

3[2000]

INVESTIGACIÓN DE DERECHO COMPARADO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

JURISPRUDENCIA

ABOGADOS. RESTRICCIONES AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN. **PODER JUDICIAL.** INDEPENDENCIA. **DERECHO DE DEFENSA.** ASISTENCIA LETRADA (LITUANIA).

1. Antecedentes del caso: se cuestionó la constitucionalidad del art. 26 de la Ley que Reglamenta el Ejercicio de la Abogacía en cuanto dispone que un abogado no puede actuar como representante ni como patrocinante letrado para defender judicialmente casos en los que previamente ha intervenido en el mismo tribunal como juez hasta después de 3 años de haber terminado dicha intervención; ni en casos que tramiten en juzgados en los que él, su cónyuge o ex cónyuge, hijos (incluso adoptivos), padres (incluso adoptivos), hermanos, primos, abuelos o nietos sean jueces.

2. Sentencia: la norma impugnada se compece con la Constitución.

2.1. El art. 31.6 de la Constitución dispone que, desde el momento del arresto o primer interrogatorio, se debe garantizar a las personas sospechosas o acusadas de un crimen el derecho de defensa y a contar con asesoramiento letrado. Estos derechos son absolutos, es decir, no pueden ser desconocidos ni sujetos a restricciones por ningún fundamento o condición.

Sin embargo, si bien el derecho a contar con un abogado es absoluto, no lo es el derecho a elegir su propio abogado.

La Constitución es una ley integral y directamente aplicable. La norma del art. 31 está vinculada con las de otros artículos y, ante todo, con el que reconoce el derecho de todo acusado a tener un juicio justo y público ante un tribunal independiente e imparcial, y con el que establece la independencia de los jueces y tribunales a los fines de la administración de justicia.

Estos principios presuponen el deber del Estado de disponer lo necesario para efectivizar estas garantías, incluso mediante el dictado de reglamentaciones que eliminen las precondiciones que generen dudas sobre la independencia e imparcialidad de los jueces. Las restricciones establecidas en la norma impugnada persiguen ese objeto.

Al analizar si las restricciones que la ley cuestionada establece violan el derecho de defensa y al asesoramiento letrado garantizado por la Constitución, reviste particular importancia la conclusión de que dicha norma no deniega estos derechos a los acusados, ni el derecho a elegir su propio abogado. La persona tiene derecho a elegirlo entre aquellos que, conforme la ley, pueden actuar como representantes o asesores letrados defensores ante el tribunal interviniente.

2.2. Por su parte, el art. 48 de la Constitución dispone que toda persona puede elegir libremente una ocupación o empresa, y tiene derecho a condiciones adecuadas, seguras y saludables de trabajo, a una adecuada compensación por su trabajo y a la seguridad social en caso de desempleo.

La norma cuestionada no contiene ninguna restricción que dificulte a las personas convertirse o ejercer como abogados. Las prohibiciones que ella contiene no violan la mencionada norma constitucional, sino que sólo limitan el ejercicio de algunas -pero no todas- las funciones de un abogado, y sólo en los tribunales de Lituania en los cuales los letrados a que dicha norma se refiere hayan trabajado como jueces.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LITUANIA, sentencia del 12-2-2001, en <http://www.lrkt.lt/2001/r010212.htm>.

ACCION DE AMPARO. INTERPOSICIÓN POR CORREO ELECTRÓNICO (VENEZUELA).

Esta Sala, por interpretación progresiva del art. 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, admite que, dentro del medio telegráfico a que hace alusión dicho articulado, está incluido el Internet como medio posible de interposición de la petición de amparo constitucional, limitándola a casos de urgencia y a su ratificación, personal o mediante apoderado, dentro de los tres (3) días siguientes a su recepción.

Ello es así con el fin de no limitar el derecho al acceso a la justicia del accionante, por constituir no sólo un hecho notorio la existencia del Internet como medio novedoso y efectivo de transmisión electrónica de comunicación, sino que, además, dicho medio se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico venezolano por el reciente Decreto Ley N° 1204 sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.148 del 28 de febrero de 2001, en donde se le da inclusive valor probatorio a dichas transmisiones.

CORTE SUPREMA DE VENEZUELA (Sala Constitucional), sentencia del 09/04/2001, n° 523, en <http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/scon/Abril/523-090401-00-2317%20.htm>.

ACCION DE AMPARO. LEGITIMACIÓN. INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS (VENEZUELA).

La Sala observa que, a pesar de que no existía reconocida en la ley una acción judicial para ejercer derechos e intereses colectivos, ella contiene la petición en protección de un derecho colectivo.

Debe acotarse, que en los casos en los cuales la acción de amparo es interpuesta con base en un derecho o interés colectivo o difuso, el mandamiento a acordarse favorecerá bien a un conjunto de personas claramente identificables como miembros de un sector de la sociedad, en el primer caso; bien a un grupo relevante de sujetos indeterminados apriorísticamente, pero perfectamente delimitable con base a la particular situación jurídica que ostentan y que les ha sido vulnerada de forma específica, en el segundo supuesto.

Así, no resulta cierto que el amparo destinado a proteger tales situaciones jurídicas de múltiples sujetos, posea efectos *erga omnes*, tal como lo señalara el *a quo*, pues, como se ha visto, sus beneficiarios son susceptibles de una perfecta determinación y la tutela a ellos brindada es siempre concreta, mas nunca de modo genérico.

CORTE SUPREMA DE VENEZUELA (Sala Constitucional), sentencia del 06/04/2001, n° 487, en <http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/scon/Abril/487-060401-00-1343.htm>.

ACCION PENAL. PRESCRIPCIÓN. DIGNIDAD HUMANA. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ART. 14 (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: la jurisdicción provincial rechazó el pedido de la procesada de que se declarara la prescripción de la acción penal, por la que se le imputaba el delito de lesiones culposas. Los jueces sostuvieron que de las constancias del expediente posteriores a la revocación de la excarcelación de la peticionaria (12-3-1987), no se infería que hubiese transcurrido el plazo de dos años sin que se hubiesen producido actos indicativos de la voluntad del órgano judicial o del Ministerio Público tendientes a la continuación del proceso. Ello originó el recurso extraordinario de la interesada ante la Corte Suprema.

2. Sentencia:

La relación existente entre "duración razonable del proceso" y "prescripción de la acción penal" implica que el derecho del procesado a que se ponga fin a la situación de

indefinición que supone el enjuiciamiento penal, pueda encontrar protección en la prescripción de la acción.

Es necesario considerar la naturaleza de los actos procesales producidos en la causa a fin de determinar su influencia en el curso de la prescripción penal.

Los principios de progresividad y preclusión son instrumentos procesales destinados a evitar la duración indeterminada de los juicios que obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho de toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa una acusación penal, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal. Ello está contenido en la garantía de defensa en juicio enunciada en el art. 18 de la Constitución Nacional, y en el art. 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que tiene jerarquía constitucional.

Asimismo, revisar la decisión judicial que rechaza la prescripción por haber existido actos procesales interruptivos de aquélla, si la duración indefinida del proceso provoca una lesión a un derecho constitucional, constituye una cuestión federal que habilita la competencia del Tribunal.

En tal sentido, se observa que, con prescindencia de lo que hubiese ocurrido en el proceso con anterioridad a la decisión del 12 de marzo de 1987, que revocó la excarcelación y ordenó la captura de la procesada, lo cierto es que, con posterioridad a esa fecha sólo se dictaron medidas que reiteraron las ya mencionadas, lo que demuestra en forma elocuente que transcurrió el plazo de prescripción aplicable.

El concepto de "secuela del juicio" previsto en el art. 67 del Código Penal, no puede tener una amplitud que distorsione su contenido y vuelva inoperante el instituto de la prescripción. Con el criterio de los jueces de la causa se tornaría en la práctica imprescriptible la acción penal con la sola exigencia de que se mantuviese en trámite el proceso, sin importar la naturaleza de los actos que en él se dicten.

No obsta a esta conclusión la negligencia que podría haber tenido la inculpada en comparecer en la causa provocando su consecuente dilación, pues no está en aquélla instar la prosecución del proceso en su contra, ni su conducta puede incidir en la objetiva aplicación de la prescripción.

Por tanto, dada la naturaleza de los vicios de fundamentación de la sentencia impugnada, no corresponde que la causa sea devuelta para un nuevo juzgamiento, por cuanto ello implicaría seguir dilatando la situación de indefinición en juego. Ante la magnitud del tiempo transcurrido desde la comisión del delito -más de veinte años- y el lapso pasado después del 12 de marzo de 1987, corresponde poner fin a la causa mediante la declaración de la prescripción de la acción penal, en la medida en que ello constituye la vía jurídica idónea para determinar la cesación de la potestad punitiva estatal por el transcurso del tiempo y salvaguardar, de esta manera, el derecho constitucional a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA (tres jueces expresaron opiniones concordantes, dos de éstos en común), sentencia del 4-5-2000, A.556.XXXIII, *Amadeo de Roth, Angélica Lía s/ lesiones culposas*, en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 323, p. 982.

ACOSO SEXUAL. NATURALEZA. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. DISCRIMINACIÓN LABORAL. DERECHO DEL TRABAJO. RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: la Comisión de los derechos de la persona y de la juventud, actuando en nombre de la peticionante, inició una demanda por violación de los arts. 10, 10.1, 46, y 49 de la Carta de los Derechos de la Persona de Quebec (Carta),

alegando que el clima de trabajo y el comportamiento de los colegas masculinos de la requirente, atentó contra su derecho a condiciones de trabajo libres de discriminación y de acoso, fundados en el sexo, mientras cumplió funciones como agente de los servicios correccionales.

2. Sentencia:

2.1. Sobre la discriminación y el acoso.

El art. 10.1 de la Carta prohíbe expresamente el acoso basado en alguno de los motivos enumerados en dicho artículo dado que atenta contra los derechos fundamentales que protegen la dignidad de la persona, su derecho a la integridad física y psíquica, su vida privada, su reputación y hasta su seguridad.

El acoso se distingue del derecho a la igualdad sin discriminación ya que éste constituye un derecho autónomo puesto que no todas las formas de discriminación están prohibidas por la Carta, mientras que el acoso no está permitido en ningún caso.

El acoso en el medio laboral se caracteriza por el abuso de poder que se ejerce contra alguien, únicamente porque reviste una de las características enumeradas en el art. 10 de la Carta, sobre todo, el hecho de ser mujer, negro, árabe, musulmán, discapacitado, beneficiario de la ayuda social, homosexual, etc. Tal conducta descansa en una noción de abuso de confianza, de abuso de poder o de autoridad en contra de la víctima; el lenguaje utilizado o los gestos, procuran, de manera consciente o no, que la víctima permanezca en una situación de inferioridad u ostracismo con relación a los colegas de trabajo o más globalmente en el medio laboral.

2.2. Sobre la naturaleza del acoso sexual y sus manifestaciones.

La Corte Suprema de Canadá definió en el caso *Janzen* el acoso sexual como “la utilización de una situación de poder para imponer exigencias sexuales en el medio laboral y modificar de tal forma, las condiciones de trabajo de los empleados que deben luchar contra estas demandas sexuales”, y lo retomó en el caso *Habachi* como: “un comportamiento de connotación sexual abusivo, hiriente e inoportuno que, para la persona que lo sufre, acarrea consecuencias directas en el mantenimiento o mejora de las condiciones de vida, y/o crea en su lugar de trabajo un clima de intimidación, humillación u hostilidad”. En tal sentido, la jurisprudencia reconoce que la verdadera finalidad de tal comportamiento no es la seducción sino que procura mantener a las mujeres tanto individual como colectivamente en una posición de inferioridad. Contrariamente a la seducción, que constituye un comportamiento socialmente aceptable, en el acoso las actitudes del empleador, del jefe o del colega de trabajo, son rechazadas o ignoradas por la víctima, sin que por eso, dicha actitud cese. Suele ocurrir que se utilice la relación de autoridad para imponer una situación o un clima que nada tiene que ver con las obligaciones normales de desarrollo de un empleo.

La jurisprudencia determinó dos tipos de acoso sexual, que, si bien ya no son válidos para pensar en el acoso, sirven para ilustrar claramente la diversidad de actos que caen dentro de este concepto. El primero y más frecuente, llamado “quid pro quo”, busca que una mujer se someta a los pedidos sexuales explícitos, generalmente por parte de una sola persona, en contrapartida de beneficios laborales. Los tribunales retienen dos elementos esenciales para reconocer este tipo de acoso: el carácter no deseado de los actos de naturaleza sexual y la repetición o la gravedad. El segundo, se presenta cuando el ambiente laboral se presenta hostil y abusivo, lo que en sí mismo constituye un acoso; es más sutil e insidioso y se manifiesta por las palabras, los actos y los gestos que le demuestran a la víctima que no se adecua a su medio laboral, generalmente dominado por hombres. Por lo tanto, es válido calificar este tipo de acoso sexual como acoso sexista: se acosa el género y no la sexualidad.

El acoso sexista puede tener diversas manifestaciones, desde bromas a la condición femenina, hasta daños a los objetos personales de la víctima y tienen como finalidad aislarlas, para demostrarles que ese no es su lugar. Cabe agregar que, frecuentemente, la víctima también sufre represalias como, por ejemplo, sanciones no merecidas o cargas

adicionales. Por todo esto, el acoso debe ser analizado de manera global y no como una suma de hechos aislados.

Por consiguiente, ante un caso de acoso sexista, el método apropiado para determinar si las palabras, los gestos y los comportamientos son constitutivos de acoso, es necesario hacer un análisis objetivo (la gravedad de los incidentes y el efecto perturbador sobre la víctima) y uno subjetivo, que consiste en analizar el impacto sufrido por la víctima.

2.3. Sobre el impacto del acoso en la víctima.

Contrariamente a lo que ocurre en los casos de discriminación, en donde el debate se centra en los efectos sobre la víctima, en el caso del acoso existe una tendencia a plantear el problema desde la perspectiva de la gravedad de las palabras o los gestos, sin tener en cuenta los efectos que éstos pueden tener sobre la víctima. De ahí la imposición formal a la víctima que pruebe que rechazó o desaprobó los gestos y palabras con connotación sexual. Sin embargo, el medio influye tanto en la percepción sobre los hechos que se denuncian como la perspectiva que se adopte, que en este caso es la del acosador.

En los casos de acoso “quid pro quo”, la Corte se interesó en varias ocasiones sobre el impacto del carácter no deseable y por el hecho en sí mismo de ser una conducta no deseada por la víctima. De tal modo, en jurisprudencia anterior, se indicó que la consideración objetiva de los incidentes y su impacto, debía ser medido a la luz del criterio de una persona razonable. Para ello, se debe ver la tolerancia que una “persona razonable” tendría frente a un acto similar que ocurriera a una mujer que le es próxima (su madre, su hija, su hermana, etc.). Sin embargo, al analizar la actitud de una “persona razonable”, la prudencia se impone ya que muchas actitudes, que a primera vista son conformes al sentido común, son vehículo de prejuicios y estereotipos. Estos influyen todavía en las percepciones, como lo hacen ciertas normas sociales que se presentan en apariencia como neutras.

En los casos de acoso por ambiente hostil existen similitudes con la discriminación por razón del sexo y la jurisprudencia tuvo en cuenta, en reiteradas ocasiones, la sensibilidad de la víctima que se ve afectada por el acoso, ya que la víctima se encuentra “despojada de su dignidad y ultrajada en la estima de sí misma, tal vez de manera irreparable”.

En lo relativo al acoso sexista en el ambiente laboral, generalmente se asocia al rechazo de la presencia de mujeres y los cambios que dicha presencia trae aparejados. El denominador común de este rechazo, está dado por la utilización de los usos y costumbres, las reglas y las prácticas laborales para dificultar a la víctima la realización de su tarea o para impedirle que haga su trabajo bien. A esto se suman represalias tales como rechazo a los ascensos.

2.4. Sobre la responsabilidad del empleador.

El principio general de la responsabilidad del empleador está dado por el caso *Robichaud*, en el cual la Corte estableció que, dado que la ley se interesa por los efectos de la discriminación, antes que por sus causas, el empleador es el único que puede remediar tales efectos. Por otra parte, en este caso se aplica la responsabilidad propia de los casos de defensa de los derechos personalísimos, o sea el régimen que permita la supresión de los actos prohibidos.

El acoso sexual en el ámbito laboral es tributario del abuso de poder de un empleado sobre otro. El hecho de que un empleado pueda asociar la función que ocupa dentro del ámbito laboral con el chantaje sexual contra un colega o un subalterno es propio de la coyuntura del ámbito laboral. No es relevante que el fin buscado en este caso sea el de recordarle a la víctima su condición inferior por ser asalariada o que se aproveche para fines personales la vulnerabilidad económica de la misma. De hecho, de no ser por las particularidades o los usos y costumbres del ámbito laboral, los actos prohibidos no hubiesen ocurrido. La responsabilidad del empleador está dada, entonces, por la falta de intervención. Por consiguiente, cuando el empleador interviene para que los actos en cuestión no ocurran, queda exento de responsabilidad. Corresponde al empleador probar que realizó los actos tendientes a evitar el acoso.

TRIBUNAL DE DERECHOS DE LA PERSONA DE MONTREAL (Canadá), sentencia del 2-11-1998, *Lippé c. Québec*, en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant-Nemesis, 2000, n° 42, p. 323, con nota de **VALLIERES, Alain**, "La protection contre le harcèlement sexuel au travail dû à un milieu hostile. Etude comparative de la situation au Québec et en Europe après la décision *Lippé* du Tribunal des droits de la personne du Québec", pp. 338/360.

ALLANAMIENTOS Y REGISTROS. EQUIPAJE DE MANO. DERECHO A LA INTIMIDAD (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: el agente Cantu de la Patrulla Fronteriza subió, en Texas, a un ómnibus para controlar el estatus inmigratorio de sus pasajeros. Mientras bajaba del vehículo, apretó el equipaje de mano que los pasajeros habían puesto en los portaequipajes. Estrujó un bolso de lona que estaba encima del asiento del peticionante y notó que contenía un objeto similar a un ladrillo. Cuando el peticionante admitió ser propietario del bolso y consintió que se lo examinara, el agente Cantu encontró un "ladrillo" de metafetamina. El peticionante fue acusado de un delito federal vinculado a drogas, y pidió que no se admitiera el bolso como prueba, dado que éste había sido ilegalmente examinado por el agente del Gobierno. El Tribunal de Distrito desestimó esta pretensión y lo condenó. La Cámara de Apelaciones confirmó el rechazo de la petición, sosteniendo que la manipulación que el agente había hecho del bolso no constituía un examen en términos de la IV Enmienda. En este estado, el peticionante interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: la manipulación física del equipaje de mano del peticionante por parte del agente Cantu violó la prohibición de los exámenes irrazonables que contiene la IV Enmienda.

El equipaje personal de un viajero claramente constituye un "efecto" amparado por la Enmienda (v. *United States v. Place*, 462 US 696, 707 -1983-) y es indiscutible que el peticionante tenía derecho a la privacidad de su bolso. Se rechaza la pretensión del Gobierno de que, al exponer su bolso al público, el peticionante perdió una expectativa razonable de que no fuera físicamente manipulado. *California v. Ciraolo* (476 US 207 -1986-) y *Florida v. Riley* (488 US 445 -1989-) pueden distinguirse de este caso porque se vinculaban a una observación sólo visual, y no táctil. La inspección física invasiva es más intrusiva que la puramente visual. Conforme al análisis que esta Corte realiza en términos de la IV Enmienda, un tribunal debe, en primer término, preguntarse si la persona, con su conducta, ha demostrado una expectativa real de privacidad; esto es, si ha demostrado que "[intenta] preservar [algo] como privado", (*Smith v. Maryland*, 442 US 735, 740 -1979-). Aquí, el peticionante intentó preservar su privacidad usando un bolso opaco y colocándolo directamente encima de su asiento. En segundo lugar, un tribunal debe analizar si la expectativa de privacidad de la persona es "una de las que la sociedad está dispuesta a reconocer como razonable" (ídem). El pasajero de un ómnibus claramente espera que otros pasajeros o empleados del vehículo toquen su bolso, pero no que lo palpen en forma exploratoria. Sin embargo, esto es claramente lo que hizo el agente en este caso.

SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS, sentencia del 17-4-2000, *Steven Dewayne Bond v. United States*, en 68 LW 4255.

BIOÉTICA. REPRODUCCIÓN ASISTIDA. SUSPENSIÓN. ABORTO. DERECHO A LA VIDA. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: sesenta y tres diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Popular del Congreso promueven recurso de inconstitucionalidad contra la

ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida. La ley es impugnada tanto en su totalidad como, subsidiariamente, en relación con el apartado II de su exposición de motivos y los siguientes preceptos: arts. 1.1 y 4; 2.4; 4; 5.1 y 5; 11.3 y 4; 12.1 y 2; 13; 14.3 y 4; 15; 16.1 y 2; 17; 20.2, y la disposición final primera, apartados a) y e).

2. Sentencia:

2.1. De los tres motivos principales sobre los que formalmente se articula el recurso sólo uno de ellos, concretamente el referido a la posible infracción del ámbito constitucionalmente reservado a la Ley Orgánica, pudiera dar lugar a la eventual declaración de inconstitucionalidad de toda la ley.

A esta circunstancia se une el hecho de que las impugnaciones formuladas en relación con particulares preceptos de la ley responden a bloques temáticos más amplios, como el derecho a la vida y a la dignidad de las personas, el concepto constitucional de familia y la investigación de la paternidad, las infracciones y sanciones, y, finalmente, la remisión a la potestad reglamentaria del gobierno.

Procede, entonces, acotar el objeto del recurso, pues los recurrentes pretenden la declaración de inconstitucionalidad de ciertos contenidos de la ley que no son, por distintas razones, susceptibles de control de inconstitucionalidad.

En efecto, es doctrina constante del Tribunal que las exposiciones de motivos carecen de valor normativo, por lo que no pueden ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad (SSTC 36/1981, 150/1990, 212/1996, entre otras).

Tampoco corresponde enjuiciamiento sobre el art. 20, apartado 2, de la ley, pues ha sido expresamente derogado por la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, por lo que es de apreciar la pérdida sobrevenida de su idoneidad para ser objeto del presente proceso (SSTC 160/1987, 213/1988 y 102/1995).

2.2. Delimitado el objeto del presente, corresponde analizar cada uno de los distintos motivos impugnatorios. Los recurrentes oponen la constitucionalidad de la ley en su conjunto, por invadir un ámbito normativo, a su juicio, reservado a la Ley Orgánica. Esta tacha se articula sobre tres argumentos fundamentales: a) por afectar al desarrollo de los derechos fundamentales de la persona, particularmente los reconocidos en los arts. 10 y 15 de la Constitución; b) por regular materias que deben estar penalmente protegidas y, en consecuencia, formalmente reservadas a la Ley Orgánica; y c) porque consagra la privación de ciertos derechos paterno-filiales, con merma de la garantía constitucional del instituto de la familia (art. 39.1 de la Constitución).

El rechazo de este último argumento no requiere mayor esfuerzo argumental. Con independencia de que el art. 39.1 no regula ningún derecho o libertad pública, lo cierto es que, con arreglo a reiterada doctrina del Tribunal (por todas, STC 70/1983), los derechos fundamentales y libertades públicas cuyo desarrollo está reservado constitucionalmente a la Ley Orgánica por el art. 81.1, son los comprendidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I (arts. 15 a 29) y no cualesquiera otros derechos y libertades reconocidos en el texto supremo.

Tampoco el segundo de los argumentos exige una respuesta especialmente detenida. En efecto, los actores no reprochan a la ley que contenga normas penales desprovistas del rango orgánico que la Constitución les exige, sino el hecho de contener ciertas regulaciones cuya infracción debiera llevar aparejada, a su criterio, una sanción penal. No es, en consecuencia, la falta de rango orgánico de la norma, sino lo decidido por el legislador, en el sentido de no sancionar penalmente determinadas conductas.

El más relevante de los razonamientos que sustentan los recurrentes es el que hace referencia a la necesidad de que la ley impugnada tuviera carácter orgánico, por cuanto a través de ella se estaría desarrollando, en términos del art. 81.1 de la Constitución, el derecho fundamental a la vida (art. 15) y la dignidad de la persona (art. 10).

Partiendo del carácter estricto y excepcional que es propio de la reserva de Ley Orgánica establecida en el art. 81.1 cit., el Tribunal ha dado respuesta explícita a esta

cuestión (STC 212/1996, dictada en el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la ley 42/1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos), al declarar la improcedencia de extender dicha reserva más allá del ámbito propio del derecho fundamental. En efecto, si el art. 15 C.E. reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho del que, como tal y con arreglo a la STC 53/85, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los *nascituri*, es claro que la ley impugnada, en la que se regulan técnicas reproductoras referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano, no desarrolla el derecho fundamental a la vida reconocido en dicha norma. Por consiguiente, la ley 35/1988 no vulnera la reserva de Ley Orgánica exigida en el art. 81.1.

2.3. Rechazada la impugnación dirigida a la totalidad de la ley, corresponde analizar ahora la constitucionalidad de sus concretos preceptos.

Se argumenta que la ley 35/1988 vulnera el contenido esencial del derecho a la vida (art. 15 de la Constitución), puesto que parte de una indebida distinción entre preembriones y embriones propiamente dichos, que conduce a un distinto status jurídico, claramente insuficiente desde el punto de vista de la exigencia constitucional de un sistema legal para la defensa de la vida que suponga protección efectiva de la misma (STC 53/1985), añadiendo los presentantes que esta conculcación resulta más significativa en atención a los diversos textos internacionales de protección de los derechos humanos que, con arreglo al art. 10.2, informan la interpretación de las normas reguladoras de tales derechos reconocidos constitucionalmente.

Ahora bien, los no nacidos no pueden considerarse en el ordenamiento español como titulares del derecho fundamental a la vida garantizado en el art. 15 cit., lo que, sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional, pues los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios o en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Esta es, justamente, la condición constitucional del *nasciturus*, cuya protección implica para el Estado, con carácter general, el cumplimiento de una doble obligación: "la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como garantía última, las normas penales". En consecuencia, es este el marco constitucional desde el que procede enjuiciar los preceptos anteriormente enumerados.

2.4. Un primer reproche sustentado en el art. 15 constitucional se dirige contra el art. 1.4 de la ley 35/1988, en relación con los arts. 14.3 y 4; 15; 16.1 y 2; y 17 de dicho texto legal, en los que se regulan diversos supuestos de investigación y experimentación sobre gametos y preembriones.

Así las cosas, y por lo que concierne a la investigación o experimentación con gametos, tanto masculinos como femeninos, objeto de regulación en el art. 14 de la ley recurrida, su apartado 3 prohíbe que los gametos utilizados con tal finalidad puedan ser destinados a originar preembriones para la procreación humana. En el apartado 4 se contienen dos prescripciones normativas de diversa significación: en la primera, de carácter específico, se autoriza el denominado "test de hámster" exclusivamente para evaluar la capacidad de fertilización de los espermatozoides humanos, obligando a la interrupción del test desde el momento en que se produzca la división celular; en la segunda, como regla general, se establece la prohibición de realizar cualquier otra fecundación entre gametos humanos y animales, prohibición sometida a reserva de autorización administrativa o de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida si este órgano multidisciplinario actúa con competencias delegadas.

El examen atento de las expresadas determinaciones legales permite rechazar

cualquier vulneración por las mismas de la protección jurídica que, constitucionalmente, se garantiza a los *nascituri*. Basta para ello con atender el carácter propio de las realidades biológicas a que se refiere el art. 14 de la ley: gametos humanos, es decir, óvulos (ovocitos) y espermatozoides en sí mismos considerados, y sin que haya habido lugar todavía a la fecundación. En tales condiciones, sólo forzando el sentido propio de los términos puede alcanzarse la conclusión de que la investigación o experimentación sobre o con los gametos pueda suponer atentado alguno al derecho a la vida. El alegato impugnatorio relativo a la segunda prescripción descansa en la posibilidad de que, al amparo de simples autorizaciones administrativas, se realicen fecundaciones de las indicadas que produzcan hibridaciones u otros resultados no acordes con el respeto a la dignidad de la persona consagrado al art. 10 de la Constitución.

Pues bien, para rechazar dicho alegato ha de tenerse en cuenta: a) que el mencionado precepto parte de establecer, como regla o criterio general, la prohibición de realizar todas las fecundaciones que no sean aludidas en el párrafo anterior (el denominado "test del hámster"); b) que tal prohibición sólo es susceptible de ser levantada o excepcionada mediante la oportuna autorización, cuando concurren causas justificadas, y así lo aprueben los órganos administrativos competentes o, en virtud de delegación, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida; y c) que el precepto no puede entenderse desconectado de la taxativa prohibición de fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

Por tanto, el art. 14.4, en su segundo párrafo, no atiende en modo alguno al resultado de la fecundación, sino a la realización de ésta en sí misma, siempre que se autorice por causas debidamente justificadas y con carácter excepcional. No cabe olvidar, por otra parte, que un eventual resultado de hibridación viene impedido por la misma ley 35/1988, que tipifica como infracción administrativa muy grave "el intercambio genético humano, o recombinado con otras especies, para producción de híbridos", al igual que en el vigente Código Penal con "la transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal o la operación inversa".

Los arts. 15 y 16 establecen los requisitos exigibles para cualquier investigación o experimentación sobre preembriones: 1º) deberá contar con el consentimiento escrito de las personas de que proceden, que serán previamente informadas de los fines perseguidos y sus implicaciones; no podrá prolongarse más allá de los catorce días siguientes a la fecundación; se llevarán a cabo en centros sanitarios y por equipos científicos legalizados y bajo el control de las autoridades públicas competentes (art. 15.1.a, b y c); 2º) sólo se autorizará la investigación en la que se utilicen preembriones *in vitro* viables si es de carácter diagnóstico o con finalidad terapéutica o preventiva, y siempre que no modifique el patrimonio genético no patológico (art. 15.2.a y b); 3º) la investigación con preembriones *in vitro* no viables sólo podrá realizarse, fuera de la comprobación de su viabilidad o con carácter diagnóstico, previa demostración de la inviabilidad del modelo animal de investigación y siempre que se lleve a cabo sobre la base de un proyecto específicamente autorizado y dentro de los plazos permitidos (art. 15.3.a, b, c y d); 4º) la experimentación sobre preembriones viables está prohibida por el art. 16.2, que limita el ámbito de aquélla a los preembriones humanos no viables. A dicha conclusión también se llega luego de la lectura del art. 16.3 que, respecto de "cualquier proyecto de experimentación en preembriones no viables *in vitro*", exige como requisitos adicionales a los contenidos en el apartado 2, el de aportar y acreditar la documentación acerca del material embriológico a utilizar, su procedencia, objetivos perseguidos y plazos de realización.

Respecto de ambos artículos, los recurrentes aducen que autorizan intervenciones sobre los preembriones, ya sean para investigación o para experimentación, que no obedecen a una finalidad diagnóstico-terapéutica, por lo que su status jurídico adolece de una indefinición contraria a la protección constitucional de la vida.

Un correcto entendimiento de los preceptos precedentes permite las siguientes conclusiones:

A) los requisitos previstos para cada una de las tres hipótesis mencionadas

(investigación sobre preembriones viables, investigación sobre los no viables y experimentación con estos últimos) son acumulativos, proyectándose en ellas las que, con carácter general, se establecen en el art. 15.1;

B) la ley en ningún caso permite la experimentación con preembriones viables, como tampoco más investigación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención. Esta apreciación es fundamental en orden a examinar la conformidad de este sistema de requisitos a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del art. 15, por cuanto, descartada incluso por los recurrentes que la investigación con finalidad diagnóstica, terapéutica o preventiva pueda suponer infracción alguna de dicha norma, el resto de las hipótesis a que se refiere la ley impugnada sólo resultan permitidas en la medida en que tengan por objeto preembriones no viables, es decir, incapaces de vivir en los términos precisados en la STC 212/1996: aplicado "a un embrión humano, su caracterización como 'no viable' hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una 'persona' en el fundamental sentido del art. 10.1 C.E. Son así, por definición, embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos un 'bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto constitucional (art. 15 C.E.) fundamento constitucional'";

C) no siendo los preembriones no viables susceptibles de ser considerados, siquiera, *nascituri*, ni las reglas examinadas ni las ulteriores del art. 17 (relativo a los preembriones ya abortados, a los muertos y a la utilización con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos previamente autorizados de preembriones no viables) pueden suscitar dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema constitucionalmente exigible de protección de la vida humana.

2.5. También es objeto de impugnación el art. 2.4. de la ley, en el que se permite a la mujer receptora de las técnicas de reproducción asistida decidir en cualquier momento la suspensión de su realización. Los diputados recurrentes consideran que dicho precepto es inconstitucional en la medida en que tal suspensión "implica la muerte del fruto de la concepción realizada *in vitro*", háyase o no producido la transferencia al cuerpo de la mujer, y, asimismo, en caso de haberse producido la transferencia, se está admitiendo una nueva causa para el aborto.

Frente a esta interpretación se opone la del abogado del Estado: la decisión, a solicitud de la mujer receptora, de suspender las técnicas de reproducción asistida sólo podrá tener lugar mientras dichas técnicas se están llevando a efecto, esto es, hasta el momento de la transferencia de los embriones al útero materno o, en todo caso, hasta que se considere iniciado el proceso de gestación.

En suma, la interpretación acogida por los recurrentes no se compadece con la literalidad del precepto, del que patentemente se deduce que la suspensión de tales técnicas se prevé únicamente para el caso en que aquéllas estén todavía realizándose. Si se atiende a las características de las técnicas permitidas por la ley, y enumeradas en su art. 1.1 (inseminación artificial y fecundación *in vitro*, con transferencias de embriones e intratubárica de gametos), es manifiesto que las mismas dejan de estar realizándose en el momento en que los gametos masculinos o los preembriones son transferidos al cuerpo de la mujer.

No hay en la dicción de la ley motivo que permita interpretar esa posibilidad de suspensión como una opción permisiva y abierta a un nuevo supuesto de aborto no punible, pues, concluida la práctica de tales técnicas, el precepto no autoriza en absoluto a suspender el proceso de gestación.

2.6. Este mismo orden de consideraciones permite rechazar la alegada inconstitucionalidad de los arts. 4, 11.3 y 4, y 5.1 de la ley impugnada.

En el primero de ellos se dispone que sólo se transferirán al útero materno el número de preembriones científicamente considerado como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo. Se trata de una regla que responde, sin duda, a un principio de manipulación e intervención mínima en el proceso de reproducción, cuya lógica

comprensión no puede desvincularse de la prohibición de la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, prevista en el art. 3 de la norma cuestionada.

Inevitable consecuencia de estas técnicas es la eventualidad de que en su concreta aplicación resulten preembriones sobrantes en cuanto no transferidos al útero femenino, supuestos para los que el art. 11.3 y 4 prevé su crioconservación en los bancos autorizados "por un máximo de cinco años", quedando los últimos tres años a disposición de los bancos correspondientes. Idéntica previsión se establece para los gametos crioconservados.

Los recurrentes consideran que las referidas disposiciones son incompatibles con la dignidad humana (art. 10.1, Constitución), por cuanto "impide el derecho al desarrollo y cosifica el fruto de la concepción", criterio que también les sirve para rechazar la asimilación de los preembriones a los gametos en lo que atañe a su puesta a disposición de los bancos correspondientes pasados dos años desde su crioconservación (art. 11.4).

De la Constitución no se desprende la imposibilidad de obtener un número suficiente de preembriones necesario para asegurar, con arreglo a los conocimientos biomédicos actuales, el éxito probable de la técnica de reproducción asistida que se esté utilizando, lo que, desde otra óptica, supone admitir como un hecho científicamente inevitable la eventual existencia de preembriones sobrantes. Así entendida, la crioconservación no sólo no resulta atentatoria a la dignidad humana, sino que, por el contrario y atendiendo al estado actual de la técnica, se presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los preembriones ya existentes, evitando así fecundaciones innecesarias.

Esta misma finalidad de conservación del material reproductivo es la que explica la asimilación de los preembriones a los gametos. En tal sentido, es preciso recordar que ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son "persona humana", por lo que del hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida o a la dignidad humana (arts. 15 y 10.1, Constitución).

Por su parte, el art. 5.1 es impugnado en la medida que permite la donación de gametos y preembriones pues, según los recurrentes, ello "patrimonializa y convierte en objeto humano a un individuo fruto de la concepción", lo que resulta incompatible con el art. 15 de la Constitución.

En la recordada sentencia 212/1996, este Tribunal ha declarado que tal donación no implica en modo alguno la "patrimonialización" de la persona, lo que sería incompatible con su dignidad (art. 10.1 cit.), sino, justamente, la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneradora, expresamente prohibida; prohibición que, en este caso, se encuentra en el art. 5.3 del texto legal que ahora se enjuicia. En definitiva, el objeto perseguido por el art. 5.1 no es otro que el de garantizar que los gametos y los preembriones en ningún caso puedan ser jurídicamente considerados como bienes comerciables, por lo que, en consonancia con la doctrina citada, el precepto cuestionado no ofrece tacha alguna de inconstitucionalidad.

2.7. Los arts. 12 y 13 de la ley 35/1988 prevén determinadas intervenciones orientadas a fines de diagnóstico o terapéutico. Estiman los recurrentes que ambos artículos permiten intervenciones cuyo objetivo no se limita estrictamente a preservar la vida en formación o a servir a fines terapéuticos, entre otras razones porque se autorizan para detectar enfermedades hereditarias que lleven a "desaconsejar su transferencia (del preembrión) para procrear" (art. 12.1), lo que, si se aplica al embrión y al feto (art. 12.2), puede suponer, a *contrario sensu*, un atentado a la vida y una despenalización encubierta del delito de aborto ilegal.

Efectivamente, el art. 12.1 impugnado permite la intervención sobre preembriones vivos, *in vitro* (no transferidos) que "no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias ... o desaconsejar su transferencia para procrear". Ahora bien, como queda afirmado con reiteración, los preembriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno. Por ello, corresponde considerar como suficientes las garantías adoptadas en el propio precepto.

Por su parte, el apartado 2 del art. 12 autoriza esa clase de intervención con finalidad diagnóstica "sobre el embrión o sobre el feto, en el útero o fuera de él, vivos", siempre que tengan por objeto el "bienestar del *nasciturus* y el favorecimiento de su desarrollo", o si dicha intervención está amparada legalmente. Por tanto, la inconstitucionalidad alegada carece, en este punto, de consistencia, pues no parece discutible que el amparo legal allí referido deba entenderse como una remisión a los supuestos de aborto no punible contemplados en el vigente art. 417 bis del derogado Código Penal.

En cuanto al art. 13 de la ley, basta su sola lectura para desechar que en él se permitan intervenciones de carácter distinto al terapéutico.

2.8. En relación a la pretendida incompatibilidad del art. 5.5 de la ley: "La donación será anónima", con lo dispuesto por el art. 39.2 de la Constitución: "La ley posibilitará la investigación de la paternidad", los actores sostienen que mediante la garantía del secreto de la identidad del donante se oculta deliberadamente al padre biológico, incumpliendo el mandato constitucional.

La Constitución ordena al legislador que "posibilite" la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación de la identidad de su progenitor. Pues bien, desde esta perspectiva, la ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación prevista en el art. 39.2 cit.

El anonimato de los donantes que la ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que, de manera excepcional, "en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto". Asimismo, el mencionado precepto legal atribuye a los hijos nacidos mediante técnicas reproductoras artificiales el derecho de obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor.

Por ello, se rechaza la alegada inconstitucionalidad del art. 5.5.

2.9. Por último, resta analizar la habilitación que realiza el legislador, en la disposición final primera, en favor de la potestad reglamentaria del gobierno para que, en el plazo de seis meses, regule: a) "Los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios, así como de los equipos biomédicos relacionados con las técnicas de reproducción asistida, de los bancos de gametos y preembriones o de las células, tejidos y órganos de embriones y fetos", y e) "Los requisitos para autorizar con carácter excepcional la experimentación con gametos, embriones, o fetos humanos, y aquellas autorizaciones al respecto que puedan delegarse en la Comisión Nacional de Reproducción Asistida".

Sobre el punto, los actores estiman que el apartado a) permite un depósito de seres humanos incompatible con el art. 15 de la Constitución, y que, mediante el apartado e), se habilita al gobierno para determinar las condiciones en las que es posible la experimentación sobre preembriones, embriones y fetos, lo que supone dejar a su libre decisión la protección jurídica de dichos seres vivos que contienen vida humana en proceso de formación.

Al respecto, es dable reiterar el criterio sustentado por el Tribunal en la ya mencionada sentencia 212/1996, según el cual "... una vez que ha transcurrido, como en exceso lo ha hecho, el señalado plazo, cualquier disposición reglamentaria que en el futuro pudiera dictar el Gobierno sobre la materia en cuestión no podrá tener más apoyatura que la eventualmente derivada de su propia potestad reglamentaria, con los límites constitucionales y legales a ella inherentes, nunca la de una prescripción como las que nos ocupa, absolutamente decaída en el tiempo".

Por tanto, ha de concluirse que el contenido normativo de las impugnadas letras a) y e) de la disposición final primera desapareció con el transcurso de los seis meses siguientes a la promulgación de la ley 35/1988, y con ello el objeto del recurso de inconstitucionalidad

planteado sobre este particular.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Pleno. Dos jueces formularon un voto discrepante), sentencia del 17-6-1999, n° 116/1999, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 54, mayo-agosto de 1999, p. 409.

DELITOS PENALES. DIVERSIDAD DE DELITOS. COMPETENCIA (EL SALVADOR).

En un proceso cuyos imputados cometieron varios delitos en dos jurisdicciones territoriales diferentes, debe aplicarse la norma que regula la competencia por conexión (art. 28 del Código Procesal Penal), cuyo objeto es que un solo juez conozca de tales delitos y que sean resueltos en una única sentencia.

Dicha disposición legal contiene distintos planteamientos, cada juez debe depurar el informativo por el delito o los delitos cometidos en su jurisdicción, hasta dejarlo en estado de sobreseimiento, elevación a plenario o llamamiento a juicio. Terminada la depuración deberá dar cuenta con él para efectos de acumulación: a) al juez que estuviere conociendo del delito que tenga señalada mayor pena máxima; b) si los delitos tuvieran señalada mayor pena máxima igual la acumulación se hará ante el juez que tuviere aprehendido al imputado; y c) si el imputado fuere ausente, al proceso más antiguo.

Este criterio de conexión, desarrollado en el mencionado artículo, requiere como presupuesto que se haya completado la instrucción.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, sentencias del 14-5 y 27-9-1996, *Francisco Alberto Salguero y Edith Alicia Cerritos de Salguero s/ estafa y apropiación indebida y Mario Orlando Mazariago, José Martínez y Angel Martínez s/ robo y agresión*, en *Revista Judicial*, San Salvador, 1996, tomo 97, pp. 642 y 644, respectivamente.

DERECHO A LA EDUCACION. POLÍTICA EDUCATIVA. UNIVERSIDADES. AUTONOMÍA. MUJERES. DERECHO A LA IGUALDAD (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: un grupo de padres de alumnos regulares de un Colegio Nacional dependiente de una Universidad Nacional, interpuso una acción de amparo a fin de obtener que el Consejo Superior de esta última se abstuviera de aprobar un proyecto por el cual el Colegio, que por una inveterada costumbre sólo admitía varones, se transformara en un establecimiento de carácter mixto. Sostuvieron, entre otras razones, que la enseñanza orientada a varones era lo que mejor se adaptaba a la naturaleza y estructura de la personalidad de sus hijos, y que la transformación que cuestionaban importaría un cambio drástico de dicha situación. La demanda fue rechazada en primera y segunda instancia, y los actores plantearon un recurso extraordinario que fue rechazado por la Corte Suprema.

2. Sentencia:

El derecho de aprender previsto en la Constitución no otorga a los padres de los alumnos el derecho a que se mantenga un régimen de educación diferenciada por sexos.

En primer lugar, según las normas legales aplicables, nada impidió a las autoridades tomar decisiones relativas a las políticas educativas que consideren pertinentes, aun cuando afecten el régimen interno del establecimiento. A ello se suma la autonomía universitaria prevista en el art. 75.19 de la Constitución.

Por otro lado, no cabe a los tribunales examinar la oportunidad, mérito o conveniencia de los actos administrativos que hacen al gobierno y autonomía universitaria, que sólo pueden revisarse en cuanto a su legalidad.

Asimismo, si bien los padres, en cuanto agentes naturales y primarios de la

educación de sus hijos según lo establece la ley, tienen derecho a elegir la institución educativa que responda a sus convicciones filosóficas, éticas o religiosas, y, como integrantes de la comunidad educativa, pueden participar en las actividades de los establecimientos, ello no implica que tengan un derecho a definir el proyecto educativo institucional, pues ésta es una competencia propia de quienes tienen a su cargo la dirección de los establecimientos.

Tampoco el derecho constitucional de aprender comprende el interés de los estudiantes a que los planes de estudio permanezcan inalterables.

Nota de la Secretaría: cinco jueces pronunciaron opiniones concurrentes por separado, que contienen consideraciones acerca del principio de igualdad y la condición de la mujer, con referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y la Convención sobre los Derechos del Niño. Una de dichas opiniones hace referencia al art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, a la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos "Abdulaziz, Cabales y Balkandali" (28-5-1985), y a precedentes de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 19-9-2000, G.653.XXXIII, *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba s/ amparo*, en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 323, p. 2659.

DERECHO A LA IGUALDAD. ACCESO AL EMPLEO. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. PRUEBA. CARGA. PROCESO LABORAL. PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. INDEFENSIÓN. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: la empresa FASA-Ranault contrata personal eventual de escasa calificación, exclusivamente de sexo masculino, para prestar servicios en los talleres y cadenas de producción de las factorías de Valladolid y Palencia, pese a existir solicitudes de mujeres capacitadas para desarrollar los puestos ofertados. Ante la insistencia de los sindicatos para que se corrigiera tal discriminación, la empresa aceptó contratar a 50 mujeres -25 en cada factoría-. Sin embargo, entre septiembre de 1991 y febrero de 1992, formalizó 120 contratos eventuales sólo con varones. La Confederación General del Trabajo (CGT) solicitó a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social), que se dictara sentencia declaratoria de la conducta desigual y discriminatoria de la empresa, ordenando el cese de este comportamiento en las contrataciones futuras y condenándola a contratar personal femenino, al menos en las cuantías y términos acordados. Impugnada en casación la excepción de falta de legitimación dictada por la Sala de lo Social, el Tribunal Supremo, tras declarar la legitimación activa del actor, devolvió los autos al a quo para que resolviera sobre el fondo de la cuestión debatida, por resultar insuficientes los hechos probados. El inferior, sin practicar diligencia probatoria alguna, dictó nueva sentencia desestimando la pretensión. La desestimación del recurso de casación contra esta última, dio origen al presente recurso de amparo.

2. Sentencia:

La queja concerniente a la vulneración, por las resoluciones judiciales recaídas en el proceso laboral, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (ex art. 24.1 de la Constitución), descansa en la siguiente alegación: ejercitada la acción por la CGT, a través del cauce procesal de la modalidad de protección de derechos fundamentales en el ámbito laboral, la Sala de lo Social no habría llevado a cumplido efecto la regla del art. 96 de la Ley Procesal Laboral acerca del *onus probandi*, ni practicado diligencia

complementaria alguna para incorporar al acervo fáctico determinados datos que, de haber accedido al proceso, hubieran permitido al sindicato demandante acreditar la existencia de indicios suficientes acerca de la alegada conducta empresarial discriminatoria. Esta aducida inactividad del órgano judicial, en un proceso dirigido a otorgar la tutela antidiscriminatoria, tampoco fue depurada o corregida en sede casacional.

En lo que atañe a la prohibición de discriminación por razón de sexo, este Tribunal tiene establecido que tal prohibición constituye un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación, también aplicable en la fase de acceso al empleo, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer -en el caso de las discriminaciones directas-, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun siendo formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso.

Procede considerar que tal regla procesal, en el contexto de una conducta discriminatoria en el acceso al empleo, se encamina directamente a hacer transparentes, a fin de que sean ponderados por el órgano judicial, los criterios utilizados por el empleador para la selección de los trabajadores (v. sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 30-6-1988, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, Asunto 318/86), dada la singular dificultad probatoria que reviste en tales casos la constatación de la conducta empresarial discriminatoria, máxime en la modalidad calificada como indirecta. La exigencia al empleador de acreditar que los criterios seguidos son ajenos a todo móvil de trato discriminatorio, por descansar en razones objetivas, sólo es procedente en los casos en que la parte demandante aporte al proceso un mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia.

Corresponde ahora al Tribunal, más que dilucidar si los órganos judiciales observaron o no la regla procesal del art. 96 cit., verificar si sustanciado un proceso en el que se erige en decisiva tal regla, dichos órganos velaron o no por su efectivo cumplimiento y adecuada aplicación al caso.

De las tres pruebas admitidas, sólo la primera fue llevada a cabo. Sin perjuicio de ello, la Sala de lo Social de Valladolid dictó su fallo desestimatorio sin desplegar actividad alguna tendiente a completar la prueba interesada, y, por lo tanto, sin que se incorporen debidamente en autos los elementos de convicción necesarios para tener por acreditados suficientes indicios del trato desigual denunciado. Tal principio procesal de aportación de parte coexiste, en el proceso laboral, con ciertas manifestaciones del principio de investigación, que permite al órgano jurisdiccional acordar de oficio precisas o determinadas diligencias en orden a un mejor esclarecimiento de los hechos del proceso, máxime cuando éste se halla ordenado a la protección de un derecho o libertad fundamental.

El mandato antidiscriminatorio contenido en el art. 14 de la Constitución obliga a una aplicación e interpretación de las normas procesales, orientadas a propiciar la más efectiva y favorable tutela del derecho fundamental. Este Tribunal, cuando se ha pronunciado en relación con discriminaciones indirectas, ha insistido en el especial deber de atención que deben prestar los órganos judiciales ante la situación de discriminación laboral por razón de sexo (v. SSTC 145/1991, 58/1994 y 147/1995), doctrina constitucional que viene, esencialmente, a coincidir con la sostenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencia del 9-2-1999, *Regina contra Secretary of State for Employment, ex parte: Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez*, Asunto C-167/97), que decidió un caso de discriminación indirecta producida por determinada regulación legal.

Por lo expuesto, la actuación procesal de la Sala no corregida en vía de casación, ocasionó una real indefensión al sindicato que demandaba la tutela jurisdiccional, por cuanto, de tal actuación, no accedieron al proceso laboral, integrando el acervo probatorio, los elementos y datos adecuados para que pudieran justificarse los suficientes indicios acerca de la conducta empresarial a la que atribuía el trato desigual y, por ende, para desplegar en toda su eficacia la regla procesal del art. 96 cit. sobre inversión de la carga de

la prueba.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia del 22-3-1999, nº 41/1999, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 53, enero-abril de 1999, p. 485.

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN RACIAL. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. CORTES CONSTITUCIONALES Y SUPREMAS. SENTENCIAS. SUCESIONES (SUDÁFRICA).

1. Antecedentes del caso: cuando el Sr. Moseneke murió en 1999 sin dejar testamento, se dio parte de su sucesión al *Master* de la *High Court*, conforme a lo dispuesto por la *Administration of Estates Act*. Por su parte, este funcionario judicial remitió la sucesión al magistrado de Pretoria, en virtud de lo ordenado por la *Black Administration Act* y, más tarde, explicó que no correspondía a las funciones de su competencia resolver sucesiones intestadas de personas de color. Entonces, la familia Moseneke solicitó y obtuvo el dictado de una orden judicial que declaraba inválida una reglamentación dictada en términos de la *Black Administration Act* la cual autorizaba a los magistrados a resolver las sucesiones intestadas de personas de color, pero que no hacía referencia a la sección de esa misma ley que prohibía al *Master* resolver ese tipo de causas. El resultado fue que ni los *Masters* ni los magistrados pudieron resolver las sucesiones intestadas de miles de familias africanas. Este caso fue remitido, entonces, en calidad de urgente a esta Corte Constitucional.

2. Sentencia: se desestima la apelación.

Tanto la sección del Acta como la reglamentación establecen una diferencia fundada en la raza, origen étnico o color y, por lo tanto, una discriminación injusta y violatoria de la Declaración de Derechos. Si bien los magistrados podrían brindar ventajas prácticas a las personas de escasos recursos que viven en áreas alejadas de la oficina del *Master*, la discriminación racial constituye una afrenta para todos los miembros de nuestra sociedad no racial. La conveniencia práctica puede alcanzarse de igual manera con disposiciones no discriminatorias. La *Black Administration Act*, pese a sus disposiciones discriminatorias, cuenta con procedimientos de gran importancia práctica.

Resolver que la sección y la reglamentación pierden inmediatamente vigencia sin tomar medidas prácticas alternativas podría dar lugar a confusión y a nuevas injusticias. Por lo tanto decidimos mantener la vigencia de la norma durante dos años a fin de brindar al Parlamento la oportunidad de armonizar y quitar connotaciones racistas a las leyes referidas a sucesiones. Durante el período de suspensión, las familias africanas tendrán, entonces, la opción de recurrir al *Master* o al magistrado. Con el tiempo, una nueva ley se aplicará a todas las personas, negras y blancas, con el mismo criterio.

El *Women's Legal Centre* fue admitido como *amicus curiae*. Esta institución alegó que, en el caso de sucesiones intestadas de africanos, la raza, el sexo y la cultura interactuaban de una forma que indirectamente discriminaba a las viudas de personas africanas. Esta Corte sostiene que si ha de respetarse el valor fundacional que ha tenido la creación de una sociedad no sexista, debe prestarse una adecuada consideración al efecto que las medidas tomadas producen en la dignidad de las viudas y en su derecho a gozar de una parte justa de los bienes materiales de la familia. No obstante, no hay evidencia suficiente que justifique un análisis al respecto en este caso.

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDAFRICA, sentencia del 6-12-2000, *Moseneke and others v. Master of the High Court*, en <http://www.concourt.gov.za/cases/2000/mosenekesum.shtml>.

DERECHO A LA IGUALDAD. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. OBLIGACIONES DEL ESTADO. ACCIONES POSITIVAS (BOLIVIA).

1. Antecedentes del caso: CHM, persona con discapacidad física, despedido de una alcaldía municipal con motivo de la asunción de un nuevo gobierno. Al solicitar la restitución a su fuente de trabajo, obtiene la negativa por motivos de "gasto corriente", requiriéndole proceder con el trámite de liquidación de sus beneficios sociales. CHM, entonces, interpuso demanda aduciendo que se habían desconocido sus derechos consagrados por los arts. 156 de la Constitución y 6º, inc. f, de la ley 1678 y por el Convenio 159 y Recomendaciones nros. 99, 168 y 169 de la OIT, relativos a adaptación y readaptación profesional y empleo de personas inválidas.

2. Sentencia:

Las personas con discapacidad constituyen una minoría heterogénea que ha sido objeto de constante marginación social y discriminación. Sus dificultades para articularse como grupo en reclamo de sus derechos, ha llevado a la aprobación por las Naciones Unidas de varias declaraciones internacionales como la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (1971), la Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975), las Normas Uniformes sobre la Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (1993) y otros Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

La discapacidad no es únicamente un problema individual sino de la sociedad en general. Un medio social negativo y poco auspiciador puede convertir la discapacidad en invalidez. Para que esto no suceda, los Estados y las sociedades deben impulsar la integración de las personas con discapacidad para que estos puedan ejercer sus derechos y asumir sus obligaciones.

El principio de igualdad para personas con discapacidad, debe entenderse como "trato especial". Es decir, es preciso darles un tratamiento diferenciado para que puedan integrarse plenamente a la sociedad, siendo un importante aspecto que cuenten con un trabajo que les asegure una subsistencia digna.

El art. 158 de la Constitución Política impone al Estado el deber de "asegurar la continuidad de los medios de subsistencia y rehabilitación de las personas inutilizadas".

El Decreto Reglamentario de la Ley 1678 de la Persona Discapacitada, establece la obligatoriedad de aplicar el Convenio 159 de la OIT que dispone, en su parte relevante, que "todos los Estados miembros deberán considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo".

En ningún caso la limitación de una persona con discapacidad podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que ésta sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar.

La cesación de la actividad laboral del recurrente por el Alcalde Municipal no se fundamenta en ninguna causal de despido establecida en la ley, sino en razón de la transición de un nuevo Gobierno, lo que constituye un acto ilegal y arbitrario que debe ser reparado dentro del ámbito de protección que brinda el art. 19 de la Constitución.

La decisión tomada por dicha autoridad, negando al recurrente su permanencia en el trabajo, constituye un trato discriminatorio que vulnera el derecho constitucional a la igualdad que, como fue expresado, en el caso de las personas con discapacidad, la violación se configura también cuando se les niega un trato especial.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, sentencia del 3-7-2000, n° 638/00-R, *César, Huanca Matías c/ Edgar Bazán Ortega, H. Alcalde Municipal*, en *Gaceta Constitucional*, Sucre, 2000, n° 12, p. 431.

DERECHO A LA INFORMACION. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS (BÉLGICA).

Las comunidades, que en tanto entidades del Estado Federal son competentes para resolver todos los asuntos relativos a la radio y la televisión, pueden otorgar a sus radiodifusores el derecho a grabar hechos accesibles al público y difundir informaciones breves, aun cuando el organizador del evento cedió la exclusividad a otro radiodifusor.

CORTE DE ARBITRAJE DE BELGICA, sentencia del 25-11-1999, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 1999, 3, p. 369.

DERECHO A LA SALUD. SIDA. ACCION DE AMPARO. LEGITIMACIÓN. INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS. OBLIGACIONES DEL ESTADO. ACCIONES POSITIVAS. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, ART. 12. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 4 Y 5. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ART. 6 (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: un grupo de asociaciones (ONGs) que desarrollan actividades contra el SIDA promovió acción de amparo a fin de que se obligara al Estado Nacional a cumplir con la asistencia, tratamiento y rehabilitación de los enfermos de SIDA y, en especial, con el suministro de medicamentos, de acuerdo con la Constitución y la ley 23.798 que declaró de interés nacional la lucha contra dicha enfermedad. La demanda fue admitida en primera y segunda instancia, por lo que el Estado interpuso un recurso extraordinario ante la Corte Suprema, que fue desestimado.

2. Sentencia:

2.1. La Constitución reconoce expresamente la legitimación para interponer la acción de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados directos, entre ellos, las asociaciones, por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley.

La reforma constitucional de 1994 contempla nuevas regímenes tendientes a proteger a usuarios y consumidores y, para ello, amplió el marco de los sujetos legitimados para demandar, que antes estaba limitado a las personas que fueran titulares de un derecho subjetivo individual (art. 43).

Las asociaciones actoras tienen por objeto la lucha contra el SIDA y, en consecuencia, están legitimadas para interponer la acción de amparo contra las omisiones del Estado por incumplimiento de las leyes en juego. En tal sentido, son titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud.

La incorporación de intereses generales o difusos a la protección constitucional no excluye la exigencia de que los demandantes expongan de qué manera tales derechos se ven violados, pues la mencionada reforma no ha modificado la exigencia de que el Poder Judicial sólo interviene en el conocimiento y decisión de "causas", esto es, cuando se persigue en concreto la determinación de un derecho entre partes adversas. En el caso, está satisfecha la mencionada exigencia pues existe un perjuicio concreto, actual e inminente, por la falta de provisión de los medicamentos.

2.2. En segundo término, la vida de los individuos y su protección -en especial el derecho a la salud- constituyen un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19 de la Constitución). Un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar por su propio plan de vida (principio de autonomía). El derecho a la salud también está reconocido en tratados internacionales de jerarquía constitucional, entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12.c), la Convención Americana sobre Derechos

Humanos (arts. 4 y 5) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6.1).

Asimismo, en cuanto a las obligaciones positivas del Estado, se observa que el legislador sancionó la ley que declara de interés nacional a la lucha contra el SIDA, entendiéndose por tal, *inter alia*, el tratamiento y prevención de la enfermedad, y la asistencia y rehabilitación. Dicha ley reconoce expresamente el derecho de las personas portadoras, infectadas o enfermas a recibir asistencia adecuada.

Por otra parte, corresponde analizar si la obligación en juego recaía con exclusividad en el Estado Nacional, o era concurrente con las Provincias. En tal sentido y con arreglo a las leyes aplicables, si bien los gastos que demanda el cumplimiento de la ley debían ser solventados por la Nación y por los respectivos presupuestos locales, y los medicamentos eran distribuidos por las autoridades locales, el Estado es el responsable del cumplimiento de la ley ante terceros, sin perjuicio de la responsabilidad que, ante aquél, le corresponda, entre otros, a las autoridades locales.

El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA (tres jueces formularon opiniones concurrentes -dos de ellos en forma conjunta-, y tres se pronunciaron en disidencia al considerar que el recurso no era admisible), sentencia del 1-6-2000, A.186.XXXIV, *Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986*, en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 323, p. 1339.

DERECHO A LA SALUD. SIDA. PROVISIÓN GRATUITA DE MEDICAMENTOS. OBLIGACIONES DEL ESTADO. OMISIÓN LEGISLATIVA. DERECHO A LA VIDA (BRASIL).

La legislación que asegura a las personas carenciadas y portadoras del virus HIV la distribución gratuita de medicamentos destinados al tratamiento del SIDA, se califica como acto concretizador del deber constitucional que impone al poder público la obligación de garantizar, a los ciudadanos, el acceso universal e igualitario a las acciones y servidores de salud.

El derecho a la salud -además de calificarse como derecho fundamental que asiste a todas las personas- presenta consecuencias constitucionales indisociables del derecho a la vida. El poder público, cualquiera que sea la esfera institucional de su actuación en el plano de la organización federativa brasilera, no puede mostrarse indiferente al problema de la salud de la población, bajo pena de incidir, aún por omisión, en censurable comportamiento inconstitucional.

El derecho público subjetivo a la salud se traduce en un bien jurídico constitucionalmente tutelado, por cuya integridad debe velar, de manera responsable, el poder público (federal, estadual o municipal), a quien incumbe formular -e implementar- políticas sociales y económicas que garanticen la plena consecución de los objetivos proclamados en el art. 196 de la Constitución de la República.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL (Pleno), sentencia del 23-8-2000, Recurso Extraordinario n° 273.834 - RS, en *Revista de Direito Administrativo*, Río de Janeiro, Renovar, octubre-diciembre, 2000, n° 222, p. 248.

DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. GARANTÍAS JUDICIALES. PROTECCIÓN JUDICIAL. OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS. DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO. AMNISTIA. AUTOAMNISTÍA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. RETIRO DE LA ACEPTACIÓN DE COMPETENCIA (CONVENCIÓN AMERICANA

1. Antecedentes del caso:

Aproximadamente a las 22.30 hs. del día 3 de noviembre de 1991, seis individuos fuertemente armados irrumpieron en un inmueble ubicado en el vecindario conocido como "Barrios Altos" de la Ciudad de Lima, en el que se estaba realizando una fiesta, cubrieron sus rostros con pasamontañas, obligaron a las presuntas víctimas a arrojar al suelo y les dispararon indiscriminadamente por un período de 2 minutos, matando a 15 personas e hiriendo gravemente a otras 4. Los atacantes habían llegado al sitio en dos vehículos que portaban luces y sirenas policiales, las que fueron apagadas al llegar al lugar de los hechos, y se fueron con la misma celeridad con que arribaron, haciendo sonar nuevamente las sirenas.

Las investigaciones judiciales y los informes periodísticos revelaron que los involucrados trabajaban para inteligencia militar; eran miembros del Ejército peruano que actuaban en el "escuadrón de eliminación" llamado "Grupo Colina", que llevaba a cabo su propio programa antisubversivo. Una semana después un congresista presentó a la prensa copia de un documento, que describía el operativo de inteligencia llevado a cabo en la escena del crimen, y señalaba que los "subversivos" se habían estado reuniendo en ese domicilio desde 1989 y se encubrían bajo la apariencia de vendedores ambulantes.

Aunque los hechos ocurrieron en 1991, las autoridades judiciales no iniciaron una investigación seria del incidente sino en abril de 1995, cuando una fiscal denunció a cinco oficiales del Ejército como responsables de los hechos. Tras varias negativas de los imputados a presentarse ante la Fiscal, en primer término, y la Juez, con posterioridad, el Consejo Supremo de Justicia Militar dictó una resolución que dispuso que los acusados, así como el Comandante General del Ejército y el Jefe del Comando Conjunto, estaban impedidos de prestar declaración ante algún órgano judicial, dado que se estaba procesando paralelamente una causa ante la Justicia Militar.

