, entre las cuales la Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo preconiza que “los Estados deben aplicar ampliamente medidas de precaución”, e incluso la Convención de París indica que “las Partes Contratantes deben aplicar: a) el principio de precaución según el cual se deben adoptar medidas de precaución cuando haya motivos razonables de alarma por la posibilidad de que algunas sustancias o energías, directa o indirectamente introducidas en medios marinos, puedan generar riesgos para la salud del hombre, perjudicar los recursos biológicos y los ecosistemas marinos, generar riesgos para los valores estéticos o perjudicar otras formas de utilización legítima del mar, aun cuando no existan pruebas concluyentes de una relación de causalidad entre los aportes y los efectos”.

Este principio fue incorporado al art. 130 R, 2 del Tratado de la Comunidad y posteriormente al derecho positivo francés a través de la ley 95-101 del 2 de febrero de 1995, relativa al Refuerzo de la Protección al Medioambiente. Esta ley, que define a dicho principio como aquél “según el cual, la ausencia de certeza, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento, no debe retrasar la adopción de medidas efectivas y proporcionadas tendientes a prevenir un riesgo de daños graves e irreversibles al medioambiente a un costo económico aceptable”, dispone que éste es uno de los cuatro principios generales del derecho ambiental consagrados por el legislador.

No parece, entonces, *a priori*, que el contenido del principio de precaución pueda limitarse a la aceptación genérica de la sola noción de precaución, ni de las recomendaciones de la filosofía escolástica, dado que su definición legislativa remite inmediatamente a la noción, incierta *per se* de “incertidumbre científica”. La precaución supone la certeza de los efectos descontados que deberían tomarse en cuenta; el principio de precaución plantea a su respecto un presupuesto de incertidumbre, en relación al cual convendría estar particularmente atento, aunque sea mediante la abstención.

Si bien el Consejo de Estado ha resistido la integración de este principio, en el caso *Greenpeace et autres*, del 25 de septiembre de 1998, se vio obligado a precisar su concepción a este respecto, insinuando por primera vez claramente la necesidad de ser prudente en la aplicación del principio de precaución. Al pronunciarse sobre la legalidad de un decreto del Ministro de Agricultura que autorizaba a poner en el mercado ciertas variedades de maíces genéticamente modificados, el Consejo de Estado decidió la suspensión de su ejecución. El Comisario del Gobierno instó, entonces, al Consejo a precisar su concepción sobre este principio de precaución y a tomar ciertas decisiones relativas a su aplicación, lo cual demuestra la impaciencia con que se esperó la sentencia sobre el fondo de la cuestión dictada el 11 de diciembre de 1998.

Sin embargo, el Consejo de Estado optó por solicitar previamente al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que se pronunciara sobre la competencia de un Estado Miembro para apreciar el carácter eventualmente inocuo de un producto, pero no formuló ninguna reserva específica a la puesta en el mercado de estos productos cuando concluyó el proceso promovido por los servicios de la Comisión. La cuestión planteada al juez comunitario fue si, una vez concluido el procedimiento comunitario, un Estado Miembro está obligado a autorizar la puesta en el mercado de un producto o si puede negarse a dar esta autorización invocando consideraciones de salud pública y medioambiente.

De este modo, la suspensión de la ejecución que el 25 de septiembre de 1998 se decidió en este caso, confiere un rol original al principio de precaución, a saber, el de

elemento del control del error manifiesto de apreciación. El principio de precaución hizo así evolucionar la técnica adoptada por el juez para apreciar los hechos en función del objetivo buscado, a saber, la seguridad. En consecuencia, el análisis del error manifiesto de apreciación se apoya en una forma novedosa de aprehender los hechos inciertos: corresponde a la Administración verificar, más allá del respeto de los procesos de consulta previstos por los textos, la realidad y extensión de los riesgos que esta falta de certeza genera, o puede generar, para la salud del hombre y del medioambiente.

En el caso *Société Pro-Nat*, del 24 de febrero de 1999, el Consejo de Estado se pronunció sobre la legalidad de un decreto que extendía a los productos de origen ovino o caprino, la prohibición de comercialización aplicable a los de origen bovino que generaran riesgos potenciales de transmitir al hombre la *Encelomatía Espongiforme Bovina* (EEB). En su sentencia, el Consejo confirmó la hipótesis detallada al resolver *Greenpeace* sin citar -es verdad- el principio de precaución, pero invocando sus principales elementos.

Estas dos decisiones, una invocando el principio de precaución y la otra aplicándolo sin nombrarlo, nos plantean dos cuestiones: ¿a qué concepción del principio de precaución se adhiere el Consejo de Estado? ¿Lo ha convertido el Consejo en un nuevo elemento del control de legalidad? En caso afirmativo, ¿qué aporte hace ese principio al control ejercido?

1. Argumentos jurídicos: las dos concepciones del principio de precaución

Los problemas que plantea la relación entre la ciencia y el derecho no son, ciertamente, recientes y aún no se ha encontrado ninguna respuesta satisfactoria para ellos. La actual incertidumbre del riesgo corrido (o que se hace correr) a la población no hecho más que reavivar este debate bajo un nuevo ángulo. En la mayor parte de las situaciones de catástrofes naturales o tecnológicas, pero sobre todo en casos como el de la sangre contaminada o de la vaca loca y, más recientemente, en los asuntos del pollo y del cerdo con dioxina, o de la Coca Cola, predomina la tendencia a cuestionar la responsabilidad de los poderes públicos por su falta de precaución, es decir, por su incapacidad para identificar un riesgo y prevenir oportunamente los efectos catastróficos. Pero el principio de precaución podría modificar esta situación, dado que establece un “estándar de comportamiento” que debe guiar a quien toma la decisión, confrontándolo a la incertidumbre del conocimiento científico y técnico que existe en el momento y en el área en la que debe decidir.

La sentencia del 11 de diciembre de 1998, que resuelve el fondo del caso *Greenpeace*, no alienta a creer que el Consejo de Estado haya querido responder a la invitación que le formulara su Comisario de Gobierno, dado que ni siquiera se pronunció sobre la naturaleza del principio de precaución. Muchas veces presentado como un principio general del derecho, el principio de precaución no ha producido por el momento efectos análogos a los que el juez (constitucional o administrativo) ha otorgado a otros principios ¿Constituye su evocación -formalmente cuestionable- en la sentencia del 25 de septiembre de 1998 un reconocimiento?

La naturaleza del principio de precaución aún está, por lo tanto, por definir: si está destinado a encuadrar la acción de los poderes públicos, parece susceptible de ser invocado por los requirentes, con lo cual pasaría de ser una regla primaria a una secundaria.

1.1. Principio de forma legislativa destinado a encuadrar políticas públicas

El art. L.200-1 del Código Rural dispone que el principio de precaución (al igual que los otros principios que crea) se ejerce “en el marco que determina su alcance”. Si bien algunos autores -fundados en los antecedentes legislativos de esta norma- vieron en esta última frase la intención del gobierno de impedir que estos principios pudieran ser invocados directamente, otros -fundados solamente en el texto del artículo- juzgaron que el legislador se obliga, por esa vía, a establecer, en las leyes de policía que vota, nuevos medios (e.g. nuevos servicios públicos de vigilancia científica) encargados de determinar el carácter cierto o incierto de un riesgo tecnológico y las precauciones (entre ellas, la abstención) que conviene tomar al ejercer las funciones de policía administrativa. Desde este punto de vista, el principio de precaución se vincula exclusivamente a la acción de los poderes públicos, y tiene

un alcance que parece más político que jurídico, dado que es aplicado por las instituciones mismas en la medida en que, al hacerlo, ponen en práctica los medios apropiados para aclarar sus decisiones a las instancias revisoras, con un objetivo de prudencia. Esos órganos consultivos demuestran esencialmente una precaución institucional enmarcada.

Esta segunda hipótesis quedó, en parte, confirmada con la creación, mediante ley 98-535 del 1 de julio de 1998, de un Instituto de Vigilancia Sanitaria encargado, por un lado, de velar por el estado de salud de la población, apoyándose en los organismos públicos y privados que integran la red nacional de salud pública y, por otro, de alertar a las agencias de seguridad sanitaria encargadas de prevenir esos riesgos. Sin embargo, lo cierto es que mucho antes se había creado, mediante la ley 92-654 del 13 de julio de 1992 relativa a la Utilización y Difusión de Organismos Genéticamente Modificados, una Comisión de Estudio de la Difusión de Productos de Origen Biomolecular, encargada de estudiar los riesgos que para la salud pública y el medioambiente generaría la decisión del Ministro de Agricultura de poner en el mercado ciertos productos.

Además, numerosos organismos de investigación (CNRS, INRA, INSERM) consultados en el marco de las leyes y reglamentos vigentes, establecieron, mediante procesos internos, Comités de Ética y Precaución para arbitrar, en el seno mismo de dichos establecimientos, eventuales controversias científicas. El Comité del INRA, por ejemplo, tiene la función de “reflexionar sobre las relaciones entre la ciencia y la sociedad en el dominio de la agricultura, la alimentación y el medioambiente”. Estas iniciativas extralegislativas informan, por lo tanto, en parte, esta segunda hipótesis. La competencia en que entraron esas organizaciones con el legislador tiende, probablemente, a preservar su competencia de expertas y a evitar la competencia de nuevos servicios públicos de vigilancia científica y tecnológica que las sustituyan, o que al menos se inmiscuyan en sus procesos de pericia.

Esta aprehensión del principio de precaución no es, por lo tanto, la más pertinente. Dado que cuanto más avanza la investigación científica, más incertidumbre genera, parece inútil intentar racionalizar la organización de los institutos de investigación científica o crear nuevos institutos de vigilancia científica; estos últimos no harán más que producir una certeza engañosa a través de la solidificación artificial de conocimientos inciertos. No es tan necesario modificar la organización de la capacidad pericial como hacer evolucionar el derecho. La situación es, en efecto, reveladora de una cierta “crisis del derecho” y se apela a numerosas disciplinas para “elaborar” conjuntamente el principio de precaución, es decir, para darle vigencia a través de la integración de la incertidumbre científica (y/o técnica) como elemento a considerar en la toma de decisiones.

Ahí se encuentran las potencialidades más enriquecedoras del principio de precaución.

1.2. Un principio autónomo que tiene alcance jurídico

En el caso *Greenpeace*, el Consejo de Estado juzgó que la sería violación al principio de precaución “justifica la anulación del decreto atacado”. Cabe legítimamente preguntarse sobre el alcance jurídico que el Consejo acordó, con esto, a ese nuevo principio y particularmente si, al hacerlo valer en el proceso de anulación, lo utilizó como elemento del control de legalidad.

Al integrarse progresivamente al orden jurídico francés, el principio de precaución es, por lo tanto, un principio indicativo, que exige a las personas públicas o privadas intentar prevenir los riesgos principales en el ejercicio de todas sus actividades: marca una dirección jurídica no autoritaria a las conductas. Algunos intentan ligar ese nuevo estándar de comportamiento a una categoría jurídica predeterminedada, asimilándola, en derecho administrativo, a una obligación de prudencia y de diligencia en períodos de riesgos científicos y técnicos inciertos, mientras que otros lo vinculan principalmente a la obligación general de seguridad. De cualquier modo, la noción de precaución está también en el origen de numerosas acusaciones y, en particular, en la puesta en peligro deliberada de otra persona. Bajo esta acepción, y como todo estándar técnico que se juridiza, el principio de precaución

va a llegar a aplicarse progresivamente de manera autónoma en el orden jurídico francés. Este movimiento traduce un fenómeno de imbricación o de encaje que conduce a una complementariedad creciente entre la ética y el derecho, entre la política y el orden jurídico.

Resta entonces determinar cómo sanciona el juez la inexistencia de este elemento. No lo ha hecho, por el momento, más que *a contrario*: considera, en efecto, que el requirente invoca la violación de los principios mencionados en el art. L.200-1 del Código Rural, pero no precisa en qué aspecto el decreto impugnado viola esos principios generales. También cabe preguntarse si el Consejo de Estado, en una etapa ulterior, y dado que aquí reconoce carácter general a los principios del art. L. 200-1 del Código Rural, irá más allá, erigiendo, entre otros, al principio de precaución en un verdadero principio general del derecho en períodos de incertidumbre científica o técnica.

2. Un elemento de legalidad controlado por el juez administrativo

El número de decisiones administrativas que invocan la noción de precaución es particularmente importante, pese a que ninguna anterior a *Greenpeace* se refiere expresamente a este principio.

Con anterioridad a esta decisión, los funcionarios de la policía administrativa general o especial regularmente utilizaban la noción de precaución para justificar la adopción de medidas preventivas, y los jueces administrativos verificaban el carácter necesario, eficaz y proporcional de la medida adoptada en relación a los riesgos de alteración al orden público. En este espíritu, en el caso *Hum Sentoure*, del 1 de julio de 1998, el Consejo de Estado consideró que “teniendo en cuenta las precauciones adoptadas” para reducir los ataques ocasionados a un inmueble, “los inconvenientes de toda naturaleza presentados por el proyecto no resultan excesivos en relación a las ventajas que comporta”.

Sin embargo, el principio de precaución hizo renovar este significado. Siendo un principio de origen legislativo, que impone una obligación de actuar con prudencia frente a las incertidumbres científicas, con un objetivo de seguridad, sólo aparece fortuitamente en el control de legalidad.

Los peticionantes en el caso *Greenpeace* invocaron el principio del art. L-200-1 del Código Rural en sus dos acepciones. Lo novedoso de esta sentencia del 25 de septiembre de 1998 es que la aparición del principio de precaución transforma la noción de precaución en una verdadera obligación de prevención en períodos de conocimientos científicos y técnicos inciertos. Invocado de este modo por las partes, el Consejo de Estado consideró que su desconocimiento era suficientemente serio como para justificar la suspensión de la ejecución de una decisión administrativa. Además, la forma en que lo hizo dio lugar a que algunos autores interpretaran que había allí una consagración del principio de precaución como principio general. Sin embargo, el examen de los motivos que fundan la decisión conduce a otra conclusión: luego de recordar que los peticionantes denunciaban un vicio de forma (“la sentencia atacada habría sido adoptada en el curso de un procedimiento irregular”), el Consejo de Estado destacó que “invocaban [paralelamente] el principio de precaución y las disposiciones (relativas a los organismos genéticamente modificados)”, sin formular ningún comentario al doble fundamento jurídico invocado (el principio de precaución y la violación de textos no están disociados), llegando a la siguiente conclusión: “que, en este estado de la causa, la seriedad y naturaleza del agravio invocado justifican la anulación de la sentencia atacada”. Cabe preguntarse si el Consejo de Estado no reconoce, entonces, solamente algún valor a este principio cuando está asociado a un vicio de forma. El Consejo se expresa en idéntica forma en el “Informe de Actividades - Actividad Jurisdiccional” de su informe anual de 1999, mientras que en la parte relativa al “Informe Público” del mismo documento estima que el alcance jurídico del principio de precaución, por ahora “no ha sido explícitamente reconocido por la jurisprudencia”. El Consejo de Estado, por lo tanto, indudablemente quiso decir que los órganos de consulta, al emitir sus dictámenes, deben estar, con mayor razón, mejor informados dado que se impone en este área el principio de precaución.

Esta formulación se compadece con la idea de que el principio en análisis no fue

reconocido como principio general del derecho en el caso *Greenpeace*, contrariamente a lo que se ha escrito, sino que el Consejo de Estado adoptó allí una visión más pragmática: lo invocó en ese caso como un elemento que permite apreciar la legalidad de un acto administrativo, particularmente en el marco de la suspensión de la ejecución.

2.1. Un medio serio que funda la suspensión de la ejecución

En el caso *Greenpeace* podía parecer paradójico, dado que los dos criterios se oponen, pedir al Consejo que resolviera en forma urgente en un período de incertidumbre con base en conocimientos científicos y técnicos, que era precisamente lo que dio origen al recurso. La suspensión de la ejecución responde a reglas derogatorias particularmente precisas tendientes a evitar las maniobras dilatorias mientras garantizan que las decisiones administrativas no producen efectos que de otro modo serían irreversibles.

En ese sentido, pedirle al juez la concesión de tiempo no tiene nada de anormal: en períodos de incertidumbre, es necesario tomarse tiempo para reflexionar. El juez administrativo debía juzgar la seriedad de los medios jurídicos propuestos por las partes y las consecuencias difícilmente reparables que la autorización otorgada podría haber generado para la salud pública y el medioambiente. En la especie, la violación del principio de precaución invocado por las partes en el marco de los procedimientos regulados por la ley n° 92-654 del 13 de julio de 1992 relativa a los organismos genéticamente modificados y por sus decretos de aplicación, fue juzgada por el Consejo de Estado como un medio suficientemente serio para poder ser considerado, sino como fundado, al menos como muy probablemente fundado, según la expresión consagrada. Además, el Consejo de Estado estima que “ese medio parece, en el estado de la causa, serio y de una naturaleza que justifica la anulación”.

Recién después de haber recordado que los peticionantes denuncian un vicio de forma, el Consejo de Estado destaca que invocan el principio de precaución. Aplicando la economía de medio (principio de precaución y violación de normas no están disociados), el Consejo busca el factor común y concluye refiriéndose, en singular, a “ese” medio.

Pero son especialmente las consecuencias difícilmente reparables que la autorización tiene en la salud pública y el medioambiente las que parecen haber resultado determinantes. René Chapus precisa que por “consecuencias difícilmente reparables, es necesario entender consecuencias difícilmente reversibles en los hechos”. Es lo que intenta investigar el Comisario del Gobierno Stahl cuando examina “si existe un riesgo suficientemente serio como justificar precauciones particulares. Para ello, es necesario hacer una apreciación de la gravedad y de la probabilidad del riesgo”. La definición legislativa del principio de precaución hace, a este respecto, referencia a un “riesgo de daños graves e irreversibles al medioambiente”. ¿No se atrevió el juez a limitar el acceso a la suspensión de la ejecución mediante la aplicación literal de esta definición?

Dudando entre un control normal y un control limitado, en razón del alto grado técnico del debate, M. Stahl no decide realmente, lo que lo conduce a preconizar un control normal pese a negarlo, y “a aventurarse, con mucha humildad, en el terreno científico”. No obstante, las jurisdicciones judicial y administrativa hasta ahora siempre han negado semejante debate, estimando que la búsqueda de la verdad científica no forma parte de la función del juez. Pero la ciencia no brinda necesariamente certeza. Si se acepta esta idea, se debe revisar todo el control de legalidad. En la especie, el Comisario del Gobierno estima que “el juez se siente mal equipado para arbitrar en semejante debate”. Es la razón por la cual el Consejo de Estado parece adoptar una visión estricta del principio cuando, sin entremezclarse en debates científicos, examina las consecuencias irreversibles que podría generar la autorización impugnada, llegando a la conclusión de que “teniendo en cuenta la naturaleza de las consecuencias que la ejecución de la sentencia podría generar”, corresponde ordenar la suspensión de la ejecución de la autorización para poner en el mercado maíz transgénico. Algunos meses más tarde, el Consejo sería llevado a realizar un control normal, integrando la falta de certeza científica en su control de proporcionalidad, confirmando así todas las potencialidades del principio de precaución.

Algunos autores ven en esta decisión un nuevo límite al privilegio de la situación

previa (*privilege du prealable*), en la línea de las limitaciones que ya le impone, siempre en el área del derecho ambiental, la “suspensión automática” que tiene efecto vinculante para el juez administrativo en caso de ausencia de un estudio de impacto ambiental o de un dictamen desfavorable del Comisario Investigador. Según los aludidos autores, esto podría justificar en el futuro una adaptación del *privilege du prealable*, en la medida en que, por aplicación de las dos excepciones precitadas, el juez no tenga que demostrar que la ejecución podría generar daños difícilmente reparables; la existencia de ese riesgo se presume en esos casos. El juez tendrá esto en cuenta, entonces, al invertir la carga de la prueba. El Consejo de Estado fue entonces llevado a decidir que, cuando no se ha determinado con certeza la existencia de un riesgo para la salud pública y el medioambiente, debe presumirse existente, salvo prueba en contrario que genere convicción, sea en el juez administrativo que entiende en un recurso de anulación, sea en el juez penal llevado a evaluar la legalidad de un acto de policía en el origen de la infracción.

Será entonces necesario esperar la reforma de los procedimientos de urgencia anunciada por el propio Consejo de Estado, y que está siendo discutida en el Parlamento, para encontrar un término a esta controversia.

2.2. El aporte del principio de precaución al control de legalidad

El principio de precaución podría hacer evolucionar el control ejercido por el juez administrativo o penal sobre la legalidad de los actos de policía administrativa.

Esta evolución se produciría conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Esta, en efecto, ha indicado que, a propósito del caso conocido como el de la vaca loca, y al revisar la decisión de la Comisión de la Comunidad Europea del 24 de mayo de 1994 que establecía un embargo contra la carne vacuna británica, que “cuando subsisten incertidumbres en cuanto a la existencia o magnitud de los riesgos para la salud de las personas, las instituciones (pueden) adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que la existencia real y gravedad de esos riesgos sean plenamente demostradas” (decisión del 5 de mayo de 1998, caso C 180/96 y C 157/96, *National Farmers Union*). Citando esta decisión, M Stahl llegó a la conclusión de que “el principio de precaución ha venido así implícitamente a fortalecer medidas de policía sanitaria”. Es una solución adoptada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en su sentencia del 16 de julio de 1998, a propósito de una acción de responsabilidad civil promovida contra la Comunidad en razón de la prohibición de ciertos productos autobronceantes sospechosos, sin tener la prueba formal, de que fueran cancerígenos. El Tribunal estima que las incertidumbres en cuanto a los riesgos que pesan sobre la salud de los consumidores eran, por sí solos, suficientes para justificar la prohibición. Así, sin ser explícitamente invocado, el principio de precaución fue implementado por el juez comunitario como elemento del control de legalidad.

Entonces, resulta particularmente interesante observar si el control ejercido por el juez francés difiere del ejercido por el juez comunitario. Es, en efecto, en ese espíritu, que el informante de la ley del 2 de febrero de 1995 en la Asamblea Nacional sostuvo la inscripción del principio de precaución en la ley “partiendo de la idea de que dicho principio permitirá que Francia evite la imposición, luego de eventuales procesos, de definiciones que no se compatibilizan con su concepción”. En la especie, yendo más allá de la doctrina *Camino* (Consejo de Estado, 14 de enero de 1916), el juez no puede contentarse con verificar si el proceso de consulta organizado por la ley o los reglamentos fue bien respetado “en condiciones que permitieran a cada uno de los organismos de que se trate pronunciarse objetivamente, con todo conocimiento de causa”, ni limitarse al examen de la exactitud material de los hechos como hacía previamente en casos similares: en caso de incertidumbre, debe considerar acreditados los hechos alegados.

Debe, de aquí en adelante, tomar en cuenta los riesgos invocados por las partes, fuera de toda consulta oficial, y formarse así su propia convicción sobre su probabilidad, tomando en cuenta el conjunto de las constancias del expediente. Es así que en sus conclusiones sobre el fondo de la cuestión planteada en *Greenpeace*, M. Stahl analiza si, entre las pericias

practicadas en la causa, aquellas que dudan de la existencia de riesgos probables son más “numerosas” y más “serias” que las que no lo hacen.

En el caso *Pro-Nat* (Consejo de Estado, 24 de febrero de 1999), el Consejo de Estado rechaza la demanda con base en un considerando particularmente interesante: “considerando que de las constancias del expediente surge que nuevos datos científicos indican la posible transmisión del agente de la ESB a la oveja; que, por otra parte, como lo ha revelado particularmente el Comité de Expertos sobre las Encefalopatías Subiguas Espongiformes Transmisibles, ‘la transmisión placentaria’ del agente de la ESB no parece estar hoy demostrada; que, decidiendo a la vista de estos elementos, y tomando en cuenta las medidas de precaución que se imponen en materia de salud pública, al ordenar las prohibiciones que constituyen el objeto del decreto atacado, que se aplican a los alimentos destinados a niños pequeños así como a los complementos alimenticios que puedan contener cantidades elevadas de los mencionados tejidos, el Primer Ministro no ha cometido un error manifiesto de apreciación”. Así, dado que los dictámenes de los expertos llegan a la conclusión de que no existe prueba de un riesgo, pero destacan que ese riesgo no se excluye, el gobierno debe aplicar el principio de precaución”.

La irrupción de ese principio conduciría así a hacer evolucionar el control de legalidad al incorporar la falta de certeza entre los intereses a tomar en cuenta al ejercer el control de (des)proporcionalidad. De igual modo, y siguiendo esta lógica, la técnica del “balance” dejaría de limitarse a evaluar las ventajas de un proyecto frente a sus inconvenientes en el momento del control, y deberá establecer la relación entre las “chances” del proyecto (sus ventajas en el tiempo) y sus riesgos implícitos (sus inconvenientes en el tiempo). Este balance exigirá al juez determinar las nociones de tiempo que va a tomar en consideración: realizada en un horizonte intemporal, reduciría a nula la noción misma de riesgo en períodos de incertidumbre.

En su reciente Informe Público 1999 relativo al Interés General, el Consejo de Estado estima que “en nombre del principio de precaución, que podría aparecer como una nueva faceta de la noción de interés general en tanto que implica un arbitraje entre las preocupaciones de hoy y el cuidado del interés de las generaciones futuras, la Administración podría ser llevada, en caso de incertidumbre en cuanto a los riesgos futuros que podría generar para la salud pública, a negar una autorización en supuestos en que están satisfechas todas las condiciones previstas por los textos”. El principio tendría, por lo tanto, en el proceso objetivo, una importancia que el propio Consejo de Estado califica como “mayor”. Su equivalente en el proceso subjetivo podría ser la noción de responsabilidad para con las generaciones futuras.

3. Conclusión

Las divergencias entre el Comisario del Gobierno y el Consejo de Estado, particularmente en cuanto al pronunciamiento de la suspensión de la ejecución, ilustran las dudas existentes en el seno mismo del Consejo.

Examinando el fondo de la cuestión, el Consejo de Estado se muestra prudente y remite al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, no sin malicia, la tarea de resolver una cuestión. Luego de este caso, es necesario examinar las modificaciones de la reglamentación europea en curso, y sobre todo sus repercusiones potenciales en el caso *Greenpeace*. Los diputados europeos se pronunciaron, en efecto, el 11 de febrero de 1999, a favor de reglas más severas para las autorizaciones para poner en el mercado organismos genéticamente modificados; ese voto debería conducir a la elaboración de un proyecto de directiva que modifique la de 1990: consulta a comités científicos europeos antes de toda decisión de autorización, limitación temporal de las autorizaciones, control de los productos autorizados, responsabilidad civil “absoluta” de quienes introducen organismos genéticamente modificados “por todo daño causado a la salud humana o al medioambiente”, y reglas más estrictas para las etiquetas. En términos generales, piden que “prevalezca el principio de precaución”. Al hacerlo, el juez administrativo se aplica a sí mismo, al instruir el

caso, el principio de precaución y da el ejemplo.

En una palabra, el principio de precaución requiere la precaución del juez.

CANS, Chantal, “Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité”, en *Revue Française de droit Administratif*, ed. Sirey, París, 1999, n° 4, julio-agosto, p. 750.

SALUD. DONACIÓN DE SANGRE. GRATUIDAD. RIESGOS. ETICA (FRANCIA).

La donación de sangre es una práctica que permite salvar vidas pero que, al mismo tiempo, puede ser fuente de infecciones varias. Desde hace ya mucho tiempo, en los ámbitos trasfusionales, se debate cuál es la mejor manera de aumentar el número de donaciones, mejorando la calidad de la sangre obtenida y, esto tratando de superar los problemas éticos que suscita. Existen dos actitudes: algunos países eligieron “remunerar a los donantes”, mientras que otros, como es el caso de Francia, establecen que la donación debe ser gratuita. El presente estudio consistió en un cuestionario hecho a profesionales y donantes. Para la mayoría de los encuestados, la no remuneración es el mejor sistema. Sin embargo, no existe consenso sobre qué se entiende por gratuidad ya que muchos consideran que es válido el pago del transporte hasta el lugar de la transfusión o los “certificados de agradecimiento”. Suprimir este tipo de compensaciones implicaría una disminución de las donaciones lo que haría, a su vez, necesario, importar medicamentos a base de sangre provenientes de países que sí remuneran la donación (lo que significaría una remuneración indirecta de la donación). Si se quiere un sistema de donación totalmente gratuito, va a ser necesario introducir nuevos métodos de captar donantes y prohibir la importación de dichos productos.

Otro problema ético consiste en el de los laboratorios que venden productos derivados de sangre que no pagan. Existe un enriquecimiento (ya que los donantes no son remunerados y los productos se venden), a pesar de que el enriquecimiento sirve generalmente para mejorar la calidad y la seguridad de los productos.

Para la mayoría de los encuestados, la situación actual, que combina monopolio sobre la producción nacional de medicamentos derivados de sangre con la importación de estos productos por la insuficiencia de donación de sangre para fabricarlos, es el que mejor garantiza la disminución de los precios y una mejora de la calidad, ya que cada fabricante de estos productos trata de ganar mercado.

Por otro lado, la normativa es contradictoria ya que la ley Huriet autoriza a que se le pague a los voluntarios sanos que participan de estudios médicos sin recibir un beneficio directo, mientras que la ley sobre donación establece que no puede haber remuneración.

El desarrollo de los medicamentos derivados de sangre va a disminuir los riesgos de enfermedades de transmisión sanguínea y a paliar el problema de la autosuficiencia de sangre.

BRASSIER, Nicolas; BALLOUARD, Christian; LE ROUX, Nadège; DESCAMPS, Marc-Alain; CHAST, François y HERVE, Christian, “Gratuité, dédommagement, rémunération: question éthiques soulevées par les dons du sang”, en *Journal International de bioéthique*, Ed. Alexandre Lacassagne, Lyon, 2000, vol. 11, n° 1, pp. 89/95.

**ESTUDIOS DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, EJECUCIONES SUMARIAS Y
DOBLE INSTANCIA ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
EL CASO ABELLA**

por Rolando E. Gialdino

SUMARIO: 1. ADMISIBILIDAD. — 2. FONDO DE LA CUESTIÓN. 2.1. EL ATAQUE AL CUARTEL Y SU RECUPERACIÓN. 2.1.1. *Caracterización de los hechos de La Tablada*. 2.1.2. *Competencia de la Comisión para aplicar el Derecho Internacional Humanitario*. 2.1.3. *Mérito de las denuncias*. 2.2. HECHOS POSTERIORES A LA RENDICIÓN. 2.2.1. *Denuncia de desapariciones forzadas*. 2.2.2. *Denuncias de otras violaciones*. 2.2.3. *Obligación del Estado de investigar*. 2.3. EL PROCESO JUDICIAL. 2.4. LA ALEGADA VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL (ART. 7.5 DE LA CONVENCIÓN). 2.5. LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY (ART. 24 DE LA CONVENCIÓN). — 3. OBSERVACIONES DEL ESTADO. — 4. RECOMENDACIONES. — 5. LA EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES

SUPRANACIONALES.

El presente trabajo tiene como objeto el estudio del *Informe N° 55/97* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión), dictado el 18 de noviembre de 1997, en el caso *11.137 Juan Carlos Abella-Argentina*¹. La causa se relacionó con los acontecimientos que tuvieron lugar en el Regimiento de Infantería Mecanizada N° 3 General Belgrano (RIM 3), de La Tablada, Provincia de Buenos Aires (Argentina), los días 23 y 24 de enero de 1989, con motivo del ataque armado contra dicho cuartel, que protagonizó un grupo de 42 civiles, del que resultó la muerte y heridas de diversos agentes del Estado e integrantes del aludido grupo.

El proceso internacional se inició mediante una denuncia presentada ante la Comisión en nombre de 49 personas: 20 condenadas a prisión, 6 desaparecidas, 4 ejecutadas extrajudicialmente, y 19 fallecidas. Del mencionado total, 42 personas habían participado en el ataque, 5 fueron capturadas en las inmediaciones del cuartel, y otras 2 se presentaron voluntariamente a las autoridades y fueron detenidas.

Se invocó la violación de los siguientes derechos y garantías protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención): a la vida (art. 4); al respeto a la integridad física, psíquica y moral (art. 5.1), a ser juzgado en un plazo razonable (art. 7.5), a las garantías procesales (art. 8), a la igualdad ante la ley (art. 24) y a la protección judicial (art. 25).

Las veinte condenas antes mencionadas fueron dictadas por la Cámara Federal de San Martín (5-10-1989), ante la cual se iniciaron los procesos según la ley 23.077, que impuso penas que variaban desde diez años de prisión hasta cadena perpetua (causa N° 231/89, *Abella, Juan Carlos y otros s/ rebelión -en adelante Abella*). La sentencia fue objeto de un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación; su denegación motivó un recurso de queja que esta última rechazó (17-3-1992).

La denuncia, presentada en septiembre de 1992, fue comunicada al Estado argentino en octubre de 1993; luego del trámite seguido ante la Comisión, ésta transmitió al Estado, el 30 de abril de 1997, el *Informe N° 22/97*, de acuerdo con el art. 50 de la Convención, otorgándole un plazo a fin de que adoptara las recomendaciones propuestas. En su presentación del 29 de agosto siguiente, el Estado formuló determinadas observaciones a dicho primer *Informe* y un pedido de reconsideración de sus conclusiones. El presente *Informe N° 55/97* constituye, pues, el segundo informe de la Comisión (art. 51 de la Convención). Asimismo, ante la expiración del plazo de un mes otorgado al Estado en este último documento para que hiciera saber el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en éste, y la falta de respuesta, la Comisión decidió, el 22 de diciembre de 1997, hacer público dicho segundo *Informe* e incluirlo en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA (párr. 439)².

El *Informe N° 55/97*, después de los capítulos en los que formula una descripción de los antecedentes (contexto, hechos alegados por los peticionarios y posición del Estado - párrafos 1/114) y del trámite internacional seguido (párrafos 115/126), permite ser dividido en cuatro grandes áreas: admisibilidad de la denuncia (1), análisis de la cuestión de fondo (2),

¹ *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*, Washington, 1998, pp. 277/383. Salvo indicación en contrario, las citas de párrafos (párr.) corresponderán a los de este *Informe N° 55/97*.

² Sobre el régimen de los aludidos informes, v. VENTURA-ROBLES, Manuel E., "Los artículos 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, ed. Rafael Nieto Navia, San José, 1994, p. 553.

tratamiento de las observaciones del Estado antes mencionadas (3), y recomendaciones (4).

1. ADMISIBILIDAD

La Comisión entiende satisfechos los requisitos formales, en la medida en que: (1) han sido agotados totalmente los recursos de la jurisdicción interna (art. 46.1.a de la Convención y 37 del Reglamento de la Comisión), lo que se habría “completado” con el rechazo del recurso de hecho dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (17-3-1992); (2) la petición fue recibida dentro de los seis meses, y (3) no se encuentra pendiente otro procedimiento de arreglo internacional (Convención, art. 46.1.b y c). A ello se sumó que el Estado no objetó el cumplimiento de los requisitos en juego (párrafos 127/129).