Antes de que la Corte Suprema de Justicia resolviera una petición de los tribunales militares reclamando la competencia sobre el caso alegando que se trataba de oficiales militares en servicio activo, el Congreso peruano sancionó una ley de amnistía, n° 26.479, que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y también civiles, que fueran objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias de prisión por violaciones a los derechos humanos, o participado en esa violaciones, entre 1980 y 1995.

La Sra. Juez a cargo de la investigación resolvió que el art. 1° de la Ley de Amnistía n° 26.479 no era aplicable a los procesos pendientes en su juzgado contra los cinco miembros del Servicio de Inteligencia Nacional, debido a que violaba las garantías constitucionales y las obligaciones internacionales que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención) imponía al Perú. Antes de que se resolviera el recurso de apelación deducido contra esa decisión, el Congreso Peruano aprobó una segunda ley de amnistía, N° 26.492, que amplió el alcance de la anterior y declaró que la amnistía no era "revisable" en sede judicial y que era de obligatoria aplicación.

El 14 de julio de 1995, la Undécima Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, decidió la apelación en sentido contrario a lo resuelto por la Juez, y el caso de "Barrios Altos" se archivó definitivamente.

2. Procedimiento ante la Comisión

El 7 de enero de 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) se puso a disposición de las partes con el objeto de lograr una solución amistosa; sin embargo, Perú le solicitó que desistiera de su iniciativa y que declarara inadmisibles el caso por falta de agotamiento de recursos internos.

El 7 de marzo de 2000 la Comisión aprobó el informe n° 28/00, en el que recomendó al Estado que:

- a. deje sin efecto toda medida legislativa o de otra naturaleza que tienda a impedir

la investigación y sanción de los responsables de los hechos conocidos como operativo "Barrios Altos". Con ese fin el Estado peruano debe dejar sin efecto las leyes de amnistía 26.479 y 26.492;

b. conduzca una investigación seria, imparcial y efectiva de los hechos, y

c. proceda a otorgar reparación plena a las 4 víctimas sobrevivientes y a los familiares de las 15 víctimas muertas.

Perú respondió que la sanción de la leyes de amnistía constituían medidas excepcionales adoptadas en contra de la violencia terrorista, y que el Tribunal Constitucional peruano había declarado improcedente la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra las referidas leyes, pero en forma expresa señaló la subsistencia de las acciones de reparación civil en favor de los agraviados o sus familiares.

El 10 de mayo de 2000, la Comisión decidió someter el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte).

3. Procedimiento ante la Corte

Notificada la demanda, el Gobierno del Perú procedió a devolverla en razón de que mediante resolución legislativa n° 27.152 de fecha 8 de julio de 1999, el Congreso de la República aprobó el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, decisión que fue comunicada por el Gobierno a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el 9 de julio del mismo año. Por tal motivo, "la notificación contenida en la nota CDH-11.528/002 de fecha 11 de agosto de 2000, se refiere a un caso en el que esa Honorable Corte ya no es competente".

El 12 de noviembre de 2000 la Corte remitió una nota al Secretario General de la Organización de Estados Americanos, informándole sobre la situación de algunos casos tramitados ante aquella referentes al Perú, en la que indicó, en relación a la devolución de la demanda, que la decisión del Estado peruano era inadmisibles, en razón de que el pretendido retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte fue rechazado por ésta en las sentencias de fecha 24 de septiembre de 1999, en los casos "Ivcher Bronstein" y "Tribunal Constitucional".

Asimismo, se señaló que, a criterio de la Corte Interamericana, esa actitud del Estado peruano constituye un claro incumplimiento del artículo 68.1 de la Convención, así como un violación del principio básico *pacta sunt servanda*.

El 18 de enero de 2001, el Congreso peruano dictó la resolución legislativa n° 27.401, por la cual derogó la anterior n° 27.152 citada, y encargó al Poder Ejecutivo que realice todas las acciones necesarias para dejar sin efecto los resultados que haya generado esta última. El Gobierno peruano designó a dos funcionarios para que actúen como Agente y Agente alterno, quienes presentaron ante la Corte un escrito mediante el cual informaron que el Estado del Perú:

1. "Reconoce su responsabilidad internacional en el caso materia del presente proceso, por lo que iniciará un procedimiento de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como ante los peticionarios en este caso;

2. En virtud de este reconocimiento... cursará comunicaciones a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos para iniciar conversaciones formales y alcanzar el citado acuerdo."

El Presidente de la Corte convocó a los representantes del Estado del Perú y de la Comisión a una audiencia pública, que se celebró el 14 de marzo de 2001, en la que ambas partes presentaron sus alegatos.

4. Sentencia:

Con base en las manifestaciones de las partes en la audiencia pública, y ante la aceptación de los hechos y el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Perú, la Corte considera que ha cesado la controversia entre el Estado y la Comisión en cuanto a los hechos que dieron origen al presente caso. La Corte reconoce que el allanamiento del Perú constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y

a la vigencia de los principios que inspira la Convención.

La Corte tiene por admitidos los hechos y considera que, tal como fue expresamente reconocido por el Estado, éste incurrió en responsabilidad internacional por violación del art. 4 (derecho a la vida) de la Convención en perjuicio de las quince víctimas fatales presentadas en este caso y por violación del art. 5 (derecho a la integridad personal) de la Convención, en perjuicio de las cuatro víctimas sobrevivientes. Además, el Estado es responsable por violación de los arts. 8 (garantías judiciales), 25 (protección judicial), 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención, como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía 26.479 y 26.492.

4.1. Incompatibilidad de leyes de amnistía con la Convención

Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz.

La Corte estima que las leyes de amnistía 26.479 y 26.492 adoptadas por el Perú, impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes del presente caso fueran oídas por un juez, conforme lo señalado por el art. 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el art. 25 de la Convención y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos. Finalmente, la adopción de la autoamnistía, incompatible con la Convención, incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en su art. 2.

4.2. Derecho a la verdad y garantías judiciales en el Estado de Derecho

Es incuestionable que en el presente caso se impidió a las víctimas sobrevivientes y a los familiares de las víctimas que fallecieron, conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos en Barrios Altos. No obstante, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos y las responsabilidades correspondientes. Por lo tanto esta cuestión ha quedado resuelta al haberse señalado que el Perú incurrió en violación de los arts. 8 y 25 de la Convención, en relación con las garantías judiciales y la protección judicial.

4.3. Apertura de la etapa de reparaciones

Dado el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Perú, la Corte considera que procede pasar a la etapa de reparaciones. La Corte considera apropiado que la determinación de las reparaciones se haga de común acuerdo entre el Estado, la Comisión y las víctimas, sus familiares o sus representantes, para lo cual se establece un plazo de tres meses. En caso de que no se llegue a un acuerdo, la Corte determinará el alcance y monto de las reparaciones.

Por tanto, la Corte, por unanimidad, decide:

1. Admitir el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado.

2. Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, que éste violó: a) el derecho a la vida consagrado en el art. 4 de la Convención en perjuicio de las quince personas fallecidas en el incidente

denunciado; b) el derecho a la integridad personal, consagrado en el art. 5 de la Convención, en perjuicio de las cuatro personas sobrevivientes; c) el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los arts. 8 y 25 de la Convención, como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía 26.479 y 26.492.

3. Declarar que el Estado del Perú incumplió los arts. 1.1 y 2 de la Convención como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía 26.479 y 26.492.

4. Declarar que las leyes de amnistía 26.479 y 26.492 son incompatibles con la Convención y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.

5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos referidos en esta sentencia, así como publicar sus resultados.

6. Disponer que las reparaciones deberán ser fijadas de común acuerdo entre el Estado demandado, la Comisión y las víctimas o sus familiares, dentro de un plazo de tres meses.

7. Reservarse la facultad de revisar y aprobar el acuerdo señalado en el punto anterior, y en caso de que no se llegue a él, continuar el procedimiento de reparaciones.

Nota de Secretaría: respecto de las sentencias del 24 de septiembre de 1999, dictadas en los casos *Tribunal Constitucional Peruano e Ivcher Bronstein, v. investigaciones 1* (2000), p. 6.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (dos jueces formularon votos concurrentes), sentencia del 14-3-2001, *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, http://www.corteidh.or.cr/PUBLICAC/SERIE_C/C_75_ESP.HTM.

DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA SALUD. DERECHO A LA LIBERTAD. DERECHO A LA IGUALDAD. SEGURIDAD SOCIAL. DERECHO A LOS BENEFICIOS DE LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. PROVISIÓN DE MEDICAMENTOS. SIDA. ACCIÓN DE AMPARO. LEGITIMACIÓN. INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS. PROCESO CIVIL. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD (VENEZUELA).

1. Antecedentes del caso: ciertos enfermos de SIDA afiliados al Instituto Venezolano de Seguros Sociales (IVSS) interpusieron una acción de amparo constitucional contra dicho Instituto con base en la falta de provisión de los medicamentos antirretrovirales combinados (inhibidores de Transcriptasa y Proteasa, conjuntamente en forma de "cóctel") que se les habían recetado, pese a que los mismos se encuentran disponibles en el mercado venezolano gracias a la presencia en este territorio de laboratorios internacionales que los fabrican, poniéndolos en la imperiosa necesidad de buscar alternativas temporales, como programas comunitarios de distribución gratuita, intercambio de medicamentos y donaciones desde el extranjero para la obtención del tratamiento adecuado, siendo que tales mecanismos resultan insuficientes para atender los requerimientos de la población venezolana afectada y la regularidad de su entrega. Juzgaron que, con ello, el IVSS les había vulnerado su derecho a la vida, a la salud, a la libertad y seguridad personales, a la no discriminación, a la seguridad social y a los beneficios de la ciencia y la tecnología. La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo hizo parcialmente lugar a la acción interpuesta, declarándola sólo procedente en relación a los actores pero rechazando la posibilidad de que su decisión tuviera un efecto *erga omnes*.

2. Sentencia:

2.1. Antes de analizar la sentencia apelada, esta Sala debe pronunciarse respecto de la reserva o manejo privado del presente expediente, solicitado por los propios accionantes y acordado por el tribunal *a quo*, en la oportunidad en que fue admitida la acción de amparo que corre inserta en autos.

En este sentido, se observa que el art. 24 del Código de Procedimiento Civil establece el "*principio de publicidad*" del proceso, según el cual todos sus actos serán públicos, a menos que por motivos de "*decencia pública*" el Tribunal de la causa ordene proceder a puertas cerradas. Tal excepción sólo resulta aplicable en los casos en que la ventilación abierta de una determinada causa, por su propio contenido, atente de tal forma a las buenas costumbres, con el consecuente desorden social que ello genera, que el principio procesal que se comenta deba ser sacrificado, en aras de salvaguardar el orden público.

Ahora bien, el tratamiento reservado del presente expediente conduciría a la convalidación por parte de esta Sala, de cortapisas al derecho a la igualdad y a la no discriminación que asisten a los accionantes, cortapisas que han sido impuestas por ellos mismos. En este sentido, la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia (v. sentencia del 14 de agosto de 1998), fijó su posición respecto de un caso similar al de autos, y que esta Sala comparte plenamente, estableciendo en dicho fallo lo siguiente: "*[H]oy en día las estadísticas revelan que éste es un virus a cuyo contagio está expuesto cualquier persona sin distinción, dada la variedad de formas de transmisión (contacto sexual, jeringas y/o agujas infectadas, parto, lactancia). De manera que, el anonimato que en un principio resguardaba la privacidad de estas personas en su contexto social, va perdiendo su sentido, por cuanto se trata de una enfermedad de tan alto riesgo como cualquier otra y, para que sea entendido de esta forma, es preciso restarle el carácter de 'censura' que hasta ahora se le ha venido dando, pues será eso lo que en definitiva garantizará el derecho a la igualdad y la no discriminación de quienes padecen esta enfermedad. Esta Sala está consciente de que los esfuerzos que se hagan a nivel de los poderes públicos para garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación, depende en buena parte de la conciencia social que se tenga sobre esta enfermedad, de allí que resultará altamente beneficioso en el tratamiento de este tema la colaboración de los propios afectados, sus familiares y allegados. La garantía del derecho a la no discriminación no se logrará si ellos mismos -resguardándose en la privacidad- se aislasen, se apartasen de sus actividades, ocultasen sus propios padecimientos o se sintiesen culpables cuando en realidad no hay razón para ello" (Subrayado de este fallo).*

En el mismo orden de ideas, considera esta Sala que en el estadio actual de conciencia colectiva respecto del impacto del Virus de Inmunodeficiencia Humana, como grave mal que aqueja no sólo a nuestra Nación, sino al mundo entero, y gracias a las campañas globales de concienciación sobre la naturaleza de esta dura enfermedad, han quedado desvanecidas en gran parte las creencias que lo ubicaban como producto de oprobiosas conductas por parte de determinados grupos de riesgo que, lamentablemente, condujeron a sus portadores a protegerse en la privacidad, so pena de verse discriminados en los más amplios ámbitos del quehacer humano.

De allí que esta Sala estime poco conveniente para la real y progresiva comprensión del impacto social del Síndrome de Inmunodeficiencia Humana, mantener en reserva el presente expediente, tal como fuese tratado por el Juzgado *a quo*, y en legítimo respaldo al derecho a la igualdad y no discriminación de los accionantes, revoca el manejo privado de la presente causa.

2.2. En cuanto a la denuncia de infracción al derecho a la salud, recogido en el art. 83 de la Constitución, se observa que de la redacción de dicha norma, puede colegirse que el mismo es parte integrante del derecho a la vida y que ha sido consagrado en nuestra Carta Magna como un derecho social fundamental (y no como simples "*determinaciones de fines de estado*"), cuya satisfacción corresponde principalmente al Estado, cuyos órganos desarrollan su actividad orientados por la elevación (progresiva) de la calidad de vida de los ciudadanos y, en definitiva, al bienestar colectivo.

Ello implica que el derecho a la salud no se agota en la simple atención física de una enfermedad a determinada persona, sino que el mismo se extiende a la atención idónea para salvaguardar la integridad mental, social, ambiental, etc., de las personas e incluso de las comunidades como entes colectivos imperfectos, en tanto que no están dotadas de un

estatuto jurídico especial que les brinde personería en sentido propio.

Para el cumplimiento de tales fines, la acción estatal debe instaurar por vía legislativa una estructura administrativa capaz de atender los requerimientos constitucionales antes esbozados. Así, mediante la Ley del Seguro Social, fue creado el IVSS con el objeto de servir como órgano rector del sistema de seguridad social, entre cuyas obligaciones destaca -en el caso *sub examine*-, aquella que le ordena brindar atención médica integral a sus afiliados

En el caso de autos, la violación del derecho a la salud y la amenaza al derecho a la vida, así como la vulneración del derecho a los beneficios de la ciencia y la tecnología consistió en la omisión de entrega regular y permanente, por parte del IVSS, de los medicamentos prescritos a favor de los solicitantes del amparo, y la negación de la cobertura a practicar a éstos, la realización de exámenes médicos especializados, destinados a contribuir en el eficaz tratamiento del VIH/SIDA. Por ello, en este particular, debe esta Sala confirmar el fallo impugnado.

2.3. Por otra parte, esta Sala debe pronunciarse en torno a las defensas esgrimidas por la parte accionada, cuyo recurso de apelación es objeto de estos autos. Deduce esta Sala, de los pertinentes alegatos, fundamentalmente, dos circunstancias aducidas de distinta naturaleza que -a su juicio- imposibilitan la cabal satisfacción del servicio público que está destinado a prestar el IVSS, y que generan un insostenible déficit presupuestario, a saber (i) el alto grado de morosidad que los patronos, tanto del sector público como del sector privado, tienen para con ese Instituto; y (ii) la insuficiente cantidad de recursos financieros obtenida por la vía del crédito adicional.

Observa esta Sala, que la representación del Instituto accionado no demostró en forma alguna tales afirmaciones. No obstante, resulta un hecho notorio la crisis del sistema de seguridad social regido por el tantas veces referido Instituto, sobre cuyas deficiencias se ha abierto un amplio debate nacional, destinado al replanteamiento mismo de este sistema, motivo por el cual se estima necesario dar respuesta a los anteriores argumentos esgrimidos por el ente accionado.

Así, respecto a la primera cuestión, esto es, el alto grado de morosidad en que han incurrido los patronos contribuyentes, esta Sala encuentra que el art. 51 de la Ley del Seguro Social dispone que corresponde al IVSS la administración y control de todos los ramos del Seguro Social Obligatorio. De igual forma, la normativa comentada, otorga al Consejo Directivo del IVSS, las más amplias facultades de recaudación sobre las cotizaciones de patronos y asegurados (art. 53 *eiusdem*), sobre todo en circunstancias especiales que así lo ameritaran. Por tal motivo, considera esta Sala que no resulta oponible ante los beneficiarios del sistema de seguridad social que rige el prenombrado Instituto, la insuficiencia de recursos financieros derivada del incumplimiento de los patronos contribuyentes con el sistema de seguridad social, sea cual fuere su naturaleza, pues ello se circunscribe al ámbito de la administración y gerencia del órgano accionado, cuya ineficiencia no puede justificar en modo alguno, el incumplimiento del deber que le ha sido encomendado por la Ley.

En torno a la segunda cuestión, como lo es la insuficiencia de recursos obtenida por la vía del crédito adicional, debe observarse que al ente accionado quedaba abierta aún la posibilidad de solicitar nuevos créditos adicionales, con el objeto de satisfacer el servicio público que presta.

2.4. Por último, debe esta Sala hacer particular referencia al llamado "*carácter personalísimo de la acción de amparo*", el cual sirvió de fundamento al Tribunal de la causa para negar la solicitud de extensión de efectos del mandamiento de amparo respectivo, a todas aquellas personas que siendo beneficiarias del sistema de seguridad social, les haya sido diagnosticado el Virus de Inmunodeficiencia Humana y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, y se les haya negado la entrega regular y permanente de los medicamentos necesarios para el respectivo tratamiento, así como la cobertura de los exámenes médicos especializados para optimizar dicho tratamiento.

Al respecto, cabe observar que el ordenamiento positivo vigente otorga un

fundamento constitucional al peticionario de los accionantes, en relación con la extensión de los efectos del mandamiento de amparo a todas las personas que se encuentren en idéntica situación de aquéllos en cuyo favor éste se acuerde. Así, debe observarse el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el art. 26 de la Constitución.

Del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, con particular énfasis en la existencia de derechos e intereses colectivos o difusos, emerge que el pedimento de los accionantes en este sentido tiene lugar en derecho, por cuanto la extensión de los efectos del mandamiento de amparo otorgado en su favor, a todos aquellos seropositivos beneficiarios del sistema de seguridad social, conduce a la protección de un segmento relativamente importante de la sociedad, compuesto por individuos a los cuales resulta forzoso restablecer en el goce de sus derechos y garantías constitucionales.

La Sala observa que, a pesar de que no existía reconocida en la ley una acción judicial para ejercer derechos e intereses colectivos, motivo por el cual ésta no se ejerció directamente en esta causa, ella contiene la petición en protección de un derecho colectivo (el de los agraviados), por lo que esta Sala, en cuanto a ese aspecto de la pretensión, le da el tratamiento de una acción de amparo por intereses colectivos.

Debe acotarse, que en los casos en los cuales la acción de amparo es interpuesta con base en un derecho o interés colectivo o difuso, el mandamiento a acordarse favorecerá bien a un conjunto de personas claramente identificables como miembros de un sector de la sociedad, en el primer caso; bien a un grupo relevante de sujetos indeterminados apriorísticamente, pero perfectamente delimitable con base en la particular situación jurídica que ostentan y que les ha sido vulnerada de forma específica, en el segundo supuesto. Así, no resulta cierto que el amparo destinado a proteger tales situaciones jurídicas de múltiples sujetos, posea efectos *erga omnes*, tal como lo señalara el *a quo*, pues, como se ha visto, sus beneficiarios son susceptibles de una perfecta determinación y la tutela a ellos brindada es siempre concreta, mas nunca de modo genérico.

En tal virtud, debe esta Sala acordar lo solicitado a este respecto y, en consecuencia, cabe ordenar que el presente amparo sea otorgado a todas las personas que: (i) se encuentren inscritas en el IVSS, (ii) les haya sido diagnosticada la enfermedad del VIH/SIDA, (iii) que cumplan los requisitos legales para obtener los beneficios derivados del sistema de seguridad social, y (iv) que hayan solicitado a las autoridades del prenombrado Instituto la entrega de los medicamentos necesarios para el respectivo tratamiento, así como el de las enfermedades oportunistas.

CORTE SUPREMA DE VENEZUELA (Sala Constitucional), sentencia del 06/04/2001, n° 487, en. <http://www.tsj.gov.ve/Decisiones/scon/Abril/487-060401-00-1343.htm>.

DERECHO AL HONOR. LIBERTAD DE EXPRESION. DEBATES POLÍTICOS. JUSTIFICACIÓN. BUENA FE (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: el peticionario fue demandado por declarar durante un debate televisivo con otro candidato político que éste había realizado actos de tortura durante la guerra de Argelia. El Tribunal Correccional rechazó la excepción de buena fe presentada por la defensa y la Cámara de Apelaciones de París anuló este fallo argumentando que “no se puede exigir que la parte mida sus expresiones en el marco de un programa televisivo en vivo, en el cual el candidato tuvo poco tiempo para dar su opinión sobre su adversario político cuya personalidad controvertida motivó diversas polémicas”. El fallo fue apelado y la Sala Penal de la Corte de Casación lo envió a la Cámara de Rouen que estableció que el acusado no era culpable de difamación dado que, entre las fuentes consultadas para atacar a su contrincante, se encontraba una entrevista en la cual el demandante reconoció haber realizado actos de tortura. En este punto el caso llegó a la Sala mixta de la Cámara de Casación.

2. Sentencia:

Cuatro elementos deben estar presentes para que se otorgue el beneficio de la buena fe. En primer lugar, debe tenerse en cuenta la legitimidad del objetivo perseguido, en el caso concreto, informar a los electores sobre el comportamiento de uno de los candidatos. En segundo lugar, debe considerarse la carencia de animosidad personal, que, en este caso, está dada por el hecho de que las imputaciones en cuestión estaban dirigidas contra la actividad pública del candidato y no contra su vida privada. En tercer lugar debe considerarse la prudencia en las afirmaciones, que no es la misma para los políticos que para los historiadores o los periodistas. Finalmente, hay que tener en cuenta que la información no debe ser falsa.

Por todo esto, se considera que la parte actuó de buena fe.

CAMARA DE CASACION DE FRANCIA, sentencia del 24-11-2000, 97-81.554 (n° 204 P), en *Recueil Le Dalloz*, París, Dalloz, 2000, n° 44, p. 306.

DERECHO AMBIENTAL. INTERESES DIFUSOS. PLANEAMIENTO URBANO. PATRIMONIO HISTÓRICO (INDIA).

La Corte Suprema de India condenó a una empresa a demoler el centro comercial que había construido debajo del parque histórico de Aminabad en Lucknow, y a reforestar la zona para darle la forma que tenía antes de la construcción del centro en cuestión.

La Municipalidad encargada del mantenimiento del parque había dado la autorización para construir un centro comercial y un garaje subterráneo en el marco de un procedimiento tachado de irregularidades y sujeto a sospecha. Se inició una demanda dado que el Centro desnaturalizaba la finalidad del parque y la construcción había requerido la tala de una gran cantidad de árboles. La Corte Superior del Estado determinó que el Centro fuera demolido. La Compañía apeló a la Corte Suprema y solicitó un aplazamiento de la condena que le fue concedido pero con la condición de que corriera con los riesgos y si la condena era ratificada, no podía reclamar ninguna indemnización. La Compañía completó los trabajos contando para ello con apoyo político.

La Corte Suprema consideró que el Centro se encontraba en una zona de gran concentración comercial, que la construcción del garaje había transformado el parque en una simple pradera dado que no era posible replantar árboles en la zona, y que la existencia del Centro, además de agravar el problema del tránsito, no se condecía con el proyecto de planeamiento urbano. Por otro lado, la Corte subrayó que la Municipalidad no detentaba el poder absoluto sobre el parque, sino que tenía únicamente la carga de su conservación, y que pesaba sobre ella la obligación de mantenerlo intacto. En tal sentido, hizo alusión a la doctrina de la curatela pública, de origen romano y que se desarrolló particularmente en los Estados Unidos. Para justificar su competencia, la Corte se basó en el art. 21 de la Constitución relativo al derecho a la vida, que fue extendido por dicho Tribunal en el sentido de asegurar una vida plena y sana para todos los habitantes.

En suma, la Corte ordenó la demolición de todo el edificio y la reforestación de la zona.

CORTE SUPREMA DE INDIA, sentencia del 26-9-1999, *M.I. Builders v. Radhey Shyam Saher & Others*, en *Revue française de Droit Constitutionnel*, París, Puf, 2000, n° 42, pp. 399/400, con nota de **ANNOUSSAMY, David**.

DERECHO COMUNITARIO. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS. ASTREINTES. **DERECHO AMBIENTAL.** RESIDUOS TÓXICOS O PELIGROSOS (COMUNIDAD EUROPEA-GRECIA).

La República Helénica fue condenada por el fallo del 7 de abril de 1992 (*Comisión c. Grecia*), en virtud de los arts. 4 y 6 de la Directiva CE n°75-442, del 15 de julio de 1975 y 12 de la Directiva CE n° 78-319 del 20 de marzo de 1978, a tomar los recaudos necesarios para asegurar que los residuos y los residuos tóxicos y peligrosos de la región de La Canea (Creta), fueran eliminados sin poner en peligro la salud humana y sin perjudicar al medio ambiente. Asimismo, fue conminada a establecer planes o programas, en dicha región, para la eliminación de los residuos en cuestión.

Mediante escrito del 11 de octubre de 1993, la Comisión recordó a dicho Estado que había sido condenado por esta sentencia y que no había comunicado ninguna medida para atenerse a ella. El 21 de septiembre de 1995 requirió al gobierno helénico que presentase sus observaciones sobre el incumplimiento de la sentencia en un plazo de dos meses. El gobierno informó que la región de La Canea había elegido una zona de depósito para los residuos y que, por consiguiente, se cumpliría con la sentencia. La Comisión consideró que las autoridades helénicas aún no habían adoptado las medidas para su ejecución dado que las adoptadas se encontraban en una fase preliminar.

Por todo ello, se condena a Grecia a pagar a la Comisión de las Comunidades Europeas, en la cuenta "recursos propios de la CE", un astreinte de 20.000 euros por día de retraso en la adopción de las medidas necesarias para cumplir con la sentencia antes citada.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, sentencia del 4-7-2000, C-387/97, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Grecia*, en *Recueil Le Dalloz*, París, Dalloz, 2000, n° 33, p. 235.

DERECHO DE DEFENSA. AUTOINCRIMINACIÓN (CROACIA).

No viola la Constitución y el derecho a no testimoniar contra sí mismo o sus familiares, la ley sobre seguridad en el tránsito automotor que dispone que el dueño de un automóvil que se ve envuelto en un proceso legal, debe revelar la identidad de la persona a la que autorizó a conducirlo y que violó el Código de Tránsito.

CORTE CONSTITUCIONAL DE CROACIA, sentencia del 5-10-1999, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 1999, 3, p. 380.

DERECHO DE DEFENSA. AUTOINCRIMINACIÓN (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: en el *plea agreement*, el apelado se comprometió a brindar información importante al *Independent Counsel* que investigaba cuestiones vinculadas a la Whitewater Development Corporation. Posteriormente, dicho funcionario lo intimó para que entregara a un gran jurado de Little Rock, Arkansas, once categorías de documentos. El apelado compareció ante el gran jurado, invocó el derecho a no autoincriminarse que le acuerda la V Enmienda, y se negó a afirmar si tenía o no la mencionada documentación. El fiscal consiguió una orden judicial, fundada en la Sec. 6003(a) del Título 18 del Código de Estados Unidos, que exigía al apelado cumplir con la intimación y le otorgaba la inmunidad autorizada por la ley. Entonces, el apelado presentó 13.120 páginas alegando que eran todos los documentos que estaban en su poder. El *Independent Counsel* usó ese material en una investigación que dio lugar a que el apelado fuera acusado de delitos impositivos y fraude. El Tribunal de Distrito desestimó esa acción con base en que toda la prueba que el *Independent Counsel* produciría en el juicio derivaba directa o indirectamente de la fuerza probatoria del acto del apelado de presentar los documentos, que gozaba de inmunidad, en violación a lo dispuesto por la Sec. 6002 del

Título 18 del Código de Estados Unidos que otorga inmunidad frente al uso y uso derivado. Al anular la decisión y devolver las actuaciones, la Cámara de Apelaciones ordenó al Tribunal de Distrito que determinara el alcance y detalle con que el Gobierno conocía los asuntos económicos del apelado el día en que había dictado la intimación. Asimismo, dispuso que si el Gobierno no podía demostrar con razonable minuciosidad que previamente sabía que aquellos documentos existían y que estaban en poder del apelado, la acusación estaba viciada. Admitiendo que no podía cumplir con el estándar de la razonable minuciosidad, el *Independent Counsel* pactó un *plea agreement* condicional mediante el cual desistía de la acusación, a menos que la decisión de la Corte hiciera razonablemente probable que la inmunidad del apelado no impidiera su procesamiento. Dado que el *agreement* también contiene una admisión de culpabilidad y la previsión del dictado de una condena para el supuesto en que esta Corte revoque la decisión, el caso no resulta abstracto. En este estado, los Estados Unidos interpusieron un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: la acusación del apelado debe desestimarse

(a) La V Enmienda protege a una persona de "verse forzada, en cualquier causa criminal, a atestiguar contra sí misma". La palabra "atestiguar" limita la categoría de declaraciones incriminantes forzadas a aquellas que son "testimoniales" (*testimonial*). Además, una persona como el apelado puede ser obligada a presentar documentos específicos que contienen afirmaciones incriminantes de hecho o de opinión (*assertions of fact or belief*) porque la creación de esos documentos no fue "forzada" en términos del privilegio (v. *Fisher v. United States*, 425 US 391 -1976-). Sin embargo, el acto de presentar los documentos requeridos en una intimación puede tener un aspecto de testimonio forzado. Ese acto, así como el testimonio forzado de su poseedor en cuanto a si presentó todo lo solicitado, ciertamente pueden transmitir información sobre la existencia, posesión y autenticidad de los documentos. Se encuentra asimismo bien arraigado el criterio de que los testimonios forzados que transmiten información que puede conducir a prueba incriminante gozan de privilegio aun cuando la información misma no sea incriminante.

(b) La Sec. 6002 es constitucional porque el alcance de la inmunidad "por el uso y uso derivado" que dicha norma establece es igual al de la garantía constitucional frente a la auto-incriminación (*Kastigar v. United States*, 406 US 441 -1972-). Cuando se procesa a una persona por cuestiones vinculadas a un testimonio privilegiado, el Ministerio Público tiene la obligación positiva de demostrar que la prueba que se propone usar proviene de una fuente legítima totalmente independiente de dicho testimonio (ídem, p. 460). Esto garantiza que el otorgamiento de inmunidad deja al testigo y al Gobierno en una posición sustancialmente igual a la que tendrían si el testigo hubiera invocado su privilegio por no contar con dicha inmunidad. El testimonio forzado aquí relevante no se encuentra en el contenido de los documentos presentados sino en el testimonio inherente al acto de presentarlos.

(c) La circunstancia de que el Gobierno, en el juicio penal del apelado, no intente valerse del mencionado acto de presentación, deja abierta la cuestión independiente de si, al obtener la acusación y prepararse para el juicio, ya ha hecho un "uso derivado" del aspecto testimonial de dicho acto. Resulta claro que sí. Del texto de la intimación surge manifiestamente que el Ministerio Público necesitaba la asistencia del apelado tanto para identificar las fuentes potenciales de información como para presentar esas fuentes al gran jurado. Es innegable que la provisión de una lista de los documentos existentes que caen dentro de algunas de las once categorías, definidas en términos amplios en la intimación, pudo permitir que el Ministerio Público encontrara prueba incriminante o un eslabón de la cadena de prueba necesaria para lograr un procesamiento. De hecho, eso es lo que sucedió en este caso: los documentos buscados por un gran jurado para comprobar si el apelado había violado un *plea agreement* dieron lugar a que otro gran jurado resolviera acusarlo por delitos claramente no vinculados a dicho *agreement*. El aspecto testimonial del acto del apelado de presentar los documentos fue el primer paso de una cadena de prueba que condujo a su procesamiento. Por lo tanto, la Corte no puede aceptar la pretensión del

Gobierno de que la inmunidad del apelado no obsta a que haga un uso derivado de los documentos presentados, porque la posesión gubernamental de dichos documentos fue sólo fruto del simple acto de presentación. Además, el Gobierno malinterpreta *Fisher* (cit., p. 411) e ignora *United States v. Doe* (465 US 605 -1884-) cuando alega que el aspecto comunicativo del acto del apelado de presentar los documentos no es suficientemente testimonial como para fundar un privilegio, dado que la existencia y posesión de instrumentos comerciales comunes es una "conclusión inevitable". En este caso, a diferencia de lo sucedido en *Fisher*, el Gobierno no ha demostrado un conocimiento previo de la existencia ni de la ubicación de los documentos que posteriormente presentó. En *Doe*, la Corte encontró que el acto de presentar varias categorías amplias de instrumentos genéricos comerciales conlleva auto-incriminación testimonial.

Nota de la Secretaría: el *plea agreement* es el acuerdo al que se llega como consecuencia de la negociación entre el fiscal y el acusado en la que aquél acuerda limitar las acusaciones que formulará o las penas que solicitará, y el acusado conviene reconocer su culpabilidad respecto de ciertas acusaciones (conf. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y HOAGUE, Eleanor C., *Diccionario Jurídico*, vol. 1, p. 577).

SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS, sentencia del 5-6-2000, *United States v. Webster L. Hubbell*, en 68 LW 4449.

DERECHO DE DEFENSA. AUTOINCRIMINACIÓN. JURISPRUDENCIA. CAMBIOS. STARE DECISIS (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: en *Miranda v. Arizona* (384 US 436 -1966) la Corte declaró que deben hacerse ciertas advertencias a un sospechoso para que las declaraciones que realice mientras está detenido resulten admisibles como prueba (ídem, p. 479). Poco después, el Congreso aprobó la Sec. 3501 del Título 18 del Código de los Estados Unidos conforme a la cual, la admisibilidad de dichas declaraciones depende exclusivamente de que sean voluntarias. El peticionante, acusado de robo a bancos y de otros crímenes federales vinculados a éste, pidió la supresión de una declaración que había hecho al FBI, con base en que no había recibido las "advertencias Miranda" antes de ser interrogado. El Tribunal de Distrito hizo lugar a su petición. Al revocar este auto interlocutorio, la Cámara de Apelaciones admitió que al peticionante no se le habían formulado dichas advertencias, pero sostuvo no se había violado la Sec. 3501 porque su declaración había sido voluntaria. Llegó a la conclusión de que *Miranda* no es un *holding* constitucional y que, por lo tanto, el Congreso puede decir, a través de una ley, la última palabra sobre la cuestión de la admisibilidad. En este estado, el peticionante interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: *Miranda* y su progenie en esta Corte gobiernan la admisibilidad de las declaraciones hechas en situación de detención, tanto en los tribunales federales como estatales.

(a) *Miranda* es una decisión constitucional de esta Corte y, por lo tanto, no puede ser dejada sin efecto, en los hechos, por una ley del Congreso. Teniendo en cuenta que la Sec. 3501 expresamente identifica a la voluntariedad como criterio de admisibilidad, no requiere la formulación de ningún tipo de advertencia y ordena a los tribunales de primera instancia considerar la totalidad de las circunstancias en que se realiza una determinada confesión, esta Corte coincide con la Cámara de Apelaciones en que, al aprobarla, el Congreso quiso dejar *Miranda* sin efecto. El derecho es claro en relación a si el Congreso tiene atribuciones constitucionales para hacer esto. Esta Corte tiene facultades de

superintendencia sobre los tribunales federales para dictar reglas vinculantes en materia de prueba y procedimiento (*Carlisle v. United States*, 517 US 416, 426 -1996-). Si bien el Congreso tiene un poder inapelable para modificar o dejar de lado cualquiera de esas reglas que no resulte constitucionalmente necesaria (e.g., *Palermo v. United States*, 360 US 343, 345/348 -1959-), no puede reemplazar las decisiones de esta Corte que interpretan y aplican la Constitución (ver, e.g., *City of Boerne v. Flores*, 521 US 507, 517/521 -1997-). La naturaleza constitucional de la regla anunciada en *Miranda* queda demostrada, primero y principalmente, por la circunstancia de que tanto en *Miranda* como en dos de sus *companion cases* aplicamos su estándar a procedimientos que tramitaban ante tribunales estatales, y esta Corte consistentemente ha hecho eso desde entonces (v., e.g., *Stansbury v. California*, 511 US 318, *per curiam* -1994-). La Corte no tiene facultades de superintendencia sobre los tribunales estatales (v., e.g., *Mu'Min v. Virginia*, 500 US 415, 422 -1991-). La conclusión de que *Miranda* se funda en la Constitución también encuentra sustento en la circunstancia de que ese caso está repleto de declaraciones que indican que la mayoría de los miembros de este Tribunal consideraba estar anunciando una regla constitucional (ídem, p. 445). Si bien *Miranda* invitaba a la aprobación de normas que protegieran el derecho constitucional a no autoincriminarse, dispuso que cualquier alternativa legislativa debía ser "al menos igualmente efectiva para valorar el derecho de los acusados a permanecer en silencio y para asegurar una continua oportunidad para ejercerlo" (íd., p. 467).

La circunstancia de que la Corte posteriormente haya formulado excepciones a la regla *Miranda* (v., e.g., *New York v. Quarles*, 467 US 649 -1984-) no nos exige arribar a una conclusión contraria. Ninguna regla constitucional es inmutable, y el tipo de aclaraciones hechas en dichos casos simplemente constituye una parte normal del derecho constitucional. En *Oregon v. Elstad* (470 US 298, 306 -1985-) la Corte, al negarse a aplicar la tradicional doctrina de los "frutos" elaborada en los casos relativos a la IV Enmienda, afirmó que la regla de exclusión de *Miranda* persigue la satisfacción de la V Enmienda y tiene un ámbito de aplicación más amplio que el de la propia Enmienda. Esta sentencia no prueba que *Miranda* sea una decisión no constitucional, sino simplemente reconoce la circunstancia de que los allanamientos irrazonables en términos de la IV Enmienda son diferentes, a los fines de la V Enmienda, de los interrogatorios realizados sin advertencias. Finalmente, si bien la Corte coincide con el *amicus curiae* designado judicialmente en que actualmente existen más *remedies* para la conducta abusiva de la policía que cuando se decidió *Miranda* (e.g., una acción fundada en *Bivens v. Six Unknown Named Agents*, 403 US 388 -1971-), no admite que dichas medidas adicionales complementen en un grado suficiente la protección que brinda la Sec. 3501 como para sustituir adecuadamente a las advertencias. *Miranda* exige procedimientos que adviertan a un sospechoso detenido su derecho a permanecer callado y le garanticen el respeto al ejercicio de ese derecho (ídem, p. 467), mientras que la Sec. 3501 expresamente se abstiene de imponer la exigencia de formular advertencias antes del interrogatorio y favorece un criterio que considera a la formulación de dichas advertencias como sólo uno de los factores para determinar la voluntariedad de la confesión de un sospechoso. La Sec. 3501, por lo tanto, no puede sobrevivir a la revisión si *Miranda* sigue teniendo fuerza legal.

(b) Esta Corte se niega a revocar *Miranda*. Coincidamos o no con su fundamento y con la regla que establece, el *stare decisis* gravita seriamente contra una decisión de dejar, ahora, a este caso sin efecto. Incluso en los casos constitucionales, el principio del *stare decisis* tiene tanta fuerza persuasiva que la Corte siempre ha exigido que el apartamiento de los precedentes cuente con alguna justificación especial (e.g. *United States v. International Business Machines Corp.*, 517 US 843, 856 -1996-). No existe aquí una justificación semejante. *Miranda* está incorporado a la práctica policial de rutina hasta el punto de que las advertencias han pasado a ser parte de nuestra cultura nacional (v. *Mitchell v. United States*, 526 US 314, 331/332 -1999-). Si bien la Corte ha dejado sin efecto sus precedentes cuando casos posteriores debilitaron sus fundamentos doctrinarios, eso no le ha sucedido a *Miranda*. Eventualmente, los casos posteriores redujeron el impacto de *Miranda* en la aplicación legítima de las leyes pero reafirmaron la doctrina central de dicha decisión. La

desventaja que tiene esta regla es que puede dar lugar a que un acusado culpable quede en libertad. Pero la experiencia sugiere que el test de la totalidad de las circunstancias de la Sec. 3501 es más difícil de satisfacer para los funcionarios y de aplicar consistentemente para los tribunales (v., e.g., *Haynes v. Washington*, 373 US 503, 515 -1963-). La exigencia de que se formulen las advertencias *Miranda* no elimina el análisis de la voluntariedad, pero son raros los casos en que un acusado puede alegar en forma suficientemente convincente que una declaración autoincriminante fue forzada pese a la observancia policial de *Miranda*.

Nota de la Secretaría: v. **EINESMAN, Floralynn**, "Confessions and Culture: The Interaction of Miranda and Diversity", en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Chicago, 1999, vol. 90, n° 1, p. 1; **WEISSELBERG, Michael B.**, "Saving Miranda", en *Cornell Law Review*, Nueva York, 1998, vol. 84, n° 1, p. 109; **MAGID, Laurie**, "The *Miranda* Debate: Questions Past, Present and Future", en *Houston Law Review*, Texas, 1999, vol. 36, n° 4, p. 1251; asimismo, **FALLON Jr., Richard H.**, "Stare decisis and the constitution: an essay on constitutional methodology", en *New York University Law Review*, 2001, vol. 76, n° 2, p. 570; Symposium: "*Miranda* after *Dickerson*. The Future of Confession Law", en *Michigan Law Review*, 2001, vol. 99, n° 5. Obsérvese que las "Advertencias *Miranda*" que deben formularse a un detenido son cuatro, a saber: (1) que se tiene derecho a permanecer en silencio; (2) que cualquier cosa que se diga puede y va a ser usada en su contra; (3) que tiene derecho a hablar con un abogado antes de ser interrogado y a que él se encuentre presente en el momento del interrogatorio; y (4) que si no puede pagar un abogado, se le designará uno, si así lo desea, antes de cualquier interrogatorio.

SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS, sentencia del 26-6-2000, *Charles Thomas Dickerson v. United States*, en 68 LW 4566.

DERECHO DE DEFENSA. COSA JUZGADA. *NON BIS IN IDEM*. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. LEY DE TRÁNSITO. **PENAS.** MULTAS (SUIZA).

1. Antecedentes del caso: el peticionante fue condenado por el Municipio de Vevey, en junio de 1996, a una multa por exceso de velocidad en la ruta conforme a los arts. 90 y siguientes de la Ley Federal de Tránsito. Dicha condena adquirió el carácter de cosa juzgada. Por otra parte, la Dirección de Asuntos Sociales del Cantón de Zúrich, en aplicación de los arts. 16, párr. 3, y 17, párr. 1, de la ley antes mencionada, retiró al peticionante su registro de conducir por un plazo de seis meses. En 1998, el Consejo de Estado del Cantón de Zúrich, rechazó un recurso del peticionante contra esta última decisión y el Tribunal Administrativo falló en igual sentido en enero de 1999. En este punto, la causa llegó al Tribunal Federal.

2. Sentencia:

2.1. El recurrente basó su defensa en el fallo ATF 121 II 22, por el cual, el hecho de retirar el permiso de conducir como forma de castigo, debe analizarse en función del fundamento de una acusación penal, conforme a lo establecido en el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). De ello deduce que, según la presunción de inocencia (art. 6.2 de la Convención), una vez que la causa llega a cosa juzgada, no se puede perseguir al autor por el mismo hecho, calificándolo de forma diferente (y más grave). Por otra parte, el peticionante también considera que el principio *non bis in idem* (Protocolo Adicional 7 de la Convención), prohíbe una nueva condena después de la conclusión legal de un proceso penal previo. Mientras el gobierno suizo no confiera la competencia de retirar el registro de conducir a la misma instancia judicial encargada de establecer penas de multas o privativas de libertad, la condena paralela o posterior será contraria a las obligaciones internacionales contraídas por Suiza. Por todo ello, y teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, el tratamiento de un

mismo hecho por dos instancias administrativas o judiciales viola el principio *non bis in idem*.

2.2. Por su parte, el Tribunal considera que la aplicación del principio *non bis in idem* supone que el juez que entendió en el primer procedimiento tuvo la posibilidad de examinar el hecho litigioso bajo todos sus ángulos (ATF 119 Ib 311). Esto no se cumple en este caso por la limitación del poder de cognición de las diversas autoridades que deben pronunciarse. El juez penal que ordenó la multa no tenía competencia material para retirar el registro de conducir. En lo relativo a las autoridades administrativas, no tienen la facultad de aplicar las disposiciones penales de la Ley Federal de Tránsito. Por consiguiente, el poder de cognición de la autoridad que actúa en primer lugar es siempre limitada. Sólo la actuación conjunta de ambas autoridades posibilita que el hecho se estudie bajo todos sus aspectos.

2.3. El peticionante, argumenta que fue violado el principio *non bis in idem* ya que el mismo hecho fue calificado por el violación simple de las reglas de circulación (Ley Federal de Tránsito, art. 90) y como “puesta en peligro grave de la circulación” (ídem, art. 16.3). Sin embargo, el Tribunal consideró que, tal como lo establece la jurisprudencia pertinente, la autoridad administrativa, en lo relativo a la aplicación del derecho, queda sujeta a la calificación realizada por el juez penal cuando la apreciación jurídica depende de la apreciación de los hechos que dicho juez conoce mejor que la autoridad administrativa. No ocurre esto en el caso concreto, ya que la autoridad administrativa actuó correctamente al calificar de “puesta en peligro grave de la circulación” el hecho de conducir a 139 km/h cuando el máximo era de 100 km/h. Por consiguiente, dado que se cumplen las condiciones establecidas en el art. 17.1 de la Ley Federal de Tránsito, no hay lugar para dejar de lado el retiro del registro de conducir por un plazo de seis meses.

Por todo esto, corresponde rechazar el recurso presentado por el peticionante.

TRIBUNAL FEDERAL SUIZO, sentencia del 23-6-1999, A. c. *Tribunal administratif du canton de Zurich*, en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Bruselas, Bruylant-Nemesis, 2000, n° 42, p. 315, con nota de **MOCK, Hanspeter**, “*Ne bis in idem*’: un post-scriptum à l’occasion d’un arrêt du Tribunal fédéral suisse”, pp. 317/322 .

DERECHO DE DEFENSA. GARANTÍAS JUDICIALES. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. DEBIDO PROCESO (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso:

1.1. El peticionante fue declarado cesante de su cargo de Contador Municipal de la Municipalidad de Daireaux, Provincia de Buenos Aires, en virtud del decreto dictado el 11 de junio de 1985 por el Intendente de mencionado Municipio. Contra dicho decreto, el 23 de agosto de ese año, interpuso demanda contencioso-administrativa contra la Municipalidad ante el Tribunal competente -la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (Suprema Corte)-, solicitando la anulación del acto que dispuso su cesantía en razón de la falta de fundamentos de la sanción, así como el reintegro al cargo y el resarcimiento de daños y perjuicios.

1.2. Por sentencia del 9 de junio de 1987 la Suprema Corte desestimó *in limine* la demanda por improcedencia formal, en virtud de la falta de interposición previa del recurso de revocatoria en sede administrativa antes de recurrir a la instancia judicial (art. 89 de la Ordenanza General N° 207/77). El fallo expresó: "...en virtud del régimen jurídico que rige el procedimiento administrativo en el caso, no se encuentra cumplimentada la exigencia precisada por la doctrina del tribunal en lo que respecta a la obligatoriedad de la interposición del recurso de revocatoria contra el acto administrativo que se quiere enjuiciar (causa B. 50.359 "Lesieux", res. del 11-XII-86 ...)". Contra dicha sentencia el peticionario interpuso recurso extraordinario federal por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fue rechazado el 10 de noviembre de 1987 en razón de que "no se advierte un caso de

arbitrariedad que justifique su intervención en materias que, según el artículo 14 de la ley 48, son ajenas a la competencia extraordinaria".

1.3. Señala el denunciante que la Suprema Corte cambió sorpresiva y arbitrariamente su jurisprudencia sobre la obligatoriedad de interponer previamente el recurso de revocatoria para considerar agotada la vía administrativa. Este cambio jurisprudencial que realiza la sentencia impugnada viola los principios esenciales de seguridad jurídica y buena fe procesal, en virtud de que para el momento de la interposición de la demanda contencioso-administrativa, la interpretación jurisprudencial de la normativa municipal vigente no exigía el agotamiento de la vía administrativa.

1.4. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revisó su criterio en la sentencia dictada en la causa "SACOAR S.A.I. y C.", de fecha 13 de octubre de 1988, en la que reafirmó que el recurso de revocatoria es optativo en procedimientos decididos por la autoridad administrativa con competencia final, cuando haya habido audiencia e intervención del interesado en el procedimiento constitutivo de dicho acto. Con este criterio, la Corte regresó a su posición inicial en materia de agotamiento de la vía recursiva, tal cual como se encontraba vigente para el momento de la interposición de su demanda.

1.5. Por otra parte, afirma el peticionario que no es exacto que se haya omitido la vía recursiva administrativa, pues el art. 89 de la Ordenanza General N° 207/77, que rigió el procedimiento administrativo, se refiere al supuesto de sanciones impuestas por funcionarios de jerarquía inferior a Intendente Municipal y no a las emanadas del propio intendente.

1.6. En virtud de los hechos expuestos el peticionante afirma la violación de su derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva establecidos en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención), respectivamente.

2. Análisis sobre los méritos

2.1. En primer lugar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) observa que la normativa provincial aplicable al caso, esto es la Ordenanza General N° 207/77, establece en su art. 89 que el sancionado "podrá deducir" el recurso de revocatoria. Como puede observarse, al utilizar la configuración verbal "podrá", la norma provincial parecería dar opción al recurrente de agotar la vía administrativa o acudir directamente al contencioso-administrativo, con lo que quedaría consagrado un sistema recursorio de naturaleza potestativa. Y si a esta aproximación literal se le agrega la interpretación judicial que los más altos tribunales provinciales habían venido dando a dicho texto para el momento en que el peticionario interpuso su demanda, parece evidente que las reglas de juego que delimitaban el principio del debido proceso, no exigían como presupuesto obligatorio el agotamiento de la instancia administrativa antes de acceder a la vía judicial.

2.2. La Comisión advierte que ha quedado demostrado que antes de la interposición de la demanda contencioso-administrativa, el 23 de agosto de 1985, e, incluso, con posterioridad a la decisión de su caso particular, el 9 de junio de 1987, la interpretación adecuada de la Ordenanza General N° 207 del 12 de octubre de 1977, consideraba la vía administrativa como facultativa y, por ende, innecesaria para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa (res. de la Suprema Corte del 24-4-1984, en causa "Héctor Luis Re", con cita de causas B. 48.505; B. 46.067 y B. 47.576; y opinión del jurista argentino Cassagne, al comentar una posterior decisión del año 1988 -Sacoar-). Fue en el año 1986 -una vez interpuesta la demanda del peticionario-, cuando la Suprema Corte, en el caso "Lesieux", cambió su criterio para exigir el agotamiento de los recursos previstos en el art. 89 de la Ordenanza General citada.

En consecuencia, al año siguiente y en cumplimiento de la nueva línea jurisprudencial, la Suprema Corte rechazó la demanda presentada por no haber ejercido el actor los recursos administrativos pertinentes.

2.3. Corresponde ahora a la Comisión determinar si esta aplicación retroactiva en la interpretación de la normativa provincial realizada por la Suprema Corte, vulnera los

derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva del peticionario, consagrados en los arts. 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención, respectivamente.

2.4. El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concretos. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales.

Sin embargo, puede darse el caso que la incertidumbre o falta de claridad en la consagración de estos requisitos de admisibilidad constituya una violación a dicho derecho fundamental.

Y esta es precisamente la situación en el presente caso, donde la falta de agotamiento de la instancia administrativa no puede, en modo alguno, imputarse al peticionario, pues éste sencillamente se dejó llevar por la interpretación correcta y autorizada de las normas vigentes que le eran aplicables las cuales, al momento de la interposición de la demanda, le permitían acceder al contencioso-administrativo sin necesidad de agotar los recursos administrativos.

El rechazo de la demanda tuvo como fundamento una interpretación jurisprudencial posterior a la fecha de la interposición de la misma. Por tanto, no se trató de una omisión o ligereza de la parte, sino de un cambio drástico en la interpretación normativa que las cortes aplicaron retroactivamente en su perjuicio.

2.5. Es precisamente este tipo de irregularidades las que trata de prevenir el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 25 de la Convención, el cual impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares. Las garantías de la tutela judicial efectiva y del debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio *pro actione*, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción.

2.6. El Estado argentino no logró demostrar ante la Comisión que la falta de agotamiento de la vía administrativa en que incurrió el peticionario se debió a su propia negligencia, sino más bien a una interpretación judicial que le fue aplicada de manera retroactiva.

En este sentido, se observa que el principio de seguridad jurídica impone una mayor claridad y especificidad en los obstáculos para acceder a la justicia.

2.7. En conclusión, estima esta Comisión que al peticionario se le vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso cuando se le sorprendió con la exigencia retroactiva de un requisito de admisibilidad a la jurisdicción que no se encontraba vigente al momento de la interposición de su demanda. La seguridad jurídica y el principio de claridad y certidumbre respecto a la jurisdicción competente imponen un mayor rigor a la hora de impedir el acceso a la justicia.

3. Conclusiones

Con base al análisis que antecede, la Comisión reitera las siguientes conclusiones:

3.1. Que para el momento en que el peticionario interpuso su demanda contencioso-administrativa, el 23 de agosto de 1985, en contra del decreto administrativo del 11 de junio de 1985, dictado por el Intendente de la Municipalidad de Daireaux, que dispuso su cesantía del cargo de Contador Municipal, no era necesario agotar la vía administrativa.

3.2. Que al peticionario le fue negado el acceso a la jurisdicción en virtud de la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial que modificó la interpretación de la normativa legal aplicable a su caso.

3.3. Que en virtud de esta situación el Estado argentino ha dejado de cumplir con su obligación de reconocer y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso garantizado por los arts. 8 y 25 de la Convención, respectivamente.

4. Recomendaciones

Con base en el análisis y conclusiones precedentes, la Comisión reitera las siguientes recomendaciones al Estado argentino:

a) Permitir el acceso del peticionario a la jurisdicción contencioso-administrativa, a los efectos de que pueda cuestionar la legalidad del acto administrativo que dispuso su cesantía.

b) Indemnizar adecuadamente al peticionario por las violaciones a sus derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 105/99, caso 10.194, *Narciso Palacios - Argentina*, 29-9-1999, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, vol. I, Washington, 2000, p. 374.

DERECHO DE DEFENSA. PROCESO JUSTO. RECALIFICACIÓN PENAL. DERECHO PENAL (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: los peticionantes fueron juzgados por quiebra fraudulenta ante un Tribunal Correccional que los absolvió ya que no podían ser considerados gerentes de hecho o derecho en la causa en cuestión. La Cámara de Aix-en-Provence confirmó la imposibilidad de considerarlos gerentes pero recalificó los hechos como complicidad en una quiebra, y los condenó a una pena de 18 meses de prisión con costas y a una multa de 30.000 francos. La Cámara de Casación rechazó el recurso de los requirentes.

2. Sentencia:

Objetan los peticionantes que la recalificación fue realizada durante la deliberación de los Camaristas que culminó con su condena y que, por ende, no fue sometida a un debate de partes, violando, de este modo, el art. 6.1 y 3.a y b de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) que establece, respectivamente: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea escuchada equitativamente (...) por un tribunal (...) que decidirá (...) sobre el fundamento de la acusación en materia penal dirigida contra ella”; “Todo acusado tiene, principalmente, derecho a: a) ser informado, en el plazo más breve, en una lengua que le sea comprensible y de forma detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación que se le imputa; b) disponer del tiempo y las facilidades necesarias para preparar su defensa (...)”.

Subrayan, asimismo, que la recalificación del delito exigía, dada la especificidad de la noción de “complicidad” en el derecho francés, un nuevo sistema de defensa y la presentación de hechos diferentes a los presentados. Agregan, además, que si bien la complicidad había sido invocada al momento de la instrucción, fue ignorada tanto por el juez correccional como en los debates en la Cámara. Por consiguiente, la recalificación modificó la naturaleza de la acusación y no importó un simple cambio en el grado de participación, como lo sostiene el Gobierno francés.

Dicho Gobierno sostuvo que el hecho de que quien realiza una denuncia no deba calificar la misma, faculta al juez a recalificar la causa siempre y cuando no lo haga en base a hechos nuevos. En este caso concreto la Cámara no modificó el fundamento de la calificación penal, ya que se limitó a evaluar de manera diferente el grado de participación de los peticionantes. Por otro lado, la noción de complicidad no constituye un delito autónomo ya que la diferencia entre complicidad y coautoría es muy sutil. De tal modo, la complicidad constituye un elemento intrínseco de la acusación inicial, sumado al hecho de que los peticionantes fueron informados de la posible calificación de complicidad al momento de la inculpación.

El art. 6.3.a de la Convención establece la necesidad de poner especial atención en notificar la “acusación” al interesado. El acta de acusación es esencial en el proceso penal:

a partir de su significado, la persona es informada por escrito de la base fáctica y jurídica en la que se basa la imputación. El artículo en cuestión reconoce al acusado el derecho a que se le informe no sólo de la causa de la acusación, o sea los hechos en los que se funda la acusación, sino también de la calificación jurídica otorgada a tales hechos. En materia penal la información precisa y completa de las cargas que pesan contra el acusado, y por ende la calificación jurídica, es una condición esencial para que se respete el principio de equidad en el proceso.

La remisión del caso al juez correccional, sólo versaba sobre el delito de autoría de quiebra fraudulenta; los debates en el fuero correccional se limitaron a discutir la autoría y la sentencia no hacía ninguna mención a la complicidad. La Cámara no trató en ningún momento una posible complicidad en la quiebra fraudulenta. Por consiguiente, los acusados no tuvieron oportunidad de conocer la posibilidad de recalificación de los hechos y, por ende, ninguno de los argumentos presentados por el Gobierno francés, vistos en conjunto o separadamente, eran suficientes para garantizar el respeto de las disposiciones del art. 6.3.a de la Convención.

Resta saber si la noción de culpabilidad en el derecho francés implica, por parte de los requirentes, el conocimiento suficiente de la posibilidad de recalificación de autoría a complicidad. En tal sentido, los arts. 59 y 60 del Código Penal, al momento del hecho, establecían expresamente que la complicidad sólo podía probarse si se daba cierto número de elementos específicos y acumulativos. Si bien es verdad que la complicidad exige un delito principal, también es cierto que, de acuerdo con el antiguo art. 60 del Código Penal, el sujeto deber realizar actos materiales e intencionales (sabe que está aportando su apoyo para la comisión de un delito). No es posible sostener que la complicidad constituye únicamente un simple grado de participación en la infracción principal.

No compete a la Corte analizar los medios de defensa que los peticionantes hubiesen podido invocar, de haber podido debatir la imputación de complicidad. Es suficiente con saber que hubiesen sido diferentes de los elegidos para responder a la imputación principal. En caso de haber sido acusados de complicidad, tendrían que haber convencido a los jueces de que no habían cometido ninguno de los actos de complicidad previstos por la ley y, en caso de que se les reprochara actos materiales concretos, demostrar que no tenían conciencia de estar colaborando con un delito. Cabe agregar que la interpretación estricta que exige el derecho penal impide que se pase por alto los elementos específicos de la complicidad. Por otra parte, no puede sostenerse la tesis invocada por el Gobierno, según la cual la complicidad fue asimilada por parte de los tribunales a los actos cometidos en coautoría, dado que los mencionados tribunales descartaron que los acusados fueran autores y, por ende, coautores. De tal forma, la complicidad no constituía un elemento intrínseco a la acusación inicial que los acusados conocían desde el comienzo del proceso.

Por consiguiente, la Cámara de Apelaciones, al hacer uso de su derecho a la recalificación del hecho, debía posibilitar a los acusados que ejercieran su derecho de defensa de forma concreta, efectiva y en un tiempo prudencial. En el caso concreto, la Cámara debió reenviar la causa al Tribunal Correccional para su reestudio o mantener el caso en segunda instancia pero otorgando la posibilidad a las partes de defenderse.

Por todo esto, hubo violación del derecho de los peticionantes a ser informados de forma detallada de la naturaleza y la causa de la acusación contra ellos, así como a disponer de tiempo y otras facilidades para ejercer su derecho de defensa. En tal sentido, se atentó contra el art. 6.3.a y b de la Convención combinado con el párr. 1 del mismo artículo que prescribe un procedimiento equitativo.

Nota de la Secretaría: sobre este caso, v. el comentario de **MASSIS, Thierry** y **FLECHEUX, Georges**, “La requalification de l’infraction pénale”, en *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, Bruselas, Bruylant-Nemesis, 2000, n° 42, pp. 286/291.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (GC), sentencia del 25-3-1999, n° 25444/94,

DERECHO DEL TRABAJO. DERECHO DE HUELGA. SERVICIOS PÚBLICOS. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 11 (CROACIA).

1. Antecedentes del caso: la ley relativa a las empresas productoras y distribuidoras de energía eléctrica establece que en caso de huelga de los empleados del sector, el Ministro responsable de la energía eléctrica debe, para proteger los intereses y la seguridad de la República de Croacia, fijar por decreto la amplitud del funcionamiento del sistema, al tiempo que los directores de las empresas del sector tienen que determinar los lugares de trabajo y establecer la lista de las personas que deben ocupar su puesto de trabajo, aún durante la huelga. De no acatar esta orden, el empleado puede ser despedido.

2. Sentencia:

Dado que las empresas encargadas de la producción y distribución de energía eléctrica realizan un servicio público, la Constitución autoriza a que el derecho de huelga en ese ámbito pueda ser restringido por la ley. Sin embargo, la ley impugnada no precisa en qué circunstancias debe protegerse, mediante restricciones al derecho de huelga, los intereses y la seguridad de la República, dejando, de este modo, que sea el Ministro quien lo determine, sin obligarlo a consultar con nadie (ya sea sindicatos, empleadores u otros órganos del Estado). Por otro lado, la ley no prevé ningún recurso contra la decisión ministerial.

Por lo tanto, las normas en juego violan la Constitución y los derechos sindicales protegidos por el art. 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

CORTE CONSTITUCIONAL DE CROACIA, sentencia del 5-10-1999, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 1999, 3, p. 380.

DERECHO DE PROPIEDAD. BLOQUEO DE CUENTAS BANCARIAS (AZERBAIJÁN).

1. Antecedentes del caso: la Corte Suprema solicitó a la Corte Constitucional que controle la constitucionalidad del art. 45 de la Ley sobre Bancos y Actividades Bancarias, que autoriza a la autoridad competente a bloquear los depósitos bancarios por un plazo no mayor de tres meses, cuando sea necesario para estabilizar la situación financiera del banco depositario.

2. Sentencia:

La Constitución protege el principio de libertad económica, el derecho de propiedad y el derecho a iniciar toda actividad comercial o económica que no esté prohibida por ley. Por tales normas, todo ahorrista privado tiene derecho a poseer, utilizar y disponer de los depósitos a su nombre. El bloqueo de dichos depósitos por un organismo de crédito, no se condice con el derecho de todo ciudadano de usar y disponer de un bien que le pertenece.

El art. 45 en cuestión, al posibilitar que los organismos de crédito modifiquen unilateralmente las condiciones de los contratos con los ahorristas, viola los principios de justicia y de igualdad. Por consiguiente, la citada norma es nula y carente de efectos.

CORTE CONSTITUCIONAL DE AZERBAIJAN, sentencia del 19-11-1999, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 1999, 3, p. 364.

DERECHO DE PROPIEDAD. EXPROPIACIÓN. **DERECHO AMBIENTAL.** BOSQUES (GRECIA).

Conforme a la Constitución, queda prohibida la modificación de la afectación de bosques y espacios boscosos que pertenecen al Estado, a menos que su explotación agrícola o su utilización para fines de interés general resulte prioritario para la economía nacional. Por otra parte, la expropiación de bosques y espacios boscosos que pertenezcan a personas físicas o morales de derecho público o privado, sólo está autorizada en favor del Estado y por causas de interés general. Sin embargo, en este caso, el carácter debe permanecer inalterable.

Resulta de las disposiciones constitucionales que la expropiación de tales zonas es posible después de la evaluación de la incidencia sobre el medio ambiente y sopesando la protección del bosque y del interés general concreto perseguido. Además, es necesario examinar si el fin buscado puede ser alcanzado sin afectar al bosque. La expropiación sólo es permitida si no es posible alcanzar el interés general a través de otros medios, aun cuando éstos fueran más costosos.

No viola la Constitución la expropiación de un espacio boscoso que pertenece a personas privadas y en el que se decidió construir una autopista dado que, en lo referente a la relación entre el terreno expropiado y dicho espacio, se mantiene el carácter de la región. Empero, no se justifica la expropiación, ya que la construcción de un túnel subterráneo figura entre las soluciones técnicas factibles y no demasiado onerosas.

CONSEJO DE ESTADO DE GRECIA, sentencia del 14-5-1999, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 1999, 3, p. 421.

DERECHO DE REUNION. REGLAMENTACIÓN. ALCANCES (LITUANIA).

1. Antecedentes del caso: el peticionante impugnó la constitucionalidad del art. 6 de la Ley de Reuniones, que reglamenta las condiciones y procedimiento para la organización de reuniones en lugares públicos (e.g. calles, plazas, parques, jardines públicos de las ciudades y asentamientos) así como en otros lugares públicos y edificios de uso público, y dispone que los gobiernos locales pueden establecer lugares o instalaciones permanentes para reuniones, que no se permite organizar reuniones, concentraciones, piquetes u otras acciones grupales o individuales en ciertos edificios públicos, unidades militares y objetivos militares, bancos estatales, empresas de energía atómica y otras con un especial régimen de seguridad laboral o aquellos custodiados por centinelas armados, y establece las distancias mínimas en que dichas reuniones pueden acercarse a los mencionados edificios. Asimismo, exige que se garantice el libre acceso a estos edificios.

2. Sentencia: la norma impugnada no restringe la libertad de reunión garantizada por el art. 6 de la Constitución sino que establece la reglamentación de ese derecho.

El art. 6 de la Constitución garantiza a los ciudadanos el derecho a reunirse pacíficamente, sin sufrir otras restricciones que las que la ley establezca y que resulten necesarias para proteger la seguridad del Estado o de la comunidad, el orden público, la salud o moralidad pública o los derechos y libertades de otras personas.

Al reglamentar el derecho de reunión, el legislador tiene discrecionalidad para establecer el procedimiento para ejercer este derecho, pero no puede negar la esencia del mismo. La interferencia del Estado en el ejercicio de tal derecho sólo es lícita y necesaria en la medida en que se respete el principio de restricción y proporcionalidad de la medida con el fin legítimo perseguido. En todos los casos debe mantenerse el equilibrio entre los derechos de las personas y el interés público. Por lo tanto, la reglamentación debe definir los límites con que puede ejercerse este derecho y puede establecer exigencias detalladas en

cuanto al lugar, tiempo y forma en que pueden realizarse las reuniones y cuáles están prohibidas. Estas últimas deben estar taxativamente enumeradas en la ley y esta lista no puede ser interpretada en forma amplia.

En cuanto a la expresión "los gobiernos locales pueden establecer lugares o instalaciones permanentes para reuniones", también objeto de agravio constitucional, que contiene el mencionado art. 6 de la ley, esta Corte destaca que no resulta imperativo, sino que sólo otorga una facultad, sin imponer un deber, a dichos gobiernos. Sin embargo, es de destacar que, al ejercer este derecho, los gobiernos deben respetar el principio de igualdad ante la ley y permitir el acceso a dichas instalaciones con una base igualitaria. Por otra parte, no pueden impedir que las personas se reúnan pacíficamente en otros lugares.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LITUANIA, sentencia del 1-1-200, en <http://www.lrkt.lt/2000/r000107.htm>.

LIBERTAD DE EXPRESION. LIBERTAD DE PRENSA. REGLAMENTACIÓN. OPINIONES POLÍTICAS. JUEZ INDEPENDIENTE E IMPARCIAL. **DEMOCRACIA** (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-TURQUÍA).

1. Antecedentes del caso: la peticionante Pelin Sener nació en Turquía y vive en Colonia, Alemania. En el momento de los hechos, era la dueña y directora responsable de una revista semanal titulada *Haberde Yorumda Gerçek* (*La veracidad de las noticias y comentarios*), publicada en Estambul. El número 23 de esa revista, del 4 de septiembre de 1993, incluía un artículo titulado *Aydin Itirafi* (*Confesiones de un intelectual*) escrito por el intelectual turco Erhan Altun. El 5 de julio de 1994, la *Istanbul State Security Court* condenó a la peticionante a seis meses de prisión y al pago de una multa de 50.000.000 de liras turcas juzgando que, al publicar el artículo arriba mencionado, había cometido el delito de difundir propaganda separatista que atentaba contra la indivisibilidad del Estado, en violación de la sección 8 de la *Prevention of Terrorism Act* de 1991 (ley 3713). El 7 de marzo de 1995, la peticionante denunció a la Comisión Europea de Derechos Humanos que su condena violaba su derecho a la libertad de expresión garantizado por el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), así como también los arts. 6 y 18 de la misma. La Comisión declaró parcialmente admisible dicha denuncia y aprobó un informe en el que expresaba su voto unánime de que efectivamente había habido una violación a los arts. 6.1 y 10 de la Convención, pero no a su artículo 18. El 11 de septiembre de 1999 se remitió el caso a la Corte.

2. Sentencia:

2.1. Art. 10 de la Convención

La condena constituye una "injerencia" en el derecho de la peticionante a la libertad de expresión. Aceptando que esa injerencia está "prevista por la ley" y que persigue al menos un "objetivo legítimo" en términos del art. 10 de la Convención, cabe considerar si resulta "necesaria en una sociedad democrática" para la consecución de dichos fines.

La prensa juega un rol esencial pues asegura el correcto funcionamiento de la democracia política. Aun cuando no tiene que sobrepasar los límites establecidos, entre otras cosas, para proteger intereses vitales del Estado como la seguridad nacional o la integridad territorial ante una amenaza de violencia, o bien para prevenir el desorden o el delito, cumple la función de difundir información e ideas sobre cuestiones políticas, inclusive aquéllas que dividan a la opinión pública. No sólo la prensa tiene el deber de impartir esa información y esas ideas; también el público tiene derecho a recibirlas. La libertad de prensa le ofrece al público uno de los mejores medios de descubrir y formarse una opinión de las ideas y actitudes de los líderes políticos.

Conforme a nuestra jurisprudencia, pocas son las posibilidades, en términos del art.

10.2, de restringir el discurso político o el debate de cuestiones de interés público. Lo que es más, el ámbito de la crítica permisible es más amplio cuando ésta se dirige contra el Gobierno y no contra un ciudadano o un político. En un sistema democrático, las acciones u omisiones del Gobierno deben estar sujetas a un estricto escrutinio no sólo de las autoridades legislativas y judiciales, sino también de la opinión pública. Más aún; la posición preponderante que ocupa el Gobierno hace necesario que limite el recurso a los procesamientos penales, especialmente cuando cuenta con otros medios para responder a ataques y críticas injustificadas de sus adversarios. No obstante, queda a criterio de las autoridades estatales competentes, como garantes del orden público, la adopción de medidas, incluso penales, tendientes a responder de manera apropiada y sin excesos a esa clase de observaciones. Por último, cuando esas observaciones constituyen una instigación a la violencia contra una individuo, funcionario público o un sector de la población, las autoridades estatales gozan de un margen más amplio de apreciación para examinar la necesidad de una injerencia en la libertad de expresión.

Por lo tanto, existe una violación al art. 10.

2.2. Art. 6.1 de la Convención

A la peticionante se le denegó el derecho de que su causa fuera oída por un tribunal independiente e imparcial, en términos del art. 6.1 de la Convención, dado que fue juzgada por la *State Security Court*, uno de cuyos integrantes era juez militar.

A este respecto, en las sentencias dictadas en las causas *Incal c. Turquía* (9-6-1998) y *Çiraklar c. Turquía* (28-10-1998) se señaló que, si bien la posición de los jueces militares que integran las *State Security Courts* ofrece ciertas garantías de independencia e imparcialidad, determinados aspectos del *status* de estos jueces -como la circunstancia de que aún pertenezcan al Ejército y sean designados por autoridades administrativas y militares- hacen cuestionables esas garantías.

Por ello, no se observan aquí razones para llegar a una conclusión diferente a la que se arribó en aquellos casos, a la vez que se confirma que en esta causa ha habido una violación al art. 6.1.

2.3. Art. 18 de la Convención

Esta Corte sostiene que no ha habido violación al art. 18 dado que las restricciones aplicadas al derecho de la peticionante a la libertad de expresión no contradecían los objetivos legítimos a que hace mención el art. 10.2.

2.4. Art. 41 de la Convención

Considerando que la peticionante debe haber sufrido daño psicológico en razón de las circunstancias de su acusación, juicio y condena, se le reconoce una indemnización de 30.000 francos con más 10.000 francos en concepto de costas.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (Sala compuesta por siete jueces), sentencia del 18-7-2000, *Sener v. Turquía*, en http://www.echr.coe.int/Eng/Press/2000/Jul_Aug/Sener.eng.htm.

DOMICILIO. INVOLABILIDAD. PRUEBA. INCUMPLIMIENTO DE NORMAS PROCESALES. DERECHO DE DEFENSA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (ESPAÑA).

1. Desde la sentencia 290/1994, este Tribunal ha expresado que “la entrada en el domicilio sin el permiso de quien lo ocupa, ni estado de necesidad, sólo puede hacerse si lo autoriza o manda el Juez competente y en tal autorización descansa, a su vez, el registro domiciliario ... Este es el único requisito, necesario y suficiente por sí mismo, para dotar de legitimidad constitucional a la invasión del hogar. Una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen, se mueven siempre en otra dimensión, el plano de la legalidad. En esta, por medio de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal (art. 569), no en la Constitución, se exige la presencia del Secretario judicial para la diligencia probatoria. Por ello su ausencia no afecta a la inviolabilidad del domicilio, para entrar en el cual basta la orden judicial, ni tampoco la efectividad de la tutela judicial en sus diferentes facetas”.

En definitiva, el eventual incumplimiento de las normas procesales donde se imponen ese tipo de requisitos, no habría tampoco trascendido al plano de la constitucionalidad, pues sus efectos se producen en el ámbito de la validez y eficacia de los medios de prueba y no en el del derecho de la inviolabilidad domiciliaria.

2. La vivienda registrada debe ser considerada, desde la perspectiva constitucional, un domicilio inviolable en el sentido que ha sido expuesto por la doctrina de este Tribunal (SSTC 22/1984, 137/1985, 160/1991, 50/1995 y 126/1995).

Los datos de hecho que arrojan las resoluciones impugnadas y el resto de actuaciones procesales indican que el inmueble registrado se hallaba situado en la cuarta planta de una céntrica calle de la ciudad de Madrid; su configuración física y su destino natural era el de vivienda; se encontraba cerrado -se accedió con la llave del portero de la finca-, y en él se hallaron efectos que denotan que allí se realizaba vida privada. Este cúmulo de datos pone de relieve que el lugar cerrado, por dos veces registrado, ha de ser considerado un domicilio a efectos de la protección constitucional, porque en él era posible que la persona o personas que tenían su posesión y disfrute, es decir, legítimo acceso y uso, vivieran sin estar sujetos necesariamente a los usos y convenciones sociales, ejerciendo su libertad más íntima.

Este concepto constitucional de domicilio es más amplio que el jurídico-privado o jurídico-administrativo, ambos funcionales a otros fines distintos de la protección de la intimidad y la vida privada, y no admite concepciones reduccionistas, como la analizada, que lo equiparan al concepto jurídico-penal de la morada habitual o habitación.

3. La lesión del derecho a la inviolabilidad de domicilio se habría producido, obviamente, si se hubiera utilizado la autorización judicial más allá del límite temporal expresado en la misma (exceso temporal en la ejecución), mas, al margen de esta cuestión fáctica, la lectura de las actuaciones pone de manifiesto que la práctica del segundo registro no se efectuó en las mismas circunstancias que justificaron la primera autorización judicial, por lo que su realización no podía fundamentarse en iguales razones.

La conclusión es que en ningún caso el segundo registro podría quedar habilitado por la misma resolución judicial que autorizó el primero. En efecto, la lectura de las actuaciones, más concretamente, la del relato fáctico de la sentencia impugnada, lleva a la afirmación, en contra del criterio expresado por la sentencia de casación, que se produjeron dos registros, y no uno solo realizado en dos fases.

Por lo tanto, la ilicitud constitucional de la entrada y registro practicada impide valorar como prueba de cargo el acta donde se recogió el resultado de la diligencia, conforme al art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y las declaraciones de los agentes que la llevaron a cabo. Tales pruebas no son sino la materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental y, en consecuencia, su valoración en juicio ha vulnerado el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Sala Segunda), sentencia del 31-5-1999, nº 94/1999, en *Jurisprudencia Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, tomo 54, mayo-agosto de 1999, p. 145.

ELECCIONES. DERECHO A LA IGUALDAD. MUJERES. CUOTAS. COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. COMPETENCIA. AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: la denunciante ante la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos (Comisión) invocó la violación de los arts. 8 (debido proceso), 23 (derechos políticos), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (recursos efectivos) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención). Alegó en su denuncia que en la lista electoral de seis candidatos para diputados nacionales (su partido renovaba cinco bancas) se colocó a una mujer en el cuarto puesto y a otra en el sexto, violándose con ello la ley 24.012 (Ley de Cupo) y su decreto reglamentario n° 379/93, según la cual debía colocarse a dos mujeres dentro de los primeros cinco puestos, garantizándose así un porcentaje mínimo del 30% de los cargos electivos a cubrir por el sexo femenino. La peticionaria interpuso los recursos internos disponibles ante las autoridades judiciales, quienes, además de rechazar la petición, hicieron lo propio con su legitimación para actuar. Finalmente, la Corte Suprema rechazó la apelación después de que se realizaran las elecciones y el partido político ganara cuatro de los seis puestos, invocando como fundamento que "en la causa se disputaba quién debía haber ocupado la quinta candidatura".

2. Decisión:

2.1. Análisis sobre admisibilidad

2.1.1. Competencia *ratione temporis*, *ratione materiae*, y *ratione personae* de la Comisión

La Comisión tiene competencia *ratione temporis* para conocer en el presente caso. En efecto, el Estado es responsable internacionalmente ya que la decisión de la Corte (2-12-1993), se dictó con posterioridad a que aquél consignara el instrumento de ratificación de la Convención (5-9-1984) ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Con relación a la competencia *ratione materiae* la petición denuncia presuntas violaciones de los derechos consagrados en los arts. 8, 23, 24 y 25 de la Convención.

En cuanto a la competencia pasiva *ratione personae*, se atribuyen las violaciones a un Estado Parte, y respecto de la activa, la peticionaria alega que tales violaciones se cometieron en su perjuicio, presentándose como víctima directa de las mismas.

2.1.2. Otros requisitos de admisibilidad de la petición

2.1.2.1. Agotamiento de los recursos internos

La regla de la previa interposición y agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna (art. 46.1.a de la Convención), dispone que toda petición formulada ante la Comisión debe haber sido conocida previamente, en sustancia, ante las instancias internas (esta regla permite a los Estados solucionar previamente las cuestiones planteadas dentro de su propio marco jurídico antes de verse enfrentados a un proceso internacional).

En el presente caso, la Comisión nota que la peticionaria interpuso los recursos internos con la presentación de la demanda. El Estado consideró que se habían interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna de conformidad con lo establecido por el art. 46.1.a cit., por lo que se concluye que este requisito ha sido cumplido.

2.1.2.2. Plazo para presentar una petición ante la Comisión

El art. 46.1.b de la Convención dispone como requisito para la admisibilidad de una petición que sea presentada dentro del plazo de los seis meses a partir del momento en que el peticionario haya sido notificado de la decisión definitiva. La Comisión observa que el fallo fue resuelto el 2-12-1993 y la petición fue presentada el 15-6-1994, con lo que esta condición también se encuentra cumplida.

2.1.2.3. Duplicación de procedimientos y cosa juzgada

Según el art. 46.1.c de la Convención, la petición no debe hallarse pendiente de decisión por otro organismo internacional. La Comisión no ha recibido información que indique que esta circunstancia esté presente, por lo que también se cumplió con la mencionada disposición.

2.1.2.4. El art. 47.b de la Convención establece que la Comisión declarará inadmisibles toda comunicación cuando "no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención". La Comisión considera que los hechos

expuestos, de ser ciertos, podrían configurar violaciones de los derechos consagrados en la Convención. Se concluye que se ha cumplido con la norma.

Por lo expuesto, de conformidad con los arts. 46 y 47 de la Convención, la Comisión tiene competencia para conocer de este caso, declarando admisible la petición.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 102/99, caso 11.307, *María Merciadri de Morini - Argentina*, 27-9-1999, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, vol. I, Washington, 2000, p. 71.

EXHORTO. EXEQUÁTUR. PROTOCOLO DE OURO PRETO SOBRE MEDIDAS CAUTELARES (BRASIL).

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 9 de la Capital Federal de la República Argentina, expidió una carta rogatoria con la finalidad de obtener una autorización judicial para la realización de un embargo sobre las inversiones de una empresa establecida en la República Federativa del Brasil.

Intimada, por vía postal, la empresa brasilera impugnó el documento y solicitó la no concesión de exequátur con fundamento en las siguientes alegaciones: I) falta de autenticidad: la traducción no fue hecha por traductor público brasilero y carece de la rúbrica consular brasilera en el país de origen, II) la rogatoria no fue debidamente instruida con documentos que identifiquen el supuesto débito de la empresa interesada, y III) la rogatoria constituye atentado al orden público.

El Ministerio Público Federal, en el dictamen del Subprocurador General, aprobado por el Procurador General, opinó por la improcedencia de la impugnación y la concesión de exequátur en los siguientes términos: "La medida rogada encuentra amparo en los artículos 3, 21 y siguientes del Protocolo de Medidas Cautelares, concluido en Ouro Preto, el 16 de diciembre de 1998. Además, la carta posee todos los elementos necesarios para su debida instrucción, habiendo sido remitida por vía diplomática, lo que le confiere autenticidad".

El Presidente del Supremo Tribunal Federal, adoptando el dictamen del Ministerio Público, resolvió la improcedencia de la impugnación y la consiguiente concesión de exequátur.

Contra dicha resolución, se interpuso un *Agravo Regimental*, denegado por el Alto Tribunal por unanimidad de votos.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL (Pleno), sentencia del 16-11-2000, *Agravo Regimental* en Carta Rogatoria AGRCR-9194/AT, www.stf.gov.br.

EXTRADICION. TRÁMITE (COLOMBIA).

Los actos administrativos expedidos por los ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia y del Derecho en la etapa preliminar del trámite de extradición pasiva, tales como conceptos sobre ordenamiento jurídico aplicable y perfeccionamiento del expediente, son incontrovertibles allí, porque no deciden directa ni indirectamente el fondo del asunto. Son preparatorios, ya que sólo sirven para prevenir la intervención de la Corte -fase judicial- y, por supuesto, del Gobierno Nacional -fase administrativa definitiva-.

Al ostentar estos actos la naturaleza jurídica aludida, se tornan irrefutables en esa etapa por no ser notificables, no admitir recursos por vía gubernativa, ni las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En dicho período tampoco es necesaria la asistencia de un defensor, ni exigible el ejercicio del derecho de defensa.

Sin embargo, el procedimiento así diseñado no sumerge en la indefensión al reclamado en extradición, pues son variadas las oportunidades en que la defensa puede disentir sobre los temas contenidos en la fase previa: estas materias pueden ser debatidas en

la etapa definitiva del procedimiento y ante la jurisdicción contencioso administrativa, sin perjuicio del control oficioso que de él hace la Corte, dentro del trámite judicial.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA (Sala de Casación Penal), sentencia del 18-2-2000, Rad. 16.307, en *Corte Suprema*, Santafé de Bogotá, 2000, n° 11, p. 23.

EXTRANJEROS. EXPULSIÓN. ESTUPEFACIENTES. CONSUMO. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DEMOCRACIA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-FRANCIA).

1. Antecedente del caso: el requirente emigró a Francia en 1975, con cinco años de edad, y reside desde entonces en dicho país, en donde cursó toda su escolaridad y trabajó durante varios años. Su madre y hermanos también residen en dicho país. El peticionante fue condenado a dos años de prisión por infringir la ley sobre estupefacientes, en un caso de consumo personal de drogas. Al ser el peticionante extranjero (en este caso marroquí), se dictó una medida de expulsión definitiva del territorio francés.

2. Sentencia:

Es prerrogativa de los Estados asegurar el orden público y sus decisiones sobre este tema, en la medida en que son susceptibles de violar uno de los derechos protegidos en el párr. 1 del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, tienen que ser necesarias en una sociedad democrática, o sea justificadas por una necesidad social imperiosa y, sobretudo, proporcionales al objetivo legítimo buscado.

“Las relaciones entre los adultos sólo caerán bajo la protección del art. 8, cuando se demuestre la existencia de elementos suplementarios de dependencia, diferentes de los lazos afectivos normales”; para el caso, si bien el peticionante conservó su nacionalidad marroquí, únicamente vivió en Marruecos en su infancia e ignora el idioma árabe; la mayor parte de sus lazos familiares y sociales se encuentra en Francia y no resulta de los informes presentados por el Gobierno francés que haya conservado, con su país de origen, otros lazos que la simple nacionalidad.

Uno de los elementos esenciales a tener en cuenta para la evaluación de la proporcionalidad de la medida de expulsión es la gravedad de las infracciones cometidas por el recurrente. En este caso, el juez de Primera Instancia y la Cámara de Apelaciones lo condenaron a dos años de prisión por consumo de drogas. No es razonable sostener que tal delito, penado con apenas dos años de cárcel, convertía al peticionante en una amenaza grave para el orden público, a pesar de tratarse de un caso de reincidencia.

Por lo tanto, el delito no puede ser considerado como particularmente grave y no justifica una pena tan severa para el recurrente, que posee lazos fuertes con Francia y no con Marruecos. Por otra parte, la prohibición de carácter definitivo constituye una sentencia particularmente severa.

Nota de la Secretaría: el art. 8.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos dispone: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 13-2-2001, *Ezzouhdi c. Francia*, 47160/99, en *Recueil Le Dalloz*, París, Dalloz, 2001, n° 9, p. 747.

JUECES. CALIFICACIÓN PROFESIONAL. EXÁMENES. DERECHO A LA IGUALDAD (ALBANIA).

1. Antecedentes del caso: el art. 48.1 de la ley 8436 del 28 de diciembre de 1998 sobre organización del Poder Judicial de Albania (en adelante la ley), establece que los jueces de primera instancia que tengan una experiencia profesional menor a la de diez años, deberán obligatoriamente pasar un examen de calificación profesional.

2. Sentencia:

La ley se basa en la Constitución y en diversos instrumentos jurídicos internacionales, tales como los Principios Fundamentales de Independencia de los Magistrados, que establecen la necesidad de que los jueces posean la calificación necesaria y que en el caso contrario, sean separados de sus funciones.

Tiene por finalidad incrementar las normas de la profesión y el nivel de los jueces en cuanto a la calificación profesional, así como asegurarse que los interesados se mantengan actualizados en cuanto a la evolución de las normas. En efecto, entre 1991 y 1998, una parte importante de la legislación albanesa fue derogada, al tiempo que fue reemplazada la Constitución y los Códigos, hecho que motivó la aparición de nuevas leyes.

El legislador está facultado para definir la calificación profesional exigida a los jueces de los diferentes niveles. Tal exigencia no crea una diferencia en el acceso a los derechos constitucionales, ya que su objetivo no es el de hacer peligrar el ejercicio de estos derechos, sino de garantizar que los magistrados posean el nivel de calificación necesario que exige la Constitución.

Sin embargo, la noción de insuficiencia profesional trasciende el simple hecho de fracasar en un examen ya que la evaluación de un magistrado tiene que tener en cuenta la cantidad de trabajo realizado, la calidad de su desempeño, su reputación, sus publicaciones jurídicas, etc. Es inconstitucional, por consiguiente, reducir la capacidad de un magistrado al resultado de un examen, y por ende, el art. 48.3 que establece que quienes fracasen en dicho examen deberán ser separados de sus cargos.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ALBANIA, sentencia del 5-11-1999, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 1999, 3, p. 352.

JUECES. INMUNIDADES (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: el juez en cuestión fue demandado por daños y perjuicios derivados del ejercicio de sus funciones, e interpuso la excepción de falta de legitimación pasiva al considerar que, encontrándose en funciones, para ser demandado por las razones indicadas era necesaria su previa remoción.

2. Sentencia:

Es un requisito indispensable para someter a un juez nacional a la jurisdicción de los tribunales en procesos civiles o penales que se le sigan por actos realizados en el ejercicio de sus funciones, la previa destitución de aquél mediante juicio político.

El objetivo de la doctrina enunciada precedentemente no es el de impedir a los tribunales el conocimiento de las causas en las que se encuentran involucrados jueces nacionales, pues no existe impedimento alguno para que, una vez cumplidas las formalidades del juicio político, dichos jueces sean sometidos a proceso.

Esta excepción no tiende a establecer un privilegio contrario al principio de igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional, por cuanto se funda en razones de orden público relacionadas con la marcha regular de los órganos de gobierno. La inmunidad en juego no es un privilegio que contemple a las personas sino a las instituciones y al libre ejercicio de los poderes.

Nota de la Secretaría: la Corte aplicó en el caso los arts. 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional, anteriores a la reforma de 1994, según los cuales el juicio político dependía de la iniciativa y acusación de la Cámara de Diputados, mientras que la Cámara de Senadores actuaba como tribunal. La mencionada reforma mantuvo dicho régimen para los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto que para los jueces de los tribunales inferiores la acusación corresponde al Consejo de la Magistratura y la decisión a un jurado de enjuiciamiento (arts. 114.5 y 115). La reforma constitucional pareciera no incidir en la doctrina aplicada en este caso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 17-8-2000, T.632.XXXII, *Tortorelli, Mario Nicolás c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios*, en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 323, p. 2114.

LIBERTAD DE ASOCIACION. DERECHO A LA IGUALDAD. HOMOSEXUALES. ORIENTACIÓN SEXUAL. DERECHO A LA ASOCIACIÓN EXPRESIVA (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: los peticionantes son los *Boy Scouts of America* y su Consejo de Monmouth (colectivamente, *Boy Scouts*). Los *Boy Scouts* son una organización privada, sin fines de lucro, que se dedica a infundir su sistema de valores en gente joven. Afirman que la conducta homosexual contradice esos valores. El apelado Dale es un adulto que vio revocado su cargo de asistente de jefe de una tropa de New Jersey de esta institución cuando los *Boy Scouts* supieron que es homosexual confeso y activista de los derechos de los gay. Entonces, promovió una acción ante el Superior Tribunal de dicho Estado alegando, entre otras cosas, que los *Boy Scouts* habían violado la ley estadual que prohíbe la discriminación con base en la orientación sexual en los lugares de alojamiento público. Una Sala de dicho Tribunal resolvió la cuestión como de puro derecho a favor de los *Boy Scouts*, pero su Sala de Apelación la revocó y devolvió las actuaciones. La Suprema Corte estadual sostuvo, entre otras cosas, que los *Boy Scouts* violaron la ley de alojamiento público estadual al revocar, con base en la reconocida homosexualidad de Dale, la decisión que lo reconocía como miembro de esa asociación. Dicho tribunal también sostuvo que la aplicación de esa ley no violaba el derecho a la asociación expresiva (*expressive association*) que la I Enmienda garantiza a los *Boy Scouts*, porque la inclusión de Dale no afectaba en forma significativa la posibilidad de sus miembros de cumplir con sus objetivos; determinó que New Jersey tiene un interés de jerarquía superior en eliminar de la sociedad las consecuencias destructivas de la discriminación y que su ley de alojamiento público sólo restringe la libertad de expresión en el grado necesario para cumplir con su objetivo; y distinguió *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.* (515 US 557 -1995-) con base en que la reintegración de Dale no exigía a los *Boy Scouts* la expresión de ningún mensaje. En este estado, los *Boy Scouts* interpusieron un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: la aplicación de la ley de alojamiento público para exigir a los *Boy Scouts* que admitan a Dale viola el derecho a la asociación expresiva que la I Enmienda les garantiza a éstos.

Las acciones del Gobierno que inconstitucionalmente imponen una carga a ese derecho pueden adoptar muchas formas, una de las cuales es la intromisión en las cuestiones internas de un grupo al forzarlo a aceptar a un miembro que no desea (*Roberts v. United States Jaycees*, 468 US 609, 623 -1984-). Esa integración forzada es inconstitucional si la presencia de la persona afecta de un modo importante la capacidad del grupo de abogar por opiniones públicas o privadas (*New York State Club Assn., Inc. v. City of New York*, 487 US 1, 13 -1988-). Sin embargo, la libertad de asociación expresiva no es absoluta; puede ser dejada sin efecto por reglamentaciones adoptadas para satisfacer intereses estaduales de jerarquía superior, no vinculados a la supresión de ideas y que no pueden obtenerse por

medios significativamente menos restrictivos de la libertad de asociación (*Roberts*, p. 623). Para determinar si un grupo está protegido, esta Corte debe establecer si se dedica a la "asociación expresiva". Las constancias del expediente claramente demuestran que los *Boy Scouts* sí desarrollan esa actividad cuando los líderes adultos inculcan su sistema de valores en sus miembros jóvenes (ídem, p. 636). Así, la Corte debe determinar si la inclusión forzada de Dale afectaría significativamente la capacidad de los *Boy Scouts* para abogar por sus opiniones públicas o privadas. La Corte, en primer lugar, debe analizar, con un alcance determinado, la naturaleza de los puntos de vista de los *Boy Scouts*. Estos afirman que la conducta homosexual contradice los valores incorporados al *Scout Oath and Law*, particularmente aquellos formulados por las expresiones "moralmente recto" y "limpio", y que la organización no quiere promover la conducta homosexual como forma legítima de comportamiento. La Corte toma en consideración las afirmaciones de los *Boy Scouts* relativas a la naturaleza de sus expresiones (v. *Democratic Party of United States v. Wisconsin ex rel. La Follette*, 450 US 107, 123/124 -1981-). La Corte, posteriormente, analiza si la presencia de Dale como asistente de jefe de tropa pondría una carga significativa a la expresión de esos puntos de vista. Dale, de acuerdo a sus propias declaraciones, integra un grupo de *Scouts gay* que se han convertido en líderes de la comunidad y que son francos y sinceros en cuanto a su orientación sexual. Su presencia como asistente del jefe de tropa interferiría con la elección de los *Scouts* de no proponer un punto de vista contrario a sus creencias (ver *Hurley*, pp. 576/577). Esta Corte disiente con la decisión de la Suprema Corte de New Jersey de que la capacidad de los *Boy Scouts* para difundir su mensaje no se vería afectada en forma significativa por la inclusión forzosa de Dale. En primer lugar, y contrariamente a lo resuelto por el tribunal estadual, para estar protegida, una asociación no necesita tener por objeto la difusión de un mensaje determinado, sino que basta con que realice actividades expresivas que puedan verse perjudicadas. En segundo lugar, el método de expresión de los *Boy Scouts* se encuentra protegido incluso si el grupo desalienta a sus líderes a difundir opiniones sobre temas sexuales. Tercero, para que la política del grupo constituya "asociación expresiva", la I Enmienda no requiere que todos sus miembros coincidan en relación a todos los temas. Dado que la expresión de los *Boy Scouts* se vería gravada, la Corte debe investigar si, en este caso, la aplicación de la ley de alojamiento público de New Jersey viola la libertad de asociación expresiva de los *Scouts*, y llega a la conclusión afirmativa. Un Estado posee facultades para aprobar una ley como ésta cuando la legislatura tiene motivos para creer que un determinado grupo es objeto de discriminación y la ley no viola la I Enmienda (v., e.g., ídem, p. 572). La Corte rechaza la pretensión de Dale de que aquí debería aplicarse el estándar intermedio de revisión formulado en *United States v. O'Brien* (391 US 367 -1968-) para evaluar los intereses contrapuestos de los *Boy Scouts* y el Estado. Antes bien, la Corte aplica un análisis similar al tradicional de la I Enmienda utilizado en *Hurley*. La exigencia estadual de que los *Boy Scouts* retengan a Dale impone una carga significativa al derecho de la asociación a oponerse o a desaprobado la conducta homosexual. Los intereses estaduales incorporados en la ley de alojamiento público de New Jersey no justifican una intromisión tan seria en la libertad de asociación expresiva. Al tomar esta decisión, la Corte no está orientada por la opinión que tiene sobre si son o no correctas las enseñanzas que los *Boy Scouts* imparten en relación a la conducta homosexual; la desaprobación pública o judicial de la expresión de una organización no justifica el intento del Estado de obligarla a aceptar miembros, contradiciendo su mensaje expresivo. Si bien la ley puede promover cualquier tipo de conducta para sustituir un comportamiento perjudicial, no puede interferir en la libertad de expresión sin mejor razón que la promoción de un mensaje aprobado o el desaliento de uno desaprobado, más allá de lo esclarecido que pueda parecer cualquiera de estos propósitos.

Nota de la Secretaría: v., sobre el tema, **FREY, Cara J.**, "Hate Exposed to the Light of Day: Determining the Boy Scouts of America's Expressive Purpose Solely from Objective Evidence", en *Washington Law Review*, 2000, vol. 75, n° 2, p. 577; **VAN CLEAVE, Rachel A.**, "Advancing Tolerance and Equality Using State Constitutions: are the Boy Scouts prepared?", en *Stetson Law*

Review, Florida, 1999, vol. 29, n° 2, p. 237; y **SCHAUER, Frederick**, "First Amendment Opportunism", en *John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Faculty Research Working Papers Series*, KSG Working Paper n° 00-011, agosto de 2000, especialmente pp. 11/14; v. asimismo, **RUBENFELD, Jed**, "The First Amendment's Purpose", en *Stanford Law Review*, 2001, vol. 53, n° 3, p. 767, esp. 807; y "The Supreme Court, 1999 Term. Leading Cases: I. Constitutional Law ... Freedom of Association: Freedom of Expressive Association", en *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 114, n° 1, p. 259.

SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS, sentencia del 28-6-2000, *Boy Scouts of America and Monmouth Council, et al. v. James Dale*, en 68 LW 4625.

LIBERTAD DE ASOCIACION. PARTIDOS POLITICOS. SELECCIÓN DE CANDIDATOS (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: una de las formas en que los candidatos a ocupar un cargo público en California logran acceder a la elección general es ganando la elección primaria de un partido político reconocido. En 1996, la *Proposition 198* sustituyó el sistema estadual de elecciones primarias cerradas -en las cuales los afiliados a un partido sólo podían votar a los candidatos nominados- por una primaria universal en donde cada boleta contiene todos los candidatos, cualquiera sea el partido al que pertenecen, y los votantes pueden elegir libremente entre ellos. El candidato de un partido que gana la mayor cantidad de votos es el nominado por dicho partido para la elección general. Cada uno de los partidos políticos aquí peticionantes prohíbe que las personas no afiliadas voten en las primarias. Entonces, promovieron una acción contra los funcionarios estaduales aquí apelados alegando, entre otras cosas, que el sistema de primarias universales viola la libertad de asociación que les acuerda la I Enmienda. La apelada *Californians for an Open Primary* tomó intervención como tercero. El Tribunal de Distrito juzgó que la carga que la elección primaria universal impone a la libertad de asociación de los peticionantes no es seria y que, además, se encuentra fundada en intereses estaduales importantes. La Cámara de Apelaciones confirmó esta decisión. En este estado, los partidos políticos interpusieron un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: el sistema de elecciones primarias universales establecido por California viola la libertad de asociación de los partidos políticos.

(a) Los Estados juegan un rol importante en la estructuración y control del proceso de las elecciones primarias, pero los procedimientos a través de los cuales los partidos políticos seleccionan a sus nominados no son cuestiones totalmente públicas que los Estados puedan reglamentar libremente sino sólo dentro de los límites impuestos por la Constitución (ver, e.g., *Eu v. San Francisco County Democratic Central Comm.*, 489 US 214 -1989-). Los apelados erróneamente buscan sustento en *Smith v. Allwright* (321 US 649 -1944-) y *Terry v. Adams* (345 US 461 -1953-), en donde esta Corte no declaró que las cuestiones partidarias sean cuestiones públicas que se encuentren fuera del alcance de las garantías de la I Enmienda (v., e.g., *Tashjian v. Republican Party of Conn.*, 479 US 208 -1986-), sino sólo que, cuando un Estado establece un proceso electoral que otorga un rol especial a los partidos políticos, la acción discriminatoria de los partidos pasa a ser acción estadual a los fines de la XV Enmienda. Esta Nación tiene una tradición de asociaciones políticas en las cuales los ciudadanos se agrupan para promover candidatos que sostienen sus opiniones políticas. La I Enmienda protege la libertad de asociarse para promover creencias políticas comunes (ídem, pp. 214/215), la cual presupone la libertad de identificar a las personas que integran la asociación y de limitar la asociación a dichas personas (v. *Democratic Party of United States v. Wisconsin ex rel. La Follette*, 450 US 107,122 -1981-). En ningún otro área es más importante el derecho de exclusión de una asociación política que en el proceso de

selección de sus candidatos. Ese proceso frecuentemente determina las posiciones del partido en relación a importantes cuestiones políticas, y el nominado de un partido es su representante, encargado de conseguir el respaldo del electorado general a estos puntos de vista. La I Enmienda reserva un lugar especial y acuerda una particular protección a ese proceso (*Eu*, p. 224) porque el momento de elegir al nominado del partido es la ocasión especial en que el llamado a principios comunes puede traducirse en una acción concertada y, por ende, en poder político (*Tashjian*, p. 216). El sistema de primarias universales de California viola estos principios. La *Proposition 198* fuerza a los peticionantes a adulterar sus procesos de selección de candidatos -función básica de un partido político- al abrirlos a personas totalmente desvinculadas al partido que pueden tener opiniones diferentes a las de éste. Esa asociación forzada tiene el efecto probable -el cual, de hecho, es el buscado por la *Proposition 198*- de cambiar el mensaje de los partidos. Dado que no puede imponerse mayor carga a la libertad de asociación de un partido político, la *Proposition 198* es inconstitucional a menos que esté estrechamente diseñada (*narrowly tailored*) para satisfacer un interés estadual de jerarquía superior (v. *Timmons v. Twin Cities Area New Party*, 520 US 351, 358 -1997-).

(b) Ninguno de los intereses estaduales invocados por los apelados -conseguir funcionarios electos que representen mejor al electorado, ampliar el debate sobre los candidatos más allá del ámbito de los intereses partidarios, garantizar que las personas que carecen del derecho a voto gocen de dicho derecho, aumentar la participación de los votantes, y proteger la privacidad- constituye un interés de jerarquía superior que justifique la intrusión de California en la libertad de asociación de los partidos.

Nota de la Secretaría: v, sobre el tema, **ISSACHAROFF, Samuel**, "The Structures of Democratic Politics"; **GARDNER, James A.**, "Can Party Politics be Virtuous?"; **ROSENBLUM, Nancy L.**, "Political Parties as Membership Groups", en *Columbia Law Review*, Cambridge, 2000, vol. 100, n° 3, pp. 593, 667 y 813, respectivamente; y **PERSILY, Nathaniel**, "Toward a functional defense of political party autonomy", en *New York University Law Review*, 2001, vol. 76, n° 3, p. 750; asimismo, **ISSACHAROFF, Samuel**, "Private Parties with public purposes: political parties, associational freedoms and partisan competition", en *Columbia Law Review*, Cambridge, 2001, vol. 101, n° 2, p. 274; y "The Supreme Court, 1999 Term. Leading Cases: I. Constitutional Law ... Freedom of Association: Blanket primary elections", en *Harvard Law Review*, Cambridge, 2000, vol. 114, n° 1, p. 269.

SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS, sentencia del 26-6-2000, *California Democratic Party, et al. v. Bill Jones, Secretary of State of California, et al.*, en 68 LW 4604.

LIBERTAD DE COMERCIO. VENTA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS. DERECHO A LA IGUALDAD. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ART. 24 (COSTA RICA).

1. Antecedentes del caso: los accionantes son propietarios de licorerías e impugnaron judicialmente la constitucionalidad del art. 2, inc. A), de la ley 7633 (19-9-1996) con base en que resultaba violatorio del principio de igualdad contemplado en los arts. 33 de la Constitución Política y 24.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Con el propósito de fijar los horarios para la venta y el expendio de bebidas alcohólicas al mayoreo y al detalle, la norma en cuestión establece diversas categorías de negocios, y dispone que las cantinas, bares y tabernas sin actividad de baile, que expendan, al detalle, bebidas alcohólicas para ser ingeridas dentro del establecimiento, y también las licorerías que expendan bebidas para consumo fuera de él, sólo podrán venderlas entre las 11 horas y la medianoche. Los accionantes señalan que las licorerías más bien deberían estar incluidas en el inciso D) de ese artículo, que dispone que los supermercados que expendan, al detalle,

bebidas alcohólicas para consumo fuera del establecimiento, sólo podrán venderlas entre las 8 horas y la medianoche.

2. Sentencia: esta Sala a través de su jurisprudencia ha establecido que resulta constitucionalmente válida la regulación del horario entre las diferentes categorías establecidas, ya que, lo que la ley pretende regular es la venta indiscriminada de bebidas alcohólicas, con el fin de procurar un consumo racionalizado y menos dañoso; encontrando plenamente justificado que el Estado intervenga imponiendo limitaciones a tal actividad.

La Sala ha reconocido que no toda discriminación o diferencia es prohibida, sino sólo aquellas que sean irracionales o contrarias a la dignidad humana. El principio de igualdad contenido en el art. 33 de la Constitución permite tratar como iguales a quienes se encuentren en circunstancias iguales o similares y, además, diferenciar en los casos que no sea sí, es decir, en circunstancias disímiles.

Conforme a lo expuesto, considera esta Sala que resulta razonable y justificado que la ley le otorgue un trato diferenciado a las licorerías -que tienen como actividad principal el expendio de bebidas alcohólicas- con respecto a los supermercados, en los que la venta de licor no es la actividad principal. En la norma que se impugna todos los negocios que enumera tienen la característica común de dedicarse como actividad principal a la venta de licor.

Es obvio que la ley pretende regular la venta indiscriminada de bebidas alcohólicas, con el fin de procurar un consumo racionalizado y menos dañoso. La ingesta de tales bebidas es un factor determinante en la alteración del orden público en general y en la comisión de delitos tanto de naturaleza culposa como dolosa, debido a las alteraciones de conducta que provoca. De ahí que éste sea un claro presupuesto en el que el Estado debe intervenir imponiendo limitaciones, de conformidad con lo que al efecto establecen los arts. 28 y 50 de la Constitución.

Con la regulación de los horarios se pretende evitar o, al menos, no incitar al consumo de licor en horas en que se supone que la mayoría de las personas se ocupan en actividades productivas, académicas, laborales, deportivas, etc. El mantener una licorería abierta desde las 8 de la mañana, sería una clara invitación a la compra y consumo de alcohol. No sucede lo mismo con relación a los supermercados, que aunque expendan licor, no constituyen una abierta sugestión al consumo, por el hecho de no ser esa su actividad principal. En definitiva, se considera que el horario fijado en la ley para el expendio de bebidas alcohólicas en las licorerías resulta razonable y guarda una adecuada relación de proporcionalidad entre las diferentes categorías que la norma prevé.

CORTE SUPREMA DE COSTA RICA (Sala Constitucional), sentencia del 6-2-2001, n° 01057, en <http://196.40.21.181/DOCS/1/S/Sala4/2000-2009/2000-2004/2001/24D62.html>.

LIBERTAD DE CULTO. LIBERTAD DE CONCIENCIA. JURAMENTO (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-SAN MARINO).

1. Antecedentes del caso: los peticionantes, ciudadanos de San Marino, fueron electos miembros del Parlamento en 1993. En los días posteriores a la elección, solicitaron a la Regencia, encargada del gobierno, que se les posibilitara prestar el juramento de asunción establecido por el art. 55 de la Ley Electoral n° 36 de 1958, sin hacer referencia a los textos bíblicos contenidos en la fórmula prevista por el decreto del 27 de junio de 1909. El pedido fue sustentado en los arts. 4 de la Declaración de Derechos de 1974 que garantiza el derecho a la libertad de conciencia, y 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). Al momento de prestar juramento, los peticionantes respetaron la fórmula de 1909, con excepción de la referencia a los Evangelios. El 26 de julio de 1993, el Parlamento intimó a los peticionantes, bajo pena de caducidad de su mandato, a reiterar el juramento

pero haciendo mención de los Evangelios. Los peticionantes se plegaron al requerimiento pero dejando constancia de que consideraban que se vulneraba su derecho a la libertad de religión y de conciencia, garantizada por el citado art. 9 de la Convención. En octubre de 1993, la Ley n°115 facultó a los miembros del Parlamento a elegir entre la fórmula tradicional y una nueva en la que se substituye a "los Evangelios" por "sobre mi honor". La fórmula tradicional continúa siendo la norma para los juramentos de las otras funciones del Estado.

2. Sentencia:

2.1. El art. 9 de la Convención protege la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que constituye uno de los fundamentos de la sociedad democrática en el sentido dado por la Convención, y uno de los elementos esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida; pero, asimismo, es un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos y los indiferentes. El pluralismo es un derecho conseguido tras arduas luchas a lo largo de los siglos. Esta libertad implica la posibilidad de adherir, practicar o no hacerlo.

Por otro lado, el derecho interno garantiza la libertad de conciencia y de religión. En este caso, el hecho de haber impuesto un juramento sobre los Evangelios equivale a una obligación para los elegidos del pueblo de adherir a una religión dada, que no se condice con el art. 9.2 de la Convención, y que sólo puede ser admitida si está "prevista por ley", dirigida hacia fines legítimos, según lo establecido en el párr. 2, y "resulta necesaria en una sociedad democrática".

2.2. La medida estaba prevista por el art. 55 de la Ley Electoral n° 36 de 1958 y, en lo relativo al fin legítimo, el gobierno subrayó la importancia para el buen desarrollo de la democracia de que quienes fueron elegidos por el pueblo presten juramento al asumir, y la singularidad de San Marino cuya historia y tradiciones nacionales están íntimamente ligadas a la tradición cristiana, ya que dicha República fue fundada por un santo, por lo que, actualmente, el valor religioso del juramento estaría reemplazado por la necesidad de "proteger el orden público, o sea la cohesión social y la confianza de los ciudadanos en las instituciones tradicionales". También afirmó que la demanda no tendría razón de ser desde la entrada en vigor de la citada Ley n° 115 que deroga la exigencia de prestar juramento ante los Evangelios.

2.3. A juicio de esta Corte, el hecho de obligar a los elegidos por el pueblo a jurar sobre los Evangelios, equivale a una obligación a adherir a dicha religión, lo que no es compatible con el art. 9 de la Convención. Por otra parte, sería contradictorio que la asunción de representantes para el Parlamento, cuyo objeto es representar las diferentes visiones existentes en la sociedad, estuviera sujeta a la condición previa de adherir a una visión determinada del mundo. La restricción en cuestión no podría ser considerada "necesaria en una sociedad democrática".

Finalmente, el argumento del Gobierno fundado en la citada Ley n° 115 carece de objeto pues el juramento litigioso es anterior a esa norma.

Por todo esto, hubo violación del art. 9 de la Convención.

Nota de la Secretaría: sobre este caso, v. el comentario de **FLAUSS, Jean-François**, "Les serments d'allégeance à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme", en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant-Nemesis, 2000, n° 42, pp. 266/279.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (GC), sentencia del 18-02-1999, n° 24645/94, *Buscarini et autres c. San Marino*, en *CEDH 1999-I*.

**LIBERTAD DE EXPRESION. CONDUCTA EXPRESIVA. EXPRESIÓN SIMBÓLICA. ESTADO DE DESNUDEZ
PODER JUDICIAL. JURISDICCION Y COMPETENCIA. CASOS ABSTRACTOS. INTERÉS
LEGÍTIMO (EE.UU.).**

1. Antecedentes del caso: la municipalidad de Erie, Pennsylvania, aprobó una ordenanza que incriminaba la conducta de aparecer en público, a sabiendas o intencionalmente, "en estado de desnudez". La empresa Pap's A.M. (Pap's) apelada administraba en dicha ciudad el establecimiento "Kandyland", en donde ofrecía espectáculos en los que mujeres desnudas bailaban en forma absolutamente erótica. Para cumplir con la mencionada ordenanza, estas bailarinas tenían que llevar, como mínimo, cubrepezones decorativos y pampañillas ("*pasties*" and a "*G-string*"). Entonces, Pap's promovió una acción contra Erie y sus funcionarios municipales, solicitando el dictado de una sentencia declarativa y de una orden permanente que impidiera la aplicación de la ordenanza. La *Court of Common Pleas* declaró la inconstitucionalidad de la norma, pero la *Commonwealth Court* revocó esta decisión. La Suprema Corte de Pennsylvania, por su parte, revocó la sentencia de este último tribunal, encontrando que las secciones de la ordenanza relativas a la desnudez pública violaban la libertad de expresión de Pap's, protegida por las I y XIV Enmiendas. Resolvió que el acto de bailar desnudo es una conducta expresiva que merece algún grado de protección de la I Enmienda, destacando que dicho criterio había merecido la adhesión de ocho miembros de la Corte en *Barnes v. Glen Theatre Inc.* (501 US 560 - 1991-). Luego explicó que, si bien uno de los fines que la ordenanza decía perseguir era combatir los efectos secundarios negativos de este tipo de expresiones, lo cierto es que la norma también tenía el objetivo no mencionado de "afectar negativamente el mensaje erótico de la danza". En consecuencia, llegó a la conclusión de que la reglamentación estaba vinculada a la supresión de la expresión y, juzgando que no era neutral en relación al contenido, la sometió a un escrutinio estricto. Así, entendió que la norma no estaba estrictamente diseñada para alcanzar el objetivo perseguido y que, por ende, no satisfacía las exigencias de dicho estándar de revisión. En ese estado, Erie interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte. Posteriormente, Pap's solicitó la desestimación del recurso con base en que resultaba abstracto, notando que *Kandyland* ya no funcionaba como un club de baile desnudo, y que Pap's no administraba ningún club similar en otro lugar. La Corte rechazó su petición.

2. Sentencia: se revoca la sentencia y se devuelven las actuaciones.

La *Justice O'Connor* expuso la opinión de la Corte en relación a las Partes I y II, llegando a la conclusión de que el caso no es abstracto.

Un caso es abstracto cuando las cuestiones allí planteadas ya no revisten "interés" o las partes carecen de un interés jurídico justiciable (*legally cognizable interest*) en el resultado (*County of Los Angeles v. Davis*, 440 US 625, 631 -1979-). El mero cierre de *Kandyland* no basta para convertir el caso en abstracto dado que Pap's sigue siendo una persona jurídica inscrita, conforme a la ley de Pennsylvania, y podría nuevamente decidir administrar en Erie un establecimiento donde se baile en estado de desnudez. Además, Pap's incumplió con la obligación que tenía frente a esta Corte de mencionar el carácter potencialmente abstracto de la cuestión en su escrito de oposición, presentado después del cierre de *Kandyland* y de la venta del inmueble (ver *Board of License Comm'rs of Tiverton v. Pastore*, 469 US 238, 240 -1985-). En cualquier caso, este no es un supuesto corriente de desistimiento. Aquí, es el peticionante quien, habiendo prevalecido en el inferior, solicita que el caso se declare abstracto, mientras la Municipalidad apelada solicita el ejercicio del poder judicial federal para lograr que esta Corte revise la decisión (cf. *ASARCO Inc. v. Kadish*, 490 US 605, 617/618 -1989-). La Municipalidad sufre un perjuicio actual porque se ve en la imposibilidad de aplicar las disposiciones de la ordenanza relativas al baile desnudo. Si la ordenanza es juzgada constitucional, Erie puede aplicarla, y la posibilidad de esa reparación basta para impedir que el caso devenga abstracto (v. *Church of Scientology of Cal. v. United States*, 506 US 9, 13 -1992-). Y Pap's aún tiene un interés concreto en el

resultado del caso porque, en la medida en que quiera reiniciar sus actividades, está interesada en mantener la decisión del inferior. El interés de esta Corte en impedir que los litigantes intenten manipular su jurisdicción para impedir la revisión de una decisión favorable aconseja, además, no declarar abstracto al caso (v., e.g., *United States v. W.T. Grant Co.*, 345 US 629, 632 -1953-).

La *Justice* O'Connor, con la adhesión del *Chief Justice* y de los *Justices* Kennedy y Brewer, llegó a las siguientes conclusiones en las Partes III y IV.

1. Las restricciones gubernamentales a la desnudez pública como la implementada en la ordenanza de Erie deben ser evaluadas en el marco que *United States v. O'Brien* (391 US 367 -1968-) establece para las limitaciones de contenido neutral a la expresión simbólica. Si bien el "estado de desnudez" no es una condición intrínsecamente expresiva, el baile nudista como el aquí cuestionado constituye una conducta expresiva que cae dentro del círculo exterior del ámbito de protección de la I Enmienda (v., e.g., *Barnes*, pp. 565/566, opinión de la pluralidad). El grado de rigurosidad con que debe realizarse esta revisión depende de que la ordenanza esté o no relacionada con la supresión de la expresión (e.g., *Texas v. Johnson*, 491 US 397, 403 -1989-). Si el objetivo del Gobierno al aprobar la ordenanza no está vinculado a dicha supresión, la norma sólo debe satisfacer el estándar intermedio y "menos riguroso" formulado en *O'Brien* (e.g., *Johnson*, p. 403). Sin embargo, si el interés del Gobierno sí se vincula con el contenido de la expresión, la ordenanza cae fuera del alcance de *O'Brien* y debe sobrevivir al estándar más riguroso del escrutinio estricto (*Johnson*, ídem). En *Barnes* consideramos que una prohibición casi idéntica a la que rige para la desnudez pública no viola la I Enmienda, pero no hubo cinco miembros de esta Corte que coincidieran en un mismo fundamento para esa conclusión. La ordenanza aquí impugnada, al igual que la ley de *Barnes*, contiene, por lo que dice, una prohibición general a la desnudez pública. Según sus términos, regula sólo la conducta. No está dirigida a la desnudez que contiene un mensaje erótico, sino que prohíbe toda la desnudez, con independencia de que se encuentre o no acompañada de una actividad expresiva. Si bien Pap's alega que la ordenanza está relacionada con la supresión de la expresión porque su preámbulo sugiere que su objetivo real es prohibir los bailes nudistas como el realizado en *Kandyland*, esa no es la forma en que la Suprema Corte de Pennsylvania interpretó su texto. Antes bien, dicho Tribunal interpretó que el preámbulo dispone que un objetivo de la ordenanza es combatir los efectos secundarios negativos. Esto es, que la ordenanza está dirigida a combatir el crimen y otros efectos secundarios negativos causados por la presencia de establecimientos para el entretenimiento de adultos como *Kandyland*, y no a suprimir el mensaje erótico transmitido por este tipo de baile nudista (ver *O'Brien*, p. 382; ver también *Boos v. Barry*, 485 US 312, 321 -1988-). La conclusión a que en definitiva llegó la Suprema Corte de Pennsylvania de que la ordenanza estaba, con todo, basada en el contenido, se fundó en la disidencia del *Justice* White en *Barnes*, según la cual una prohibición de este tipo necesariamente tiene el objeto de suprimir el mensaje erótico del baile. Ese criterio fue rechazado por una mayoría de esta Corte en *Barnes*, y aquí se rechaza nuevamente. La pretensión de Pap's de que la ordenanza está "dirigida" a suprimir la expresión mediante la prohibición del baile nudista, en realidad también afirma que Erie tuvo un motivo ilícito para aprobar la ordenanza. Sin embargo, esta Corte no va a invalidar una norma que de otro modo es constitucional con base en el supuesto motivo ilícito invocado (*O'Brien*, pp. 382/383). Aun si la prohibición de Erie a la desnudez pública tiene algún efecto mínimo en el mensaje erótico, al enmudecer la parte de la expresión que se produce cuando se tira la última prenda que se llevaba, las bailarinas de *Kandyland* y de otros establecimientos similares tienen la libertad de actuar llevando cubrepezones decorativos y pampanillas. Cualquier efecto que esta restricción produzca en la expresión total es, por lo tanto, mínimo. Dado que los Estados pueden regular los efectos secundarios, esas intrusiones mínimas en la expresión no pueden resultar suficientes para juzgar que esta ordenanza está basada en el contenido (ver, e.g., *Clark v. Community for Creative Non Violence*, 468 US 288, 299 -1984-). De este modo, la ordenanza de Erie es válida si satisface el test de *O'Brien*.

2. La ordenanza de Erie satisface el test de cuatro pasos de *O'Brien*. En primer lugar, su aprobación cae dentro de las atribuciones legislativas de Erie, porque los esfuerzos que la Municipalidad hace para proteger la salud y seguridad públicas constituyen claros supuestos de ejercicio de su poder de policía. En segundo lugar, mediante la prohibición de la desnudez pública, la ordenanza persigue la satisfacción de los importantes intereses gubernamentales de reglamentar la conducta y de combatir los efectos secundarios perjudiciales asociados al baile nudista. Para demostrar que esos efectos secundarios constituyen una amenaza, la Municipalidad no necesita realizar nuevos estudios ni producir nuevas pruebas, independientes de las ya generadas por otras ciudades, en la medida en que la evidencia en que busque sustento sea considerada relevante para el problema planteado (*Renton v. Playtime Theatres Inc.*, 475 US 41, 51/52 -1986-). Erie razonablemente podría apoyarse en las pruebas que fundaron *Renton* y *Young v. American Mini Theatres Inc.* (427 US 50 -1976-), conforme a las cuales la existencia de un solo establecimiento de entretenimientos para adultos en un vecindario determinado basta para producir efectos secundarios (v. *Renton*, pp. 51/52). De hecho, Erie expresamente se basó en *Barnes* y en su análisis de los efectos secundarios, incluso en su remisión a *Renton* y a *American Mini Theatres*. El criterio probatorio descrito en *Renton* resulta aplicable a estos autos, y Erie satisface dicho estándar. En cualquier caso, el preámbulo de la ordenanza también se basa en las expresas conclusiones del Consejo Deliberante Municipal de que "ciertas actividades lascivas e inmorales realizadas en lugares públicos con fines de lucro resultan altamente perjudiciales para la salud, seguridad y bienestar públicos...". Los concejales, familiarizados con el centro comercial de Erie, probablemente tengan conocimiento de primera mano de lo que sucedía en y alrededor de los establecimientos de baile nudista de dicha localidad, y pueden hacer juicios de valor experimentados sobre los efectos secundarios perjudiciales resultantes (cf., e.g. *FCC v. National Citizens Comm. for Broadcasting*, 436 US 775 -1978-). La circunstancia de que esta línea de razonamiento resulte apropiada en este caso, que se refiere a una restricción a la conducta que resulta neutral en cuanto al contenido, no determina que sea adecuada para un caso relativo a la reglamentación real de una expresión protegida por la I Enmienda. Además, si bien la exigencia de que las bailarinas vistan cubrepezones decorativos y pampanillas puede no reducir en mayor medida estos efectos secundarios, *O'Brien* sólo requiere que la regulación persiga la satisfacción del interés en combatir dichos efectos. La ordenanza también satisface el tercer factor de *O'Brien*, a saber, que el interés del Gobierno no esté vinculado a la supresión de la libre expresión, como ya analizamos más arriba. El cuarto factor de *O'Brien* -que la regulación no sea más amplia de lo que resulte indispensable para la persecución del interés gubernamental- también se encuentra cumplido. La ordenanza regula conducta, y cualquier impacto incidental que tenga en el elemento expresivo del baile nudista es mínimo. La exigencia de llevar cubrepezones decorativos y pampanillas es una limitación mínima para la persecución de los mencionados intereses del Gobierno, y deja un amplio margen para transmitir el mensaje erótico de la bailarina (v., e.g. *Barnes*, p. 572).

El *Justice* Scalia, con la adhesión del *Justice* Thomas, coincidió en que debía revocarse la decisión de la Suprema Corte de Pennsylvania, pero no en el análisis que debía aplicarse. Erie concientemente elaboró su ordenanza con base en la ley de baile nudista convalidada en *Barnes*, estimando (podría suponerse que razonablemente) que los tribunales de Pennsylvania se sentirían vinculados por la sentencia de esta Corte relativa a una cuestión de derecho constitucional federal. Aquella ley no fue juzgada constitucional porque satisficiera un estándar poco riguroso de revisión en términos de la I Enmienda, sino porque, como ley general que regula la conducta y que no está específicamente dirigida a la expresión, no se encuentra de ningún modo sujeta a un análisis en términos de la I Enmienda (*Barnes*, p. 72, voto de Scalia, concurrente con la decisión). La ordenanza de Erie, según sus términos, tampoco prohíbe simplemente el baile nudista sino el acto de estar desnudo en público, con independencia de que se realice o no con propósitos expresivos. Las circunstancias de que su preámbulo explique que su objetivo es, en parte, limitar un creciente aumento del número de entretenimientos nudistas en vivo, de que los miembros

del Consejo Deliberante, al aprobar la ordenanza, hayan hecho comentarios en ese sentido, y de que esta norma incluya en la definición de desnudez la exposición de artificios que simulen esa condición, no hace que la ley sea menos general en cuanto a su alcance ni demuestra que las autoridades municipales realmente encontraran objetable la expresión y no la desnudez pública. El hecho de que la municipalidad no haya intentado aplicar la ordenanza contra una producción de "Equus", que incluía desnudos, y que estaba en cartel en Erie cuando dicha norma entró en vigencia, no hace que la ordenanza sea manifiestamente discriminatoria por lo que dice. La afirmación del abogado de la Municipalidad, en el juicio de primera instancia, en el sentido de que la ordenanza no se iba a aplicar a las producciones teatrales porque dicha actividad expresiva constituye un grado más alto de expresión protegida sólo significó que la norma no alcanzaría a dichas producciones si la Constitución lo prohibía. Esa limitación no hace que la ordenanza carezca de aplicación general, en el sentido de que "tenga en la mira" a la conducta expresiva. Además, aún si pudiera llegarse a la conclusión de que Erie específicamente brindó un tratamiento particular al baile nudista, la ordenanza seguiría sin violar la I Enmienda a menos que pudiera probarse (carga que aquí no se cumplió) que el carácter comunicativo del baile nudista fue lo que impulsó a establecer la prohibición (ídem, p. 577). No es necesario identificar los "efectos secundarios" asociados al baile nudista que Erie podía válidamente buscar eliminar. El poder tradicional del Gobierno para fomentar los valores morales y la admisibilidad del criterio tradicional de que bailar desnudo en público resulta inmoral no han sido revocados por la I Enmienda.

Nota de la Secretaría: v. **BRUNING, Kevin R.**, "Nudity and Alcohol: Morality lies in Public Discussion", en *Stetson Law Review*, Florida, 2000, vol. XXIX, n° 3, p. 775; asimismo, **SCHAUER, Frederick**, "First Amendment Opportunism", en *John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Faculty Research Working Papers Series*, KSG Working Paper n° 00-011, agosto de 2000, especialmente pp. 7/10.

SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS, sentencia del 29-3-2000, *City of Erie, et al. v. Pap's A. M. tdba "Kandyland"*, en 68 LW 4239.

LIBERTAD DE EXPRESION. EXPRESIONES OBSCENAS. PORNOGRAFÍA INFANTIL (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: Sharpe fue acusado del delito de tenencia de pornografía infantil previsto en la sección 163.1(4) del Código Penal y, antes de ser juzgado, cuestionó la constitucionalidad de esa norma con base en que resultaba violatoria de su libertad de expresión, garantizada por la sección 2(b) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. La Corona reconoció que la disposición, de hecho, violaba la mencionada norma constitucional, pero sostuvo que sobrevivía al análisis constitucional en virtud de lo dispuesto en la sección 1 de la Carta. El juez de primera instancia y la mayoría de la Cámara de Apelaciones de *British Columbia* juzgaron que la disposición era inconstitucional. En este estado, la Corona interpuso una apelación ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: se hace lugar a la apelación.

La tenencia de pornografía infantil constituye una forma de expresión protegida por la sección 2(b) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. Penalizar la tenencia de pornografía infantil que represente un riesgo razonable de perjudicar a los niños es un objetivo de jerarquía superior que merece consideración. Los medios elegidos por el Parlamento se relacionan de manera lógica con ese objetivo.