En cuanto a las causales de inadmisibilidad (art. 47 de la Convención), ocupan un lugar importante las consideraciones que efectúa la Comisión acerca de la llamada “fórmula de la cuarta instancia”, definida por aquélla reiteradamente a partir del *Informe 39/96* (caso *Marzioni-Argentina*, 15-10-1996).

Es sabido, señalaríamos, que el sistema de protección internacional de la Convención es de naturaleza subsidiaria, vale decir, su puesta en funcionamiento presupone que la rectificación del agravio invocado no ha sido posible en el ordenamiento jurídico nacional.

De este carácter deriva, v.gr., la regla del agotamiento de los recursos internos como requisito de admisibilidad de una denuncia ante la Comisión, y que se funda “en el principio de que el Estado demandado debe estar en condiciones de brindar una reparación por sí mismo y dentro del marco de su sistema jurídico interno” (párr. 140 y su cita).

A juicio de la Comisión, aunque esto pueda no ser tan claro como ella lo afirma, la subsidiariedad de su competencia también constituye la base de la denominada “fórmula de la cuarta instancia” (párrafos 141/1452).

Esta expresión, cabe advertir, fue acuñada por la Comisión Europea de Derechos Humanos, hoy disuelta con motivo de la reforma operada por el Protocolo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención Europea)³. La fórmula expresa que la función de dicha Comisión Europea no es la de revisar todo cuestionamiento de las medidas o decisiones del orden nacional de los Estados Partes: la Comisión carece de competencia para tratar agravios en los que se invocan “errores de derecho o de hecho” cometidos por los tribunales nacionales, salvo si considerara que dichos errores podrían implicar una eventual violación de los derechos y libertades garantizados por la Convención. La regla se extiende a lo resuelto por los tribunales nacionales sobre la admisibilidad de la prueba y su fuerza de convicción⁴. En algunas ocasiones, este órgano europeo, con referencia especial a la apreciación de la prueba, admitió la revisión internacional en supuestos de arbitrariedad o de injusticia flagrante por parte de las instancias internas⁵.

En el decir de la Corte Europea de Derechos Humanos, su tarea no consiste “en sustituir a las jurisdicciones internas competentes”⁶, de lo contrario se erigiría en juez de

³ V. GIALDINO, Rolando E., “La nueva Corte Europea de Derechos Humanos -Protocolo11-”, en *investigaciones* 1 (1999), p. 101.

⁴ Petición n° 8876, X. c. *Bélgica*, decisión del 16-10-1980, *Decisions and Reports/Décisions et Rapports*, 23, p. 233.

⁵ Petición n° 22909/93, *Waldberg c. Turquía*, decisión del 6-9-1995, *Decisions and Reports/Décisions et Rapports*, 82-A, p. 25, 28 y sus citas.

⁶ Caso *Handyside*, sentencia del 7-12-1976, Serie A n° 24, párr. 50.

“tercera o cuarta instancia” y “desconocería los límites de su misión”⁷.

En palabras de nuestra Comisión, la premisa básica de la fórmula es que aquélla no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que se considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención. En suma, la Comisión “no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia”. Un examen “de tal naturaleza solamente correspondería en la medida en que los errores resultaran en una posible violación de cualquiera de los derechos consagrados en la Convención...” (párr. 142 y su cita; asimismo, párrafos 143/144).

Ahora bien, en el caso, la denuncia “se refiere a hechos que caracterizan la violación de varios derechos humanos” (párr. 145).

Luego, reunidos los restantes recaudos, el caso fue declarado admisible (ídem).

2. FONDO DE LA CUESTIÓN

En este tema, dada la diversidad de hechos y cuestiones en juego, pueden distinguirse en el *Informe N° 55/97*, a su vez, cinco grandes sub-áreas relacionadas con: **2.1** el ataque al cuartel y su recuperación (Convención, art. 5 y Convenciones de Ginebra de 1949); **2.2** los hechos posteriores a la rendición de los atacantes (Convención, arts. 4 y 5, combinados con el art. 1.1); **2.3** el proceso judicial (ídem, arts. 8 y 25); **2.4** el derecho a la libertad personal (ídem, art. 7.5); y **2.5** el derecho a la igualdad ante la ley (ídem, art. 24).

2.1. EL ATAQUE AL CUARTEL Y SU RECUPERACIÓN

El primer punto de este tema lleva a la Comisión a esclarecer la calificación jurídica de los hechos litigiosos. Se trata, por lo pronto, de un interrogante de capital y particular importancia, dado que los peticionarios invocaron la aplicación de normas del Derecho Internacional Humanitario.

El mencionado Derecho, apuntamos brevemente, tuvo su impulsor originario en Henri Dunant que, conmovido por los resultados de la batalla de Solferino, condujo a la creación del Comité Internacional de Asistencia a los Heridos, futuro “Comité Internacional de la Cruz Roja”. Se sucederían, así, una primera Convención, en 1864, sobre el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en campañas armadas, que daría nacimiento al citado Derecho, y que se vería completada, en 1899, por una Convención suscripta en La Haya, que adaptó los principios de la de 1864 a la guerra marítima. En 1906 y 1907 se producirían otras mejoras, que se verían reafirmadas y desarrolladas en 1929. A su turno, entre el 21 de abril y el 12 de agosto de 1949, en el marco de la “Conferencia Diplomática para elaborar Convenciones Internacionales destinadas a proteger a las víctimas de la guerra”, celebrada en Ginebra, fueron elaboradas y adoptadas las cuatro Convenciones de Ginebra actualmente en vigor⁸. Posteriormente, en junio de 1977, fueron adoptados

⁷ Caso *Kemmache c. Francia* (n° 3), sentencia del 24-11-1994, Serie A n° 296-C, párr. 44. Sobre el principio de subsidiariedad en la Convención Europea, v. **PETZOLD, Herbert**, “The Convention and the Principle of Subsidiarity”, en *The European system for the protection of human rights* (Macdonald R.St.J., Matscher, F. y Petzold, H. editores), ed. M. Nijhoff, 1993, pp. 25/62.

⁸ Convención para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convención para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convención relativa al trato debido a los prisioneros de guerra, y Convención relativa a la

el Protocolo Adicional I y el Protocolo Adicional II.

No estuvo ausente, en la elaboración de los artículos comunes a dichas Convenciones, el aporte de algunas delegaciones latinoamericanas, especialmente la de México en cuanto a los conflictos armados sin carácter internacional⁹.

Ahora bien, y retomando la cuestión: ¿el ataque al Regimiento fue un caso de “disturbio interior o tensiones” o, por lo contrario, constituyó un “conflicto armado sin carácter internacional” o interno, según el sentido que le atribuye el art. 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 (art. 3 común)? (párr. 148)¹⁰.

La caracterización de los hechos es relevante, pues cada uno de los dos supuestos enunciados está regido por normas propias, aun cuando, como lo advierte la Comisión, las disposiciones del art. 3 común son, de hecho, normas “puras sobre derechos humanos”, de manera que su aplicación por un Estado Parte de la Convención en el cual exista un conflicto interno, en la práctica, no impone cargas adicionales a las fuerzas armadas, ni las coloca en una situación de desventaja frente a los grupos disidentes, dado que dicho art. 3 requiere que el Estado “haga, en gran medida, lo que ya está obligado a hacer legalmente en el marco de la Convención” (párr. 158, nota 19).

Al respecto, se ha considerado incluso que los gobiernos no pueden sentirse molestos ni incómodos al tener que aplicar el art. 3 común a los conflictos armados internos, sea cual fuere la denominación con que se los denomine, pues se piensa, como Jean Pictet, que es un mínimo de reglas que, de hecho, respetan cotidianamente en virtud de sus leyes. Más todavía: ha sido sostenido que los preceptos contenidos en dicho art. 3 común, integran el derecho internacional consuetudinario y son, por lo tanto, obligatorios aun para los Estados que no se hallan obligados convencionalmente por ninguna de las Convenciones de Ginebra¹¹.

protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, todas del 12-8-1949. V. *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1986, p. 3 y sigs. Por razones históricas, suele llamarse Derecho de La Haya, al que tiende a limitar el empleo de determinados métodos y medios de combate, y Derecho de Ginebra, al que protege a las víctimas del conflicto.

⁹ **RUDA, José María**, “Concepción Latinoamericana del Derecho Humanitario”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1980, vol. 49, n° 4, pp. 300/301.

¹⁰ El art. 3 común dispone: “En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar por lo menos las disposiciones siguientes:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en toda circunstancia, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A tal efecto, están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar, respecto de las personas arriba mencionadas: a) Los atentados a la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2. Los heridos serán recogidos y cuidados. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes. Las Partes contendientes se esforzarán, por otra parte, en poner en vigor por vía de acuerdos especiales la totalidad o parte de las demás disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las disposiciones precedentes no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes contendientes”.

¹¹ **MOYANO BONILLA, César**, “El derecho humanitario y su aplicación a los conflictos armados”, en *Vniversitas*, ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1987, pp. 186 y 191.

Ahora bien, los disturbios interiores y las tensiones internas, al margen de las distinciones que puedan presentar entre sí, tienen en común, para la Comisión, que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario, y regidos por normas de derecho interno y las pertinentes del derecho internacional de los derechos humanos (párr. 151). Por el contrario, sí caen dentro de dicho ámbito los “conflictos armados sin carácter internacional”, a los que el art. 3 común hace referencia aun cuando no los defina (párr. 152 y su cita).

No huelga señalar que uno de los aspectos más relevantes de las Convenciones de Ginebra de 1949 fue el reconocimiento del mentado “conflicto armado sin carácter internacional”, que hasta entonces carecía de regulación internacional, dado que el derecho de la guerra sólo era aplicable a las luchas armadas entre Estados, salvo cuando a la facción rebelde se le reconocía como beligerante.

Habida cuenta de la opinión antes recordada de la Comisión acerca del marco jurídico relativo a los “disturbios interiores” y las “tensiones internas”, cuadra advertir que, a juicio de C. Swinarski, el Derecho Internacional Humanitario, en cuanto a sus principios, es invocable en dichas situaciones, y puede ser aplicable por vía de analogía, “aunque esta aplicación no se fundamente en las reglas positivas de los instrumentos humanitarios, sino en los idóneos mecanismos instituidos por la comunidad internacional”. Los principios fundamentales de las Convenciones de Ginebra pueden servir de patrones de procedimientos jurídicos o inspirar la elaboración de las normas aplicables, de tal modo que se justifica hablar de la aplicabilidad “por analogía” e incluso de la “aplicabilidad indirecta” del Derecho Internacional Humanitario en ambas situaciones¹². También participa de la aplicación del art. 3 común en estos supuestos, F. Bouchet-Saulnier¹³.

La cuestión anteriormente señalada llevó al Comité Internacional de la Cruz Roja a convocar a una comisión de especialistas para que estudiase la “aplicación de los principios humanitarios en caso de disturbios interiores”, que se reunió en Ginebra entre el 3 y el 8 de octubre de 1966. Dicha comisión se movió entre dos concepciones, a saber: para la primera, expuesta por el embajador mexicano en la Conferencia de Ginebra de 1949, los derechos del Estado no pueden estar por encima de toda consideración humanitaria; en tanto que para la segunda, la acción humanitaria no debía implicar intrusión alguna en el plano jurídico ni ninguna apreciación acerca de la legitimidad de las medidas adoptadas por la autoridad para conseguir la conservación o el restablecimiento del orden¹⁴.

El dictamen, a nuestro juicio no ajeno a un cierto sincretismo, expresó: “La Comisión ha opinado que este artículo, aunque se refiere a situaciones distintas de las que son objeto de otras disposiciones del convenio, tiende a la aplicación de los principios de éste a coyunturas que, aún presentando ciertos caracteres de guerra, no encajan en el cuadro de guerra internacional. Resulta sin embargo difícil, las más de las veces, hacer figurar en tales situaciones la cuestión de los ‘disturbios interiores’ ya que éstos enfrentan a un Estado con personas que son ciudadanos suyos, súbditos o nacionales, y que por lo general no constituyen una ‘Parte del conflicto’. Pero en el actual estado del mundo, las situaciones de

¹² SWINARSKI, **Christophe**, *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana*, IIDH-Comité Internacional de la Cruz Roja, San José, 1990, pp. 38 y 39.

¹³ BOUCHET-SAULNIER, **François**, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, La Découverte, París, 1998, p. 76.

¹⁴ MOYANO BONILLA, **C.**, en *op. y loc. cit.* en nota 11, p. 187.

esta clase parecen tender a ser cada vez más frecuentes, y conviene tenerlas en cuenta, en cuanto sea posible, mediante la aplicación de los principios humanitarios básicos de los convenios de Ginebra. Al mismo tiempo no se debe perder de vista que el Estado enfrentado con conflictos de este género conserva un completo derecho de apreciación respecto a las medidas que vayan a tomarse para ‘reprimir, con arreglo a la ley, un motín o una insurrección’ (Convenio Europeo de los Derechos del Hombre, art. 2)”¹⁵.

Ahora bien, la Comisión observa que, en general, se entiende que el art. 3 común resulta aplicable a confrontaciones armadas abiertas y de poca intensidad entre fuerzas armadas o grupos relativamente organizados, que tienen lugar dentro del territorio de un Estado en particular.

Con ello, si nos atenemos a la cita de R. Píriz Ballón, la Comisión se habría hecho eco del pensamiento doctrinal de uno de sus miembros: R. Goldman¹⁶.

Según la Comisión, lo expresado sobre el campo de aplicación del art. 3 común excluye de éste a los motines, a los simples actos de bandolerismo, o a una rebelión “no organizada” y de corta duración. El art. 3 común se refiere a conflictos que, típicamente, consisten en hostilidades entre fuerzas armadas del gobierno y grupos insurgentes organizados y armados, aunque no descarta otros tipos de enfrentamientos sin la intervención de fuerzas del gobierno cuando, v.gr., éste se encuentre disuelto o debilitado de manera que no pueda intervenir. Con todo, el precepto no exige la existencia de hostilidades generalizadas y de gran escala, o una situación que se pueda comparar a una guerra civil en la cual grupos armados de disidentes ejercen el control de partes del territorio nacional (párr. 152)¹⁷.

Para C. Swinarski, en los términos del art. 3 común, es suficiente que un conflicto no internacional ocurra dentro del territorio de un Estado entre dos grupos identificables, sin la exigencia de que el bando opositor ejerza un dominio sobre una parte del territorio estatal y tenga capacidad de realizar operaciones militares sostenidas y concertadas¹⁸.

Agrega la Comisión, siguiendo en esto al Comentario de la Cruz Roja Internacional sobre las Convenciones de Ginebra de 1949¹⁹, que “a pesar de la ambigüedad en el umbral de aplicación, el art. 3 común debería ser aplicado de la manera más amplia posible” (párr. 152).

Esta última apreciación es de inocultable transcendencia pues, tanto en general como en lo que al caso en juego interesa, el problema más dificultoso en el deslinde entre disturbios internos y conflictos armados no internacionales, se presenta en la zona de contacto entre el nivel más bajo de estos últimos y el más alto de los primeros: situación particularmente

¹⁵ Idem, p. 188.

¹⁶ **PÍRIZ BALLÓN, Ramiro**, “El Derecho Internacional Humanitario y la protección de la persona humana en los conflictos armados no internacionales. Hacia nuevas formas de aplicación de sus principios y normas”, en *Héctor Gross Espiell Amicorum Liber*, Bruylant, Bruselas, 1997, p. 1180, con determinadas críticas a la posición de R. Goldman.

¹⁷ Este tipo de hostilidades internas en gran escala está regido, según la Comisión, por el Protocolo II Adicional a las Convenciones de Ginebra de 1949 -párr. 152, nota 17.

¹⁸ **SWINARSKI, Ch.**, *op. cit.* en nota 12, p. 37.

¹⁹ Comentario sobre la Convención de Ginebra relativa al mejoramiento de la condición de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en el campo de batalla.

violenta de disturbios internos y conflicto armado de nivel “inferior”. Línea de separación muchas veces “difusa” y de no fácil determinación (párr. 153).

De ahí que cuadre recordar lo señalado por A. Carrillo-Suárez, en cuanto a que un conflicto armado no internacional puede ser mejor descrito como un género entre dos extremos o umbrales: de un lado, el conflicto armado internacional tal como lo define el art. 2 común de las Convenciones de Ginebra; del otro, la situaciones internas de disturbios y tensiones, que el art. 1.2 del Protocolo II considera como conflictos no armados²⁰.

Tal tarea, según la Comisión, requiere actuar de “buena fe y realizar un estudio objetivo de los hechos en un caso concreto” (párr. 153).

A su vez, el esclarecimiento de este punto (2.1.1), de dar como resultado que la cuestión quede comprendida dentro del Derecho Internacional Humanitario, tal como ocurrió en el caso, conduciría a tener que establecer la competencia de la Comisión a tal efecto (2.1.2), y al pronunciamiento sobre el mérito de las denuncias (2.1.3).

2.1.1. Caracterización de los hechos de La Tablada

Como se desprende de lo antedicho, la Comisión descartó que los sucesos litigiosos hubiesen configurado un disturbio interno. Lo que ocurrió en La Tablada “no equivale a demostraciones violentas en gran escala, estudiantes que arrojan piedras a policías, bandidos que toman rehenes para obtener rescate, o el asesinato de funcionarios del gobierno por razones políticas, todas ellas formas de violencia interna que no reúnen las características de conflictos armados” (párr. 154).

Para ello, tomó en consideración dos datos importantes relativos a las acciones emprendidas por los atacantes, para diferenciarlas de las formas de violencia interna ajenas a los conflictos armados: a) el carácter concertado de los actos hostiles, y b) la naturaleza y grado de violencia de los hechos. Se trató de un ataque armado que fue cuidadosamente planificado, coordinado y ejecutado, v.gr., una operación militar contra un objetivo militar característico, un cuartel. La respuesta oficial, a su vez, fue una acción militar para recuperar el cuartel y someter a los atacantes (párr. 155).

El Comité Internacional de la Cruz Roja observa que el art. 3 común concierne, en uno de sus supuestos, a “toda situación en la que, dentro de los límites del territorio de un Estado, se registren hostilidades caracterizadas en las que se enfrenten fuerza armadas con grupos armados organizados”²¹.

Luego, no obstante su corta duración, el choque “activó la aplicación de las disposiciones del art. 3 común, así como de otras normas relevantes de conflictos internos” (párr. 156).

El Tribunal Penal Internacional para Rwanda tiene juzgado que, si bien la caracterización de los conflictos armados no internacionales deriva, *inter alia*, de su intensidad, la evaluación de ésta no depende del juicio subjetivo de las partes antagonistas²².

²⁰ CARRILLO-SUAREZ, Arturo, “Hors de Logique: Contemporary Issues in International Humanitarian Law as Applied to Internal Armed Conflict”, en *American University International Law Review*, Washington, 1999, vol. 15, n° 1, p. 69.

²¹ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Normas fundamentales de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales*, Ginebra, 1983, p. 52.

²² Caso *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, sentencia del 2-9-1998, en SASSOLI, M. y BOUVIER, A. A., *op. cit.* en nota 24, p. 1329, párrafos 602/603. Sobre el caso, v. *investigaciones 2* (1998), p. 295, y las referencias bibliográficas allí citadas.

Al respecto, T. Buergenthal advierte que los gobiernos que enfrentan serios disturbios armados internos son reacios a caracterizarlos en términos del art. 3 común, prefiriendo describir a los insurgentes como bandidos o personas fuera de la ley, aun cuando la aplicación de dicha norma, tal como lo hemos visto (v. nota 10), no afecta el estatuto legal de las partes en el conflicto. Con todo, es dificultoso, advierte, establecer cuándo los disturbios internos alcanzan la intensidad requerida para hacerlos caer en la mentada disposición²³.

Como lo expresan M. Sassòli y A.A. Bouvier, la calificación de conflictos armados no internacionales es a veces dificultosa desde el punto de vista teórico, y siempre delicada desde el político²⁴.

En tal sentido, la comunicación del Estado argentino hizo referencia al Derecho Internacional Humanitario y a la definición de la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949, notando que tales reglas solamente se aplican a conflictos armados internacionales, lo cual no era el caso de los hechos de enero de 1989 (párr. 73), aun cuando caracterizó como “operación militar” la decisión de recobrar el cuartel por la fuerza (párr. 147). También afirmó que los crímenes habían sido correctamente calificados como “rebelión” (párr. 81).

Empero, dados los recordados términos del art. 3 común, “las normas humanitarias no afectan las condiciones bajo las cuales puede entrar en vigor el derecho interno de un Estado, no impidiendo que el conflicto se califique como una rebelión y a la parte opuesta al Gobierno como rebelde sujeto a castigo”, en palabras de H. Salinas Burgos²⁵.

La dicotomía entre conflictos armados internacionales e internos, y la señalada tendencia de los Estados a calificar a estos últimos como actos de rebelión, motín o traición, refleja la concepción tradicional de la comunidad internacional, basada en la coexistencia de Estados soberanos más inclinados a guardar sus propios intereses que las preocupaciones de la comunidad o las demandas humanitarias, en el decir del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Empero, advierte este último que, a partir de 1930, la señalada dicotomía se ha visto cada vez más atenuada, y acrecentadas las normas internacionales sobre los conflictos armados internos. Ello, a juicio de dicho Tribunal, se debería a diversos factores: a) el aumento de la frecuencia de las guerras civiles; b) el incremento de la crueldad y duración de dichos conflictos; c) la extensión de la lucha civil, sumada a la mayor interdependencia de los Estados en la comunidad mundial; d) el impetuoso desarrollo y difusión de la doctrina de los derechos humanos en la comunidad internacional, particularmente después de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. De todo ello se sigue que en el área de los conflictos armados, la distinción entre los de índole interestatal y local pierda su valor tan pronto se encuentra alcanzada la persona humana²⁶.

²³ **BUERGENTHAL, Thomas**, *International Human Rights*, West Publishing, 1995, 2a. ed., pp. 256/257 y sus citas.

²⁴ **SASSOLI, Marco** y **BOUVIER, Antoine A.**, *How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, International Committee of the Red Cross, Ginebra, 1999, p. 201. Es oportuno advertir que la obra citada, además de contener una selección de párrafos del Informe N° 55/97, propone un cuestionario para la discusión de este caso -pp. 1042/1053.

²⁵ **SALINAS BURGOS, Hernán**, “La protección de la persona en situaciones de conflicto armado. Instrumentos actuales de protección y posibles desarrollos jurídicos”, en *Seminario Interamericano sobre la Protección de la Persona en Situaciones de Emergencia*, IIDH, San José, 1996, p. 108.

²⁶ Caso *The Prosecutor v. Tadic a/k/a “Dule”*, del 2-10-1995, en **SASSOLI, M. y BOUVIER, A. A.**, *op. cit.* en nota 24, pp. 1180/1181, párrafos 96/97.

Retomando lo antedicho respecto del estatus de los beligerantes no estatales, se concluye en que la aplicación del Derecho Internacional Humanitario a los conflictos armados no internacionales, no internacionaliza el conflicto ni confiere a los primeros otro estatus que no sea el de la personalidad internacional necesaria para tener derechos bajo dicho orden legal. En ningún caso el Estado reconoce, al aplicar el Derecho Internacional Humanitario, una personalidad legal internacional separada a los rebeldes, manteniendo aquél su autoridad para volver sobre éstos y sancionarlos, en un juicio respetuoso del debido proceso. Por cierto, que la vinculación con el Derecho Internacional Humanitario no pesa sólo sobre el Estado, pues se extiende también al grupo que lucha contra el gobierno (y también a los grupos que luchan entre sí)²⁷.

En expresiones de J.A. Barberis, el art. 3 común establece obligaciones y derechos a cargo de entidades que son parte en un conflicto armado no internacional, que derivan de una norma de derecho de gentes, que es el citado art. 3. Por lo tanto, concluye, el grupo que es parte contendiente en dicho conflicto es sujeto de derecho de gentes²⁸.

Con anterioridad a la innovación del art. 3 común, los “insurgentes” tenían un estatus similar a la de los piratas o bandidos, esto es, ningún estatus²⁹.

Por ende, también podría agregarse que los Estados tienen la obligación de prever, en su legislación interna, las consiguientes sanciones para quienes violaran el Derecho Internacional Humanitario, en virtud de la obligación de “respetar y hacer respetar” contenida en el art. 1 común a las Convenciones de Ginebra que, según la doctrina de la Corte Internacional de Justicia, son aplicables a todo tipo de conflicto armado³⁰.

Y a ello se suma, como bien lo subraya C. Sommaruga, la obligación de “prevenir”, incluso por el ejemplo de un discurso sin concesiones³¹.

Más todavía. A juicio de J.-L. Blondel, la alternativa a la mentada obligación estatal es la de confiar al presunto autor de una infracción grave al Derecho Internacional Humanitario a una Parte interesada en demandarlo, siempre que ésta le pueda imputar cargos suficientes, de conformidad con el principio *aut judicare aut dedere*³². “La obligación de

²⁷ **SASSOLI, M.** y **BOUVIER, A. A.**, *op. cit.* en nota 24, pp. 214/217. V., asimismo, **MOYANO BONILLA, C.**, *op. y loc. cit.* en nota 11, p. 188; Corte Internacional de Justicia, *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (27-6-1986)*, párr. 219, sobre los actos de los *contras* en el conflicto nicaragüense; y los párrafos 173/174 del *Informe N° 55/97*.

²⁸ **BARBERIS, Julio A.**, *Los sujetos del derecho internacional actual*, ed. tecnos, Madrid, 1984, pp. 118/119, en las que el autor desarrolla las cuestiones atinentes al principio *pacta tertiis non nocent*, y a la adjudicación de derechos por un tratado a terceros.

²⁹ **REED, Walter D.**, “International Humanitarian Law: An Introduction to Its Concepts, Historical Background and Recent Developments”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 1980, vol. 49, n° 4, p. 283.

³⁰ **DJIENA WEMBOU, Michel-Cyr**, “La répression des crimes de guerre et des autres violations graves du droit humanitaire”, en *African Journal of International and Comparative Law/Revue Africaine de Droit International et Comparée*, ed. The African Society of International and Comparative Law, Londres, 1999, vol. 11, n° 3, p. 383. Véanse notas 27, 42 y 43.

³¹ **SOMMARUGA, Cornelio**, “Le droit international humanitaire au seuil du troisième millénaire: bilan et perspectives”, en *Revue Internationale de la Croix-Rouge/International Review of the Red Cross*, ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1999, vol. 81, n° 836, p. 921.

³² V., asimismo, **NAHLIK, Stanislaw E.**, “Compendio de derecho internacional humanitario”, en *Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, julio-agosto 1984, p. 43.

reprimir las infracciones graves es independiente de la nacionalidad de los autores y del lugar en que se cometieron los actos, según el principio de la ‘jurisdicción universal’³³.

A modo de digresión, podríase acotar que las distinciones entre conflictos armados internacionales y no internacionales también se encuentran presentes en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma en julio de 1998 (art. 8.2.d y f).

2.1.2. Competencia de la Comisión para aplicar el Derecho Internacional Humanitario

Esclarecido el punto anterior, se presentó el tema referente a la aplicación en el caso del Derecho Internacional Humanitario o a la interpretación de la Convención tomando como referencia las normas de aquél (párr. 157), vale decir, la competencia de la Comisión al respecto.

La solución del interrogante, por cierto, no carece de dificultades. La Comisión seguirá diversos cursos argumentativos que parten, a modo de premisa, de la comprobación del carácter convergente y de refuerzo recíproco de las normas del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de los Derechos Humanos en situaciones de conflicto armado interno³⁴. En cuanto a lo primero, la Convención y las Convenciones de Ginebra comparten, por un lado, un núcleo común de derechos no suspendibles y, por el otro, el objetivo de proteger la integridad física y la dignidad del ser humano.

Ahora bien, aun cuando es cierto que los tratados de derechos humanos son aplicables tanto en tiempo de paz como en situaciones de conflictos armados -pero uno de sus objetivos es prevenir la contienda-, también lo es que no han sido diseñados para regular situaciones de esa índole y, en consecuencia, no incluyen normas que rijan los medios y los métodos de aquéllos. Con todo, las disposiciones del art. 3 común son, de hecho, normas “puras sobre derechos humanos”, tal como ya lo hemos señalado, de manera que su aplicación por un Estado Parte de la Convención en el cual exista un conflicto interno, en la práctica, no impone cargas adicionales a las fuerzas armadas, ni las coloca en una situación de desventaja frente a los grupos disidentes, dado que dicho art. 3 requiere que el Estado “haga, en gran medida, lo que ya está obligado a hacer legalmente en el marco de la Convención” (párr. 158, nota 19). Ello no quita que el Derecho Internacional Humanitario -convencional y consuetudinario- otorgue una protección “mayor y más concreta” para las víctimas de los conflictos armados que las enunciadas de manera “más global” en la Convención o en otros instrumentos de derechos humanos (párr. 159).

Se ha dicho, con razón, que el art. 3 común es por sí solo “un pequeño Convenio incluido en el grande”³⁵.

El Derecho Internacional Humanitario no se aplica, “por lo general”, en tiempo de paz dado que su objetivo es restringir la contienda armada para disminuir los efectos de las hostilidades.

³³ **BLONDEL, Jean-Luc**, “Relevancia del Derecho Humanitario en un mundo de conflictos”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, junio 1995-marzo 1996, nros. 67-71, p. 37.

³⁴ En cuanto a la señalada convergencia, v., en general, **CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto**, “Aproximaciones o convergencias entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos”, en *Seminario...* cit. en nota 25, p. 33; y “Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: aproximaciones y convergencias”, en *Estudios Especializados de Derechos Humanos I*, IIDH, San José, 1996, p. 63.

³⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja, “Normas fundamentales de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales”, Ginebra 1983, p. 52.

Empero, es precisamente en situaciones de conflicto armado interno en que se produce la convergencia y el refuerzo recíprocos antes recordados. Tanto el art. 3 común como el art. 4 de la Convención, protegen el derecho a la vida y, en consecuencia, prohíben, *inter alia*, las ejecuciones sumarias en cualquier circunstancia. Sin embargo, la Comisión, a su juicio, podría encontrarse limitada si se fundara únicamente en el citado art. 4, en la medida en que éste no contiene disposiciones que definan o distingan a los civiles de los combatientes, ni mucho menos que especifiquen cuándo un civil puede ser objeto de ataque legítimo, entre otros aspectos. De ahí que, continúa, deba necesariamente referirse y aplicar estándares y reglas del Derecho Humanitario como fuentes de interpretación autorizadas, al resolver causas como la presente, en las que se alegue la violación de la Convención en situaciones de conflicto. Si la Comisión obrara de otra forma, debería declinar su competencia en muchos casos de ataques indiscriminados perpetrados por agentes del Estado que provoquen un número considerable de bajas civiles lo cual, a su entender, sería un absurdo a la luz del objeto y fin de la Convención y de los tratados de Derechos Humanitario (párr. 161).

A. A. Cançado Trindade observa que es justamente en los conflictos armados no internacionales, que ponen en relieve las relaciones entre el Estado y las personas bajo su jurisdicción, cuando la convergencia entre el Derecho Humanitario y los derechos humanos “se hace aún más claramente manifiesta”³⁶. Aproximación esta que no se limita al plano normativo, pues se hace igualmente presente en el de la interpretación (e implementación) de los instrumentos de protección³⁷.

No es casual, por ende, que T. Meron cite precisamente el *Informe N° 55/97* (párrafos 158/161), como ejemplo de cómo los órganos de derechos humanos han estimulado esta relación simbiótica al aplicar el Derecho Humanitario. A lo que este autor suma que el razonamiento de la Comisión expresado en el antes reseñado párrafo 161 del *Informe N° 55/97*, recuerda el de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el uso de armas nucleares, mediante el cual ésta concluyó en que la determinación de cuándo la privación de la vida en tiempo de guerra debe ser considerada violatoria del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, requiere la referencia al derecho aplicable a los conflictos armados dado que los términos del Pacto resultan insuficientes al respecto³⁸.

Las tendencias prevalecientes en la actualidad, según T. Hadden y C. Harvey, señalan que el Derecho de los Derechos Humanos y el Derecho de los conflictos armados son complementarios dado que resultan aplicables en la mayoría de las situaciones de conflictos internos (e internacionales). Y, por ende, existe la necesidad de eliminar toda incompatibilidad entre dichas ramas, tanto en materia de principios como en su aplicación³⁹.

Se trata de la existencia de un fondo común a dichas ramas, que parece predestinarlas a múltiples y fructíferos intercambios, aun cuando sólo la asidua atención de

³⁶ **CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto**, “Aproximaciones o convergencias entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos”, en *Seminario...* cit. en nota 25, p. 44, c/cita de M. El-Kouhene.

³⁷ *Idem*, p. 45 y sigs.

³⁸ **MERON, Theodor**, “The Humanization of Humanitarian Law”, en *American Journal of International Law*, ed. The American Society of International Law, Washington, 2000, vol 94, n° 2, pp. 247 y 272; v. también el texto de p. 271. La aludida Opinión Consultiva es la citada en la nota 43.

³⁹ **HADDEN, Tom y HARVEY, Colin**, “The law of internal crisis and conflict”, en *Revue internationale de la Croix-Rouge/International Review of the Red Cross*, 1999, n° 833, pp. 119 y 120.

los tratadistas “modernos” ha permitido develar dicho contacto, que no se advertía inmediatamente después de la II Guerra Mundial⁴⁰.

La concurrencia del derecho de Ginebra con la Convención Americana sobre Derechos Humanos se dio cita, v.gr., en el caso *Lumi Videla*, resuelto por la Cámara de Apelaciones de Santiago (Chile)⁴¹.

Como fuere con ello, “la competencia de la Comisión para aplicar las normas del Derecho humanitario se sustenta ampliamente en el texto mismo de la Convención Americana, de su propia jurisprudencia y la de la Corte Interamericana...” (párr. 162).

Más aún. Agregaríamos que, como lo ha juzgado la Corte Internacional de Justicia en el caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (27-6-1986), las previsiones del art. 3 común se emplazan en el rango de consideraciones “elementales de humanidad” y la obligación de respetarlas no deriva sólo de las Convenciones mismas, “sino de principios generales de derecho humanitario de los que las Convenciones son una expresión concreta”⁴².

Sobre estos principios volverá la Corte Internacional de Justicia, en 1996, cuando, aludiendo a la cláusula Martens, considerará que la versión moderna de ésta resulta el art. 1.2 del II Protocolo Adicional, según el cual, en los casos no alcanzados por dicho cuerpo legal o por otro acuerdo internacional, los civiles y los combatientes permanecen bajo la protección y la vigencia de los principios del derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos, los principios de humanidad y las exigencias de la conciencia pública⁴³.

La cláusula Martens obra, entonces, a modo de guía y complemento tanto de los principios generales como de las reglas específicas del Derecho Internacional Humanitario, cubriendo, asimismo, las lagunas e insuficiencia existentes⁴⁴.

Las mentadas condiciones “elementales de humanidad” constituirían, según el estudio de diversos precedentes de la Corte Internacional realizado por P.-M. Dupuy, una invocación para designar normas imperativas, absolutas, mínimas, no susceptibles de transgresión y, por ende, inderogables⁴⁵.