Sin embargo, la disposición no produce una restricción mínima cuando se aplica a material escrito o imágenes visuales creadas sólo por el acusado y conservadas

exclusivamente para su uso personal, o a grabaciones visuales creadas por él o que lo representen a él mismo, que no describa actividades sexuales ilícitas y que se conserva exclusivamente para uso personal. Estas dos categorías de material generalmente no son consideradas pornografía infantil y generan un riesgo mínimo, o nulo, de perjudicar a los niños y, por lo tanto, deben considerarse excepciones a la definición de pornografía infantil prevista en la sección 163.1.

SUPREMA CORTE DE CANADA, sentencia del 26-1-2001, *R. v. Sharpe*, en <http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/rec/html/sharpe.en.html>.

LIBERTAD DE EXPRESION. PERIODISMO. DERECHOS HUMANOS. DERECHO DEL TRABAJO. DESPIDO ARBITRARIO. EFECTO HORIZONTAL. OBLIGACIONES POSITIVAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. DEMOCRACIA. MARGEN DE APRECIACIÓN (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: el peticionante, Bernardo Fuentes Bobo, empleado de Televisión Española (TVE) fue, junto con un compañero, L.C.M., suspendido sin goce de sueldo al difundir un escrito entre sus compañeros en el cual denunciaba la mala gestión de la televisión pública y las medidas de las que había sido víctima por parte de la empresa. El peticionante interpuso un recurso ante el Tribunal Social nº 10 de Madrid, que no prosperó, mientras el Tribunal Social nº 34 de Madrid, anuló la sanción infligida a L.C.M. El recurrente apeló, entonces, ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que anuló la sanción, subrayando que la anulación se imponía para evitar la divergencia entre las decisiones judiciales y que los 276 colegas que habían apoyado el artículo del peticionante y de L.C.M., no habían sido objeto de ninguna sanción. Mientras tanto, el requirente comentó las sanciones y el accionar de TVE en dos programas radiales, en los cuales insultó a los dirigentes de TVE. Esto último dio lugar a un nuevo sumario administrativo que culminó con su despido el 15 de abril de 1994. Ante un recurso presentado por el recurrente, el Tribunal Social nº 4 de Madrid, declaró nulo el despido por vicio de procedimiento. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, juzgó que el despido era conforme al Estatuto de los Trabajadores. El recurso extraordinario interpuesto a los fines de unificar la jurisprudencia no fue aceptado por la Corte Suprema. El Tribunal Constitucional rechazó el recurso de amparo, estimando que no se produjo una violación al derecho a la libertad de expresión. En este punto, el caso llegó a la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte).

2. Sentencia:

El Gobierno español sostiene que no se le puede imputar al Estado una injerencia en la libertad de expresión del peticionante, dado que TVE es una empresa de derecho privado y, por ende, no es responsable el Estado de los despidos que ésta realiza.

2.1. El art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) se aplica entre empleados y empleadores no sólo cuando éstos se rigen por el derecho público, sino también cuando corresponden al derecho privado (ver caso *Schmidt y Dahlström c. Suecia*, párr. 33). Por otro lado, en ciertos casos, el Estado tiene la obligación positiva de proteger el derecho a la libertad de expresión ante el ataque por parte de las personas privadas (ver caso *Young, James y Webster c. Reino Unido*, párr. 55). Por consiguiente la medida disciplinaria constituía una injerencia en el derecho a la libertad de expresión protegido por el art. 10.1 de la Convención.

2.2. En segundo lugar, las partes aceptan que la injerencia en tal derecho estaba “prevista por ley” y que buscaba un objetivo legítimo, “la protección de la reputación o los derechos del otro”. Establecía, entonces, dos de las condiciones que justifican la injerencia en la cuestión conforme a lo establecido en el párr. 2 del art. 10 de la Convención.

2.3. Finalmente, una última condición para justificar la injerencia es que “sea necesaria en una sociedad democrática”. A este respecto, corresponde señalar:

La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las principales condiciones principales para el progreso y el desarrollo humano, aún respecto de las ideas que molesten a los demás.

El adjetivo “necesario” tiene el sentido de “necesidad social imperiosa”, concepto que debe ser apreciado por el Estado y que debe ser controlado por la Corte tanto en lo que respecta a la ley como a su aplicación concreta.

Cabe señalar, además, que la Corte tiene que examinar la injerencia tomando el caso en su totalidad, incluyendo el tenor de las declaraciones del requirente y el contexto en el que fueron hechas. En tal sentido, corresponde ver si las sanciones respondían a una “necesidad social imperiosa” y si eran “proporcionales al objetivo legítimo buscado” y, por otro lado, si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificar su acción son “pertinentes y suficientes”.

En lo relativo a la “necesidad social imperiosa en una sociedad democrática”, el hecho de que el peticionante hiciera suyos los términos utilizados por los periodistas radiales, en contra de los dirigentes de la Televisión española, tratándolos de “chupasangres” y diciendo que se “c... en los trabajadores”, puede ser considerado ofensivo y justifica una sanción en los términos del art. 10 de la Convención. Sin embargo, tales declaraciones se inscriben en el contexto particular de un conflicto de trabajo entre el peticionante y su empleador. En tal sentido, el peticionante denunció el mal funcionamiento de una entidad pública, y, tal como lo subrayó el Tribunal Constitucional, dichas críticas eran indudablemente de interés general. Es verdad que agregó insultos a su discurso, pero éstos fueron utilizados en un primer momento por los periodistas radiales; el peticionante únicamente se limitó a asentir, y esto, dentro del contexto de un intercambio rápido y espontáneo de comentarios. Cabe agregar que, conforme al expediente, las autoridades de TVE, que constituían el blanco de los términos ofensivos, no entablaron acciones judiciales por difamación o injurias contra el peticionante, los periodistas radiales o las autoridades de la radio.

En lo relativo a la gravedad de la sanción contra el peticionante, TVE le aplicó la sanción máxima que prevé el Estatuto de los Trabajadores, a saber, la revocación del contrato de trabajo sin derecho a una indemnización. Si se tiene en cuenta la edad del peticionante y su antigüedad en el trabajo, queda claro que la sanción fue de una severidad extrema. Cabe agregar, que se hubieran podido imponer otras sanciones, más leves y apropiadas para el caso.

2.4. Por todo ello, si bien las razones invocadas por el Estado demandado son pertinentes, dada la gravedad de la sanción, no son suficientes para demostrar que la injerencia denunciada era el resultado de “una necesidad social imperiosa”. A pesar de que los Estados Partes tienen un margen de apreciación para determinar la necesidad en cuestión, la falta de proporcionalidad entre el objetivo perseguido y la sanción, determina que hubo efectivamente violación del art. 10 de la Convención.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 29-2-2000, *Fuentes Bobo c. España*, en *Recueil Le Dalloz*, París, Dalloz, 2001, n° 7, p. 574, con nota de **MARGUENAUD, Jean-Pierre** y **MOULY, Jean**.

LIBERTAD DE EXPRESION. PRESOS. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 10 (DINAMARCA).

1. Antecedentes del caso: en enero de 1999, el peticionante fue detenido, acusado de falsificación, e incomunicado. Cuando se dejó sin efecto la incomunicación, tres periodistas solicitaron la autorización para entrevistar al acusado dado que el tema en juego

había sido ampliamente tratado por la prensa. La policía negó el permiso, pero el Tribunal de Primera Instancia anuló tal decisión. La Cámara ratificó la decisión de la policía. En este punto el caso llegó a conocimiento de la Corte.

2. Sentencia:

No es justificado anular la decisión de la policía dado que la entrevista periodística podía comprometer la investigación en curso, riesgo este que no se vería suficientemente paliado por un eventual control de la visita por parte de la policía judicial.

Por otro lado, el rechazo de la autorización no viola el principio de libertad de expresión protegido por el art. 77 de la Constitución y el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La amplitud de las informaciones sobre el tema que fueron comunicadas por la policía al periodismo no tiene relevancia en lo relativo a saber si el peticionante podía o no hacer declaraciones.

CORTE SUPREMA DE DINAMARCA, sentencia del 24-6-1999, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 1999, 3, p. 388.

LIBERTAD DE EXPRESION. RESTRICCIONES. PROHIBICIÓN DE DIFUNDIR ENCUESTAS. ELECCIONES. MEDIOS DE COMUNICACIÓN. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 10 Y 14 (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: Alain Meyer solicitó al Consejo de Estado la anulación de varios actos administrativos: la recomendación n° 99-2 del Consejo Superior del Audiovisual del 9 de marzo de 1999; el comunicado de la Comisión de estadísticas del 20 de abril; y el art. 7 de la decisión n° 99-200 del Consejo Superior del Audiovisual del 11 de mayo de 1999, por considerar que dichos órganos se habían excedido en sus facultades, en tanto las decisiones prohibían la publicación, difusión y comentario de cualquier encuesta relacionada con la elección de miembros del Parlamento Europeo durante la semana que precede a las elecciones, así como durante el desarrollo de las mismas.

2. Sentencia:

2.1. Si bien la prohibición de publicar y difundir encuestas durante la semana anterior a las elecciones constituye una injerencia por parte de las autoridades públicas en el dominio de la libertad de expresión en el sentido del inc. 1 del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), que protege tanto la libertad de opinión como la de “recibir o comunicar informaciones e ideas”, el inc. 2 del mencionado artículo prevé que “el ejercicio de tales libertades implica deberes y responsabilidades” y que puede conocer “restricciones previstas por ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática”. Entre las causales enunciadas en este último inciso se encuentra la “protección de los derechos de los demás”.

En este caso concreto, la restricción atacada se funda en una ley (art. 11 de la ley del 19 de julio de 1977), y su finalidad es evitar que los ciudadanos sean influenciados en los días anteriores a la elección por una apreciación que puede ser falsa e insusceptible de rectificación; por lo tanto, la ley busca proteger “los derechos de los demás”.

2.2. Por otro lado, el peticionante plantea que si bien el citado art. 11 en el momento de su sanción era compatible con los compromisos internacionales de Francia (en particular con el art. 10 de la Convención), actualmente no ocurre lo mismo dado que la difusión de los resultados puede ser hecha por las cadenas televisivas extranjeras o por operadores de redes de comunicación informáticas y que, por ende, crearía una situación discriminatoria entre quienes pueden y quienes no pueden acceder a tales medios, que sería contraria al art. 14 de la Convención.

Sin embargo, el cambio de circunstancias, que puede conducir al legislador, en el ejercicio de sus facultades, a reconsiderar ciertas modalidades de la ley en cuestión, no tiene incidencia en el alcance de ésta y en la obligación de la autoridad administrativa de asegurar su cumplimiento. Cabe agregar que, dado su carácter genérico e impersonal, no se puede sostener que el art. 11 sea constitutivo de una norma de carácter discriminatorio en el sentido del art. 14 de la Convención.

Nota de la Secretaria: sobre este caso v. **VERPEAUX, Michel**, "Droit constitutionnel appliqué: Sondages: les limites de la loi française face à la technique et face à la Convention européenne des droits de l'Homme. A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 juin 1999, M. Meyet", en *Revue française de Droit constitutionnel*, París, Puf, 2000, n° 42, pp. 359/366.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, sentencia del 2-6-1999, caso *Meyet*, en *Recueil des décisions du Conseil d'Etat*, París, Dalloz, 1999, 5 de mayo-30 de junio, p. 161.

LIBERTAD DE PRENSA. ÉTICA PERIODÍSTICA. CALUMNIAS E INJURIAS. DERECHO AL HONOR (ECUADOR).

1. Antecedentes del caso: la causa se inicia con la acusación particular de D.J.A. contra el ahora recurrente C.A.T. (periodista), por considerar que éste, autor de una crónica publicada en un periódico de Guayaquil, atentó contra su dignidad y moral. C.A.T. alegó que el artículo recoge los dichos de un tercero (M.G.B.M.) y las afirmaciones se encuentran transcritas entre comillas.

2. Sentencia:

2.1. Si bien el recurso se contrae a la sentencia para de su examen determinar eventuales transgresiones legales, el Tribunal de Casación no puede prescindir de las reglas valorativas de la prueba actuada en el proceso y con ello establecer la legalidad o no del fallo como resultado de su apreciación racional, en directa relación con la esencia de lo controvertido y probado en autos.

Así, se observa que las sentencias de primer y segundo grado omiten el análisis y pronunciamiento de la cuestión controvertida, sin razonamiento alguno de su esencia ni valoración de las alegaciones en derecho formuladas por las partes, y, por ende, carentes de la fundamentación y motivación exigidas por la Constitución de toda providencia, más tratándose de la sentencia, pues se omiten enunciar normas y principios jurídicos en que se funda y sin explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, conforme lo exige el numeral 13 del art. 24 relativo al debido proceso penal.

Asimismo, la sentencia sometida a casación pasa por alto la expresa declaración de D.J.A. en cuanto a que por el mismo hecho del presente enjuiciamiento inició y tramita un juicio penal por injurias contra M.G.B.M., a quien considera co-responsable de la presunta injuria causada, de suerte que, alegada por D.J.A. esta co-responsabilidad, por considerar a M.G.B.M., en el orden lógico, la fuente de la noticia, este tribunal puntualiza que C.A.T., al contestar la querrela, no faltó a la verdad cuando dijo que se limitó a transcribir la versión entre comillas, en salvaguarda de la autenticidad de quien la profirió.

Por otra parte, si el Código de Procedimiento Civil es ley supletoria para lo penal en todo aquello que no determine de una manera especial el Código de Procedimiento Penal, resulta incongruente en la defensa de los intereses de la acusadora particular que no se hubiera pedido la acumulación de autos, ya que, de seguirse separadamente los pleitos por el mismo hecho, se dividirían la continencia de la causa (en el presente existe dicha división, por identidad de acciones y cosas, aun cuando las personas sean diversas).

2.2. Es coincidente la doctrina al precisar que la injuria consiste objetivamente en el ánimo deliberado de ofender y para que configure delito, esa conducta requiere tres elementos: a) el objetivo material, consistente en la acción proferida o acción ejecutada; b) el ánimo de injuriar, requisito de marcado signo de orden subjetivo; y c) la valoración determinante del alcance, naturaleza y magnitud de la ofensa, ya que permite al juzgador medir la graduación para efectos punitivos.

Es la intención y no la grosería del hecho o del dicho lo que determina la injuria. Siguiendo este criterio, si la intención se presume sobre todo en las injurias escritas por el esfuerzo que implica escribir, no puede dejar de reconocer el tribunal que C.A.T., al negar la acusación en su contra por haber escrito entre comillas una versión cuya esencia y contenido son de M.G.B.M. y a quien la acusadora atribuye co-responsabilidad, encuentra diluido el requisito injurioso, es decir, la intención dolosa.

Con las consideraciones precedentes, no habiendo en el proceso demostración de ese ánimo doloso del comunicador social que pueda relucir como deliberado, para decir como suyas, expresiones contrarias a la razón o a la justicia, no hay configuración del delito de injurias.

La actitud carente de acuciosidad como periodista de C.A.T., al dejar de utilizar las palabras "presunta" o "presunción" o "supuestos hechos", configura incumplimiento de sus deberes éticos para la investigación y comprobación objetiva de los hechos relatados.

La ligereza al transcribir como cierta la versión de M.G.B.M. sin la debida diligencia de salvaguarda, entraña lesión al ejercicio responsable del periodismo por no percatarse de la importancia objetiva y social de los motivos y fines de la versión transcrita y difundida con afán de espectacularidad y sensacionalismo, lo que es extraño al deber ético del comunicador y del medio en que actúa.

Por ello, es menester precisar que aquella transcripción publicada sobre lo informado por M.G.B.M. no es reproducción de artículos, imágenes o emblemas injuriosos a que alude el art. 499 del Código Penal, como para generar responsabilidad de injuria, porque transcribir es escribir lo dicho por otro o "escribir en una parte lo escrito en otra", y reproducir es "sacar copia en uno o muchos ejemplares de una obra bajo cualquier modalidad" (Real Academia de la Lengua).

Así, se aprecia que en la crónica que motiva el recurso hay transgresión del art. 19 del Código de Ética Periodística por no haberse verificado la información recibida y no recurrir a las fuentes idóneas que permitirían dar dicha información de manera más veraz, asegurando el significado objetivo y el contenido semántico de los dichos, divulgándolos con equilibrio ético.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ECUADOR (Primera Sala de lo Penal), sentencia del 1-9-1999, *Carlos Anchundia Tumbaco s/ recurso de casación*, en *Gaceta Judicial*, Quito, 1999, serie 17, n° 1, p. 160.

MEDICOS. DEONTOLOGÍA MÉDICA. BIOÉTICA. EUTANASIA (FRANCIA).

Conforme a los art. 37 y 38 del decreto n° 95-1000 del 6 de septiembre de 1995 relativo al Código de Deontología Médico, el médico debe esforzarse en cualquier circunstancia por aliviar el sufrimiento del enfermo; asistirlo moralmente y evitar obstinarse irracionalmente en una terapia o en un tipo de investigación; acompañar al moribundo hasta el final; asegurar, a través de los cuidados y medidas pertinentes, el valor de la vida que llega a su fin; salvaguardar la dignidad del enfermo y reconfortar a sus allegados, y no tiene derecho a provocar deliberadamente la muerte del paciente.

La inyección de una dosis de cloruro de potasio, con el objetivo de provocar la muerte inmediata del paciente por un paro cardíaco no entra en el grupo de los deberes impuestos a los médicos por los arts. 37 y 38 del Código de Deontología Médico, sino que

constituye un acto de eutanasia activa, que tiene por objeto provocar deliberadamente la muerte del paciente. No justifica dicha actitud el sufrimiento del paciente, los problemas de sus allegados, el medio inmediato de la víctima, o la progresión de la enfermedad.

No es pertinente tratar el caso en términos de eutanasia activa y pasiva y, por consiguiente, queda justificada la sanción que prohíbe temporalmente al acusado el ejercicio de la medicina.

Nota de la Secretaría: la Corte Suprema Federal de Alemania clasifica la eutanasia en tres tipos: la activa, que los juristas y los médicos consideran que es ilícita y que debe seguir siéndolo; la pasiva, que corresponde a la interrupción de los cuidados médicos intensivos que tienen por objeto mantener al paciente con vida y que es lícita cuando el paciente está de acuerdo y ya comenzó la agonía (conforme al principio de autodeterminación); y, finalmente, la eutanasia indirecta en donde la muerte se produce como efecto secundario de la lucha contra el dolor y está admitida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En efecto, en un fallo del 15 de noviembre de 1996, la Corte Suprema Federal afirmó su preferencia por una muerte digna, sin sufrimiento y conforme a la voluntad del paciente, frente a la perspectiva de un corto período de vida signado por atroces sufrimientos (v. *op. y loc. cit. infra*, p. 595).

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, sentencia del 29-12-2000, 212813, en *Recueil Le Dalloz*, París, Dalloz, 2001, n° 7, p. 595.

MENORES. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL. CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. DERECHOS DEL NIÑO. INTERÉS SUPERIOR (SUDÁFRICA).

1. Antecedentes del caso: la madre de la niña Sofía trasladó a ésta de Canadá a Sudáfrica, donde la retuvo en violación de una orden de la Suprema Corte de *British Columbia*, Canadá, y contra los deseos de su padre. Entonces, el Defensor de Asuntos de la Familia (*Family Advocate*) presentó una petición urgente ante la *High Court* tendiente a obtener una orden que dispusiera que Sofía debía ser reconducida a *British Columbia*, conforme lo dispuesto por el art. 12 de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convención). La madre de la niña, por su parte, cuestionó la constitucionalidad de la Convención en términos de la Sec. 28(2) de la Constitución. La *High Court* juzgó que no existía contradicción entre dichas normas, dado que ambas consideran el mejor interés del menor, y que éste consiste en permitir que el tribunal que se encuentre en mejor posición para resolver el caso -en este caso la Suprema Corte de *British Columbia*- así lo haga. Asimismo decidió que devolver a Sofía a la jurisdicción de dicho tribunal no resultaba inconsistente con su mejor interés y, por lo tanto, ordenó su devolución. En este estado, la madre de la menor interpuso una apelación ante la Corte Constitucional.

2. Sentencia: la Convención resulta aplicable a los hechos de este caso. Las acciones de la madre caen dentro de su ámbito de aplicación porque violó un acuerdo homologado judicialmente mediante el cual se comprometió a devolver a Sofía a Canadá dentro de un cierto plazo.

En cuanto a la constitucionalidad de la Convención, aun asumiendo que lo que ella dispone contradice la sección 28(2) de la Constitución -que exige que el mejor interés del niño prevalezca en toda cuestión que concierna al menor-, esa contradicción estaría justificada en términos de las limitaciones previstas en la sección 36 de la Constitución. La Convención persigue el importante objetivo de asegurar una jurisdicción adecuada en las cuestiones de guarda, fomentando la cooperación entre los Estados en el respeto de las leyes, desalentando acciones unilaterales por parte de los padres en su afán de resolver solos un

problema de esta índole y resolviendo de manera definitiva los conflictos en materia de guarda.

La Convención ha sido cuidadosamente diseñada para alcanzar sus objetivos teniendo en consideración los intereses del niño, dado que otorga al Estado requerido discrecionalidad para negarse a devolver a un menor con base en la excepción de "riesgo grave" prevista en su art. 13. Los tribunales que la aplican conforme al espíritu de la Constitución pueden tomar medidas para proteger los intereses del niño interpretando de manera amplia los daños incluidos en la expresión "riesgo grave" y dictando órdenes judiciales para proteger al menor.

Ante la evidencia existente, dentro de los parámetros de la Convención, el regreso de Sofía no presenta ningún riesgo grave de perjudicarla; en consecuencia, se ordena que la menor retorne a *British Columbia*, debiéndose tomar las medidas pertinentes para que ambas no regresen hasta que las autoridades canadienses puedan garantizar que la madre no será arrestada por sus acciones, para que la cuestión de la guarda sea resuelta rápidamente por el tribunal canadiense y para que, mientras tanto, se satisfagan las necesidades de Sofía y de su progenitora.

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDAFRICA, sentencia del 4-12-2000, *Sonderup v. Tondelli and another*, en <http://www.concourt.gov.za/cases/2000/sonderupsum.shtml>.

PATRIA POTESTAD. ALCANCE. DERECHO DE VISITA. ABUELOS. MENORES. DERECHOS DEL NIÑO. INTERÉS SUPERIOR (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: Tommie Granville y Brad Troxel mantuvieron una relación sentimental que terminó en junio de 1991 y de la que nacieron dos hijas. Los peticionantes son los padres de Brad y, por ende, abuelos de las niñas. Luego de la separación, Brad vivió en la casa de sus padres, adonde regularmente llevó a sus hijas. Brad se suicidó en mayo de 1993. Si bien los Troxel, en un principio, siguieron viendo a las menores en forma regular, en octubre de 1993 Tommie Granville les informó su intención de limitar su régimen de visitas a un día por mes, sin pernoctar. La Sec. 26.10.160(3) del Código Revisado del Estado de Washington faculta a "cualquier persona" a pedir "en cualquier momento" el reconocimiento de un derecho de visita y, a los tribunales superiores de dicho Estado, a otorgar ese derecho cuando ello sirva al mejor interés del menor. Con base en dichas normas, los peticionantes Troxel solicitaron que se fijara un régimen de visitas de dos fines de semana por mes y dos semanas de vacaciones estivales por año. La Sra. Granville, madre de las niñas, sólo se opuso a la amplitud del derecho peticionado por los Troxel. El Tribunal Superior estableció un régimen más amplio que el consentido por la Sra. Granville y ésta apeló esta decisión. La Cámara estadual de Apelaciones la revocó, desestimando la pretensión de los Troxel. Al confirmar este rechazo, la Suprema Corte estadual declaró, entre otras cosas, que la Sec. 26.10.160(3) viola el derecho fundamental de los padres a criar a sus hijos. Considerando que la Constitución Federal sólo autoriza a un Estado a interferir en el ejercicio de este derecho con el objeto de prevenir un perjuicio real o potencial al menor, encontró que la Sec. 26.10.160(3) no requiere la previa acreditación del daño y tiene un alcance demasiado amplio al permitir a cualquier persona pedir, en cualquier momento, el reconocimiento de un derecho de visita con la sola condición de que dicha visita sirva al mejor interés del menor. En este estado, los Troxel interpusieron un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: se confirma la sentencia.

2.1. La *Justice O'Connor*, con la adhesión del *Chief Justice* y de los *Justices Ginsburg* y *Breyer* llegaron a la conclusión de que la Sec. 26.10.160(3), de la forma en que

fue aplicada a la Sra. Granville y a su familia, viola el derecho que la primera tiene, fundado en el debido proceso, a tomar decisiones relativas al cuidado, custodia y control de sus hijas.

(a) La Cláusula del Debido Proceso de la XIV Enmienda tiene un elemento sustantivo que "brinda un mayor grado de protección a ciertos derechos y libertades fundamentales frente a la interferencia gubernamental" (v. *Washington v. Glucksberg*, 521 US 702, 720 -1997-), entre los cuales se encuentra el derecho fundamental de los padres a tomar decisiones relativas al cuidado, custodia y control de sus hijos (v. e.g. *Stanley v. Illinois*, 405 US 645, 651 -1972-).

(b) La asombrosamente amplia ley de Washington, en los hechos, autoriza a un tribunal a pasar por alto y revocar cualquier decisión adoptada por un padre conviviente apto (*fit*) en relación al derecho de visita cuando un tercero afectado por la decisión solicite el reconocimiento de ese derecho con base en la exclusiva determinación de cuál es el mejor interés del menor. No presta ninguna consideración a la valoración paternal de cuál es dicho interés. La Suprema Corte estadual tuvo la oportunidad, que desechó, de interpretar la Sec. 26.10.160(3) en forma más restrictiva. Una combinación de varios factores fuerza la conclusión de que la Sec. 26.10.160(3), tal como se aplicó aquí, excede los límites que impone la Cláusula del Debido Proceso. En primer lugar, los Troxel no alegaron, y ningún tribunal encontró, que la Sra. Granville fuera inepta (*unfit*) como madre. Se presume que los padres aptos (*fit*) actúan en el mejor interés de sus hijos (*Parham v. J. R.*, 442 US 584, 602 -1979-); normalmente no hay motivo para que el Estado se entrometa en el reino privado de la familia para cuestionar la capacidad de los padres para tomar las mejores decisiones relativas a sus hijos (v., e.g. *Reno v. Flores*, 507 US 292, 304 -1993-). El problema que aquí se presenta no es la intervención del Tribunal Superior, sino su omisión de dar una especial gravitación a la determinación de la Sra. Granville de cuál es el mejor interés de sus hijas. Aún más importancia reviste la circunstancia de que el Tribunal parece haber aplicado la presunción opuesta, favoreciendo el derecho de visita de los abuelos. En efecto, impuso a la Sra. Granville la carga de probar que la visita no favorecería el mejor interés de sus hijas y con ello omitió brindar protección alguna a su derecho fundamental. El Tribunal tampoco dio ningún peso al consentimiento que la Sra. Granville había prestado al establecimiento de un régimen de visitas aun antes de la promoción de la acción judicial o de la posterior intervención de dicho Tribunal. Estos factores, considerados junto con las débiles conclusiones del mencionado Tribunal Superior, demuestran que este caso no se refiere más que a un simple desacuerdo entre la Sra. Granville y el Tribunal en relación al mejor interés de las niñas, y que la orden que impuso el régimen de visitas constituyó una vulneración inconstitucional al derecho de la Sra. Granville a tomar decisiones en relación a la crianza de sus hijas.

(c) Dado que esta decisión se funda en el excesivo alcance de la Sec. 26.10.160(3) y en la forma en que esta norma se aplica a este caso, no es necesario considerar la cuestión de si la Cláusula del Debido Proceso exige que todas las leyes que regulan el derecho de visita de personas distintas a los padres requieren la demostración de un perjuicio real o potencial para el niño como condición para otorgar el derecho de visita o para decidir el alcance preciso del derecho de los padres a este respecto. Tampoco hay motivo para devolver las actuaciones al inferior. La orden relativa al derecho de visita claramente viola la Constitución, y no debe obligarse a las partes a intervenir en procesos adicionales que impondrían mayores cargas al derecho de la Sra. Granville a la patria potestad.

2.2. El *Justice* Souter llegó a la conclusión de que el segundo fundamento de la Suprema Corte de Washington para invalidar su propia ley estadual -su alcance excesivo, al autorizar a cualquier persona, en cualquier momento, a pedir (y al juez a otorgar) derechos de visita, con el solo límite del particular estándar estadual del "mejor interés del menor"- se compadece con los casos anteriormente resueltos por esta Corte. En consecuencia, juzgó que dicha conclusión pone fin al proceso, y no resulta necesario decidir si se requiere la existencia de un daño ni considerar el alcance preciso del derecho a la patria potestad ni sus protecciones necesarias.

2.3. El *Justice* Thomas admitió que el reconocimiento a los padres de un derecho fundamental a dirigir la crianza de sus hijos, que hace la Corte, resuelve el caso, pero juzgó que el estándar apropiado para revisar las violaciones a los derechos fundamentales es el del escrutinio estricto y que, aquí, el Estado carece de un interés de jerarquía superior en revisar la decisión de un padre apto (*fit*) en relación al derecho de visita de terceros.

Nota de la Secretaría: v. "The Supreme Court, 1999 Term. Leading Cases: I. Constitutional Law ... Due Process: Parental Rights", en *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 114, n° 1, p. 229; **DAY O'CONNOR, Sandra**, "The Supreme Court and the family", en *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n° 2, abril de 2001, p. 573, esp. 576 y sigs.

SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS, sentencia del 5-6-2000, *Jenifer Troxel, et vir v. Tommie Granville*", en 68 *LW* 4458.

PODER LEGISLATIVO. FEDERALISMO. DIVISIÓN DE PODERES (BRASIL).

Por su implicancia con el principio fundamental de separación e independencia de los poderes, son de observancia compulsoria por parte de los Estados las reglas básicas del proceso legislativo federal.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL (Tribunal Pleno), sentencia del 10-12-1998, Acción directa de inconstitucionalidad n° 774 - RS, en *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Serviço de Divulgação, Brasília, vol. 171, n° 2, febrero de 2000, p. 397.

POLICIA. USO DE ARMAS DE FUEGO. DERECHO A LA INTIMIDAD. HOMOSEXUALES (NACIONES UNIDAS-RUMANIA).

1. El Comité considera inquietante el hecho de que constantemente tengan lugar incidentes en los que la policía hace uso de sus armas de fuego, particularmente en los casos de delitos leves cometidos por menores. El recurso por la policía a las armas de fuego debe quedar regulado estrictamente con el objeto de impedir que se atente contra el derecho a la vida y la seguridad de las personas.

2. Asimismo, preocupan al Comité las restricciones al derecho a la intimidad, particularmente en lo que respecta a las relaciones homosexuales entre adultos que consientan libremente en mantenerlas, dado que son punibles con arreglo al párrafo 1 del art. 200 del Código Penal.

COMITE DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), "Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Rumania", 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.111 del 28 de julio de 1999, párrafos 12 y 16.

PRISION PREVENTIVA. PRESUPUESTOS. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, ART. 9 (EL SALVADOR).

Uno de los presupuestos para ordenar la medida cautelar de la detención provisional es el *fumus bonis iuris*, por considerar que se cuentan con los elementos suficientes para

probar o establecer la existencia del cuerpo del delito y la participación delincuencia de los favorecidos.

Dicho instituto no hace referencia a una situación de certeza sobre la responsabilidad criminal de una persona, pues a tal situación sólo se puede llegar en la sentencia definitiva y tras el correspondiente juicio oral desarrollado con todas las garantías derivadas de la contradicción.

Para la imposición de la prisión provisional se precisa, únicamente, la existencia de una imputación penal consistente en la aparición de motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona con quien se haya de dictar el auto de prisión.

Es doctrina reiterada del Tribunal que la orden de restringir un derecho fundamental, como es la libertad, no puede establecerse en forma automática, pues ello significa desconocer el carácter excepcional de la medida cautelar adoptada, contradiciendo lo que ordenan los tratados internacionales que por disposición constitucional son leyes de la República, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo art. 9.3 establece lo siguiente: "La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales...".

En tal sentido, además del *fumus bonis iuris*, el juez debe manifestar en la interlocutoria que ordena la detención, las razones que lo llevaron a estimar necesaria la adopción de la medida, es decir, expresar si en el proceso concurren aspectos, ya sea de carácter objetivo o subjetivo, de los cuales se deduzca que los procesados podrían fugarse, evadan el proceso o entorpezcan la investigación, volviendo ineficaz la posible pena futura, lo que en el presente caso no se realizó, convirtiéndose en una violación constitucional.

No obstante lo expuesto, es importante resaltar que el ordenar la medida cautelar de detención provisional, no implica de ninguna forma estar en presencia de una pena anticipada, pues tal como lo expresara reiteradamente esta Sala, la finalidad de dicha medida es garantizar los resultados del proceso, ya que reviste el carácter de provisionalidad y nunca es definitiva.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (Sala de lo Constitucional), sentencia del 25-11-1998, Hábeas Corpus HS045298.98 ac HS050198.98, en *Revista de Derecho Constitucional*, San Salvador, 1998, n° 29, tomo I, p. 258.

PRISION PREVENTIVA. SENTENCIA. MOTIVACIÓN (BRASIL).

La falta o inidoneidad de fundamentación de una decisión judicial no puede ser suplida por la decisión del órgano judicial de grado superior llamado a decidir sobre la nulidad resultante del vicio de motivación.

La existencia de un crimen y la probabilidad de ser el acusado su autor son requisitos de admisibilidad de la prisión preventiva, pero no la legitiman por sí solos.

Es evidente -reforzado por el precepto constitucional de presunción de inocencia o de no culpabilidad- que la prisión preventiva no puede constituirse como anticipación de la pena, aun cuando fuere probable la imposición de ésta.

Desde la abolición de la prisión preventiva obligatoria, la gravedad del delito imputado no es justificativo suficiente para decretarla, si no se presentan cualquiera de los presupuestos cautelares a que la ley la subordina.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL (Sala Primera), sentencia del 1-6-1999, Hábeas Corpus n° 79.248 - RJ, en *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Serviço de Divulgação, vol. 171, n° 2, Brasilia, febrero de 2000, p. 602.

PROCESO PENAL. CONDENA. FUNDAMENTO. PENAS. PENAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN. INSANOS. INTERÉS PÚBLICO (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: el Sr. Knoblauch, que ya tenía un largo historial de enfermedad mental y de manejo peligroso de explosivos, se declaró culpable de tenencia ilícita de sustancias explosivas y de un arma con un propósito que resultaba peligroso para el orden público. El juez de primera instancia le impuso una condena de dos años menos un día de prisión, de ejecución condicional, con más tres años de *probation*. A pedido de Knoblauch, tanto la pena de prisión como la *probation* debían cumplirse en una institución de salud mental en la que debía someterse a tratamiento psiquiátrico. La Cámara de Apelaciones revocó la condena de cumplimiento condicional y la sustituyó por una condena a pena de prisión de dos años menos un día con más tres años *probation*. En este estado, Knoblauch interpuso una apelación ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: se hace lugar a la apelación.

Se restaura la condena impuesta por el juez de primera instancia. El Código Penal permite recurrir a instituciones comunitarias como alternativa a la encarcelación. Si bien el daño a la comunidad podría resultar extremo si Knoblauch volviera a delinquir, el riesgo de reincidencia es igual en las condiciones impuestas por el juez de primera instancia que las que genera el cumplimiento de la condena en un establecimiento penitenciario. La encarcelación en un penal podría dar lugar a que Knoblauch sea puesto antes en libertad lo cual, en definitiva, lo dejaría menos preparado para su reinserción en la comunidad. La condena impuesta por el juez de primera instancia es legal y apropiada, y garantiza de mejor manera la limitación del peligro que representa Knoblauch durante el mayor tiempo posible.

SUPREMA CORTE DE CANADA, sentencia del 16-11-2000, *R. v. Knoblauch*, en http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/2000/vol2/html/2000scr2_0780.html.

PROCESO PENAL. PRUEBA. ESCUCHAS TELEFÓNICAS (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: los demandados fueron acusados por su presunta participación en varios delitos vinculados a una red de tráfico de cocaína. La mayor parte de la prueba reunida en su contra había sido obtenida a través de escuchas telefónicas. La Corona había obtenido *ex parte* autorizaciones para intervenir teléfonos presentando una declaración jurada de 130 páginas hecha por un funcionario de la policía. En una declaración preliminar, el funcionario admitió que algunas partes de la declaración jurada no remitían a la fuente confidencial apropiada y que había tenido conocimiento de este error varias semanas antes del juicio. El juez de primera instancia no aceptó la declaración jurada basándose en la falta de credibilidad del funcionario y los acusados fueron liberados. La Cámara de Apelaciones de *British Columbia* anuló las absoluciones y ordenó un nuevo juicio. Los acusados interpusieron una apelación ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: se desestima la apelación.

Conforme a la sección 186(1)(b) del Código Penal, la intervención de teléfonos es una herramienta de investigación apropiada cuando es probable que otros procedimientos no resulten exitosos. Quien solicita una escucha telefónica tiene que establecer que no existe ningún otro método de investigación razonable. En la declaración jurada del funcionario hay evidencia de que se cumplió con ese requisito. El estándar de revisión aplicable a una autorización para intervenir llamados requiere determinar si existe prueba confiable y

razonablemente creíble sobre la cual pueda basarse una autorización. Si bien el funcionario no había revelado el más mínimo error en la redacción, la esencia de la información proporcionada en la declaración jurada no era falsa. En esas circunstancias, el rechazo de la declaración jurada íntegra no resultaba razonable.

SUPREMA CORTE DE CANADA, sentencia del 14-12-2000, *R. v. Araujo*, en http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/2000/vol2/html/2000scr2_0992.html.

PRUEBA. CONFESIONES EXTRAÍDAS COERCITIVAMENTE. MILITARES. INTERVENCIÓN EN LA SOCIEDAD. FUERZAS DE SEGURIDAD. PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN. DERECHOS HUMANOS. VIOLACIÓN. SEGURIDAD PÚBLICA. FLAGRANCIA. DETENCIÓN. DERECHO DE DEFENSA. ASISTENCIA LETRADA. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIFAMACIÓN AL ESTADO. DERECHO A LA IGUALDAD. INDÍGENAS. DERECHOS Y LIBERTADES INDIVIDUALES. AUTODETERMINACIÓN. SERVICIO MILITAR. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA (NACIONES UNIDAS-MÉXICO).

1. Preocupa al Comité que sea posible imponer al acusado el peso de la prueba de que una confesión haya sido extraída por coerción, así como el hecho de que las confesiones extraídas por ese medio puedan ser usadas como evidencia contra el acusado. El Estado Parte debe enmendar las disposiciones legales necesarias para asegurar que sea el Estado el que deba probar que las confesiones que se usan como evidencia sean dadas por propia voluntad del acusado, y que las confesiones extraídas por la fuerza no puedan usarse como evidencia en el juicio.

2. Asimismo, preocupa al Comité la creciente intervención de los militares en la sociedad, especialmente en los Estados de Chiapas, Guerrero y Oaxaca, donde desarrollan actividades propias de las fuerzas policiales. En este sentido, observa que el mantenimiento del orden dentro del territorio del país debe realizarse por medio de las fuerzas de seguridad civil.

3. Por otra parte, preocupa profundamente al Comité la inexistencia de procedimientos institucionalizados para investigar las alegaciones de las violaciones de derechos humanos presuntamente cometidas por militares y por las fuerzas de seguridad y que, como consecuencia de ello, estas alegaciones a menudo no sean investigadas. En este sentido, observa que el Estado Parte debe establecer procedimientos adecuados para que se lleven a cabo investigaciones independientes de las alegaciones de violaciones de derechos humanos imputadas a los militares y a las fuerzas de seguridad, y para que se procese a las personas acusadas de tales violaciones.

4. El Comité toma nota del efecto combinado que resulta de aplicar la ley de 1995 para establecer la coordinación de los sistemas nacionales de seguridad pública y de la ley sobre delincuencia organizada de 1996, así como de la ampliación del concepto de "flagrancia", que extiende las circunstancias en las cuales se pueden efectuar arrestos sin orden de funcionario judicial competente. Esto implica una amenaza seria a la seguridad de las personas. El Comité también toma nota de que en los casos de detención por "delito flagrante" y en los casos urgentes, los detenidos son puestos a disposición del ministerio público, quien los puede mantener detenidos durante 48 horas y, en circunstancias especiales, hasta 96 horas antes de pasarlos a disposición judicial. A su vez, deplora el hecho de que los detenidos no tengan acceso a un abogado antes del momento en que deben prestar su declaración formal frente al ministerio público y que la situación en lo que respecta al acceso de los miembros de la familia no haya sido clarificada durante el examen del informe de México. El Estado Parte debe proceder a enmendar de inmediato las disposiciones legales

pertinentes y establecer procedimientos compatibles con lo dispuesto en el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto).

5. El Comité deplora los graves atentados a la libertad de expresión que constituyen los frecuentes asesinatos de periodistas, así como los actos de intimidación que dificultan o impiden que los representantes de la prensa puedan ejercer libremente su profesión en México; así como la existencia del delito de "difamación al Estado".

En este sentido, debe garantizarse a los periodistas la libertad de expresión establecida en el art. 19 y otras normas concordantes del Pacto con el fin de que aquéllos puedan desarrollar sus actividades sin ningún impedimento. Asimismo, debe derogarse la figura penal de la "difamación al Estado".

6. Pese al reconocimiento que la Constitución hace en su art. 4 de la composición pluricultural de la Nación mexicana, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, y a la voluntad del Estado Parte de dirimir la cuestión de la autodeterminación de las comunidades indígenas, el art. 27 de dicha norma parece proteger únicamente ciertas categorías de derechos respecto de las tierras indígenas y continúa dejando expuestas a las poblaciones indígenas a amplias violaciones de derechos humanos. Por ello, el Comité recomienda al Estado Parte tomar las medidas necesarias para garantizar a las comunidades indígenas el respeto a los derechos y libertades que les corresponden individualmente y como grupo, erradicar los abusos a que se les somete, respetar sus costumbres y cultura, así como sus formas tradicionales de vida permitiéndoles el disfrute de sus tierras y recursos naturales. Asimismo, destaca la obligación de tomar medidas adecuadas para incrementar su participación en las instituciones del país, así como el ejercicio del derecho a la autodeterminación.

7. El Comité toma nota de que en la ley no se contempla la condición de objetor de conciencia al servicio militar. El Estado Parte debería asegurar que las personas obligadas a cumplir con el servicio militar puedan esgrimir la eximente de objeción de conciencia.

Nota de la Secretaría: sobre el punto 1 v., asimismo, "Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Rumania", 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.111 del 28 de julio de 1999, párrafo 13.

COMITE DE DERECHOS HUMANOS, (Naciones Unidas), "Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: México", 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.109 del 27 de julio de 1999, párrafos 7, 8, 9, 10, 14, 19 y 20.

SEPARACION DE ESTADO E IGLESIA (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: el Capítulo 2 de la *Education and Improvement Act* de 1981

canaliza, a través de las agencias estatales y locales de educación (AEE), fondos federales para prestar material y equipamiento didáctico a los colegios públicos y privados, a fin de que implementen programas "laicos, neutrales y no-ideológicos". La matrícula de cada escuela participante determina la cantidad de ayuda que recibe en términos del Capítulo 2. En un año promedio, alrededor del 30% de los fondos de este origen que se gastan en el condado de Jefferson, Louisiana, se asignan a escuelas privadas, la mayor parte de las cuales son católicas, o con alguna otra afiliación religiosa. Los apelados promovieron una acción

alegando, entre otras cosas, que el Capítulo 2, en la forma en que se aplicaba en el mencionado condado, violaba la Cláusula del Establecimiento de la I Enmienda. Admitiendo esta pretensión, el *Chief Judge* del Tribunal de Distrito sostuvo, con base en *Lemon v. Kurtzman* (403 US 602, 612/613 -1971-), que el Capítulo 2 tenía como principal efecto promover la religión, porque el material y equipamiento prestados a los colegios católicos constituían una ayuda directa, y los colegios eran claramente sectarios. Además, buscó básicamente sustento en *Meek v. Pittenger* (421 US 349 -1975-) y *Wolman v. Walter* (433 US 229 -1997-), casos en los cuales se declararon inválidos los programas que brindaban - como el Capítulo 2- mucho material y equipamiento de un mismo tipo, pero válidos los que establecían préstamos de libros de texto de escuelas públicas a colegios religiosos. Luego de dictar una orden que prohibía que los colegios claramente sectarios del condado recibieran material o equipos en términos del Capítulo 2, el juez se retiró. Posteriormente, otro juez revocó esa decisión y declaró la validez del Capítulo 2, fundándose, entre otras cosas, en *Zobrest v. Catalina Foothills School Dist.* (509 US 1 -1993-), caso en el cual se autorizó a un distrito público escolar a proveer un intérprete de lenguaje de sordomudos a un estudiante sordo de una escuela secundaria católica, como parte de un programa federal para discapacitados. Mientras la apelación de los apelados estaba en trámite, la Suprema Corte resolvió *Agostini v. Felton* (521 US 203 -1997-), aprobando un programa establecido por el Título I de la *Elementary and Secondary Education Act* de 1965 que enviaba empleados públicos a dar clases compensatorias en colegios religiosos y en otros privados. Llegando a la conclusión de que *Agostini* no había derogado *Meek* y *Wolman*, ni rechazado la distinción que estos casos hacen entre libros de textos y otras ayudas en especie, la Cámara de Apelaciones buscó sustento en esos dos casos para declarar la invalidez del Capítulo 2. En este estado, se interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: se revoca la sentencia.

2.1. El *Justice* Thomas, con la adhesión del *Chief Justice* y de los *Justices* Scalia y Kennedy llegó a la conclusión de que la mera circunstancia de que muchas de las escuelas privadas del condado que reciben ayuda por aplicación de sus disposiciones sean religiosas no hace del Capítulo 2, de la forma en que se aplicó en el condado de Jefferson, una norma vinculada al establecimiento de una religión.

(a) Al modificar el *Lemon Test* -que analizaba si una ley (1) persigue un objetivo laico, (2) tiene por efecto fundamental promover o inhibir la religión, o (3) crea un entrelazamiento excesivo entre Gobierno y religión (v. *Lemon v. Kurtzman*, pp. 612/613)-, *Agostini* examinó solamente el primero y segundo de esos factores (ídem, pp. 222/223) y transformó al análisis del entrelazamiento en sólo uno de los criterios relevantes para determinar el efecto de una ley (íd., pp. 232/233). La Corte también reconoció que sus casos habían reducido de algún modo los factores que podían justificar una decisión de que existía un entrelazamiento excesivo (íd., pp. 233/234). Entonces, formuló tres criterios fundamentales para determinar cuando un programa de ayuda del Gobierno tiene el efecto de promover la religión, a saber, si (1) da lugar a adoctrinamiento gubernamental; (2) define a sus beneficiarios mediante la referencia a la religión; o (3) crea un entrelazamiento excesivo (íd., pp. 233/234). En este caso, el análisis en términos del test del objetivo y del efecto, formulado en *Agostini*, es limitado. Dado que no se ha recurrido la conclusión del tribunal de distrito de que el Capítulo 2 tiene un objetivo laico, sólo se debe considerar el efecto del mencionado Capítulo, para lo cual es necesario analizar los primeros dos criterios de *Agostini*, porque la decisión del Tribunal de Distrito de que el Capítulo 2 no crea un entrelazamiento excesivo se encuentra firme.

(b) La determinación de si la ayuda gubernamental a las escuelas religiosas da lugar a un adoctrinamiento religioso depende, en definitiva, de si cualquier adoctrinamiento que exista puede razonablemente atribuirse a la acción gubernamental (v., e.g. *Agostini*, p. 226). Por su parte, esta respuesta va a resolver la cuestión de si un programa de ayuda educativa "subsidiaria" la religión (ídem, pp. 230/231). Al distinguir entre el adoctrinamiento atribuible

al Estado y el que no lo es, la Corte consistentemente recurrió al principio de neutralidad, declarando válida la ayuda que se ofrece a una amplia gama de grupos o de personas sin tomar en cuenta su religión. Para asegurar la neutralidad, la Corte reiteradamente consideró si la ayuda gubernamental a una institución religiosa resulta de elecciones auténticamente independientes y privadas de padres específicos (íd., p. 226). El segundo criterio fundamental de *Agostini* -a saber, si un programa de ayuda define a sus beneficiarios con referencia a la religión (íd., p. 234)- está estrechamente vinculado al primero ya que analiza los mismos hechos (íd., pp. 225/226), pero los usa para contestar una pregunta un tanto diferente: si el criterio de asignación de la ayuda crea un incentivo para recibir adoctrinamiento religioso (íd., p. 231). Semejante incentivo no existe cuando la ayuda se brinda con base en criterios neutrales y laicos que no favorecen ni desfavorecen la religión, y se pone a disposición de beneficiarios religiosos y laicos en forma no discriminatoria (ibídem).

c) Se rechazan dos reglas propuestas por los apelados para determinar si el Capítulo 2 tiene el efecto de promover la religión.

(i) El principal argumento de los apelados -que la ayuda directa y no accesoria a las escuelas religiosas siempre es intolerable- contradice los casos más recientes de esta Corte. El objetivo de la distinción entre ayuda directa e indirecta es determinar el "subsidio" a la religión, y los casos más recientes de la Corte analizan este asunto a través del principio de la elección privada, tal como fue incorporado en el primer criterio de *Agostini* (e.g. si el adoctrinamiento es atribuible al Gobierno). Si se puede acceder a la ayuda a los colegios -incluso a la "ayuda directa"- sobre una base neutral y si, antes de llegar o beneficiar a algún colegio religioso, dicha ayuda pasa (literal o figurativamente) por las manos de muchos particulares que tienen la libertad de enviarla a cualquier otro lugar, el Gobierno no ha brindado ningún "apoyo a la religión" (*Witters v. Washington Dept. of Servs. for Blind*, 474 US 481, 489 -1986-). Si bien la existencia de una elección privada es más fácil de ver cuando la ayuda pasa literalmente por las manos de los particulares, no hay motivo para que la Cláusula del Establecimiento imponga esa exigencia. En verdad, *Agostini* expresamente rechazó el estándar absoluto propuesto por los apelados (cit., p. 225). En la medida en que éstos pretenden que su distinción entre ayuda directa e indirecta requiere que toda ayuda se ponga literalmente en manos de los niños, en lugar de entregarse directamente a sus escuelas, *Meek y Wolman*, que son los casos en que aquellos buscan sustento, demuestran la falta de pertinencia de semejante formalismo. Además, el estándar formalista de los apelados falla cuando se aplica a los programas del mundo real. La categorización de un programa como "directo" o "indirecto" es un tanto arbitraria y no hace al análisis constitucional (v. *Board of Ed. of Central School Dist. N° 1 v. Allen*, 392 US 236, 243/245 -1968-). Si bien pueden existir "riesgos especiales en términos de la Cláusula del Establecimiento" cuando el dinero se entrega directamente a escuelas religiosas (v., e.g. *Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va.*, 515 US 819, 842 -1995-), esos pagos directos no están aquí en discusión.

(ii) El segundo argumento de los apelados -a saber, que siempre es intolerable otorgar a las escuelas religiosas ayuda que es desviable a un uso religioso- también contradice los casos más recientes de la Corte (particularmente *Zobrest*, pp. 18/23, y *Witters*) y, por otra parte, es de aplicación imposible. *Meek y Wolman*, casos en los que los apelados parecen buscar sustento para su regla de la posibilidad de desvío, brindan poca o ninguna base a dicha regla. La cuestión no reside en determinar la posibilidad de desvío sino el contenido inadmisibles o no de la ayuda misma. Si la ayuda es adecuada para un colegio público, también lo será para cualquier colegio privado. En forma similar, la prohibición de que el Gobierno brinde un contenido inadmisibles resuelve la cuestión que se plantea, en términos de la Cláusula del Establecimiento, cuando la ayuda realmente se desvía a usos religiosos (v., e.g. *Agostini*, pp. 224/226). La preocupación por la posibilidad de desvío, como contrapuesta a la de la provisión de un contenido inapropiado, está también fuera de lugar porque es ilimitada, dado que incluye toda la ayuda -con independencia de lo trivial que resulte- y, por ende, sólo tiene, cuanto más, una muy remota vinculación con un interés

realista en prevenir el establecimiento de una religión. Finalmente, cualquier ayuda, con o sin contenido, es "susceptible de desvío" en el sentido de que permite que los colegios "desvíen" recursos. Sin embargo, la Corte no ha aceptado el recurrente argumento de que toda ayuda está prohibida por la circunstancia de que, al brindar ayuda a un aspecto de una institución, se le da la libertad para gastar sus otros recursos para favorecer sus objetivos religiosos (e.g. *Committee for Public Ed. and Religious Liberty v. Regan*, 444 US 646, 658 -1980-).

(d) Se rechazan los otros factores citados por la disidencia (como la preocupación por aquello que crea desacuerdo político), que los casos posteriores a *Aguilar* han descartado (v., e.g. *Agostini*, pp. 233/234). En particular, la circunstancia de si un colegio beneficiado es claramente sectario -factor que no han tomado en cuenta los casos recientes, como *Witters*- no resulta relevante a los fines de la constitucionalidad de un programa de ayuda escolar.

(e) La aplicación de los dos criterios relevantes de *Agostini* demuestra que no hay fundamento para concluir que el programa del Capítulo 2 del condado de Jefferson tiene por efecto promover la religión. En primer lugar, el Capítulo 2 no define a sus beneficiarios haciendo referencia a la religión, dado que la ayuda se asigna con base en criterios neutrales y laicos que no favorecen ni desfavorecen la religión, y sus beneficiarios pueden ser tanto religiosos como laicos, sin discriminación (*Agostini*, p. 231). No brinda ningún incentivo inadecuado porque, de acuerdo a las disposiciones de la ley, la ayuda se atribuye con base en la matrícula del colegio. Segundo, el Capítulo 2 no da lugar a un adoctrinamiento religioso del Gobierno. Determina en forma neutral la posibilidad de recibir ayuda, permitiendo que una amplia gama de escuelas pueda aspirar a ella, sin tomar en cuenta si tienen o no afiliación religiosa (ídem, pp. 225/226). También asigna la ayuda con base en las elecciones privadas de los estudiantes y de sus padres relativas a la elección de la escuela a la que asisten (íd., p. 222). Por lo tanto, no es problemático que objetivamente pueda afirmarse que el Capítulo 2 brinda ayuda "directa". Finalmente, la ayuda que se brinda a las escuelas religiosas en términos del Capítulo no tiene un contenido inadmisibles. La ley expresamente exige que dicha ayuda sea "laica, neutral y no ideológica" y las constancias del expediente indican que las agencias de Louisiana y del condado de Jefferson han cumplido fielmente esta exigencia en cuanto resulta aquí relevante. Si bien se ha demostrado que algún equipamiento ha sido -o que, al menos, fácilmente pudo haber sido- desviado para ser usado en clases de religión, esa prueba no es relevante a los fines del análisis constitucional. No puede concederse a mínimas violaciones legales a las restricciones al contenido, descubiertas y reparadas por las propias autoridades antes del comienzo de este proceso hace casi 15 años, una gravitación que convierta a un programa a otro respecto inobjetable en una ley que tiene el efecto de promover la religión.

(f) En la medida en que *Meek* y *Wolman* contradicen el análisis precedente, quedan invalidados.

2.2. La *Justice* O'Connor, con la adhesión del *Justice* Breyer, llegaron a la conclusión de que *Agostini* debe regir el análisis constitucional en este caso y exige la revocación de la sentencia de Cámara que declara la inconstitucionalidad del Capítulo 2, tal como se aplica al condado de Jefferson. En la medida en que *Meek* y *Wolman* contradicen la decisión que hoy toma la Corte, quedan invalidados.

(a) La pluralidad anuncia una regla de una amplitud que carece de precedentes para evaluar las impugnaciones fundadas en la Cláusula del Establecimiento a los programas gubernamentales de ayuda escolar. Esa regla resulta particularmente problemática, en primer lugar, porque asigna a la neutralidad una singular importancia para la futura adjudicación de las impugnaciones a los programas de ayuda escolar fundadas en la Cláusula de Establecimiento. Si bien la neutralidad es importante (v., e.g. *Agostini*, pp. 228, 231/232), la Corte nunca ha sostenido que un programa de ayuda gubernamental sobreviva a la revisión constitucional sólo en razón de los criterios neutrales con que distribuye la ayuda, sino que éste había sido, hasta ahora, sólo uno de los varios factores a considerar (ídem, pp.

226/228). En segundo lugar, la aprobación de la pluralidad al efectivo desvío de la ayuda gubernamental para hacer adoctrinamiento religioso contradice los precedentes de esta Corte (íd., p. 226/227). El desvío efectivo resulta constitucionalmente impermisible (e.g. *Bowen v. Kendrick*, 487 US 589, 621/622, 624 -1988-). La Corte no debiera tratar a un programa de ayuda *per capita* como el del Capítulo 2 de la misma forma que a los verdaderos programas de elección privada aprobados en *Witters* y *Zobrest*. Dado que *Agostini* constituye el más reciente intento de la Corte de elaborar un marco general para tratar las cuestiones relativas a los programas neutrales de ayuda escolar, y se refiere a una impugnación, en términos de la Cláusula de Establecimiento, a un programa de ayuda escolar estrechamente vinculado al aquí cuestionado, debería regir este caso.

(b) Conforme *Agostini*, la Corte analiza si el Gobierno actuó con el propósito de promover o inhibir la religión y si la ayuda tiene ese "efecto" (pp. 222/223). Los criterios específicos usados para determinar la existencia de un efecto impermisible han cambiado en los casos recientes (p. 223), los cuales establecen tres criterios fundamentales para hacer esa determinación, a saber, si el programa: (1) da lugar a un adoctrinamiento gubernamental; (2) define a sus beneficiarios mediante la referencia a la religión; o (3) crea un entrelazamiento excesivo entre Gobierno y religión (p. 234). Esos mismos criterios pueden aplicarse para determinar si un programa brinda respaldo a la religión (p. 235). Los apelados no cuestionan el objetivo laico del Capítulo 2 ni alegan que cree un entrelazamiento excesivo. En consecuencia, la Corte sólo necesita analizar si el Capítulo 2, tal como se aplica al condado de Jefferson, da lugar a un adoctrinamiento gubernamental o define a sus beneficiarios mediante la referencia la religión. Resulta claro que el Capítulo 2 no define así a quienes reciben su ayuda. Antes bien, usa criterios completamente neutrales y laicos para asignar la ayuda a los estudiantes inscriptos en colegios religiosos o laicos, indistintamente. En cuanto al adoctrinamiento, el programa del Capítulo 2 tiene las mismas características que el aprobado en *Agostini*: la ayuda se asigna con base en criterios laicos y neutrales; complementa y no sustituye la recepción de fondos no-federales; los fondos que distribuye nunca llegan a las arcas de los colegios religiosos; la ayuda es laica; sólo se han probado mínimos desvíos reales; y el programa contiene medidas de seguridad adecuadas. Sin tomar en cuenta si estos factores constituyen exigencias constitucionales, lo cierto es que bastan para concluir que el programa en cuestión no tiene el efecto impermisible de promover la religión. Por las mismas razones, el programa del Capítulo 2 no puede ser razonablemente considerado como un respaldo a la religión.

c) Deben rechazarse las pretensiones de los apelados de que *Agostini* es *distinguishable* y que *Meek* y *Wolman* rigen este caso. *Meek* y *Wolman* crearon una inexplicable grieta en la jurisprudencia de la Corte relativa a la Cláusula de Establecimiento. Esas decisiones aplicaron el criterio previamente vigente, formulado en *Allen*, conforme al cual las leyes que autorizan el préstamo de libros de texto a estudiantes de escuelas religiosas no violan la Cláusula de Establecimiento (v., e.g. *Meek*, pp. 359/362, opinión de la pluralidad), pero declararon inválido el préstamo de material y equipos didácticos a las escuelas religiosas (ídem, pp. 362/366), con base en que cualquier ayuda que apoye los objetivos educativos de las escuelas claramente sectarias inevitablemente tiene el efecto impermisible de promover la religión (íd., pp. 365/366). La irracionalidad de esta distinción resulta manifiesta (v. *Wallace v. Jaffre*, 472 US 38, 110 1985-). Se rechaza la afirmación de los apelados de que el material y equipos, a diferencia de los libros de texto, pueden ser fácilmente desviados a usos religiosos por cuanto no realiza una distinción lógica: un educador puede usar virtualmente cualquier herramienta didáctica, incluso un libro de texto, para enseñar un mensaje religioso.

(d) La Corte debería seguir la regla aplicada en los casos de los programas de préstamo de libros de texto: para demostrar una violación a la Enmienda I, los peticionantes deben acreditar que la ayuda realmente es, o ha sido, usada con objetivos religiosos (v., e.g. *Allen*, p. 248). *Agostini* y los casos en que se basa han debilitado las presunciones que subyacen en *Meek* y *Wolman*. El rechazo definitivo en *Agostini* de la presunción de que los empleados de las escuelas públicas que enseñan en las religiosas inevitablemente inculcan

religión también implica -o al menos indica categóricamente- el de la más amplia proposición de que dichas presunciones de adoctrinamiento religioso normalmente resultan inapropiadas para evaluar programas neutrales de ayuda escolar en términos de la Cláusula de Establecimiento. Deben rechazarse las pretensiones de los apelados de que lo resuelto en *Agostini* sólo debería aplicarse a los hechos de esa causa, y que debería conservarse la presunción de que el material y equipo didáctico se va a usar para dar adoctrinamiento religioso. La presunción de que los instructores de los colegios religiosos pueden respetar las restricciones relativas al uso de libros de texto provistos por el Gobierno (v. *Meek*, p. 384) debe extenderse al material y equipos didácticos (*School Dist. of Grand Rapids v. Ball*, 473 US 373, 399/400 -1985-, voto parcialmente concurrente y disidencia parcial de O'Connor), *distinguished*.

(e) Se rechaza la pretensión de los apelados de que la aplicación que, en los hechos, se hizo del Capítulo 2 en el condado de Jefferson violó la Cláusula de Establecimiento. La escasa prueba reunida por los apelados durante los 4 años del *discovery* (que comenzó aproximadamente hace 15 años) es, cuanto más, *de minimis* y por lo tanto insuficiente para afectar la revisión constitucional. Su afirmación de que el Gobierno debe tener un mecanismo de alarma (*failsafe mechanism*) que pueda detectar cualquier supuesto de desvío, fue rechazada en *Agostini* (p. 234). Dado que la presunción adoptada en *Meek* y *Wolman* en relación al uso de material y equipo didáctico por parte de los maestros de escuelas religiosas debiera abandonarse, no es constitucionalmente necesario un control muy riguroso del programa del Capítulo 2. Además, la revisión de las medidas específicas de seguridad empleadas, conforme al Capítulo 2, a nivel federal, estadual y local demuestra que son constitucionalmente suficientes. Los apelados no acreditaron ningún desvío real sino, cuanto más, la posibilidad de desvío en dos supuestos aislados. La prueba de violaciones a las restricciones relativas a la sustitución y al contenido que contiene el Capítulo 2 resulta igualmente insignificante y, por ende, merece el mismo tratamiento. Esta Corte nunca ha declarado inconstitucional a todo un programa de ayuda con base en la Cláusula de Establecimiento sólo con base en violaciones minúsculas como las que aquí están en cuestión. La existencia de tan pocos ejemplos no demuestra que las reglas de "no-desviación" han fracasado sino que han funcionado.

Nota de la Secretaría: v. LUPU, Ira C., "Government Messages and Government Money: *Santa Fe, Mitchell v. Helms*, and the Arc of the Establishment Clause", en *George Washington University Law School, Public Law and Legal Theory*, Working Paper 010, 2000; asimismo, v. "The Supreme Court, 1999 Term. Leading Cases: I. Constitutional Law ... Establishment Clause: Government Aid to Religious Schools'", en *Harvard Law Review*, Cambridge, 2000, vol. 114, n° 1, p. 239.

SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS, sentencia del 28-6-2000, *Guy Mitchell, et al. v. Mary L. Helms, et al.*, en 68 LW 4668.

TRATADOS INTERNACIONALES. TRATADO DE INTEGRACIÓN Y COMPLEMENTACIÓN MINERA (CHILE).

1. Antecedentes del caso: el 29 de agosto de 2000, trece Senadores en ejercicio, presentaron un requerimiento en conformidad al art. 82.2 de la Constitución, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del Tratado entre la República de Chile y la República de Argentina sobre Integración y Complementación Minera y, en subsidio, la de sus arts. 1° y 5°. Señalan los requirentes que el Tratado fue tramitado y aprobado en la Cámara de Diputados como una ley simple, cuando, al contener normas propias de ley orgánica constitucional, debe ser aprobado en la forma correspondiente a dicha clase de leyes. En tal sentido, se plantea en la presentación que el Tratado modifica, por una parte, la ley 18.097, Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras y, por la otra, la Ley

Orgánica Constitucional sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales, a que se refiere el art. 74 de la Carta Fundamental. Exponen, asimismo, que el art. n° 1 del Tratado viola el art. 19 constitucional.

2. Sentencia:

2.1. Inconstitucionalidades de forma

2.1.1. En primer lugar, los requirentes, aduciendo vicios de carácter formal, solicitan se declare la inconstitucionalidad del Tratado entre la República de Chile y la República Argentina sobre Integración y Complementación Minera.

Sobre el particular cabe tener presente que, a tenor de los certificados tenidos a la vista por este Tribunal Constitucional, el Tratado en relación fue aprobado en la Cámara de Diputados con el voto conforme de 89 de sus miembros, encontrándose en ejercicio 120, y en el Senado, con el voto conforme de 34 senadores, hallándose 47 en ejercicio.

Fluye de lo anterior, que en ambas ramas del Congreso el Tratado fue aprobado con un quórum superior al exigido por el inciso segundo del art. 63 de la Constitución, para aprobar, modificar o derogar una ley orgánica constitucional. Por consiguiente, aun cuando la aprobación del Tratado en la Cámara de Diputados se haya tramitado como ley simple, lo cierto es que la votación cumple con la exigencia del ya mencionado art. 63.

De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, el error en que se incurrió durante la tramitación de su aprobación en la Cámara de Diputados al calificar como ley simple materia propia de leyes orgánicas, queda desprovisto de la trascendencia indispensable para declararlo inconstitucional, por cuanto el quórum de votación excede el mínimo exigido por el art. 63.2. Al efecto, en fecha reciente, al resolver un caso similar, este Tribunal expresó: "...no resulta ni razonable, ni prudente que tal error autorice para declarar la inconstitucionalidad de forma del acuerdo aprobatorio del convenio cuestionado, pues desde un punto de vista material se cumplió con el fin perseguido por la señalada norma constitucional" (Rol N° 309, del 4 de agosto de 2000, considerando 30°).

En tal evento, las supuestas modificaciones, por tener el respaldo de los quórum pertinentes, no merecerían reproche desde el punto de vista constitucional.

2.1.2. En el requerimiento se argumenta que el Tratado, al darle facultades en su disposición quinta a la Comisión Administradora establecida en el art. 18, estaría incorporando a su texto normas sobre competencia, lo que significaría que la referida Comisión tendría atribuciones jurisdiccionales que, como consecuencia, se traducen en que el Tratado debía ser aprobado como ley orgánica constitucional.

Frente a la pretensión de los requirentes, este Tribunal debe analizar si a la referida Comisión se le otorgan o no funciones jurisdiccionales.

En conformidad al art. 18 del Tratado, su administración y evaluación "estará a cargo de una Comisión Administradora, integrada por representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores de la República de Chile y de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina, y del Ministerio de Minería de la República de Chile y de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería de la República Argentina". El mencionado artículo en su letra "d" autoriza para participar en la solución de controversias en conformidad a los arts. 19 y 20 del Tratado. El primero dispone que los conflictos que se susciten entre las partes con motivo de la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado o de sus protocolos adicionales, deberán dirimirse, en lo posible, "por medio de negociaciones directas realizadas a través de la Comisión Administradora". Si ellas fracasan el "recurrente podrá someterla a consideración del Consejo de Complementación Económica, conforme al procedimiento previsto por los artículos 4° y siguientes del Capítulo III del Segundo Protocolo Adicional del ACE N° 16, concertado entre Chile y Argentina". Lo expresado conduce a la conclusión de que la Comisión, en este tipo de Controversias, tiene como única misión la de ser mediadora en las negociaciones directas de las partes.

El art. 20 del Tratado, se refiere a la solución de controversias "entre una Parte - Chile o Argentina- e inversionistas de la otra Parte", y se remite al "Tratado de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones...". De su tenor literal se desprende que en la solución de estas controversias, no le corresponde participación alguna a la Comisión Administradora del Convenio.

De las disposiciones del Tratado se observa con toda claridad y nitidez, que las atribuciones que le otorga a la Comisión Administradora son las de un mediador que opera con posterioridad al conflicto y antes de que se abra un proceso jurisdiccional. La única función que cumple dicho organismo, es la de cooperar en la búsqueda, a través de mecanismos autocompositivos, de una solución alternativa anterior a una eventual controversia jurisdiccional, lo que por su propio ámbito descarta el ejercicio de la jurisdicción.

Lo expuesto lleva a concluir que al examinar la constitucionalidad de las normas del Tratado y de sus anexos, no hay discrepancia alguna entre su contenido y lo dispuesto en los arts. 73 y 74 de la Constitución. El Tratado no contiene materias que sean de carácter orgánico constitucional y como tales requieran informe previo de la Corte Suprema.

2.2. Inconstitucionalidades de fondo

2.2.1. En subsidio, los requirentes solicitan "declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1° a 5° del citado Tratado", pues estiman los reclamantes que al levantarse las prohibiciones y restricciones existentes en la legislación chilena que en dicho precepto se indican, se vulnera directamente el inciso décimo del N° 24 del art. 19 de la Constitución, que "establece una prohibición absoluta a la concesión minera sobre todo tipo de yacimientos situados en zonas fronterizas consideradas de importancia para la seguridad nacional...".

De la simple lectura del precepto citado se advierte que la Carta Política dispone algo distinto a lo que se indica. En efecto, la norma señala que en las zonas que, *conforme a la ley*, se determinen de importancia para la seguridad nacional, la exploración, explotación o el beneficio de los yacimientos situados, en todo o en parte, en ellas, podrán ejecutarse por el Estado, por sus empresas, por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación.

2.2.2. Debe tenerse presente, por un lado, que según la jurisprudencia de este Tribunal, la preceptiva aludida por la Carta Fundamenta, es una ley común. Al respecto, se ha resuelto que cuando la Constitución se refiere a la "ley" sin adjetivos, se entiende que es una ley común, porque dicha clase de leyes constituye la regla general de nuestro Código Político, representando las leyes interpretativas, las orgánicas constitucionales y las de quórum calificado, la excepción dentro de la denominación genérica de ley (Rol N° 260, del 13-10-1997)

De lo expuesto cabe concluir que, teniendo el tratado fuerza de ley, nada impide que pueda modificar a una norma de igual jerarquía, sin lesionar con ello el ordenamiento jurídico vigente.

2.2.3. La asimilación que procuran hacer los requirentes entre las zonas fronterizas y zonas de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros, carece de todo asidero en la preceptiva constitucional, legal y reglamentaria.

En efecto, las zonas fronterizas, en conformidad con lo que señalan los decretos del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 4 de 1967 y N° 83 de 1979, son áreas del territorio nacional determinadas por la autoridad administrativa, en las cuales se establecen, en lo fundamental, ciertas restricciones que consisten en autorizaciones para realizar determinados actos jurídicos respecto de bienes específicos que ellas se encuentran.

Por su parte, en las áreas que, conforme a la ley, se determinen de importancia para la seguridad nacional -que no tienen por qué estar situadas en zonas fronterizas- solo se producen efectos en el ámbito minero, en virtud de los cuales no pueden constituirse nuevas concesiones judiciales de exploración y explotación de los yacimientos que se encuentren

en ellas, y el Presidente de la República puede poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa, y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos especiales de operación relativos a explotaciones ubicadas en ellas (art. 19, N° 24, inciso 10° de la Constitución).

De lo dicho se desprende que los requirentes confunden instituciones que son diferentes, que se encuentran sometidas a regulaciones distintas. Las zonas de importancia para la seguridad nacional, no coinciden con las zonas fronterizas ni con las "prohibiciones y restricciones... establecidas en razón de la calidad de extranjero y de nacional chileno o argentino", a que se refiere el art. 1°, inciso 2°, del Tratado.

Por tal motivo, es perfectamente concebible que, si lo considera necesario, la autoridad chilena pueda declarar zona de importancia para la seguridad nacional parte del territorio en el cual se dé aplicación a las normas del Tratado en análisis.

2.2.4. Finalmente, el requerimiento sostiene que al levantar restricciones y otorgar beneficios para un solo sector económico -el sector minero-, y para una sola zona fronteriza -el área de operaciones del Tratado-, dejando vigente las restricciones para todos los otros sectores y zonas geográficas, el Tratado establece una discriminación arbitraria, contraria a la garantía contenida en el N° 22 del art. 19 de la Constitución.

Sobre el particular debe tenerse presente que la garantía establecida en el citado N° 22 del art. 19, no es sino una singularización del principio de la igualdad ante la ley reconocido en el N° 2 del mismo artículo, y que este Tribunal ha estimado que consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que estén en situaciones diferentes (Roles N° 5 del 26-11-81 y 203 del 6-12-94).

Por consiguiente, de acuerdo con esta conceptualización de la igualdad jurídica, es perfectamente explicable que determinados sectores económicos e incluso mineros o zonas geográficas, queden al margen de los beneficios que contemplan las cláusulas del Tratado.

Admitido que la igualdad jurídica no es absoluta, lo que el Constituyente rechaza son las discriminaciones arbitrarias, que no son otras que las diferencias irracionales, producto del capricho y contrarias al bien común (Rol N° 203).

Dentro de esta línea de razonamiento, aun cuando no corresponde a este Tribunal emitir juicios de conveniencia o eficacia económica o social, no es menos cierto que no puede desatender los orígenes del convenio, cual es el Tratado de Paz y Amistad suscrito el 29 de noviembre de 1984, que sentó las bases convencionales para que ambas naciones avanzaran en la integración y cooperación económica. Estos antecedentes, como asimismo los objetivos y alcances del Tratado, trasuntan un esfuerzo reflexivo y razonado para propender a la integración y complementación de dos naciones, por lo que no cabe al respecto el reproche de arbitrariedad aludido por los requirentes.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, sentencia de 3-10-2000, Rol N° 312, en *Ius et Praxis*, Talca, Universidad de Talca-Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2000, n° 2, p. 503.

TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. COMPETENCIA (CROACIA).

1. Antecedentes del caso: el peticionante presentó un recurso ante la Corte Constitucional impugnando una decisión por la cual se hizo lugar a la solicitud del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, de que se le remitiera su caso. En tal sentido, reclamó la competencia de los tribunales nacionales, invocando la disposición constitucional por la cual ningún ciudadano croata puede ser exilado, privado de su nacionalidad o extraditado hacia otro país. Argumentó, asimismo, que en este caso debe aplicarse la disposición constitucional en virtud de la cual es obligatorio aplicar la ley más benigna. El

derecho croata establece penas máximas de veinte años de cárcel, mientras que el Tribunal Penal Internacional puede condenar a cadena perpetua.

2. Sentencia:

La decisión impugnada cae dentro de las disposiciones de la ley constitucional relativa a la cooperación entre la República de Croacia y el Tribunal Penal Internacional, en vigencia desde el 19 de abril de 1996, así como dentro del estatuto dicho Tribunal. De conformidad con éste, el Tribunal Penal Internacional y los tribunales nacionales son competentes para juzgar a las personas acusadas de violación grave del derecho internacional humanitario sobre hechos ocurridos en el territorio de la ex Yugoslavia desde el 1 de enero de 1991.

Por otra parte, el Tribunal Penal Internacional tiene primacía sobre los nacionales. El Estatuto y Reglamento (relativo al procedimiento y la prueba) establecen que el Tribunal Penal Internacional puede, en cualquier momento del proceso, solicitar oficialmente a los tribunales que se separen de la causa y se la remitan. El Estatuto en juego integra del orden jurídico interno de Croacia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE CROACIA, sentencia del 21-10-1999, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 1999, 3, p. 382.

DOCTRINA

ABORTO. CORTES CONSTITUCIONALES Y SUPREMAS. JURISPRUDENCIA. PODER JUDICIAL (EE.UU.-ALEMANIA).

Al analizar las más importantes decisiones constitucionales relativas al aborto adoptadas en los Estados Unidos y en Alemania, se observa una importante convergencia de los regímenes legales de ambos países en este área, pese a los puntos de partida diametralmente opuestos de sus más altos tribunales. Mientras *Roe v. Wade* partió de la premisa de que el feto carecía de derechos y de que el derecho a la privacidad de la mujer incluía un derecho a optar por un aborto libre de restricciones gubernamentales, la Primera Decisión Alemana [*BverfGE* 39, 1 (1-68)] de este área estableció que la garantía constitucional al derecho a la vida también alcanzaba al niño por nacer y exigía que el Estado penalizara el aborto. Sin embargo, en *Planned Parenthood v. Casey* y en la Segunda Decisión Alemana [*BverfGE* 88, 203 (203-363)] sobre aborto, las Cortes respectivas albergaron regímenes legales casi idénticos conforme a los cuales la madre puede hacerse un aborto en los estadios tempranos del embarazo y por causas específicas, pero el Estado debe estructurar el contexto de esa decisión para intentar persuadirla de seguir adelante con su embarazo.

El proceso de razonamiento mediante el cual ambas Cortes moderaron su jurisprudencia muestra tres “paralelos paradójicos”.

Primero, en *Roe* y en la Primera Decisión Alemana, las Cortes intentaron establecer la legitimidad de la resolución judicial de la cuestión del aborto buscando sustento en marcos legales derivados de una jerarquía formalista de derechos constitucionales, pero se vieron obligadas a moderar las extremas implicancias de este análisis introduciendo una forma de balance moral que debilitó su legitimidad.

Segundo, en *Casey* y en la Segunda Decisión Alemana, ambas Cortes alteraron el marco jurídico de sus decisiones anteriores pero intentaron preservar la legitimidad a través del *stare decisis*, afirmando estar preservado el balance moral de dichas decisiones pese a que sus nuevos regímenes, en los hechos, cambiaron el significado de dicho balance moral.

Tercero, ambas Cortes sostuvieron que el *locus* de la decisión de abortar no había cambiado en los nuevos regímenes; es decir, que la decisión seguía perteneciendo a la madre en *Casey*, y al Estado en la Segunda Decisión Alemana. Sin embargo, en ambos casos, este razonamiento sobresimplificó la naturaleza de la decisión de abortar e ignoró la forma en que, en los hechos, había cambiado el rol del Estado como estructurador del contexto en que se adopta dicha decisión. Dado que este cambio probablemente tenga un efecto importante en un número importante de mujeres, el *locus* de la decisión ha cambiado.

El presente análisis de las decisiones de las Cortes es crítico porque intentamos eliminar la retórica de las opiniones de la Corte y mostrar así dos puntos claves. Primero, que pese las declaraciones en contrario, los regímenes de aborto aprobados en *Casey* y en

la Segunda Decisión Alemana introducen un cambio importante a los límites constitucionales a la reglamentación estatal del aborto. Segundo, la intervención judicial en el campo del aborto, en ambos países, ha estado marcada por análisis retorcidos, incompletos, ilógicos e internamente inconsistentes. Dado que las Cortes se enfrentaron a dificultades parecidas y realizaron contorsiones doctrinarias similares, sus premisas constitucionales opuestas y diferentes tradiciones jurídicas y estilos de razonamiento sugieren que los paralelos paradójicos brindan algunas lecciones universales sobre la relación entre las Cortes y la sociedad en general, y sobre la relación entre el razonamiento jurídico y el balance moral, en particular.

El razonamiento jurídico tiende a ser deductivo, amplio y generalizado, mientras que el balance moral es intuitivo, con matices e individualizado. A menos que los tribunales deban realizar balances morales manifiestos sin el aparato del análisis jurídico, existen riesgos inherentes en la constitucionalización de cuestiones que dependen de un juicio moral, así como en la moralización de cuestiones de derecho constitucional. Las amplias declaraciones jurídicas que brindan las bases para la deducción jurídica probablemente resulten demasiado inflexibles para la difícil tarea de realizar un balance moral complejo. Por lo tanto, cuando los tribunales aplican el análisis constitucional a difíciles cuestiones morales, pueden enfrentarse a poderosas fuerzas sociales. Esto no significa que los tribunales nunca deban imponer límites constitucionales al balance moral que surge del proceso político sino que esos ejercicios de activismo judicial, aun cuando sean necesarios, tienen tanto límites institucionales como costos institucionales.

Los límites institucionales derivan de la generalmente entendida, pero muchas veces pasada por alto, realidad de que la ley es una herramienta imperfecta de regulación social. La ley, si bien es “obligatoria” en teoría, no genera cumplimiento perfecto. En verdad, la interacción entre la ley y la sociedad frecuentemente conduce a la modificación de la ley y no del comportamiento de las personas. Esta realidad no es menos cierta para las declaraciones judiciales de principios constitucionales que para otras formas de derecho, especialmente en razón de que los pronunciamientos judiciales no son autoejecutables y dependen de la aceptación de las Ramas políticas y de la sociedad en general. El respeto por el Poder Judicial y por el imperio de la ley significa que las decisiones constitucionales tienen una gravitación importante, pero los pronunciamientos judiciales de principios constitucionales no pueden, por su imperio, prevalecer sobre fuerzas sociales poderosas. Por supuesto, esta perspectiva no resulta novedosa ni está limitada al ámbito del aborto (considérese, por ejemplo, el área de la segregación escolar). Las decisiones norteamericanas y alemanas sobre aborto hacen comprender este punto con fuerza particular porque las fuerzas sociales esencialmente obligaron a las Cortes a aceptar regímenes de compromiso similares pese a que sus pronunciamientos constitucionales originales ocupaban extremos opuestos. Ni la autonomía decisoria extrema sin límites ni el control estatal sin alguna autonomía decisoria, pudieron prevalecer sobre las fuerzas sociales contrarias que llevaron a las Cortes inexorablemente a una posición de compromiso.

Esto no significa que *Roe* y la Primer Decisión Alemana no hayan tenido impacto en los regímenes de aborto de sus respectivos países. El aborto era un crimen en casi todos los Estados norteamericanos antes de *Roe* y la ley invalidada en la Primer Decisión era más permisiva que el régimen aprobado en la Segunda Decisión. Por lo tanto, pareciera que las Cortes también produjeron el efecto de moderar a la sociedad en la que actúan. En este sentido, las decisiones sobre aborto representan un diálogo entre las Cortes y las sociedades en las que funcionan. Mediante su invocación de principios constitucionales, los tribunales pueden recordar importantes valores a la sociedad y, de ese modo, afectar su comportamiento. Sin embargo, esto no se traduce necesariamente en una sociedad que comparte completamente esos valores. Por otra parte, este diálogo tiene un doble sentido. Los tribunales se ven también influenciados por las sociedades en las que actúan. Si los valores que ellos expresan como doctrina constitucional se apartan demasiado de los de la sociedad, los tribunales se verán obligados a ajustar sus tesis.

Esta interpretación dialogal de la relación entre los tribunales y las sociedades subraya que si bien las decisiones constitucionales que formulan principios constitucionales que contradicen fuerzas sociales poderosas pueden afectar el equilibrio social y producir un balance diferente, existe un costo institucional inherente. Para la Suprema Corte de los Estados Unidos, la reacción violenta contra *Roe* dio lugar a un esfuerzo político coordinado para reconfigurar a ese Tribunal que, en alguna medida, fue exitoso, pese a que el “*holding* esencial” de *Roe* permanezca intacto. A resultas de esto, el proceso de nominaciones judiciales y la Suprema Corte misma han pasado a estar crecientemente politizados, con la resultante politización de sus decisiones. Si bien el impacto de la respuesta política a la Primera Decisión Alemana en la Corte Constitucional está menos documentado, la Segunda Decisión no puede ser vista más que como un compromiso político. En cualquier caso, ambas Cortes se vieron obligadas a recurrir a análisis retorcidos y poco convincentes para intentar sostener que sus decisiones reflejaban una exposición coherente y consistente de sus constituciones.

Las Cortes carecen de todo poder político para comandar lealtades o para amenazar con el uso de la fuerza para garantizar el cumplimiento de sus decisiones. La efectividad de sus sentencias depende del respeto por el Poder Judicial y el imperio de la ley. Este es su capital institucional, un recurso valioso que debe ser protegido y usado en forma inteligente. Quizás no resulte tan paradójico que, tanto para la Suprema Corte como para la Corte Constitucional, la invocación de autoridad judicial en relación al perturbador problema del aborto les haya generado un considerable gasto de capital institucional.

LEVY, Richard E. y SOMEK, Alexander, “Paradoxical Parallels in the American and German Abortion Decisions”, en *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Louisiana, Tulane University School of Law, 2001, vol. 9, pp.109/166.

BIOÉTICA. EUTANASIA. DERECHO A LA VIDA. MÉDICOS (REINO UNIDO).

En el caso *Airedale NHS Trust v. Bland* (1993), la Cámara de los Lores declaró lícito el retiro de la alimentación por tubo a un paciente en “persistente estado vegetativo”, incluso con intención de matarlo.

En junio de 1999, la Asociación Médica Británica (Asociación) publicó unas Pautas sobre la no provisión y retiro de “tratamiento médico”, definiendo a éste de una forma que incluye el no suministro y retiro de alimentos y agua por tubo, no sólo a pacientes en persistente estado vegetativo sino también a otros no terminales, como los que padecen demencia severa o apoplejía seria. La justificación subyacente parece ser (como en *Bland*) que esas vidas carecen de valor, incluso cuando uno de los objetivos del médico sea matar. ¿Como se compadece esto con la irrestricta oposición de la Asociación a la terminación intencional *activa* de las vidas de los pacientes, cualquiera sea su grado de conciencia? Las Pautas también exigen a los médicos colaborar con rechazos incluso suicidas de los pacientes a un tratamiento médico. ¿Cómo condice esto con la oposición de la mencionada entidad al suicidio *activo* médico/paciente?

En pocas palabras, las Pautas parecen condonar la eutanasia pasiva no voluntaria y comprometen gravemente la oposición de la profesión a la eutanasia activa.

Además, los criterios para identificar las vidas que carecen de beneficio resultan intrínsecamente arbitrarios y vagos. Son pasibles de extensión, en principio y en la práctica, a grupos de personas como los ancianos. Tampoco resulta caprichoso sugerir que los médicos que estén en desacuerdo con estos criterios pueden verse presionados para aplicarlos.

Las Pautas ponen énfasis en la importancia de que los médicos no parezcan abandonar a los pacientes. Sin embargo, muchas familias bien pueden pensar que esto es precisamente lo que hacen los médicos que siguen dichas reglas: abandonar a sus seres

queridos a un muerte lenta por deshidratación porque se considera que sus vidas carecen de valor. La percepción de abandono también puede ser aún mayor porque lo que se niega o retira no es una tecnología médica moderna, sino comida y agua. Brindar alimento y agua a los hambrientos y sedientos es un mandato poderoso, y un símbolo, de cuidado y solidaridad; su negativa no puede expresarse en forma menos categórica y simboliza abandono. Las Pautas, por lo tanto, generan el riesgo de debilitar la confianza que resulta tan esencial en la relación entre médicos, pacientes y parientes.

Estas Pautas también plantean la posibilidad de debilitar el compromiso, tradicionalmente considerado esencial para la práctica ética de la medicina, de brindar tratamiento y cuidado a todos los pacientes por igual, sin perjuicio de su capacidad.

El efecto de las Pautas ciertamente es acomodar a los médicos que no brindan o retiran tratamiento y alimentación por tubo a ciertos pacientes porque ya no piensan que sus vidas valen la pena. Con el *imprimatur* de la Asociación, es poco probable que esta práctica sea impugnada judicialmente, particularmente a la luz de la tradicional deferencia de los jueces a la opinión médica.

Cualquiera sea la explicación de la posición adoptada por la Asociación, los errores de las Pautas indican que la gravedad y complejidad de las cuestiones requieren ulterior consulta y deliberación.

KEOWN, John, “Beyond *Bland*: a critique of the BMA guidance on withholding and withdrawing medical treatment”, en *Legal Studies*, Cardiff, Butterworths, 2000, vol. 20, n° 1, p. 66/84.

DEFENSOR DEL PUEBLO. ÓRGANOS DE CONTROL ADMINISTRATIVO INFORMAL. CONSUMIDORES. PROTECCIÓN. ACCESO A LA INFORMACIÓN (COSTA RICA).

Ante la necesidad de buscar alternativas que aseguraran un control eficaz de la acumulación administrativa, se produjo en la primera mitad del siglo XX el surgimiento de los tribunales administrativos especializados y, más recientemente, la figura del Ombudsman, Procurador o Defensor del Pueblo. En Costa Rica, mediante la ley N° 7319, se creó la figura del Defensor de los Habitantes.

La Defensoría de los Habitantes tiene como función la de velar por que el funcionamiento del sector público se ajuste a todo lo establecido por el bloque de legalidad, así como también a la moral, a la justicia y a los principios generales del derecho. Este organismo se ocupa de atender los problemas planteados por los habitantes en contra de la Administración por situaciones de pasividad o inercia en su actuar, o bien por la existencia de una omisión o infracción a su deber legal de obrar o actuar que le es propio. Es preciso destacar que la función de la Defensoría de los Habitantes consiste en el ejercicio de una magistratura de influencia, razón por la cual las recomendaciones, sugerencias o solicitudes (excepto las de rendición de informes) no son actos de imperio, sino que su cumplimiento depende en mucho de la acogida que sus destinatarios le brinden y su fuerza reside en el deber de actuar establecido por la ley al ente al que se dirige la recomendación.

1. *El nuevo enfoque de la protección al consumidor*

Desde hace aproximadamente cuatro años, Costa Rica cuenta con la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (ley 7472), instrumento jurídico absolutamente necesario para una sociedad que ha decidido incorporarse a la globalización y que requiere del acceso a los mercados internacionales para lograr índices de crecimiento y desarrollo, sobre todo de cara a las exigencias del nuevo siglo.

Durante la década de los ochenta se produce la transformación de un Estado proteccionista -llamado a tutelar el “bienestar” de los consumidores-, que intervenía directamente en todo lo relativo a abastecimiento, calidad y sobre todo precios en los bienes de consumo de los costarricenses, hacia un Estado más abierto y menos controlador. En el

esquema anterior, el consumidor no tenía que preocuparse por exigir al oferente de los bienes y servicios el cumplimiento de características esenciales, garantías, ni tampoco pensar en prácticas especulativas con los precios, porque la gran mayoría de los artículos (sobre todo los de primera necesidad) estaban total y absolutamente regulados y bajo la vigilancia permanente del Estado. Con el cambio de concepción de las funciones del Estado, Costa Rica pasa a depender de exportaciones no tradicionales teniendo, a su vez, que abrir su mercado.

El requisito para lograr la inserción en el mundo globalizado es sustituir la producción de aquellos bienes y servicios en que no se tienen ventajas comparativas por aquellos en que sí se puede ser exitoso en el exterior. De la capacidad de transformar los esquemas productivos con la mayor rapidez y con el menor costo social depende la posibilidad para el país de generar mayor desarrollo.

Uno de los aspectos fundamentales para lograr ese ulterior objetivo es el de proveer mecanismos efectivos para que los consumidores tengan acceso a la información para tomar sus decisiones, así como también a los mecanismos adecuados para exigir y obtener calidad en los bienes y servicios.

En ese sentido, la ley persigue el objetivo de proteger los derechos e intereses del consumidor y promover la competencia.

En ese ámbito, la actividad del Estado ya no se puede concebir como participante activo de las relaciones comerciales y productivas, sino más bien como garante de la competencia y la defensa del consumidor.

Es por esto que la ley 7472 abarca tres aspectos fundamentales: la desregulación de mercados, la promoción de la competencia y la defensa del consumidor.

1.1. Desregulación económica

El objetivo fundamental de este aspecto consiste en brindar las condiciones para que el Estado no entorpezca, impida o distorsione las transacciones naturales del mercado, tanto interna como externamente, según los requerimientos asumidos en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT).

La normativa vigente, por lo tanto, pretende brindar protección al ejercicio de la libertad de empresa y garantizar el acceso a la mayor productividad. Los trámites y requisitos que puede imponer el Estado son aquellos relacionados con la protección de la salud, la seguridad, el medio ambiente y la garantía de cumplimiento de estándares de calidad de los bienes y servicios que se comercializan internamente, sin importar su procedencia.

En la ley se establece que la regulación de precios procede por excepción y temporalmente cuando existan imperfecciones de mercado, pero siempre teniendo en cuenta los aspectos relativos al abastecimiento. Se mantuvo la potestad del Estado de regular la canasta básica a la que se tiene acceso con el salario mínimo que se establezca, cuando lo considere necesario.

En el tema sobre la desregulación económica, es importante señalar que la Defensoría debe ser vigilante en dos aspectos fundamentales: los aspectos relativos al control de calidad y los efectos sobre el medio ambiente.

Por otra parte, la Defensoría mantiene una actitud de vigilancia con respecto al papel que debe asumir el Ministerio de Economía (MEIC) en su labor de regular los precios de la canasta básica y de monitorear la evolución de aquellos bienes cuyos precios no están regulados.

Debe recordarse que la labor de la Defensoría en la regulación de precios (tanto de bienes privados fundamentales como públicos) es asegurar que los entes encargados garanticen a los consumidores las condiciones de calidad adecuada, con un mercado transparente que ofrezca precios justos y competitivos.

1.2. Promoción de competencia

En relación con este aspecto, se regulan y definen las prácticas monopólicas privadas, sean estas absolutas o relativas.

Se prohíben con esta ley las acciones que causen confusión del establecimiento y de los productos de los competidores, la imitación, así como también la utilización de aseveraciones falsas que ocasionen descrédito para el competidor o generen expectativas exageradas acerca de lo que se ofrece.

1.3. Defensa del consumidor

Se establecen los derechos irrenunciables del consumidor, entre los que se destacan la protección ante riesgos que puedan afectar la salud, la seguridad y el medio ambiente.

Asimismo, se dispone el derecho a que se protejan los intereses económicos y sociales de los consumidores, así como también el acceso a información sobre los bienes y servicios que se desean adquirir. Por otra parte, se fija el derecho a una adecuada educación para ejercer la libertad de escogimiento, a la protección contra la publicidad engañosa, al condicionamiento abusivo y a los métodos de competencia desleal.

Por otra parte, el consumidor tiene derecho a recibir del Estado todo el apoyo para agruparse y organizarse, de manera que sus opiniones sean escuchadas en los procesos de toma de decisiones.

Se asigna al Estado la responsabilidad de velar, mediante revisión periódica y aleatoria, por el cumplimiento de normas de salud, seguridad, medio ambiente y estándares de calidad de los productos ofrecidos en el mercado, formular programas de capacitación en cuanto a los derechos del consumidor y fomentar la creación y funcionamiento de organismos de consumidores.

El comerciante, a su vez, tiene una serie de obligaciones para con el consumidor, dentro de las cuales se destaca la de suministrar toda la información relativa al bien o servicio en sí mismo, así como también a las condiciones de venta, sea a crédito o al contado. Asimismo, debe garantizar el producto o el servicio, cumplir con las condiciones de contratación, entre otros.

La ley también impone al oferente la prohibición de acaparar, especular o discriminar, lo mismo que realizar ventas atadas o condicionadas -salvo que se haya ofrecido públicamente- Regula las promociones y la publicidad para que no induzcan a engaño, así como también las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, las ventas a plazo de bienes inmuebles y la prestación de servicios como venta de acciones o clubes.

El consumidor, por su parte, está facultado para denunciar el incumplimiento de todas estas obligaciones.

Con la promulgación de la ley 7472, se creó la Comisión Nacional del Consumidor (CNC), a quien le corresponde tutelar los derechos del consumidor. En ese sentido, su función es la de sancionar las violaciones a los derechos de los consumidores y el incumplimiento de las obligaciones del comerciante, suspender planes de venta irregulares, ordenar la devolución de dinero o mercancías cuando así corresponda, trasladar al conocimiento judicial los casos que configuren delitos, llamar a la conciliación de partes e informar a la opinión pública acerca de sus resoluciones.

Al respecto, la acción que toma la Defensoría es canalizar las denuncias que recibe directamente de los consumidores en virtud de la competencia que asigna la ley a la Comisión. La Defensoría ha emprendido acciones de divulgación de los derechos de los consumidores y de las obligaciones de los comerciantes: el Estado no ha generado los mecanismos de educación del consumidor ni ha provisto la divulgación adecuada de sus derechos ni de las obligaciones de los comerciantes, al menos no con la fuerza e intensidad requeridas. En ese sentido, la Defensoría actúa señalando las deficiencias existentes y reconociendo los esfuerzos realizados con los escasos recursos con que se les ha dotado.

2. Intervención de la Defensoría de los Habitantes ante la autoridad reguladora de los servicios públicos (ARESEP) en defensa de los usuarios de esos servicios

La Defensoría tiene el encargo de velar por la defensa de los intereses y los derechos de todos los habitantes de la República, por lo que su actuación se concreta en una labor de

vigilancia de que la ARESEP cumpla con su misión y sus objetivos con estricto apego al bloque de legalidad.

Ejerce tal función buscando un balance entre los intereses de los usuarios y los de los prestatarios de los servicios públicos, pues entre ambos existe una relación asimétrica, no paritaria, en la cual la parte débil es siempre el usuario, quien, por lo regular, actúa individualmente, carece de los medios, conocimientos y del tiempo necesario para apersonarse a ejercitar sus derechos -porque generalmente está desorganizado y desinformado-, no dispone de los elementos técnicos que fundamenten su oposición, y aun en el caso de que pertenezca a grupos orientados a la defensa de los derechos de los consumidores, estas organizaciones tampoco cuentan con los elementos y recursos para el análisis riguroso que les permita plantear oposiciones bien fundamentadas con opción de resultar exitosas.

Otra tarea de gran importancia consiste en el control de legalidad de los actos de la ARESEP, a partir de los cuales la Defensoría plantea los recursos y nulidades contra los actos que dicta la Junta Directiva o el Regulador General, ya sea porque los considere arbitrarios o porque infrinjan el bloque de legalidad.

Incluso se ejerce el control de legalidad de aquellos actos que, sin ser ilegales, puedan ser susceptibles de la presentación de recursos.

Especial importancia se concede a los aspectos de calidad del servicio público en sus dos dimensiones de tarifa y prestación del servicio, pues aquí se contemplan los principios de continuidad, conveniencia, oportunidad, cobertura del servicio y su relación con la fijación de la tarifa.

3. Conclusiones

Entre los logros que podríamos señalar que ha alcanzado la Defensoría, se encuentran:

- el de constituirse en voz directa de los habitantes, de manera que puedan buscarse soluciones a los problemas que se le plantean en igualdad de condiciones;
- el de brindar un tratamiento despolitizado a sus informes, lo cual garantiza la objetividad en los análisis permitiendo que aunque cambien los actores los estudios continúen teniendo vigencia, todo lo cual redundará en un mayor equilibrio del poder;
- el de mantenerse vigilantes de que cada una de las instituciones cumplan a plenitud los fines para los que fueron creadas, colaborando con la necesaria rendición de cuentas de los entes públicos, todo lo cual redundará en un fortalecimiento del sistema democrático y de la tutela de los derechos de los habitantes;
- el de determinar las prácticas incorrectas de administración por parte de los entes públicos.

PHILLIPS AGUILAR, Jenny, “Defensoría del consumidor y protección de los derechos humanos. Organos de control administrativo informal”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, Universidad de Costa Rica-Colegio de Abogados, 2000, n° 91, pp. 19/31.

DERECHO A LA INTIMIDAD. REPRODUCCIÓN HUMANA. ABORTO (EE.UU.).

En diciembre de 1978, con el nacimiento de la primer niña de probeta, se marcó un hito en la historia de la ciencia médica. Con este hecho la medicina demostró que era posible lo hasta entonces inimaginable: la reproducción humana por vía artificial.

Estados Unidos, junto con Inglaterra y Australia, desarrollaron éstas y otras técnicas relacionadas con el derecho a decidir si tener o no descendencia, y cómo y cuando tenerla o evitarlo: congelación de embriones, maternidad por subrogación, *screening* genético, manipulación de embriones, cesáreas selectivas, administración de *Norplant* y de la píldora RU486 y otros métodos anticonceptivos, interrupción voluntaria del embarazo, cirugía

intrauterina al feto y trasplantes de tejido fetal. Asimismo es de esperar, en un futuro inmediato, que nuevas tecnologías se incorporen al listado, como la micromanipulación de embriones, el trasplante nuclear, la gestación “interespecies”, la ectogenesis y la terapia genética.

Ante esta perspectiva es evidente que, más allá de juicios morales o éticos, todas estas tecnologías ofrecen al ser humano mayores posibilidades para el ejercicio de su libertad y para el desarrollo de su personalidad. El uso y desarrollo de las tecnologías y demás prácticas relacionadas con la reproducción humana tiene una profunda repercusión en la autonomía personal y en los derechos humanos porque afectan de forma significativa no sólo a la libertad individual sino también a las instituciones sociales básicas, a la moralidad y al sentido de cohesión social. Además, trascienden el ámbito de lo privado para insertarse en el ámbito público donde encuentran su legitimación y protección por el derecho.

1. El derecho a la reproducción humana como derecho a la intimidad

La Suprema Corte de los Estados Unidos (Corte o Tribunal) ha establecido claramente que el derecho a decidir si tener o no descendencia es parte del derecho fundamental a la intimidad.

Históricamente, este derecho no se extendía explícitamente a la protección de los asuntos familiares. La Corte lo mencionó por primera vez en *Olmstead v. United States* -277 US 438 (1928)-, en donde quedó definido como “el derecho a estar solo”. Con posterioridad se fue extendiendo a: actividades relacionadas con el matrimonio (*Loving v. Virginia*, 388 US 1), la reproducción (*Skinner v. Oklahoma*, 316 US 535), la anticoncepción (*Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438), las relaciones familiares (*Prince v. Massachusetts*, 321 US 158), y la crianza y educación de los hijos (*Meyer v. Nebraska* y *Pierce v. Society of Sisters*, 262 US 390 y 268 US 510, respectivamente).

La reproducción es uno de los aspectos más íntimos de la vida familiar. Aunque el derecho a la intimidad y el derecho a la reproducción están estrechamente relacionados, el primero se ha interpretado como emanación de la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*), mientras que el segundo tiene su origen en la llamada “cláusula del proceso debido” (*Due Process Clause*) de la Decimocuarta Enmienda.

Es a partir de *Meyer* que la Corte interpretó ampliamente el concepto de libertad de la mencionada Enmienda, argumentando que ésta abarca “no solamente la libertad física frente a restricciones sino también el derecho del individuo a casarse, establecer un hogar y criar a los hijos [...] y a disfrutar de estos privilegios desde hace tiempo reconocidos en el *Common Law* como esenciales para la persecución de la felicidad de los hombres libres”.

2. Jurisprudencia

2.1. Antecedentes históricos sobre el derecho a la reproducción humana

El referido derecho se ha centrado desde sus orígenes en el derecho de la persona a reproducirse, a usar anticonceptivos para prevenir la gestación, y a tener un aborto una vez que aquélla ha comenzado. Más adelante, y con motivo de la aparición de las nuevas técnicas de reproducción asistida ya aludidas, la Corte ha ido ampliando su ámbito de aplicación.

El derecho fundamental a llegar a ser padre fue reconocido en *Meyer*. Allí se sostuvo que el concepto de libertad de la Decimocuarta Enmienda comprendía también el derecho a criar a los hijos. Posteriormente, la Corte reforzó su concepto de libertad personal en *Skinner*, donde se invalidó la llamada *Oklahoma Habitual Criminal Sterilization Act*, una ley que obligaba a la esterilización de ciertos delincuentes. Se sostuvo en este caso que el derecho a la reproducción es uno de los derechos civiles del hombre, y que cualquier ley que prive a un individuo de ese derecho debe ser estrictamente examinada (la ley sólo autorizaba la esterilización de los condenados dos o más veces por graves e infames delitos, pero el Tribunal que la examinó la declaró nula sobre la base de la *Equal Protection Clause*

argumentando que con ella “se les estaba privando para siempre de una libertad básica”). Allí, la reproducción se concibió como “fundamental para la existencia y supervivencia de una raza”, concepto que ya denotaba la importancia de su función social.

Con este fallo la Corte declaró por primera vez que el derecho a la reproducción era “uno de los derechos civiles básicos”, pero tardó casi un cuarto de siglo más reconocer el derecho a no reproducirse, es decir, a evitar la reproducción.

En efecto, fue en el caso *Griswold v. Connecticut* (381 US 479) en donde se consiguió que la Corte reconociera el derecho a no reproducirse. Griswold planteó la cuestión de si el Estado podía restringir la distribución de anticonceptivos entre las personas no casadas, y la respuesta del Tribunal fue que el derecho a la intimidad es inherente tanto a la persona individual como a las parejas casadas.

Los recurrentes, Griswold y Buxton, eran respectivamente, el Director ejecutivo de la Liga de Planificación Familiar de Connecticut, y un médico y profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad de Yale que, asimismo, era Director médico en la Liga de su centro en New Haven. Ambos daban información, instrucciones y consejo médico a las personas casadas sobre los medios anticonceptivos. Examinaban a la esposa y le recetaban el mejor medio anticonceptivo para su caso, y aunque en ocasiones cobraban honorarios, a algunas parejas se las asistía gratuitamente. Su actuación era contraria a las disposiciones legislativas 53-32 y 54-196 de los *General Statutes of Connecticut*, por las que cualquier persona que usase cualquier medicamento, artículo o instrumento con el propósito de evitar la concepción sería multada o encarcelada, así como también todo aquel que asistiese, aconsejase, causase, u ordenase a otro a cometer cualquiera de estas ofensas. Ambos fueron multados.

La Corte declaró en este caso que el Estado no podía considerar delito el uso de anticonceptivos por las personas casadas, y por ello no podía castigar a nadie que los suministrase o aconsejase sobre su uso. La normativa estatal que contenía su prohibición fue consiguientemente condenada por invadir “el área de las libertades protegidas” que incluía “la zona de intimidad creada por varias garantías constitucionales” y extendida al menos a aquellas intimidades de la vida matrimonial que implicaban decisiones sobre si tener o no hijos.

En *Eisenstadt*, la opinión mayoritaria de la Corte -similar al caso precedente- sostuvo que “si el derecho a la intimidad significaba algo, era el derecho del individuo, casado o soltero, a ser libre de intromisiones estatales no deseadas en asuntos que tan fundamentalmente afectan a las personas como lo es la decisión de si tener o no un hijo” (la pretensión en este caso era invalidar una ley que prohibía a las personas que no estuviesen casadas adquirir anticonceptivos).

Junto con *Griswold*, que reconoció como igualmente protegida la decisión del individuo de no concebir un hijo, la importancia de *Skinner* radica en haber afirmado que la decisión acerca de si el cuerpo de una persona ha de ser la fuente de creación de otra vida, tal decisión debe dejarsela sólo al arbitrio de esa persona. Un principio que, en los casos de aborto, colisiona con otro no menos fundamental: no puede erradicarse una vida inocente a menos que se haga para salvar otra.

La colisión entre estos dos principios sería abordada en toda su magnitud en la célebre *Roe v. Wade* (410 US 113), el primer y más controvertido caso en la jurisprudencia de la Corte sobre aborto. Durante los años transcurridos entre *Griswold* (1965) y *Roe* (1973), las legislaciones estatales consideraron y adoptaron varias reformas sobre el aborto, de modo que ya en 1973, diecinueve estados habían cambiado sus leyes sobre el particular.

La Corte determinó en *Roe* que llevar una gestación a término afecta de forma tan fundamental a la mujer que su decisión de acabar con ella, tomada juntamente con su médico, está protegida por el derecho a la intimidad reconocido en *Griswold*. Por esta razón, dicha decisión debe quedar libre de cualquier intromisión gubernamental excepto cuando haya en juego algún interés estatal.

Así, el Tribunal concluyó que el Estado, durante el primer trimestre, no tiene un interés apremiante en el feto y por lo tanto no puede inmiscuirse en el derecho a la intimidad

de la mujer denegándole su opción de tener un aborto. De acuerdo con ello, declaró que las leyes que prohibían el aborto durante ese período eran inconstitucionales. Sin embargo, consideró que durante el segundo trimestre la balanza se inclinaba en favor del Estado, toda vez que éste, desde ese momento, poseía un especial interés en la salud de la mujer, y más allá, en el tercer trimestre, incluso una razón imperativa (*compelling interest*) para proteger la vida potencial que representa el feto. En definitiva, la Corte declaró que un Estado podía prohibir totalmente el aborto durante el tercer trimestre, a menos que la práctica de interrupción del embarazo fuese necesaria para proteger la vida o la salud de la madre.

En suma, *Roe* afirmó el derecho fundamental de la mujer a no gestar un hijo, y que ese derecho existía como corolario a los derechos de intimidad y procreación.

La autonomía en las decisiones sobre la reproducción es a menudo complicada por el hecho de que la reproducción implica necesariamente dos partes. Sin embargo, si la decisión de si gestar y dar a luz o no a un hijo afecta la autonomía y a la integridad física y psíquica de un miembro de la pareja con más intensidad que a la del otro, la Corte ha mantenido que los intereses de aquél prevalecen. En efecto, en *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth* (428 US 52), resolvió que es un hecho obvio que “cuando marido y mujer no están de acuerdo en la decisión de abortar, sólo los intereses de uno de ellos puede prevalecer. Siendo que es la mujer quien físicamente gesta el hijo y quien más directa e inmediatamente es afectada por el embarazo, entre los dos, la balanza se inclina en su favor”.

En dicha sentencia se analizó el problema de si una tercera parte involucrada -o sea, el padre del feto- podría invocar un interés lo suficientemente fuerte para justificar la prohibición de la decisión de una mujer de terminar su embarazo durante el primer trimestre. Basándose en *Roe*, la Corte brindó una respuesta negativa: si el Estado no tiene por sí mismo el poder para invadir la integridad física de la mujer de este modo, tampoco puede delegar la autoridad a ninguna persona en particular, ni siquiera al esposo, de impedir el aborto. Desde el momento en que el cuerpo (*physical being*) de la mujer está implicado, el derecho a la intimidad de ésta, en el contexto del embarazo, prevalece sobre el derecho del hombre a la autonomía en las decisiones sobre reproducción.

2.2. La reciente visión de la jurisprudencia constitucional americana sobre el derecho a la reproducción humana

Los fallos analizados marcaron una etapa importante en la jurisprudencia constitucional y tuvieron una trascendencia social y jurídica innegablemente alta. Pero una vez sentadas las bases para el reconocimiento del derecho a la autonomía de la mujer, los hechos y el derecho posterior se desarrollaría de manera un tanto diferente como consecuencia del progreso tecnológico y de los problemas de toda índole planteados por éste.

Los primeros casos de los ‘80 siguieron teniendo por objeto cuestiones relativas al aborto, partiendo del criterio fundamental que se había establecido en *Roe*, pero introduciéndose matices. En *City of Akron v. Centre For Reproductive Health* (462 US 416), la Corte mantuvo que el marco establecido en *Roe* estaba unido inherentemente a la tecnología médica, y que el interés del Estado en la vida potencial existía tanto en el comienzo de la gestación como en la viabilidad. A partir de ese momento, la crítica al marco del trimestre establecido en *Roe* se iría adoptando por la mayoría del Tribunal.

En *Webster v. Reproductive Health Services* (492 US 490), el Tribunal reconoció que el sistema del trimestre era “defectuoso en la teoría e imposible de llevar a cabo en la práctica”. Se objetó el sistema porque era, en términos generales, incongruente con la Constitución, pues los elementos clave del marco de *Roe* -trimestres y viabilidad- no se encuentran en el texto de dicha norma ni en otro lugar donde se pudiera esperar encontrar un principio constitucional.

Ya en los ‘90, en *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey et al.* (510 US 1309), el Tribunal salió del marco establecido en *Roe*, mientras reafirmaba lo que juzgaba era el asunto principal de éste. En este caso: a) defendió disposiciones del *Pennsylvania’s Abortion Control* que exigían como pre-requisitos para obtener un aborto: 1) información previa al consentimiento, 2) un período de espera de 24 horas, y 3)

consentimiento de los padres con un *judicial bypass*, y b) derribó la disposición estatutaria de atención al cónyuge, aunque reconoció “el profundo y justo interés del marido en el embarazo de su mujer así como en el crecimiento y desarrollo del feto que está gestando”, ya que entendió que la obligatoriedad de poner en conocimiento del hecho al cónyuge imponía una carga innecesaria al derecho de la mujer a obtener un aborto y era, por tanto, inconstitucional, a causa de los efectos tan dispares que un embarazo produce en una mujer y en un hombre debido a las diferencias biológicas, y porque la prevalencia de la violencia doméstica hacía de la disposición un obstáculo sustancial para las mujeres que solicitaban un aborto.

Otro problema que puede plantearse al margen del aborto es el de las cesáreas selectivas. Es decir, casos en los que bien los médicos, bien la madre, o los padres tienen que decidir si realizar o no una cesárea antes de tiempo sin la certeza de si el feto va a poder sobrevivir y con la finalidad de salvar tanto la vida de la madre como la del hijo que correría peor suerte siguiendo dentro del útero materno. Un ejemplo de ello ha sido el caso en que una mujer embarazada de veinticinco semanas ingresó en el hospital tras habersele detectado un cáncer de pulmón. Al preguntársele si quería tener el hijo respondió que sí, administrándole entonces un tratamiento paliativo para prolongarle la vida hasta que el feto tuviese veintiocho semanas. Su situación empeoró, y al volver a consultarle acerca de tener el hijo su respuesta fue un tanto incierta. A partir de ahí la situación se tornó crítica y el hospital solicitó la intervención del juzgado. El mayor problema fue la falta de certeza de que la madre hubiese otorgado el consentimiento para intervenir y practicar una cesárea antes de la semana veintiocho, pero la necesidad de salvar al feto ante el inminente deceso de su madre llevó a los médicos a decidir la operación. Esta tuvo lugar, falleciendo el bebé después de unas horas y la madre al cabo de dos días (*In re A.C. D.C. Court of Appeals*, 1990, 537 A. 2d. 1234).

Toda persona tiene derecho a tomar una decisión y a estar informada para ello. La doctrina del consentimiento informado, basada en el concepto de la integridad corporal, está incorporada en el ordenamiento jurídico estadounidense. Los tribunales no obligan a nadie a someterse a una invasión en su integridad corporal en beneficio de la salud de otra persona (por ejemplo, en *McFall c. Shimp* (10 Pa.D & C. 3d90), se rehusó ordenar a Shimp donar la médula ósea necesaria para salvar la vida de su primo McFall).

El derecho a la reproducción en sentido negativo, es decir, el derecho a la contracepción, a la elección de la interrupción del embarazo, y también el derecho a elegir someterse o no a intervenciones quirúrgicas o tratamientos para salvar la vida del feto en determinadas circunstancias, ha sido progresivamente ampliado y respetado por la jurisprudencia de la Corte. Con todo, quedan todavía leyes en determinados Estados que restringen ese derecho, si bien ello no priva de otras opciones a la mayoría de las mujeres con posibilidades económicas. Es precisamente por ello que la actual situación supone un quiebre del principio de igualdad, puesto que la libertad reproductiva de las mujeres pobres -en un elevado porcentaje, de color- es limitada significativamente no sólo por la imposibilidad de acceso a los abortos seguros -practicados por ginecólogos en centros hospitalarios- sino también por la falta de recursos para llevar una gestación sana y unas relaciones parentales apropiadas.

En cuanto a la jurisprudencia sobre libertad reproductiva en sentido positivo, o sea, la decisión de tener un hijo, las resoluciones más importantes no han sido del todo unánimes en los últimos tiempos. El primero de los casos, *Del Zio v. Columbia Presbyterian Medical Center*, 74 Civ. 3558 (S.D.N.Y.), trató la técnica de reproducción asistida (primer pareja que se sometió a ella en Estados Unidos). En 1973, el señor y la señora De Zio participaron en un programa de fecundación *in vitro* (FIV). El resultado de la unión entre los ovocitos y espermatozoides de la pareja fueron puestos en una incubadora. El Director del centro, al no haber firmado el consentimiento informado para la realización de la FIV, sin consultar con los Del Zio, destruyó el cultivo que estaba incubado. Estos demandaron al centro bajo la pretensión de que el cultivo era de su propiedad, y que todo el asunto les había ocasionado

un grave daño emocional. El tribunal no estimó la primera, pero sí la segunda pretensión, condenando al centro.

El caso *Jhordan C. v. Mary K.* (224 Cal Rptr. 530), planteó el conflicto entre la madre y el donante a partir de una inseminación artificial. En 1978 Mary decidió tener un hijo mediante dicha técnica y criarlo con una amiga. Tras haber solicitado a algunos amigos y conocidos la posibilidad de que fuesen donantes, eligieron a Jhordan. Sin embargo, el testimonio de cada una de las partes entraba en colisión, puesto que si bien Mary sostenía que nunca convino con el donante que tendrían una relación conjunta de crianza del hijo, aquél afirmaba lo contrario. Una vez nacido el niño surgió el conflicto, ya que Jhordan solicitó participar en su crianza y poderlo visitar. La negativa de Mary provocó el reclamo judicial de paternidad. Los tribunales reconocieron su paternidad, declarando que, si bien la custodia la tenía Mary, Jhordan era el padre de la criatura. El motivo del reconocimiento de la paternidad del donante, estaba en haber obviado una disposición del Código Civil (*Civil Code Section 7005*) en la que se exigía que la inseminación se practicase bajo la supervisión de un médico, lo cual fue obviado por Mary. Del hecho de que se diese o no la circunstancia dependía la estimación de la paternidad o no del donante. La justificación radicaba en que si un médico supervisaba, tendría acceso fácilmente a la historia médica del donante y a sus cualidades genéticas; y además su presencia constituía la formalidad necesaria para que se creara una estructura contractual. La negativa de las mujeres a que aquél participase se basó en que era una intromisión en su libertad reproductiva y un claro atentado a su intimidad.

La maternidad de subrogación, o de sustitución, fue por primera vez planteada en *In the matter of baby M.* (New Jersey Supreme Court, 1988, 573 A. 2d. 1127). El contrato que dio lugar al caso especificaba que la Sra. Whitehead sería inseminada artificialmente con el semen del Sr. Stern. El hijo que naciera sería adoptado por la Sra. Stern, y así ésta y el Sr. Stern (padre biológico) serían también sus padres legales. Después del parto, y según lo acordado, la madre “de alquiler” entregó el niño a los Stern, pero al poco tiempo se arrepintió demandando que ella era la verdadera madre, pues no podía desvincularse del estrecho lazo que se había creado entre ella y su hijo. El tribunal estimó que el contrato de subrogación era inválido, sobre la base de las leyes estatales, y debido a que se sustanciaba sobre el pago de una cantidad de dinero a la madre de alquiler. Las conclusiones más interesantes fueron las que versaban sobre los derechos constitucionales implicados. Para el tribunal la custodia, la crianza, el cuidado, la nutrición -en definitiva, todas las actividades de cuidado y necesidad que siguen al parto- no forman parte del derecho a la reproducción. Sin embargo, en *Johnson v. Calvert* (851 P. 2d. 776), el Tribunal Supremo de California determinó la legalidad de un contrato de subrogación. Lo que demuestra la falta de unanimidad que todavía tienen los tribunales ante las lagunas legales sobre hechos tan novedosos.

York v. Jones (717 Fed. Supp. 421) es otro caso de FIV, cuyo aspecto relevante radica en la decisión del tribunal sobre unos embriones congelados. El supuesto de hecho es simple: una pareja que desea trasladar sus embriones congelados de una institución médica a otra, encuentra la oposición del primer centro que se niega a cederlos. El tribunal, determinando sobre la propiedad de los embriones, resolvió naturalmente que el derecho de los padres a utilizar legítimamente un embrión habría de prevalecer sobre el interés del médico.

Sobre la disposición de embriones obtenidos a partir de una FIV, la doctrina de la Corte estableció que debía resolverse de la siguiente manera: primero, de acuerdo con lo que los padres hubiesen previsto, o según sus preferencias. Si sus deseos fuesen irrealizables o si hubiese disputa entre ellos, se estaría a lo dispuesto en su primer acuerdo. Si no existiese un primer acuerdo, entonces habría que calibrar los intereses de cada una de las partes, debiendo prevalecer el interés de aquella que deseara evitar la reproducción, asumiendo que la otra parte podría alcanzar la maternidad o paternidad de otras formas. Si no existiesen alternativas razonables para ello, entonces pesaría el argumento de la que deseara reproducirse. Sin embargo, si la parte que pretendiese el control de los embriones tuviese

la intención de donarlos a otra pareja, debería prevalecer el interés de aquella que se opusiese a ello.

En suma, los casos analizados pueden ser útiles no sólo para constatar que las consecuencias derivadas de las nuevas tecnologías reproductivas no son meras hipótesis, sino también para conocer cuáles han sido, hasta ahora, los razonamientos seguidos por tribunales de sistemas jurídicos -como el americano- que ya han tenido que enfrentarse a estas nuevas realidades.

MARRADES PUIG, Ana I, “El derecho a la reproducción humana en la Constitución de los Estados Unidos: un análisis jurisprudencial”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, Universitat de València, 1998, n° 25, pp. 129/143.

DERECHO COMUNITARIO. PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL (UNIÓN EUROPEA).

Ante los inminentes cambios que se vislumbran en la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia, adoptaron y enviaron al Consejo un documento de reflexión dedicado al futuro del sistema jurisdiccional de la Unión.

El primer cambio que se prevé, se corresponde con la incorporación de nuevos Estados Miembros a la Unión, lo que exige una reflexión sobre la composición y la organización del Tribunal de Justicia. Actualmente, cada Estado Miembro envía un representante. Sin embargo, el aumento sustancial de miembros, transformaría la jurisdicción colegiada actual en una Asamblea Deliberante. Frente a ello, cabría la posibilidad de reducir el número de jueces en aras de la coherencia jurisprudencial. En cualquier caso, antes de tomar una decisión, deberá procederse a un análisis comparativo de los dos sistemas (el de un juez por Estado o la reducción de los miembros). Dado que se trata de una cuestión política, el documento se limita a señalar la importancia del problema, sin tomar posición al respecto, pero señalando que de aumentarse el número de jueces, le correspondería al Tribunal de Justicia, tomar los recaudos necesarios para evitar que se caiga en una jurisprudencia incoherente.

Otra cuestión que reviste particular importancia es la relativa a la tendencia actual al aumento de la cantidad de reenvíos prejudiciales que recibe el Tribunal de Justicia, que puede conducir a que se paralice la cooperación entre el juez comunitario y los jueces nacionales. Tres son las soluciones posibles: en primer lugar, instalar un sistema filtro que permita al Tribunal de Justicia seleccionar los reenvíos prejudiciales que considere que deben ser analizados, en virtud, por ejemplo, de su novedad, complejidad o importancia. Otra solución consistiría en transferir al Tribunal de Primera Instancia ciertas competencias en esta materia. Finalmente, se podría también crear o designar Instancias Judiciales en cada Estado Miembro, encargadas de los reenvíos prejudiciales, según su esfera de competencia territorial. En este último caso, cabría la posibilidad de recurso ante el Tribunal de Justicia en “el interés de la ley”.

Cabe considerar que cuando el sistema actual se encuentre radicalmente desbordado, van a ser necesarias medidas radicales, al tiempo que no serían recomendables arreglos puntuales, resultado de revisiones sucesivas que carezcan de una visión global.

En otro orden de cosas, el documento contiene una serie de propuestas concretas que deberían ser adoptadas a la brevedad, para hacer frente a los problemas con los que el sistema judicial se encuentra enfrentado. Por un lado, es necesario reducir los plazos en los que el Tribunal de Justicia se expide, ya que, si bien pueden ser considerados como razonables si se tiene en cuenta las dificultades existentes, v.g. la traducción, no lo son desde el punto de vista del justiciable, sobre todo en lo referente a los reenvíos prejudiciales, a los que hay que sumar los procedimientos nacionales, considerados ellos mismos demasiado largos. Para solucionar esto es necesario: a) que el Tribunal de Justicia tenga autonomía para

adoptar y modificar las reglas de procedimiento, y no, como es el caso actualmente, que dichas modificaciones exijan el voto unánime del Consejo. De no ser esto posible, eventualmente, que se exija únicamente el voto de la mayoría; b) que exista un filtro para las causas en las que el peticionante disponga de un doble nivel de apelación por medio de la intervención de una instancia cuasi jurisdiccional previa a un eventual sometimiento del caso al Tribunal de Justicia.

Otras de las propuestas desarrolladas en el documento pueden ser implementadas con solo adaptar la reglamentación existente. Entre ellas, posibilitar al Tribunal de Justicia para que: a) realice procedimientos acelerados, simplificando o reduciendo fases del procedimiento. Esto le permitiría tomar en cuenta la urgencia de varias causas puntuales, al tiempo que se evita la adopción de reglas rígidas que se aplican de manera automática a ciertas categorías de casos; b) no realice una fase oral si no la estima necesaria y no es exigida por una de las partes, ya que dicha fase, muchas veces, no es más que la repetición de argumentos expuestos por escrito; y c) pueda adoptar las vías de declaración (*ordonance*), en los casos de reenvíos prejudiciales, cuando la respuesta pueda ser deducida de la jurisprudencia o no exista posibilidad de una duda razonable. Esto le permitiría concentrarse en las cuestiones de mayor envergadura.

RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C., “L’avenir du système juridictionnel de l’Union européenne”, en *Cahiers de droit européen*, Bruselas, Bruylant, 1999, n° 3-4, pp. 275/281.

DERECHO DEL TRABAJO. DERECHO DE HUELGA. ARBITRAJE. ARBITRAJE LABORAL (PANAMÁ).

Tanto en las sociedades industrializadas como en vías de desarrollo, el establecimiento de un aparato eficaz de solución de conflictos constituye un elemento indispensable para el mantenimiento de la paz social dentro del sistema de relaciones laborales. En ese contexto, una de las formas difundidas por los Estados para dirimir conflictos en el terreno laboral ha sido el arbitraje, el cual es reconocido en los regímenes legales de diversos países de todos los continentes.

En Panamá, la realidad pone de manifiesto que el arbitraje presenta un carácter subsidiario dado que el mismo opera ante la falta de acuerdo colectivo, tal como se advierte en un informe estadístico de la Dirección General de Trabajo, que registra la poca utilización de este mecanismo en los conflictos colectivos, los cuales son solucionados, generalmente, con la negociación directa o mediante el procedimiento de conciliación.

1. El arbitraje como medio de solución de los conflictos colectivos

Los denominados conflictos de trabajo suponen una situación de disidencia sobrevenida entre los sujetos de una relación jurídico-laboral (relación contractual, relación sindical, etc.), basada en un objeto conflictivo jurídico-laboral y exteriorizada a través de un procedimiento establecido para dirimir tales controversias.

Los conflictos laborales inciden en los aspectos políticos, históricos, sociales, económicos y jurídicos de las sociedades industriales y pre-industriales.

En cuanto a su clasificación, varios son los criterios utilizados para el establecimiento de las distintas modalidades que presentan, entre ellos, la naturaleza de los intereses en pugna, la finalidad perseguida en los conflictos, su causa y la vía de solución.

De acuerdo con los intereses en disputa, se distinguen dos tipos de conflictos laborales: los conflictos individuales y los conflictos colectivos. Los primeros son aquellos que envuelven la discusión de una cuestión de naturaleza estrictamente particular que se plantea entre los sujetos de la relación laboral, o sea, entre el trabajador y sus empleadores; los segundos son aquellos que surgen ante los asuntos de dimensión colectiva, en los que interviene un grupo de trabajadores o una pluralidad de sujetos laborales.

Según la finalidad o el objeto que buscan las partes en conflicto, se diferencian los conflictos de aplicación y los conflictos de regulación. Suelen ser llamados también conflictos jurídicos o de derecho y conflictos económicos o de intereses.

Los denominados conflictos jurídicos entrañan la discusión de la aplicación o interpretación de una norma preexistente de naturaleza legal, convencional o reglamentaria; mientras que los nombrados conflictos económicos persiguen la elaboración de una nueva normativa o la modificación de la existente, mas no su cumplimiento. En otras palabras, los primeros tienen por objeto fijar el alcance y contenido de la normativa existente, en tanto que los segundos tienen por finalidad la creación de una nueva reglamentación o la sustitución de la norma vigente.

En atención a la vía empleada para la solución de los conflictos laborales, se habla de conflictos justiciables y de conflictos negociables. Los primeros son solucionados por los organismos jurisdiccionales; en cambio, el mérito de resolver los segundos ocurre mediante la negociación por la vía de procedimientos administrativos.