Entre otras muchas consecuencias de su significado actual, la cláusula Martens salvaguarda el derecho consuetudinario, y sostiene el argumento según el cual no todo lo que

⁴⁰ **KOLB, Robert**, “Relaciones entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos: reseña histórica de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y los Convenios de Ginebra (1949)”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1998, n° 147, p. 441.

⁴¹ Sala Tercera de lo Penal, 26-9-1994, en **SASSOLI, M. y BOUVIER, A. A.**, *op. cit.* en nota 24, p. 895.

⁴² **V. SUDRE, Frédéric**, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Puf, París, 1997, 3a. ed., pp. 153/154.

⁴³ *Legalidad de la amenaza o del uso de armas nucleares*, Opinión Consultiva del 8-7-1996, en *Human Rights Law Journal*, N.P. Engel, 1996, n° 7-10, párr. 78. Advertimos, a modo de digresión, que la opinión dada por la citada Corte sobre el fondo de la cuestión ha despertado una gran polémica -v. entre otros, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international (Colloque de Strasbourg)*, Pedone, París, 1998, p. 302 y sigs.

⁴⁴ **SALINAS BURGOS, H.**, *op. y loc. cit.* en nota 25, p. 100.

⁴⁵ **DUPUY, Pierre-Marie**, “Les ‘considérations élémentaires d’humanité’ dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice”, en *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Droit et justice*, Pedone, París, 1999, p. 128.

no esté prohibido en un tratado debe ser necesariamente lícito⁴⁶.

No sería impropio agregar que, en realidad, las analogías entre el derecho de los conflictos armados internacionales y el de los no internacionales, se presentan con necesidad. Existen casos en que la regla precisa resultante de un principio común, o de la combinación de principios con disposiciones del derecho de los conflictos armados no internacionales o con la simple lógica jurídica, puede ser hallada por analogía en las reglas establecidas con mucho mayor detalle en las Convenciones de Ginebra y el Protocolo I sobre los conflictos armados internacionales. Asimismo, ciertas normas y regímenes del derecho de los conflictos armados internacionales deben ser aplicadas a los conflictos armados no internacionales para llenar lagunas en las prescripciones aplicables a éstos, o para hacer posible la aplicación de sus disposiciones explícitas, o para darles a éstas la oportunidad de ser aplicadas en la realidad⁴⁷.

Por lo demás, es visible la tendencia a atenuar el distingo entre conflictos armados internacionales y no internacionales, con la consiguiente incorporación de principios y normas de los primeros al ámbito de los segundos⁴⁸.

Precisamente, dos de los desarrollos que ha tenido el Derecho Internacional Humanitario en el período posterior a la finalización de la llamada Guerra Fría han sido, por un lado, la pérdida de significado de la distinción antes mencionada, lo que se vio facilitado por el tercer desarrollo: el crecimiento de la importancia del Derecho Consuetudinario. A su turno, un cuarto paso lo ha proporcionado la influencia de los derechos humanos en el Derecho Internacional Humanitario, derivado del hecho de que en los conflictos armados no internacionales, este último y el Derecho de los Derechos Humanos juegan un papel de análoga importancia⁴⁹.

No obstante las debilidades de la protección internacional de los derechos humanos, por lo demás habitual en derecho internacional, parece incuestionable, afirma J.A. Carrillo Salcedo, que la ampliación que va cobrando este último entraña una modificación de la naturaleza de dicho derecho, que pasa a ser un sistema interestatal. Pero, agrega, “las relaciones entre el poder público y los particulares que dependen de su autoridad son regidos por el derecho internacional”. De ahí la existencia de un nexo incuestionable entre derechos humanos y el *jus cogens* internacional⁵⁰.

Ahora bien, la Comisión no pareció ver en los motivos que hemos reseñado antes de las precedentes acotaciones, razones concluyentes, y quizás con razón. Por ende, acto seguido desarrollará otros argumentos, de alcances desiguales.

Por un lado, sostendrá que la obligación derivada del art. 25 de la Convención atañe a

⁴⁶ **MERON, Theodor**, “The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience”, en *American Journal of International Law*, ed. The American Society of International Law, Washington, 2000, vol 94, n° 1, p. 79.

⁴⁷ **SASSOLI, M. y BOUVIER, A. A.**, *op. cit.* en nota 24, pp. 207/208, y los ejemplos que exponen.

⁴⁸ **MERON, T.**, *op. y loc. cit.* en nota 38, pp. 260/263.

⁴⁹ **SCHINDLER, Dietrich**, “Significance of the Geneva Conventions for the contemporary world”, en *Revue Internationale de la Croix-Rouge/International Review of the Red Cross*, ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1999, vol. 81, n° 836, pp. 721/723.

⁵⁰ **CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio**, “Droit international et souveraineté des Etats. Cours général de droit international public”, en *Recueil des Cours/Collected Courses 1996* (Publicación de la Academia de Derecho Internacional), ed. Martinus Nijhoff Publishers, La Haya/Boston/Londres, 1997, n° 257, p. 67.

que los Estados provean a los individuos de recursos judiciales internos que los amparen contra violaciones consumadas por los agentes del Estado a sus derechos fundamentales reconocidos “por la Constitución o la ley”, entre otros instrumentos. Ello, por ende, incluye a los derechos nacidos de las Convenciones de Ginebra, en la medida en que el Estado demandado los hubiese incorporado a su derecho interno, como era el caso de Argentina (párr. 163).

Esta conclusión respalda la competencia de la Comisión en cuanto a los agravios derivados del citado art. 25.

Empero, en atención a que el caso excedía esa materia, debían avanzarse otros argumentos.

A tal fin, la Comisión buscará apoyo en el art. 29.b de la Convención, vale decir, en la llamada “cláusula más favorable al individuo” (“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de... b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”). A partir de considerar que se encuentra ante una situación a la que le son aplicables, de manera concurrente, la Convención y el Derecho Internacional Humanitario, la Comisión sostendrá que, en esas hipótesis, se encuentra obligada a asignar efecto legal a la norma que consagre el estándar más elevado (párr. 165).

Es oportuno recordar, entonces, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana): “Si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”⁵¹. No cabe olvidar, asimismo, que la Convención debe ser interpretada del modo más favorable al individuo, que es el sujeto de la protección internacional⁵².

A ello se sumará, también, el art. 27.1 de la Convención que, si bien permite que un Estado Parte pueda suspender, temporalmente, ciertas garantías fundadas en la Convención durante situaciones de emergencia genuina, igualmente requiere que no se suspenda ninguna que resulte “incompatible” con “las demás obligaciones que le impone el derecho internacional” a dicho Estado. Por lo tanto, aun cuando no pueda interpretarse esta norma como una incorporación a la Convención, por vía de referencia, de todas las obligaciones jurídicas internacionales de un Estado, sí prohíbe que un Estado adopte medidas de suspensión que constituirían una violación de sus otras obligaciones internacionales, sean éstas convencionales o consuetudinarias. En consecuencia, sumando a su razonamiento la opinión de T. Buergenthal sobre el art. 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, esencialmente idéntico al 27.1 de la Convención, la Comisión afirmará que cuando se analiza la legalidad de las medidas de suspensión adoptadas por un Estado Parte, en virtud de la existencia de un conflicto armado al cual se aplican tanto la Convención como los tratados de Derecho Humanitario, la cuestión no debería resolverse solamente por la referencia al texto del citado art. 27.1. Lo debido es, más bien, determinar si los derechos afectados por tales medidas están garantizados de manera similar en los tratados de Derecho Humanitario. Y, si se encuentra que los mentados derechos no pueden ser suspendidos bajo los aludidos tratados, debería concluirse en que tales medidas de suspensión son violatorias

⁵¹ *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85, 13-11-1985, Serie A N° 5, párr. 52.

⁵² Corte Interamericana, *Viviana Gallardo y otras*, N° G 101/81, decisión del 13-11-1981, párr. 16; *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82, 24-9-1982, Serie A N° 2, párr. 29.

de las obligaciones del Estado tanto bajo la Convención como bajo los aludidos tratados (párr. 170).

Las normas relativas a derechos no derogables (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 4; Convención, art. 27; art. 3 común -a lo que podría añadirse el art. 15 de la Convención Europea) son “aplicables concomitantemente y con contenido análogo a las normas humanitarias, y en situaciones muy similares”. En suma, se ha producido una suerte de ingreso del Derecho Internacional Humanitario en el ámbito - tradicional de los derechos humanos- de las relaciones del Estado y las personas sujetas a su jurisdicción⁵³.

Finalmente, la Comisión se sustentará en la doctrina de la Corte Interamericana relativa a la interpretación del art. 64 de la Convención: “en varias ocasiones, en sus informes y resoluciones, la Comisión ha invocado correctamente ‘otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos’, con prescindencia de su carácter bilateral o multilateral o de que se hayan adoptado o no dentro del marco o bajo los auspicios del sistema interamericano” (OC-1/82, del 24-9-1982, párr. 43) (párr. 171).

Nos permitimos agregar las reflexiones de T. Buergenthal. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4), la Convención Americana (art. 27) y la Convención Europea (art. 15), contienen las llamadas cláusulas de suspensión, que permiten a los Estados Partes, en tiempo de guerra o de otras serias emergencias nacionales, suspender determinados derechos previstos en dichos instrumentos. Empero, diversas salvaguardias limitan el ejercicio de tales cláusulas, de las cuales dos resultan relevantes en lo que hace a la interacción entre el Derecho Humanitario y los Tratados de Derechos Humanos.

Primeramente, las mencionadas cláusulas determinan ciertos derechos fundamentales que no admiten suspensión incluso en tiempo de guerra u otras emergencias. Los tres instrumentos señalados, no obstante sus diferencias, prohíben la suspensión de un mismo conjunto de derechos básicos, entre los cuales se encuentran el derecho a la vida y a no ser torturado.

En segundo término, las normas de suspensión también limitan la manera en que los Estados pueden ejercer el poder que aquéllas les confieren. Todas estas normas, *inter alia*, disponen que, por su intermedio, no es admisible adoptar medidas que resulten incompatibles con las demás obligaciones que establece el derecho internacional. Esto es de suma importancia para los Estados que hubiesen ratificado los tratados de Derecho Humanitario y uno o más de los principales instrumentos de Derechos Humanos pues, en tal caso, los primeros instrumentos forman parte integral de las normas de suspensión de los tratados de Derechos Humanos, impidiendo la suspensión durante las hostilidades armadas de los derechos cuyo goce está garantizado por las Convenciones de Ginebra, por ejemplo, o uno de los dos Protocolos. El reverso, asimismo, también es correcto. Un gobierno, p.ej., puede ser libre, bajo el Derecho Humanitario, de adoptar una determinada medida en tiempo de guerra. Si esta medida afectara adversamente el goce de un derecho no suspendible protegido por una convención de Derechos Humanos que el Estado hubiese ratificado, dicho gobierno estaría impedido de tomar la medida incluso en tiempo de guerra aun cuando no estuviese prohibida por las Convenciones de Ginebra o sus Protocolos⁵⁴.

⁵³ Así como, en contrapartida, los tratados de derechos humanos vienen a ocuparse de la protección de aquellos derechos también en tiempos de crisis y de situaciones excepcionales (e.g., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 4; Convención, art. 27; Convención Europea, art. 15) -**CANÇADO TRINDADE, A. A.**, “Aproximaciones o convergencias entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos”, en *Seminario...* cit. en nota 25, pp. 36 y 41.

⁵⁴ **BUERGENTHAL, T.**, *op. cit.* en nota 23, pp. 265/266.

El tema, por cierto, ha despertado la reflexión de la doctrina europea. R. Ergéc, al respecto, advierte la importancia del problema, vale decir, el de la aplicación acumulativa del art. 3 común y el ya citado art. 15 de la Convención Europea pues, si bien las garantías previstas en el primero se corresponden en gran parte con los derechos intangibles previstos en el segundo, el inciso 2.d del art. 3 común prohíbe “las condenas pronunciadas y las ejecuciones efectuadas sin juicio previo, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. En tales condiciones, dado que están permitidas las derogaciones a los arts. 5 -derechos a la libertad y a la seguridad- y 6 -derecho al debido proceso- de la citada Convención Europea, el mínimo previsto en la norma entrecomillada aseguraría una protección cuyos alcances no deberían ser pasados por alto, mayormente cuando no es seguro que la regla de proporcionalidad del art. 15.1 pueda, por sí sola, garantizar un mínimo irreductible en toda circunstancia⁵⁵.

Si bien es cierto que las reflexiones de R. Ergéc parecen partir de ciertas dudas generadas por un precedente de la Comisión Europea de Derechos Humanos, y aun cuando la posición del citado autor se orienta en sentido favorable a dicha acumulación, no lo es menos que su exposición también tiende a salir al cruce de la debilidad que pueda ofrecer la limitación prevista en el citado art. 15.1 de la Convención Europea⁵⁶.

El punto no deja de tener interés en el sistema interamericano dado el tratamiento conjunto que hemos dado al art. 15 de la Convención Europea y al art. 27 de la Convención Americana, a lo que se suma que tampoco ésta enumera, entre los derechos insusceptibles de suspensión, a los previstos en sus arts. 7 -derecho a la libertad personal- y 8 -garantías judiciales (v. art. 27.2).

Sin embargo, no parece claro que la antes señalada doctrina de la Comisión no ofrece duda alguna: si la suspensión de un derecho es inadmisibles a la luz del Derecho Humanitario aplicable, toda medida de suspensión al respecto es violatoria de la Convención (párr. 170).

Más todavía. No obstante las analogías entre los arts. 15 de la Convención Europea y 27 de la Convención Americana, esta última difiere de la primera en un punto esencial: prohíbe expresamente la suspensión de las “garantías judiciales indispensables para la protección” de los derechos intangibles (art. 27.2 *in fine*).

Es este, por cierto, un feliz hallazgo de los redactores de la Convención, único instrumento internacional de derechos humanos que incluyó a las garantías judiciales entre los derechos no suspendibles⁵⁷. Luego, cualquier hesitación sobre la aplicabilidad del inciso 2.d del art. 3 común en casos como el presente, desaparecería, además de por lo antedicho, por imperio del recordado pasaje del art. 27.2 de la Convención.

A todo evento, las garantías procesales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados de las que habla el art. 3 común (inc. 1.d), se complementan con las

⁵⁵ **ERGEC, Rusen**, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Bruylant-Université de Bruxelles, Bruselas, 1987, p. 225.

⁵⁶ *Idem*, pp. 224/225.

⁵⁷ **VALIÑA, Liliana**, “Droits intangibles dans le cadre du système interaméricain des droits de l'homme”, en *Droits intangibles et états d'exception/Non-derogable Rights and States of Emergency* (D. Prémont, Ch. Stenersen e I. Oseredczuk, eds. y coord.), Bruylant, Bruselas, 1996, p. 255. V., asimismo, la exposición de esta autora sobre las garantías judiciales esenciales para la protección de los derechos no susceptibles de derogación, y sobre otros derechos intangibles fuera de los enumerados en el art. 27.2 de la Convención -pp. 255/267. V., también, Corte Interamericana, OC-8/87 y OC-9/87.

cláusulas respectivas de los Protocolos I y II de las Convenciones de Ginebra, en su aplicación a los conflictos armados no internacionales⁵⁸.

Tal como lo afirma L. Despouy, la extensión del Derecho Humanitario a los conflictos armados internos ha producido, en lo que concierne al núcleo de los derechos intangibles, un refuerzo recíproco de estas dos ramas del derecho internacional⁵⁹.

No estaría por demás observar, entonces, cómo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea, y la Convención Americana, empleadas para la elaboración de los arts. 4 del Protocolo II y 75 del Protocolo I de las Convenciones de Ginebra, resultan normas que deben tenerse en consideración para la interpretación de estos últimos⁶⁰.

La llamada Declaración Turku, a su vez, determina una serie de estándares humanitarios mínimos aplicables en toda situación, incluso violencias internas, disturbios, tensiones o emergencias públicas, y que no pueden ser derogados bajo circunstancia alguna, haya o no sido declarado el estado de emergencia⁶¹.

En suma, el derecho a la vida y a no ser torturado o sometido a tratos inhumanos o degradantes, integran el llamado núcleo duro de los derechos humanos, que beneficia “a todos, en todo lugar y bajo toda circunstancia”. Son atributos inalienables de la persona humana, fundados como tales sobre valores que se encuentran, como principio, en todos los patrimonios culturales y sistemas sociales: expresan el valor del respeto de la dignidad inherente a la persona⁶².

El Derecho Internacional Humanitario, observa J. Patrnoxic, debería penetrar más en la esfera del Derecho de los Derechos Humanos, y éste debería tomar más en cuenta las necesidades de proteger a los seres humanos en situaciones anormales o de emergencia, estableciendo y desarrollando derechos y deberes especiales requeridos en esas circunstancias. Uno de esos derechos es el derecho a la asistencia humanitaria. Los hombres de derecho deberían examinar el desarrollo futuro de estas dos ramas jurídicas, su estrecha relación y complementación en el sentido que los derechos humanos resulten beneficiados por la doble protección del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de los Derechos Humanos⁶³.

Desde el enfoque de la responsabilidad penal internacional del individuo, tal convergencia de una categoría de derechos humanos y de obligaciones del Derecho Internacional Humanitario, es precisamente la que informó la creación, en 1993 y 1994, a

⁵⁸ **PLATTNER, Denise**, “International Humanitarian Law and Inalienable or Non-Derogable Human Rights”, en *op. cit.* en nota 57, p. 357 y sigs.

⁵⁹ **DESPOUY, Leandro**, “Conclusions et recommandation du rapporteur spécial”, en *op. cit.* en nota 57, p. 553.

⁶⁰ **PLATTNER, D.**, *op. y loc. cit.* en nota 58, p. 360.

⁶¹ *Declaration of Minimum Humanitarian Standards*, adoptada por una reunión de expertos, organizada por el Instituto de Derechos Humanos de la Abo Akademi en Turku/Abo, Finlandia, el 2-12-1990, en **SASSOLI, M.** y **BOUVIER, A. A.**, *op. cit.* en nota 24, p. 520.

⁶² **SUDRE, F.**, *op. cit.* en nota 42, p. 153. El autor comprende en dicho núcleo, además, el derecho a no ser sometido a esclavitud y a la no retroactividad de la ley penal -ídem. En sentido análogo, **DUPUY, Pierre-Marie**, *Droit international public*, Dalloz, París, 4a. ed., 1998, pp. 206/207.

⁶³ **PATRNOGIC, Jovan**, “International Humanitarian Law and Peace”, en *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber*, Bruylant, Bruselas, 1998, p. 581.

iniciativa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de los dos tribunales internacionales *ad hoc*, concurrentes con los tribunales internos, para los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y en Rwanda, en una tendencia que confirma los precedentes de Nuremberg y Tokyo, y que se proyectó en la adopción de la Corte Penal Internacional (Roma, 1998)⁶⁴.

2.1.3. Mérito de las denuncias

En su ingreso ya al fondo de los agravios de este capítulo, la Comisión señalará un aspecto liminar, a modo de respuesta a los motivos que los peticionarios invocaban como generadores de sus actos: las causas del conflicto no condicionan la aplicación del Derecho Internacional Humanitario (que, por lo demás, obliga “por igual” a las dos partes del conflicto interno, independientemente de la obligación de la otra parte) (párrafos 173/174). Tampoco es competente la Comisión para apreciar, evaluar o aprobar, la conducta de actores particulares que no sea imputable al Estado (párr. 175).

Ahora bien, los atacantes, bien que civiles, asumieron, por el hecho del ataque, el papel de combatientes y se convirtieron en objetivos militares legítimos. En tal condición, estaban sujetos al ataque directo individualizado “en la misma medida que los combatientes”, de manera que perdieron los beneficios de las precauciones previstas en el art. 3 común en cuanto al ataque, y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados, acordados a los civiles en actitud “pacífica” (párr. 178). El hecho de la superioridad numérica y de poder de fuego de las fuerzas militares, no puede reputarse por sí mismo como violación alguna del Derecho Humanitario (párr. 179).

Por cierto que, con ello, la Comisión no afirma que las fuerzas militares o los atacantes gozaran de discreción ilimitada en cuanto a la elección de los medios para lesionar a la otra parte, pues tanto unas como otros debían conducir sus operaciones dentro de las restricciones y prohibiciones impuestas por las normas aplicables del Derecho Humanitario (párr. 179).

Recordemos que uno de los tres principios básicos afirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 2444 (1968), señaló que no era “ilimitado” el derecho de las partes en un conflicto para adoptar los medios de lesionar al enemigo⁶⁵.

En análogos términos se pronunció la Corte Internacional de Justicia, en fecha reciente, recordando, entre otras normas, el art. 22 de las Reglas de La Haya de 1907⁶⁶.

Y también se ajusta a esta perspectiva la Declaración sobre las normas de Derecho Internacional Humanitario que rigen la conducción de las hostilidades en los conflictos armados no internacionales, de la que se hizo eco, considerándola la más

⁶⁴ **CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio**, “Contribution de la notion d'humanité au renforcement de la dimension idéologique du droit international”, en *Karel Vasak Amicorum Liber*, Bruylant, Bruselas, 1999, pp. 125/126. El citado autor, en otra de sus obras, pero de 1995, advierte que los crímenes, en definitiva, se cometen por hombres y no por entidades abstractas, y aunque no pueden subestimarse las dificultades para llevar a los responsables de los mismos ante los tribunales, es importante que aquéllos tengan conciencia de tal posibilidad - *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, ed. tecnos, Madrid, 1995, p. 117.

⁶⁵ V. *International Humanitarian Law and Human Rights*, Human Rights Fact Sheet n° 13, Naciones Unidas, Ginebra, 1992, p. 8. V., asimismo, la Resolución 2675 (1970).

⁶⁶ Opinión Consultiva cit. en nota 43, párr. 77, entre otros.

autorizada expresión legal internacional en este campo, la Corte Constitucional de Colombia al resolver sobre la constitucionalidad del citado Protocolo II⁶⁷.

Otro tanto correspondería decir respecto de la doctrina del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: “lo que es inhumano, y consecuentemente prohibido, en la guerra internacional, no puede dejar de serlo en la lucha civil”⁶⁸.

Ya los fundadores de la ciencia del Derecho Internacional habían asentado como principio inspirador de los mencionados límites, al principio de necesidad, que se halla estrechamente ligado al principio de humanidad⁶⁹.

A esta altura, la Comisión introduce una pauta sobre las modalidades bajo las cuales deben apreciarse dichas circunstancias: el examen debe basarse en una apreciación honesta y razonable de la situación general imperante en el momento de ocurrir la acción, y “no en especulaciones o percepciones en retrospectiva” (párr. 181).

Y, en tal sentido, a juicio de la Comisión la prueba aportada no permite concluir en que las fuerzas armadas rechazaron deliberadamente un intento de rendición de los atacantes; asimismo, el hecho de que hayan sobrevivido atacantes tiende a desmentir que se haya impartido realmente una orden de no conceder cuartel (párr. 185).

En cuanto al invocado uso por las fuerzas armadas de armas incendiarias contra los atacantes, la Comisión expuso tres órdenes de consideraciones. En primer lugar, entendió que dicho uso no había sido acreditado. Seguidamente expuso que, aun en la hipótesis contraria, tampoco se habría violado el Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Armas Incendiarias (Protocolo III, 10-10-1980, anexo a la llamada “Convención de Armas”), pues la Argentina sólo lo ratificó en 1995. Finalmente, el Protocolo no sería aplicable a las hostilidades de La Tablada, y tampoco prohíbe la utilización de las mencionadas armas contra objetivos militares legítimos, lo cual incluye a “los civiles que participen directamente en combate” (párr. 187).

Luego, las muertes y heridas sufridas por los atacantes “antes del cese de los combates el 24 de enero de 1989”, guardaron relación legítima con el combate y, por consiguiente, no constituyen violaciones de la Convención o de las normas aplicables del Derecho Humanitario (párr. 188).

2.2. HECHOS POSTERIORES A LA RENDICIÓN

El 24 de enero de 1989 las fuerzas de seguridad procedieron a la captura de algunos atacantes, se produjo la rendición de otros, y cesaron los actos hostiles. Desde un punto de vista legal, las fuerzas del Estado ya no podían atacar a los aludidos atacantes, ni someterlos a otros actos de violencia. Estos últimos eran absolutamente acreedores a las garantías irrevocables de trato humano estipuladas en el art. 3 común y el art. 5 de la Convención. El mal trato intencional, y mucho más la ejecución sumaria, de esas personas heridas o capturadas, constituiría una violación particularmente grave de los citados instrumentos (párr.

⁶⁷ La versión en inglés de la mencionada sentencia puede consultarse en **SASSOLI, M. y BOUVIER, A. A.**, *op. cit.* en nota 24, p. 1364. La Declaración recordada en el texto fue dictada por el Consejo del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, en su reunión celebrada en Taormina el 7-4-1990.

⁶⁸ Casos *The Prosecutor v. Tadic a/k/a “Dule”*, del 2-10-1995, y *The Prosecutor v. Milan Martić*, del 8-3-1996, en **SASSOLI, M. y BOUVIER, A. A.**, *op. cit.* en nota 24, pp. 1189, párrafos 119 y sigs., y 1230, párr. 18, respectivamente. El pasaje entrecomillado en el texto corresponde al primer fallo citado, párr. 119.

⁶⁹ **V. URETA, José Néstor**, “Instaurar, mantener y fortalecer la paz internacional. Aplicación del DIH”, en *Seminario...* cit. en nota 25, p. 161.

2.2.1. Denuncia de desapariciones forzadas

En cuanto a las denuncias sobre desapariciones forzadas de seis de los atacantes, que se sustentan en que no se pudieron ubicar sus restos mortales, la fuente principal de normas es la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. II).

Si bien el Estado declinó siquiera referirse a estas denuncias y mucho menos negarlas o rebatirlas, la Comisión consideró que la información suministrada por los peticionarios era insuficiente para acreditar los hechos en juego: la Comisión no está en condiciones de afirmar que los agentes del Estado hayan procedido al ocultamiento de los cadáveres de las seis personas indicadas en la denuncia (párr. 194).

2.2.2. Denuncias de otras violaciones

En este aspecto, es primordial destacar que la Comisión, contrariamente a lo que parece desprenderse del tratamiento que le confirió al anterior agravio, hace un fuerte hincapié en que la carga de la prueba pesaba sobre el Estado. La relación que existía entre los agentes del Estado y los atacantes en el momento de la rendición, y con posterioridad, era análoga a la de los guardias de una cárcel y los presos que se hallan bajo su custodia. Por lo tanto, en virtud del art. 1.1 de la Convención y el art. 3 común, el Estado tenía el deber de evitarles cualquier tipo de daño. En virtud de esta relación, ante la denuncia sobre las muertes y daños a tales personas bajo control y custodia exclusivos del Estado, corresponde a éste la carga de probar lo contrario (párr. 195).

Para ello, la Comisión se hará eco de diversos precedentes de la Corte Interamericana relativos a casos análogos en los que también se ponía en juego la carga de la prueba⁷⁰. Asimismo, recogerá la jurisprudencia sobre las diferencias que median entre los “tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular la Convención”, y los “tratados multilaterales del tipo tradicional”⁷¹; y recordará la rica reflexión hecha por la citada Corte en el caso *Godínez Cruz*⁷²: “... la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho Internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones” (párrafos 196/198).

A ello sumará una aproximación realista: se trata “de equilibrar durante el procedimiento la naturaleza distinta de los dos únicos protagonistas, el individuo y el Estado en su forma más pura, en función de evitar desviaciones inaceptables, motivadas en posibilidad de medios y de poder” (párr. 199).

Sin embargo, la aplicación en el caso de este principio no se mostrará exenta de matices.

Veamos. La Comisión consideró oportuno efectuar una distinción entre las presuntas víctimas de estos agravios, tomando como base los hechos denunciados en el expediente, las

⁷⁰ *Neira Alegría*, sentencia del 19-1-1995, y sus citas.

⁷¹ Opinión Consultiva OC-2/82 cit. en nota 52, párrafos 29 y 33.

⁷² Sentencia del 10-1-1989, Serie C N° 5, párr. 140.

sucesivas respuestas del Estado a los pedidos de informes de la Comisión, y los demás elementos probatorios disponibles (párr. 200).

A) Un primer grupo se integró con los cuatro casos en que la denuncia estaba sustentada “en múltiples testimonios directos” (“testimonios oculares de los propios atacantes y de los militares que participaron en los hechos del 23 y 24 de enero de 1989” -párr. 200). En este campo, la Comisión apreciará, principalmente, dos circunstancias: por un lado, la prueba relativa a que las víctimas en cuestión fueron capturadas con vida por las autoridades; por el otro, el absoluto silencio del Estado frente a estas alegaciones. A ello agregó, en alguno de los casos de este grupo, la falta de una debida investigación al respecto en la jurisdicción interna, y, en otros, su rechazo a la teoría de las autoridades según la cual determinados capturados, desarmados y malheridos, se habrían escapado luego de estar en poder de las fuerzas militares (v. párrafos 201/205).

En este grupo, se consideró plenamente probado que los cuatro capturados fueron ejecutados extrajudicialmente en violación del art. 4 de la Convención.

B) El segundo grupo atañe a las denuncias sustentadas en “testimonios directos y presunciones”, que planteaban dudas respecto a los hechos y la responsabilidad por las muertes, comprensivo de seis casos (v. párrafos 205/220).

Después de analizar la prueba producida, de volver a señalar el silencio del Estado así como su falta de investigación eficaz en el plano interno, sumado a que aquél no formuló objeciones a determinados testimonios, la Comisión también llegó a la misma conclusión que la asentada respecto del grupo anterior, en lo relativo a la ejecución extrajudicial de cinco víctimas. Sin embargo, no obstante reiterar, respecto del Estado, las circunstancias antedichas, la Comisión no admitió que se hubiese producido una ejecución sumaria respecto de uno de los atacantes, cuyo cadáver no fue hallado, “ante la ausencia de otras probanzas, tales como testimonios de su captura o de que hubiera sobrevivido con posterioridad a la rendición” (párr. 220).

C) El tercer grupo atañe a los atacantes que se rindieron el 24 de enero de 1989, a los cinco cómplices arrestados el día anterior, y a los dos que se entregaron voluntariamente en los días sucesivos, respecto de los cuales la denuncia señala que fueron objeto de violaciones al derecho a la integridad personal (v. párrafos 221/233).

Ahora bien, dichas violaciones ya habían motivado diversas denuncias de las víctimas en el ya citado expediente *Abella*, que fueron objeto de juicios separados.

En tal sentido, si bien el Estado hizo referencia a que dichas causas fueron sobreesidas y a que la decisión no fue apelada por los defensores, esta defensa fue desestimada por la Comisión: las mentadas circunstancias no eximen al Estado de su obligación bajo la Convención, de investigar los graves hechos denunciados, máxime cuando según la legislación interna, los delitos en juego son de acción penal pública y, por lo tanto, perseguibles de oficio por el Ministerio Público.

Por otro lado, la Comisión reiterará en este supuesto la ya señalada carga de la prueba en cabeza del Estado, su omisión de respuesta a las denuncias de tortura, a lo que añadirá su “aparente falta de voluntad... de conducir una investigación exhaustiva para deslindar responsabilidades, a pesar de que los propios órganos jurisdiccionales constataron la existencia de las violaciones”. En este último aspecto, la Comisión observó que la sentencia de la causa *Abella* determina que cinco detenidos sufrieron “vejaciones, severidades o lesiones” cuando estaban a cargo de agentes del Estado, pero el magistrado resolvió, invocando el derecho interno, que no se habían producido apremios ilegales o tortura y, en consecuencia, decidió sobreseer la causa (párr. 230).

En suma, con fundamento en lo antedicho, y en determinados elementos probatorios, la Comisión concluirá en que las veinte personas condenadas en el expediente *Abella*, incluyendo a los cómplices, fueron sometidas a torturas por agentes del Estado, en violación

del art. 5.2 de la Convención, no sin advertir que el concepto de tortura ha sido complementado y ampliado por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (párrafos 232 y 233).

2.2.3. Obligación del Estado de investigar

El antes mencionado tema de la investigación de las denuncias formuladas por las defensas de los procesados en la causa *Abella*, es retomado en extenso por la Comisión en capítulo separado, partiendo de la premisa ya enunciada precedentemente: la obligación de investigar, según la jurisprudencia del sistema interamericano, es un deber jurídico propio del Estado y no una gestión de intereses particulares (párr. 236, con cita de la Corte Interamericana, caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29-7-1988, párr. 177). Con ello, la Comisión reitera la respuesta dada a la alegación a la que se limitó la defensa del Estado, esto es, el sobreseimiento de la causa y la falta de apelación por los defensores. También expresó que el Estado “ha incumplido manifiestamente con su obligación de desvirtuar la carga de la prueba...” (párr. 236).

Por otro lado, la Comisión advertirá que, de todas maneras, la información requerida al Estado no podía haber sido suministrada por éste, puesto que todas las constancias del expediente apuntan al hecho de que no se realizó una investigación seria y completa en el país sobre las denuncias en juego: existe suficiente evidencia para señalar que hubo negligencia generalizada en el manejo de la cuestión por parte de los agentes del Estado (párr. 237). Entre las más notorias, serían señaladas las autopsias y el trato dado a los cadáveres de los atacantes en las horas y días siguientes a la recuperación del cuartel (párr. 238).

En conclusión, a la vista de los elementos aportados por los abogados defensores en Argentina, el testimonio de los procesados y de los propios militares, al igual que otros elementos de prueba disponibles, la Comisión estimó que el Estado faltó a su obligación de investigar de manera exhaustiva, imparcial y concluyente las graves denuncias de violaciones de derechos humanos protegidos por la Convención. “Como consecuencia, el Estado no ha esclarecido aún los hechos ocurridos con posterioridad a la rendición de los atacantes..., ni tampoco ha identificado o sancionado a los responsables de las violaciones denunciadas” (párr. 243).

Con ello, el Estado ha faltado a su deber de proporcionar a las víctimas un recurso sencillo y efectivo que los ampare contra tales violaciones, reconocido en el art. 25.1 de la Convención (párr. 243).

2.3. EL PROCESO JUDICIAL

La denuncia incluía diversos planteos sobre violaciones del debido proceso, referentes a la totalidad de la causa *Abella*, v.gr.: calificación legal de los hechos, juez competente, diligenciamiento de prueba, presunción de inocencia, derecho de apelar a una instancia superior (párr. 248).

Sin embargo, la Comisión acotará su examen al último agravio mencionado, con base en que las restantes violaciones guardaban estrecha relación con la presunta violación del derecho de recurrir el fallo condenatorio ante una instancia superior que, de haber existido, hubiera podido establecer la existencia de dichas violaciones (párr. 249).

El art. 8 de la Convención, según la Corte Interamericana, “reconoce el llamado ‘debido proceso legal’, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” (párr. 250)⁷³.

⁷³ *Garantías judiciales en estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre*

Más aún. El debido proceso legal carecería de eficacia sin el derecho a la defensa en juicio y “la oportunidad de defenderse contra una sentencia adversa” (párr. 252)⁷⁴.