La existencia de los conflictos laborales no sólo afecta a los que en ellos intervienen como actores, sino que producen, además, fuertes repercusiones o trastocamientos en los distintos aspectos de la vida social donde se presentan. Con el fin de evitar la agudización de la confrontación laboral e impedir graves perturbaciones sociales, los sistemas jurídicos han adoptado o diseñado varios métodos o medios de solución de los conflictos laborales, los cuales tienen aplicación dependiendo de la naturaleza de la contienda.

Las vías típicas de resolución de los conflictos laborales, sobre todo los colectivos, son: el arreglo directo, la mediación, el arbitraje, la decisión judicial y la huelga, que representa también una medida de presión.

El arbitraje representa un mecanismo de solución de conflictos colectivos laborales que recae, estrictamente, sobre los de naturaleza económica y se caracteriza por la intervención de personas ajenas al diferendo que tienen la misión de resolverlos a través de sus decisiones que reciben el nombre de laudos arbitrales. Se trata de un medio instituido para la solución pacífica de los conflictos de trabajo ante el fracaso de la negociación colectiva.

En atención a la obligatoriedad de someterse a este procedimiento y a los efectos del fallo arbitral, la doctrina suele distinguir, en esencia, dos tipos de arbitraje: el arbitraje voluntario, convencional o facultativo y el arbitraje obligatorio. El primero se presenta por acuerdo común de las partes o por iniciativa de los trabajadores que se imponen a los empleadores, la cual hace surgir una categoría intermedia o una clase especial de arbitraje forzoso; el segundo opera, estrictamente, por ministerio de la ley, quedando ambas partes sometidas al mismo cuando así lo disponga la autoridad de trabajo. Esta modalidad ha sido denominada también arbitraje oficial forzoso o arbitraje imperativo.

La Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que el arbitraje constituye una eventual prolongación del procedimiento de conciliación, y de ese modo su decisión tiene los mismos efectos que los acuerdos que se logran mediante dicho procedimiento, y tiene como finalidad evitar o terminar la huelga, añadiendo que el arbitraje del Código de Trabajo panameño surge, generalmente, como una fórmula facultativa, no obligatoria, cuando ha concluido normalmente el procedimiento de conciliación, sin que las partes en conflicto hayan logrado un acuerdo sobre las participaciones formuladas por los trabajadores. Su finalidad inmediata es, pues, la de lograr el acuerdo al que no se llegó con el procedimiento de conciliación y evitar, de ese modo, la huelga que constituye su finalidad mediata.

2. El arbitraje laboral en el plano internacional

Las reglas básicas del sistema de arbitraje impulsadas por la Organización Internacional de Trabajo (OIT) han encontrado su formulación, principalmente, en la Recomendación n° 92 del 6 de junio de 1951 que hace alusión también al sistema de conciliación, sugiriendo que el mecanismo estudiado sea aplicado libremente por las partes envueltas en los conflictos laborales, pero respetando el derecho de huelga. En consecuencia, se desprende que la OIT no es partidaria del arbitraje obligatorio.

Una de las primeras legislaciones en haber estatuido el arbitraje como mecanismo de solución de los conflictos laborales, consagrando su modalidad forzosa, fue la de Nueva Zelanda, que ha sido catalogada como la tierra sin huelgas, poniendo de manifiesto los resultados obtenidos de su aplicación. El hecho histórico de su reconocimiento lo comparte otro país de Oceanía, Australia, que lo ha receptado en su sistema legal.

El arbitraje imperativo, a su vez, ha sido recibido en ordenamientos jurídicos de países del continente africano. Asimismo, se señala que aparece formulado con algunas variantes en Bélgica y Holanda, ambos países europeos. Países que pertenecen al continente asiático han instituido el arbitraje de tipo voluntario como regla general; no obstante, se ha establecido también el procedimiento arbitral obligatorio con aplicación limitada.

En la legislación iberoamericana rige, como regla general, el arbitraje voluntario y se destaca que el arbitraje obligatorio se presenta, por excepción, en los casos en que la huelga afecta a los servicios públicos.

3. El arbitraje laboral en la legislación panameña

En Panamá, el arbitraje en materia laboral fue establecido con el Código de Trabajo de 1972, desde el art. 452 hasta el 474. Ha sido reconocido como uno de los medios de solución de conflictos colectivos de trabajo, pues no tiene vigencia en los conflictos individuales. Primitivamente, el sistema de arbitraje se ajustaba fielmente a los lineamientos expresados en la Recomendación 92/51 de la OIT, dado que este medio de solución de conflictos laborales operaba sin ninguna imposición gubernamental. Es a partir de las reformas de 1976 cuando se produce cierto distanciamiento de las directrices internacionales.

El texto original del art. 452 del Código de Trabajo consagraba, exclusivamente, el arbitraje voluntario y circunscribía la aplicación del mismo a los conflictos colectivos de naturaleza económica, pues lo excluía expresamente de los conflictos colectivos de índole jurídica. Podía aplicarse este mecanismo únicamente si las partes así lo decidían o los trabajadores lo solicitaban a la autoridad administrativa de trabajo.

En 1976 se eliminó el último párrafo que establecía el ámbito de aplicación del arbitraje y en su reemplazo se incorporó, por primera vez, el arbitraje obligatorio que podía tener lugar en dos supuestos concretos: si el conflicto colectivo se hubiera producido dentro de una empresa de servicio público, o cuando hubiesen surgido graves perturbaciones económicas con repercusiones nacionales o regionales.

El reformado art. 452 fue modificado en 1981, el cual suprimió uno de los supuestos que permitían el arbitraje obligatorio: lo mantuvo sólo para el caso de los conflictos colectivos o las huelgas en las empresas de servicios públicos.

Posteriormente, en 1990, se restableció de forma transitoria el supuesto que permitía el arbitraje obligatorio cuando el conflicto implicaba, inexorablemente, perturbaciones económicas para las empresas.

Concluido el período de vigencia de la anterior medida legislativa que había sido impuesta, en 1993, después de la invasión militar norteamericana al territorio panameño, se dispuso que el arbitraje obligatorio sólo procedía ante los conflictos colectivos o huelgas en las empresas de servicios públicos. Prácticamente, se retornaba a la situación contemplada en 1981.

Una última reforma se introdujo en 1998, en virtud de la cual se dispuso que la Dirección General de Trabajo podía imponer el arbitraje en el sector privado, cuando la huelga hubiere deteriorado, gravemente, las condiciones socioeconómicas de los habitantes de la región o del país. Se restauraba ahora con sentido permanente el supuesto contenido en la reforma de 1990, cuya fuente se hallaba en la de 1976, que instauraba en el derecho panameño, por primera vez, el denominado arbitraje obligatorio.

El supuesto exhumado y revivido con esta medida legislativa, en el fondo, lo que buscaba era la desarticulación de la huelga o, más bien, la prohibición de decretar una huelga, desconociendo que éste constituye el instrumento más significativo que tienen los trabajadores para la obtención, conservación y protección de sus derechos.

Esta reforma resultaba contraria al contenido del art. 65 del Estatuto Fundamental, ya que en el sector privado el derecho de huelga no puede sujetarse a ninguna restricción como ocurre en el sector público. En efecto, la Corte Suprema de Justicia ha declarado inconstitucional el inciso final del art. 452 del Código de Trabajo, incorporado por la ley 45 de 1998.

Después de haberse referido, someramente, a la protección del derecho de huelga, cuyo desconocimiento constituyó la principal censura formulada en la demanda, la Corte enfatizó que no puede menos que reconocer que la facultad conferida al Director General de Trabajo en el último inciso del art. 452 del Código de Trabajo, conforme queda modificado por la ley 45/98 -en el sentido de que después de una valoración unilateral de este funcionario sobre las supuestas consecuencias socioeconómicas para los habitantes de una región o del país por la duración de una huelga en la empresa privada, aquél puede ordenar la suspensión de la medida para someter el conflicto a arbitraje-, excede y afronta el texto del art. 65 de la Constitución Nacional. La huelga, históricamente, es uno de los instrumentos más efectivos en manos de los trabajadores para lograr el mejoramiento de sus condiciones de trabajo, y tal medio de autodefensa no puede ser desarticulado por el arbitraje obligatorio que, conforme a la previsión legal atacada, surge ante la apreciación que tiene un funcionario del Ministerio de Trabajo sobre las condiciones socioeconómicas de la duración de una huelga en la empresa privada. Por otra parte, la ley no puede establecer una prohibición o restricción al derecho de huelga en la empresa privada en ninguna rama de la actividad económica por razón de su duración y consecuencias económicas, salvo las limitaciones para el sector público prestadas por instituciones públicas o empresas privadas, dado que ello produce, indefectiblemente, un aniquilamiento de ese derecho constitucional.

Después de las modificaciones que ha sufrido el art. 452 del Código de Trabajo, éste ha quedado con un radio de acción más amplio, si tomamos en cuenta la redacción de su versión original, puesto que ahora se contempla tanto el arbitraje potestativo como el arbitraje imperativo; y, además, se aprecia que puede ser aplicado tanto en conflictos colectivos de intereses como en los de derecho.

Cabe notar que las reformas al Código donde se plasmaron dispositivos estableciendo el arbitraje compulsivo se alejaron de la normativa de la OIT, puesto que se impusieron sólo para entorpecer el derecho de huelga y no como una medida excepcional con motivo de un conflicto importante. En el contexto político, todas ellas tuvieron motivaciones muy parecidas, siendo adoptadas en circunstancias similares, y fueron la respuesta directa que los gobiernos suministraron al constante ataque que el movimiento sindical venía realizando contra la política económica y social seguida, la cual proviene de otras latitudes.

4. Conclusión

En Panamá, el arbitraje laboral se aplica sólo en los conflictos colectivos, una vez agotado el proceso de negociación entre trabajadores y empleadores. Es decir que este mecanismo de solución de conflictos colectivos laborales accede cuando ha fracasado el procedimiento de conciliación.

De lo anterior se desprende que no es posible que el conflicto laboral sea sometido al sistema arbitral, en virtud de un acuerdo celebrado con anticipación, como ocurre en otros países.

Por ello, se considera que el arbitraje no es la alternativa de la huelga, sino del convenio colectivo.

El arbitraje voluntario con laudo de cumplimiento obligatorio es el medio pacífico de solución ampliamente regulado en nuestro régimen laboral desde 1972, adoptando con ello las indicaciones de la OIT que impulsa esta forma de arbitraje. Esto significa que no tiene cabida en Panamá el denominado arbitraje indicativo, el cual tiene como efecto el de servir de simple recomendación ante el conflicto laboral.

Por su parte, en Panamá se ha justificado la imposición del arbitraje obligatorio en el sector privado, argumentando que el mismo era necesario para enfrentar las situaciones

difíciles y excepcionales que se vivieron en el país cuando se adoptaron las reformas al Código de Trabajo. Sin embargo, estimamos que su establecimiento siempre ha perseguido el debilitamiento del derecho de huelga o el cercenamiento de su ejercicio, tal como lo ha dicho la Corte con ocasión de la inconstitucional ley 45/98, que instituía este tipo de arbitraje con sentido permanente.

No obstante, el arbitraje obligatorio se ha mantenido con aplicación limitada dentro del sistema panameño de solución de conflictos colectivos laborales, cuando éstos hayan afectado los llamados servicios de utilidad pública o servicios esenciales de la comunidad. Su aceptación descansa en la necesidad de proteger al público de los graves perjuicios que pueden provenir de la interrupción del trabajo en tales servicios.

CEDALISE, Cecilio, “El arbitraje laboral en Panamá”, en *Anuario de Derecho*, Panamá, Órgano de Información de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, 1999, n° 28, pp. 243/264.

DERECHO PENAL. PROCESO PENAL (CUBA).

El procedimiento penal cubano puede considerarse, en cierta medida, relativamente avanzado si lo comparamos con las normas rituales de la mayoría de los países de América Latina, pero sólo en cuanto al hecho de que se concibe un juicio oral y público donde las partes enfrentan sus respectivas tesis y tratan de lograr sus diferentes pretensiones.

El primer problema que los cubanos deben plantearse respecto de la organización de su procedimiento en materia penal es el de la posibilidad de disminuir el peso de elementos del sistema inquisitivo y aumentar el contenido que se corresponda con las instituciones del modelo acusatorio, reconocido en general como más garantista y liberal. No obstante, hay que tener en cuenta que, si bien el modelo acusatorio que se emplea en la actualidad en los países que se toman como paradigmas tiene muchas aparentes ventajas, éstas no funcionan de igual modo cuando se transplanta sólo parte del sistema y no se transforma totalmente el procedimiento.

Así, existen algunos elementos de los procedimientos penales vigentes en Cuba que requieren de su análisis y modificación:

1. La intervención del fiscal

Se debe regular con mayor precisión la intervención del fiscal en el control de las actuaciones que realiza la policía y las decisiones que se adoptan cuando en la investigación de hechos delictivos no resultan descubiertos los posibles autores.

En la actualidad, es facultad de los órganos policiales determinar cuándo se han agotado las posibilidades investigativas en los casos en que no se haya identificado o localizado al posible autor, y aunque el fiscal puede comprobar tales decisiones y ratificarlas o anularlas, esta función se ejerce de manera muy ocasional. Igualmente, las actuaciones previas al juicio oral se llevan a cabo por un funcionario administrativo (Instructor del Ministerio del Interior o de la Fiscalía), independiente de los órganos judiciales. Por lo tanto, el fiscal no es el responsable de las actuaciones de la fase preparatoria ni tiene *legalmente* las facultades de dirección del trabajo de los instructores, aun cuando puede intervenir en virtud de las relaciones funcionales que haya desarrollado con aquéllos.

Una alternativa de perfeccionamiento de la función del fiscal en esta etapa del proceso puede ser la de que, sin que sustituya los correspondientes escalones jerárquicos en los órganos de instrucción del Ministerio del Interior, tenga más amplias facultades dispositivas en relación con la conducción de las investigaciones y para asignar más instructores a un caso si resulta necesario, sustituir al instructor actuante cuando su actividad resulte incompetente e, incluso, adoptar medidas disciplinarias ante negligencias,

infracciones legales u otras violaciones, de manera que se pueda lograr más efectivamente un proceso eficiente y de calidad en la etapa de recolección del material probatorio.

2. La condición de prueba “preconstituida”

Se debe regular de una manera más precisa cuáles de las diligencias realizadas durante la fase previa del juicio oral adquieren la condición de prueba “preconstituida”, es decir que no es necesario reproducirlas en el juicio oral y establecer requisitos especiales para su práctica; igualmente, precisar detalladamente los casos en que otras diligencias pueden, por excepción, admitirse como “preconstituidas” aunque no se practicaran en la fase preparatoria, observando requisitos especiales, por no ser posible su reproducción durante la vista oral, p. ej., en el caso de la muerte imprevista de algún testigo o cuando un perito haya emitido su dictamen en la fase preparatoria.

3. La intervención del abogado defensor

Es menester posibilitar una participación más temprana del defensor del acusado en la fase preparatoria.

Una manera de fomentar esta participación sería, v. gr., que tuviera lugar a partir de que se le instruya de cargos al demandado y se formalice su situación como acusado. En este sentido, puede que sea necesario prever otra alternativa para la declaración u otras acciones respecto al sospechoso.

Por otra parte, no resulta necesario que el Estado abastezca al defensor letrado para todos aquellos acusados que no elijan por sí mismos a su defensor durante la fase preparatoria, sino exclusivamente para aquellos que resulten asegurados con la prisión provisional y se demuestre que no están en capacidad económica de enfrentar tales gastos.

Paralelamente, hay que reforzar el papel del abogado defensor no solamente desde el punto de vista de los intereses de su representado, sino también en el sentido de proteger las garantías del proceso y la adecuada aplicación de la ley en todas sus fases, lo cual constituye un interés social.

4. La intervención del Tribunal

Corresponde limitar las posibilidades de intervención del Tribunal en la fase previa del juicio y, en general, de realizar un prejuicio sobre los hechos. Tales funciones pueden ser asignadas a jueces o salas que no sean las encargadas de juzgar posteriormente.

Si bien es cierto que idealmente, según el modelo acusatorio “puro”, el órgano jurisdiccional debería limitarse a conocer directamente en el juicio oral y público la acusación formulada y las pruebas que aporten las partes, no puede perderse de vista que en estos procesos se ponen en juego bienes de particular trascendencia en relación con los derechos individuales, y el orden público puede ponerse en peligro con una acusación mal formulada.

Por otra parte, un juicio iniciado sobre la base de una etapa preparatoria deficiente o de una pretensión punitiva mal planteada puede significar una pérdida de tiempo y de recursos por cuanto quizá sea inevitable suspender el juicio para practicar otras diligencias o se daría lugar a recursos que, con un proceso bien desarrollado, podrían evitarse.

5. Las garantías de los procesados y sospechosos

Se deben ampliar las garantías de los procesados y los sospechosos en cuanto a algunas actuaciones que tengan directa relación con los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

Aunque es un asunto que requiere un pormenorizado estudio, la cuestión podría resolverse mediante la intervención de un juez de garantías que, menos vinculado al propósito de ejercer la acción punitiva y alejado de las pasiones de la investigación, apruebe las decisiones adoptadas por el fiscal en estos casos, o, al menos, intervenga ante la inconformidad del afectado.

Este juez de garantías podría también hacer una valoración previa de las actuaciones presentadas por el Ministerio Público al ejercitar la acción penal, determinar si existen elementos suficientes para la apertura a juicio oral, y si no se han cometido errores en la imputación que pudieran afectar una justa decisión del caso o producir eventualmente el retraimiento del proceso para subsanarlos.

6. El principio de oportunidad

Aunque en los procedimientos penales cubanos rige claramente el principio de legalidad a través de normas sustantivas, se ha ido abriendo espacio el “principio de oportunidad” en el ejercicio de la acción penal, por lo que resulta conveniente establecer reglas procesales que regulen su ejercicio, las cuales hasta el momento se expresan sólo mediante instrucciones del Fiscal General y, en su caso, del Ministerio del Interior y algunos pronunciamientos del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Debe igualmente valorarse la posibilidad de incluir en el procedimiento penal de Cuba la institución del sobreseimiento condicional de las actuaciones por parte del Ministerio Público, con lo que se ampliarían las esferas del ejercicio del llamado “principio de oportunidad” en la persecución penal, en aquellos casos en que pueda esperarse que los objetivos del proceso penal y la sanción que pudiera corresponder se alcancen sin necesidad de culminar el proceso y sin afectación de los legítimos intereses de la víctima.

7. Los juicios orales y la prueba documental

Resulta preciso adoptar medidas dirigidas al perfeccionamiento de la realización práctica de los juicios orales, enriqueciendo el debate oral, disminuyendo el formalismo que lo caracteriza y, particularmente, minimizando las facultades del Presidente de la Sala en cuanto al interrogatorio de los deponentes, de lo que frecuentemente se hace un uso demasiado amplio por los jueces, con lo que van parcializando su posición, al alejarse de su papel cognoscitivo y de su posición neutral ante las pretensiones de las partes.

Esto no debe implicar en absoluto que el juez esté impedido de intentar un mejor esclarecimiento de alguna circunstancia, elemento o concepto que no haya podido interpretar adecuadamente a pesar de los interrogatorios de las partes. De lo que se trata es de que tanto el representante del interés público como las demás partes jueguen eficientemente su papel en el juicio.

Igualmente, debe mejorarse el examen durante el juicio de la prueba documental, ya que al omitirse tal actividad quedan sin ventilar públicamente algunas pruebas que pueden ser de enorme trascendencia, como el resultado de la inspección del lugar del suceso, al resultar prácticamente imposible su reproducción.

8. Las sentencias

Corresponde exigir la motivación de las sentencias penales en la ley procesal expresamente, así como su debida congruencia con el relato de hechos dados por probados.

9. La víctima

Se debe dar un mayor protagonismo a la víctima del delito y, en su caso, al perjudicado, así como también regular detalladamente la intervención -normalmente excepcional- del tercer civil responsable.

Aunque la víctima y el perjudicado en los delitos perseguibles de oficio están legalmente representados por el fiscal, en realidad no siempre la actuación de éste satisface plenamente los intereses de aquéllos, de manera que se generan inconformidades que dan lugar a procedimientos de revisión en algunos casos, que serían evitables si tales personas pudieran reclamar a los tribunales lo que estimen les conviene más en función de sus intereses.

10. El recurso de casación

Se debe estudiar profundamente la modernización del recurso de casación y definir si lo más conveniente es mantenerlo como una impugnación respecto a la inadecuada aplicación de la ley o si debe dársele más espacio a la inconformidad con el contenido real de la sentencia.

Igualmente resulta imprescindible disminuir los causales del procedimiento de revisión, de manera que éste sea un instrumento verdaderamente excepcional de rectificación de errores judiciales que no pudieron atacarse antes.

Posiblemente queden muchas más modificaciones que podrían hacerse a la legislación procesal cubana, pero aquí sólo se han querido abordar aquellas que se consideran más trascendentales o que tienen un grado mayor de complejidad en su

instrumentación, con el ánimo de crear condiciones para avanzar en el perfeccionamiento de la legalidad socialista de Cuba, tomando en consideración la necesidad de una efectiva respuesta ante las conductas de mayor peligrosidad conjuntamente con la de contar con un procedimiento más humanista y con mayores garantías para quien se pueda ver sometido a él y para quienes resultan víctimas de las acciones infractoras.

CANDIA FERREYRA, José, “Problemas actuales del proceso penal en Cuba”, en *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, Unión Nacional de Juristas de Cuba, 1999, n° 13, pp. 11/16.

DERECHOS HUMANOS. FEDERALISMO (CANADÁ-EE.UU.).

Existen convergencias y divergencias entre el federalismo y la protección de los derechos humanos.

Por un lado, el federalismo generalmente tiende a favorecer la protección de los derechos y libertades porque divide y limita el poder gubernamental y facilita la participación de los ciudadanos dentro de unidades políticas más pequeñas. Cuando las minorías están suficientemente concentradas en términos geográficos, pueden ejercer poder político en una o más unidades federales. Además, brinda protección constitucional y judicial a los derechos individuales, tanto a nivel federal como estadual.

Sin embargo, estos efectos generalmente favorables están acompañados de ciertas desventajas emergentes de la mayor complejidad jurídica de un régimen federal, entre las que se encuentra el riesgo de que los agentes económicos invoquen derechos humanos para impugnar la constitucionalidad de leyes y reglamentaciones adoptadas en aras del interés público, y ciertas dificultades a que se enfrenta el Gobierno federal para respetar sus obligaciones internacionales vinculadas a los derechos humanos.

Por otro lado, la protección constitucional de los derechos puede tener efectos centralizantes y unificantes ya que, en los hechos, transfiere ciertas facultades decisorias de las legislaturas electivas locales al poder judicial federal. Además, genera una tendencia nacionalizante, al reforzar la lealtad de las personas al Estado federal, en detrimento de sus identidades regionales. Por otra parte, los derechos económicos y sociales (derecho a la salud, a los servicios sociales y a la educación, principalmente) son invocados para justificar un incremento del poder federal a fin de equiparar los sistemas de protección social. La intervención federal se presenta como necesaria para proceder a la redistribución de los recursos entre las regiones más y menos ricas y para asegurar una cierta uniformidad en la forma en que los diversos organismos federales cumplen con sus prestaciones. Finalmente, la percepción de los derechos fundamentales como derechos pre-políticos e insusceptibles de variación territorial dentro de una federación juega en contra de los valores de diversidad y pluralismo que subyacen en el federalismo.

En la medida en que la implementación de los derechos requiera un balance de intereses acorde al contexto, dicha implementación debe ser flexible en las diferentes comunidades políticas que integran el Estado federal. Esta necesidad ya ha sido, en alguna medida, reconocida en la Constitución canadiense.

WOEHLING, José, “Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés: l'exemple des États-Unis et du Canada”, en *McGill Law Journal*, Montreal, 2000, vol. 46, n° 1, pp. 21/68.

ELECCIONES. CIRCUNSCRIPCIONES ADMINISTRATIVAS. DERECHO TERRITORIAL. DIVISIÓN DEL TERRITORIO. CANTONES (FRANCIA).

El Consejo de Estado de Francia fue llamado a pronunciarse en diversas causas relativas a la modificación de los límites cantonales. El éxodo de una parte importante de la población del campo hacia los polos industriales en busca de trabajo, mostró que varios cantones rurales estaban sobre representados en relación a sus pares urbanos y, por ende, que existían disparidades de representación. Por ello, el gobierno procede desde hace unos treinta años a la modificación de los límites cantonales. Sin embargo, dado que los cantones son circunscripciones electorales, la modificación de sus límites crea sospechas en torno a su finalidad. Por tal razón el Consejo de Estado reglamentó, por medio de los fallos, el poder del gobierno en el tema.

En lo relativo a la forma, el art. L. 3113-2 del Código general de las colectividades territoriales establece que: “La modificación de los límites territoriales de los cantones, la creación y supresión de los mismos y la transferencia del lugar de residencia de las autoridades debe realizarse a través de un decreto y corresponde al Consejo de Estado, previa consulta al consejo general”. De ello se desprende que las comunas que están situadas en el interior de los cantones no deben ser consultadas al respecto. En cuanto al fondo, no existen disposiciones legislativas que se ocupen del tema y fue el Consejo de Estado que fijó las reglas.

El principio que surge de los fallos es el de la igualdad de los ciudadanos frente al sufragio. Se le impone al gobierno una exigencia mínima que es la de no agravación de las disparidades demográficas existentes. Si bien era en este principio en el que se basaba la jurisprudencia administrativa, el mérito de estos fallos reside en que el Consejo de Estado unifica criterio con el Consejo Constitucional, aplicando al caso la Constitución Nacional. En efecto, en Francia los Senadores son electos por sufragio indirecto, la elección de los Consejeros Locales es la primera etapa en el proceso de designación de aquéllos. Por consiguiente, se debe respetar lo dispuesto por el art. 3 de la Constitución Nacional que establece el principio de igualdad del voto. La sobre representación de ciertos cantones hace que los votos de sus habitantes tengan mayor peso que en el del resto.

En este sentido cabe remarcar que el Consejo de Estado adopta un criterio demográfico antes que un criterio que tenga en cuenta la igualdad de los ciudadanos. En efecto, viola el principio de igualdad frente al voto la disparidad entre en número de habitantes, independientemente de la cantidad de personas inscriptas en los registros electorales.

Por otra parte, los fallos clarifican los indicadores de medida de las disparidades demográficas. La jurisprudencia al respecto mostraba una inconstancia en la utilización de indicadores y fue la doctrina que surgió como consecuencia de los fallos anteriores al Consejo de Estado la que estableció dos parámetros de control. El primero establece que la separación de cantones no debe tener como objetivo ni como resultado la ampliación, salvo que hubiere motivos de interés general, de la diferencia existente entre el cantón y la población cantonal media del lugar. El segundo parámetro se basa en dos criterios: en el caso de que se recorten cantones no debe aumentar la diferencia entre el cantón más poblado y el menos, y en el caso de la división de un cantón, no debe aumentar la disparidad de habitantes entre los cantones nuevos y los de su zona geográfica.

GESLOT, Christophe, “Le contrôle du Conseil d’Etat relatif au découpage des cantons: le principe d’égalité des citoyens devant le suffrage cantons (CE, 13 novembre 1998, *Commune d’Armoy et autres*; *M. Le Déaut et autres*; *M. Amalric*; *Commune de Saint-Louis et Département de la Réunion*) et (CE, Sect., 6 janvier 1999, *M. Lavaurs*)”, en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, París, L.G.D.J., 1999, n° 5, p. 1515.

INDIGENAS. DERECHOS SOBRE SU TERRITORIO (RUSIA).

Un problema clave que se plantea a los pueblos indígenas del norte de Rusia es la falta de un régimen jurídico efectivo que impida que se les denieguen sus derechos a pescar, cazar, usar tierras de pasturas o a controlar los recursos, de los cuales ellos y sus antepasados han dependido durante siglos.

La comprensión de los derechos de estos pueblos en términos del derecho internacional y del derecho constitucional, federal y regional de la Federación Rusa, debería informar las futuras decisiones relativas al aprovechamiento de los recursos, uso de los ríos y resolución de cuestiones relativas a la compensación a las comunidades locales. Las leyes vigentes desde el período zarista hasta la actualidad han intentado brindar seguridad a los pueblos indígenas que dependen de la tierra y de los recursos para continuar con sus actividades tradicionales, tales como la caza, arreo de manadas, pesca y caza con trampas. Las leyes soviéticas y, posteriormente, las de la Federación Rusa se han ocupado de los derechos culturales, económicos, lingüísticos, etc., de las minorías indígenas y, si bien puede requerirse su revisión para aclarar y elaborar estos derechos, el mayor problema consiste en su falta de implementación.

Con el comienzo del nuevo milenio, sin embargo, se observan cuatro signos de cambio que señalan el comienzo de una nueva era en la protección de la tierra y de las culturas de las minorías indígenas en la Federación Rusa: (1) la adopción, en abril de 1999 por parte del Parlamento ruso, de una ley que garantiza los derechos de dichas minorías; (2) un mayor recurso a los tribunales para hacer valer las leyes existentes; (3) la mayor atención que los académicos y activistas rusos prestan a los derechos de los aborígenes; y (4) el surgimiento de un movimiento pro derechos de los aborígenes dentro de Rusia. Estas tendencias van a conducir a nuevos pedidos de protección de las tierras y aguas usadas por los pueblos indígenas, pero no a un reconocimiento del derecho de los nativos a las tierras, como en Canadá y Alaska. El éxito de los actuales intentos de implementar las leyes existentes puede diluir, en gran parte, las voces que exigen el establecimiento de un proceso para el reclamo de tierras a través del cual los aborígenes puedan adquirir un derecho pleno de propiedad sobre las mismas.

Desde una perspectiva norteamericana, la plena propiedad de las tierras tradicionalmente usadas por los pueblos aborígenes en el norte de Rusia facilitaría la auto-determinación y permitiría a estos pueblos establecer la escala y ritmo del desarrollo industrial en esas tierras, y recibir una porción mayor de las rentas generadas por ese desarrollo. El derecho indígena a las tierras cambiaría el equilibrio de poder, aumentando la capacidad de negociación de los propietarios indígenas y su posibilidad de defender sus tierras y recursos.

Por otro lado, lo cierto es que cuando los nativos de Alaska obtuvieron el derecho de propiedad sobre casi el 12 % de las tierras de Alaska, perdieron los derechos aborígenes a cazar y pescar y renunciaron a potenciales reclamos de áreas mayores. En forma similar, los acuerdos celebrados en Canadá en relación a las tierras requirieron la extinción de las pretensiones aborígenes.

La historia de los contactos entre los pueblos nativos y no-nativos en el norte de Rusia tiene paralelismos y contrastes con las demandas de tierra en Norteamérica, pero la forma de proteger los derechos a la tierra de los pueblos indígenas en Rusia no ha imitado el curso de la jurisprudencia norteamericana y europea sino que dichos derechos se han basado en los tipos de actividades desarrolladas por los pueblos indígenas como forma de vida y en la correspondiente necesidad de proteger la naturaleza, dada su dependencia de recursos renovables.

Desde una perspectiva indígena, la gente “pertenece a la tierra”, en lugar de que la tierra pertenezca a la gente. Sin embargo, esto no significa que los cazadores, arrieros de manadas y pescadores no sepan donde se encuentran los límites de sus territorios y los de los sus vecinos. El concepto de derecho a la tierra puede no resultar importante -o incluso útil- para un nómada, pero cuando una empresa petrolera interpone una pretensión opuesta, o un equipo de pesca deportiva contrata un “arrendamiento exclusivo”, la familia que depende de ese territorio puede comenzar a definir sus derechos de una nueva forma.

En 1993, la responsabilidad de las autoridades en relación a la “protección del medioambiente original y forma de vida tradicional de las pequeñas comunidades étnicas” fue reconocida por primera vez en la Constitución de la Federación Rusa. ¿Resulta paternalista e ingenuo intentar proteger las formas de vida tradicionales? ¿Por qué tantos rusos siguen oponiéndose a la privatización de las tierras? ¿Es posible favorecer no sólo la supervivencia cultural sino la recuperación cultural de las naciones indígenas? La Federación Rusa está en camino de elaborar la relación entre los pueblos indígenas, sus tierras y el derecho. Si un nuevo código inmobiliario se aparta radicalmente del camino, y opta por privatizar las tierras en toda Rusia, fácilmente daría lugar a que los líderes indígenas exijan derechos sobre tierras suficientes para competir con los derechos de los industriales y de las personas de afuera. Pero, por el momento, los patrocinantes, los investigadores y los educadores deben tener en la mira la rápida implementación de las normas internacionales y las leyes constitucionales, federales y regionales ya existentes en Rusia para la protección de los pueblos aborígenes.

OSHERENKO, Gail, “Indigenous Rights in Russia: Is Title to Land Essential for Cultural Survival?”, en *The Georgetown International Environmental Law Review*, Washington, 2001, vol. 13, n° 3, pp. 695/734.

INDIGENAS. INTEGRACIÓN. CONVENIO 169, OIT (GUATEMALA).

En el marco de los acuerdos parciales y sectoriales que conforman el paquete de Acuerdos de Paz de Guatemala, el Acuerdo de Identidades y Derechos de los Pueblos Indígenas de 1995 (Acuerdo), tiene como compromiso la creación de un genuino país multiétnico a través del respeto y del apoyo a la cultura e instituciones de los pueblos Mayas.

En términos formales, la estructura del Acuerdo está basada en las propuestas originadas por algunas de las nuevas organizaciones indígenas guatemaltecas. Estas propuestas, con un fuerte énfasis en los derechos culturales, denotan la influencia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 (Convenio), el cual ha sido ratificado por Guatemala, e integrado a su legislación interna en junio de 1997.

En efecto, algunos pueblos indígenas y sus grupos de apoyo ponen énfasis en la necesidad de combatir la discriminación y en que se permita su participación equitativa dentro de la sociedad y de todas sus instituciones (sean sociales, legales, culturales o económicas); otros ponen el acento en el derecho de sus pueblos para la reconstrucción y revitalización de sus instituciones, para hacer ejercicio de su propia autonomía, poder de gobierno y desarrollo. El Acuerdo apunta hacia ambos lados.

Guatemala busca redefinirse constitucionalmente como una Nación multiétnica, multicultural y multilingüe, y muchas repúblicas latinoamericanas, tales como México, Bolivia, Paraguay y Perú, son claros ejemplos en este proceso. Estos conceptos de Nación deben ser vistos como la antítesis para el modelo del Estado “exclusivo”, construido en la base de instituciones importadas (a menudo europeas) sin el menor respeto por los valores indígenas, su cultura e instituciones.

Por su parte, el tema de la autonomía fue largamente debatido dentro de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). Una tendencia dentro de la URNG fue la presión por una autonomía local y regional para los pueblos indígenas, permitiendo a los diversos grupos étnicos manejar sus propios asuntos internos localmente.

Realizando una comparación con los anteriores procesos de paz, el Acuerdo no contiene compromisos específicos en términos de tiempo ni identifica la agencia gubernamental responsable de su implementación. En su lugar, los negociadores pusieron mucho énfasis en procedimientos que permitían a las organizaciones indígenas y a sus representantes participar en la preparación de reformas legales y constitucionales que los

afectara en el futuro. El mecanismo principal se basa en las llamadas “comisiones paritarias”, compuestas por el mismo número de representantes tanto del Gobierno como indígenas, que fueron creadas a principios de 1997, preparando el terreno para futuras reformas en las áreas de la educación, participación política y derechos de los indígenas a la tierra.

En otras palabras, lo que los negociadores trataron en este Acuerdo fueron los principales temas de identidad y derechos indígenas que en el futuro necesitarán ser mencionados por medio de leyes y reformas administrativas. El proceso ha empezado recientemente. Todavía queda por ver como serán los temas en la práctica. Mucho depende de como los líderes Mayas involucrados en el proceso de paz vean su futura participación en el Estado de Guatemala.

Nota de la Secretaría: sobre el Convenio, ver *investigaciones* 3 (1998), p. 701.

PLANT, Roger, “La Etnicidad y El Proceso de Paz en Guatemala: Retos Conceptuales y Prácticos”, en *Justicia Penal y Sociedad. Revista Guatemalteca de Ciencias Penales*, Guatemala, 2000, n° 13, pp. 86/105.

LIBERTAD DE EXPRESION. EXPRESIONES DE ODIIO. DERECHO A LA IGUALDAD. ORIENTACIÓN SEXUAL (CANADÁ-EE.UU.).

Las minorías sexuales muchas veces luchan contra la censura, promoviendo una amplia libertad de expresión y, al menos en los Estados Unidos, han obtenido mayores logros en este área que en la de la igualdad ante la ley.

En el debate que existe en relación a la propaganda fundada en el odio, que enfrenta a los partidarios de medidas contrarias a la censura y a quienes defienden la no discriminación, estas minorías han adoptado una posición ambigua.

Sin embargo, en Canadá, recientes casos que interpretan la Carta de Derechos y Libertades y, particularmente, la inclusión de la orientación sexual como criterio prohibido de discriminación en términos de su Sec. 15, han llevado a las minorías sexuales a plantearse con más vigor la consecución de sus objetivos anti-discriminatorios. Este proceso recientemente culminó en las decisiones que la Suprema Corte de dicho país adoptó en los casos *Vriend v. Alberta* y *Alberta and M. v. H.*, los cuales consideraron incluida la orientación sexual en una ley provincial de derechos humanos y extendieron la obligación alimentaria entre cónyuges a parejas del mismo sexo y, por lo tanto, brindaron suficiente sustento para extender las disposiciones relativas a las propagandas de odio, incluidas en el Código Penal, a las mencionadas minorías.

Al mismo tiempo, un creciente número de normas y decisiones de derecho internacional y comparado -en particular la reciente decisión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el caso *Toomen v. Australia*- ha extendido la norma de la no discriminación a las minorías sexuales.

Esta evolución, sumada al tradicional compromiso canadiense con la penalización del odio y con la igualdad sustantiva, sugiere que la propaganda de odio a una orientación sexual se analiza mejor como un tema de discriminación y no de censura y que, por lo tanto, resulta aconsejable extender las medidas aplicables a este tipo de propaganda para proteger a las minorías sexuales.

COHEN, Jonathan, “More Censorship or Less Discrimination? Sexual Orientation Hate Propaganda in Multiple Perspectives”, en *McGill Law Journal*, Montreal, 2000, vol. 46, n° 1, pp. 69/104.

LIBERTAD DE OPINION E INFORMACION. LIBERTAD DE EXPRESION. CENSURA PREVIA. DERECHO DE RECTIFICACION O RESPUESTA. DERECHO AL HONOR. DERECHO A LA INTIMIDAD. JURISPRUDENCIA. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ART. 19. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 13, 14 Y 29 (URUGUAY).

1. La Constitución Uruguaya que entró en vigor en 1967, no obstante las enmiendas parciales ratificadas plebiscitariamente en 1989, 1994 y 1996, responde a los marcos conceptuales propios del movimiento constitucionalista de la segunda posguerra mundial. En virtud de no haberse realizado el indispensable *aggiornamento* técnico del derecho constitucional positivo, es indispensable abordar la problemática de la libertad de opinión e información, con textos instituidos para regular otras realidades.

2. El art. 29 de la Constitución establece la libertad de comunicación de pensamientos: "Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin previa censura, quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren".

Con base en el texto de este artículo y en el contexto constitucional, la doctrina uruguaya distingue las libertades de pensamiento, de expresión del pensamiento, de comunicación del pensamiento, de información, y de establecimiento de medios de comunicación -esta última regida por el art. 36-.

3. Libertad de Información

3.1. A partir del año 1963, la doctrina uruguaya consideró que la libertad de información se deriva del art. 72 de la Constitución Nacional -derechos y garantías implícitos- o del citado art. 29.

El 11 de julio de 1969, por ley 13.751, se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en su consecuencia, comenzó a invocarse el art. 19 de éste. Posteriormente, tras la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención) por el art. 15 de la ley 15.738, del 8 de marzo de 1985, se invoca su art. 13.

4. Valor y fuerza de los pactos de derechos humanos

4.1. La *lex fundamentalis* vigente en Uruguay, no es una Constitución abierta al derecho internacional. Para realizar el análisis de este tópico es indispensable distinguir el valor y fuerza de los tratados, pactos, convenciones o documentos internacionales en materia de derechos humanos, del valor y fuerza que, por imperio del art. 72 de la Constitución -derechos implícitos-, puedan tener los derechos en ellos incluidos.

4.2. La Suprema Corte de Justicia consideró en una oportunidad que "El derecho a la identidad del menor tiene en la Argentina jerarquía de ley fundamental (art. 75.22); en nuestro país también cabe similar solución por la incidencia que tiene el artículo 72 ..., que permite recepcionar todos los derechos humanos que se consagran -más específicamente- en las Convenciones o Pactos internacionales" (sentencia 418 del 17 de diciembre de 1997).

En suma, los Pactos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por la República, tienen rango infraconstitucional, aunque los derechos en ellos incluidos pueden o deben -según las posiciones- tener rango constitucional.

5. La Ley 16.099

La ley 16.099, del 3 de noviembre de 1989, generalmente mal llamada "ley de prensa", expresa en su art. 1, inc. 1º: "Es enteramente libre en toda materia la expresión y comunicación de pensamientos u opiniones y la difusión de informaciones mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación, dentro de los límites consagrados por la Constitución de la República y la ley".

El art. 3 declara que "todos los habitantes de la República son titulares de las libertades referidas por el art. 1º de la presente ley en el marco del ordenamiento jurídico

nacional"; y el art. 2 dispone: "Los titulares de los medios de comunicación ejercerán la facultad referida por el artículo anterior sin necesidad de previa autorización, censura, garantía o depósito pecuniario".

6. Censura previa

6.1. Antes de que entrara en vigor la primera constitución formal uruguaya, se había establecido la interdicción de la censura previa. La llamada preconstitución uruguaya estuvo integrada, entre otras, por la ley del 12 de julio 1826, cuyos arts. 4 y 5 preceptuaban respectivamente: "La injuria, la calumnia y la sedición, serán perseguidos como delitos o crímenes" y "Cualquiera otra opinión manifestada de viva voz, por escrito o por la prensa, será libre de toda censura previa o subsiguiente, y de toda dirección administrativa".

Actualmente se asiste al debate -en el ámbito latinoamericano- acerca de si determinadas acciones judiciales -*verbi gratia*: amparo- implican censura previa.

6.2. Durante el período de facto se expidió el decreto-ley 15.672 (9-11-1984), cuyo art. 36 previó la acción de amparo respecto de los medios de comunicación. Se instituyó, pues, una medida preventiva. Restablecido el orden constitucional, el referido decreto-ley fue declarado con valor, y rigió hasta su derogación por la citada ley 16.099.

Esta norma prevé la libre circulación de las publicaciones extranjeras. Sin embargo, cuando a través de ellas se cometa algún delito, serán "...de aplicación las normas que regulan la acción de amparo, sin perjuicio de las responsabilidades penales a que hubiere lugar".

A diferencia de lo que ha acaecido en el ámbito latinoamericano, no se ha profundizado en Uruguay respecto de si el ejercicio de una acción de amparo o la promoción de otra acción ante un órgano del Poder Judicial puede importar censura previa.

6.3. El Código del Niño de 1934 y normas reglamentarias, prevén supuestos de censura previa de espectáculos públicos, cuya compatibilidad con el punto 4 del art. 13 de la Convención puede ser, en algún aspecto, discutible.

Por otra parte, en Uruguay están actualmente en el primer plano de la atención pública, planteos relativos a la distribución entre los medios de comunicación, de la publicidad oficial, extremo que podría estar comprendido en la enunciación ejemplificativa realizada en el párrafo 2 del art. 13.3 de la citada Convención.

7. Derecho de respuesta

El art. 7 de la Ley 16.099 dispone que "Toda persona física o jurídica de derecho público o privado puede ejercer ante el juzgado competente el derecho a responder a una publicación o cualesquiera otros medios de comunicación pública que la haya afectado por informaciones inexactas o agraviantes, sin perjuicio de las penas y responsabilidad civil a que pueda dar lugar la publicación, noticia o información que provoca la respuesta". Los arts. 8 a 17 disponen respecto de procedimiento, excepciones, negativa a difundir la respuesta, etc.

En lo que atañe al derecho de respuesta, la ley 16.099 parece compatible con el art. 14 de la Convención.

8. Derecho a la Privacidad y a la Honra

8.1. El derecho al honor y el derecho a la protección en el goce del honor

El art. 7 de la Constitución preceptúa: "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general".

La doctrina uruguaya considera que el derecho al honor es un derecho preexistente a la regulación constitucional. Inequívocamente, el citado art. 7 consagra el derecho a la protección en el goce del honor.

Es el derecho al propio decoro, a que no se imponga la ejecución de actos que lo disminuyan, y a que se nos proteja en caso de que injustamente se vulnere o se pretenda vulnerar la consideración que se nos tiene.

8.2. Intimidad y privacidad

La Constitución no incluye en su texto la expresión "vida privada". Ello no obstante, es incontrovertible que por imperio de su art. 72, el derecho a la intimidad de la vida privada y de la familia, así como el derecho a la intimidad económica, son derechos no enumerados inherentes a la personalidad humana y resultan inmediatamente aplicables en virtud de lo dispuesto por el art. 332 constitucional, que dispone que: "Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos ... no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas".

8.3. Regulación de los delitos contra el honor

El Código Penal de 1934 tipifica los delitos de difamación e injuria -arts. 333 y 334 respectivamente- y la referida ley 16.009 regula el procedimiento en caso de delitos contra el honor cometidos a través de medios de comunicación.

9. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay relativa a los conflictos suscitados entre los derechos referidos

La jurisprudencia puede ordenarse de la siguiente manera:

9.1. No existe jerarquización.

9.1.1. Sentencia n° 18 del 18 de marzo de 1992: "Con arreglo al art. 29 de la Constitución, la comunicación del pensamiento es enteramente libre, sin necesidad de previa censura, con responsabilidad por los abusos que se cometieren. La libertad de prensa no es irresponsabilidad de prensa. Lo así prohibido es la previa censura, pero la actividad del comunicador está necesariamente sometida a responsabilidad por abuso, sea de tipo civil o penal ... Bien está que los funcionarios públicos deban aceptar el análisis crítico de su gestión y que la prensa pueda ejercer libremente ese cometido. Pero lo que puede lícitamente cuestionarse, lo que es útil que se cuestione, aunque se incurra en error, es el acierto o equivocación de la gestión pública. Nada autoriza a restringir el derecho de crítica referido al mérito de la actividad funcional, a su falta de revisión o poco estudio de sus consecuencias, a la ausencia o debilidad de su fundamentación. Pero una cosa es discrepar, aún en la forma más radical, con la actuación de un agente del Estado, y otra muy distinta imputarle la comisión de delitos en los que no incurrió ... Sólo teniendo la prueba de la imputación, art. 336 del Código Penal, es posible denunciar públicamente delitos cometidos por funcionarios en su actuación como tales".

La Corporación concluyó: "Cuando la prensa atribuye determinadas manifestaciones a terceros debidamente individualizados, no incurre necesariamente en 'abuso' que genere responsabilidad, si ellas realmente ocurrieron. Pero si se recurre a tal mecanismo informativo para, más allá de lo formal, injuriar o difamar, la simple mención de que terceros hayan afirmado algunos hechos reprobables, no alcanza para dirimir el propósito ilícito de la publicidad y la ulterior responsabilidad pertinente ... En cada hipótesis concreta corresponderá determinar si existió únicamente ánimo informativo o realmente se ejecutó en forma encubierta un propósito difamatorio".

9.1.2. Sentencia n° 114 del 3 de abril de 1995: "La regla general, en situaciones como la de autos, debe ser la contraria. Esto es: (que) la publicación que motiva la denuncia se haya redactado luego del debido estudio y recolección de pruebas; por lo cual el tiempo de que dispone el denunciado debe reputarse mayor del que dispone el ofendido que insta. Si bien existe un derecho a la información, el mismo debe ser ejercido de manera de no efectuar una publicación agravante, que incurra en una difamación por realizar aseveraciones sin contar con el respaldo probatorio que le dé sustento a las mismas".

9.2. Existe jerarquización

9.2.1. En la sentencia n° 253 del 13 de octubre de 1999, la Suprema Corte de Justicia afirmó: "Este derecho [...la libertad de prensa...], más que individual es un derecho cívico que tiende a obtener la formación de la opinión pública, sin la que no sería posible convivir democráticamente". La Corporación calificó dicha libertad como "garantía institucional para la vida en democracia; sin ella no es posible ejercer el control por parte de los individuos hacia aquel (el Estado); es una garantía institucional del orden estatal libre y democrático ...". "Se trata ... de derechos tan trascendentes que pueden ser ubicados en un plano superior al de los otros derechos civiles, pues ello depende de la estructura de las relaciones entre el poder y la libertad".

"Esa ubicación de derecho preferente surge de la función que cumplen como contribuyentes de la formación y mantenimiento de una opinión pública libre, inherente a todo sistema democrático; no tendrán tal situación de preferencia cuando no contribuyan a ese objetivo"; "... la prevalencia deriva fundamentalmente del interés público que posea la manifestación realizada ... Lo importante es establecer si esos derechos se han ejercido dentro de los límites internos que le otorgan esa preferente posición, lo que de ser así les confiere un estatuto de imposición sobre cualquier otro derecho que entre en conflicto o colisión con ellos. Esos límites internos no son otros que la verdad y el interés público, lo que significa que la libertad de expresión no es ilimitada, por lo que en caso de perder la preferencia de posición, el conflicto deberá resolverse evaluando el otro bien constitucional en juego. Lo importante es que la información pueda afectar a intereses ajenos, a intereses sociales, que pueda incidir en la formación de la opinión pública y que esté en unión con ella, todo esto es lo que justifica su conocimiento, independientemente de que en la información esté involucrada una persona pública o privada ... En definitiva, la noción de interés público debe estar basada en un criterio objetivo, útil para la sociedad, por lo que quedan excluidos de ella todos los temas que no se ajusten a ese criterio objetivo, como son por ejemplo la curiosidad malsana o morbosa que pueda tener el conocimiento de determinados hechos ... Se puede afirmar, pues, que la verdad es un elemento constitutivo que debe cumplir toda información; si lo transmitido es falso, la opinión que se emita sobre un determinado hecho o suceso estará viciada en su origen y por consecuencia lo estará la opinión pública ... Ese criterio de veracidad objetiva debe complementarse con un requisito subjetivo, que está dado por la creencia o convicción en la veracidad de lo informado, criterio subjetivo que no basta por sí solo para considerar legítima la conducta del informador, por lo que requiere siempre un apoyo objetivo, que es la comprobación de la información suministrada". La Corporación concluyó: "... cuando se ejercitan legítimamente las libertades de expresión e información, nunca se lesiona el honor".

9.2.2. Sentencia n° 930 del 23 de octubre de 1996: en el caso del Presidente Wasmosy se afirmó: "Sin libertad de medios de comunicación, sin que sea posible buscar, recibir y difundir información para que todas las personas estén en situación de formarse su propio criterio, no puede existir la pluralidad de ideas y, consecuentemente, el derecho irrestricto de cada uno a pensar como lo considere mejor ... Uno de los grandes principios de la democracia como sistema político es el diálogo... Para que él sea posible y de esa manera se pueda fortalecer el sistema democrático, es necesario e imprescindible asegurar la libertad de los medios de comunicación...". "De ahí... que los medios tienen responsabilidades con la democracia, que son ineludibles para asegurar el vigor y el buen funcionamiento de la misma.. La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está informada no es plenamente libre; ... la norma que dispone que no cabe -como principio- la prisión preventiva, en los delitos de prensa, no crea una 'discriminación perversa' y tiene una razonabilidad que no puede negarse. Afianza el derecho a la libre

expresión del pensamiento como garantía de la dignidad del hombre, pero, además, como garantía de la propia democracia y para apoyar su mismo ejercicio...".

9.3. Ponderación de intereses como criterio para solucionar el conflicto.

9.3.1. Sentencia n° 88/93 del 8 de diciembre de 1993: "La consideración doctrinaria acerca de la primacía de derechos fundamentales sobre otros, no es pacífica, ya que por un lado se ha perfilado la posición de que unos son prevalentes y que los demás deben comprimirse frente a ellos. Si el derecho a la información colide con los demás de esencia nuclear o principal, debe ceder lugar a éstos... Por otro lado, encontramos a quienes entienden que no hay una verdadera preeminencia de uno sobre otros... frente al ejercicio abusivo del derecho de información, no es preciso cuestionarse si existe un orden jerárquico, si son paritarios y por ende deben conciliarse, sino que este tema debe resolverse estudiando si en el caso concreto existió tal abuso... una publicación de antecedentes personales reservados...con un fin espurio y sin interés público que lo legitime ... supone una agresión al derecho a la dignidad, atributo de la personalidad humana, que forma parte de los sistemas políticos y jurídicos desde la Declaración Universal de los derechos humanos...".

10. Conclusiones

La jurisprudencia uruguaya pudo haber acudido a la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -OC 5/85- y considerar la distinción entre las dimensiones individual y social de la libertad de expresión.

Tanto las pautas interpretativas que son utilizables -según la doctrina más recibida- para interpretar la Constitución, como las impuestas por el art. 29.c y d de la Convención, conducen a idéntica conclusión: no existe jerarquización de los derechos y libertades objeto de esta ponencia.

Nota de Secretaría: respecto de la sentencia N° 418/97 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, del 17 de diciembre de 1997, citada en **4.2.** v. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, Tomo XIV, junio 1997/mayo 1998, n° 79-84, p. 203.

ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo G., "Libertad de Opinión e Información y Derecho a la Privacidad y a la Honra en la Doctrina, Normativa y Jurisprudencia de Uruguay", en *Ius et Praxis*, Talca, Universidad de Talca-Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2000, n° 1, pp. 111/131.

MINISTERIO PUBLICO. FACULTADES. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. PROCESO PENAL (INTERNACIONAL).

En Europa continental y en Latinoamérica, el principio medular sobre el cual descansa el ordenamiento jurídico penal es el principio de legalidad. En dichas jurisdicciones, este principio trasciende el concepto de *nullum crimen sine lege* que tiene en el derecho norteamericano, y consiste en que el proceso penal ha de incoarse ante la sospecha de la comisión de cualquier delito sin que el Ministerio Fiscal esté autorizado a solicitar el sobreseimiento, ni el órgano jurisdiccional a otorgarlo, en tanto subsistan las propuestas materiales que lo han provocado y se haya descubierto al presunto autor. En otras palabras, el principio de legalidad obliga a la policía y a la fiscalía a intervenir con motivo de todos los hechos disponibles posibles de perseguir en caso de que exista una sospecha suficiente de hecho. Esto significa que el Ministerio Fiscal no tiene discreción alguna y debe instar toda la acción penal en la cual se hubiere identificado a un posible autor: en su concepción más pura y formal, el principio de legalidad implicaría que todos los casos tienen que ventilarse en sus méritos. Ello ha provocado que en todos los ordenamientos jurídicos regidos por este principio exista una gran congestión de casos y una necesidad apremiante de mayores recursos humanos y fiscales. Esta congestión tiene un efecto inaceptable sobre

el término de detención preventiva; incluso en algunos países del primer mundo pueden existir casos donde dicho término exceda de un año. Otras preocupaciones y problemas identificados con el principio de legalidad son los siguientes:

1. Se congestiona los asuntos a ventilarse, toda vez que tienen que incoarse todas las acusaciones y abrirse todos los juicios.

2. Implica una significativa erogación de fondos públicos por los muchos procesos a ventilarse y por la duración de éstos.

3. Se expone a las víctimas a los rigores y exigencias de un proceso penal, por lo que se agrava el daño sufrido.

4. Se produce un efecto inhibitorio en la presentación de denuncias y querellas por lo extenso que es el proceso ulterior.

5. Se limita la cooperación de acusados para informar a las autoridades competentes sobre otros autores del hecho punible o de otros hechos punibles de los que tuvieran conocimiento, en la medida en que no pueden recibir algún beneficio legal por ello.

6. Se limita la rehabilitación al crear obstáculos para el rápido arrepentimiento o tratamiento necesario del acusado.

7. Limita la consideración de hechos pertinentes que no están contenidos en la ley, y el que los mismos sean razonables y de beneficio para el acusado (adicción, pobreza, etc.).

Para atender esta crisis existente en Europa y Latinoamérica, se plantean algunas medidas que, a su vez, sugieren modificaciones a los ordenamientos jurídicos. En primer lugar, se sugiere una modificación al principio de legalidad para abrir las puertas a que se den las alegaciones preacordadas, conocidas en el Viejo Continente como *la conformidad*. Se sugiere también atribuirle al Ministerio Fiscal un sinnúmero de poderes con el propósito de sustituir al juez de instrucción en la investigación preliminar del caso y de poder ejercer su discreción durante la ulterior tramitación de la causa.

En la actualidad, las alegaciones preacordadas han sido adoptadas en varias naciones de Europa con muchas restricciones. De esta manera vemos cómo se pretende, mediante la negociación de la justicia, atender a todos los problemas que vienen sufriendo los distintos ordenamientos penales. Algunos de sus defensores destacan que la justicia negociada permite a las partes individualizar la pena, atendiendo a consideraciones tanto objetivas como subjetivas. No obstante, muchos juristas señalan que es una invitación forzada, una especie de orden para declararse culpable.

Ante estos cambios y medidas, debemos preguntarnos si conceder amplios poderes al Ministerio Fiscal y dar cabida a manifestaciones del principio de oportunidad solucionarán los problemas previamente discutidos, en vista de las dificultades y los abusos que ya han ocasionado.

Tanto en los Estados Unidos como en Puerto Rico, el proceso penal está fundado en el principio de oportunidad. Este principio permite que los titulares de la acción penal estén autorizados, de cumplir con los presupuestos previstos por la ley, a hacer uso de su ejercicio incoando el procedimiento o provocando su sobreseimiento. Por otra parte, el principio de oportunidad no está limitado a que los titulares de la acción penal (los fiscales) decidan o no una acción penal o provoquen su sobreseimiento, sino que también incluye, entre otras facultades, el proponer penas inferiores a las dispuestas para el delito imputado. En otras palabras, el fiscal tiene amplia discreción para determinar qué hacer con un caso. Cabe destacar que este principio fomentaría la agilización del proceso. Sin embargo, ya ha provocado muchas críticas, entre ellas:

1. Se otorgaría mucho poder al Ministerio Fiscal.

2. Existiría poca regulación en el ejercicio de la discreción del fiscal.

3. Crearía poca uniformidad en la toma de decisiones del fiscal.

4. El Estado o las víctimas de delito dependerían excesivamente de la honestidad del Ministerio Fiscal.

5. Se propiciaría un trato desigual por consideraciones ajenas al hecho punible.

6. Se favorecerían alarmantemente las conformidades o *plea bargains*. Es preocupante que acusados inocentes se vean obligados o presionados a aceptar ofertas del Ministerio Fiscal para no arriesgarse a una posible larga condena.

7. Se fomentaría una desconfianza hacia el sistema por parte de la población general en la medida en que pueda percibirse que ciertas personas, por razón de amistad, poder o razones económicas, fueren tratadas de forma preferente por parte del fiscal.

Para atender estos problemas, en los Estados Unidos se estableció el *United States Sentencing Guidelines*, “en donde se establecen ciertos parámetros relacionados con las características del delito y con las características del acusado para obtener una especie de percentila y poder determinar la pena a ser impuesta”. Ello pretende atender, con carácter prioritario, el problema de la poca uniformidad existente entre los distintos distritos federales con respecto a la sentencia impuesta por el mismo delito, así como también la disparidad entre la verdad jurídica y la verdad material. No obstante, ha provocado otros problemas como, por ejemplo, la multiplicidad en las apelaciones por la incorrecta implementación de los llamados *guidelines* al momento de imponer la sentencia o al momento de hacer una alegación preacordada. Por otro lado, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha tenido que intervenir en un sinnúmero de casos para invalidar actuaciones del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones. De ahí han surgido las doctrinas de la Acusación Selectiva (*Selective Prosecution*) -práctica en la que el fiscal solamente acusa a una persona por violentar una disposición de ley, la cual ha sido violentada por otras personas sin ser acusadas-, establecida en el caso *Oyler v. Boles*, y de la Acusación Vengativa (*Vindictive Prosecution*) -práctica en la que el fiscal penaliza o agrava la situación legal del acusado por haber ejercido éstos derechos constitucionales-, establecida en el caso *North Carolina v. Pierce*. Estas doctrinas han limitado la autoridad del Ministerio Fiscal en ejercicio de las alegaciones preacordadas con el propósito de eliminar abusos de poder y persecución política. También se ha criticado la llamada práctica de la sobreacusación (*overcharging*), que consiste en que el Ministerio Público presenta una acusación por un delito mayor al realmente cometido con el propósito de estar en una mejor posición para poder negociar con la defensa una alegación preacordada por un delito menor al imputado. Es obvio que este principio ha propiciado abusos de poder.

En Puerto Rico continúa existiendo poca uniformidad en la forma y manera en que se implementan las alegaciones preacordadas. El Tribunal Supremo de Puerto Rico también ha tenido que expresarse para frenar los abusos de discreción del Ministerio Fiscal en ejercicio de sus funciones, adoptando doctrinas que han surgido de las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (se destaca el caso *Pueblo v. Lausell* sobre acusación selectiva, entre otros).

Al analizar la situación tanto en Europa como en América, resulta en cierta medida irónico que jurisdicciones regidas por el principio de legalidad estén dándole poderes y facultades al Ministerio Fiscal, mientras que en jurisdicciones regidas por el principio de oportunidad se los estén limitando. No pueden pensar los europeos y los latinoamericanos que van a solucionar sus problemas dándole facultades al Ministerio Fiscal y mucho menos pensar que las alegaciones preacordadas son una panacea; tampoco los estadounidenses resolverán los suyos adoptando el principio de legalidad y limitando dramáticamente los poderes del fiscal. Ciertamente, debe reconocerse que la complejidad de los casos y el alza en la criminalidad en Europa y Latinoamérica hacen literalmente imposible la ventilación en sus méritos de todos los casos en un lapso razonable. Por otro lado, los norteamericanos deben reconocer que para su alta tasa de criminalidad, tanto a nivel estatal como federal, y el porcentaje tan significativo de su población que se encuentra restringida de libertad, su sistema procesal penal no podría sobrevivir sin la existencia de las alegaciones preacordadas.

¿Qué hacer entonces? Algunas recomendaciones que podrían atender este tipo de problemas son las siguientes:

1. La existencia de un juez instructor o la fiscalización de la investigación hecha por el Ministerio Fiscal en modelos acusatorios

La existencia del juez instructor ha sido de mucha utilidad en Europa y en Latinoamérica para despolitizar y minimizar el abuso de poder en el inicio de las acciones penales. En los casos donde el fiscal haga la investigación, es indispensable que el acusado o sospechoso tenga todos los derechos fundamentales en esa etapa del proceso y que la discreción del fiscal de acusar pueda ser revisada judicialmente.

2. El establecimiento de procedimientos abreviados y los desvíos

No toda conducta delictiva provoca el mismo grado de lesión a un bien jurídico protegido y, ciertamente, no todos los bienes jurídicos protegidos tienen el mismo rango. Atendiendo estas dos consideraciones, es necesario que se creen procedimientos criminales o administrativos paralelos al procedimiento ordinario.

En primer lugar, el establecimiento de desvíos implicaría que, en determinada conducta, el imputado no pase por los rigores del proceso penal, sino que reciba servicios que propendan a su rehabilitación o al ajuste deseado en su conducta. Estos desvíos se están utilizando ampliamente en Europa y, más limitadamente, en los Estados Unidos y en Puerto Rico.

En segundo lugar, debe contemplarse la descriminalización de toda conducta que no lesione un bien jurídico protegido o que su lesión sea nominal. El caso típico es el de la posesión de sustancias controladas. En muchos países de Europa, la posesión de sustancias controladas como la marihuana, el hash y la cocaína para consumo propio no está criminalizada; los recursos económicos que se utilizaban en el pasado para su procesamiento penal ahora son utilizados en los programas de rehabilitación y prevención.

En tercer lugar, deben considerarse los procesos abreviados. Hay cierta conducta criminal que no debe ser tratada con el mismo rigor con que se tratan los casos en donde la lesión al bien jurídico es muy significativa. Para estos últimos debe haber un proceso ordinario que, dada la naturaleza de las controversias envueltas, será largo y complejo; en los restantes casos puede contemplarse un proceso que, aunque garantice todos los derechos constitucionales y estatutarios, sea rápido y eficaz. Estos procesos abreviados fueron establecidos durante las décadas del '80 y del '90 en casi todas las naciones europeas occidentales. En los Estados Unidos, a nivel federal, no existe tal división: los delitos menos graves no tienen que ser presentados al gran jurado. En Puerto Rico, los delitos graves tienen un proceso distinto a los delitos menos graves, siendo el de los menos graves uno en donde se omite la vista preliminar y el acto formal de lectura de acusación. Lo que se pretende, a los fines de agilizar el proceso, es la eliminación de la vista preliminar de los delitos graves.

3. Alegaciones preacordadas reguladas

El aumento cualitativo y cuantitativo en la criminalidad hace indispensables las alegaciones preacordadas. Por consiguiente, es importante que las mismas sean reguladas extensamente, de manera que haya uniformidad y que no sean utilizadas arbitrariamente por el Ministerio Fiscal. Debe recordarse que el Estado es el mayor beneficiario de las alegaciones preacordadas, y es importante que todos los sistemas no dependan de que un número significativo de casos tengan que negociarse para que el sistema pueda funcionar. Igualmente, es imperativo que todo el andamiaje judicial deje de presionar a las partes para que lleguen a un acuerdo, presión que se observa cuando los jueces intervienen en las conversaciones de los fiscales y abogados defensores fomentando el que se negocie mediante amenazas sutiles de imposición de sentencias más altas. En el sistema federal, de conformidad con los *guidelines*, aquel imputado que sea encontrado culpable, se le impondrá una pena mayor que a aquel que se hubiere declarado culpable: esto constituye un castigo para aquellos acusados que deciden ejercer su derecho a ver su caso, creando un efecto inhibitorio en muchos de estos.

4. Procesos menos adversativos

En muchas ocasiones, los procesos penales en los Estados Unidos y en Puerto Rico parecen una competencia o concurso para determinar cuál de las partes es la más hábil. Ciertamente, los intereses de ambas partes merecen celo profesional, pero dicha óptica debe ser modificada. Entre otras medidas, debe actualizarse el Código de Ética Profesional para que se regule la conducta de los fiscales y abogados en el contexto de un juicio penal.

5. Proceso despolitizado

En los Estados Unidos y en Puerto Rico, el nombramiento de fiscales y jueces está altamente politizado. En Europa Continental y en Latinoamérica, gran parte de los jueces son nombrados mediante el proceso de oposición y el ser juez constituye una carrera como tal; no obstante, los representantes del Ministerio Público son, como en Estados Unidos y en Puerto Rico, de carácter gubernamentalista porque son nombrados por el Poder Ejecutivo o el Parlamento, según sea el caso. Es necesario, por consiguiente, reconceptualizar el proceso de nominación de jueces y fiscales de manera que no existan consideraciones políticas al hacer la determinación. Ello permitirá que no haya consideraciones políticas en las decisiones ministeriales de estos funcionarios.

El atender la crisis que vienen sufriendo los sistemas procesales penales tiene carácter prioritario. Debemos ser sumamente cuidadosos de no sucumbir ante el deseo de agilizar los procesos a costa del respeto a los derechos humanos y constitucionales. Después de todo, los que hemos vivido los abusos y arbitrariedades por parte del Ministerio Fiscal, típicos de un sistema regido por el principio de oportunidad y en nombre de la agilidad del proceso, vemos en la legalidad y en la fiscalización del Ministerio Fiscal el mejor contrapeso a dichos abusos.

FONTANET MALDONADO, Julio E., “El principio de oportunidad y sus consecuencias en el proceso penal”, en *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, San Juan, 2000, vol. 34, n° 2, pp. 297/307.

PARTIDOS POLITICOS. ELECCIONES. CAMPAÑAS ELECTORALES. FINANCIACIÓN (EE.UU.).

Los intentos de llegar a un acuerdo sobre el rol que la riqueza privada debe jugar en el proceso político de una sociedad fracasan porque existe muy poco consenso sobre el modo exacto de definir los problemas a resolver. El acuerdo se nos escapa porque la forma misma en que percibimos estos problemas depende, en gran medida, de nuestra previa y siempre refutable elección de una visión del proceso electoral. Prácticas y consecuencias que resultan inaceptables en términos de un criterio normativo del proceso electoral pueden ser no sólo tolerables sino incluso necesarias en términos de otro. Resulta inevitable que al evaluar y juzgar determinadas prácticas electorales y el rol que en ese contexto debe jugar la riqueza privada, consideremos el grado en que los intereses normativos subyacentes que estas prácticas reflejan se corresponden con nuestra interpretación del objetivo y significado propios de la democracia. Por eso, cabe aventurar algunas conclusiones sobre el sistema de reglamentación que se juzga más justificado en una sociedad democrática.

El análisis de los sistemas de regulación norteamericano, canadiense y británico permite concluir que el adoptado por los Estados Unidos es el que ha tenido el efecto más peligroso en el proceso de elecciones democráticas. El público norteamericano en general demuestra un nivel inquietantemente alto de desconfianza y desconexión con el proceso político. En gran parte, esto se debe a que la forma más básica de elección democrática -la de poder seleccionar entre candidatos, en una lucha competitiva por el poder público- ha desaparecido en una parte importante del sistema electoral norteamericano. En las elecciones de 1998, el desafío a un miembro de la Cámara de Representantes en funciones demostró ser virtualmente fútil. No sorprende, por lo tanto, que en casi el 25% de las bancas de la aludida Cámara, el Representante en ejercicio no “corrió” contra ningún oponente

importante de su partido, mientras que en más de un cuarto de las “contendidas” sólo se enfrentó a un opositor nominal con menos de u\$s 25.000 para gastar. El cuadro general que estos hechos describen parece nefasto para cualquiera que se interese por un gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Encontramos un electorado crecientemente desinteresado, que tiene el margen más reducido para seleccionar a los responsables de elaborar las políticas públicas en su nombre. En tales condiciones, la democracia en Estados Unidos se ha convertido en algo semejante a un juego en el cual el Representante que busca la reelección puede conservar su cargo en casi todos los casos.

Si bien la responsabilidad por la actual situación no puede imputarse a una sola variable, existe un aspecto particular de esta ciénaga que llama nuestra atención. La creciente importancia que el dinero tiene en el proceso electoral es una de las razones centrales de que los funcionarios que buscan la reelección puedan conservar sus virtuales sinecuras en el poder, y es la razón central por la cual la gente se está alejando de la política. El más poderoso argumento contra una mayor desregularización de la forma en que el dinero puede usarse en las campañas electorales es el efecto que el gasto en gran escala tiene en la fe del electorado en la legitimidad del sistema electoral, cataloguemos o no a este efecto como corrupción.

Las experiencias de Canadá y el Reino Unido demuestran que las restricciones al flujo de dinero en el proceso electoral pueden hacer frente y disuadir la preocupación de los ciudadanos en cuanto a la forma en que el dinero ha llegado a dominar otras formas de participación política. Por lo tanto, no sólo las restricciones a la forma en que los candidatos y los partidos políticos pueden usar dinero para posicionarse en la carrera electoral sino también la existencia de algunos controles sobre los aportes de dinero de terceros al proceso electoral resultan esenciales para la salud de cualquier sociedad democrática. Dichos límites pueden ayudar a cambiar radicalmente la creciente percepción pública de que los “intereses especiales” o “los ricos” controlan la toma de decisiones del gobierno, excluyendo a los “votantes ordinarios”, y la tendencia decreciente de la participación pública activa en el voto y en otras formas de actividad política.

De la experiencia reglamentaria de los países mencionados se pueden extraer conclusiones que abren dos argumentos interrelacionados, contrarios a esta propuesta de una mayor reglamentación. El primer argumento es el del “efecto hidráulico” de la reglamentación: los controles sobre la forma en que se pueden hacer los gastos en la arena electoral pueden dar lugar a que el dinero se desvíe a otras formas menos reguladas, en lugar de impedir que ingrese en el proceso electoral. Por ejemplo, una de las razones por las cuales los aportes de terceros son mucho más común en los Estados Unidos que en Canadá o el Reino Unido es que el primero ha impuesto restricciones mucho más rigurosas a las contribuciones a candidatos y partidos políticos que los dos últimos países. A cualquiera que desee influir en el resultado de una elección, le resulta mucho más fácil defender sus intereses por sí mismo que dar dinero a un participante en la carrera electoral, es decir, que conseguir un intermediario político para representar sus intereses. A su vez, los medios por los cuales realiza esta defensa dependen de la forma en que esté estructurado el sistema reglamentario, ya que los terceros buscan la forma jurídica que les genere menores costos y les brinde el máximo de participación política. Por lo tanto, se afirma, la reglamentación de la financiación de las campañas políticas tiende a desviar los aportes de los actores públicos y responsables fuera del ámbito de la reglamentación y, de ese modo, en los hechos, conducir a una situación peor.

La segunda objeción que puede esgrimirse contra un intento de imponer mayores controles a los aportes de terceros es el llamado “problema de definiciones”. ¿Cómo distinguimos entre expresiones vinculadas a la elección -que el gobierno tiene interés legítimo en restringir para proteger la integridad del proceso democrático- y las expresiones generales sobre cuestiones públicas, sobre las cuales el gobierno no tiene semejante control? Dada las “presiones hidráulicas” que existen para que el dinero ingrese al proceso electoral, existe un constante incentivo para que los terceros participantes prueben y eludan las restricciones relativas al tipo de expresiones que pueden patrocinar y financiar, intentando

cerrar estas lagunas que dan lugar a mayores restricciones al discurso público sobre temas políticos en general. En Canadá y el Reino Unido, se han impuesto restricciones legislativas no sólo a los gastos que manifiestamente identifican candidatos o partidos políticos, sino también a los montos que pueden gastarse para discutir las *cuestiones* sobre las cuales los candidatos o partidos políticos están haciendo campaña. Claramente, en términos de un criterio global del proceso de elección, esta interferencia representa una grave violación a la libertad de expresión de una persona, poniendo en cuestión la legitimidad de todo el proceso de elección.

Estos argumentos realmente merecen una respuesta mejor que la que se puede dar aquí. Empero, es de destacar que no plantean objeciones fatales a la idea de que los gastos de terceros en el proceso de elección deben estar sujetos a rigurosos controles gubernamentales. Para empezar, la metáfora “hidráulica” no es la única, ni necesariamente la más apropiada, que se puede aplicar a los gastos relacionados con una elección. El agua, después de todo, obedece a un conjunto de reglas impersonales e inalterables conforme a las cuales tiene que fluir en un determinado sentido y “buscar su propio nivel”. Los gastos políticos no necesariamente obedecen a leyes de la misma naturaleza fija y natural. Antes bien, parecen mucho más parecidos a un “problema de carrera armamentista”, donde el gasto de un grupo de la sociedad o de una nación aumenta los incentivos para que otros grupos (o naciones) hagan lo mismo.

La actividad política, a diferencia del flujo de agua, es el resultado de elecciones humanas conscientes que se adoptan en relación a las acciones de los otros participantes en el proceso electoral. Por lo tanto, si se permite un más fácil acceso a la arena electoral o se aumenta la capacidad de algunos participantes para realizar gastos, se está motivando a otros participantes a hacer algo parecido con base en la presunción de que, de lo contrario, quedarán en desventaja en la carrera electoral. Por el contrario, los límites al monto de los gastos que los participantes pueden hacer, o a la forma en que pueden hacerse esos gastos, pueden establecer un conjunto de incentivos en sentido contrario. En lugar de forzar al dinero a fluir en otra dirección, los límites en verdad pueden conducir a que no se gaste. La respuesta al problema del “efecto hidráulico” de la reglamentación es que, si se imponen reglas conforme a las cuales cada participante puede estar razonablemente confiado en que no va a tener que adelantarse en hacer tales gastos, va a haber menos presión sobre terceros para que encuentren formas de usar su dinero para influir en el proceso electoral.

Por supuesto, subsiste el argumento de que cualquier intento de este tipo para limitar la libertad de expresión cuando se aproxima una elección -establecer reglas de “control de armas”- representa una invasión mucho mayor en los derechos individuales de quienes desean gastar. Sin embargo, no deberíamos sentirnos obligados a reconocer ese derecho a personas o grupos, para que hagan gastos ilimitados para tratar de influir en el resultado de una elección. Los intereses en juego al hacer estos gastos no parecen ser tan importantes como el mantenimiento de un proceso electoral en cual todos los participantes, sin tomar en consideración su riqueza, pueden confiar en que su participación y puntos de vista se respetan y valoran. Al intentar establecer ese proceso, las restricciones a los montos que pueden gastarse para intentar influir en una elección pueden justificarse en la decisión de hacer prevalecer la autonomía de la mayoría -que carece de dinero para gastar- sobre la de quienes tienen mucho para gastar.

GEDDIS, Andrew C., “Democratic Visions and Third-Party Independent Expenditures: A Comparative View”, en *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Louisiana, Tulane University School of Law, 2001, vol. 9, pp. 5/107.

PROCESO PENAL. CONDENAS INJUSTAS. REPARACIÓN (REINO UNIDO-EE.UU.).

Todos los sistemas de justicia penal tratan de garantizar que sus declaraciones de culpabilidad sean precisas. Empero, se producen errores, algunos suficientemente serios como para dar lugar a que personas inocentes sean erróneamente condenadas. Cuando esto sucede, existen procedimientos para corregir el error, pero lo cierto es que éstos frecuentemente no logran ese resultado.

Los sistemas norteamericano y británico tienen previstos esencialmente los mismos procedimientos para determinar la culpabilidad y esencialmente la misma vulnerabilidad al error, pero poseen unos procesos drásticamente diferentes para revisar, investigar y corregir los errores de hecho que dan lugar a la condena de una persona inocente. El sistema británico, si bien otorga menores garantías procesales para revisar por apelación los errores de hecho, brinda una red de seguridad más amplia cuando se invoca la inocencia con posterioridad a la apelación: permite la invocación de dichas pretensiones en cualquier momento, la producción de nueva prueba, la investigación independiente de la pretensión, y ordena que las causas que lo ameritan se sometan a la consideración un tribunal que aplica un estándar relativamente indulgente para la reparación.

En cambio, los Estados Unidos brindan varias vías de revisión posterior a la condena, pero principalmente concentradas en los errores jurídicos y procesales, más que en los de hecho. Además, en caso de una condena fácticamente errónea, virtualmente no existe una vía para la reparación judicial: la oportunidad para producir nueva prueba está extremadamente limitada, el estándar de revisión es intolerablemente alto y la clemencia se acuerda en casos tan raros que prácticamente carece de importancia.

Este análisis comparativo permite sugerir varias formas en que los Estados Unidos pueden aumentar la protección que brinda a las personas erróneamente condenadas. Primero, crear un foro importante para recibir e investigar nuevas pruebas, moldeado conforme al modelo británico o, dentro de la actual estructura judicial, ampliando las reglas aplicables a la prueba recientemente descubierta y los plazos estatales para su introducción, o reformando la ley federal de hábeas corpus con el fin específico de permitir la revisión fundada en una pretensión de inocencia.

Segundo, ampliar el estándar para evaluar las pretensiones de inocencia fundadas en nueva prueba a fin de permitir que los tribunales anulen condenas cuando, a la luz de dichas pruebas, el Ministerio Público no pueda convencer al tribunal que pese a ellas hubiera obtenido la condena. Este es el estándar aplicado en el Reino Unido.

Finalmente, mejorar el sistema de clemencia del Poder Ejecutivo para que cumpla con el importante objetivo que la Suprema Corte previó en *Herrera v. Collins* (506 US 390 -1993-). Las leyes que reglamentan el ejercicio de esta atribución presidencial deben reformarse para asegurar que el proceso está sujeto al escrutinio público e incluye una investigación profunda y estándares serios de forma que no se niegue reparación a ninguna persona erróneamente condenada.

GRIFFIN, Lissa, “The Correction of Wrongful Convictions: A Comparative Perspective”, en *American University International Law Review*, Washington, 2001, vol. 16, n° 5, pp. 1241/1308.

PROCESO PENAL. PRUEBA TESTIMONIAL. CONTROL DE LA PRUEBA (EE.UU.).

La Cláusula de Confrontación de la VI Enmienda simplemente dice: “En todos los procesos penales, el acusado gozará del derecho... a ser confrontado con los testigos en su contra”. Sin embargo, el significado de este texto aparentemente simple resulta impreciso y ha dado lugar a un cisma en la interpretación de los derechos que acuerda la VI Enmienda.

Por ejemplo, durante los dos períodos de sesiones más recientes de la Suprema Corte, el *Justice* Scalia, con la adhesión del *Justice* Thomas, formularon una disidencia en la negativa a conceder el *certiorari* en casos relativos a la Cláusula de Confrontación. En el primero de ellos (*Danner v. Kentucky*, 525 US 1010 -1998-), el acusado invocó su derecho

a “confrontar a su acusador” cuando el juez de primera instancia autorizó al testigo denunciante -su hija de 13 años de edad- a prestar declaración a través de un circuito cerrado de televisión. Un año más tarde, en *Marx v. Texas* (528 US 1034), estuvo comprometida una situación similar, en la cual el juez de primera instancia hizo lugar a un pedido del fiscal de que una niña de 13 años declarara por esa vía, luego de escuchar testimonios de que la menor podría sufrir angustia si declaraba en audiencia pública en presencia del acusado. Al igual que en su disidencia en *Maryland v. Craig* (497 US 836 -1990-), caso en el cual se fijaron los estándares constitucionales para este tipo de decisiones, el *Justice* Scalia alegó, en *Marx*, que permitir a un testigo menor de edad prestar declaración vía circuito cerrado de televisión a fin de evitarle el trauma de estar en presencia inmediata del acusado violaba lo que consideraba el derecho absoluto del acusado a una confrontación cara a cara, garantizado por la VI Enmienda.

Craig había condonado dichos procedimientos, en las situaciones apropiadas, a fin de balancear ese importante derecho fundado en la Cláusula de la Confrontación con consideraciones de política pública que ameritaban apartarse de él, en especial el interés de jerarquía superior del Estado en proteger a los niños. Escribiendo en nombre de la mayoría, la *Justice* O'Connor afirmó que “esta interpretación deriva no sólo del texto literal de la Cláusula sino también de la interpretación [de la Corte] de sus raíces históricas”. El *Justice* Scalia juzgó que esta línea de razonamiento más interpretativa “subordinaba... el texto constitucional explícito a una política pública actualmente favorecida” de un modo impermisible.

Pero el debate sobre el alcance e interpretación adecuados de la Cláusula de la Confrontación no ha estado limitado a los casos en que estaban comprometidos niños. Los comentaristas han notado la facilidad con que la decisión *Craig* podría extenderse a otras clases de testigos (p.ej., los ancianos o discapacitados). La tolerancia de los tribunales frente a esta práctica ha sido diversa: algunos han sido renuentes a dar esta interpretación amplia a *Craig*; más recientemente, un tribunal de distrito autorizó, con base en el Programa Federal de Protección a los Testigos, el testimonio de un enfermo terminal por circuito cerrado de televisión de doble vía en un caso penal.

Otra familia de casos, más profundamente analizada, en que están comprometidos adultos y la Cláusula de la Confrontación, se refiere a la admisibilidad de declaraciones incriminantes formuladas por uno de los acusados contra otro durante un juicio conjunto. En *Bruton v. United States* (391 US 123 -1968-), la Corte sostuvo que la admisión en calidad de testimonio de la confesión del acusado Evans, que no prestaba declaración (*non testifying defendant*), es decir, que él y el coacusado Bruton habían cometido un robo, violaba la Cláusula de la Confrontación al impedir a este último la posibilidad de repreguntar a los testigos presentados en su contra (ej., Evans). Esta prohibición constitucional a la admisión, en un juicio conjunto, de la confesión de un acusado que no declara, aun cuando esté editada, se reiteró en casos posteriores pero dio lugar a algún disenso en 1987 en *Richardson v. Marsh* (481 US 200 -1987-). En *Marsh*, el fiscal presentó una confesión de ese tipo que había sido editada no sólo para eliminar el nombre de Marsh sino también cualquier referencia a su persona. Impugnada con fundamento en la Cláusula de la Confrontación, la admisión de la confesión fue, empero, confirmada porque, al eliminar toda referencia a Marsh, no resultaba suficientemente incriminante a su respecto como para exigir repreguntas de su parte. En disidencia, sin embargo, el *Justice* Stevens rechazó este razonamiento, alegando que “degrada los valores protegidos por la Cláusula de la Confrontación”. Esos valores -sugirió el mencionado *Justice*- exigen una oportunidad para repreguntar aun cuando la confesión esté editada, dada la posibilidad de que el jurado la use contra el acusado a la luz de prueba adicional presentada por la fiscalía. Más recientemente, el disenso sobre esta línea de casos de coacusados ha conducido a que tanto miembros de la Corte como comentaristas pidan la reconsideración de la jurisprudencia de la Cláusula de la Confrontación, simultáneamente considerada demasiado restrictiva y demasiado amplia.

La interpretación de la Cláusula de la Confrontación ha sido, así, objeto de continuas disputas, pese a la “sencillez” de su texto. Efectivamente, resulta claro que pese

a la circunstancia de que la Cláusula sólo fue mínimamente debatida antes de su ratificación y al “pergamino descolorido” en el cual supuestamente está escrita su historia, ha jugado y sigue jugando un rol importante en la jurisprudencia relativa a los derechos de los acusados, discrecionalidad judicial y al precario balance de derechos constitucionales frente a innovaciones políticas en desarrollo. Al intentar resolver esas cuestiones de balance y a la luz de estos debates en curso, muchos comentaristas han revisado la historia del derecho de confrontación desde los tiempos antiguos, pasando por el *common law*, hasta la actualidad, buscando determinar su verdadero significado e intención. Conforme al criterio tradicional, el derecho a la confrontación surgió como una respuesta norteamericana a los abusos procesales que se cometían en los juicios ingleses del siglo XVII, tipificados por el juicio-por-acusador-ausente de Sir Walter Raleigh en 1603.

Un segundo grupo de comentaristas, sin embargo, cree que la Cláusula es menos autónoma de lo que presume el criterio tradicional, y propone una historia “alternativa” que asocia la Cláusula con otras características de un sistema contradictorio. Otro, finalmente, ha buscado aplicar estas historias a cuestiones de política jurídica y social, como las instrucciones al jurado sobre prueba relativa a la apariencia física, la conducta ilícita del fiscal, la superposición entre la Cláusula y la regla contraria al testimonio de oídas y, reflejando algunos de los disensos de la Corte, a las adaptaciones hechas para niños testigos en casos de abuso sexual de menores. Interpretaciones relativamente amplias al estilo *Craig* han resultado centrales en los argumentos favorables a aumentar esas adaptaciones jurídicas y sociales, a fin de establecer un balance entre la intención de la Cláusula y los intereses prácticos incluso -afirman los críticos- a expensas del derecho de confrontación de un acusado. Existen fuertes objeciones a estas interpretaciones que defienden la tesis de que un acusado debe tener un derecho más robusto a confrontar cara a cara a los testigos de la fiscalía, fundadas en interpretaciones más rigurosas y supuestamente literales de la Cláusula. La revisión que el *Justice* Scalia hizo de la historia de la Cláusula en *Coy v. Iowa* (487 US 1012 -1988-), por ejemplo, analizó la etimología misma de la palabra “confrontar”, sosteniendo que esa interpretación literal del texto precisamente indica la intención de sus redactores.

Sin embargo, esas interpretaciones de que la confrontación cara a cara es inviolable pueden -aunque resulte extraño- no estar basadas en una interpretación literal de la Cláusula de la Confrontación.

Las interpretaciones literales se han concentrado en la importancia tanto de confrontar físicamente a los testigos como de re-preguntarlos. La Cláusula de la Confrontación, sin embargo, no da a un acusado derecho a “confrontar” a los testigos en su contra, y dicha intención no surge ni su texto ni de su historia. *Antes bien, la Cláusula específicamente otorga el derecho a “ser confrontado con” esos testigos.*

La distinción entre estas dos frases es fina pero, no obstante, importante. Efectivamente, comprender esa diferencia puede ayudar a reconciliar algunos de los desacuerdos relativos al alcance e interpretación de la Cláusula de la Confrontación, especialmente en los casos de abuso de menores como *Craig* y *Coy*, y de coacusados como *Bruton* y *Lilly v. Virginia* (527 US 116 -1999-). De la revisión de los casos de la Suprema Corte que juzgan que la Cláusula confiere un derecho a “confrontar”, surge que esa interpretación ha conducido indebidamente a la conclusión de que la posibilidad de re-preguntar es el derecho focal acordado por la Cláusula, en lugar de ser la función más limitada que la Cláusula de la Confrontación originalmente cumplía, tal como surge de su debate y ratificación.

Este análisis, basado en el texto e historia de la Cláusula, permite sugerir que la actual identificación por parte de la Suprema Corte del derecho de confrontación sea con la prohibición del testimonio de oídas y/o con la garantía a la posibilidad de repreguntar (p.ej. probar la confiabilidad de la prueba), o con la simple confrontación física cara a cara, se aparta de la historia, alcance e intención original de la Cláusula. La intención perseguida por su aprobación era más limitada: basándose en los abusos históricos que querían evitar, sus autores la redactaron de forma que los testimonios válidos (las acusaciones, en particular)

fueran el único medio para condenar a un acusado. Su intención fue asegurar la *validez* del testimonio de los testigos contrarios, más que su confiabilidad, y consideraron que el derecho conexo y, por ese entonces aún en evolución, a repreguntar a dichos testigos cumplía esa función.

¿Es, sin embargo, “demasiado tarde” para recapturar este sentido más restrictivo de la Cláusula? ¿Qué consecuencias tendría adoptar ese significado?

En cierto sentido, quizás poco cambiaría. Ambos “lados” del debate, el procesal (confrontación física cara a cara) y el sustantivo (el foco en la confiabilidad o posibilidad de repreguntar) están en alguna medida en lo cierto. Por un lado, la necesidad de producir la prueba testimonial es de carácter procesal y cumple la función de demostrar que una acusación o prueba no es fruto de trampa. Pero no es verdad que la confrontación literal cara a cara constituya la esencia del derecho que acuerda la VI Enmienda. Si lo fuera, James Madison podría haberla incorporado a dicha Enmienda, tal como forma parte de las constituciones de New Hampshire y Massachusetts. En forma similar, si se hubiera querido acordar expresamente ese derecho específico, y sin perjuicio de si la expresión “repreguntar” era o no de uso común, podría haberse usado alguna variante para así establecerlo. Finalmente, el derecho a “confrontar” era una alternativa explícita, a diferencia del derecho que se eligió “a ser confrontado”. La elección evidentemente realizada debe ser tomada seriamente, si es que se ha de acordar pleno significado a la Cláusula de la Confrontación.

En forma similar, ¿qué impacto tendría esa interpretación restrictiva en el derecho a repreguntar? El derecho a repreguntar ciertamente se ha ubicado en el derecho de confrontación de la VI Enmienda, pero ¿sigue teniendo este derecho dimensión constitucional de acuerdo a la tesis que proponemos?

Una respuesta simplista consiste en apelar a los precedentes: actualmente el derecho a repreguntar a los testigos -para controlar la confiabilidad de la prueba producida en juicio- es considerado esencial y fundamental para un juicio justo. En consecuencia, su importancia no puede disminuirse aun cuando no se haya pretendido que fuera precisamente una característica de la Cláusula de Confrontación. Dada la naturaleza procesal del derecho a repreguntar y la percepción de que forma parte integral de un juicio justo, resulta plausible considerarlo, entonces, una característica del debido proceso sustantivo o formal. Otra posibilidad, por supuesto, es que el derecho a repreguntar siga quedando implícito en la Cláusula. Parece igualmente razonable, con base en el texto e historia de la Cláusula, suponer que su objetivo era asegurar la *validez* del testimonio, más que su *confiabilidad* y una de las consecuencias obvias de exigir que un testigo comparezca en el tribunal es lo que, entonces, se puede hacer con él (p.ej., repreguntarlo).

Finalmente, volviendo a lo que previamente nos preguntábamos, ¿qué efectos específicos podría tener esta interpretación más restrictiva de la Cláusula en el contexto de los procesamientos por abuso de menores? ¿Están justificadas las categóricas objeciones del *Justice Scalia*?

Si bien esta interpretación puede, en definitiva, tener consecuencias semejantes a la más amplia que la *Justice O'Connor* hizo en *Craig*, *Danner* y *Marx* se concentraron excesivamente en el uso del circuito cerrado de televisión para facilitar la presentación de la declaración de un testigo menor y, por lo tanto, en la falta de confrontación cara a cara entre el acusado y la testigo. Pero también resulta esencial sostener algunos aspectos de la interpretación del *Justice Scalia*. Los derechos constitucionales deben ser más robustos que las reglas de prueba, y es esencial que el acusador y su testimonio sean rigurosamente controlados para comprobar su validez. De este modo, esta interpretación puede reconciliar los dos criterios -el “liberal” y el “literal”- en el contexto de los casos de abuso de menores. Por ejemplo, condonaría la declaración en vivo de un testigo menor a través de un circuito cerrado de televisión e incluso la pantalla que el *Justice Scalia* juzgó inconstitucional en *Coy*, porque el testigo ha sido llevado al tribunal, para respaldar la validez de la prueba (y puede ser repreguntado, para evaluar su confiabilidad). En consecuencia, la Corte acertadamente denegó el *certiorari* en *Marx* y *Danner*, y resolvió correctamente *Craig*. Fue acertada, sin embargo, por malos fundamentos, y es importante comprender las razones un

tanto menos amplias por las cuales *debería* haber tomado su decisión, especialmente a la luz de los pedidos de reconsiderar la jurisprudencia de la Corte relativa a la Cláusula de la Confrontación. *Mattox v. United States* (156 US 237 -1895-) acertadamente concentró su atención en el acusador ausente, pero su texto, y el de los casos posteriormente resueltos por la Corte (que sugieren una confluencia de la Cláusula de la Confrontación y de la regla que prohíbe el testimonio de oídas) resultan engañosos.

BLUMENTHAL, Jeremy A. “Reading the Text of the Confrontation Clause: “To Be” or not “To Be?””, en *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Pennsylvania, 2001, vol. 3, n° 2, pp. 722/749.

PRUEBA GENETICA. AUTOINCRIMINACIÓN (EE.UU.).

Las pruebas de ADN posteriores a las sentencias han demostrado que los jurados pueden condenar a personas inocentes. Reconociendo la idoneidad de estos tests para demostrar la inocencia, los tribunales han anulado condenas de violación basadas en resultados de estas pruebas que establecen que el prisionero no puede ser la fuente de la prueba biológica depositada en la escena del crimen.

Ocasionalmente, sin embargo, la fiscalía afirma que la prueba sometida a test pudo haber sido depositada por el compañero sexual voluntario de la víctima y solicita que no se conceda a estos resultados efecto exonerativo. De ser así, los tribunales deberían ordenar al compañero sexual voluntario de la víctima la provisión de una muestra de ADN una vez que el prisionero hace una prueba inicial de que dicha muestra resulta tanto importante como necesaria para demostrar su inocencia. Con ello, los tribunales no violarían el derecho a no auto-incriminarse que la V Enmienda acuerda a dicho compañero sexual, puesto que dicha norma constitucional no protege frente a la producción compulsiva de prueba no testimonial. Por otra parte, un balance entre la mínima intrusión en la privacidad del compañero sexual y el importante interés social en contar con los resultados del test revela que la orden judicial no viola el derecho del compañero sexual, fundado en la IV Enmienda a no ser objeto de exámenes y requisas irrazonables. Por lo tanto, en interés de la justicia, los tribunales deben emitir estas órdenes cuando la muestra mencionada resulte esencial para que el prisionero demuestre su inocencia.

BRYANT, Cynthia, “When One Man’s DNA Is Another Man’s Exonerating Evidence: Compelling Consensual Sexual Partners of Rape Victims to Provide DNA Samples to Postconviction Petitioners”, en *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Nueva York, 2000, vol. 33, n° 2, pp. 113/151.

TRANSPORTE AEREO INTERNACIONAL. RESPONSABILIDAD (CANADÁ).

La Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional de 1929 (Convención de Varsovia), junto con el tratado multinacional que gobierna toda responsabilidad por las pérdidas que se producen durante un vuelo comercial internacional, y que también brinda consistencia a dichos reclamos, ha sido reemplazada por la nueva Convención de Responsabilidad de Montreal.

Sin embargo, esta nueva Convención, en realidad, funciona como una revocación de la Convención de Varsovia al eliminar todos los límites a la responsabilidad y establecer un monto diferente para los daños que cada pasajero puede recuperar en términos de la de Varsovia. Además, elimina totalmente el principio que subyace en el art. 25(1) de esta última, el cual prohíbe la recuperación ilimitada de daños a menos que se acredite que la aerolínea tuvo una conducta dolosa.

La nueva Convención también da lugar a una revolución que, en los hechos, reemplaza toda la jurisprudencia previa. Conforme al régimen de la Convención de Varsovia, se había intentado consistentemente lograr y sostener el objetivo de tener una ley aérea uniforme y unificada. Sin embargo, la nueva Convención fácilmente podría conducir a una completa desunificación a resultas de los litigios, fragmentando la Convención sólo en beneficio de los Estados Unidos y de los ciudadanos norteamericanos. Conforme al nuevo régimen, y sin tomar en consideración el lugar donde se produce un accidente, un ciudadano norteamericano siempre puede demandar ante un tribunal de los Estados Unidos, en la medida en que el accidente se produzca en uno de los Estados Partes del nuevo Tratado.

En la comunidad internacional, la Convención de Varsovia generalmente merecía aprobación y respeto. La única crítica real que se le formulaba era que fijaba un monto demasiado bajo para las indemnizaciones. En consecuencia, sólo había que elevar esos montos y no descartar todo el antiguo tratado.

Para muchos norteamericanos que tratan con grandes empresas internacionales, las megademandas y las grandes indemnizaciones son una forma de vida. En el nuevo escenario, el cambio más importante puede afectar a los pequeños *carruers* estatales: una inmensa condena al estilo norteamericano puede quebrar un país.

MOORE, Larry, “The New Montreal Liability Convention, Major Changes in International Air Law: An End to the Warsaw Convention”, en *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Louisiana, Tulane University School of Law, 2001, vol. 9, pp. 223/232.

TEXTOS ESCOGIDOS

EXTRADICION. ACTIVA Y PASIVA. LEGISLACIÓN. ACUERDO SOBRE EXTRADICIÓN ENTRE LOS ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR, LA REPÚBLICA DE BOLIVIA Y LA REPÚBLICA DE CHILE (MERCOSUR-ARGENTINA-BRASIL-PARAGUAY-URUGUAY-BOLIVIA-CHILE).

1. Régimen de la extradición

1.1. Ambito internacional y Mercosur

Sin perjuicio de los acuerdos regionales, las relaciones de extradición entre los Estados se contemplan a nivel mundial primordialmente en un desmesurado marco de tratados bilaterales en los que es común la inclusión de listas de delitos.

Uruguay comenzó a renovar la previsión normativa a partir del nuevo tratado que rige con España (ley 16.799, en vigor desde el 19-4-1997), al que siguieron la celebración y suscripción de acuerdos con Argentina, Chile, Francia, México y Venezuela.

No obstante la singularidad de cada negociación bilateral, la finalidad general perseguida tendió, en lo sustancial, a obtener textos sincrónicos con la moderna evolución del instituto, teniendo en cuenta las nuevas modalidades de la criminalidad nacional e internacional; y, en lo formal, una racionalizada técnica jurídica permitió dotar a las soluciones acordadas de una sistematización tendiente a facilitar la interpretación y aplicación de las disposiciones por parte de las autoridades competentes.

Esta concepción técnica implica un avance en relación a los precedentes. Entre otras características, anteriormente, con la pretensión de dotar de mayor certeza a la relación bilateral, por lo general admitían la extradición en relación con delitos contenidos en una lista dada y no con otros. Las nóminas limitadas son inexorablemente superadas por la

evolución, habida cuenta de que se tipifican nuevas figuras delictivas y algunas conductas penalizadas caen en correlativo desuso.

Los nuevos convenios se apartan acertadamente de este mecanismo y adoptan el criterio de la gravedad de la pena. En consecuencia, conductas o modalidades imprevisibles en el momento de la negociación quedaría incorporadas *ipso iure*, siempre que se cumpla con los demás requisitos exigidos. Ello determina que el tratado jamás “envejezca”. Los delitos supervinientes, como el narcotráfico o los informáticos desde la perspectiva de décadas pasadas, quedarían tácita pero ciertamente comprendidos.

El Acuerdo sobre Extradición del Mercosur constituye la culminación de una exhaustiva regulación en el dominio de la cooperación interestatal entre los Estados Miembros, pues en tres instrumentos jurídicos independientes fueron concertados tratados en materia de: cooperación civil, comercial, laboral y administrativa; cooperación cautelar y cooperación penal (los dos primeros en vigor y ratificados por Uruguay).

La similitud de sistemas jurídicos y el ámbito relativamente reducido de negociación, facilitaron la concreción de políticas legislativas comunes a la región, con la debida atención a la evolución global, en particular en lo que hace al tratamiento del delito político y al terrorismo.

1.2. Disposiciones sobre extradición en tratados con otro objeto específico

De modo creciente -en especial en las últimas tres décadas- tomó clara conciencia la comunidad internacional de que la extradición, como instrumento de cooperación, constituye en los hechos y en el derecho una herramienta vital para evitar la impunidad.

Como exponente de esta tendencia, diversas convenciones, en las que la trascendencia del bien jurídico tutelado justifica la más estrecha entreaayuda entre los Estados -cuyo ámbito material refiere fundamentalmente a los actos de terrorismo, corrupción, narcotráfico, tráfico de armas o perpetración de crímenes gravísimos- contienen preceptos en los que, con diversos matices, se establece que pueden considerarse base jurídica de extradición cuando no exista un tratado en vigor entre el eventual país requirente y el requerido.

Más aún; se ha entendido que estas disposiciones obvian el requisito de la doble incriminación cuando las conductas que fundan el pedido no están tipificadas como delito en ambos Estados, condición que se estimará cumplida si uno y otro son Parte de los señalados instrumentos.

Entre otros, contienen normas con el alcance indicado: a) en el ámbito interamericano, la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional (Washington, 2-2-1971, art. 7), la Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29-3-1996, art. XIII), la Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (Washington, 14-11-1997, art. XIX); b) en el ámbito europeo, la Convención Europea para la represión del terrorismo (Estrasburgo, 27-1-1977, art. 4); c) con alcance universal, la Convención para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (La Haya, 16-12-1970, art. 8), el Convenio sobre Sustancias sicotrópicas (Viena, 21.2.1971, art. 22), la Convención para la represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (Montreal, 23-9-1971, art. 8), la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14-12-1973, art. 8), la Convención Unica de 1961 sobre estupefacientes (Nueva York, 31-10-1975, -versión complementada con el Protocolo de 1972-, art. 36), la Convención Internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 18-12-1979, art. 10), la Convención sobre la Protección física de los Materiales nucleares (Viena, 3-3-1980, art. 11), la Convención para la Represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 10-2-1988, art. 11), la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Viena, 19.12.1988, art. 6), el Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (Nueva

York, 12-1-1998, art. 9), el Estatuto para la creación de una Corte penal Internacional (Roma, 17-7-1998, arts. 89 a 102), la Convención para la lucha contra la Corrupción de los Funcionarios Públicos extranjeros en sus transacciones comerciales internacionales (OCDE, 21-11-1997, art. 10), y la Convención sobre el derecho penal de la corrupción (Estrasburgo, 27-1-1999, art. 27).

1.3. Las leyes nacionales de los países del Mercosur y sus asociados: extradición pasiva y activa

1.3.1. Argentina

Rige la Ley de cooperación en materia penal (N° 24.767, del 13-1-1997) que derogó la ley 1612 y los arts. 646 a 674 del Código de Procedimientos en Materia penal. Constituye una exhaustiva regulación en materia de extradición pasiva y activa, así como de cooperación penal y de cumplimiento de condenas dictadas en el extranjero.

El Título 1 regula la extradición pasiva y contempla, entre otros aspectos, las condiciones generales, el procedimiento en su faz administrativa y judicial, el arresto provisorio, la reextradición, el juzgamiento por hechos anteriores.

Se establece el criterio de la gravedad de la pena para la procedencia y se requiere la doble incriminación. A este respecto, se prevén las normas indirectas y se hace referencia a la respectiva remisión al establecer que si el delito estuviese previsto en leyes penales en blanco, el requisito de la doble incriminación se satisfará en relación con ellas, aun cuando fueren diferentes las normas extrapenales que completen la descripción de la acción punible.

En relación a los nacionales, el reclamado podrá optar por ser juzgado por los tribunales argentinos, a menos que el pedido se fundara en un tratado que obligue a la extradición de aquél.

La calidad de nacional argentino deberá haber existido al momento de la comisión del hecho y subsistir en el momento de la opción. En caso de que ésta se hubiere ejercido, la extradición será denegada y será juzgado según la ley argentina, aunque el Estado requirente debe prestar su conformidad para ello renunciando a su jurisdicción. No obstante si al caso fuere aplicable un tratado que faculta la extradición de nacionales, el Poder Ejecutivo resolverá si se hace o no lugar a la opción.

Ante la concurrencia de jurisdicciones por el Estado requirente y por Argentina, se podrá dar curso a la solicitud si el delito que la funda integra una conducta punible significativamente más grave que fuese de la competencia del Estado requirente y ajena a la jurisdicción argentina o cuando el primero tuviese facilidades notoriamente mayores para conseguir las pruebas del delito.

Se regula la extradición en tránsito por el territorio argentino, en cumplimiento de la concedida por otro país, cuya autorización deberá ser otorgada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Sólo podrá denegarse si, en ausencia de tratado, no se hubiere ofrecido reciprocidad o si afectara la soberanía nacional, la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales para Argentina.

Si bien compete al Poder Judicial conceder la extradición, el Poder Ejecutivo podrá denegarla en ausencia de tratado, al evaluar la reciprocidad ofrecida señalada supra, o por las razones de seguridad u orden público, soberanía nacional u otros intereses estatales. La sentencia podrá apelarse ante la Corte Suprema (decreto-ley 1285/58, art. 24.6.b, ratificado por ley n° 14.467).

En cuanto a la extradición activa, el Título 2 establece que Argentina requerirá la extradición cuando *prima facie* fuere procedente conforme a la ley del país donde se encuentre el requerido. Se señalan los requisitos de la solicitud y se dispone que si el pedido fuese denegado por el país extranjero en virtud de una causa que hace procedente el juzgamiento del caso en dicho Estado, el Poder Ejecutivo resolverá si admite tal circunstancia. No obstante, no se contemplan consecuencias ante una resolución negativa.

1.3.2. Brasil

La extradición pasiva se regula en la ley n° 6815/80, Título IX, arts. 76 a 94 y en el art. 110 del decreto n° 86715/81. La primera de las normas citadas no prevé la extradición activa, dado que su objeto es la regulación de la situación de los extranjeros. El procedimiento interno para la activa se contempla en el art. 20 del decreto-ley n° 394, de 28 de abril de 1938.

La procedencia de la extradición depende de la existencia de un tratado o, en su defecto, del ofrecimiento de reciprocidad, cuya aceptación es de la competencia del Poder Ejecutivo.

La extradición pasiva de nacionales brasileños está prohibida por la Constitución Federal que, en su art. 5°, inc. LI, establece que ningún brasileño será extraditado salvo el naturalizado, en caso de delito común perpetrado antes de la naturalización o si se hubiere comprobado que está involucrado en el tráfico ilícito de estupefacientes o drogas afines. Su extradición dependerá igualmente del compromiso de reciprocidad específico por parte del Estado requirente. Esta excepción es independiente del proceso administrativo de declaración de nulidad del acto que concedió la naturalización.

El Supremo Tribunal Federal tiene competencia para entender en la extradición solicitada por un Estado extranjero (art. 102.I.g, Constitución).

El trámite administrativo del procedimiento está a cargo del Ministerio de Justicia (este Estado no cuenta con Ministerio del Interior) que, en la extradición activa, tiene atribuciones vinculadas a la escolta policial destinada a recibir al extraditado y de acompañarlo durante el viaje a Brasil. En la extradición pasiva, dicho Ministerio remite la solicitud al Supremo Tribunal Federal, la que debe introducirse por vía diplomática.

1.3.3. Paraguay

El nuevo Código Procesal Penal regula la extradición activa en el art. 147, estableciendo que ésta se regirá por el derecho internacional en vigor, por las leyes del país, por las costumbres internacionales o por las reglas de reciprocidad cuando no exista norma aplicable.

El art. 148 establece que la extradición de un imputado será decretada por el juez penal a requerimiento del Ministerio Público o del querellante conforme a lo previsto en el artículo anterior y se tramitará por vía diplomática. La solicitud de extradición de un condenado será decretada de oficio por el juez de ejecución (diferente al que entiende en un proceso penal).

El art. 149 regula la extradición pasiva. Establece que la decisión denegatoria será remitida en todos los casos a la Sala Penal de la Corte Suprema, la que deberá pronunciarse dentro de los quince días de recibidas las actuaciones. Si el reclamado se encuentra detenido será puesto en libertad si la Corte no resuelve en el plazo señalado y la detención no podrá decretarse nuevamente.

1.3.4. Uruguay

La extradición está regulada en los arts. 13 y 14 del Código Penal, que sólo prevén la faz pasiva. El primero establece causales de improcedencia vinculadas al delito político y a la doble incriminación y dispone que la extradición puede otorgarse aun por delitos no contemplados en los tratados, siempre que no existiera prohibición en ellos. El segundo regula las condiciones que rigen la extradición no mediando tratado. Debe tratarse de delitos castigados en el Código Penal con pena de penitenciaría de más de seis años. La solicitud debe presentarse al Poder Ejecutivo junto al auto de prisión o la sentencia condenatoria con los justificativos requeridos por la legislación nacional para proceder al arresto. La procedencia debe ser decretada por el Poder Judicial, previa audiencia del inculcado y del Ministerio Público.

El procedimiento específico para la extradición está contenido en el nuevo Código del Proceso Penal (CPP) -ley n° 16.893, del 16-12-1997, arts. 337 a 359-, que entró en vigencia el 1-2-2000 -ley n° 17.079-.

El CPP se aplicará en defecto de normas internacionales o si éstas resultaren insuficientes, estableciéndose que se procurará, si fuere posible, que los tratados en esta materia guarden armonía con las normas aprobadas.

El Estado requirente deberá tener jurisdicción para conocer en el delito en que se funda y se requiere la doble incriminación. Entre las causales de improcedencia se alude a la circunstancia de que el reclamado haya cumplido la pena o que de cualquier manera se hubiere extinguido la pretensión punitiva del Estado con anterioridad a la solicitud, así como si hubieren prescrito la acción o la pena en el Estado requirente o bien en el requerido.

Tampoco será admisible si se tratara de delitos políticos, no siendo considerados de tal naturaleza el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los actos de terrorismo, ni se autorizará la entrega cuando la pena a aplicarse por el Estado requirente sea la de muerte o la prisión perpetua.

Se señalan los requisitos del pedido y se prevén las solicitudes concurrentes por un mismo delito, en cuyo caso competirá resolver a la Suprema Corte, dando preferencia a la del Estado que hubiere prevenido. Si fueran hechos diferentes, se dará primacía a la solicitud fundada en el delito más grave; si fueran de igual gravedad, se resolverá de acuerdo a la prioridad del pedido.

Se contempla el arresto preventivo, disponiéndose que si en quince días no se presenta un pedido formal se resolverá el cese del arresto, debiéndose disponer algunas de las limitaciones a la libertad física establecidas en otro sector del CPP, tales como el deber de fijar domicilio y de comunicar todo cambio, la prohibición de ausentarse del territorio sin autorización, el deber de presentarse periódicamente, la prohibición de abandonar el domicilio por ciertos días u horarios. Vencido dicho plazo, si el pedido de extradición no se presentara dentro de los quince días subsiguientes, se dispondrá la libertad definitiva.

La sustanciación de un proceso en el país no impedirá la entrega, a menos que la ley reprima el delito atribuido en la causa con un mínimo de penitenciaría o cuando se estime *prima facie* que la pena a recaer tendrá esa naturaleza. En los demás casos, se decretará la suspensión del juicio nacional, debiendo procederse a la entrega inmediata.

La sentencia que admita o deniegue la procedencia del pedido será apelable ante la Suprema Corte.

1.3.5. Los asociados

1.3.5.1. Bolivia

El art. 3 del Código Penal modificado regula la extradición pasiva, atribuyendo competencia a la Corte para resolver acerca de su procedencia o improcedencia. Establece, además, que no podrá entregarse por extradición a quien esté sujeto a la jurisdicción de las leyes bolivianas, a menos que se establezca lo contrario en un tratado internacional o convenio de reciprocidad, requiriéndose expresamente la doble incriminación para este último supuesto.

1.3.5.2. Chile

El Título VI del Código de Procedimiento Penal contiene disposiciones sobre extradición activa y pasiva.

Las normas vigentes sobre extradición activa establecen (art. 635) que el juez de la causa elevará los antecedentes a la Corte a fin de que declare si debe pedirse la extradición, siempre que el delito sea castigado con pena privativa de la libertad superior a un año.

Se podrá procesar al ausente sin necesidad de oírlo, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en el art. 274 (1. que está justificada la existencia del delito que se investiga; y 2. que aparecen presunciones fundadas para estimar que el inculcado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor).

La Corte, para resolver de modo fundado, dará traslado de las actuaciones al fiscal, a efectos de que dictamine si es o no procedente la petición, para cuya decisión tomará en cuenta los tratados en vigor entre Chile y el Estado requerido o, en su defecto, los principios del derecho internacional.

En caso de decisión afirmativa, la Corte, acompañando los antecedentes que hubieran dado mérito para dictar el auto de prisión o la sentencia, solicitará al Ministerio de Relaciones Exteriores que se practiquen las gestiones diplomáticas necesarias para obtener la extradición. Cumplido este trámite, vuelven los autos al juzgado de origen.

Si la Corte decidiera que la extradición no procede, o si ésta no fuere otorgada por el Estado requerido, se devolverán las actuaciones al juez de la causa para que proceda como lo determina la ley respecto de los ausentes.

Respecto a la extradición pasiva, el art. 644 establece que, ante una solicitud proveniente del extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores transmitirá el pedido y los antecedentes a la Corte. Si el reclamado fuere arrestado en virtud de un tratado, quedará a disposición del Presidente de la Corte, quien en todos los casos será competente para conocer en primera instancia.

Durante el juicio de extradición no se hará lugar a la libertad provisional. Terminada la investigación se comunicarán los antecedentes al Ministerio Público, quien los examinará y se expedirá teniendo en cuenta los tratados o los principios del derecho internacional. La sentencia se elevará a consulta de la Corte si no es apelada, o por vía de apelación. En ambos casos se oirá el informe oral que deseen emitir el procesado, el fiscal o el encargado del gobierno requirente.

Si la Corte resolviera en forma positiva, pondrá al reclamado a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores para que sea entregado. Si la sentencia fuere denegatoria, el juez lo pondrá en libertad y la Corte lo comunicará al citado Ministerio.

2. El Acuerdo del Mercosur

En Brasilia, el 20 de noviembre de 1998, durante la X Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur, Bolivia y Chile, que tuvo lugar en forma conjunta con la Reunión de Ministros del Interior -habida cuenta que en Brasil ambas carteras constituyen un único Ministerio- se suscribió el Acuerdo sobre Extradición.

En dicha ocasión se suscribieron dos tratados de extradición de igual tenor en lo sustancial, uno vinculante de los países del Mercosur y el otro entre los cuatro Estados Miembros, Bolivia y Chile. Uno y otro constituyeron contenido de las Decisiones del Consejo del Mercado Común 14/98 y 15/98, respectivamente.

Una vez cumplidos los requisitos constitucionales internos para la entrada en vigor, contarán los países de la región con un régimen único de extradición, con lo cual se dará cumplimiento, en este sector, al mandato de los instrumentos constitutivos del Mercosur que disponen la compatibilización de las legislaciones nacionales.

2.1. Los fundamentos de la procedencia: jurisdicción, doble incriminación y pena

Tres son los supuestos por los que se puede solicitar la extradición: para iniciar el proceso, para responder a un proceso en curso o para la ejecución de una condena (art. 1). Los dos primeros tienen especial significación para el Estado uruguayo, en virtud de la prohibición constitucional de procesar en rebeldía.

Conforme al art. 2 se requiere la doble incriminación, sin perjuicio de la diversa denominación de los delitos en el Estado requirente y en el requerido, así como una pena privativa de libertad cuya duración máxima no sea inferior a dos años.

El art. 3 establece como condición esencial para la procedencia de la extradición que el Estado requirente tenga jurisdicción para conocer en los hechos que fundan la solicitud. No obstante, las reglas para asumir jurisdicción son ajenas a los tratados de extradición.

2.2. La improcedencia

2.2.1. Excepciones, delitos políticos y terrorismo

La delimitación del delito político como excepción constituye uno de los sectores cruciales del Acuerdo. Se tuvo en cuenta la evolución en el plano regional y bilateral,

habiéndose operado empero una razonable adaptación del avance universal a la historia de la región, respetando su régimen jurídico y la idiosincrasia de sus países.

La preocupación de la comunidad internacional por la notoria evolución de la delincuencia transnacional organizada, que entre otras formas de criminalidad adopta modalidades terroristas, ha determinado la singular incidencia de este núcleo de conductas en la evaluación y la consiguiente determinación de las causales de procedencia -o improcedencia- de la extradición.

La Convención Europea para la supresión del terrorismo (Estrasburgo, 1977) expresa en el Preámbulo el convencimiento de que la extradición es una medida particularmente efectiva para asegurar que quienes perpetren actos de terrorismo no escapen a la persecución y castigo.

Esta evocación preambular, erigida en postulado por el moderno derecho internacional de la extradición, tiene especial significación: pese a los eventuales fines políticos -o a su conexión con ellos- de quienes cometan actos de terrorismo, tales motivos o delitos no serán considerados de naturaleza política a los efectos de la extradición, la que no podría ser denegada con base en tal calificación.

El profundo rechazo que en la comunidad internacional provoca este tipo de conductas determinó que la evolución del derecho positivo en este sector innovara con una solución histórica: la Convención de la Unión Europea sobre Extradición, del 27 de septiembre de 1996, dispone en su art. 5 que "a efectos de la aplicación del presente Convenio, el Estado Miembro requerido no concederá a ningún delito la consideración de delito político, de delito relacionado con un delito político o de delito inspirado por móviles políticos". Se autoriza no obstante a los Estados a formular una declaración por la cual esta disposición se aplicará únicamente a los arts. 1 y 2 del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo y a supuestos de conspiración o de asociación con propósito delictivo, también vinculados a este último tratado. Por ende, bajo las condiciones establecidas en el convenio, aun quienes perpetraron delitos políticos son extraditables.

Corresponde destacar que no constituye el texto de 1996 un convenio básico, pues establece que es complementario de otros, en los que se encuentran el Convenio Europeo de Extradición (13-12-1957), el Tratado Benelux (27-6-1962 y 11-5-1974), el citado para la Represión del Terrorismo (27-1-1977) y el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (19-6-1990). No obstante, la prealudida disposición en materia de delito político sustituye la previsión de estos tratados, en tanto establece una causal de improcedencia o inadmisibilidad no prevista en aquéllos.

El art. 5, numeral 1 del Acuerdo del Mercosur establece el principio generalmente admitido por el cual no procederá la extradición por delitos que el Estado requerido considere políticos o conexos con delitos de esta naturaleza. Una pormenorizada enumeración de conductas reduce sensiblemente la posibilidad de invocar la excepción, identificando las que "bajo ninguna circunstancia" podrán calificarse como delitos políticos. Son ellos la tradicional cláusula belga, ampliada a texto expreso en el sentido de la interpretación ya dada por la doctrina, que incluye a "otras autoridades nacionales o locales o sus familiares", el genocidio, los crímenes de guerra o los delitos contra la humanidad, así como los actos de naturaleza terrorista, aun en grado de tentativa. En relación a éstos se describen posibles conductas "a título ilustrativo" y se enuncia una cláusula residual, conforme a la cual se considerará de naturaleza terrorista "en general", cualquier acto no comprendido en los supuestos anteriores cometido con el propósito de atemorizar a la población, a clases o sectores, atentar contra la economía de un país, su patrimonio cultural o ecológico, o cometer represalias de carácter político, racial o religioso (art. 5, numeral 2, literal v).

2.2.2. Cosa juzgada, tribunales *ad hoc*, amnistía

Junto a la cosa juzgada como causal de improcedencia, se prevé el indulto, la amnistía y la gracia, disposición que contempla situaciones particulares y refiere a medidas que han sido adoptadas por las autoridades competentes locales de algunos países signatarios (art. 7).

Con una inflexión algo diversa aunque de similar alcance, se destacan, entre otros antecedentes, el Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo sobre Extradición (Estrasburgo, 17-3-1978, Título IV) y el art. 9 del Convenio de Extradición de la Unión Europea citado.

Conforme a los principios generales, no se concederá la extradición cuando los tribunales que deban juzgar sean *ad hoc* (art. 8) ni cuando la acción o la pena estuvieren prescriptos conforme a la legislación del Estado requirente (art. 9).

2.2.3. Los menores

Por primera vez en un tratado celebrado por el Uruguay se contempla la no extradición de los menores, inclusión conveniente y oportuna, habida cuenta de que ni la práctica ni la jurisprudencia son homogéneas en relación a su entrega. Ello se advierte en supuestos de dudosa calificación, tales como las solicitudes provenientes de países en los que el reclamado es mayor en tanto es menor para el Estado requerido -en cuyo caso no habría doble incriminación- así como en los casos en los que se le reclama para aplicarle medidas correctivas.

Diversas fórmulas normativas son posibles, entre ellas, una regla de conflicto indicando la ley interna del país que debe regular la cuestión. El Estado del domicilio o de la residencia habitual del menor parece ser el que tiene mayor vocación para regular el caso.

No obstante, esta última hipótesis presenta inconvenientes. En efecto, puede el menor cometer un delito donde se encuentra en forma transitoria -vacaciones, estudios- siendo éste el país al que habría que solicitar la extradición. El Estado, sin otra vinculación con el menor que el puro azar, podría transformarse en requerido, cuya legislación carecería, obviamente, de los vínculos más estrechos o significativos que tradicionalmente fundan y justifican la selección de una ley y la consecuente prescindencia de otras.

Es factible, además, que el reclamado sea mayor para ambos Estados, el requirente y el requerido, pero menor para el Estado de residencia habitual. El país requerido seguramente entregará al menor, violentando el derecho positivo y los principios esenciales del orden jurídico del Estado de residencia.

Para obviar estos inconvenientes, se fijó la minoridad en 18 años a efectos de la extradición, conforme a la legislación internacional en vigor (art. 10).

2.3. La denegación facultativa

2.3.1. La nacionalidad

El orden jurídico interno brasileño polariza la cuestión en un sentido opuesto, ya que existe una prohibición constitucional de entregar a sus nacionales.

Los demás Estados procuraron al menos un mecanismo que impusiera la extradición como principio, sin desmedro del respeto ineludible por la jerarquía constitucional de la norma prohibitiva.

Dispone el art. 11 que "la nacionalidad de la persona reclamada no podrá ser invocada para denegar la extradición, salvo que una disposición constitucional establezca lo contrario". La fórmula se inspiró en la acertada solución del Tratado de Montevideo de Derecho Penal Internacional de 1940 (art. 19), cuyo principio general también se recoge en los tratados europeos antes citados.

2.3.2. Actuaciones en curso por los mismos hechos

Conforme a la posición generalmente admitida, el art. 12 establece que la extradición podrá ser denegada si la persona reclamada está siendo juzgada en el territorio del Estado requerido por las conductas en las que aquélla se funda, debiéndose evaluar el caso particular, dado que la solución no es preceptiva.

2.4. Los límites a la extradición

2.4.1. La pena de muerte y la prisión perpetua

Dos son los posibles enfoques desde la perspectiva de los Estados que proscriben la pena de muerte o la privativa de libertad a perpetuidad en su derecho interno, ante la

solicitud de un Estado que sí las contempla: denegar la extradición o bien concederla con la garantía de que no se aplicarán dichas penas (art. 13.1 y 2).

2.4.2. El principio de la especialidad

Se respeta el principio de la especialidad del modo tradicional, exceptuándose los supuestos de permanencia voluntaria de la persona entregada en el territorio del Estado requirente por cierto período, habiendo tenido la posibilidad de abandonarlo. Se prevé el consentimiento del Estado requerido para la extensión de la solicitud, la que deberá efectuarse con las mismas formalidades que si se tratara de un nuevo pedido (art. 14).

2.4.3. La reextradición

Configura un vínculo trilateral por el cual el Estado requirente se transforma en requerido a posteriori de la entrega de la persona cuya extradición solicitó. El derecho positivo y la práctica procuran que el requerido original no quede excluido de la relación. En efecto, por diversas razones -desde la inexistencia de doble incriminación hasta fundamentos de orden público o la aplicabilidad de penas inadmisibles- el Estado en el que originariamente se encontraba el reclamado pudo no haber consentido en la entrega al actual nuevo requirente. Por ello, el art. 15 dispone que debe recabarse su consentimiento en debida forma.

2.5. El procedimiento

Se contemplan los requisitos usuales para la solicitud, los documentos adjuntos y las vías de transmisión (art. 18). Cuando el Estado requirente contemplare la pena de muerte o de prisión perpetua, deberá adjuntarse a la solicitud una declaración mediante la cual dicho Estado se compromete a no aplicar aquéllas sino la pena mayor admitida por el Estado requerido.

La solicitud y los documentos estarán exentos de legalización o formalidad análoga (art. 19), previsión coherente con la calidad de países integrados de los hasta ahora signatarios. No obstante, deberán acompañarse de una traducción al idioma del Estado requerido (art. 20).

El art. 21 considera la remisión de información complementaria, cuando los datos o documentos remitidos fueren insuficientes o defectuosos. Si dicha información no fuere proporcionada, se tendrá al requirente por desistido de la solicitud.

La decisión, en sentido afirmativo o negativo, deberá ser comunicada sin demora por vía diplomática (art. 22). Si fuere denegatoria, total o parcialmente, deberá ser fundada. La concesión de la extradición deberá notificarse al Estado requirente, así como el lugar y fecha de la entrega. Se prevé que la persona será puesta en libertad si en treinta días no fuere retirada, salvo las excepciones que se establecen. El aplazamiento de la entrega está regulado en el art. 23.

De acuerdo a la tendencia de los modernos tratados, el art. 27 fija la extradición simplificada o voluntaria, conforme a la cual se otorgará, precisamente, en función de la voluntad de la persona reclamada. Esta deberá tener asistencia legal y su consentimiento se efectuará ante la autoridad judicial del Estado requerido. En la Unión Europea esta materia se regula mediante el Convenio relativo al Procedimiento Simplificado de Extradición entre los Estados Miembros de la Unión Europea (10-3-1995).

No se innova en materia de detención preventiva (art. 29), la que puede solicitarse por vía diplomática o a través de la INTERPOL. Si a los cuarenta días de la detención no se hubiera formalizado la solicitud, la persona será liberada. La magnitud geográfica de Brasil y las complejidades derivadas de la consiguiente dispersión de sus tribunales judiciales, determinó que no se fijara un plazo más breve.

2.6. Otras previsiones. Orden público

Como en otros tratados de extradición y de cooperación penal, se aprobó una disposición de amplio alcance según la cual, en forma excepcional y fundada, el Estado Parte requerido podrá denegar la solicitud de extradición cuando su cumplimiento sea

contrario a la seguridad, al orden público u otros intereses esenciales para el Estado Parte requerido (art. 30).

2.7. Consideraciones finales

Pese a que el Acuerdo es producto de fórmulas de transacción, la homogeneidad de antecedentes legislativos y una cultura jurídica común determinaron que pudiera obtenerse un resultado satisfactorio, tanto en las soluciones de fondo como en su estructura. Este último aspecto, que puede parecer menor, es fundamental al momento de la interpretación y aplicación de los instrumentos jurídicos por magistrados y profesionales, quienes ven sensiblemente facilitada su tarea ante un texto que responde a preceptos racionales de lógica formal.

Los signatarios persiguieron en suma un mismo objetivo esencial, por lo que se concertó un instrumento jurídico internacional en el que fueron consagrados tanto los principios universales de la extradición como aquéllos adaptados a las necesidades particulares de cada Estado.