En este sentido, la Comisión se ajustaría a los lineamientos que desarrolló en un precedente sustancialmente análogo en este tema: *Maqueda*, en el que también la Argentina fue el Estado denunciado (*caso 11.086*). En efecto, dicho antecedente trató de un persona, miembro del MTP, que se encontraba en las inmediaciones del cuartel de La Tablada el 23 de enero de 1989, y que fue detenida cuatro meses después del ataque, juzgada por la ley 23.077, y condenada. El recurso extraordinario para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que interpuso contra el fallo sancionatorio no le fue concedido y, posteriormente, dicha Corte Suprema le rechazó el recurso de queja dirigido contra la mentada denegación. La Comisión, en su *Informe 17/94* del caso *Maqueda*, consideró que se había violado, entre otros, el derecho a recurrir previsto en el art. 8.2.h de la Convención, juntamente con las garantías del art. 25. Asimismo, transcurrido el plazo fijado en dicho *Informe* sin que se hubiesen cumplido las recomendaciones de la Comisión, ésta sometió la cuestión a la Corte Interamericana. Sin embargo, el litigio fue resuelto mediante una solución amistosa por la cual el Estado argentino se comprometió a dictar “un decreto de conmutación de pena que reduzca la que Guillermo Maqueda se encuentra cumpliendo” y que le permitirá “salir en libertad condicional en forma inmediata según el cómputo de la ley argentina”. En tales condiciones, la Comisión desistió de la acción, lo que fue admitido por la Corte Interamericana mediante resolución del 17 de enero de 1995, sobreseyendo el caso, aunque reservándose la facultad de reabrir y continuar la tramitación “si hubiere en el futuro un cambio de las circunstancias que dieron lugar al acuerdo”⁷⁵.

Ahora bien, en la presente causa también fue de aplicación la ley 23.077, que creaba un procedimiento penal especial que no contemplaba apelación alguna y sólo permitía el recurso extraordinario ante la Corte Suprema previsto en el art. 14 de la ley 48.

Para esclarecer la compatibilidad entre dicho régimen y el exigido por el art. 8.2.h de la Convención, defendida por el Estado (párrafos 84/96), la Comisión, primeramente, señalará cuáles son, a su entender, las “características mínimas” del “recurso” requerido por la Convención. En tal sentido, de lo que se trata, expresó, es del control de un fallo tanto desde el punto de vista material como formal. En cuanto al primer aspecto, el recurso ante una instancia superior debe proceder contra “toda” sentencia de primera instancia, con la “finalidad de examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación, de normas de Derecho que determinen la parte resolutive de la sentencia”. Respecto del cariz material, dicho recurso, para garantizar el pleno derecho de defensa, debe además incluir “una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de

Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87, 6-10.1987, Serie A N° 9, párr. 27.

⁷⁴ La Comisión, en tal sentido, recuerda los precedentes en los que calificó como contrarias a la Convención las normas procesales de Costa Rica, que exceptuaban la posibilidad de revisión por un tribunal superior de las condenas penales “menores a ciertos montos de prisión, inhabilitación, internación de seguridad o multa”. Con posterioridad, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, que reconoció la preeminencia de la Convención sobre dicho Código, declaró en consecuencia la inconstitucionalidad de las mencionadas limitaciones -v. párr. 252, nota 90.

⁷⁵ V. párr. 256, e *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1995*, San José, 1996, p. 31.

las mismas” (párr. 261).

De ello se sigue que el art. 8.2.h requiere la “disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal... del fallo y de todos los autos procesales importantes”. La revisión “resulta especialmente relevante respecto de las resoluciones que puedan causar indefensión o daño irreparable por la sentencia definitiva, incluyendo la legalidad de la prueba”. El recurso debería constituir “un medio relativamente sencillo para que el tribunal de revisión pueda examinar la validez de la sentencia recurrida en general, e igualmente controlar el respeto a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso” (párr. 262).

Acto seguido, la Comisión, continuando con el seguimiento del caso *Maqueda*, advertirá que el recurso extraordinario ante la Corte Suprema es de extensión limitada en cuanto a las materias que abarca: sólo las de naturaleza federal. Asimismo, aun cuando la “arbitrariedad” de una sentencia es considerada materia federal, ello es interpretado restrictivamente: no se considera arbitraria una sentencia “porque sea errónea o pueda discutirse en sus fundamentos”. Un ejemplo de ello, para la Comisión, lo registra el citado antecedente, en el que dicho recurso fue declarado inadmisibile por la propia Corte Suprema sobre las aludidas bases (v. párrafos 266/267).

Luego, dada su extensión limitada y el carácter restringido de su admisibilidad, el mencionado recurso extraordinario no satisface la garantía del inculpado a impugnar la sentencia (párr. 269).

A ello, la Comisión sumó en este litigio el precedente *Giroldi* de la Corte Suprema, en el que ésta sostuvo que, en hipótesis como la que ese caso planteaba, “el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantías de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como ‘garantía mínima’ para ‘toda persona inculpada de un delito’” (párr. 272)⁷⁶.

Consecuentemente, en la presente causa, los peticionarios procesados no tuvieron acceso a un recurso efectivo, por lo que el Estado violó el art. 25.1 de la Convención.

Es pertinente recordar que en un precedente de 1990, relativo a la Argentina, la Comisión sostuvo que aun cuando fuese cierto que la garantía del debido proceso parece hacer referencia fundamentalmente a la fase de sustanciación en primera instancia del juicio o de comprobación de la incriminación o exculpación del acusado, la cabal observancia del principio del debido proceso abarca todas las etapas siguientes de apelación o revisión ante los tribunales superiores por cuanto “es ante los mismos donde esos vicios se corrigen”. Como “celosos custodios de la majestad de la justicia, los tribunales que conocen una apelación o un pedido de revisión deben examinar no sólo el fundamento del recurso sino también constatar si se han observado las normas del debido proceso, incluso respecto de irregularidades no denunciadas”. Las normas locales que limiten los alcances de dicha actividad revisora podrían producir efectos incompatibles “con las disposiciones y el espíritu de (la) Convención, con respecto de las garantías judiciales y del principio del debido proceso”, circunstancia que se configuró en el caso⁷⁷.

Todavía podría agregarse, por un lado, que el art. 8.2.h de la Convención implica que la sentencia susceptible de recurso debe estar plenamente fundada, pues de lo contrario se dificultaría el ejercicio de dicho recurso, así como confiere particular importancia a que el

⁷⁶ La citada sentencia *Giroldi*, del 7-4-1995, puede consultarse en *Fallos* 318:514, e implicó el abandono de la doctrina asentada en el caso *Jáuregui*, publicado en *Fallos* 311:274.

⁷⁷ *Informe N° 74/90. Caso 9850. Argentina, 4-10-1990, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991*, Washington, 1991, párrafos 18/20, pp. 78/79.

acusado cuenta con asistencia jurídica⁷⁸. Importancia esta que la Corte Europea ha considerado crucial para el debido proceso penal⁷⁹.

⁷⁸ **DAVIDSON, Scott**, “The Civil and Political Rights Protected in the Inter-American Human Rights System”, en *The Inter-American System of Human Rights* (Harris, D y Livingstone, S. eds.), Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 252.

⁷⁹ Caso *Lala c. Países Bajos*, sentencia del 22-9-1994, Serie A n° 297-A, párr. 33.

Y, por el otro, que el derecho que nos ocupa también está previsto en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque con diferente redacción que la de la Convención⁸⁰.

En tal sentido, no debería ser pasada por alto la reciente decisión dictada por el Comité de Derechos Humanos, con motivo del cuestionamiento dirigido contra los alcances del recurso de casación ante el Tribunal Supremo español (art. 876 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Dijo el citado Comité que “la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del actor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación..., limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto”⁸¹.

Asimismo, es relevante advertir que, el 19 de octubre de 1999, la Corte Suprema, recordando el citado caso *Girolodi*, sostuvo que la forma más adecuada para asegurar al condenado la garantía de la doble instancia prevista en la Convención, era declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el art. 87 de la ley 23.077, en cuanto veda la admisibilidad de recurrir a la Cámara Nacional de Casación Penal de las sentencia condenatorias dictadas por los tribunales de acuerdo al procedimiento regulado por dicha normativa⁸².

Y no lo es menos, que el derecho de recurrir un fallo no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. “Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas... En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales”. Son palabras de la Corte Interamericana, dictadas en un reciente pronunciamiento⁸³.

También es doctrina de la Corte Europea: el derecho al debido proceso rige igualmente para las instancias de apelación o de casación, pues el proceso penal conforma un todo⁸⁴.

Finalmente, la garantía del art. 8.2.h de la Convención, si lo puesto en juego es una sanción pecuniaria, sólo comprende a las de naturaleza penal, según la doctrina de la Comisión⁸⁵.

⁸⁰ En el orden europeo fue introducido por el art. 2 del Protocolo 7 de la Convención Europea, del 22-11-1984, aunque con modalidades propias.

⁸¹ Comunicación N° 701/1996, dictamen del 20-7-2000.

⁸² Caso *Gorriarán Merlo y otra*, Fallos 322:2488.

⁸³ Caso *Castillo Petruzzi y otros*, sentencia del 30-5-1999, párr. 161.

⁸⁴ Casos *Delcourt*, sentencia del 17-1-1970, Serie A n° 11, párr. 25, p. 14; y *Sutter*, sentencia del 22-2-1984, Serie A n° 74, párr. 28.

⁸⁵ Informe N° 6/98. Caso 10.382. *Ernesto Máximo Rodríguez-Argentina*, 21-2-1998, en el que se excluyó de dicha naturaleza a una multa aplicada en los términos de los arts. 551 y 598 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997, Washington, 1998, p. 184 y sigs.

2.4. LA ALEGADA VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL (ART. 7.5 DE LA CONVENCION)

Los peticionarios denunciaron la violación de la libertad personal de los procesados en la causa *Abella*, debido a la duración del proceso que consideraron excesiva (párr. 174).

Según la Comisión, del análisis de los términos de la denuncia resulta que la cuestión no se centra en la demora de la totalidad del proceso, sino en la comparación entre el tiempo que demoró la Corte Suprema en pronunciarse (“casi 2 años” -párr. 274), y lo que en la denuncia se considera un proceso “injustificadamente rápido” ante la Cámara Federal (252 días -párrafos 274 y 276).

Empero, el análisis de la Comisión se centrará exclusivamente en la duración de la prisión preventiva (252 días), que considerará razonable en términos del art. 7.5 de la Convención, por tratarse de una causa compleja, lo cual resultaba igualmente evidente de los hechos, y la cantidad y naturaleza de los delitos investigados (párr. 280).

En anterior oportunidad, y desde estas páginas, hemos considerado si la condena penal impuesta por una sentencia que resulta impugnada por vía de recursos, podía válidamente considerarse como el *dies ad quem* del lapso computable de la prisión preventiva a los efectos de la Convención, sosteniendo la respuesta negativa, tanto para el sistema regional interamericano como para el europeo⁸⁶.

2.5. LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY (ART. 24 DE LA CONVENCION)

La denuncia correspondiente a este capítulo se asentaba, entre otros motivos, en sostener que las conductas de los penados fueron calificadas de rebelión mientras que, otros delitos militares comparables y que resultarían más peligrosos para la estabilidad constitucional, merecieron la calificación jurídica de simples amotinamientos o faltas de disciplina militar. También se sostuvo que existía una doble valoración de la figura delictiva de asociación ilícita, que no se aplica a militares y sí a civiles. Asimismo, la denuncia comparaba la situación particular de los sancionados con la de los oficiales beneficiados por la ley 23.521 y desprocesados por aplicación del eximente de obediencia debida, y con la de los militares indultados.

En el punto, la Comisión, en términos generales, participó del criterio del Estado en cuanto a que los supuestos alegados “describen situaciones no comparables para fundamentar” la transgresión invocada.

Sin perjuicio de ello, no pasó por alto lo mencionado por los peticionarios acerca de las condiciones carcelarias de los condenados en la causa *Abella*, especialmente la limitada y deficiente atención médica, el confinamiento en celdas pequeñas carentes de las más mínimas condiciones de salubridad, y la escasez de alimentos y medicamentos, cuyo suministro debía ser complementado por aportes familiares (párr. 287).

3. OBSERVACIONES DEL ESTADO

El *Informe N° 22/97*, como se recordará, fue transmitido al Estado el 30 de abril de 1997, otorgándole un plazo a fin de que adoptara las recomendaciones propuestas por la Comisión. Con posterioridad (29-8-1997), el Estado remitió su respuesta, en la que formuló

⁸⁶ **GIALDINO, Rolando E.**, “La prisión preventiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *investigaciones* 3 (1999), pp. 720/723.

diversas observaciones al aludido informe del art. 50 de la Convención, y en cuyo capítulo final solicitó a la Comisión que “reconsidere” sus conclusiones.

Este último planteo, basado en “consideraciones de hecho que no habían sido anteriormente aducidas”, llevó a la Comisión a una detenida reflexión sobre el proceso regional en lo que atañe al régimen de los informes.

En efecto, si bien la aludida reconsideración está prevista en el art. 54 del Reglamento de la Comisión, ello es así “para los Estados que no son Partes en la Convención” (párr. 316).

La reconsideración mencionada, por ende, se corresponde con las características propias de los procedimientos relativos a Estados no Partes de la Convención en el que “no existe un procedimiento similar al contemplado en los arts. 50 y 51 de la Convención, en que el Estado cuenta con más de una oportunidad de presentar observaciones a las conclusiones y recomendaciones de la Comisión, y en particular, con la posibilidad de someter la opinión de la Comisión correspondiente al informe del art. 50 a la decisión de la Corte Interamericana” (párr. 316).

Con lo expuesto en los dos párrafos anteriores, agregaríamos, la Comisión reitera, en sustancia, la doctrina de la Corte Interamericana expuesta en el ya citado caso *Velásquez Rodríguez* (excepciones preliminares, párr. 69), y que también puede encontrarse en los casos *Fairén Garbi y Solís Corrales* (excepciones preliminares) y *Godínez Cruz* (excepciones preliminares)⁸⁷.

Al respecto, es oportuno advertir que la competencia de la Comisión no está limitada al conocimiento de denuncias relativas a violaciones de la Convención cometidas por Estados Partes de ésta, sino que también alcanza a los Estados no Partes de la Convención pero sí miembros de la OEA en cuanto a las inobservancias a los derechos y garantías reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (v. art. 26.1 del Reglamento de la Comisión).

No obstante ello, el Estado argentino se fundó en la existencia de una práctica de la Comisión que permitiría el procedimiento peticionado, e invocó la ya citada sentencia de la Corte Interamericana sobre las excepciones preliminares del caso *Velásquez Rodríguez*.

La respuesta de la Comisión, en primer lugar, desconoció la existencia de la mencionada práctica en lo que a ella concierne (párr. 320).

En tal sentido, añadiríamos que, según H. Faúndez Ledesma, sobre la base de nuevos elementos de juicio que permitan desvirtuar las conclusiones de la Comisión, el Estado denunciado puede solicitar la reconsideración del informe previsto en el art. 50 de la Convención, como de hecho ha ocurrido en reiteradas oportunidades. Por otra parte, y sin que esto constituya una solicitud explícita de reconsideración, tampoco es infrecuente que los gobiernos formulen “observaciones” en respuesta a dichos informes, lo que obviamente puede reabrir el debate contradictorio⁸⁸.

Asimismo, “suponiendo” la existencia de la práctica desconocida, la Comisión destacará que la petición no satisfacía las tres condiciones establecidas por la Corte Interamericana en el citado precedente *Velásquez Rodríguez*, en punto a la admisibilidad de la reconsideración en casos como el presente: a) que estuviera “dentro de ciertos límites de

⁸⁷ Sentencias del 26-6-1987, Serie C N° 2 -párr. 69- y N° 3 -párr. 72-, respectivamente.

⁸⁸ **FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor**, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, IIDH, 1996, p. 279 y sus citas de antecedentes de la Comisión; v. también p. 282.

temporalidad y razonabilidad”; b) que se encontrara fundamentada en la voluntad de resolver un caso ante la Comisión; y c) que se adecuara al propósito general del procedimiento ante la Comisión para obtener una solución satisfactoria de la violación denunciada, a través de la cooperación del Estado afectado (párr. 317)⁸⁹.

En tal sentido, expondrá qué entiende como no razonable e inoportuno: la falta de invocación de hechos nuevos o de información recientemente obtenida. Vale decir, la reconsideración no es un medio para introducir alegaciones o pruebas que pudieron haber sido incorporadas en el trámite anterior de la causa. En el caso, “se trata de una ampliación de la única respuesta a la denuncia, basada en los expedientes y documentos oficiales emitidos en Argentina en torno del presente caso, que han estado en todo momento a entera disposición de dicho Estado” (párr. 320).

A su vez, la cuestión también es evaluada de acuerdo con la actividad desarrollada en la etapa de instrucción, toda vez que la Comisión subraya que, no obstante la solicitud formulada al Gobierno, éste nunca aportó información adicional a pesar de las numerosas oportunidades en que los peticionarios reiteraron sus denuncias concretas, y de que el art. 48.1 de la Convención dispone que las informaciones solicitadas al Estado “deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso”. Ello, a su turno, se vincula con el criterio de la Corte Interamericana en el recordado caso *Velásquez Rodríguez*, en cuanto a que “en el procedimiento de los artículos 48 a 50 está presente un propósito más amplio de la protección internacional a los derechos humanos, como es el de obtener el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los Estados y particularmente, en este contexto, del deber jurídico de cooperar para la investigación” (párr. 321). Y también con el de la propia Comisión: la Convención “obliga a los Estados a entregar la información solicitada por la Comisión en el desarrollo de un caso individual” (ídem, nota 61).

A ello se añadirá un elemento de peso, también proveniente de la sentencia *Velásquez Rodríguez* (que el Estado “omite en su cita”): “más allá de razonamientos puramente formales, el trámite de pedidos de reconsideración, respecto de los Estados Partes en la Convención, repercute sobre los lapsos procesales y puede afectar negativamente, como en este caso, el derecho del reclamante de obtener, dentro de los plazos legalmente establecidos, la protección internacional ofrecida por la Convención” (párr. 321 y su cita del *Informe N° 28/96*).

Finalmente, la Comisión descartará la configuración de los requisitos señalados anteriormente sub b y c: las observaciones del Gobierno no contienen fundamento alguno acerca de la voluntad del Estado de resolver el caso planteado, ni parecen orientadas a “obtener una solución satisfactoria de la violación denunciada”. El Estado expresa que formula cuestiones de derecho que “sólo tienen en mira allanar los obstáculos en la senda de la verdad objetiva” (párr. 322).

En tales condiciones, la Comisión concluirá en que la reconsideración resulta inadmisibles cuando conduzca a “valorar nuevamente la totalidad de las pruebas que utilizó en el Informe N° 22/97...”. No sólo la etapa que ello implicaría no está prevista en el procedimiento de la Convención ni en el Reglamento de la Comisión, sino que atentaría contra el derecho que asiste a los peticionarios a alegar sobre los elementos aportados por el Estado y a ofrecer pruebas en contrario, lo que violaría el derecho de éstos a la igualdad procesal de las partes, al debido proceso y al derecho de defensa: “la Comisión no puede permitir resultados tan evidentemente injustos en la tramitación de los casos, pues ello

⁸⁹ La Comisión alude al párrafo 69 de la sentencia citada. En igual sentido: *Fairén Garbí y Solís Corrales* (excepciones preliminares), párr. 69 y *Godínez Cruz* (excepciones preliminares), párr. 72, cits. en nota 87.

repercutiría en su labor de tutelar efectivamente los derechos humanos, mediante el respeto a principios procesales” (párr. 323). Asimismo, recordando un precedente propio, reiterará que en la fase procesal que abre la comunicación del informe del art. 50, lo que “se somete a la consideración de la Comisión es si el Estado ha cumplido o no con las recomendaciones que le fueron formuladas en el Informe...” (párr. 324).

Ahora bien, aun cuando es cierto que, con arreglo a lo antedicho, la Comisión decidió rechazar la solicitud de reconsideración, no lo es menos que, acto seguido, hará, en alguna manera, una excepción. En efecto, no obstante tan concluyentes resultados, en atención a que dicha solicitud tiende a la búsqueda de la “verdad objetiva”, la Comisión pasó a analizar los argumentos del Estado, a fin de “detectar algún error material, o que el Estado hubiera aportado elementos nuevos, concretos y contundentes para determinar que los hechos ocurrieron de una manera diferente a la que ya fue establecida *supra* por la Comisión” (párr. 325).

Sin perjuicio de ello, tampoco las observaciones terminarían siendo acogidas favorablemente.

Los argumentos de la Comisión se apoyaron, principalmente, en reprochar al Estado el carácter tardío de sus observaciones, p.ej.: no opuso la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos durante el trámite ante la Comisión (párr. 337 - asimismo, aplicó este criterio respecto de otras alegaciones, v.gr. párrafos 339, 351 y 377). También censuró las referencias a pruebas que el Estado tuvo a su disposición durante el trámite pero que declinó presentar o cuestionar (v.gr. párrafos 342, 360, 368, 388, 409 y 423), o su silencio ante determinadas acusaciones (v.gr. párrafos 344, 357 y 365), o la no introducción de hechos nuevos ni otros elementos que permitan desvirtuar las conclusiones (v.gr. párrafos 345 y 354), o las referencias a pruebas no aportadas (v.gr. párrafos 346, 362, 364, 374 y 384), o la ausencia de argumentos nuevos (párr. 433).

Paralelamente, la Comisión expuso diversas consideraciones sobre el mérito de determinadas críticas contenidas en las observaciones sobre conclusiones a las que había llegado, rechazando las primeras y reiterando estas últimas.

En este sentido, es particularmente significativo lo expuesto por la Comisión acerca de las investigaciones internas: “a diferencia de lo que expresa [el] Estado, la Comisión considera que la clausura de la investigación no conduce a la conclusión de que las resoluciones se hayan ajustado a los hechos de la causa, sino precisamente a lo contrario: las decisiones de los órganos judiciales argentinos no se ajustaron a los hechos probados en la propia causa” (párr. 387).

También recordó que, en casos análogos, aplicó los criterios establecidos en los “Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”, adoptados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (resolución 1989/65), a fin de determinar si un Estado dio cumplimiento a su obligación de investigar de forma inmediata, exhaustiva e imparcial. Según estos principios, la investigación debe tener por objeto determinar la causa, la forma y el momento de la muerte, la persona responsable y el procedimiento o práctica que pudiera haberla provocado. Asimismo, se debe realizar un autopsia adecuada, recopilar y analizar todas las pruebas materiales y documentales, y recoger las declaraciones de los testigos. La investigación deberá distinguir entre la muerte por causas naturales, la muerte por accidente, el suicidio y el homicidio (párr. 413).

Por otro lado, dichos principios han sido complementados con la adopción del “Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias” (Naciones Unidas, documento ST/CSDHA/12) que, después de señalar que el objeto principal de una investigación es “descubrir la verdad acerca de los acontecimientos que ocasionaron la muerte sospechosa de una víctima”, establece diversas

medidas “mínimas” que deben adoptar quienes realizan la indagación, especialmente los estándares sobre el procedimiento de recolección de la prueba (párrafos 414/415).

Si bien la obligación de investigar es de medio y no de resultado y el Estado, en ocasiones, puede verse imposibilitado de descubrir a los autores de una violación, igualmente, en casos como el presente, en que las personas se encuentran privadas de su libertad, alojadas en un espacio cerrado y controlado exclusivamente por agentes estatales, el estudio de toda alegación sobre inconvenientes o imposibilidades para establecer la identidad de los responsables debe ser estricto y riguroso. Si no están previstos otros medios probatorios, la ley debe ser reformada; si las condiciones de detención colocan a los detenidos en situaciones de indefensión e improbables, las condiciones deberán modificarse. El Estado no puede justificar límites probatorios o imposibilidades de investigación cuando ellos provienen o derivan del sistema legal, regulatorio e investigativo estructurado por el propio Estado. Esta es la constante que debe regir cuando el Estado investiga violaciones a los derechos humanos, pues su obligación bajo la Convención consiste en esclarecerlas e identificar a sus responsables (párrafos 393 y 395).

La jurisprudencia regional al respecto, tanto del sistema interamericano como del europeo, es abundante⁹⁰.

4. RECOMENDACIONES

En suma, la Comisión consideró que el Estado había violado los siguientes derechos: a) a la vida (Convención, art. 4) en 9 casos; b) a la integridad personal (ídem, art. 5.2) en 20 casos, c) a recurrir un fallo condenatorio ante un juez o tribunal superior (ídem, art. 8.2.h) en todos los casos de las personas comprendidas en el punto anterior, que fueron condenadas en la causa *Abella*; y d) a un recurso sencillo y efectivo (ídem, art. 25.1) en todos los casos sub a y b.

Con base en las conclusiones a las que arribó, recomendó al Estado: 1. Que proporcione los mecanismos y las garantías necesarias para realizar una investigación independiente, completa e imparcial de los hechos acontecidos a partir del 23 de enero de 1989 y analizados en este informe, con el objeto de identificar y sancionar a todas las personas que resulten individualizadas como responsables de las violaciones a los derechos humanos anteriormente señaladas; 2. Que en cumplimiento de sus obligaciones previstas en los arts. 2 y 8.2.h de la Convención, adopte las medidas necesarias con arreglo a sus procedimientos constitucionales, a fin de hacer plenamente efectiva, en lo sucesivo, la garantía judicial del derecho de apelación a las personas procesadas bajo la ley 23.077; y 3. Que, en virtud de las violaciones de la Convención ya expuestas, adopte las medidas más apropiadas para reparar a las víctimas o sus familiares el daño sufrido en los casos sub a y b.

5. LA EJECUCIÓN DE LAS DECISIONES SUPRANACIONALES

El estudio de la naturaleza jurídica de las decisiones de la Comisión escapa al objeto de este trabajo.

Sin embargo, no estarían fuera de propósito algunas observaciones. Es conveniente, entonces, advertir que el tratamiento de la mentada cuestión suele incorporar de manera casi inevitable la cita de la sentencia dictada el 8 de diciembre de 1995, por la Corte Interamericana en el caso *Caballero Delgado y Santana*, oportunidad en la que aquella respondió al planteo de la Comisión acerca de que Colombia había violado los arts. 51.2 y 44

⁹⁰ Véase, por ejemplo, *investigaciones* 2 (1998), pp. 289 y 343; 2 (1999), p. 287; y 3 (1999), p. 574.

de la Convención, en relación con el art. 1.1 de ésta, concordante con el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al incumplir deliberadamente con las recomendaciones formuladas por dicha Comisión. Sostuvo la citada Corte que el término “recomendaciones” usado por la Convención “debe ser interpretado conforme a su sentido corriente, de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria”⁹¹.

Ahora bien, H. Gros Espiell, comentando este pasaje, tiene dicho que, a su juicio, la Corte Interamericana hizo un examen “no demasiado profundo del tema, basándose exclusivamente en la interpretación literal de la palabra ‘recomendación’”. Si bien la opinión del autor es que “en principio” la Corte Interamericana tuvo razón, observa que aquella debió haber “matizado” la respuesta. Esto es así, continúa, pues “no hay que interpretar solamente este párrafo 51.2 donde dice que la Comisión hará las recomendaciones pertinentes, sino tener en cuenta a lo que también obliga la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, la totalidad del texto, la interpretación sistemática y el objetivo y el fin de la Convención. Es decir, la interpretación teleológica. En cuanto a la interpretación sistemática del contexto, la Corte olvidó expresar que el párrafo 2 dice que la Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado deberá tomar las medidas -esta forma de utilizar el verbo ‘deber’ es muy significativa- que le competan para remediar la situación examinada. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá por mayoría absoluta de votos de sus miembros si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe. Quiere decir que, aunque en principio concuerdo con la Corte, en que se trata de recomendaciones no jurisdiccionales, por tanto no obligatorias de manera absoluta, hay un principio de buena fe que obliga al Estado a tenerlas en cuenta”⁹².

Sea cual fuere el destino de estas reflexiones de H. Gros Espiell, que son de 1966, lo cierto es que resulta imposible desligarlas de la posterior Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, de 1997, en la que se lee: “El propósito y alcance del artículo 51 están establecidos en el texto mismo de este artículo. Como se ha dicho, en el momento en que es transmitido al Estado, el informe puede incluir la opinión, conclusiones y recomendaciones de la Comisión, respecto de los asuntos sometidos a su consideración”. Y agrega seguidamente, en un párrafo sobre el que ponemos la tónica pero que transcribimos fielmente: “Asimismo, puede incluir una fecha límite, un ‘período fijado’, dentro del cual el Estado debe tomar las medidas necesarias para ‘remediar la situación examinada’ (art. 51.2)”⁹³.

⁹¹ Serie C N° 22, párr. 67.

⁹² **GROS ESPIELL, Héctor**, “La Eficacia de las Decisiones de los Organismos Internacionales de Derechos Humanos y la Ejecución Interna de Sentencias Internacionales”, en *Protección Internacional de Derechos Humanos*, Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales, Buenos Aires, 1999, pp. 54/55; y agrega que todavía habría que distinguir, para llevar la interpretación con más profundidad, los casos en los cuales el Estado resuelve ir a la Corte de los de signo opuesto, e incluso, en este último supuesto, el caso en que el Estado comparta el criterio de la Comisión -pp. 55/56.

⁹³ *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-15/97, del 14-11-1997, Serie A N° 15, párrafos 48/49. El fondo de la cuestión giró en torno de si la Comisión estaba autorizada o no, en los términos de los arts. 50 y 51 de

Tampoco es de pasar por alto el párrafo siguiente: “Todas estas etapas representan la conclusión del procedimiento ante la Comisión, por medio del cual ésta toma una determinación tras haber examinado la evidencia sobre si el Estado cumplió o no con sus obligaciones convencionales y con las medidas que han sido consideradas necesarias para remediar la situación examinada”⁹⁴.

Es evidente, al margen de las mayores o menores proyecciones que puedan seguirse de los términos empleados por la Corte Interamericana en este último pronunciamiento y su cita del art. 51.2 de la Convención Americana, que su discurso difiere o al menos matiza el seguido en el citado precedente *Caballero Delgado y Santana*.

Como fuere con ello, C. Cerna nos advierte sobre la legislación de Colombia de 1996, que considera de vanguardia, por la que se reconoce el carácter obligatorio de las decisiones de la Comisión⁹⁵.

Los problemas relativos a los efectos de las decisiones de los órganos supranacionales en el orden interno no sólo tienen lugar en el ámbito del sistema interamericano; también, entre otros, se registran en el del sistema europeo.

Dificultades estas que, según el ya mencionado H. Gros Espiell, son particularmente complejas y graves por una cuestión que parece absurda, pero que se ha comprobado que existe en múltiples países, cuando no en todos, que es la resistencia innata del Poder Judicial y de los jueces a aplicar normas internacionales y tener en cuenta sentencias y decisiones internacionales⁹⁶.

Este último señalamiento nos lleva a recordar que, en diciembre de 1991, el Tribunal Constitucional de España resolvió un interesante caso que no parece inoportuno reseñar, aun cuando deba tenerse muy presente que determinados fundamentos que sustentan a la sentencia se explican a la luz de la particular normativa local e internacional que fue puesta en juego (normas nacionales españolas y de la Convención Europea de Derechos Humanos -Convención Europea)⁹⁷.

Los antecedentes del caso pueden resumirse de la siguiente manera: tres personas fueron condenadas a graves penas de reclusión por diversos delitos (asesinato, tenencia ilícita de armas o explosivos...) por la Audiencia Nacional (15-1-1982). Recurrída en casación, la condena fue confirmada, en lo sustancial, por el Tribunal Supremo (27-12-1982), lo que dio lugar a una demanda de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional, que fue inadmitida (ATC 173/1983). En tales condiciones, los condenados plantearon una demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (22-7-1986), alegando diversas

la Convención, a modificar sustancialmente el informe mencionado en la última norma citada y emitir un tercer informe -v. párr. 43. La OC-15/97 cuenta con un voto disidente en lo que atañe al fondo -juez M. Pacheco Gómez-, y otro concurrente respecto de la “competencia” de la Corte Interamericana y de la “admisibilidad” de la solicitud de Opinión Consultiva -juez A.A. Cançado Trindade.

⁹⁴ Idem, párr. 50.

⁹⁵ **CERNA, Christina**, “The Inter-American Commission on Human Rights: its Organization and Examination of Petitions and Communications”, en *op. cit.* en nota 78, p. 106.

⁹⁶ **GROS ESPIELL, H.**, *op. y loc. cit.* en nota 92, p. 43.

⁹⁷ Sentencia 245/1991, 16-12-1991, *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, tomo XXI, pp. 777/804. La sentencia, en la que fue ponente Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferres, cuenta con un voto particular y otro voto particular concurrente. La abreviatura “f.j.” expresa “fundamento jurídico”.

violaciones de sus derechos fundamentales en el proceso penal. Dicho órgano regional, a su turno, formuló demanda ante la Corte Europea (12-12-1986), la cual declaró que en dicho proceso, tomado en su conjunto, no se habían satisfecho las exigencias de un juicio justo y público (traslado tardío de los imputados de Barcelona a Madrid, cambio inesperado de miembros del Tribunal antes de la audiencia, brevedad del juicio, y muchas piezas importantes y elementos de prueba no se adujeron y discutieron adecuadamente en el juicio oral -v. f.j. 3) y, por ende, se había violado el art. 6.1 de la Convención Europea (no así el art. 2), aun cuando consideró que a los efectos de la reparación equitativa del art. 50 (actual art. 41) la cuestión no se encontraba en estado de ser fallada, por lo que la reservó para un trámite posterior en caso de no llegarse a un acuerdo entre los demandantes y el Estado español (v. antecedentes, 2.e)⁹⁸.

A consecuencia de ello, los dos condenados que aún purgaban la pena, promovieron una demanda de nulidad contra la sentencia de la Audiencia Nacional, que ésta entendió que correspondía ser resuelta por el Tribunal Supremo, no obstante lo cual acordó la suspensión de la ejecución de las condenas, sujeta a determinadas cargas por parte de los beneficiados.

Posteriormente, la Sala Segunda del Tribunal Supremo descalificaría lo resuelto (4-4-1990) sobre las siguientes bases: a) las sentencias de la Corte Europea carecen de fuerza ejecutiva para romper el cumplimiento de una sentencia firme, y sólo tienen naturaleza declarativa, la Convención Europea no atribuye competencia a la Corte Europea para anular las sentencias nacionales ni para ordenar la desautorización de los pasajes objeto de queja; b) las sentencias de la Corte Europea no tienen efecto directo o de ejecución en el sistema judicial español, el cual no prevé la ejecución de sentencias internacionales (no confundir con sentencias dictadas por tribunales extranjeros); c) la Corte Europea no es un órgano judicial supranacional; d) introducir a la Corte Europea en la organización judicial española sólo sería factible a través de una *lex data* de naturaleza orgánica. En suma, consideró “imposible” reconocer efectos anulatorios a la sentencia de la Corte Europea, así como ejecutarla, pues ello supondría introducir una instancia judicial internacional superior para suspender la ejecución de sentencias firmes y con ello “inventar” un nuevo motivo de revisión. La solución, a su juicio, podría hallarse “por la vía del indulto en el caso de cumplimiento de penas privativas de la libertad o pecuniarias por cumplir, y principalmente a través de la figura de la prestación reparatoria sustitutoria...”.

Contra dicha sentencia, los sancionados plantearon una demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional, en la que afirmaron que en el caso existió una violación de un derecho constitucional básico, el derecho a un juicio justo, declarada por la Corte Europea, de cuya decisión, aun sin tener carácter ejecutivo directo, deben extraerse en el Derecho interno las consecuencias jurídicas correspondientes, o sea, la nulidad del acto que ha producido la violación en la medida en que no haya agotado sus efectos. La sentencia del Tribunal Supremo en sí misma viola el derecho a la tutela jurisdiccional y, al no haber anulado las sentencias originarias, confirma y participa en la violación que aquéllas consumaron.

Admitida a trámite la demanda (12-7-1990), oída la representación de las partes y el Ministerio Fiscal (que propició la denegación del recurso), se acordó la avocación al Pleno (15-10-1991), no si antes haber resuelto la Sección suspender la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo manteniéndose la eficacia de lo decidido por la Audiencia Nacional (18-7-1990).

⁹⁸ La aludida sentencia de la Corte Europea es del 6-12-1988, corresponde al caso *Barberà, Messegué y Jabardo*, y está publicada en Serie A n° 146.

La sentencia del Tribunal Constitucional, primeramente, señaló los alcances del planteo contenido en el amparo: se imputa a la sentencia del Tribunal Supremo una violación del art. 24.1 de la Constitución de España (C.E.) por no haber tutelado la pretensión de declaración de nulidad de las condenas, extrayendo las consecuencias pertinentes de la sentencia de la Corte Europea, y también la infracción del derecho a un proceso con todas las garantías. Sin embargo, agregó el fallo, los recurrentes pretenden que para reparar satisfactoriamente la violación de sus derechos fundamentales, se anulen también las sentencia previas condenatorias en cuyo proceso tuvo lugar originariamente la violación de sus derechos fundamentales. Luego, el Tribunal concluyó en que el enfoque adecuado con el que debía examinar el recurso, no habría de ser el de la discusión sobre la ejecución interna de la sentencia de la Corte Europea, y ello por cuanto, de un lado, dicho tema era ajeno a su competencia, y, del otro, era correcto el criterio del Tribunal Supremo en cuanto dichas sentencias son meramente declarativas, sin efecto anulatorio interno, ni ejecutoriedad a cargo de los tribunales españoles: “lo que este Tribunal ha de examinar... es si la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada, como acto de un poder público español, ha lesionado derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y cuyo amparo en último extremo corresponde a este Tribunal Constitucional” (f.j. 1).

Seguidamente, el Tribunal Constitucional, con cita de la Convención Europea y de precedentes de la Corte Europea, volvió a afirmar que las sentencias de ésta carecen de “eficacia ejecutiva”: tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos, en el caso sentencias, declarados contrarios a la Convención Europea. Esta última no ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, ni impone a los Estados Partes unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación a la Convención Europea declarada por la Corte respectiva (o, en su caso, por el Comité de Ministros). Tampoco el art. 13 de la Convención Europea confiere al justiciable un derecho para ampliar los motivos previstos en el derecho interno para la reapertura del procedimiento judicial que ha dado lugar a una sentencia firme y ejecutoria, ni obliga al Estado a introducir reformas legales que permitan la revisión judicial de las sentencias firmes a consecuencia de la declaración por la Corte Europea de una violación a la Convención Europea (f.j. 3).

Empero, advirtió inmediatamente el Tribunal Constitucional, lo antedicho “no significa que en el plano de nuestro sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales los poderes públicos hayan de permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido (en la Convención Europea), ni que sea conforme a nuestro sistema constitucional el mantenimiento, por medio de la denegación de nulidad y la anulación de la suspensión de las condenas dictadas cautelarmente por la Audiencia Nacional, de una situación que puede implicar lesión actual a los derechos fundamentales de los recurrentes” (ídem).

Estas últimas conclusiones fueron apoyadas en diversos fundamentos. En primer lugar, el Tribunal Constitucional observó que la falta de fuerza ejecutoria directa de las sentencias de la Corte Europea, no implica “la carencia de todo efecto interno” de la comprobación por aquélla de un menoscabo a un derecho de la Convención Europea. Esto es así pues, por un lado, la Convención Europea forma parte del Derecho interno (art. 96.1 C.E.), y, por el otro, los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España (art. 10.2 C.E.), entre los que ocupa un papel especial el Convención Europea. Súmase a ello que la Corte Europea es el órgano “cualificado” que tiene por misión la interpretación de la Convención Europea, y “sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado” (ídem).

Por ende, declarada por sentencia de la Corte Europea una violación de un derecho reconocido por la Convención respectiva “que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución”, corresponde “enjuiciarla a este Tribunal, como Juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno” (ídem).

Luego, juzgó el Tribunal Constitucional, corresponde valorar si en el plano interno existen medidas para poder “corregir y reparar satisfactoriamente la violación de ese derecho fundamental, en especial cuando se trata de la violación del derecho fundamental a la libertad del art. 17.1 C.E., que sigue siendo actual y por ello no puede ser reparada por su equivalente económico” (ídem).

La sentencia de la Corte Europea no puede significar sino que las condenas en juego derivaron de un proceso que vulneró el art. 24.2 de la C.E., así como el art. 17.1 al tratarse de una pérdida de libertad impuesta sin la observancia de los requisitos formales exigidos por la ley, pero que continúan produciendo efectos.

De ahí que, como ya se lo ha anticipado, desde la perspectiva de la demanda de amparo, el problema no consiste en la falta de ejecutoriedad de la sentencia de la Corte Europea, sino en la obligación de los poderes públicos -y en lo que aquí interesa de este Tribunal “al que nada que afecte a los derechos fundamentales le es extraño”- de tutelar y reparar satisfactoriamente una lesión de un derecho fundamental que sigue siendo actual. “Es ésta una obligación -abundó el Tribunal- que pesa sobre todos los poderes públicos, conforme a su respectivo ámbito de competencia, porque la Constitución obliga a todos ellos a su cumplimiento, y también porque el Estado democrático de Derecho sufriría irremisiblemente si hubiera de consentirse la perpetuación de una situación declarada contraria a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, sin posibilidad alguna de ser reparada satisfactoriamente por equivalente, pues no es suficiente, desde el punto de vista constitucional, una indemnización compensatoria, como la que prevé el art. 50 (actual art. 41) de la Convención Europea, en una situación como la presente en la que está en juego la libertad personal... y por ello también el derecho reconocido en el art. 17.1 C.E.” (f.j. 4).

En tales condiciones, el Tribunal Constitucional observó que el razonamiento del Tribunal Supremo, al haberse limitado a la sola perspectiva de la no ejecutoriedad de la sentencia de la Corte Europea, no tuvo en cuenta lo antedicho, en cuanto a que, más allá de las obligaciones internacionales del Estado ante la Convención Europea, la violación del art. 6.1 de ésta implicaba al mismo tiempo, de acuerdo con el art. 6.1 C.E., la violación del art. 24.1 C.E. (ídem).

Para el Tribunal Supremo -acotó el Tribunal Constitucional-, la imposibilidad del efecto anulatorio directo de la sentencia de la Corte Europea, implica que las irregularidades comprobadas por éste carecieron de efecto alguno en el ordenamiento interno, en tanto la legislación no establezca que la situación en juego configura un “nuevo motivo de revisión” de sentencias penales firmes (ídem).

Ahora -continuó el Tribunal Constitucional-, si bien el legislador no ha adoptado ninguna disposición que permita a los jueces ordinarios la mentada revisión de sentencia firmes a consecuencia de una sentencia de la Corte Europea, y la antedicha interpretación del Tribunal Supremo no es irrazonable ni arbitraria, lo cierto es que produce un resultado que objetivamente supone la consolidación, en la vía judicial, de la situación de menoscabo del derecho a un proceso público con todas las garantías, en especial “si se tiene en cuenta que la denegación de la declaración de nulidad hubo de acompañarse de la revocación del Auto de la Audiencia Nacional que suspendió la ejecución de la condena...” (ídem).

De tal suerte, comprobada la permanencia de una infracción actual de los arts. 24.2 y 17.1 C.E., corresponde a este Tribunal, en la medida en que los actores no han obtenido una reparación adecuada de la infracción de aquel derecho, declarar la alegada infracción y

repararla, teniendo en cuenta las características de la condena. “En efecto, los recurrentes plantean en última instancia ante este Tribunal la cuestión relativa a la infracción de unos derechos constitucionales que han tenido lugar en el curso de un largo y complejo recorrido procesal, del que la referida sentencia del Tribunal Supremo no es sino el último hito. Desde este punto de vista, este Tribunal Constitucional ha de conocer de aquella cuestión de fondo, siendo indiferente que la vulneración... no tenga su origen precisamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1990, sino en las Sentencias condenatorias de 1982”, siempre que la pretensión encaje en el marco del recurso de amparo “como es evidente aquí” (f.j. 5).

Por otro lado, el Tribunal consideró no encontrarse limitado por el art. 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) para revisar vicios procesales o situaciones de indefensión consistentes en haber recaído sentencia firme: el recurso de amparo es “en la actualidad el único remedio frente a situaciones de indefensión constitucional causadas por vicios procesales advertidos después de que haya recaído Sentencia definitiva y firme, cuando contra ella no esté previsto remedio procesal ante los Tribunales ordinarios”, que es precisamente el caso. En otros términos: “la nulidad de actuaciones que no le está permitido pronunciar al Tribunal Supremo ni a otros órganos judiciales ordinarios, por imperativo legal, en supuestos como el presente, existiendo Sentencia firme, sí le está dado pronunciarla a este Tribunal por la vía del recurso de amparo. En consecuencia, el art. 55.1 LOTC (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) permite que puedan ser anuladas por este Tribunal Sentencias firmes y, como tales, intangibles frente a los órganos judiciales” (ídem).

Y si bien es cierto, afirmó el Tribunal Constitucional, que para la tutela del derecho fundamental reconocido en la Constitución, el Poder Legislativo debería establecer cauces procesales adecuados a través de los cuales sea posible articular ante los órganos del Poder Judicial la eficacia de las resoluciones de la Corte Europea, en tanto tales reformas no se establezcan, el Tribunal Constitucional no puede sustraerse de conocer la infracción alegada en el caso (ídem).

Asimismo, y volviendo sobre la función del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional advirtió que aquélla no es otra que la de proteger a los ciudadanos de las violaciones a los derechos fundamentales previstos en los arts. 14 a 29 C.E., dándoles efectividad y permitiendo restablecerlos o, en su caso, preservarlos (arts. 41.2 y 3 LOTC) (ídem).

Además, agregó el Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino “rasgos esenciales del sistema democrático, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende el significado individual, para adquirir una dimensión objetiva desde la que también resulta intolerable el mantenimiento en prisión de unas personas cuya condena no ha sido impuesta con las garantías constitucionalmente exigidas” (ídem).

En cuanto a los alcances del pronunciamiento, el Tribunal Constitucional recordó su jurisprudencia relativa a que es preciso extender aquéllos a todas las actuaciones judiciales producidas a partir del momento en que se originó la indefensión, declarando incluso la nulidad de las sentencias definitivas y firmes, no en razón de su contenido intrínseco, sino por el hecho de ser culminación de un proceso viciado. La extensión del fallo a resoluciones que no son directamente impugnadas en vía de amparo constitucional encuentra apoyatura en los amplios términos del art. 55.1.c LOTC (ídem).

Al paso que agregó que si esto era así con respecto a sentencias definitivas en la vía interna, con mayor razón aún debía serlo cuando éstas han sido objeto de una declaración de no conformidad con la Convención Europea en el trámite judicial establecido por ésta, si, como ya fue expresado, al tiempo constituye una infracción de derechos fundamentales

constitucionales no susceptibles de reparación sin anular las condenas impuestas (ídem).

En suma, el amparo fue estimado, y reconocido que la sentencia del Tribunal Supremo de abril de 1990, en cuanto confirmó y no anuló las condenas impuestas en 1982, desconoció el derecho de los recurrentes a un proceso público con todas las garantías, para lo cual correspondía anular no sólo la sentencia de 1990, sino también las de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo de 1982. Las actuaciones, entonces, serán retrotraídas al momento de la celebración del juicio para que éste se lleve a cabo de nuevo, con todas las garantías constitucionalmente exigibles, vale decir, reponer los autos al estado y momento en que se encontraban cuando se cometieron las faltas de las que derivó la infracción constitucional (f.j. 6).

Al hilo de este precedente, cabe recordar dos circunstancias. En primer lugar, que en el nuevo juicio abierto a los procesados, éstos fueron absueltos por falta de pruebas suficientes, mediante una sentencia, que resultó definitiva, dictada por la Audiencia Nacional (30-10-1993).

Y en segundo término que, a la hora de resolver la Corte Europea sobre la reparación equitativa que le correspondiera a los encausados (actual art. 41 de la Convención Europea, anterior art. 50), aquélla evaluó que la mentada sentencia del Tribunal Constitucional era una muestra más del apego de esta jurisdicción a la Convención Europea y a la jurisprudencia de dicha Corte⁹⁹.

Finalmente, y a solo título informativo, podríamos agregar que en algunos países europeos se ha intentado resolver la cuestión que nos ocupa, introduciendo las violaciones de la Convención declaradas por los órganos de ésta como una nueva causa de revisión de las sentencias firmes¹⁰⁰.

En tal sentido J.A. Carrillo Salcedo llamaba, ya para 1992, precisamente a estimular la introducción en el plano nacional de procedimientos de revisión a fin de remediar adecuadamente determinadas violaciones de la Convención Europea comprobadas por la Corte Europea¹⁰¹.

Al respecto, A. Drzemczewski indica una serie de países que prevén expresamente la revisión, como Luxemburgo, Malta, Noruega, Suiza, Polonia y Bulgaria, y otros en los que dicho procedimiento puede ser aplicado en determinadas situaciones: Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Suecia y España¹⁰².

⁹⁹ Caso *Barberà, Messegué y Jabardo* (artículo 50), sentencia del 13-6-1994, Serie A n° 285-C, párr. 15; no obstante lo cual la Corte Europea haría lugar a determinadas indemnizaciones -v. párrafos 16/20.

¹⁰⁰ **ROLLNERT LIERN, Göran**, "El Protocolo n° 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia un Tribunal Constitucional Europeo?", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, 1996, N° 14/15, p. 254, nota 42.

¹⁰¹ Como fue el caso, agrega, de la sentencia del 16-12-1991 del Tribunal Constitucional, que ya hemos comentado anteriormente -**CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio**, "Vers la réforme du système européen de protection des droits de l'homme", en *Présence du Droit Public et des Droits de l'Homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, Bruselas, 1992, t. 2, p. 1324.

¹⁰² Mas tampoco faltan los países en los que la cuestión no se encontraría esclarecida: Francia, Chipre, Grecia, Turquía, Holanda; y aquellos en que tal modalidad no es posible: Portugal, Irlanda, Reino Unido, Alemania, Hungría -**DRZEMCZEWSKI, Andrew**, "L'exécutions des décisions dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme", en *La protection...* cit. en nota 43, pp. 244/248.

TEXTOS ESCOGIDOS

DERECHOS HUMANOS. DERECHO CONSTITUCIONAL. CONSTITUCION. REFORMA (ECUADOR).

1. La nueva Constitución ecuatoriana de 1998 contiene disposiciones verdaderamente innovadoras, que merecen ser analizadas y examinadas en forma detallada a fin de establecer sus alcances en lo referente a la situación de los derechos humanos.

Es importante destacar que paralelamente a la aprobación de la nueva Carta Política y por iniciativa del Ministerio de Relaciones Exteriores, el Estado y la sociedad civil, en un hecho sin precedentes en la historia nacional, elaboraron un Plan Nacional de Derechos Humanos que fue adoptado por el Gobierno de aquel entonces como política de Estado y mediante Decreto Ejecutivo en junio de 1998. El contenido de este plan es muy similar al que consta en las nuevas disposiciones constitucionales de derechos humanos.

2. Protección constitucional de los derechos y libertades individuales y de la colectividad

2.1. Principios generales

El actual art. 17, que se refiere al libre ejercicio de los derechos humanos, contiene la frase “sin discriminación alguna”, e impone al Estado la obligación de adoptar, “mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”. Esta norma constitucional ha fortalecido la ejecución del mencionado Plan Nacional de Derechos Humanos.

El art. 18 permite también que los derechos y garantías determinados en los “instrumentos internacionales vigentes, sean directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”.

Los incisos segundo y tercero de este artículo dicen textualmente: “en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de esos derechos”. “No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos”. La exigencia de leyes, requisitos o condiciones no previstos en la Constitución para el ejercicio de los derechos constitucionales ha sido una práctica constante de las instituciones del Estado que las nuevas normas aspiran a combatir.

El art. 19 introduce por primera vez una protección suprallegal a la dignidad del individuo, al disponer que “los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material”.

En relación a la supremacía constitucional, se añadió una interesante reforma en el art. 273, según la cual “las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente”.

El art. 274 concede la facultad de declarar la inaplicabilidad de los preceptos jurídicos inconstitucionales, y también de los contrarios a los tratados y convenios internacionales, a cualquier juez o tribunal.

En lo que respecta a la obligación del Estado de indemnizar a los particulares por violaciones a los derechos humanos, el art. 20 añade que, además de las instituciones del Estado, “sus delegatarios y concesionarios están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos”. Este artículo concuerda con el art. 459 del Código de Procedimientos Penal que establece la facultad de las partes en un proceso judicial, de iniciar la acción de indemnización de daños y perjuicios contra jueces y magistrados penales, por actos ilegales y por la demora y reclusión indebida de los procesados, y con el art. 193 de la propia Constitución que señala que el retardo en la administración de justicia, imputable al juez o magistrado, será sancionado por la ley.

Se sigue manteniendo la norma de la responsabilidad civil del Estado por error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria. El Estado tiene derecho de repetición contra el juez o funcionario responsable (art. 22).

Uno de los mayores avances introducidos por la actual Constitución en cuanto a los derechos y garantías de las personas es la clasificación de los derechos en civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y colectivos, de manera explícita y conforme la doctrina vigente del derecho internacional de los derechos humanos. La mayoría de estos derechos estaban reconocidos en la anterior Constitución pero de manera general y desorganizada, haciendo énfasis en los derechos civiles y políticos más que en los económicos, sociales y culturales. Esta nueva estructura constituye un reconocimiento expreso a los principios de universalidad e integralidad de todos los derechos humanos, según los cuales, los referidos derechos tienen la misma importancia y jerarquía y, por ende, merecen igual y efectiva protección.

2.2. Derechos civiles

Para proteger la integridad personal de las personas, se clasifica a la violencia en física, psicológica, sexual o coacción moral, y se prohíbe la aplicación y utilización indebida de material genético humano (art. 23.2.1). Se añade, también, que “el Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar, en especial, la violencia contra los niños, adolescentes, las mujeres y personas de la tercera edad”. Se prohíbe, con ello, por primera vez de manera explícita a nivel constitucional la violencia familiar.

La imprescriptibilidad de las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia (art. 23.2.3.) ha sido una de las más valiosas reformas introducidas en la nueva Constitución. Se suma, además, que estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad.

En lo que respecta a la igualdad ante la ley, se prohíbe expresamente toda discriminación por razón de etnia, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole (art. 23.3). A este respecto es importante resaltar que, con anterioridad a la reforma constitucional, se logró la despenalización de la homosexualidad como delito. El Tribunal Constitucional, mediante Resolución N° 106 (R.O. 203, del 27-11-1997), suspendió los efectos del art. 516 del Código Penal que reprimía la homosexualidad por considerarlo discriminatorio en razón de la orientación sexual y contrario a los pactos internacionales de derechos humanos.

Se añade a la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, la prohibición del tráfico de seres humanos en todas sus formas y el hecho de que “nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley” (art. 23.4). También el derecho a “desarrollar libremente su personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás” (art. 23.5).

Se introduce, por otro lado, el derecho a elegir los bienes y servicios con libertad (art. 23.7). Sobre este aspecto, la nueva Constitución incluye en un acápite especial los derechos de los consumidores (art. 92), en el cual se dispone que por ley especial se establecerán los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos no ocasionados por catástrofes, caso fortuito o fuerza mayor, y las sanciones por la violación de estos derechos.

Se incluye el derecho a fundar medios de comunicación social y a acceder, en igualdad de condiciones, a frecuencias de radio y televisión (art. 23.10).

En cuanto a la libertad de conciencia y de religión, se introdujo, entre las limitaciones para ejercer este derecho, el respeto a la diversidad y a la pluralidad (art. 23.11) aparte de las que se mencionaban en la anterior Constitución (la seguridad y los derechos de los demás). Se suprimió la limitación relativa a la “moral pública”, pues se consideró que esta afirmación abarcaba aspectos muy subjetivos que podrían afectar el real ejercicio de la referida garantía constitucional.

Fue mantenido el derecho de petición (art. 23.15), destinado a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a obtener respuesta en un plazo adecuado. Además, fue suprimida la frase “y conforme a la ley”, que restringía notablemente su ejercicio al someterlo a la discrecionalidad de los funcionarios públicos amparados en leyes secundarias.

La excepción prevista en la Constitución anterior a la prohibición de declarar sobre las convicciones políticas o religiosas, que decía “salvo en los casos previstos por la ley”, fue suprimida pues se juzgó que para fines de investigación judicial nada tiene que ver la religión o la ideología política de los ciudadanos. Igualmente sobre este tema, se ha añadido que “no se podrá utilizar la información personal de terceros sobre sus creencias religiosas y filiación política, ni sobre datos referentes a salud y vida sexual, salvo para satisfacer necesidades de atención médica” (art. 23.21). Otra reforma conexas con esta nueva norma reconoce el “derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual” (art. 23.25).

Se ha introducido en las nuevas reformas el derecho a la identidad de acuerdo con la ley (art. 23.24), cumpliendo con ello la disposición del art. 18 de la Convención Americana (derecho al nombre).

Debido a la lentitud de la administración de justicia ecuatoriana, se han incorporado dos derechos adicionales en la nueva Constitución: el derecho a la seguridad jurídica y el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones (arts. 23.26 y 23.27).

En lo que respecta a las garantías del debido proceso, la nueva Constitución incorpora la aplicación de “sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, de conformidad con la naturaleza de cada uno, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado” (art. 24.3).

Otra reforma de capital importancia en cuanto a las garantías del debido proceso dispone que “toda persona, al ser detenida, tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y la de los responsables del respectivo interrogatorio” (art. 24.4.1). También se ha incorporado la obligación de ser informado del derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que se indique, y se determina la sanción a quien haya detenido a una persona, con o sin orden escrita del juez, y no justifique haberla entregado inmediatamente a la autoridad competente (art. 24.4.2). Por otra parte, la reforma agrega que “nadie podrá ser incomunicado” (art. 24.6).

Debido a las graves violaciones a los derechos humanos que se han cometido a causa de la práctica casi generalizada de mantener la prisión preventiva de manera indefinida

mientras dura el proceso penal, la Constitución vigente ha incorporado una ejemplar reforma que dispone que “la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa” (art. 24.8). Además, la norma dispone que el Consejo Nacional de la Judicatura sancionará a los jueces que hayan actuado negligentemente en los juicios respectivos.

En cuanto al derecho de defensa, resulta prevista la obligación del Estado de establecer defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos. Con esto se cumple, aunque sea teóricamente, una de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe sobre el Ecuador de 1996.

Otra norma, no prevista en la Constitución anterior, hace referencia al derecho de toda persona a ser oportuna y debidamente informada en su lengua materna de las acciones iniciadas en su contra (art. 24.12).

Por primera vez se introduce en la Constitución el principio de motivar o fundamentar las resoluciones de los poderes públicos (art. 24.13), que está consagrado en leyes secundarias. De igual manera, se incluye la invalidez de las pruebas obtenidas o actuadas en violación a la Constitución o a la ley (art. 24.14) y el acceso de las partes a los documentos relacionados con el proceso judicial, principalmente a los interrogatorios de testigos y peritos, que tienen la obligación de comparecer ante el juez y responder a las preguntas que se les formulen (art. 24.15).

2.3. Derechos políticos

El art. 26 prevé el derecho a revocar el mandato que los ciudadanos confieren a los dignatarios de elección popular, limitado por los requisitos que señale la propia Constitución y la ley.

En cuanto al derecho al voto, se introduce por primera vez la posibilidad de que los ciudadanos ecuatorianos domiciliados en el exterior puedan elegir Presidente y Vicepresidente de la República en el lugar de su registro o empadronamiento. Los derechos políticos se suspenden por interdicción judicial o sentencia que condene a pena privativa de la libertad, mientras subsistan (arts. 27 y 28).

Se incorpora, por primera vez de manera expresa como de naturaleza constitucional, el derecho de los extranjeros a solicitar asilo (art. 29), antes respaldado por leyes y reglamentos especiales y por convenios internacionales.

2.4. Derechos económicos, sociales y culturales

En cuanto al derecho de propiedad, ha sido dispuesto que el reconocimiento de la propiedad intelectual se hará también de conformidad con los convenios y tratados internacionales vigentes, a más de lo dispuesto en la ley (art. 30.3). Esta reforma guarda conformidad con los arts. 18 y 274 de la Constitución, que conceden igual jerarquía a las normas constitucionales y a los tratados internacionales en cuanto a la aplicabilidad en el ordenamiento interno.

Por primera vez, fue reconocida como norma constitucional la “igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a recursos para la producción y en la toma de decisiones económicas para la administración de la sociedad conyugal y de la propiedad” (art. 34). El igual acceso en la administración de la sociedad conyugal ya se había consagrado en las reformas del Código Civil de 1989 pero no con esta amplitud.

A la norma que consagra el derecho de los trabajadores a la huelga, se suma un inciso que prohíbe “la paralización, a cualquier título, de los servicios públicos, en especial de la salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y

alcantarillado; procesamiento, transporte y distribución de combustible; transportación pública y telecomunicaciones. La ley establecerá las sanciones pertinentes” (art. 35.10.3). Esta reforma fue incluida en la anterior Constitución pero se le han incorporado los sectores de justicia y seguridad social y la denotación de servicio “público”, que en la citada reforma no estaba explícita. Esta limitación al derecho de huelga en el sector público guarda concordancia con el art. 92 de la Constitución, que dispone la imposición de sanciones a los empleados y reparaciones a favor de los ciudadanos y consumidores, por la interrupción de servicios públicos que no hayan ocurrido por caso fortuito o fuerza mayor. Con ello se resuelve un tema que había dado lugar a un gran debate en la sociedad ecuatoriana, en el sentido de que si por salvaguardar el derecho a la huelga de los empleados públicos se podía sacrificar el derecho de la salud, y en ocasiones extremas el de la vida y de la integridad física, principalmente, de las personas individualmente consideradas y de menores recursos económicos que no tienen otra alternativa que acudir a los servicios públicos que brinda el Estado.

Otra interesante disposición en cuanto al derecho al trabajo, es aquella que cambia sustancialmente la norma anterior, según la cual, el Estado únicamente se obligaba a “mejorar las condiciones de trabajo de las mujeres” y se incorpora la obligación clara y precisa de “propiciar la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades, garantizándole idéntica remuneración por trabajo de igual valor” (art. 36.1).

Por su parte, el art. 36.2 incorpora no sólo el respeto a los derechos laborales, sino también a los derechos reproductivos de las mujeres para mejorar sus condiciones de trabajo y su acceso a los sistemas de seguridad social, añadiendo como sector de máxima protección en este aspecto a la madre no sólo en estado de gestación, sino en período de lactancia, y a la mujer del sector artesanal, a más de los otros grupos que ya estaban reconocidos en la anterior Constitución (mujer del sector informal, jefa de hogar y viuda). El reconocimiento de los derechos reproductivos se entiende como el respeto que merece toda mujer en tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual, sin ser coaccionada por su pareja (art. 23.25).

Por primera vez se reconoce en el ordenamiento jurídico interno el trabajo doméstico no remunerado como labor productiva (art. 36.3), pues la anterior Constitución ya señalaba que “el trabajo del cónyuge o conviviente en el hogar, será tomado en consideración para compensarle equitativamente, en situaciones especiales en que aquel se encuentre en desventaja económica”.

En cuanto a los derechos de la familia, la nueva Constitución por fin establece una igualdad plena entre el matrimonio formal y la unión de hecho, al incluir que la familia “se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes” (art. 37.1). El art. 38 dispone que la unión de hecho también es una familia y que, por ende, tiene los mismos derechos y obligaciones que el matrimonio formal, y añade que en esta igualdad se incluye también lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal. Igualmente el inciso segundo de este artículo incluye la protección que merecen las mujeres jefas de hogar.

Es obligación del Estado, por primera vez, informar, educar y proveer los medios que coadyuven al ejercicio del derecho de maternidad y paternidad responsable.

Se suprime del vocablo constitucional las palabras “autoridad paterna”, que llevó a considerar que los padres tienen derecho a maltratar a sus hijos en aras al cumplimiento de esta frase, al introducirse que el “Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones”. En su lugar se habla de “corresponsabilidad paterna y materna y deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos” (art. 40). En esta misma norma se señala que no se considerarán antecedentes de adopción,

para que los hijos tengan los mismos derechos.

En los mismos derechos de familia fue dispuesto que el Estado, a través del organismo especializado para alcanzar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (Consejo Nacional de Mujeres, creado en 1997), incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.

La nueva Constitución dedica un acápite completo al derecho a la salud (antes reconocido en normas constitucionales dispersas relacionadas a los derechos civiles, a los derechos de familia y a la seguridad social). Dispone que “el Estado garantizará el derecho a la salud, su promoción y protección, por medio del desarrollo de la seguridad alimentaria, la provisión de agua potable y saneamiento básico, el fomento de ambientes saludables en lo familiar, laboral y comunitario, y la posibilidad de acceso permanente e ininterrumpido a los servicios de salud conforme a los principios de equidad, universalidad, solidaridad, calidad y eficiencia”. La nueva Constitución ha añadido a estos últimos principios, que ya estaban reconocidos en la anterior, el principio de calidad.

Sobre el mismo derecho a la salud, la actual Constitución incorpora el principio de que los programas y acciones de salud serán gratuitos para todos y que los servicios públicos de atención médica lo serán para las personas que los necesiten. Por ningún motivo se negará la atención de emergencia en los establecimientos públicos o privados (art. 43).

Se incluye también una importante reforma que obliga al Estado a “promover la cultura por la salud y la vida, con énfasis en la educación alimentaria y nutricional de madres y niños, y en la salud sexual y reproductiva, mediante la participación de la sociedad y la colaboración de los medios de comunicación social”. “Adoptará programas tendientes a eliminar el alcoholismo y otras toxicomanías” (art. 43.2). Aunque las toxicomanías aún no han sido eliminadas mediante programas concretos, se ha promulgado una reforma a la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Sicotrópicas (art. 105.2, R.O. 173 del 15-10-1997), según la cual los narcodependientes o consumidores que hubieren sido capturados en posesión de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, destinadas para su propio consumo, serán considerados enfermos y no podrán ser reclusos en un centro carcelario, sino sometidos a tratamiento de rehabilitación en un centro de salud.

Otra reforma interesante es la que establece que el Estado “reconocerá, respetará y promoverá el desarrollo de las medicinas tradicional y alternativa, cuyo ejercicio será regulado por la ley, e impulsará el avance científico-tecnológico en el área de la salud, con sujeción a principios bioéticos” (art. 44).

A la norma de la anterior Constitución que disponía la existencia de un sistema nacional de salud con la participación de los sectores público y privado, se ha incluido la obligación del Estado de organizarlo de manera descentralizada, desconcentrada y participativa (art. 45).

Debido a que la falta de presupuesto fiscal ha sido una de las causas que han incidido en la carencia de servicios de salud adecuados y eficientes, principalmente a favor de los sectores de menores recursos económicos, la nueva Constitución dispone que “el financiamiento de las entidades públicas del sistema nacional de salud provendrá de aportes obligatorios, suficientes y oportunos del Presupuesto General del Estado, de personas que ocupen sus servicios y que tengan capacidad de contribución económica y de otras fuentes que señale la ley” (art. 46). A su vez, el inciso 2 de esta norma dispone que “la asignación fiscal para salud pública se incrementará anualmente en el mismo porcentaje en que aumenten los ingresos corrientes totales del presupuesto del gobierno central. No habrá reducciones presupuestarias en esta materia”.

Es la primera vez que en una Constitución Política del país se clasifica de manera expresa a los sectores menos favorecidos como “grupos vulnerables” (Sección Quinta, Cap. 5, del Título I), al disponer que “en el ámbito público y privado recibirán atención prioritaria,

preferente y especializada los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las de la tercera edad. Del mismo modo, se atenderá a las personas en situación de riesgo y víctimas de la violencia doméstica, maltrato infantil, desastres naturales y antropogénicos” (art. 47). Esta disposición constituye un significativo avance en la doctrina según la cual los derechos humanos son universales, integrales y complementarios, más aún si se involucra también al sector privado en la protección de los mismos.

Los arts. 48 y 49 de la nueva Constitución hacen referencia a la protección de los niños y adolescentes. La anterior Constitución señalaba que “los menores tienen derecho a la protección de sus progenitores”; la nueva sustituye este último término por el de “la familia” y dispone, al igual que la anterior, que esta última, el Estado y la sociedad se obligan a proteger sus derechos, pero añadiendo “la promoción, con máxima prioridad del desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás” (art. 48). Este último principio ya constaba en la anterior Constitución; sin embargo, lo novedoso de esta norma radica en establecer la aplicación del “interés superior” a favor de este grupo social para todos los casos.

La anterior disposición se complementa con la que señala que “los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y síquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, deporte y recreación; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad y a ser consultados en los asuntos que los afecten”. La Constitución anterior ya establecía la mayoría de estos derechos, pero se han agregado algunas novedades como el de tener una familia, acorde con la Convención de los Derechos del Niño, y el de ser consultados, ya no de acuerdo a la ley (como disponía la antigua Constitución) sino en todos los asuntos que les afecten. Pero lo más revolucionario es, sin duda, el conceder el derecho a la ciudadanía a los niños y adolescentes. Esta reforma debía darse necesariamente por cuanto la nueva Constitución en lo referente al tema de la ciudadanía eliminó la división entre ciudadanos y no ciudadanos, y ahora lo son todos los ecuatorianos desde su nacimiento (art. 6) y, por ende, gozan de los derechos establecidos en esta Constitución, que pueden ejercer por derecho propio o por persona interpuesta.

El art. 50 reconoce otros derechos más específicos a favor y de los niños y adolescentes, algunos contemplados en la anterior Carta, pero no precisados en forma tan detallada como lo hace la actual, y otros totalmente nuevos. Así, entre el primer grupo de derechos se encuentran, por ejemplo, la protección contra el maltrato, la violencia física o psicológica y contra la explotación laboral. En el segundo grupo tenemos: la atención prioritaria a los menores de 6 años en cuanto nutrición, salud, educación y cuidado diario; la integración social a quienes tengan discapacidad; la protección contra el tráfico de menores, pornografía, prostitución, explotación sexual, uso de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y consumo de bebidas alcohólicas; la prevención contra la discriminación y negligencia; la atención prioritaria en casos de desastres y conflictos armados; la protección frente a la influencia de programas o mensajes nocivos que se difundan a través de cualquier medio y que promuevan la violencia, la discriminación racial o de género, o la adopción de valores falsos.

Por primera vez se menciona en la Constitución que los menores de 18 años estarán sujetos a la legislación de menores y a una administración de justicia especializada en la Función Judicial (art. 51), ya que anteriormente estos procesos estaban a cargo de jueces administrativos que dependían del Gobierno Central.

El art. 52 obliga al Estado a organizar un sistema nacional descentralizado de protección integral para la niñez y adolescencia, cuyo órgano rector de carácter nacional se integrará paritariamente entre el Estado y sociedad civil y será competente para la definición de las políticas.

El art. 53 garantiza constitucionalmente los derechos de los discapacitados, los cuales ya se habían reconocido en la Ley sobre Discapacidades (Ley n° 180, R.O. 996, del 10-8-1992). En ésta, se dispone la obligación de conceder ciertos beneficios a favor de los discapacitados, como por ejemplo, construir aceras y veredas para su circulación, y permitirles el acceso adecuado a los lugares públicos; la obligación del sector privado de destinar un porcentaje, señalado por la ley, de puestos de trabajo para discapacitados; así como exenciones tributarias y tarifas preferenciales de transporte. La norma constitucional ratifica estas disposiciones y añade que se dará prioridad a las personas discapacitadas que se encuentren en la indigencia, para su integración y equiparación de oportunidades. También establece la Carta Política el derecho a la comunicación por medio de formas alternativas. El Estado deberá tomar medidas para que estas formas de comunicación puedan ser incorporadas también en los programas de estudios de las escuelas y colegios a favor de estas personas, a fin de que su integración social sea más efectiva.

Se impone al Estado la obligación de garantizar a las personas de la tercera edad y a los jubilados, el derecho a la asistencia especial que les asegure un nivel de vida digno, atención integral de salud gratuita y tratamiento preferente tributario y en servicios (art. 54). Obliga también, además del Estado, a la familia y a la sociedad a proveer a estas personas y a otros grupos vulnerables una adecuada asistencia económica y psicológica que garantice su estabilidad física y mental. Estas normas coinciden con aquellas que constan en la Ley del Anciano (Ley n° 27, R.O. 806 del 6-11-1991), en la que se consagra la prohibición de la discriminación por razones de edad, y dispone la obligatoriedad de conceder ciertos beneficios a las personas de la tercera edad, como el derecho a pagar únicamente el 50% de algunos servicios públicos, tales como el transporte terrestre y aéreo, y de ciertas tasas y contribuciones al Estado.

En cuanto al derecho a la seguridad social, la actual Constitución extiende la irrenunciabilidad de este principio a todos los habitantes y dispone que la seguridad social se prestará con la participación de los sectores público y privado, de conformidad con la ley (art. 55). Al hablar de habitantes se entiende también a los extranjeros, ya que la anterior Carta se refería sólo a los ecuatorianos.

Por primera vez la Constitución reconoce expresamente un sistema nacional de seguridad social que se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia, para la atención de las necesidades individuales y colectivas, en procura del bien común (art. 56).

En favor de los jubilados y personas de la tercera edad, el art. 59, inciso final, obliga a que las pensiones deban ajustarse anualmente, según las disponibilidades del fondo respectivo, que se capitalizará para garantizar una pensión acorde con las necesidades básicas de sustentación y costo de vida.

Las garantías a favor del seguro social campesino se han visto ampliadas: en los seguros públicos y privados, los asegurados y empleadores deben aportar obligatoriamente a su financiamiento (art. 60).

El principio de subsidiariedad se recoge en el art. 61, al disponer que los seguros complementarios estarán reorientados a proteger contingencias de seguridad social no cubiertas por el seguro general obligatorio o a mejorar sus prestaciones, y serán de carácter opcional. Se financiarán con el aporte de los asegurados, y serán administrados por entidades públicas, privadas o mixtas, reguladas por la ley.

En cuanto al derecho a la cultura, se fomenta la interculturalidad, obligando al

Estado a integrar sus políticas e instituciones, según los principios de equidad e igualdad de las culturas (art. 62). Se inserta por primera vez en una Constitución el derecho a participar en igualdad de condiciones y oportunidades, en los bienes, servicios y manifestaciones de la cultura (art. 63).

El derecho a la educación está garantizado de manera amplia en la nueva Constitución, añadiéndose algunas novedades: se reconoce como derecho irrenunciable de todas las personas; deber inexcusable del Estado, la sociedad y la familia; área prioritaria de la inversión pública; la educación promoverá el respeto por los derechos humanos y la equidad de género e impulsará la interculturalidad, la solidaridad y la paz; el Estado garantizará la educación para personas con discapacidad (art. 66).

El art. 67 garantiza la gratuidad de la educación pública hasta el nivel medio, pero fue eliminado el nivel superior que sí estaba consagrado en la anterior Constitución, por razones políticas que van en desmedro de los sectores menos favorecidos. Para subsanar esta disminución, los estudiantes en situación de extrema pobreza recibirán subsidios especiales y ninguna persona podrá ser privada de acceder a la educación por razones económicas, para lo cual las entidades de educación superior establecerán programas de crédito y becas (art. 77).

De manera expresa, fue reconocido un sistema de educación intercultural bilingüe, en el cual se mantiene, como lo disponía la anterior Constitución, la utilización como lengua principal la de la cultura respectiva y el castellano como lengua de relación intercultural (art. 69).

Al igual que en el derecho a la salud, el Estado está obligado a asignar en su presupuesto un porcentaje no menor del 30% de los ingresos corrientes totales del gobierno central, a favor de la educación y para erradicar el analfabetismo (art. 71). La nueva Constitución dispone también la participación de la sociedad en el financiamiento, realizando aportes económicos voluntarios, deducibles del pago de obligaciones tributarias, conforme a la ley (art. 72).

Se introducen por primera vez entre los derechos económicos, sociales y culturales, los de la ciencia y tecnología y de la comunicación (arts. 80 y 81). El primero se fomentará en todos los niveles educativos para mejorar la productividad, el manejo sustentable de los recursos naturales y satisfacer las necesidades básicas de la población. Se reconoce el conocimiento científico ancestral colectivo. El segundo derecho permite el acceso a fuentes de información, a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa. Se garantiza también el derecho al secreto profesional de los periodistas, conforme lo dispone la ley especial. Se prohíbe la reserva de informaciones que reposen en los archivos públicos, excepto por razones de seguridad nacional y otras causas establecidas en la ley. Esta última norma permite que por razones de reserva se oculte información oficial que vaya en desmedro de los derechos de los individuos y de la colectividad. La disposición más novedosa que está conforme con las garantías de los derechos civiles, es la que prohíbe la “publicidad que por cualquier medio promueva la violencia, el racismo, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y cuanto afecte a la dignidad del ser humano”.

2.5. Derechos colectivos

La nueva Constitución, por primera vez, proclama el reconocimiento expreso de los derechos de las colectividades indígena y negra del país (art. 83). Existe un acápite especial en favor de los derechos de estas colectividades (arts. 84 y 85). Además, se establece que la ley respectiva se encargará de organizar el gobierno y administración de los territorios ocupados por las nacionalidades indígenas y afroecuatorianas (art. 241), al denominarlos como “circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas” dentro del Título XI, relativo a la “Organización Territorial y Descentralización”, “De los Regímenes Especiales”, señalando que “existirán regímenes especiales de administración territorial por

consideraciones demográficas y ambientales. Para la protección de las áreas sujetas a régimen especial, podrán limitarse dentro de ellas los derechos de migración interna, trabajo o cualquier otra actividad que pueda afectar el medio ambiente. La ley normará cada régimen especial” (art. 238.1). A fin de subsanar las limitaciones de ciertas garantías constitucionales señaladas en el inciso anterior, la Constitución prevé que los residentes afectados por esta limitación serán compensados mediante el acceso preferente al beneficio de los recursos naturales disponibles y a la conformación de asociaciones que aseguren el patrimonio y bienestar familiar.

Entre los derechos a favor de las colectividades indígena y afroecuatoriana más importantes, se encuentran los siguientes: mantener su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico; conservar y mantener la posesión ancestral y la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública, pero están exentas del pago del impuesto predial; participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras; ser consultados sobre proyectos de explotación de esos recursos y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente, participar en sus beneficios y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen; garantizar la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico; mantener sus conocimientos y prácticas de medicina tradicional; conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social (en la que se incluyen funciones de administración de justicia y aplicación de normas y procedimientos propios en la solución de conflictos, de acuerdo a sus costumbres o a su derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarias a la Constitución, las leyes, el orden público y los derechos humanos) (arts. 191 y 84.1).

El derecho de la población a vivir en un medioambiente sano y ecológicamente equilibrado que garantice un desarrollo sustentable (art. 86.1), es otro derecho colectivo garantizado en la nueva Constitución, cuyo enunciado general estaba ya consagrado en la anterior, habiéndose añadido la obligación del Estado de garantizar la preservación de la naturaleza, lo cual le da mayor fuerza legal a esta obligación contemplada en leyes especiales. Lo meritorio de la nueva Constitución es que el tema del medioambiente se encuentra en otras normas constitucionales como las referentes a los derechos de las colectividades indígena y negra, a la ciencia y la tecnología, y las garantías civiles de los ciudadanos (art. 23.6), y que por primera vez se lo valora como un derecho que trasciende lo individual y afecta a la colectividad entera. El nuevo texto conserva normas del anterior, principalmente sobre los aspectos de la protección del medioambiente que se consideran de utilidad pública, a los cuales se suma la recuperación de los espacios naturales degradados que anteriores Constituciones no la mencionaban.

Las medidas consagradas en el art. 89 son realmente las novedades en este campo, según las cuales el Estado se obliga a promover en el sector público y privado el uso de tecnologías medioambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes; a establecer estímulos tributarios para quienes realicen acciones ambientalmente sanas; a regular la propagación, experimentación, uso, comercialización e importación de organismos genéticamente modificados.

Los derechos de los consumidores constituyen otro mérito de la nueva Constitución que los consagra por primera vez en el art. 92, que impone responsabilidad civil y penal, en su caso, no sólo a quienes presten servicios públicos sino a quienes comercialicen bienes de consumo (sector privado). En esta norma se promueve también la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, y se dispone la responsabilidad civil del Estado por los daños que cause a los habitantes en la provisión de servicios públicos, con lo que este

derecho, así consagrado, trasciende también lo individual para llegar a lo colectivo.

3. Garantías institucionales de los derechos individuales y colectivos

3.1. Recurso de hábeas data: se conservan las reglas generales de la Constitución anterior, agregándose que si la falta de atención de los datos causare perjuicio, el afectado podrá demandar una indemnización (art. 94.3). Esto permitirá que este derecho sea efectivamente aplicable, ya que algunos funcionarios aún tratan de desconocerlo o demorar su efectivo goce. La Constitución vigente incorpora una norma muy interesante que permite acceder a los datos personales que consten en los archivos sobre defensa nacional, a fin de evitar que los derechos de los individuos sean violentados a pretexto de la excepción que estaba prevista en la Constitución anterior sobre los “documentos reservados por razones de la seguridad nacional”.

3.2. Acción de amparo constitucional (art. 95): se faculta también a las colectividades a acceder a esta acción por intermedio de un representante, y se incluye que el trámite será preferente y sumario; que son susceptibles de ella, no sólo las acciones sino las omisiones de una autoridad pública, o de personas que presten servicios públicos o que actúen por delegación o concesión de dicha autoridad; y que podrá ser interpuesta también cuando se violen derechos consagrados en los tratados internacionales, además de los constitucionales, y contra los particulares cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. Esta norma amplía enormemente las posibilidades de interponer esta acción, antes llamado recurso, exceptuándose las decisiones judiciales adoptadas en un proceso, en virtud de que estas últimas son susceptibles de recursos judiciales específicos, debidamente consagrados en las leyes especiales. La posibilidad de interponer la acción contra los particulares está acorde con las facultades que se le conceden al Defensor del Pueblo de actuar también por actos u omisiones cometidos por particulares, que violen los derechos de los individuos y de las colectividades.

La ley determinará las sanciones a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez en cumplimiento de esta acción, así como a los jueces y magistrados que violen su procedimiento, el cual, se mantiene en lo formal, como estaba en la anterior Constitución; también se faculta al juez a que adopte para su ejecución las medidas que considere pertinentes, inclusive acudir a la fuerza pública (art. 95.7). La nueva Constitución también dispone que no serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho. Con ello se evita que los jueces invoquen leyes especiales y secundarias que impidan la inmediata y efectiva ejecución.

3.3. Defensoría del Pueblo (art. 96): se conservan las mismas facultades que le concedía la Constitución anterior, añadiéndose la que está conforme con las nuevas normas en defensa del consumidor, que señala la facultad de observar la calidad de los servicios públicos; se mantienen los principios de autonomía e inmunidad, pero se añade que para la elección del Defensor del Pueblo se escuchará a las organizaciones de derechos humanos y sus funciones durarán cinco años y no cuatro, como se mencionaba en la anterior Carta, con el propósito de concederle mayor independencia de los otros poderes del Estado que son elegidos cada cuatro años.

3.4. Recurso de hábeas corpus (art. 93): el procedimiento y facultades generales son mantenidos. Se ha incorporado, con mucha pertinencia, que el detenido sea presentado ante la autoridad municipal en el plazo de 24 horas desde la recepción de la solicitud, y que dicha autoridad dicte su resolución en las 24 horas siguientes. Esta reforma impide que el recurso se demore injustificadamente. También resulta prevista, por primera vez, la responsabilidad civil y penal del alcalde que no tramitare el recurso. Estas importantes incorporaciones evitarán que este recurso sea desconocido por algunas autoridades municipales, como así ha

sucedido en ciertos casos.

3.5. En cuanto al Tribunal Constitucional, para regular su trabajo se expidió la Ley de Control de Constitucionalidad (R.O. 99, del 2 de junio de 1997). La nueva Carta Política introduce algunos cambios a las facultades del Tribunal:

- dictaminar, de conformidad con la Constitución, sobre tratados o convenios internacionales, previo a su aprobación por el Congreso Nacional. Aunque esta disposición demora el trámite para la ratificación de los tratados, fue establecida con el propósito de que el contenido de estos últimos no esté en contradicción con la norma constitucional que, en la práctica, no podría presentarse, ya que la mayoría de las actuales disposiciones constitucionales han recogido principios y normas de los pactos internacionales de derechos humanos, de los cuales el Estado es Parte;

- se agrega que las providencias de la Función Judicial no serán susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional. El espíritu de esta norma está dirigido a precautelar la independencia de las decisiones judiciales, precisamente ahora que los organismos que administran justicia cuentan con garantías constitucionales y legales que les permiten actuar con mayor diligencia y eficacia y que, por ende, ya no podrían argumentar que dichas normas les impiden ejercer sus funciones con mayor agilidad y equidad. Además, como es sabido, las providencias judiciales pueden ser controladas y revisadas por recursos judiciales específicos señalados en la ley especial. Esta reforma coincide con la disposición que fue mencionada anteriormente en el sentido de que las providencias judiciales no serán susceptibles de la acción de amparo. Una parte de la doctrina jurídica ha argumentado que estas normas constituyen una seria limitación a los derechos ciudadanos, ya que un buen porcentaje de las violaciones a las garantías fundamentales de los individuos ocurre en la administración de justicia y la acción de amparo podría constituirse en un excelente mecanismo para cesar o remediar las consecuencias de un acto u omisión de una autoridad judicial. Obviamente la naturaleza jurídica del recurso impide que así suceda, ya que precisamente fue creado para ser interpuesto ante el órgano judicial.

- la atribución para conocer las resoluciones que deniegan el hábeas corpus, el hábeas data y la acción de amparo, será también ejercida por el Tribunal Constitucional a solicitud de las partes, además del Defensor del Pueblo, que ya constaban en la anterior norma. Esta disposición permite el acceso directo de los individuos ante el Tribunal Constitucional cuando sean rechazados dichos recursos.

- a la declaratoria de inconstitucionalidad se incorpora en la nueva Constitución que, si transcurridos 30 días desde la publicación de la resolución del Tribunal en el Registro Oficial, el funcionario o funcionarios responsables no la cumplieren, el Tribunal de oficio o a petición de parte los sancionará de conformidad con la ley.

3.6. Separación del Ministerio Público de la Procuración General del Estado, mediante reformas a su Ley Orgánica (R.O. 26, del 19 de marzo de 1997): al concederle más autonomía al Ministerio Público, el patrocinio y defensa de la sociedad están mejor garantizados, logrando que sus funciones de indagación e investigación procesal sean más independientes de los poderes del Estado. Con estas reformas, la Policía Judicial pasa a estar bajo las órdenes del Ministerio Público. Este objetivo también se ha fortalecido con la creación de la Escuela de Fiscales, con sede en Quito, y extensiones en los demás distritos del país, mediante Acuerdo Ministerial n° 060, del 17 de diciembre de 1997. Igualmente, la propia norma constitucional ha ratificado esta independencia al disponer expresamente que “el Ministerio Público es uno, indivisible e independiente en sus relaciones con las normas del poder público; tendrá autonomía administrativa y económica”. “Prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal”. “Para el cumplimiento de sus funciones, el Ministerio Fiscal General organizará y dirigirá un cuerpo policial especializado y un departamento médico legal”. “Vigilará el

funcionamiento y aplicación del régimen penitenciario y la rehabilitación social del delincuente y velará por la protección de las víctimas, testigos y otros participantes en el juicio penal” (arts. 217 y 219). Estas innovadoras reformas contribuirán a que los procesos sean más diligentes, y a que los agentes de la fuerza pública no se encarguen más de la investigación preprocesal, sino que su trabajo se dirija únicamente al cumplimiento de las órdenes judiciales y del Ministerio Público en la investigación y sanción de los delitos. Contando el Ministerio Público con personal especializado e idóneo, se reducirán notablemente prácticas violatorias de los derechos humanos como la tortura y la desaparición forzada de personas.

4. Reformas a la administración de justicia

La despolitización de la justicia, ha tenido lugar a través del último nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia por parte de una Comisión Especial, integrada por varios sectores de la sociedad civil y del Estado, y ya no tanto por el Congreso Nacional. Una reforma que fortalece la independencia de la justicia y que se suma al principio general de autonomía que ya estaba consagrado en la anterior Constitución, es aquella que señala que los magistrados y jueces serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional aun frente a los demás órganos de la Función Judicial; sólo estarán sometidos a la Constitución y a la ley (art. 199.2).

Otro resultado de la consulta de mayo de 1997 fue la creación del Consejo Nacional de la Judicatura, que será el órgano encargado de los aspectos administrativos y de gobierno de la Función Judicial. La estructura y funciones de este Consejo se regula por su Ley Orgánica, que ha sido aprobada por el Congreso Nacional y promulgada por el Ejecutivo, en enero de 1998.

En el plazo de 4 años deberá realizarse la incorporación progresiva de los juicios orales en el sistema procesal ecuatoriano, para lo cual el Congreso Nacional reformará las leyes necesarias y la Función Judicial adecuará las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema (Disposición transitoria 27°). Esta reforma se complementa con la que consta en el art. 194 según la cual, la presentación y contradicción de las pruebas en los procesos se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios dispositivo, de concentración e inmediación.

Como principio alternativo, y sin perjuicio del principio de la unidad jurisdiccional que se sigue manteniendo en la nueva Constitución (art. 191.1), está prevista la creación, conforme a la ley, de jueces de paz, encargados de resolver con equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales (art. 191.2).

En las funciones de justicia en favor de los pueblos indígenas (art. 191.4), se aplicarán, como hemos visto, normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos, de conformidad con sus costumbres, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes.

La nueva Constitución incorpora la obligación del sistema procesal de hacer efectivas las garantías del debido proceso y de velar por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficacia en la administración de justicia (art. 192), principios que constan en las leyes pero que no tenían un reconocimiento constitucional expreso.

En cuanto al principio relativo a la publicidad de los juicios, se incluye la limitación según la cual no se admitirá la transmisión de las diligencias judiciales por los medios de comunicación ni su grabación por personas ajenas a las partes y a sus defensores (art. 195).

Una de las reformas de mayor trascendencia en el campo de la administración de justicia es la que dispone que “todos los magistrados y jueces que dependan de la Función Ejecutiva pasarán a la Función Judicial y, mientras las leyes no dispongan algo distinto, se someterán a sus propias leyes orgánicas. Esta disposición incluye a los jueces militares, de

policía y de menores. Si otros funcionarios públicos tuvieran entre sus facultades la de administrar justicia en determinada materia, la perderán, y se la trasladará a los órganos correspondientes de la Función Judicial. El Consejo Nacional de la Judicatura presentará al Congreso Nacional los proyectos que modifiquen las leyes pertinentes, para que estas disposiciones puedan cumplirse. El personal administrativo que actualmente labora en las cortes, tribunales y juzgados militares, de policía y de menores, cuya estabilidad se garantiza, pasará a formar parte de la Función Judicial” (Disposición Transitoria 26°).

5. Reformas al sistema penal

La Constitución resulta innovadora mediante un acápite especial sobre el régimen penitenciario (Cap. 4, Título VIII). Los principios establecidos en el art. 208 están referidos a aquellos establecidos en las leyes especiales sobre este tema. Lo novedoso de la disposición es que habla por primera vez de la educación y capacitación del sentenciado por el trabajo, con el fin de obtener su reincorporación en la sociedad; dispone también que los centros de detención contarán con los recursos materiales y las instalaciones adecuadas para atender la salud física y síquica de los internos, e incorpora la posibilidad de que instituciones privadas, sin fines de lucro, y supervisadas por el Estado, puedan administrar los centros de detención. Este artículo incluye también una reforma que aunque está consagrada en las leyes especiales ha sido necesario concederle jerarquía constitucional, ya que la masificación de las cárceles impide el cumplimiento del principio de que los procesados permanezcan en centros de detención provisional y que los sentenciados lo hagan en centros de rehabilitación social.

El 24 de diciembre de 1997, mediante R.O. 222, el Tribunal Constitucional suspendió la exclusión que se hacía a los detenidos por delitos contemplados en la Ley de Sustancias Estupefacentes y Sicotrópicas, para ser beneficiarios de las reformas del Código Penal que disminuyen la sobrepoblación carcelaria (Ley 04, R.O. 22, del 9 de septiembre 1992)¹⁰³.

La Disposición Transitoria 29° obliga a los jueces a conceder la libertad de los sindicados por delitos reprimidos con prisión que se encuentren detenidos por más de un año, sin sentencia, sin perjuicio de la continuación de las causas penales hasta su terminación. Se añade que el Consejo Nacional de la Judicatura sancionará a los jueces que hayan actuado negligentemente en los juicios respectivos.

6. Conclusión

De lo expuesto, surge que Ecuador se encuentra en una etapa única de transformación legal, sin precedentes, que debe ser propicia para que el Estado, en colaboración con la sociedad entera, promuevan el efectivo goce de los derechos individuales y colectivos que se han consagrado.

MOREIRA, María Elena, “Avances en derechos humanos consagrados en la nueva Constitución ecuatoriana”, en *Contribuciones*, ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, 3/1999, p. 169. V., asimismo, **CANOSA USERA, Raúl**, “La nueva Constitución de Ecuador. Nota introductoria”, y el texto íntegro de la norma, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, n° 3, p. 525 y sgtes.

¹⁰³

V. *investigaciones* 3 (1999), p. 707.

DOCUMENTOS

ACUERDO COMPLEMENTARIO AL PROTOCOLO DE COOPERACION Y ASISTENCIA JURISDICCIONAL EN MATERIA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y ADMINISTRATIVA SUSCRITO CON LAS REPUBLICAS FEDERATIVA DEL BRASIL, DE PARAGUAY Y ORIENTAL DEL URUGUAY, aprobado por ley 25.222 (B.O., 4-1-2000, p. 5).

ACUERDO DE ASUNCION SOBRE RESTITUCION DE VEHICULOS AUTOMOTORES TERRESTRES Y/O EMBARCACIONES QUE TRANSPONEN ILEGALMENTE LAS FRONTERAS ENTRE LOS ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR, LA REPUBLICA DE BOLIVIA Y LA REPUBLICA DE CHILE, Decisión del Consejo del Mercado Común n° 17/99 (*Boletín Oficial del Mercosur*, Montevideo, 2000, n° 12, p. 50).

ACUERDO DE COOPERACION CIENTIFICA Y TECNOLOGICA SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE ESLOVENIA, aprobado por ley 25.220 (B.O., 4-1-2000, p. 1).

ACUERDO DE COOPERACION EN MATERIA DE CATASTROFES SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE CHILE, aprobado por ley 25.240 (B.O., 26-1-2000, p. 1).

ACUERDO FUNDAMENTAL ENTRE LA SANTA SEDE Y LA OLP, Santa Sede, 15 de febrero de 2000 (*Documents d'actualité internationale*, París, 2000, n° 10, p. 367).

ACUERDO PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL CENTRO UNICO DE FRONTERA SANTO TOME-SAO BORJA SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE BRASIL, aprobado por ley 25.242 (B.O., 29-3-2000, p. 1).

ACUERDO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DEL MERCOSUR y ACUERDO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL ENTRE EL MERCOSUR, LA REPUBLICA DE BOLIVIA Y LA REPUBLICA DE CHILE, aprobado por ley 25.223 (B.O., 5-1-2000, p. 1).

ACUERDO SOBRE IDENTIDAD Y DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA Y LA UNIDAD REVOLUCIONARIA NACIONAL GUATEMALTECA, México D.F., 31 de marzo de 1995 (*Pena y Estado*, Buenos Aires, 2000, n° 4, p. 153).

CARTA ASIÁTICA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE (*Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, Milán, 1999, n° 3, septiembre-diciembre, p. 773).

DECLARACION DE BANGKOK: PARA UN DIALOGO MUNDIAL Y UN COMPROMISO DINAMICO, Bangkok, 19 de febrero de 2000 (*Documents d'actualité internationale*, París, 2000, n° 10, p. 359).

DECLARACION DE PARIS EN EL PRIMER ENCUENTRO DE ALCALDES DEL MUNDO, París, 17 de marzo de 2000 (*Documents d'actualité internationale*, París, 2000, n° 10, p. 374).

LEY SUECA DE ARBITRAJE DE 1999, adoptada el 4 de marzo de 1999 (*International Legal Materials*, Washington, 1999, noviembre, p. 1663; *Revue de l'arbitrage*, Nancy, 2000, n° 1, enero-marzo, p. 143).

OPINION N° 2 RELATIVA A LA CONVENCION DE DERECHOS HUMANOS Y BIOMEDICINA DEL CONSEJO DE EUROPA, adoptada por el Comité Consultivo de Bioética de Bélgica el 7 de julio de 1997 (*Journal international de bioéthique*, Lyon, 2000, vol. 11, n° 1, p. 53).

OPINION N° 3 RELATIVA A LA ELECCION DE SEXO, adoptada por el Comité Consultivo de Bioética de Bélgica el 17 de noviembre de 1997 (*Journal international de bioéthique*, vol. 10, n° 5, 1999, p. 67).

OPINION SOBRE LA CONSULTA DE LOS DOCUMENTOS DE LAS COMISIONES DE INVESTIGACION DE LA CAMARA DE REPRESENTANTES, por Jacques Velu y Alain De Nauw (*Revue Belge de Droit Constitutionnel*, Bruselas, 1999, n° 4, octubre-diciembre, p. 421).

PROTOCOLO ADICIONAL DE LA CARTA AFRICANA DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DE LOS PUEBLOS QUE INSTITUYE UNA CORTE AFRICANA DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DE LOS PUEBLOS, adoptado el 8-10 de junio de 1998 (*Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, Milán, 1999, n° 3, septiembre-diciembre, p. 764).

PROTOCOLO DE CARTAGENA SOBRE LA PREVENCIÓN DE LOS PELIGROS BIOTECNOLÓGICOS, Montreal, 22 de enero de 2000 (*Documents d'actualité internationale*, París, 2000, n° 10, p. 333).

REGLAMENTO INTERNO DE LA COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, aprobado el 18 de septiembre de 1999 (*Journal du droit international*, París, 2000, n° 1, enero-marzo, p. 177).

SINTESIS DE LAS RECOMENDACIONES LEGISLATIVAS Y REGLAMENTARIAS DE 1998 RELATIVAS A LA PROCREACION ASISTIDA, Grupo de Trabajo del Estado de Nueva York sobre la Vida y la Ley (*Journal international de bioéthique*, Lyon, 2000, vol. 11, n° 1, p. 89).

SINTESIS SOBRE "CLONACION DE SERES HUMANOS: INFORMES Y RECOMENDACIONES 1997", adoptada por la Comisión Consultiva Nacional de Bioética

de los Estados Unidos (*Journal international de bioéthique*, Lyon, 2000, vol. 11, n° 1, p. 79).

TRATADO SOBRE INTEGRACION Y COMPLEMENTACION MINERA SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE CHILE, aprobado por ley 25.243 (B.O., 30-3-2000, p. 1).

NOTICIAS

BIOETICA. DONACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS. PRINCIPIOS (CUBA).

La utilización de órganos de personas vivas para ser implantados en personas con enfermedades crónicas irreversibles, es un procedimiento quirúrgico realizado para el beneficio terapéutico de estas últimas.

Para la extracción del órgano del donante es necesario la expresión de su voluntad, no obstante hay partes del cuerpo que no pueden donarse por considerarse que ello atenta contra las buenas costumbres, tales como órganos y tejidos cuya extracción altere la salud del donante permanentemente, poniendo en peligro su vida, o merme su capacidad física o psíquica al perder funciones importantes del organismo.

El 13 de marzo de 1999, la Organización Mundial de la Salud estableció una serie de principios, nueve en total, que deben regir los procedimientos relacionados con el trasplante de órganos con fines terapéuticos en cuanto a prioridad, ética y condiciones.

Ellos son:

1. Los órganos pueden ser obtenidos de cadáveres con el propósito de un trasplante siempre que: a) no exista obstáculo legal; y b) no existan razones para creer que el fallecido haya objetado tal procedimiento en vida.

2. Los médicos deben determinar que la muerte del donante potencial no está relacionada con el fenómeno del trasplante o se haya efectuado con el objetivo de beneficiar al receptor del órgano.

3. Los órganos destinados al trasplante deben ser removidos preferiblemente de los cuerpos de personas muertas. Sin embargo, personas vivas pueden donar órganos si se encuentran relacionados genéticamente con el receptor. Pueden realizarse excepciones en el caso de trasplante de médula ósea u otros tejidos que puedan regenerarse. Un órgano puede ser removido del cuerpo de un adulto donante vivo si el mismo da su consentimiento. El donante debe estar libre y bajo ninguna influencia o presión y suficientemente informado para que sea capaz de comprender y sopesar los riesgos, beneficios y consecuencias de tal hecho.

4. No debe ser removido ningún órgano del cuerpo de un menor vivo con el propósito de un trasplante. Pueden hacerse excepciones que son amparadas por la ley en el caso de

tejidos que se regeneran.

5. El cuerpo humano y sus partes no pueden ser objeto de transacciones comerciales. De acuerdo a este principio, dar o recibir pago (incluye todo tipo de compensación) por los órganos, debe ser prohibido.

6. Alertar sobre la necesidad o disponibilidad de órganos, con vista a ofrecer o recibir pago, debe ser prohibido.

7. Debe prohibirse a los médicos y otros profesionales de la salud, participar en el trasplante de órganos si existen razones para creer que los órganos es cuestión están sujetos a una transacción comercial.

8. Debe prohibirse que cualquier persona involucrada en el trasplante de órganos reciba un pago que exceda lo que justifica el tipo de servicio brindado.

9. A la luz de los principio de justicia y equidad, la donación de órganos debe ser el procedimiento accesible a los pacientes sobre la base de sus necesidades y no sobre bases financieras u otras consideraciones.

ABBOUD CASTILLO, Neylia L. y PEREZ GALLARDO, Leonardo B., “Las donaciones de órganos y tejidos. Status Legal”, en *Revista Cubana de Derecho*, ed. Unión Nacional de Juristas, La Habana, 1999, n° 13, pp. 17/32.

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, PROTOCOLO 12. PROYECTO (CONSEJO DE EUROPA).

El 26 de enero del 2000 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa emitió su AVIS n° 216 en relación al Proyecto de Protocolo n° 12 a la Convención Europea de Derechos Humanos.

En ella recuerda sus Recomendaciones 1269 (1995) y 1229 (1994) en las cuales recomendó al Comité de Ministros “consagrar el principio de igualdad de derechos de hombres y mujeres como un derecho fundamental de la persona humana en un protocolo adicional a la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales”.

Recuerda igualmente su Recomendación 1116 (1989) en la cual recomendó al Comité de Ministros “encargar al Comité Director para los Derechos del Hombre brindar prioridad al refuerzo de la cláusula de no discriminación del art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos”.

En consecuencia, expresó que esperaba con impaciencia e interés el Proyecto de Protocolo 12 que ahora se somete a su consideración.

La Asamblea constató que la modificación introducida por el Proyecto de Protocolo relativa al campo de aplicación de la no discriminación consiste en la extensión del citado art. 14 a “todo derecho previsto por la ley”, en lugar de encontrarse limitado a los derechos y libertades reconocidos en la mencionada Convención.

Destacó, además, que la enumeración de las causales de discriminación no es taxativa y por lo tanto permite la inclusión jurisprudencial de otras.

Juzgó que la enumeración de las causales del art. 14, sin ser taxativa, tiene por objeto establecer una lista de las formas de discriminación que considera particularmente aborrecibles. En consecuencia, estimó conveniente el agregado de “orientación sexual”.

Por otra parte, observó que el principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres no está incluido en el proyecto de protocolo.

En consecuencia, declaró que este proyecto no responde plenamente a sus expectativas, por lo que recomendó al Comité de Ministros:

I. Reemplazar en el art. 1 del Proyecto de Protocolo el siguiente texto:

“Artículo 1

1. Los hombres y mujeres son iguales ante la ley.

2. El goce de cualquiera de los derechos reconocidos por la ley debe estar asegurado, sin discriminación alguna, fundada particularmente en el sexo, orientación sexual, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

3. Nadie puede ser objeto de discriminación de parte de alguna autoridad pública, particularmente fundada en los motivos mencionados en el párrafo 2”.

II. En el art. 10, limitar a 10 el número de ratificaciones necesarias para la entrada en vigencia del protocolo.

ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, AVIS n° 216 (2000), del 26-1-2000, en *Gazette. Cahier Assemblée Parlementaire*, Consejo de Europa, Estrasburgo, enero de 2000, n° I, p. 3.

DERECHO A LA INTIMIDAD. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. MENORES. PROTECCIÓN. INTERNET. REGLAMENTACIÓN (EE.UU.).

El 21 de abril del 2000 entró en vigencia en los Estados Unidos la *Children’s Online Privacy Protection Act*, aprobada hace dos años, que regula la recolección a través del Internet de información personal de menores de 13 años. Esta ley dispone qué debe incluir el operador del *Web site* en su política de privacidad, cuándo y cómo obtener el consentimiento verificable de uno de los padres del niño y el alcance de su responsabilidad en lo que hace a la protección de la privacidad y seguridad *online* de los niños.

El organismo de aplicación es la *Federal Trade Commission*.

“**How to Comply With The Children’s Online Privacy Protection Rule**”, <http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/buspubs/coppa.htm>.

DERECHO AL VOTO. DERECHO A LA IGUALDAD (EE.UU.).

Los tribunales generalmente reconocen a las legislaturas estatales gran discrecionalidad para elaborar las leyes que regulan el acceso a las urnas, aun cuando restrinjan el derecho a asociarse con fines políticos y el derecho de los votantes a que sus votos tengan efectividad. Conforme al test que la Suprema Corte elaboró en *Anderson v. Celebrezze* (460 US 780 -1983-), una limitación al acceso a las urnas sólo está sujeta al escrutinio estricto cuando la carga que pone al ejercicio de este derecho es “grave” (*severe*). A partir de la adopción de esta doctrina, la Corte invariablemente se ha negado a considerar a las cargas impuestas al derecho de asociación de los peticionantes incluidas en esa categoría y, en general, ha confirmado la validez de las normas electorales impugnadas luego de someterlas a un estándar intermedio de escrutinio.

En el período de sesiones de 1997, la Corte siguió con esta línea jurisprudencial en *Timmons v. Twin Cities Area New Party* (520 US 351 -1997-), donde resolvió que la prohibición de Minnesota a la fusión -es decir, a la posibilidad de que un mismo candidato se postule por 2 o más partidos políticos- constituía una carga permisible, en términos de la I

Enmienda, al derecho de asociación de los miembros de un partido político minoritario.

En 1999, en *Reform Party of Allegheny County v. Allegheny County Department of Elections* -174 F.3d. 305 (3d Cir. 1999)-, la Cámara Federal de Apelaciones para el 3er Circuito respondió a esta restricción doctrinaria invocando la Cláusula de la Igual Protección para declarar la inconstitucionalidad de una ley de Pensilvania que prohibía la fusión de candidatos a los partidos más chicos pero no a los más importantes. Al exigir una justificación específica para una restricción discriminatoria que limita la capacidad de un partido menor para competir contra los más importantes, esta Cámara usó la mencionada Cláusula constitucional para revitalizar la revisión de las restricciones al acceso a las urnas.

Recent cases, en *Harvard Law Review*, Cambridge, 2000, vol. 113, n° 4, febrero, p. 1045.

DERECHO AMBIENTAL. ACCESO A LA INFORMACIÓN. ACCESO A LA JUSTICIA (CONSEJO DE EUROPA).

El 4 de noviembre de 1999, la Comisión Permanente del Consejo de Europa, actuando en nombre de la Asamblea Parlamentaria, adoptó la Recomendación 1430 (1990).

En esa oportunidad, manifestó que en los albores del tercer milenio, el estado del medioambiente en Europa sigue siendo una fuente importante de preocupación y que el desarrollo sostenible en dicho continente sólo podrá efectivamente ser una realidad si los ciudadanos intervienen activamente, jugando plenamente su rol en la toma de decisiones de todos los niveles. El acceso a la información sobre el medioambiente, la participación del público y el acceso a la justicia en ese área son, en consecuencia, presupuestos indispensables para que los ciudadanos estén asociados al proceso decisorio en materia ambiental.

Recordó, asimismo, que los ministros del medioambiente de 39 Estados y la Unión Europea suscribieron, con ocasión de la 4ta Conferencia Ministerial celebrada en junio de 1998 en Arhus (Dinamarca), la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en el Proceso Decisorio y el Acceso a la Justicia en Materia Ambiental, redactada en el marco de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEE-ONU). Agregó que la mencionada Convención sólo fija normas mínimas, e identificó varios desafíos a los que es necesario hacer frente en el curso del proceso de ratificación.

En consecuencia, recomendó al Comité de Ministros:

1. Tomar en cuenta los principios de la Convención de Arhus en los trabajos del Consejo de Europa, particularmente en lo que concierne a la elaboración de instrumentos jurídicos, políticas y programas, cuando éstos puedan tener incidencia en el medioambiente.

2. Encargar al órgano competente del Consejo de Europa la implementación de la Convención de Arhus en el marco de la cooperación regular de la Organización con la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEE-ONU).

3. Invitar a los gobiernos de los Estados Miembros a:

a) firmar y ratificar lo más rápidamente posible la citada Convención, estableciendo y manteniendo normas más avanzadas que las allí previstas;

b) establecer los instrumentos jurídicos, administrativos y de cualquier otro tipo que garanticen la aplicación efectiva y global de dicha Convención; y

c) respetar la exigencia de participación del público desde las primeras etapas de la elaboración de la legislación, políticas y programas, cuando éstas puedan tener incidencia en el medioambiente.

Nota de Secretaría: en la misma fecha, también se aprobó la Recomendación 1431 (1999) relativa a la Acción futura del Consejo de Europa en materia de Protección del Medioambiente (v. *op. cit. infra*, p. 6), en la que recomienda: 1) al Comité de Ministros, invitar a los gobiernos de todos los Estados Miembros a firmar y ratificar la Convención sobre la Responsabilidad Civil por los Daños Resultantes de Actividades Peligrosas para el Medioambiente y la Convención sobre la Protección del Medioambiente a través del Derecho Penal, una vez modificadas sus legislaciones nacionales, a fin de implementar las disposiciones de dichos acuerdos; 2) a los organismos apropiados del Consejo de Europa, examinar la factibilidad de: a) un proyecto que permita sujetar a los Estados, eventualmente a través de una Carta Europea del Medioambiente, a la obligación de aplicar el principio de precaución, de favorecer el desarrollo sostenible, de proteger el medioambiente y de prevenir la polución transfronteriza; b) una enmienda o un protocolo adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos, relativa a los derechos del individuo a un ambiente sano y viable; y c) establecer la cooperación entre el Consejo de Europa, Comisión Económica para Europa, Unión Europea y otras organizaciones internacionales, a los fines de la protección del medioambiente, particularmente mediante la mejora del acceso de las personas y de las ONG a los tribunales internacionales, y el recurso unilateral de los Estados a dichas jurisdicciones, y el estudio de los medios para elaborar una Carta Europea para el Medioambiente.

ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación 1430 (1999), del 4-11-1999, en *Gazette. Cahier Assemblée Parlementaire*, n° VII, noviembre de 1999, p. 5.

ECONOMIA. GLOBALIZACION. SITUACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (IBEROAMÉRICA).

Los jefes de Estado y de Gobierno de los 21 países iberoamericanos, reunidos en la IX Cumbre realizada en la ciudad de La Habana, Cuba, el 16 de noviembre de 1999, debatieron acerca de los principales temas internacionales, en especial lo relacionado con la actual situación financiera internacional en una economía globalizada, sus implicaciones sobre el crecimiento y el desarrollo de Iberoamérica, y las medidas para identificar y poner en práctica estrategias que fortalezcan el sistema financiero internacional, para que responda real y efectivamente al funcionamiento estable de la economía mundial incluyendo, especialmente, las necesidades de los países en desarrollo.

DECLARACION DE LA HABANA, Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, La Habana, 15-16 de noviembre, "Iberoamérica y la Situación Financiera Internacional en una Economía Globalizada", en *Revista Cubana de Derecho*, ed. Unión Nacional de Juristas, La Habana, 1999, n° 14, pp. 71/76.

LIBERTAD DE EXPRESION COMERCIAL. PUBLICIDAD. PUBLICIDAD POR CORREO ELECTRÓNICO (AUSTRIA).

Independientemente de las exigencias impuestas por el derecho comunitario, Austria ha reformado su ley reglamentaria de las telecomunicaciones a fin de prohibir definitivamente la publicidad por correo electrónico que no cuente con el consentimiento del destinatario (art. 101.3 de la ley), que es revocable en cualquier momento.

TÜCHLER, Michael, "Développements récents - Publicité, pratiques commerciales et méthodes de vente - Autriche", en *Revue Européenne de droit de la Consommation*, ed. Centre de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve, 1999, n° 4, p. 424.

LIBERTAD DE EXPRESION COMERCIAL. PUBLICIDAD. PUBLICIDAD POR TELÉFONO (AUSTRIA).

El art. 101 de la Ley de Telecomunicaciones de Austria prohíbe la realización de las llamadas telefónicas con fines publicitarios a menos que el destinatario previamente haya prestado su consentimiento para recibir las.

El 18 de mayo de 1999, la Corte Suprema de Austria estimó que una llamada tendiente a obtener el mencionado consentimiento también constituye una llamada telefónica con fines publicitarios y que dicha práctica viola el art. 1 de la Ley sobre Lealtad Comercial, que dispone que los actos de comercio que están fundados en objetivos de competencia son contrarios a las buenas costumbres y, por lo tanto, prohibidos.

TÜCHLER, Michael, “Développements récents - Publicité, pratiques commerciales et méthodes de vente - Autriche”, en *Revue Européenne de droit de la Consommation*, ed. Centre de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve, 1999, n° 4, p. 423.

MERCOSUR. NORMATIVA. CONSEJO DEL MERCADO COMÚN. GRUPO MERCADO COMÚN. COMISIÓN DE COMERCIO (MERCOSUR).

1. Consejo del Mercado Común:

Convenio de Cooperación entre Autoridades Supervisoras de Empresas Aseguradoras de los Estados Partes del MERCOSUR (DEC n° 8/99). Acuerdo Marco sobre Condiciones de Acceso para Empresas de Seguros con Énfasis en el Acceso por Sucursal (DEC n° 9/99). Memorandum de Entendimiento relativo a los Intercambios Gasíferos entre los Estados Partes del MERCOSUR (DEC n° 10/99). Modificación de la Decisión CMC N° 2/99 (DEC n° 11/99). Convenio de Cooperación entre el MERCOSUR y la Asociación MERCOSUR de Normalización (DEC n° 12/99). Reglamentos Internos de la Subcomisión de Seguimiento y Control y de la Comisión Administradora del Sistema de Intercambio de Información MERCOSUR, Bolivia y Chile (DEC n° 13/99). Memorandum de Entendimiento sobre Intercambio de Información y Asistencia Recíproca sobre Vehículos Automotores y Conductores de los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (DEC n° 14/99). Fe de erratas DEC. CMC n° 4/98 (DEC n° 15/99). Acuerdo de Asunción sobre Restitución de Vehículos Automotores Terrestres y/o Embarcaciones que Trasponean Ilegalmente las Fronteras entre los Estados Partes del MERCOSUR (DEC n° 16/99). Acuerdo de Asunción sobre Restitución de Vehículos Automotores Terrestres y/o Embarcaciones que Trasponean Ilegalmente las Fronteras entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (DEC n° 17/99). Tránsito Vecinal Fronterizo entre los Estados Partes del MERCOSUR (DEC n° 18/99). Entendimiento sobre Tránsito Vecinal Fronterizo entre los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile (DEC n° 19/99).

2. Grupo Mercado Común:

Fe de erratas de la RES GMC N° 29/97 “Reglamento Técnico sobre Emisión de Gases Contaminantes para Vehículos Automotores Pesados de Ciclo Otto” (RES n° 1/99).

Cronograma para el cumplimiento de las exigencias del Acuerdo para la Facilitación del Transporte de Mercancías Peligrosas en el MERCOSUR (RES n° 2/99). “Registro de Empresas Domisanitarios” (complementaria a la RES GMC N° 24/96) (RES n° 3/99). Actualización RES GMC N° 16/95 “Lista de Sustancias Colorantes Permitidas para Productos de Higiene Personal, Cosméticos y Perfumes” (RES n° 4/99). Actualización RES GMC N° 27/95 “Lista de Sustancias de Acción Conservadora Permitidas para Productos de Higiene Personal, Cosméticos y Perfumes” (RES n° 5/99). Actualización RES GMC N° 28/95 “Lista de Sustancias que no pueden ser utilizadas en Productos de Higiene Personal, Cosméticos y Perfumes” (RES n° 6/99). Actualización RES GMC N° 26/95 “Lista de Sustancias que los Productos de Higiene Personal, Cosméticos y Perfumes no deben contener, excepto en las Condiciones y con las Restricciones Establecidas” (RES n° 7/99). Actualización RES GMC N° 25/95 “Lista de Filtros Ultravioletas, permitidos para Productos de Higiene Personal, Cosméticos y Perfumes” (RES n° 8/99). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre la Inclusión de Nuevos Aditivos en la Lista Positiva de Aditivos para Materiales Plásticos (RES GMC N° 95/94) (RES nros. 9, 10, 12 y 14/99). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre Actualización de la Lista Positiva de Polímeros y Resinas para Envases y Equipamientos Plásticos en Contacto con Alimentos (RES GMC N° 87/93) (RES nros. 11, 13 y 29/99). Creación de la Comisión Sociolaboral del MERCOSUR (RES n° 15/99). Presupuesto de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM) para 1999 (RES n° 16/99). Actas de las reuniones en papel y medio magnético (RES n° 17/99). Modificación de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común (RES nros. 18 y 19/99). Modificación de la versión en idioma Portugués de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común (RES n° 20/99). Norma relativa al Control Aduanero del Intercambio Postal entre Ciudades Situadas en Región de Frontera (RES GMC N° 29/98) (RES n° 21/99). Explicación complementaria de la RES GMC N° 29/98: “Disposiciones relativas al Intercambio Postal entre Ciudades Situadas en Región de Frontera y su Procedimiento Técnico Operacional” (RES n° 22/99). Manual de Procedimientos de Coordinación de Frecuencias de Sistemas Paging Undireccional (RES n° 23/99). Manual de Procedimientos de Coordinación de Frecuencias de Sistemas Troncalizados (RES n° 24/99). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre Envases de Pet Multicapa (único uso) Destinados al Envasado de Bebidas Analcohólicas Carbonadas (RES n° 25/99). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre Muestreo y Tolerancias de Productos Premedidos Comercializados en Unidades de Masa de Valor Nominal Desigual (RES n° 26/99). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre Adhesivos Utilizados en la Fabricación de Envases y Equipamientos Destinados a entrar en Contacto con Alimentos (RES n° 27/99). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre la Lista Positiva para Envases y Equipamientos Elastoméricos en Contacto con Alimentos (RES n° 28/99). Reglamento Técnico MERCOSUR Complementario de la Res. 27/93 sobre Migración de Compuestos Fenólicos en Envases y Equipamientos Metálicos en Contacto con Alimentos (RES n° 30/99). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre Criterios Generales de Actualización de Listas Positivas de Componentes de Envases y Equipamientos en Contacto con Alimentos (RES n° 31/99). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre Metodologías Analíticas de Referencia para Control de Envases y Equipamientos en Contacto con Alimentos (RES n° 32/99). Reglamento Técnico MERCOSUR para Producción y Control de Calidad de Hemoderivados de Origen Plasmática (RES n° 33/99). Reinspecciones conjuntas en el ámbito del MERCOSUR (RES n° 34/99). Registro de Productos Domisanitarios (complementaria de la RES GMC N° 25/96) (RES n° 35/99). Reglamento Técnico sobre Rotulado Específico para Productos de Higiene Personal, Cosméticos y Perfumes (RES n° 36/99). Reglamento Técnico sobre Controles y Fiscalización de Estupefacientes y Sicotrópicos a realizar en Zonas Francas y Areas Aduaneras Especiales (RES n° 37/99). Reglamento Técnico sobre las Listas de

Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas Sujetas a Control (RES n° 38/99). Reglamento Técnico sobre las Asociaciones de Drogas que contienen Anorexígenos en Medicamentos y Preparaciones Magistrales (RES n° 39/99). Modificación de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común (RES nros. 40 y 41/99). Plan de Trabajo del SGT N° 2 “Minería” (RES n° 42/99). Proyectos de Decisión (RES n° 43/99). Código Unificado de Servicios de Emergencia en el ámbito del MERCOSUR (RES n° 44/99). Disposiciones Generales para el Uso de los Servicios de Telefonía Básica y de Datos en las Areas de Control Integrado (RES n° 45/99). Utilización de Sistemas de Reembolso para la Compra/Venta de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (RES n° 46/99). Programa de Capacitación de Inspectores en Buenas Prácticas de Fabricación y Control para la Industria de Productos de Higiene Personal, Cosméticos y Perfumes (RES n° 47/99). Programa para Capacitación de Inspectores para Verificación del Cumplimiento de las Buenas Prácticas de Fabricación y Control de Productos para Diagnóstico de Uso in Vitro (RES n° 48/99). Reglamento Técnico MERCOSUR para Productos Desinfectantes (Plaguicidas) Domisanitarios (RES n° 49/99). Planillas de Notificación Obligatoria de Enfermedades entre los Estados Partes del MERCOSUR (RES n° 50/99). Reglamento Técnico MERCOSUR de Medidas Materializadas de Longitud de Uso General (RES n° 51/99). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre Material Celulósico Reciclado (RES n° 52/99). Glosario de Terminología de Vigilancia Epidemiológica - MERCOSUR (RES n° 53/99). Mecanismos de Periodicidad para la Actualización de Listas MERCOSUR de Sustancias Utilizadas en Productos de Higiene Personal, Cosméticos y Perfumes (RES n° 54/99). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre Preparados Formadores de Película a Base de Polímeros y/o Resinas Destinados a Recubrir Alimentos (RES n° 55/99). Reglamento Técnico MERCOSUR “Identidad y Calidad de la Miel” (RES n° 56/99). Distribución de Muestras para Profesionales y Propagandas de Medicamentos que Contengan Estupefacientes o Sustancias Sicotrópicas (RES n° 57/99). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre Control de Productos Promedios Comercializados en Unidades de Masa y Volumen de Contenido Nominal Igual, de Lotes de 5 a 49 Unidades en Punto de Venta (RES n° 58/99). Principios, Directrices, Criterios y Parámetros para el Reconocimiento de la Equivalencia de los Sistemas de Control de Alimentos entre los Estados Partes (RES n° 59/99). Principios, Directrices, Criterios y Parámetros para los Acuerdos de Equivalencia de los Sistemas de Control Sanitario y Fitosanitario entre los Estados Partes del MERCOSUR (RES n° 60/99). Protocolo Adicional al ACE N° 35 MERCOSUR-Chile sobre Procedimiento de Solución de Controversias (RES n° 61/99). Protocolo Adicional al ACE N° 35 MERCOSUR-Chile sobre Régimen de Solución de Controversias (RES n° 62/99). Modificación Parcial de la RES GMC N° 120/94 sobre “Seguro de Responsabilidad Civil del Propietario” (RES n° 63/99). Modificación de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su Correspondiente Arancel Externo Común (RES n° 64/99). Alteración de la Lista de Convergencia del Sector de Bienes de Capital (RES n° 65/99). Sub-Estándar 3.7.40/99 - “Requisitos Fitosanitarios Generales y Específicos para *Persea Americana* (palto, abacate) según País de Destino y Origen” (RES n° 67/99). Sub-Estándar 3.7.18/99 - “Requisitos Fitosanitarios Generales y Específicos para *Solanum Tuberosum* (papa, batata) según País de Destino y Origen” (RES n° 68/99). Sub-Estándar 3.7.37/99 - “Requisitos Fitosanitarios Generales y Específicos para *Prunus Amerniaca* (damasco) según País de Destino y Origen” (RES n° 69/99). Sub-Estándar 3.7.36/99 - “Requisitos Fitosanitarios Generales y Específicos para *Prunus Domestica* (ciruelo, ameixa) según País de Destino y Origen” (RES n° 70/99). Estándar MERCOSUR de Terminología de Semillas (RES n° 71/99). Requisitos para Acreditación/Habilitación de Muestreadores de Lotes de Semillas (RES n° 72/99). Requisitos y Nómina de Laboratorios de Referencia y Laboratorios de Alternativa del MERCOSUR para Diagnóstico de Enfermedades Animales (RES n° 73/99). Estándar Fitosanitario “Lineamientos para la

Identificación de Plagas No Cuarentenarias Reglamentadas (PNCR) y Establecimiento de sus Requisitos Fitosanitarios” (RES n° 74/99). Derogación del Estándar 7.1 “Acreditación de Laboratorios de Diagnóstico Fitosanitario” (Modifica la RES GMC N° 54/94) (RES n° 75/99). Modificación de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su Correspondiente Arancel Externo Común (RES n° 76/99). Horario de Atención en Puntos de Frontera (RES n° 77/99).

3. Comisión de Comercio:

Dictámenes de Clasificación Arancelaria (DIR nros. 3, 4 y 5/99). Acciones puntuales en el ámbito arancelario por razones de abastecimiento (DIR n° 6/99). Dictámenes de Clasificación Arancelaria N° 6/99 y 7/99 (DIR n° 7/99). Dictamen de Clasificación Arancelaria N° 13/99 (DIR n° 8/99). Dictámenes de Clasificación Arancelaria N° 15/99 a 25/99 (DIR n° 9/99). Dictámenes de Clasificación Arancelaria N° 8/99 y 9/99 (DIR n° 10/99). Acciones puntuales en el ámbito arancelario por razones de abastecimiento (DIR nros. 11, 12, 13 y 14/99). Modificación de la Directiva CCM N° 12/96 (DIR n° 15/99). Dictámenes de Clasificación Arancelaria N° 16/99 al N° 38/99 (DIR n° 16/99). Mecanismo de Consultas en la Comisión de Comercio del MERCOSUR (DIR n° 17/99). Acciones puntuales en el ámbito arancelario por razones de abastecimiento (DIR n° 01/00).

SECRETARIA ADMINISTRATIVA DEL MERCOSUR, Normativa, en *Boletín Oficial del Mercosur*, Montevideo, nros. 10, julio/septiembre 1999, pp. 15/270; 11, octubre/diciembre 1999, pp. 19/261; y 12, enero/marzo 2000, pp. 17/83.

POBREZA (CONSEJO DE EUROPA).

El 19 de enero del 2000, el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, en virtud de lo dispuesto por el art. 15.b del Estatuto del Consejo de Europa, dictó la Recomendación n° R (2000) 3, preocupado por las situaciones individuales de extrema precariedad que existen, a veces a gran escala, en todos los Estados Miembros.

A esos efectos destacó que la satisfacción de las necesidades humanas materiales elementales (cuanto menos, a la alimentación, vestido, vivienda y cuidados médicos básicos) emana de la dignidad inherente a todo ser humano y constituye la condición de existencia del hombre, así como de su desarrollo. Manifestó asimismo que la satisfacción de esas necesidades responde a un deber de humanidad de la sociedad y que el reconocimiento de un derecho individual, universal y justiciable de las personas que están en una situación de extrema precariedad a la satisfacción de esas necesidades, constituye una condición para el ejercicio de otros derechos fundamentales y un elemento indispensable en un estado democrático fundado en el derecho, tal como ya ha sido reconocido por los órdenes jurídicos y prácticas internas de varios Estados Miembros. En consecuencia, recomendó a los gobiernos de los demás Estados Miembros poner en práctica los principios que constan en el Anexo a esta Recomendación, a fin de reconocer este derecho a nivel nacional.

Se remitió asimismo a las conclusiones de la Conferencia sobre la Dignidad Humana y la Exclusión Social (Helsinki, mayo de 1998) y a la Resolución 199/26 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Hombre y la Extrema Pobreza, a la Recomendación 1196 (1992) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa relativa a la Extrema Pobreza y a la Exclusión Social, así como a la Recomendación

n° R (93) 1 del Comité de Ministros para los Estados Miembros relativa al Acceso Efectivo al Derecho y a la Justicia de las Personas en Situación de Gran Pobreza.

En el Anexo, el Consejo formuló cinco principios, a saber:

1. Los Estados Miembros deben reconocer, en su legislación y en su práctica, un derecho a la satisfacción de las necesidades materiales elementales a toda persona en situación de extrema precariedad.
2. El derecho a la satisfacción de las necesidades materiales elementales debe cuanto menos cubrir la alimentación, vestido y vivienda y cuidados médicos básicos.
3. El derecho a la satisfacción de las necesidades materiales elementales debe ser justiciable, debiendo poder toda persona en situación de extrema precariedad invocarlo directamente ante las autoridades y, en su caso, ante los tribunales.
4. El ejercicio de ese derecho debe pertenecer a ciudadanos y extranjeros, cualquiera sea el estatus de estos últimos en relación al derecho aplicable a los extranjeros, conforme a las modalidades que definan las autoridades nacionales.
5. Los Estados Miembros deben velar para que se brinde suficiente información sobre la existencia de este derecho.

COMITE DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación n° R (2000) 3, del 19-1-2000, en *Gazette. Cahier Comité des Ministres*, Consejo de Europa, Estrasburgo, enero de 2000, n° I, p. 7.

PROCESO PENAL. REFORMA (COLOMBIA).

El 13 de enero del 2000, mediante la ley 553, fue aprobada la reforma del capítulo VII del título IV del libro primero del Código de Procedimiento Penal, en materia de casación.

CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 553 de 2000, en *Corte Suprema*, Santafé de Bogotá, 1999, n° 10, p. 26.

PRUEBA. CONTRATOS ELECTRÓNICOS. FIRMA (FRANCIA).

La ley n° 2000-230, del 13 de marzo de 2000 (*J.O.* del 14 de marzo de 2000, p. 3968), adapta el régimen de la prueba a las tecnologías de información y regula la firma electrónica:

1. Introduce, antes del párrafo 2 de la Sección 1 del capítulo VI del Título III del Libro III del Código Civil, un párrafo 1 titulado “Disposiciones Generales”, que comprende los arts. 1316 a 1316-2, que disponen lo siguiente:

Art. 1316: La prueba documental, o prueba escrita, resulta de una sucesión de letras, caracteres o cifras o de cualquier otro signo o símbolo dotado de un significado inteligible, cualquiera sea su soporte y sus modalidades de transmisión.

Art. 1316-1: El escrito bajo forma electrónica se admite como prueba con el mismo carácter que el escrito en soporte papel, con reserva de que pueda ser debidamente identificada la persona de la cual emana y que esté establecido y conservado en condiciones que garanticen su integridad.

Art.1316-2: Cuando la ley no fije otros principios, y en ausencia de un acuerdo válido entre las partes, el juez resuelve los problemas de prueba documental determinando por

cualquier medio cuál es el documento más verosímil, cualquiera sea su soporte.

2. Agrega el siguiente párrafo al art. 1317 de dicho Código: “podrá estar extendido en soporte electrónico si está establecido y conservado en las condiciones fijadas por decreto del Consejo de Estado”.

3. A continuación del art. 1316-2 inserta un art. 1316-3 que tiene la siguiente redacción: “el escrito en soporte electrónico tiene la misma fuerza probatoria que el escrito en soporte papel”.

4. Luego del art. 1316-3 intercala un art. 1316-4 que tiene la siguiente redacción: “La firma necesaria para la perfección de un acto jurídico identifica a quien la inserta. Ella manifiesta el consentimiento de las partes a las obligaciones que derivan de ese acto. Cuando es insertada por un funcionario público, otorga autenticidad al acto.

Cuando es electrónica, consiste en el uso de un procedimiento confiable de identificación que garantiza su vinculación con el acto al cual está ligada. Se presume la confiabilidad de este procedimiento, salvo prueba en contrario, cuando la firma electrónica está creada, la identidad del signatario asegurada y la integridad del acto garantizada, en las condiciones fijadas por decreto del Consejo de Estado”.

5. Reemplaza, en el art. 1326 de dicho Código, las palabras “de su puño y letra” por las palabras “por sí mismo”.

Nota de la Secretaría: v., sobre el tema, **HUET, Jérôme**, “Preuve. Vers une consécration de la preuve et de la signature électronique”, en *Le Recueil Dalloz*, París, 2000, n° 6, p. 95; **JULIA BARCELO, Rosa** y **VINJE, Thomas**, “Hacia un marco europeo sobre firmas digitales y criptografía”, en *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1998, n° 228, pp. 695/714; y **KRÜGER, Ulrich**, “Allemagne: Valeur juridique de la signature électronique - Projet de loi”, en *Revue européenne de droit de la consommation*, Louvain-la-Neuve, 1999, n° 4, pp. 428/429.

Legislation, Ley n° 2000-230 del 13-3-2000, en *Recueil Le Dalloz*, París, 2000, n° 12, p. 187.

SALUD. SERVICIOS DE SALUD. PARTICIPACIÓN CIUDADANA (CONSEJO DE EUROPA).

1. La Recomendación n° R (2000) 5 del Comité de Ministros, en virtud de lo dispuesto por el art. 15b del Estatuto del Consejo de Europa, recomienda a los gobiernos de los Estados Miembros:

- velar para que la participación del ciudadano se prevea en todos los integrantes del sistema de salud de los niveles nacional, regional y local y posibilitada por todos los operadores del sistema de salud, particularmente por los profesionales, aseguradoras y poderes públicos;
- hacer lo necesario para trasponer en sus legislaciones las líneas directrices enunciadas en el anexo a esta Recomendación;
- crear estructuras jurídicas y aplicar políticas tendientes a favorecer la participación del ciudadano y a reforzar los derechos del paciente, cuando aún no existan;
- adoptar políticas tendientes a crear condiciones favorables al desarrollo, desde el punto de vista del número de adherentes, de las orientaciones y de los objetivos, de organizaciones cívicas de “usuarios” de servicios de salud, cuando aún no existan;
- dar la mayor difusión posible a la presente Recomendación y a su informe explicativo, particularmente entre todas las personas y organizaciones cuyo objeto sea participar en los procesos de decisión en materia de salud.

2. Por su parte, el Anexo a esta Recomendación contiene las siguientes líneas directrices:

2.1. Participación del paciente en el proceso democrático

La posibilidad de que los ciudadanos y pacientes participen, si lo desean, en los procesos de decisión en materia de salud debe considerarse un derecho fundamental en toda sociedad democrática.

Los gobiernos deben elaborar políticas y estrategias tendientes a reforzar los derechos de los pacientes y a favorecer la participación del ciudadano en la toma de decisiones en materia de salud, y asegurar su difusión, seguimiento y actualización.

La participación del paciente/ciudadano debe ser un componente ineludible de los sistemas de salud. En ese carácter, constituye un elemento indispensable de las reformas en curso.

Los procesos de decisión deben democratizarse mediante la adopción de las siguientes medidas:

- distribución clara de responsabilidades en las decisiones en materia de salud;
- influencia adecuada de todos los grupos de interés, sin que éstos representen sólo a ciertas partes interesadas (profesionales, aseguradoras) sino que incluyan a las asociaciones cívicas que se defienden diferentes causas vinculadas a la salud;
- acceso del público a los debates políticos sobre estas cuestiones;
- cada vez que sea posible, participación de los ciudadanos en el estadio de la definición de la problemática y de las políticas consecuentes; esta participación no deberá limitarse a la resolución de los problemas y a la elección de soluciones preconcebidas.

Es necesario recurrir en una mayor medida al debate público para reforzar los mecanismos de participación.

2.2. Información

La información sobre el cuidado de la salud y sobre los procesos de decisión debe tener una mayor difusión a fin de facilitar la participación. Debe ser fácilmente accesible y transmitida en tiempo oportuno, comprensible y pertinente.

Los gobiernos deben mejorar y reforzar sus formas de comunicación; las estrategias de información deben adaptarse al grupo de población al que se dirigen.

Es necesario sensibilizar al público sobre los derechos del paciente a través de campañas de información periódicas. Deben establecerse estructuras de orientación apropiadas para los pacientes que deseen complementar la información (sobre sus derechos y los mecanismos que les permiten hacerlos valer).

2.3. Políticas en favor de una participación activa

2.3.1. Los gobiernos deben crear condiciones favorables a la participación y a la atribución de responsabilidad en los procesos de decisión en materia de salud. A esos efectos deben:

- instituir o reforzar los mecanismos/estructuras que permiten esta participación; escuchar a los pacientes y ciudadanos, siendo ésta una preocupación constante del conjunto del sistema de salud, a todos los niveles administrativos y en todas las ramificaciones regionales, federales o nacionales de las autoridades sanitarias;
- apoyar los procesos democráticos para designar y seleccionar a los representantes de los ciudadanos, particularmente en el seno de los comités de ética, comisiones sanitarias, consejos consultivos y otras estructuras encargadas de tomar decisiones relativas a la salud;
- asociar a los ciudadanos y a los “usuarios” de los servicios de salud a la gestión de las diferentes estructuras del sistema de salud;
- realizar una evaluación permanente de los procesos participativos dinámicos en los cuales intervienen los ciudadanos y los pacientes;
- actuar de forma que todos los grupos de población comprometidos tengan la

posibilidad de participar en un pie de igualdad;

- eliminar los obstáculos financieros, geográficos y/o culturales/lingüísticos a la participación;
- facilitar la participación de los grupos vulnerables brindándoles asistencia complementaria;
- institucionalizar los servicios de educación y de formación destinados a desarrollar la participación democrática de los ciudadanos.

2.3.2. Los gobiernos deben adoptar políticas tendientes a establecer condiciones favorables al desarrollo (desde el punto de vista del número de adherentes, de las orientaciones y de las misiones) de las organizaciones cívicas de “usuarios” de los servicios de salud. A tal efecto deben:

- crear un marco jurídico para la participación de los ciudadanos en la gestión de los servicios de salud y de las compañías de seguros;
- establecer condiciones jurídicas y fiscales que faciliten la creación y funcionamiento de dichas organizaciones; en la medida de lo posible, se deben prever subvenciones en el marco del presupuesto destinado a salud;
- estimular, cada vez que sea posible, la cooperación entre las organizaciones, respetando su diversidad; las asociaciones de ciudadanos que se ocupen de cuestiones de salud deben colaborar con vistas a implementar las estrategias de alianza;
- ayudar a esas organizaciones a ofrecer servicios y a brindar amparo al mayor número posible de personas;
- confiar a dichas organizaciones la misión de informar a sus miembros y al público sobre situaciones particulares y/o sobre cuestiones generales relativas a la salud;
- otorgar a esas organizaciones el lugar que les corresponde junto a otros grupos de interés del sector de la salud (organizaciones de profesionales, de aseguradoras, etc);
- alentar los debates democráticos y éticos en el seno de las asociaciones;
- desarrollar relaciones transparentes entre las autoridades públicas y las asociaciones.

2.3.3. Deben considerarse las siguientes medidas complementarias:

- publicar un informe anual sobre los progresos realizados en materia de participación del ciudadano en los procesos de decisión en materia de salud;
- velar por que, en todo contrato suscripto con las autoridades públicas o entre los operadores del sistema de salud, figure un compromiso de desarrollar la participación del ciudadano/paciente;
- dar a los profesionales de la salud una formación en comunicación y en métodos de participación;
- establecer, en concertación con las ONG, programas de investigación sobre la participación del ciudadano/paciente en los procesos de investigación en el área de la salud, así como sobre los mecanismos eficaces de participación en los procesos de decisión en materia de salud.

4. Mecanismos de participación

Los ciudadanos deben estar asociados a todas las fases del proceso legislativo relativo a la salud: elaboración, puesta en marcha y seguimiento de la aplicación de las leyes, incluyendo los procesos ulteriores de revisión. Esto puede hacerse bajo la forma de participación en las comisiones y en los debates públicos, cada vez que sea posible.

Los ciudadanos/pacientes deben tener la posibilidad de participar en la definición de las prioridades en materia de salud. A este fin se les deben explicar los diversos aspectos de la definición de prioridades a fin de que puedan participar con todo conocimiento de causa y con discernimiento. Las finalidades, consecuencias y responsabilidades vinculadas a esas elecciones deben estar claramente expuestas, al igual que sus implicancias sobre el plano de

la afectación de recursos, de la reorganización del sistema de salud y de las relaciones entre sus diferentes componentes.

Deben tomarse en cuenta los puntos de vista y las expectativas de los pacientes a los fines de la evaluación de la calidad de los servicios de salud. Los pacientes deben participar en la evaluación interna e intervenir en la evaluación externa por intermedio de las asociaciones de pacientes. Los contratos suscritos con los prestatarios de servicios deben incluir una cláusula obligatoria a este efecto.

Los pacientes y sus organizaciones deben tener acceso a mecanismos apropiados, eventualmente completados por un régimen de supervisión por parte de un órgano independiente, para hacer valer sus derechos en casos específicos.

Para ser eficaces, esos mecanismos deben ser múltiples e incluir formas de conciliación y de mediación. Los procesos formalizados de denuncias deben ser simples y fácilmente accesibles. Los obstáculos financieros que perjudiquen la igualdad de acceso a dichos regímenes deben eliminarse, sea haciendo gratuito el acceso a los mismos, sea acordando asistencia a las personas de pocos recursos que deseen utilizar esos servicios.

Es necesario reunir y analizar sistemáticamente las denuncias de los pacientes a fin de recolectar información sobre la calidad de los servicios de salud y de descubrir los sectores/aspectos que requieren ser mejorados.

COMITE DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación n° R (2000) 5, del 24-2-2000, en *Gazette. Cahier Comité des Ministres*, Consejo de Europa, Estrasburgo, febrero de 2000, n° II, p. 5.

TITULOS DE CREDITO. LETRA DE CAMBIO (INTERNACIONAL).

El 1 de enero del 2000 entró en vigencia la Convención de las Naciones Unidas de 1995 Relativa a las Garantías Independientes y las Letras de Cambio *Stand By*.

Implementation of Uniform Law Instruments, "Current Events", en *Uniform Law Review / Revue de Droit Uniforme*, ed. Kluwer Law International, Roma, vol. IV, 1999-3, p. 744.

NOVEDADES BIBLIOGRAFICAS:

A) LIBROS

ALEGRE MARTINEZ, Miguel Angel, *El derecho a la propia imagen*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, 169 pp.

ALLIX, Dominique (Profesor - Universidad Paris-Sud), *Les droits fondamentaux dans le procès pénal. Libertés et droits fondamentaux*, Ed. Montchrestien, París, 1997, 99 pp.

ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier (Catedrático de Derecho Penal - Universidad de Cantabria), *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Ed. tirant lo blanch, Valencia, 1999, 141 pp., E. 2086.

ARANGO, Rodolfo, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 1999, 177 pp., P. 1011.

ARBOUR, Louise; ESER, Albin; AMBOS, Kai y SANDERS, Andrew (editores), *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court / Le Procureur d'une Cour pénale internationale permanente / El Fiscal de una Corte Penal Internacional Permanente*, Ed. iuscrim, Friburgo, 2000, 710 pp.

ARCE GORDILLO, Juan Pablo, *Habeas Data: Principios y Regulación sobre una nueva visión del Sistema de Inteligencia en Guatemala*, Ediciones del Instituto, Guatemala, 2000, 137 pp.

ASOCIACION DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *La supletoriedad del Derecho estatal. Actas de las IV Jornadas*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, 300 pp.

ASSOCIATION D'ECONOMIE FINANCIERE, *Rapport Moral sur l'Argent dans le Monde 1999. Grands enjeux de l'actualité financière -Corruption. Actionnariat salarié. Développement durable-*, Ed. Montchrestien, París, 1999, 358 pp.

BALAZY, Stanislaw y RYSZKOWSKI, Lech, *Protection de la diversité biologique et*

paysagère dans les paysages d'Europe centrale et orientale, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, 58 pp.

BARRERE UNZUETA, María Angeles (Profesora de Filosofía del Derecho - Universidad del País Vasco), *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Ed. Cuadernos Cívitas, Madrid, 1997, 123 pp.

BEAUMONT, Paul R. (Profesor de Derecho Internacional Privado - Universidad de Aberdeen) y **McELEVAY, Peter E.**, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 1999, 332 pp.

BENOÎT-ROHMER, Florence (Profesora - Universidad Robert-Schuman de Estrasburgo), *Les minorités, quels droits?. Etude de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 10 novembre 1994, ouverte à la signature le 1 février 1995 et entrée en vigueur le 1 février 1998)*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, 175 pp.

BLERO, Bernard (editor), *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996). Actes du colloque organisé les 19 et 20 décembre 1996 à la mémoire de Monsieur Paul Tapie, Premier Président du Conseil d'Etat et Président du Centre de droit public*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, 877 pp.

BOUCHET-SAULNIER, Françoise, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, Ed. La Découverte, París, 1998, 420 pp.

BOYDENS, Isabelle, *Informatique, normes et temps*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, 570 pp.

BRIBOSIA, Emmanuelle; DARDENNE, Emmanuelle; MAGNETTE, Paul y WEYEMBERGH, Anne (directores), *Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, 256 pp.

BRÖHMER, Jürgen, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, La Haya-Boston-Londres, 1997, 242 pp.

BUERGENTHAL, Thomas (Profesor de Derecho Comparado e Internacional - Universidad George Washington), y **KISS, Alexandre** (Profesor - Universidad Robert Schuman de Estrasburgo), *La protection internationale des droits de l'homme. Précis*, Ed. N. P. Engel, Colonia-Estrasburgo-Arlington, 1991, 261 pp.

BUERGENTHAL, Thomas (Profesor de Derecho Comparado e Internacional - Universidad

George Washington) y **SHELTON, Dinah** (Profesor - Universidad de Santa Clara), *Protecting Human Rights in the Americas. Cases and Materials*, Ed. N.P. Engel, Colonia-Estrasburgo-Arlington, 1995, 692 pp.

CAPELLER, Wanda y **KITAMURA, Takanori**, *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales. Autour de Masaji Chiba*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1998, 289 pp.

CARBASSE, Jean-Marie y **DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence** (directores), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Ed. PUF, París, 1999, 343 pp.

CENTRE DE DROIT PRIVE, *Les copropriétés. Les Conférences du Centre de droit privé*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, 464 pp.

CENTRE D'ETUDES DES DROITS DU MONDE ARABE -CEDROMA-, *Les Constitutions des Pays arabes. Colloque de Beyrouth, 1998*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, 328 pp.

CENTRE D'ETUDES POUR L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE EN MATIERE PENALE ET FINANCIERE, *Corruption de fonctionnaires et fraude européenne. Actas du colloque de Bruxelles 21 et 22 novembre 1996*, Ed. Bruylant-Maklu, Bruselas, 1998, 188 pp.

CENTRE INTERNATIONAL DE LA COMMON LAW EN FRANÇAIS (CICLEF), *Les grands arrêts de la common law. Les contrat*, Ed. Bruylant-Yvon Blais Inc., Québec, 1999, 172 pp.

CENTRE JEAN RENAULD, *Le nouveau code des sociétés*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, 395 pp.

CHAMORRO MORA, Rafael, *La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana*, Ed. Corte Centroamericana de Justicia, Managua, 2000, 205 pp.

CHARFI, Mohamed (Profesor emérito - Facultad de Ciencias Jurídicas de Túnez), *Islam et liberté. Le malentendu historique*, Ed. Albin Michel, París, 1998, 273 pp.

CHEVALLIER-GOVERS, Constance (Profesor - Universidad Paris), *De la coopération à l'intégration policière dans l'Union européenne*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, 450 pp.

CHRISTOPHE TCHAKALOFF, Marie-France (Directora), *Le concept d'association*

dans les accords passés par la Communauté: Essai de clarification. Actes du colloque organisé par le Centre de droit européen et comparé de la Faculté de droit, Université René Descartes Paris V, Paris - 15 mai 1998, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, 332 pp.

COLARD, Daniel (Profesor de Derecho - Universidad de Franche-Comté), *Les relations internationales de 1945 à nos jours*, Ed. Armand Colin, Paris, 1999, 425 pp.

COMISION ANDINA DE JURISTAS, *Democracia en la Encrucijada (Informe Anual sobre la Región Andina)*, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 2000, 201 pp.

COMISION EUROPEA, *Unión económica y monetaria. Compendio de legislación comunitaria*, Ed. Comisión Europea, Luxemburgo, 1999, 271 pp.

COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, *Les aides d'Etat en droit communautaire et en droit national. Séminaire organisé à Liège les 14 et 15 mai 1998*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, 440 pp.

COMMISSION EUROPEENNE, *40 ans des traités de Rome ou la capacité des traités d'assurer les avancées de la construction européenne. Colloque universitaire organisé à la mémoire d'Emile Noël. Actes du colloque de Rome 26-27 mars 1997*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, 341 pp.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT, *Droit et politique étrangère*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1998, 187 pp.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT, *Incidences de la succession d'Etat sur la nationalité. Rapport de la Commission de Venise*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1998, 111 pp.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT, *Les mutations de l'Etat-nation en Europe à l'aube du XXI siècle. Nancy, 6-8 novembre 1997. Actes*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1998, 427 pp.

COMPARATIVE LAW SOCIETY PONDICHERRY / SOCIETE DE DROIT COMPARE PONDICHERRY, *Law from all horizons / Droits des tous horizons*, Ed. Société de Droit Comparé Pondichéry, Pondichéry, 1998, 190 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Art et conflit. Le processus artistique entre rêve et état de veille. Colloque international, Paris, 5-7 mai 1997*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, 175 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Charte sociale européenne. Comité d'experts indépendants. Conclusions XIV-2*, tomos 1 y 2, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1998, 930 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires" of the European Convention on Human Rights / Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, vol. VIII, "Consultative Assembly - Committee of Experts - Committee of Ministers - Legal Committee - Advisers to the Ministers, 1 October 1951 - 20 March 1952", Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1985, 226 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Compte rendu des débats de l'Assemblée Parlementaire*, tomos III y IV (sesiones ordinarias del 22-26 junio y 21-25 septiembre de 1998, respectivamente), Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1998/1999.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Compte rendu des débats du Congrès des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe* (Sesión del 26-28 mayo de 1998), Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1998, 174 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Culture et médias. Conventions du Conseil de l'Europe*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1998, 297 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Criminal Law Convention on Corruption / Convention pénale sur la corruption. Strasbourg, 27.1.1999*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, 14 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Déclarations adoptées lors des conférences européennes organisées par le CPLRE (ou avec son concours). Juin 1994-juin 1998*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, 167 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Documents de séance de l'Assemblée Parlementaire* (vols. VIII y IX, Sesión Ordinaria del 21-25 septiembre 1998), Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1998.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Droit international. Conventions du Conseil de l'Europe*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, 277 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *European Bronze Age Monuments / Monuments de l'Age du Bronze. Glossary/Glossaire*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, 110 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Guide pour la préparation, l'utilisation et l'assurance de*

qualité des composants sanguins, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 234 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Initiatives d'employeurs pour promouvoir l'emploi et l'intégration des immigrés*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1998, 173 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Intimidation des témoins et droits de la défense. Recommandation n° R (97) 13 et exposé des motifs*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1998, 68 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *La conservation et la gestion du blaireau d'Europe (Meles meles) (Révision de l'étude qui avait été présentée sous la forme d'un rapport au Comité permanent de la Convention sur la conservation de la vie sauvage et des habitats naturels de l'Europe, sur la population et le besoins de protection et de gestion de l'espèce dans le Paléarctique occidental)*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1998, 83 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *La participation politique et sociale des immigrés à travers des mécanismes de consultation*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 205 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *La paix séparée en ex-Yougoslavie. Débats*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1998, 169 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *L'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes. Cadre conceptuel, méthodologie et présentation des "bonnes pratiques". Rapport final d'activités du Groupe de spécialistes pour une approche intégrée de l'égalité (EG.S.MS)*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1998, 92 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Leçons d'histoires. Le Conseil de l'Europe et l'enseignement de l'histoire*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 43 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Le contrôle et l'audit de l'action des collectivités locales*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 158 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *L'égalité entre les femmes et les hommes dans la Charte sociale européenne. Etude établie sur la base de la jurisprudence du Comité d'experts indépendants*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1998, 151 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Les brigades à l'école. Séminaire européen d'enseignants. Bled, Slovénie, 16-19 avril 1998*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 50 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Les délinquants usagers de drogues et le système pénal (actes). Séminaire organisé par le Groupe de coopération en matière de lutte contre l'abus et le trafic illicite des stupéfiants (Groupe Pompidou), Strasbourg (France), 12-14 octobre 1998*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997, 225 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Les problèmes juridiques concernant le lien de filiation (actes). XXVII Colloque de droit européen. Fondation pour les études internationales, La Valette (Malte), 15-17 septembre 1997*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 160 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Limites de la fiscalité locale, péréquation financière et méthodes de calcul des dotations*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1998, 120 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Océans. Débats*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 193 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Ordres du jour. Procès-verbaux de l'Assemblée Parlementaire (Sesión Ordinaria del 22-26 septiembre 1997)*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 90 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Politique criminelle et droit pénal dans une Europe en transformation. Recommandation n° R (96) 8 et exposé des motifs et rapport sur les réponses possibles face à la nature et à l'ampleur de l'évolution de la criminalité dans une Europe en transformation*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 115 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport sur la situation de l'archéologie urbaine en Europe*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 253 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Sites de conservation de la nature désignés en application des instruments internationaux au niveau paneuropéen*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 114 pp.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Structure et fonctionnement de la démocratie locale et régionale: Allemagne (situation en 1998), Belgique (situation en 1997), Chypre (situation en 1998), Islande (situation en 1997), Pays-Bas (situation en 1998) y République Tchèque (situation en 1997)*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999, 45, 49, 23, 29, 40 y 21 pp., respectivement.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Textes adoptés par l'Assemblée Parlementaire (Recomendaciones nros. 1380 a 1393, y Resoluciones nros. 1166 a 1176)*, Ed. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Textes adoptés par le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe* (Recomendaciones nros. 40 a 52, Opinión n° 8, y Resoluciones nros. 60 a 73), Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1998.

CONSORZIO EUROPEO DI RICERCA SUI RAPPORTI TRA STATI E CONFESSIONI RELIGIOSE, *Cittadini e fedeli nei paesi dell'Unione europea, una doppia appartenenza alla prova della secolarizzazione e della mondializzazione, Atti del colloquio (Università per Stranieri, Reggio Calabria 12-15 novembre 1998)*, Ed. Bruylant-Giuffrè-Nomos Verlag, Milán, 1999, 428 pp.

COPPENS, Philippe, *Normes et fonction de juger*, Ed. Bruylant-L.G.D.J., Bruselas-París, 1998, 291 pp.

CORTEN, Olivier; DELCOURT, Barbara; KLEIN, Pierre y LEVRAT, Nicolas (directores), *Démembrements d'Etats et délimitations territoriales: l'uti possidetis en question(s)*, Editions de l'Université de Bruxelles-Bruylant, Bruselas, 1999, 455 pp.

CORTES RODAS, Francisco (Profesor - Universidad de Antioquia), *De la política de la libertad a la política de la igualdad. Un ensayo sobre los límites del liberalismo*, Ed. Siglo del Hombre, Bogotá, 1999, 178 pp., F. 3485.

CREMADES, Javier y MAYOR MENENDEZ, Pablo (coordinadores), *La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1999, 1003 pp., A. 1649.

CREPEAU, François (Profesor - Universidad de Québec), *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Ed. Bruylant-Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1995, 424 pp.

D'ANGELO, Mario y VESPERINI, Paul, *Politiques culturelles en Europe: méthode et pratique de l'évaluation*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, 210 pp.

DE FONTBRESSIN, Patrick, *La Démocratie-dépassement*, Ed. Bruylant-Nemesis, Bruselas, 1997, 80 pp.

DE LA ROSA, Fernando Esteban, *La joint venture en el comercio internacional*, Ed. Comares, Granada, 1999, 350 pp., G. 1310.

DELFOSE, Marie-Luce (editora), *Les comités de la recherche biomédicale. Exigences éthiques et réalités institutionnelles. Belgique, France, Canada et Québec*, Ed. Presses

Universitaires de Namur, Namur, 1997, 207 pp.

DELPEREE, Francis (Profesor - Universidad Catholique de Louvain) y **DEPRE, Sébastien**, *Le Système Constitutionnel de la Belgique*, Ed. Larcier, Bruselas, 1998, 342 pp.

DELPEREE, Francis y **FOUCHER, Pierre** (directores), *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1998, 201pp.

DEPRE, Sébastien, *Les autorisations administratives relatives à l'exercice de certaines professions*, Ed. Bruylant-Nemesis, Bruselas, 1999, 171 pp.

DE SADELEER, Nicolas (Profesor - Universidad Saint-Louis), *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Ed. Bruylant-AUF, Bruselas, 1999, 437 pp.

DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal (dirección), *Le Droit Privé Européen*, Ed. Economica, París, 1998, 256 pp.

DE WILDE D'ESTMAEL, Tanguy, *La dimension politique des relations économiques extérieures de la Communauté européenne. Sanctions et incitants économiques comme moyens de politique étrangère*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1998, 445 pp.

DOLAN, John F. (Pofesor de Derecho - Wayne Stete University), *Commercial law. Essential Terms and Transaction. An adaptation for law students of Fundamentals of Commercial Activity: A Lawyer's Guide*, Ed. Aspen Law & Business, Nueva York, 1997, 472 pp.

DONY, Marianne y **DE WALSCHE, Aline** (coordinadoras), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, vols. I y II, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, 1739 pp.

DRUET, François-Xavier y **GANTY, Etienne** (editores), *Rendre justice au droit. En lisant Le Juste de Paul Ricœur*, Ed. Presses Universitaires de Namur, Namur, 1999, 317 pp.

ECOLE DE DROIT NATUREL DE KOPAONIK, *Document final. Constatations générales - Discours d'introduction - Messages. Kapaonik, 13-17 décembre 1999*, Ed. Ecole de droit naturel de Kopaonik, Kopaonik, 1999, 115 pp.

ECOLE DES SCIENCES CRIMINOLOGIQUES LEON CORNIL, *La Pédophilie. Approche pluridisciplinaire. Actes du Colloque organisé par l'Ecole des sciences criminologiques León Cornil de la Faculté de Droit de l'U.L.B. et le Centre de recherche-*

action et de consultation en sexo-criminologie (C.R.A.S..C.), Bruxelles, 12 et 13 janvier 1995, Ed. Bruylant, Bruselas, 1998, 273 pp.

ENTRINGER, Fernand y **GREDEN, Roger**, *Le Private Banking au Luxembourg*, Ed. Promoculture, Luxemburgo, 1999, 175 pp.

ETUDES DE DROIT DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Ed. Pedone, París, 1984, 527 pp.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco (Profesor de Derecho Procesal - Universidad del País Vasco), *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Ed. Comares, Granada, 2000, 380 pp.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier (Catedrático en Filosofía del Derecho - Universidad del País Vasco), *“Iura novit curia” y aplicación judicial del derecho*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, 261 pp.

FENTIMAN, Richard (Profesor - Universidad de Cambridge); **NUYTS, Arnaud** (Investigador - Universidad libre de Bruselas); **TAGARAS, Haris** (Profesor - Universidad Panteios de Atenas) y **WATTÉ, Nadine** (Profesora - Universidad libre de Bruselas), *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale / The European Judicial Area in Civil an Commercial Matters*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, 350 pp.

FRAISSEIX, Patrick (Coordinador), *Mélanges Patrice Gélard. Droit Constitutionnel*, Ed. Montchrestien, París, 1999, 489 pp.

GAETE GONZALEZ, Eugenio Alberto, *Instrumento público electrónico*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, 532 pp.

GASCON ABELLAN, Marina, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, 230 pp., J. 3137.

GIDDENS, Anthony, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia* (título original: *The third way*, traducción: **CIFUENTES HUERTAS, Pedro**), Ed. Taurus, Madrid, 1999, 198 pp., F. 3484.

GILLES, Anne-Marie, *Le couple en droit social*, Ed. Economica, París, 1997, 255 pp.

GODON, Laurent (Doctor en Derecho - Universidad de Paris I-Panthéon Sorbonne), *Les*

obligations des associés, Ed. Economica, París, 1999, 307 pp.

GOLDFARB, Ronald L., *TV or Not TV. Television, Justice and the Courts*, Ed. New York University Press, Nueva York-Londres, 1998, 238 pp.

GOMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique (Catedrático de Derecho Administrativo - Universidad de Santiago de Compostela), *Código de defensa de la competencia (Normativa española y comunitaria)*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, 994 pp., D. 2049.

GRAVEN, Jean, *Le difficile progrès du règne de la justice et de la paix internationales par le droit. Des origines a la Société des Nations*, Ed. Pedone, París, 1970, 602 pp.

GROENENDIJK, Kees; GUILD, Elspeth y DOGAN, Halil, *Sécurité de résidence des immigrés de longue durée. Etude comparative de la législation et de la pratique des pays européens*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1998, 132 pp.

GROUPE EUROPEEN DE RECHERCHES SUR LA JUSTICE PENALE / EUROPEAN RESEARCH GROUP ON CRIMINAL JUSTICE, *La surpopulation pénitentiaire en Europe / Prison overcrowding in Europe. De la détention avant jugement à la libération conditionnelle / From pre-trial detention to parole. Actes du 1er séminaire tenu à Corfou du 8 au 12 septembre 1997 / Proceedings of the 1st seminar held in Corfu, 8-12 september 1997*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, 198 pp.

GUATEMALA, *Constitución Política de la República - Ley del Organismo Judicial - Código Penal - Código Procesal Penal*, Ed. Corte Suprema de Justicia de Guatemala, 1999.

GUEDJ, Alexis, *La protection des sources journalistiques*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1998, 256 pp.

HAUG, Werner; COURBAGE, Youssef y COMPTON, Paul, *Les caractéristiques démographiques des minorités nationales dans certains Etats européens* (vol. 1), Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1998, 169 pp.

HENNAU-HUBLET, Christiane y KNOPPERS, Bartha Maria (directoras), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme. Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1997, 509 pp.

HEYMANN-DOAT, Arlette (Profesora de Derecho Público - Universidad de Paris XI), *Le régime juridique des droits et libertés*, Ed. Montchrestien, París, 1997, 132 pp.

HEYMANN-DOAT, Arlette (Profesora de Derecho Público - Universidad de Paris XI), *Libertés publiques et droits de l'homme*, L.G.D.J., París, 1998, 296 pp.

HOLMGREN, Christina, *La renégociation multilatérale des dettes: le Club de Paris au regard du droit international*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1998, 350 pp.

IGLESIAS VILA, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, 296 pp., F. 3597.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (Acts and Documents Concerning the Organization of the Court) / COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour), *Charter of the United Nations, Statute and Rules of Court and other Documents*, Ed. Corte Internacional de Justicia, 1998, 268 pp.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (Pleadings, Oral Arguments, Documents) / COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (Mémoires, Plaidoiries et Documents), *Case Concerning Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, vols. I y II, Ed. Corte Internacional de Justicia, 521 y 484 pp. respectivamente.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (Pleadings, Oral Arguments, Documents) / COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (Mémoires, Plaidoiries et Documents), *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, vols. I y II, Ed. Corte Internacional de Justicia, 462 y 473 pp., respectivamente.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (Pleadings, Oral Arguments, Documents) / COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (Mémoires, Plaidoiries et Documents), *Case Concerning The Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Ed. Corte Internacional de Justicia, 199 pp.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders) / COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (Recueil des arrêts, Avis consultatifs et Ordonnances), *Case concerning the Gabón-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Order of 5 February 1997, Ed. Corte Internacional de Justicia, 1997, 300 pp.

JACKSON, John H. (Profesor de Derecho - Universidad de Michigan); **DAVEY, William J.** (Profesor de Derecho - Universidad de Illinois) y **SYKES, Alan O. (Jr.)** (Profesor de Derecho - Universidad de Chicago), *Legal Problems of International Economic Relations. Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations*, Ed. West Group, Minnesota, 1995, 1248 pp.

JACKSON, John H. (Profesor de Derecho - Universidad de Michigan); **DAVEY, William J.** (Profesor de Derecho - Universidad de Illinois) y **SYKES, Alan O. (Jr.)** (Profesor de Derecho - Universidad de Chicago), *1995 Documents Supplement to Legal Problems of International Economic Relations*, Ed. West Publishing Co., Minnesota, 1995, 1208 pp.

JADOT, Benoît y **OST, François** (directores), *Elaborer la loi aujourd'hui, mission impossible?. Actes du colloque organisé par le CEDRE à la Maison des Parlementaires le 22 octobre 1998*, Ed. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruselas, 1999, 253 pp.

JEREZ, Olivier, *Le blanchiment de l'argent*, Ed. Banque Éditeur, París, 1998, 291 pp.

JOSSERAND, Sylvie (Conferencista - Universidad Pierre Mendès-France de Grenoble), *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, L.G.D.J., París, 1998, 651 pp.

KAUFMANN, Arthur (Profesor Emérito - Universidad de München), *Filosofía del derecho*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, 655 pp., P. 1013.

KDHIR, Moncef, *Dictionnaire Juridique de la Cour Internationale de Justice*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1997, 235 pp.

KEPPENNE, Jean-Paul, *Guide des aides d'État en droit communautaire. Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, 693 pp.

LE HARDÏ DE BEAULIEU, Louis (Profesor - Universidad Notre-Dame de la Paix y Catholique de Mons), *L'Union Européenne. Introduction à l'étude de l'ordre juridique et des institutions communautaires*, Ed. Presses universitaires de Namur, Namur, 1998, 266 pp.

LEIBLE, Stefan, *Proceso civil alemán*, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1999, 544 pp., J. 3040.

LE ROY, Max (Presidente Honorario - Corte de Apelación de Perís), *L'évaluation du préjudice corporel*, Ed. Litec, París 1998, 241 pp.

LLANEZA GONZALEZ, Paloma, *Internet y comunicaciones digitales. Régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, 450 pp.

LOPUCKI, Lynn M. (Profesor de Derecho - Cornell Law School); **WARREN, Elizabeth** (Profesora de Derecho - Universidad de Harvard); **KEATING, Daniel L.** (Profesor de

Derecho - Universidad de Washington) y **MANN, Ronald J.** (Profesor de Derecho - Universidad de Michigan), *Commercial Transactions: A Systems Approach*, Ed. Aspen law & business, Nueva York, 1998, 1177 pp.

MANSO PORTO, Teresa (Ayudante Científico - Universidad de Bonn), *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, 143 pp., E. 2070.

MARCOS DEL CANO, Ana María, *La Eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Ed. Marcial Pons-Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid-Barcelona, 1999, 356 pp.

MATSCHER, Franz (editor), *Verfahrensgarantien im Bereich des öffentlichen Rechts / Judicial Safeguards in Administrative Proceedings / Garanties judiciaires pour les procédures administratives*, Ed. N.P. Engel, Estrasburgo-Arlington, 1989, 204 pp.

MERCIER, Pierre; MACH, Olivier; GILLIERON, Hubert y AFFOLTER, Simon, *Grands principes du droit de la concurrence. Droit communautaire, droit suisse*, Ed. Bruylant-Helbing & Lichtenhahn, Bruselas-Munich, 1999, 846 pp.

MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse (Profesora Emérita - Universidad Católica de Louvain), *La personne, la famille et le droit, 1968-1998. Trois décennies de mutations en occident*, Ed. Bruylant-L.G.D.J., Bruselas-París, 1999, 589 pp.

MOLFESSIS, Nicolas (Director), *Les mots de la loi*, Ed. Economica, París, 1999, 110 pp.

MONTERO, Etienne, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, Ed. Presses Universitaires de Namur, Namur, 1998, 564 pp.

MORAN BOVIO, David (coordinador), *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos de Comercio Internacional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, 415 pp., G. 1306.

MOUSSIS, Nicolas, *Accès à l'Union européenne. Droit, économie, politiques*, Ed. Mols-Edit*Eur, Bierges, 1999, 545 pp.

MOYA JIMENEZ, Antonio, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, 339 pp.

OSMAN, Filali (director), *Vers un Code Européen de la Consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des États-membres de l'Union européenne (Actes y*

débats de colloque. Lyon, les 12 et 13 décembre 1997), Ed. Bruylant, Bruselas, 1998, 421 pp.

OST, François y **VAN HOECKE, Mark** (editores), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer? / Time and Law. Is it the Nature of the Law to Last?*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1998, 469 pp.

PALLARD, Henri (Profesor - Universidad Laurentienne), *Les professions juridiques*, Ed. Bruylant-Yvon Blais, Bruselas-Quebec, 1999, 130 pp.

PALOMBELLA, Gianluigi (Profesor de Filosofía del Derecho - Universidad de Parma), *Filosofía del Derecho. Moderna y contemporánea* (título original: *Filosofia del diritto*, versión española a cargo de **CALVO GONZALEZ, José**, Profesor de Filosofía del Derecho - Universidad de Málaga), Ed. tecnos, Madrid, 1999, 297 pp., P. 1014.

PANTELIS, Antoine y **KOUTSOUBINAS, Stéphanos** (directores), *Les régimes électoraux des pays de l'Union Européenne*, Ed. Esperia Publications Ltd, Londres, 1998, 555 pp.

PAYE, Olivier, *Sauve que veut? Le droit international face aux crises humanitaires*, Ed. Bruylant-Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1996, 313 pp.

PERTEK, Jacques (director), *La reconnaissance des qualifications dans un espace européen des formations et des professions*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1998, 370 pp.

POHIER, Jacques, *La mort opportune. Les droits des vivants sur la fin de leur vie*, Editions du Seuil, París, 1998, 366 pp.

PRADEL, Jean (Presidente de la Asociación Francesa de Derecho Penal), *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes. Rapports de synthèse des colloques de l'ISISC*, Ed. Erès, 1998, 147 pp.

PRIEUR, Michel y **DOUMBE-BILLE, Stéphane** (directores), *Recueil francophone des traités et textes internationaux en droit de l'environnement*, Ed. Bruylant-Aupelf-Uref, Bruselas, 1998, 719 pp.

PRIEUR, Michel y **LAMBRECHTS, Claude**, *Les hommes et l'environnement. Quels droits pour le vingt-et-unième siècle? / Mankind and the environment. What rights for the twenty-first century?*, Ed. Frison-Roche, París, 1998, 691 pp.

REBECQ, Geneviève (Conferencista - Universidad de Toulon), *La prescription médicale*, Ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1998, 513 pp.

REED AMAR, Akhil, *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, Ed. Yale University Press, New Haven-Londres, 1998, 412 pp.

RELLSTAB, Ursula, *La culture à l'œuvre. Culture et quartiers: projet d'action-recherche dans l'Europe urbaine*, Ed. Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999, 53 pp.

RENAUX-PERSONNIC, Virginie, *L'avocat salarié: entre indépendance et subordination*, Ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1998, 607 pp.

RIDEAU, Joël (Director), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Ed. L.G.D.J., París, 1998, 230 pp.

RIGAUX, François (Profesor Emérito - Universidad Católica de Louvain), *La loi des juges*, Ed. Odile Jacob, París, 1997, 319 pp.

RODRIGUEZ COARASA, Cristina (Profesora de Derecho Constitucional - Universidad Complutense), *La libertad de enseñanza en España*, Ed. tecnos, Madrid, 1998, 305 pp.

ROSSELL I PIEDRAFITA, Claudi, *Aspectos jurídicos del Contrato Internacional de SWAP*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, 619 pp., [G. 1313](#).

SABOURIN, Paul (Profesor de Derecho Público - Universidad Paris V), *Le destin du continent européen. Le chemin de la Grande Europe*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, 345 pp.

SALGUERO, Manuel, *Libertad de cátedra y derechos de los centros educativos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1997, 301 pp.

SAROT, Jean; VANDERNOOT, Pierre; PEREMANS, Etienne y PATY, Brigitte, *Recueil de jurisprudence de la Cour d'Arbitrage. Première mise à jour de l'ouvrage "Dix ans de jurisprudence de la Cour d'Arbitrage", 1er septembre 1995-31 décembre 1997*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1998, 972 pp.

SCHULTE-TENCKHOFF, Isabelle, *La question des peuples autochtones*, Ed. Bruylant-L.G.D.J., Bruselas-París, 1997, 235 pp.

SOUTH CENTRE, *The TRIPs Agreement. A Guide for the South. The Uruguay Round Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights*, Ed. South Centre, Ginebra, 1997, 92 pp.

STAUDER, Hildegard y STAUDER, Bernd (editores), *La protection des consommateurs acheteurs à distance. Analyse du droit suisse à la lumière du droit communautaire et du droit comparé. Actes du Colloque organisé par le Centre de documentation en droit de la consommation (CEDOC) avec le soutien du Centre d'études juridiques européennes (CEJE) Genève*, Ed. Schulthess Polygraphischer Verlag-Bruylant, Zürich-Bruselas, 1999, 350 pp.

THUNIS, Xavier (Profesor de Derecho Comparado, Derecho de las Obligaciones y Derecho del Medio Ambiente - Universidad Notre-Dame de la Paix), *Responsabilité du banquier et automatisé des paiements*, Ed. Presses Universitaires de Namur, Namur, 1996, 362 pp.

UNION DES AVOCATS EUROPEENS (UAE), *L'Europe des transports. Régulation, Dérégulation, Impact du passage à l'Euro / European Transport. Regulation, Deregulation, Impact of the Euro Currency. XII Congrès de l'Union des Avocats Européens / XII Congress of the European Lawyer's Union. Marseille, 8-9 octobre 1998*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, 335 pp.

URIARTE, Carlos E. (Profesor - Centro de Formación y Estudios del Instituto Nacional del Menor), *Control Institucional de la Niñez Adolescencia en Infracción. Un Programa Mínimo de Contención y Límites Jurídicos al Sistema Penal Juvenil (las Penas de los Jóvenes)*, Ed. Carlos Alvarez, Montevideo, 1999, 397 pp., E. 2072.

VAN GENUGTEN, Willem J. M. y DE GROOT, Gerard A. (editores), *United Nations Sanctions: Effectiveness and Effects, Especially in the Field of Human Rights. A Multi-disciplinary Approach*, Ed. Intersentia, Antwerpen-Groningen-Oxford, 1999, 161 pp.

VERDUSSEN, Marc (director), *Le Conseil supérieur de la justice*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, 262 pp.

VESCOVI, Enrique (Director), *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado* (seis tomos), Ed. Abaco, Montevideo, 2000, J. 2893 / J. 2894 / J. 2895 / J. 2896 / J. 2897 / J. 2898.

VITE, Sylvain, *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en œuvre du droit international humanitaire*, Ed. Bruylant-Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1999, 485 pp.

WATTS, Sir Arthur, *The International Law Commission 1949-1998, vol. 1: The Treaties*, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 1999, 608 pp.

WHALEY, Douglas (Profesor de Derecho - Universidad del Estado de Ohio), *Problems and Materials on Commercial Law*, Ed. Aspen Law & Business, Nueva York, 1997, 1113 pp.

WILLEMART, Elisabeth, *Les limites constitutionnelles du pouvoir fiscal*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1999, 274 pp.