Nota de la Secretaría: el nuevo Código Procesal Penal paraguayo fue promulgado el 8-7-1998 mediante ley n° 1.286/98. No obstante, el art. 505 de dicha ley, dispuso su entrada en vigor un año después de su promulgación. A los efectos de facilitar la entrada en vigor, se dictó la ley n° 1.444/99 que regula el período de transición al nuevo sistema procesal penal que, en su art. 1°, establece: "El período de transición del sistema penal entre el Código de Procedimientos Penales de 1890, y la ley n° 1.286/98 'Código Procesal Penal', es el comprendido entre el día 9 de julio de 1999 y el día 28 de febrero del año 2003". El art. 3° de la ley de transición dispone la entrada en vigencia plena del Código Procesal Penal en fecha 1° de marzo de 2000, debiendo aplicarse a todas las causas que se inicien desde esa fecha, aunque los hechos punibles que fuesen objeto de los procesos hayan acontecido con anterioridad. En conclusión, el nuevo Código entró en vigencia plena a partir de esta última fecha. Asimismo, el art. 5° dispone respecto de las causas iniciadas conforme con el Código de Procedimientos Penales de 1890, que deberán estar concluidas, a más tardar, el 28 de febrero de 2003. A la fecha, aún no han ratificado el Acuerdo ninguno de los países signatarios.

FEDER, Berta, "El acuerdo de Extradición del Mercosur, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, n° 3, pp. 91/116. El texto completo del Acuerdo puede verse en *op. cit.*, p. 235, y en *Boletín Oficial del Mercosur*, Montevideo, Secretaría Administrativa del Mercosur, 1999, n° 8, enero/marzo, p. 30.

DOCUMENTOS

ACUERDO DE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE COLOMBIA, aprobado por ley 25.348 (B.O., 5-12-2000, p. 1).

ACUERDO DE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL SUSCRITO CON LA REPUBLICA DEL PERU, aprobado por ley 25.307 (B.O., 13-10-2000, p. 3).

ACUERDO DE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE ZIMBABWE, aprobado por ley 25.349 (B.O., 5-12-2000, p. 3).

ACUERDO DE COOPERACION DE SEGURIDAD SUSCRITO CON LA REPUBLICA ARABE DE EGIPTO, aprobado por ley 25.331 (B.O., 14-11-2000, p. 2).

ACUERDO DE COOPERACION EN LOS USOS PACIFICOS DE LA ENERGIA NUCLEAR SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE ARMENIA, aprobado por ley 25.285 (B.O., 13-12-2000, p. 1).

ACUERDO DE COOPERACION EN LOS USOS PACIFICOS DE LA ENERGIA NUCLEAR SUSCRITO CON LA REPUBLICA HELENICA, aprobado por ley 25.286 (B.O., 13-12-2000, p. 2).

ACUERDO DE COOPERACION NAVAL SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE PARAGUAY, aprobado por ley 25.355 (B.O., 7-12-2000, p. 1).

ACUERDO DE COOPERACION SOBRE MEDIDAS CONJUNTAS CONTRA LA DEMANDA ILICITA, LA PRODUCCION Y EL USO, COMO ASI TAMBIEN EL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTROPICAS SUSCRITO CON EL GOBIERNO DEL REINO DE DINAMARCA, aprobado por ley 25.309 (B.O., 17-10-2000, p. 1).

ACUERDO PARA LA PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE GUATEMALA, aprobado por ley 25.350 (B.O., 6-12-2000, p. 1).

ACUERDO PARA LA PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE NICARAGUA, aprobado por ley 25.351 (B.O., 6-12-2000, p. 3).

ACUERDO PARA LA PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE SUDAFRICA, aprobado por ley 25.352 (B.O., 11-12-2000, p. 1).

ACUERDO RELATIVO A COOPERACION EN EL ARMA DE EJERCITO, SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE PARAGUAY, aprobado por ley 25.356 (B.O., 11-12-2000, p. 3).

ACUERDO SUSCRITO CON EL REINO DE ESPAÑA SOBRE COOPERACION EN MATERIA DE PREVENCION DEL USO INDEBIDO Y CONTROL DEL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTROPICAS, aprobado por ley 25.341 (B.O., 25-10-2000, p. 1).

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES ADOPTADA EN MONTEVIDEO, REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, aprobada por ley 25.358 (B.O., 12-12-2000, p. 2).

CONVENCION SOBRE LA LUCHA CONTRA EL COHECHO DE FUNCIONARIOS PUBLICOS EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES SUSCRITA EN PARIS, FRANCIA, aprobada por ley 25.319 (B.O., 18-10-2000, p. 9).

CONVENIO DE COOPERACION EDUCATIVA SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE CUBA, aprobado por ley 25.359 (B.O., 12-12-2000, p. 1).

CONVENIO SOBRE COOPERACION EN MATERIA DE PREVENCION DEL USO INDEBIDO Y REPRESION DEL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y DE SUSTANCIA PSICOTROPICAS Y DELITOS CONEXOS SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE VENEZUELA, aprobado por ley 25.347 (B.O., 4-12-2000, p. 1).

CONVENIO SOBRE CUARENTENA Y PROTECCION FITOSANITARIA SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE BULGARIA, aprobado por ley 25.336 (B.O., 16-11-2000, p. 1).

CONVENIO SOBRE PREVENCION DEL USO INDEBIDO Y REPRESION DEL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y DE SUSTANCIA PSICOTROPICAS SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DE PORTUGAL, aprobado por ley 25.308 (B.O., 17-10-2000, p. 2).

CONVENIO SOBRE PROMOCION Y PROTECCION RECIPROCA DE INVERSIONES SUSCRITO CON EL GOBIERNO DE LA FEDERACION DE RUSIA, aprobado por ley 25.353 (B.O., 20-11-2000, p. 1).

CONVENIO SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE PANAMA SOBRE TRASLADO DE NACIONALES CONDENADOS Y CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS PENALES, aprobado por ley 25.305 (B.O., 13-10-2000, p. 1).

DECLARACION Y PLAN DE ACCION PARA LOS AÑOS 2000-2003 ADOPTADOS EN LA 27° CONFERENCIA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y LA MEDIA LUNA ROJA SOBRE EL "PODER DE LA HUMANIDAD", Ginebra, 31 de octubre al 6 de noviembre de 1999 (*Revue Internationale de la Croix Rouge / International Review of the Red Cross*, Ginebra, Comité de la Cruz Roja, 1999, vol. 81, n° 836, p. 877).

DIRECTIVA 97/5/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO (DE LA UNION EUROPEA) RELATIVA A LOS GIROS BANCARIOS INTERNACIONALES, Bruselas, 27 de enero de 1997 (*L'Europe des moyens de paiement à l'heure de l'euro et de l'internet*, París, Société de Législation Comparée, 2000, p. 193, I. 810).

DIRECTIVA 98/26/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO (DE LA UNION EUROPEA) RELATIVA AL CARACTER DEFINITIVO DE LAS OPERACIONES EN LOS SISTEMAS DE PAGO Y EN LOS TITULOS DE CREDITO, Bruselas, 19 de mayo de 1998 (*L'Europe des moyens de paiement à l'heure de l'euro et de l'internet*, París, Société de Législation Comparée, 2000, p. 212, I. 810).

DIRECTIVA 2000/31/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO (DE LA UNION EUROPEA) RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS JURIDICOS DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE INFORMACION, Y EN PARTICULAR DEL COMERCIO ELECTRONICO EN EL MERCADO INTERNO ("DIRECTIVA SOBRE EL COMERCIO ELECTRONICO"), Luxemburgo, 8 de junio de 2000 (*Revue trimestrielle de droit européen*, París, 2000, n° 4, octubre-diciembre, p. 795).

ENMIENDA AL ARTICULO XIII DEL CONVENIO CONSTITUTIVO DE LA UNION LATINA ADOPTADA POR EL XIV CONGRESO DE LA UNION LATINA DE PARIS, aprobada por ley 25.354 (B.O., 7-12-2000, p. 2).

ENMIENDAS A LA CONVENCION RELATIVA A LOS HUMEDALES DE IMPORTANCIA INTERNACIONAL ESPECIALMENTE COMO HABITAT DE AVES ACUATICAS, RAMSAR 1971, ADOPTADAS POR LA CONFERENCIA EXTRAORDINARIA DE LAS PARTES CONTRATANTES EN LA CIUDAD DE REGINA, CANADA; Y EL TEXTO ORDENADO DE LA CONVENCION SOBRE LOS HUMEDALES, aprobados por ley 25.335 (B.O., 15-11-2000, p. 1).

ESTATUTOS DEL CONSEJO IBEROAMERICANO DEL DEPORTE ADOPTADOS EN MONTEVIDEO, REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, aprobados por ley 25.333 (B.O., 15-11-2000, p. 1).

MODELO DE CARTA CONVENIO CORRESPONDIENTE A LA COOPERACION TECNICA NO REEMBOLSABLE N° ATN/MT-6574-AR PARA EL PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DE LA COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA A SUSCRIBIRSE CON EL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, aprobado por decreto 982/2000 (B.O., 2-11-2000, p. 6).

MODIFICACIONES A LOS ESTATUTOS DEL GRUPO DE PAISES LATINOAMERICANOS Y DEL CARIBE EXPORTADORES DE AZUCAR, ADOPTADAS EN BOCA DEL RIO VERACRUZ, ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, aprobadas por ley 25.334 (B.O., 15-11-2000, p. 5).

PROTOCOLO ADICIONAL AL CONVENIO DE MIGRACION SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE BOLIVIA, aprobado por ley 25.318 (B.O., 18-10-2000, p. 8).

PROTOCOLO DE CARTAGENA SOBRE BIOSEGURIDAD EN LA CONVENCION SOBRE DIVERSIDAD BIOLOGICA, Montreal, 29 de enero de 2000 (*International Legal Materials*, Washington, 2000, n° 5, p. 1027).

PROTOCOLO RELATIVO AL CONVENIO DEL 13 DE JULIO DE 1978 CON LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICION CON RESPECTO A LOS IMPUESTOS SOBRE LA RENTA Y EL CAPITAL, aprobado por ley 25.332 (B.O., 14-11-2000, p. 2).

RECOMENDACION 97/489/CE DE LA COMISION (DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS) RELATIVA A LAS OPERACIONES EFECTUADAS MEDIANTE INSTRUMENTOS DE PAGO ELECTRONICOS, PRINCIPALMENTE LA RELACION ENTRE EL EMISOR Y EL TITULAR, Bruselas, 30 de julio de 1997 (*L'Europe des moyens de paiement à l'heure de l'euro et de l'internet*, París, Société de Législation Comparée, 2000, p. 203, I. 810).

RESOLUCION N° 2 DE LA 27° CONFERENCIA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y LA MEDIA LUNA ROJA EN LA QUE HACE SUYO EL LLAMAMIENTO SOLEMNE CON MOTIVO DEL 50 ANIVERSARIO DE LAS CONVENCIONES DE GINEBRA, Ginebra, 12 de agosto de 1999 (*Revue Internationale de la Croix Rouge / International Review of the Red Cross*, Ginebra, Comité de la Cruz Roja, 1999, vol. 81, n° 836, p. 896).

TRATADO DE EXTRADICION SUSCRITO CON LA REPUBLICA DE COREA, aprobado por ley 25.303 (B.O., 12-10-2000, p. 3).

TRATADO DE EXTRADICION SUSCRITO CON LA REPUBLICA DEL PARAGUAY, aprobado por ley 25.302 (B.O., 12-10-2000, p. 1).

TRATADO DE EXTRADICION SUSCRITO CON LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, aprobado por ley 25.304 (B.O., 12-10-2000, p. 4).

TRATADO SOBRE TRASLADO DE CONDENADOS Y ACUERDO MODIFICATORIO DEL MISMO SUSCRITOS CON LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, aprobados por ley 25.306 (B.O., 13-10-2000, p. 2).

NOTICIAS

BIOÉTICA. ORGANISMOS GENÉTICAMENTE MODIFICADOS (COMUNIDAD EUROPEA).

El 12 de marzo de 2001 el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea aprobaron la Directiva 2001/18/CE sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente, que deroga la Directiva 90/220/CEE del Consejo y que establece reglas estrictas para los tests, cultivo y venta de cereales, cosechas y alimentos para seres humanos y animales y para los tests y venta de productos farmacéuticos.

Exige que las empresas alcanzadas por sus disposiciones obtengan permiso para desarrollar estas actividades y dispone que todos los productos genéticamente alterados serán monitoreados en una base de datos central en la cual también constará la localización de todos los cultivos.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directiva 2001/18/CE, del 12-3-2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y por la que se deroga la Directiva 90/220/CEE del Consejo, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 106/1, 17-4-2001.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. REGLAMENTO. REFORMA (OEA).

Durante el 109º período extraordinario de sesiones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) concluyó la reforma de su Reglamento en el marco del proceso de fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos. Dicho proceso se llevó adelante de manera amplia y transparente, lo cual permitió recibir las posiciones y comentarios de numerosos Estados Miembros de la OEA y de más de 100 organizaciones

no gubernamentales, así como otras expresiones de la sociedad civil y de expertos independientes en la materia.

El objetivo de la reforma del Reglamento ha sido actualizarlo a la luz de la práctica desarrollada en los últimos años, incrementar la seguridad jurídica y la transparencia del procedimiento. Se resumen a continuación las principales modificaciones y normas nuevas que la Comisión ha aprobado e incorporado a su Reglamento, que entró en vigencia el 1 de mayo de 2001.

El nuevo Reglamento consagra un procedimiento de admisibilidad de peticiones como etapa independiente, con el objetivo de determinar si reúnen los requisitos allí establecidos y adoptar una decisión mediante un informe público.

Establece plazos más breves, tanto en la etapa de admisibilidad como en la de fondo, con el fin de reducir la duración del trámite de las peticiones y casos.

En el espíritu de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención), el nuevo Reglamento enfatiza el ofrecimiento de solución amistosa como paso procesal previo a la decisión sobre el fondo, así como en cualquier etapa del examen de una petición o caso. Asimismo, se instituye expresamente esta etapa en el procedimiento aplicable a los Estados que no son partes en la Convención.

Consolida el marco jurídico para la supervisión del cumplimiento de las recomendaciones emitidas en los informes sobre casos individuales y sobre la situación de derechos humanos en los Estados Miembros de la OEA.

La Comisión clarifica en su nuevo Reglamento las normas sobre medidas cautelares, a la luz de la práctica vigente, en interés de la mejor protección de los derechos fundamentales de las personas y de la seguridad jurídica de las partes.

Por otra parte, la Comisión decidió incluir en el texto de su nuevo Reglamento una provisión conforme a la cual los casos de los Estados Miembros que han aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, y que no hayan cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al art. 50 de la Convención, serán sometidos a dicho órgano, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de sus miembros. En la adopción de dicha decisión, la Comisión consideró fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, sostenida, entre otros, en los siguientes elementos: la posición del peticionario; la naturaleza y gravedad de la violación; la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, y la calidad de la prueba disponible.

El nuevo Reglamento permite la participación del peticionario y de la víctima en la etapa previa a la decisión de referir el caso a la Corte. Una vez que dicha decisión ha sido tomada, se dispone que dichos participantes accedan a toda la información relevante para la preparación de la demanda. Asimismo, los peticionarios, las víctimas y sus representantes pueden incorporarse como delegados en un caso ante la Corte Interamericana y presentar sus escritos de manera autónoma.

La Comisión decidió definir el marco jurídico para la creación de relatorías y grupos de trabajo para el mejor cumplimiento de sus funciones. En particular, se estableció un grupo de trabajo sobre admisibilidad que se reunirá con anterioridad a las sesiones y formulará recomendaciones al plenario respecto a dicha materia.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Comunicado de Prensa del 8-12-2000, n° 18/00, en <http://www.humanrights-it.org/ita/news11.htm>.

CORRUPCION. PODER LEGISLATIVO (CONSEJO DE EUROPA).

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó la Resolución 1214 cuyo objeto es establecer el papel de los Parlamentos en la lucha contra la corrupción. En ella se

establece que los parlamentos tienen un papel fundamental en tal lucha por ser la expresión acabada de la voluntad del pueblo y el último bastión de resistencia contra la corrupción frente a la competencia entre empresas, países y grupos de países, y el aumento cada vez más grande de las sumas en juego (arts. 1 y 2).

Entre otras disposiciones, la resolución solicita al Consejo de Europa que refuerce su cooperación con la OCDE en lo relativo a la lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, y con la Unión Europea en lo relativo a su Convención sobre la corrupción de funcionarios comunitarios o de los Estados Partes.

Por otro lado, la resolución establece que los Parlamentos deberán, entre otras cosas: cuidar que las Instituciones del Estado sean transparentes y responsables, para poder resistir a la corrupción o permitir una denuncia rápida; instaurar la idea de que los parlamentarios deben ser un ejemplo de honestidad y virtud; establecer una legislación clara e igualitaria en lo relativo al financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales; adoptar una legislación que prevea las sanciones necesarias y precisas contra quien realice actos de corrupción; luchar contra el crimen organizado, como vector de la corrupción; reforzar la competencia económica con una legislación clara que impida la formación de monopolios u oligopolios y entablar un debate permanente en el marco de la sociedad civil sobre la corrupción.

ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Resolución 1214 (2000) sobre el papel de los Parlamentos en la lucha contra la corrupción, 15-4-2000, en *Gazette. Cahier Assemblée parlementaire*, Estrasburgo, n° 2, abril 2000, pp. 22-23.

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA (COMUNIDAD EUROPEA).

Con fecha 27 de noviembre de 2000, por decisión del Consejo de la Unión Europea, se estableció un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación.

El programa abarca el período comprendido entre el 1 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2006 y está destinado a promover medidas de lucha contra la discriminación directa e indirecta basada en motivos de origen racial o étnico, de religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.

Sus objetivos son: a) mejorar la comprensión de las cuestiones relacionadas con la discriminación acrecentando los conocimientos sobre la misma y evaluando la eficacia de las políticas y de las medidas prácticas; b) aumentar la capacidad para prevenir y para enfrentarse a la discriminación con eficacia, especialmente fortaleciendo los medios de acción de las organizaciones y mediante el apoyo al intercambio de información y de buenas prácticas, y la creación a tal efecto de redes a escala europea, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, las particularidades de las distintas formas de discriminación; y c) promover y difundir los valores y prácticas en que se basa la lucha contra la discriminación, incluidas las actividades de sensibilización.

Para el logro de dichos objetivos en un marco transnacional, el Consejo indica que podrán ejecutarse las siguientes acciones: a) análisis de los factores vinculados a la discriminación, incluida la realización de estudios y el desarrollo de indicadores cualitativos y cuantitativos, respetando el derecho y las prácticas nacionales; la evaluación de legislaciones y prácticas contra la discriminación para valorar su eficacia y su repercusión, con una difusión efectiva de los resultados; b) cooperación transnacional y promoción de redes europeas entre los agentes implicados en la lucha contra la discriminación y en su prevención, incluidas las organizaciones no gubernamentales; y c) sensibilización, especialmente para poner de relieve la dimensión europea de la lucha contra la discriminación y para dar a conocer los resultados del programa, en particular, mediante comunicaciones, publicaciones, campañas y actos diversos.

CONSEJO DE LA UNION EUROPEA, decisión del 27-11-2000 (2000/750/CE), publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 2-12-2000.

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN RELIGIOSA (ISRAEL).

El caso *Kaadan* resuelto en marzo de 2000 por la Corte Suprema de Israel abordó una delicada cuestión relativa a la convivencia entre árabes y judíos en dicho país. El actor, A. Kaadan, ciudadano árabe israelí, se presentó como candidato para la compra de una parcela de terreno en una nueva localidad en vías de construcción.

El trámite que rodeaba estas cuestiones era el siguiente: la Administración territorial del Estado transmitía los lotes a la Agencia Judía que, a su vez, los confiaba a asociaciones de derecho privado, las cuales creaban, de esta manera, poblaciones de todo tipo (según esta técnica fueron creados los kiboutzim). Estas asociaciones siempre han incluido en sus reglamentos asociativos una disposición según la cual el acceso sólo era autorizado a los judíos. Este motivo llevó a que el pedido de Kaadan fuese rechazado, lo que condujo a que éste planteara la cuestión ante la mencionada Corte.

Si bien esta última intentó que se alcanzara un arreglo entre las partes, después de cinco años de introducido el recurso y ante el fracaso de las negociaciones, resolvió la cuestión en términos favorables el demandante al considerar, por cinco votos contra uno, que la disposición que excluía a los no judíos de la posibilidad de ser admitidos en las nuevas poblaciones violaba el principio de igualdad.

Esta decisión pone fin a una larga práctica discriminatoria, de manera que no sorprende que el Presidente de la Corte que enunció el voto de la mayoría, A. Barak, haya hecho referencia, entre otros, al caso de la Suprema Corte norteamericana *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), que puso fin en los Estados Unidos de Norteamérica a la discriminación en las escuelas públicas. Sin embargo, aun cuando estaba autorizada a hacerlo, la Corte se abstuvo de emitir una *injonction* directa, y dispuso que el Estado debía reconsiderar los términos de su contrato con la Agencia Judía.

Con todo, el fallo ha merecido diversas evaluaciones desde la perspectiva sionista y no sionista.

Como antecedentes de la citada Corte israelí, pueden citarse dos casos: *Adela, Centro de Defensa de los Derechos de la Minoridad Arabe en Israel c. Ministerio de Asuntos Religiosos* (3-12-1998), en el que la Corte rechazó como "muy genérico" un recurso contra el presupuesto del mentado Ministerio que no atribuía a los musulmanes y cristianos una partida proporcional a su peso demográfico; y *Asociación para la Libertad Religiosa* (30-5-2000), en que censuró las condiciones de los préstamos para la vivienda acordados a una ciudad de ultra-ortodoxos, en la medida en que eran demasiado favorables en comparación con las concedidas a otras localidades situadas en la misma región.

KLEIN, Claude, "Droit constitutionnel étranger", en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, París, Puf, 2000, n° 43, pp. 639/641.

DERECHO A LA INTIMIDAD. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. INFORMACIÓN MÉDICA (EE.UU.).

El 14 de abril de 2001 entró en vigencia la *Final Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPPA) Privacy Regulations*, primeras reglas destinadas a proteger la intimidad de la información médica de los pacientes.

Conforme a sus disposiciones, los pacientes tienen que dar su consentimiento escrito para que los prestadores médicos puedan hacer referencia a los resultados de sus tests y decidir el tratamiento; los pacientes también deben prestar este consentimiento antes de que

un miembro de sus familias o amigo pueda recoger sus recetas, y para que se transmita información sobre su salud. Estas reglas se aplican a todo tipo de archivos (electrónicos, escritos y orales). Asimismo, otorga a los pacientes derecho a conocer sus datos médicos insertos en estos registros y a pedir su modificación.

Health Insurance Portability for Group Health Plans; Interim Rules and Proposed Rule, en http://www.dol.gov/dol/pwba/public/regs/fedreg/final/97_8275.htm.

DERECHOS HUMANOS (REINO UNIDO).

El 28 de julio de 2000 se promulgó la *Regulation of Investigatory Powers Act* cuyo principal objetivo es asegurar que se ejerzan en consonancia con el respeto a los derechos humanos los siguientes poderes de investigación: interceptación de comunicaciones, adquisición de información sobre comunicaciones (e.g. datos sobre facturación), supervisión invasiva (en domicilios y vehículos particulares), supervisión encubierta en el curso de operaciones específicas, empleo de agentes de inteligencia encubiertos (agentes, informantes, funcionarios encubiertos) y acceso a datos encriptados.

En relación a cada uno de los poderes, el Acta garantiza que las leyes claramente establezcan los propósitos para los cuales pueden ejercerse dichos poderes, las autoridades autorizadas a ejercerlos y aquellas que pueden autorizar dicho ejercicio, el uso que puede darse al material obtenido por esta vía, el control judicial independiente y los medios de reparar a las potenciales víctimas.

Si bien el Acta no hace referencia específica a todas estas cuestiones -ya que en muchos casos la legislación ya existente las trata-, lo cierto es que se aplica en forma conjunta con dichas normas, en particular con la *Intelligence Services Act 1994*, la *Police Act 1997* y la *Human Rights Act 1998*.

Explanatory Notes to Regulation of Investigatory Powers Act, en <http://www.hmsa.gov.uk/acts/en/2000en23.htm>.

DERECHOS HUMANOS. BIOÉTICA. CLONACIÓN HUMANA (CONSEJO DE EUROPA).

El 1 de marzo de 2001 entró en vigencia el Protocolo Adicional a la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano en relación a la Aplicación de la Biología y la Medicina, sobre la Prohibición de Clonar Seres Humanos, suscrito por 24 de los 43 Estados Miembros del Consejo de Europa, al completarse la ratificación de cinco de ellos (Eslovaquia, Eslovenia, Grecia, España y Georgia).

Este es el primer y único acuerdo internacional vinculante en materia de clonación.

CONSEJO DE EUROPA, “Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings”, en <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/WhatYouWant.asp?NT=168&CM=8&DF=21/08/01>.

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

El 4 de noviembre de 2000, en Roma, fue aprobado el Protocolo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual dispone lo siguiente:

- Debe garantizarse el goce de todo derecho previsto por la ley sin discriminación alguna fundada en el sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro género, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación (art. 1.1).

- Nadie puede ser objeto de ningún tipo de discriminación fundada en los motivos mencionados en el párrafo anterior por parte de una autoridad pública (art. 1.2).

El Protocolo 12, después de hacer referencia a las normas sobre aplicación territorial (art. 2), a la relación con la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 3), y a su firma y ratificación (art. 4), dispone que su entrada en vigor se producirá el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses posterior a la fecha en que diez Estados Miembros del Consejo de Europa lo hayan ratificado, aceptado o aprobado (art. 5.1).

Nota de la Secretaría: la importancia del Protocolo 12 reside, entre otros aspectos, en que extiende el campo de aplicación del principio de no discriminación -dentro del sistema de la Convención Europea- a todo derecho previsto en las leyes nacionales, pues el art. 14 de la citada Convención consagra dicho principio sólo respecto de los derechos reconocidos por ésta.

CONSEJO DE EUROPA, “Protocol N° 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, *European Treaty Series*, 177, noviembre 2000. Ver también, “**Documents**”, en *Revue Générale de Droit International Public*, París, Editions A. Pedone, 2000, vol. 104, n° 4, p. 1138.

DERECHOS HUMANOS. FUNCIONARIOS. FORMACIÓN Y EDUCACIÓN (INTERNACIONAL).

Amnistía Internacional elaboró una guía de doce puntos en la que se pretende ayudar tanto a los gobiernos como a las organizaciones no gubernamentales (ONGs) en sus esfuerzos por desarrollar e implantar una adecuada formación en derechos humanos para todos aquellos funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Los puntos que Amnistía Internacional ha incluido en esta guía son los siguientes:

1. La evaluación previa de la situación de derechos humanos es fundamental.

Antes de iniciar un programa de formación en derechos humanos, es fundamental determinar si es viable a la vista de la situación de derechos humanos que existe en el país en cuestión. Los problemas de derechos humanos a los que se enfrenta la sociedad civil serán un factor determinante en el tipo de formación que se imparta.

2. La educación en derechos humanos debe ser un paso más para lograr un mayor grado de rendición de cuentas.

La formación en derechos humanos será más eficaz allí donde las autoridades estén comprometidas con la defensa de las normas de los derechos fundamentales y los funcionarios puedan ser sometidos a observación. En un país en el que las violaciones de derechos humanos son sistemáticas, a menos que el gobierno emprenda un cambio en su política general con respecto a estos derechos, los programas de formación corren el riesgo de no conducir a ninguna mejora de la situación general de derechos humanos en la región.

3. Los funcionarios deben comprometerse a poner en práctica el programa de formación como parte fundamental de su profesión.

La idoneidad de los programas de formación y la integración de las preocupaciones de derechos humanos en el currículo es responsabilidad general del gobierno. La aplicación de las normas de derechos humanos debe ser un factor crítico a la hora de asignar tareas a los funcionarios.

4. El programa de formación debe coordinarse con otras actividades de derechos humanos en las instituciones estatales y en la comunidad.

Los programas de formación en derechos humanos no deben consistir en cursos de formación aislados para funcionarios seleccionados, sino que deben establecer una sólida

estructura nacional de formación y contribuir a la creación de una cultura nacional de respeto por los derechos humanos, que abarque tanto al sector en cuestión como a los sectores de la sociedad a los que se supone que estos sirven.

5. *Las ONGs deben desempeñar una función clave en todas las etapas del programa de formación.*

A la hora de determinar la idoneidad de un país para la formación en derechos humanos es de gran importancia realizar consultas con las ONGs locales sobre los objetivos y el diseño del programa, y posteriormente sobre su gestión, seguimiento y evaluación.

6. *Los grupos a los que va dirigida la formación y los objetivos del curso deben ser cuidadosamente elegidos.*

Hay distintos enfoques, y el que se adopte dependerá del marco en que se va a llevar a cabo la formación: la gravedad de las violaciones, el país concreto y otros factores clave.

7. *Los encargados de la formación deben tener alguna relación con el grupo elegido.*

Es lógico que los encargados de formación tengan alguna relación con el grupo elegido para recibir la formación; esto contribuye a asegurar que los formadores no sólo inspiren el respeto necesario, sino que comprendan las dificultades a las que se enfrentan los alumnos en la práctica.

8. *Los métodos de enseñanza utilizados deben respetar la realidad cultural y religiosa local, y también reflejar los objetivos de la formación en materia de derechos humanos.*

Los métodos de enseñanza deben ajustarse al país, al grupo y a las violaciones de derechos humanos que se hayan perpetrado o que haya peligro de que se perpetren en ese país; en el mismo sentido, deben ser respetuosos con las costumbres culturales y religiosas sin sacrificar las normas de derechos humanos.

9. *La formación debe tener una orientación práctica y contar con técnicas participativas de aprendizaje.*

Se pedirá a jueces que decidan sobre casos hipotéticos en simulacros de juicios o apelaciones, según convenga. Por otra parte, los encargados de la formación deben evitar métodos tales como dar ejemplos sobre técnicas de tortura empleadas cuando estén impartiendo formación sobre la tortura para luego decir que no deben utilizarse; es preferible debatir el hecho de que las violaciones de derechos humanos son delitos internacionales que están penados.

10. *El material de enseñanza debe ser práctico.*

El material incluirá textos completos de las normas internacionales, regionales o nacionales pertinentes en el idioma adecuado y debe ponerse a disposición de los participantes antes de las sesiones de formación.

Cuando sea pertinente, los programas de alfabetización serán un objetivo de largo alcance de cualquier programa de formación profesional y proporcionarán un sólido marco para cualquier componente de formación en derechos humanos.

11. *El seguimiento debe integrarse desde el principio en el programa de formación.*

Ningún programa deberá llevarse a cabo sin un seguimiento eficaz, el cual deberá ofrecer apoyo y asesoramiento a los encargados de formación y a los que elaboran las políticas educativas y formativas locales.

12. *Debe haber una evaluación continua del impacto del programa y una revisión a la luz de las deficiencias y de las nuevas oportunidades comprobadas.*

Esta evaluación no deberán hacerla únicamente los encargados de formación, sino un organismo independiente (una ONG o una institución académica) que pueda evaluar objetivamente la eficacia del programa y formular las recomendaciones pertinentes. La aplicación de estas recomendaciones también necesitará de la vigilancia tanto del organismo gubernamental en cuestión como de la sociedad civil y de organismos internacionales.

Las autoridades deben evaluar la actuación en el trabajo para determinar si los alumnos cumplen con las normas de derechos humanos, recompensar en consecuencia a

quienes lo hagan y sancionar a los que no. La formación en derechos humanos no debe quedar en mera apariencia.

GARCIA GOMEZ, José María, “Las fuerzas de seguridad y los derechos humanos”, en *Àgora - Revista de Ciencias Sociales*, Valencia, Centre d’Estudis Polítics i Socials, 2000, n° 5, p. 135, en especial, p. 146.

GENOCIDIO (FRANCIA).

El Presidente de la República promulgó el 29 de enero de 2001, la ley aprobada por el Parlamento, por la cual se reconoce el genocidio armenio de 1915. Esta ley, que fue votada por unanimidad, se compone de un único artículo que dice: “Francia reconoce públicamente el genocidio armenio de 1915”.

GARE, Thierry, “Une loi pour ... la mémoire”, en *Recueil Le Dalloz*, París, Dalloz, 2001, n° 8, p. 636.

JUECES. SELECCIÓN. INCORPORACIÓN. FORMACIÓN INICIAL. NOMBRAMIENTO. INAMOVILIDAD. DESARROLLO PROFESIONAL. RESPONSABILIDAD. REMUNERACIÓN. PROTECCIÓN SOCIAL. CESACIÓN EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES (CONSEJO DE EUROPA).

Los participantes en la reunión multilateral relativa al Estatuto de los Jueces en Europa, organizada por el Consejo de Europa, los días 8 y 10 de julio de 1998,

Considerando el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos que dispone que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley”;

Considerando los principios fundamentales relativos a la independencia de los magistrados aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1985;

Haciendo referencia a la Recomendación n° R (94) 12 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la independencia, la eficacia y el papel de los jueces y habiendo hecho propios los objetivos que expresa;

Interesados en conseguir que sea más efectiva la promoción de la independencia de los jueces, necesaria para el refuerzo de la preeminencia del derecho y de la protección de las libertades individuales en el seno de Estados democráticos;

Conscientes de la necesidad de que sean precisadas en un instrumento destinado a todos los Estados europeos las disposiciones que aseguren las mejores garantías de competencia, independencia e imparcialidad de los jueces;

Deseosos de ver que los Estatutos de los jueces de los diferentes Estados europeos tengan en cuenta estas disposiciones para asegurar de forma concreta el máximo nivel de garantías posible;

Decidieron adoptar la presente Carta Europea sobre el Estatuto de los jueces.

1. Principios Generales

1.1. El Estatuto debe buscar que sea asegurada la competencia, independencia e imparcialidad que toda persona espera legítimamente de las jurisdicciones y de cada juez y jueza a los cuales confía la protección de sus derechos. Debe excluirse todo dispositivo y todo procedimiento que altere la confianza en esta competencia, independencia e imparcialidad. La presente Carta contiene las disposiciones que mejor garantizan la realización de estos objetivos. Estas disposiciones buscan elevar el nivel de garantía en los

diferentes Estados europeos. No pueden justificar modificaciones de los Estatutos Nacionales que tiendan a disminuir el nivel de las garantías ya alcanzadas en los países en cuestión.

1.2. En cada Estado europeo, los principios fundamentales del Estatuto de los jueces deben estar enunciados en las normas internas de mayor jerarquía, y sus reglas, en normas de nivel no menor al legislativo.

1.3. Para toda decisión que afecte la selección, incorporación, nominación, desarrollo de la carrera o cesación de las funciones de un juez o jueza, el Estatuto ha de prever la intervención de una instancia independiente del Poder Ejecutivo y Legislativo en cuyo seno la mitad de los integrantes sean jueces elegidos por sus pares siguiendo las modalidades que garanticen la mayor representación posible de los mismos.

1.4. El Estatuto debe ofrecer a todo juez o jueza que estime que sus derechos estatutarios, o más generalmente su independencia o la de la justicia estén amenazados o sean desconocidos de cualquier forma que fuere, la posibilidad de acudir una instancia independiente que disponga de medios efectivos para remediar tal situación o para proponer una solución.

1.5. El juez o jueza debe demostrar en el ejercicio de sus funciones, disposición y respeto de las personas procurando mantener el alto nivel de competencia que exige en cualquier circunstancia el juzgamiento de las causas, del que depende la garantía de los derechos individuales, así como la preservación de los secretos cuya guarda les es confiada legalmente.

1.6. El Estado tiene el deber de asegurar al juez o jueza los medios necesarios al cumplimiento correcto de su misión, en particular el trámite de las causas en un plazo razonable.

1.7. Las organizaciones profesionales constituidas por jueces y a las cuales pueden adherir libremente, contribuyen, de forma significativa, a la defensa de los derechos que cada Estatuto confiere a dichos jueces, particularmente frente a las autoridades e instancias que intervienen en las decisiones que los conciernen.

1.8. Los jueces deben participar, a través de sus representantes y organizaciones profesionales, en las decisiones relativas a la administración de las jurisdicciones, en la determinación de los medios necesarios y en la afectación de éstos en el plano nacional y local. Deben ser consultados, en las mismas condiciones, sobre los proyectos de modificación de su Estatuto y la definición de las condiciones de su remuneración y protección social.

2. Selección, incorporación, formación inicial

2.1. Las reglas del Estatuto relativas a la selección y a la incorporación de los jueces deben fundar la elección de los candidatos a través de una instancia o jury independiente, en función en su capacidad para apreciar libremente y de forma imparcial las situaciones judiciales que les son presentadas y aplicar el derecho respetando la dignidad de las personas. Queda excluido que un candidato o candidata pueda ser rechazado con base en una consideración de carácter determinante, relativas a su sexo, origen étnico o social, así como a sus opiniones filosóficas o políticas y a sus convicciones religiosas.

2.2. El Estatuto debe prever las condiciones por las cuales se garantice, por exigencias vinculadas a los diplomas obtenidos o a la experiencia anterior, la aptitud en el ejercicio específico de las funciones judiciales.

2.3. El Estatuto debe asegurar, por medio de formaciones específicas, a cargo del Estado, la preparación de los candidatos elegidos para el ejercicio efectivo de sus funciones. La instancia arriba nombrada (punto **1.3**) debe velar por la adecuación de los programas de formación y de las estructuras que los efectivizan a las exigencias de apertura, competencia e imparcialidad, ligadas al ejercicio de las funciones judiciales.

3. Nombramiento, inamovilidad

3.1. La decisión de nombrar como juez a un candidato o candidata que fue seleccionado y la decisión por la cual se los destina a un Tribunal, deben ser tomados por la instancia independiente del punto 1.3. o con base en su proposición o recomendación o con su acuerdo, o con posterioridad a su consulta.

3.2. El Estatuto debe determinar las situaciones en virtud de las cuales las actividades anteriores de un candidato o candidata o las ejercidas por sus parientes impiden la afectación a un tribunal en función de las dudas que generan, de forma legítima y objetiva, sobre su imparcialidad e independencia.

3.3. En caso en que el procedimiento de incorporación prevea un período de prueba, que necesariamente debe ser de corta duración, posterior al nombramiento como juez y antes que el nombramiento sea ratificado de forma definitiva, o cuando la incorporación se efectúa por un período limitado que puede ser renovado, la decisión de no renovar o no ratificar sólo puede ser tomada por una instancia independiente conforme al punto **1.3** o sobre su proposición, recomendación o acuerdo o después de su consulta. Las disposiciones del punto **1.4** son aplicables también a las personas sometidas a un período de prueba.

3.4. El juez o jueza en ejercicio de sus funciones en un tribunal no puede, como principio ser nominado nuevamente o ser trasladado, aun cuando sean ascendidos, sin su libre consentimiento. Quedan exceptuados de este principio los casos en que el desplazamiento esté previsto como sanción disciplinaria y ésta fuera dictada; cuando existe una modificación legal de la organización judicial, y cuando el traslado es temporario y tiene por objeto reforzar a un tribunal vecino. En este último caso, la duración máxima de tal afectación queda estrictamente limitada por el Estatuto sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el punto **1.4**.

4. Desarrollo Profesional

4.1. En los casos en que no se base en la antigüedad, el sistema de ascensos debe fundarse exclusivamente en las cualidades y méritos demostrados en el ejercicio de las funciones de los jueces, basados en evaluaciones objetivas efectuadas por uno o varios jueces y discutidas con el o los candidatos. Las decisiones de promoción deben ser pronunciadas por la instancia tratada en el punto **1.3**, o con base en su propuesta o acuerdo. El juez o jueza que no son propuestos en vista de una promoción deben tener la posibilidad de reclamar ante esta instancia.

4.2. El juez o jueza pueden continuar ejerciendo libremente las actividades exteriores a su mandato, entre ellas las que expresan sus derechos de ciudadano o ciudadana. Esta libertad sólo puede ser limitada en la medida en que las actividades exteriores sean incompatibles con la confianza en la imparcialidad e independencia del juez o jueza, o con la disponibilidad requerida para tratar con la merecida atención y en los plazos razonables los casos que les son sometidos. El ejercicio de una actividad exterior, diferente a la literaria o artística, que dé lugar a una remuneración debe ser aprobada previamente conforme a las normas del Estatuto.

4.3. El juez o jueza debe abstenerse de todo comportamiento, acto o manifestación que altere de manera efectiva la confianza en su imparcialidad y en su independencia.

4.4. El Estatuto ha de garantizar al juez o jueza el mantenimiento y la profundización de los conocimientos técnicos, sociales y culturales necesarios al ejercicio de sus funciones mediante el acceso regular a las formaciones a cargo del Estado y que éste organizará con arreglo a las condiciones del punto **2.3**.

5. Responsabilidad

5.1. En caso de que un juez o jueza falte a alguno de los deberes expresamente definidos por el Estatuto, una sanción sólo puede resultar de la decisión, propuesta, recomendación o acuerdo de una jurisdicción o instancia compuesta, al menos de una mitad de jueces elegidos, y en el marco de un procedimiento de carácter contradictorio en el cual el juez o jueza pueda ser asistido por un defensor. La lista de sanciones posibles debe estar

precisada por el Estatuto y su aplicación queda sometida al principio de proporcionalidad. La decisión de una autoridad ejecutiva, de una jurisdicción o una instancia conforme a este punto, que signifique una sanción, es susceptible de recurso ante una instancia superior de carácter jurisdiccional.

5.2. Debe ser asegurada por el Estado la reparación de los daños y perjuicios ilegítimos resultantes de una decisión o comportamiento de un juez o jueza en el ejercicio de sus funciones. El Estatuto puede prever que el Estado esté facultado para demandar, dentro de límites determinados, la repetición contra el juez o jueza por vía de una acción judicial, en caso de un desconocimiento severo e imperdonable, por parte de éstos de las reglas que rija su actividad. El sometimiento del caso a la jurisprudencia competente debe ser objeto de un acuerdo previo con la instancia prevista (sub **1.3**).

5.3. Toda persona debe tener la posibilidad de someter a un organismo independiente, sin formalismos particulares, su reclamo en lo relativo al mal funcionamiento de la justicia en un causa determinada. Este organismo debe estar facultado, si del examen prudente y atento se desprende indudablemente una falta de las establecidas en el punto **5.1** por parte del juez o jueza, para dar intervención a una instancia disciplinaria o, por lo menos, para recomendar dicha intervención a la autoridad que normalmente sea competente, conforme al Estatuto, para realizarla.

6. Remuneración, protección social

6.1. El ejercicio de la profesión de juez da lugar a una remuneración cuyo monto debe ser fijado de manera que el juez quede protegido de las presiones que influyan sobre el sentido de sus decisiones, y, más generalmente sobre el sentido de su comportamiento jurisdiccional, alterando de esta forma su independencia e imparcialidad.

6.2. La remuneración puede variar en función de la antigüedad, de la naturaleza de las funciones a las que el juez o jueza fue afectado, así como de la importancia de las responsabilidades a su cargo, que deben ser apreciadas de forma transparente.

6.3. El Estatuto debe prever la garantía a quien ejerce la profesión de juez, de protección en casos de enfermedad, maternidad, invalidez, ancianidad y muerte.

6.4. De forma específica, el Estatuto debe garantizar al juez o jueza que hayan cumplido la edad legal requerida para la cesación de sus funciones, y después de haberla cumplido durante un período determinado, el pago de una jubilación cuyo nivel debe ser lo más cercano posible al de su última remuneración.

7. Cesación en el ejercicio de sus funciones

7.1. El juez o jueza cesan definitivamente de ejercer sus funciones por la renuncia, la incapacidad física constatada con base en un peritaje médico, el cumplimiento de la edad requerida, el término de su mandato legal o la revocación pronunciada en el marco de un proceso conforme a lo establecido por el punto **5.1**.

La configuración de una de las causas del punto **7.1**, exceptuadas las del límite de edad o el término del mandato legal, debe ser verificada por una instancia conforme a lo establecido en el punto **1.3**.

Nota de la Secretaría: la presente Carta fue aceptada unánimemente por los participantes de la segunda reunión multilateral celebrada en Estrasburgo en el marco del plan Themis (los programas de cooperación en el ámbito jurídico se compone de dos programas: Démo-droit y plan Themis). No se trata de un instrumento con fuerza jurídica definida por el Derecho Internacional Público, ni de una recomendación de Comité de Ministros del Consejo de Europa. Sobre estos aspectos, entre otros, v. “L’élaboration de la Charte européenne sur le statut des juges”, en *op. y loc. cit. infra*, pp. 273/276. La Carta está acompañada de un “Exposé des motifs de la Charte européenne sur le statut des juges”, que puede verse en *idem*, pp. 283/296. Al respecto, ver la Ley Orgánica N° 2001-539 del 25 de junio de 2001, relativa al Estatuto de los Magistrados y al Consejo Superior de la Magistratura, aprobada por el Parlamento francés, en *Recueil Le Dalloz*, n° 26, 5 de julio de 2001, París, Dalloz, pp. 292/296.

“Les principes adoptés pour la Charte européenne sur le statut des juges (8 et 10 juillet 1998)”, en *Les Conseils supérieurs de la magistrature en Europe. Actes de la table ronde internationale du 14 septembre 1998*, **RENOUX, Thierry S.** (Dir.), París, La documentation Française, 1999, pp. 277-282.

MEDIOS DE COMUNICACION. EDUCACIÓN (CONSEJO DE EUROPA).

La Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa adoptó el 27 de junio de 2000 la recomendación 1466 (2000) cuyo objeto es educar a la población en lo referente a los medios de comunicación. Dicha educación consiste en prácticas de enseñanza con el objetivo de desarrollar competencias ligadas a la utilización de los medios, a lograr una actitud crítica y razonada en relación a los medios, con el objetivo de formar ciudadanos equilibrados, capaces de construir una opinión propia a partir de las informaciones disponibles. Por esta educación los ciudadanos deben poder acceder a las informaciones necesarias, analizarlas e identificar los intereses subyacentes de tipo económico, político, social y/o cultural. Todo esto permitiría a los individuos ejercer su derecho a la libertad de expresión y a la información, que promueve el desarrollo personal del individuo, así como la participación y la interacción en sociedad, favoreciendo de este modo la democracia.

En tal sentido la Asamblea propone: examinar las prácticas vigentes en el campo de la educación sobre los medios en los Estados Partes, con el objetivo de promover aquellas que generan los mejores resultados; y producir un acercamiento a la cuestión, coordinado, intersectorial e integrado en el marco de la Unión Europea.

Por otro lado, los Estados Partes, deberían: originar la elaboración y el desarrollo de programas de iniciación a los medios de comunicación de los niños, adolescentes y adultos, y programas de formación para los enseñantes; e integrar a los organismos educativos, las asociaciones de padres, los profesionales de los medios de comunicación y los vendedores de internet en el debate sobre el tema.

ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, Recomendación 1466 (2000) sobre el Educación referente a los medios de comunicación, 27-6-2000, en *Gazette. Cahier Assemblée parlementaire*, Estrasburgo, n° 4, junio 2000, pp. 11-12.

MERCOSUR. NORMATIVA. CONSEJO DEL MERCADO COMÚN. GRUPO MERCADO COMÚN (MERCOSUR).

1. Consejo del Mercado Común:

Régimen de Origen MERCOSUR (DEC n° 03/00). Acuerdo de Recife (DEC n° 04/00). Primer Protocolo Adicional al Acuerdo de Recife (DEC n° 05/00). Complementación del Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional en Materia de Tráfico de Menores (DEC n° 06/00). Complementación del Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional en Materia de Tráfico de Menores entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (DEC n° 07/00). Complementación del Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional en Materia de Delitos Económicos y Financieros entre los Estados Partes del MERCOSUR (DEC n° 08/00). Complementación del Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional en Materia de Delitos Económicos y Financieros entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (DEC n° 09/00). Complementación del Plan General de Cooperación y Coordinación recíproca para la Seguridad Regional en Materia de Ilícitos Ambientales (DEC n° 10/00). Complementación del Plan General de Cooperación y

Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional en Materia de Ilícitos Ambientales entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (DEC n° 11/00). Complementación del Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional en Materia de Tráfico Ilícito de Materia Nuclear y Radioactivo (DEC n° 12/00). Complementación del Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional en Materia de Tráfico Ilícito de Material Nuclear y Radioactivo entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (DEC n° 13/00). Reglamentación del Régimen de Tránsito Vecinal Fronterizo entre los Estados Partes del MERCOSUR (DEC n° 14/00). Reglamentación del Régimen de Tránsito Vecinal Fronterizo entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y de la República de Chile (DEC n° 15/00). Centro de Coordinación de Capacitación Policial entre los Estados Partes del MERCOSUR (DEC n° 16/00). Centro de Coordinación de Capacitación Policial entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y de la República de Chile (DEC n° 17/00). Complementación de la Definición y Configuración del Sistema de Intercambio de Información de Seguridad entre los Estados Partes del MERCOSUR (DEC n° 18/00). Complementación de la Definición y Configuración del Sistema de Intercambio de Información de Seguridad entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y de la República de Chile (DEC n° 19/00). Conformación del Grupo Especializado de Trabajo “Capacitación”, Complementación del Plan de Seguridad Regional entre los Estados Partes del MERCOSUR (DEC n° 20/00). Conformación del Grupo Especializado de Trabajo Capacitación, Complementación del Plan de Seguridad Regional entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (DEC n° 21/00). Relanzamiento del MERCOSUR - Acceso a Mercados (DEC n° 22/00). Relanzamiento del MERCOSUR - Incorporación de la Normativa MERCOSUR al Ordenamiento Jurídico de los Estados Partes (DEC n° 23/00). Relanzamiento del MERCOSUR - Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM) (DEC n° 24/00). Relanzamiento del MERCOSUR - Perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias del Protocolo de Brasilia (DEC n° 25/00). Relanzamiento del MERCOSUR - Análisis de la Estructura de Organos Dependientes del Grupo Mercado Común y de la Comisión de Comercio (DEC n° 26/00). Relanzamiento del MERCOSUR - Arancel Externo Común (DEC n° 27/00). Relanzamiento del MERCOSUR - Defensa Comercial y de la Competencia (DEC n° 28/00). Marco Normativo del Reglamento Común de Defensa contra Subvenciones Concedidas por los Países No Miembros del Mercado Común del Sur (Relanzamiento del MERCOSUR) (DEC n° 29/00). Relanzamiento del MERCOSUR - Coordinación Macroeconómica (DEC n° 30/00). Relanzamiento del MERCOSUR - Incentivos a las Inversiones, a la Producción y a la Exportación, incluyendo Zonas Francas, Admisión Temporal y otros Regímenes Especiales (DEC n° 31/00). Relanzamiento MERCOSUR - Relacionamiento Externo (DEC n° 32/00). Grupo de Trabajo sobre Circulación Vial de Transporte No Comercial (DEC n° 33/00). Grupo de Trabajo sobre Asuntos Consulares y Jurídicos (DEC n° 34/00). Mecanismos de Cooperación Consulares entre los Países del MERCOSUR, Bolivia y Chile (DEC n° 35/00). Negociaciones con la República de Sudáfrica (DEC n° 36/00). Negociaciones con los Estados Unidos Mexicanos (DEC n° 37/00).

2. Grupo Mercado Común:

Sub-Estándar 3.7.43/00 “Requisitos Fitosanitarios Generales y Específicos para *Prunus avium* (cerezo dulce, cereja doce) según País de Destino y Origen” (RES n° 31/00). Glosario de términos fitosanitarios (Deroga el Estándar 3.4 de la RES GMC N° 59/94 (RES n° 32/00). Acuerdos de reconocimiento mutuo en materia de registros genealógicos y evaluaciones genéticas animales (RES n° 33/00). Programa de trabajo de la Reunión Especializada de Ciencia y Tecnología del MERCOSUR (RECYT), Junio de 2000 - Mayo de 2002 (RES n° 34/00). Mecanismo de recepción de presentaciones de Organizaciones Cuatripartitas del MERCOSUR (RES n° 35/00). Profundización de los compromisos específicos en materia de servicios (RES n° 36/00). Listados de proyectos y programas con

incidencia sobre la mujer en el ámbito del MERCOSUR (RES n° 37/00). Principios generales para el establecimiento de niveles máximos de contaminantes químicos en alimentos (RES n° 38/00). Pautas Negociadoras de la RED (RES n° 39/00). Reglamento Técnico MERCOSUR de registro de productos médicos (Deroga la RES GMC N° 37/96) (RES n° 40/00). Reglamento Técnico MERCOSUR de los niveles de complejidad de los servicios de medicina transfusional o unidades hemoterápicas (RES n° 41/00). Reglamento Técnico MERCOSUR de medicina transfusional (RES n° 42/00). Grupo Ad Hoc sobre Comercio Electrónico (RES n° 43/00). Creación del Grupo Ad Hoc de Concesiones (RES n° 44/00). Proyectos de Decisión (nros. 01/00 a 21/00) (RES n° 45/00).

SECRETARIA ADMINISTRATIVA DEL MERCOSUR, Normativa, en *Boletín Oficial del Mercosur*, Montevideo, n° 15, octubre/diciembre 2000, pp. 15/300.

NOTIFICACIONES. CORREO ELECTRÓNICO. TELEGRAMA. FACSIMIL (PERÚ).

La Ley n° 27.419 sobre Notificación por Correo Electrónico modificó los arts. 163 y 164 del Código Procesal Civil, con el siguiente texto:

Art. 163: “Notificación por telegrama o facsímil, correo electrónico u otro medio. En los casos del art. 157, salvo el traslado de la demanda o de la reconvenición, citación para absolver posiciones y la sentencia, las otras resoluciones pueden, a pedido de parte, ser notificadas, además, por telegrama, facsímil, correo electrónico y otro medio idóneo, siempre que los mismos permitan confirmar su recepción. La notificación por correo electrónico sólo se realizará para la parte que lo haya solicitado. Los gastos para la realización de esta notificación quedan incluidos en la condena de costas”.

Art. 164: “Diligenciamiento de la notificación por facsímil, correo electrónico u otro medio. El documento para la notificación por facsímil, correo electrónico u otro medio, contendrá los datos de la cédula. El facsímil y otro medio se emitirá en doble ejemplar, uno de los cuales será entregado para su envío y bajo constancia al interesado por el secretario respectivo, y el otro con su firma se agregará al expediente. La fecha de la notificación será la de la constancia de la entrega del facsímil al destinatario. En el caso del correo electrónico, será, en lo posible, de la forma descrita anteriormente, dejándose constancia en el expediente del ejemplar entregado para su envío, anexándose además el correspondiente reporte técnico que acredite su envío. El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial podrá disponer la adopción de un texto uniforme para la redacción de estos documentos”.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL PERU, LEY n° 27.419 sobre Notificación por Correo Electrónico, en *El Peruano -Diario Oficial-*, 7 de febrero de 2001.

ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS. DEFENSA DE LOS MILITANTES DE LOS DERECHOS HUMANOS (NACIONES UNIDAS).

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU aprobó el 26 de abril de 2000 en Ginebra, la creación del cargo de representante especial del Secretario General, facultado para la protección de las personas que defienden los Derechos Humanos. Nombrado por tres años por el Secretario General de las Naciones Unidas, su misión consistirá en examinar las informaciones sobre la situación de los militantes de los Derechos Humanos y dirigirse a los respectivos gobiernos cuando lo juzgue necesario. Para la mayoría de los participantes, las personas que asumen la lucha por los Derechos Humanos merecen una atención particular y una protección de la Comunidad Internacional. La resolución fue adoptada por los representantes de 50 Estados sobre 53 (China, Cuba y Ruanda se abstuvieron).

BALMOND, Louis, “Chronique des faits internationaux. Organisation des Nations Unies. Création d’un représentant spécial pour les défenseurs des droits de l’homme, 26 avril 2000”, en *Revue Générale de Droit International Public*, París, Pedone, 2000, n° 3, p. 765.

PROTOCOLO DE SAN SALVADOR. ENTRADA EN VIGOR (OEA).

El Protocolo de San Salvador fue aprobado y firmado en la XVIII Asamblea General de la OEA (17-11-1988). Según la información proporcionada por la Comisión Interamericana, el citado Protocolo entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, oportunidad en la que se alcanzaron las 11 ratificaciones o adhesiones requeridas a ese efecto (art. 21.2). Los países signatarios son 18, de los cuales 12 lo han ratificado o se han adherido: Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México (con una reserva relativa al art. 8), Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay.

Nota de la Secretaría: la ley argentina 24.658 aprobó este instrumento, mas, por lo visto, todavía no fue ratificado por el Poder Ejecutivo. Para los antecedentes que condujeron al citado Protocolo, v. **CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto**, *La cuestión de la protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: evolución y tendencias actuales*, San José, IIDH, 1992, p. 30 y sigs.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 6-2-2001, www.cidh.oas.org.

TABACO (COMUNIDAD EUROPEA).

En mayo de 2001 el Parlamento Europeo aprobó normas que permiten la inserción de imágenes de pulmones y corazones enfermos en los atados de cigarrillos que se venden en la Comunidad.

Las nuevas normas prohíben, a partir de septiembre de 2003, el uso de expresiones como “*light*” en las marquillas.

Conforme a estas disposiciones, la Comisión Europea adoptará nuevas reglas antes de fin del año próximo para dar a los gobiernos la opción de exigir a las tabacaleras poner en las marquillas imágenes de los efectos que produce el cigarrillo.

Además, estas empresas también tendrán de revelar exactamente la composición de cigarrillos, incluyendo potenciales aditivos perjudiciales, que los gobiernos después podrán publicar.

Asimismo, limita algunos de los componentes perjudiciales del tabaco. A partir de enero de 2004, los cigarrillos tendrán un máximo de 20 mg de alquitrán por unidad, 1 mg de nicotina y 10 mg de monóxido de carbono.

“**MEPs back tough tobacco rules**” y “**Tough EU rules on manufacture, presentation and sale of tobacco products agreed**”, en <http://www.europarl.org.uk/news/textonly/txitems2001/may15.htm> y en http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/press/press137_en.html, respectivamente.

TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (NACIONES UNIDAS).

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por Resolución 1329, del 30 de

noviembre de 2000, decidió establecer un cuerpo de magistrados *ad litem* del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y aumentar el número de magistrados de las Salas de Apelaciones de dicho Tribunal y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, para que éstos concluyan su trabajo lo antes posible. A ese fin, enmendó los arts. 12, 13 y 14, y 11, 12 y 13 de los Estatutos de los tribunales mencionados en primer y segundo término, respectivamente.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, resolución del 30-11-2000, n° 1329, en <http://www.un.org/spanish/docs/sc00/sres1329.pdf>.

ESTUDIOS

EL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO EN EL PLANO INTERNACIONAL E INTERAMERICANO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS A LA VIVIENDA Y A LA ALIMENTACIÓN ADECUADAS.

SU SIGNIFICACIÓN Y CONTENIDO. LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN.

por Rolando E. Gialdino

"Porque tuve hambre y me disteis de comer; tuve sed y me disteis de beber; era forastero y me acogisteis; estaba desnudo y me vestisteis; enfermo y me visitasteis... cuanto hicisteis a unos de estos hermanos míos más pequeños, a mí me lo hicisteis" (San Mateo, 25, 35-36 y 40).

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. — 2. MARCO NORMATIVO. — 3. CONTENIDO DEL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO. — 4. EL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO Y EL DERECHO DE PROPIEDAD Y A LA PROPIEDAD. — 5. CARACTERES GENERALES. — 6. VASTEDAD DEL PROBLEMA. — 7. EL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA. — 8. EL DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN ADECUADA. — 8.1. EL HAMBRE. 8.2. LA ALIMENTACIÓN (NUTRITIVA) ADECUADA. 8.3. EL "CICLO DE VIDA" O "CICLO BIOLÓGICO" (*LIFE-CYCLE APPROACH*). — 9. OBLIGACIONES DEL ESTADO. 9.1. RESPETAR. 9.2. PROTEGER. 9.3. REALIZAR: FACILITAR Y HACER EFECTIVO. 9.4. PROGRAMAS Y EVALUACIONES. 9.5. EL RETROCESO SOCIAL. — 10. LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL. 10.1. EL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO EN TANTO QUE DERECHO ECONÓMICO Y SOCIAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. 10.2. EL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA VIDA Y EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. 10.2.1. *La Comisión de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos.* 10.2.2. *El sistema interamericano.* 10.2.3. *El sistema europeo.* 10.3. EL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO Y OTROS DERECHOS HUMANOS. 10.4. EL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO Y EL DERECHO A LA LIBERTAD. EL PROYECTO DE VIDA. 10.5. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE NO

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a un nivel de vida adecuado, enunciado en múltiples instrumentos jurídicos de derechos humanos de raigambre universal y regional, constituye una plaza de la más alta significación para evaluar un extenso abanico de problemas que atraviesan de manera constante y permanente el panorama mundial de los derechos del hombre.

Esto es así, en primer lugar, pues nos hallamos ante un derecho "irradiante", vale decir, un derecho del que fluye inequívocamente una amplia gama de otros derechos: v.gr. el derecho a la alimentación adecuada, el derecho a la vivienda adecuada y el derecho al vestido adecuado, por sólo nombrar a aquellos más salientes y sobre los que ninguna duda cabe en cuanto a su pertenencia al ámbito del derecho a un nivel de vida adecuado.

En segundo término, lo antedicho nos advierte que, tal como su nombre ya lo indica, el derecho al que nos dirigimos compromete, en una de sus dimensiones, a la vida misma de la persona humana.

Comida, techo y ropa, son bienes cuya ausencia no tiene otro destino que conducir a quienes la padecen a una muerte segura.

En todo caso, dichas faltas traducen una "vida" incompatible con la dignidad propia de toda mujer y de todo hombre. Dignidad, por lo pronto, "intrínseca" o "inherente" a éstos, tal como hasta el hartazgo se han encargado de proclamarlo y confirmarlo infinidad de tratados, convenios y declaraciones de derechos humanos, entre otros documentos, así como un número no menor de tribunales, y de especialistas y estudiosos.

Es así que en un posterior capítulo nos adentraremos en la íntima conexión que media entre el derecho a un nivel de vida adecuado y el derecho a la vida, dicho así, a secas, y el derecho a no ser objeto de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, dicho así también, sin aditamentos ni matices.

En tercer lugar, el derecho a un nivel de vida adecuado pone a prueba, mejor: refuta, a la todavía no extinguida prédica en favor de la separación tajante de los derechos humanos

en "categorías": la de los llamados derechos civiles y políticos, por un lado, y la de los económicos y sociales (y culturales), por el otro, y dentro de la cual se inscribe al derecho a un nivel de vida adecuado. Pareciera que la ya averiguada y contundentemente demostrada interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos no hubiese penetrado lo suficiente, al menos en quienes tienen la responsabilidad -y posibilidad- de hacer de esos caracteres una realidad tangible que supere la mera instancia del discurso declamatorio, en el mejor de los supuestos.

Adviértase que lo antedicho es una cuestión preñada de consecuencias prácticas, y no un mero ejercicio sólo apropiado para las aulas, los gabinetes o el debate escolar.

El falaz aislamiento, la distinción injustificada de "categorías" de derechos humanos, marca a fuego las concepciones jurídicas sobre una gran pluralidad de temas: alcance y contenido de los derechos y de las correspondientes obligaciones de los Estados, justiciabilidad de los derechos, competencia *ratione materiae* de los órganos supranacionales de protección, pautas de interpretación y aplicación de los derechos, margen de apreciación de los Estados...

En cuarto término, el derecho a un nivel de vida adecuado nos pone cara a cara con un fenómeno lacerante que traspasa la carne y el alma de numerosos pueblos, sobre todo de los que, mitigación mediante, son llamados "en desarrollo": la pobreza extrema. Y, para la Argentina, con la "gran cantidad de nuevos pobres" que le señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹.

¹ *Observaciones finales al segundo informe periódico de la República Argentina, 1999, E/C.12/1/Add.38, 8-12-1999, párr. 12* -el texto completo puede consultarse en *investigaciones 3 (1999)*, pp. 758/761. Corresponde advertir que el citado Comité examinó el segundo informe periódico de la Argentina sobre los arts. 6 a 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus sesiones 30, 31 y 32 celebradas el 22 de noviembre de 1994 y, en su 54 sesión del 8 de diciembre de 1994, aprobó una serie de observaciones finales. Asimismo, en dicha oportunidad, dada la "insuficiencia del informe y de la información suplementaria presentada", invitó al Gobierno a "presentar un informe adicional que se refiera exhaustivamente a los arts. 9 a 11 del Pacto" y a las cuestiones mencionadas en el cuestionario ya entonces comunicado al Gobierno -E/C.12/1994/20, también publicado en *Revista IIDH*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995, n° 21, pp. 391/393, esp. párr. 240. Posteriormente, examinó dicho segundo informe y las respuestas presentadas a la lista de cuestiones, en las sesiones 33, 34, 35 y 36, celebradas los días 17, 18 y 19 de noviembre, y aprobó, en su 52 sesión del 1 de diciembre de 1999, las observaciones finales de las que da cuenta el documento E/C.12/1/Add.38, del 8-12-1999, advirtiendo que no obstante la importante información jurídica presentada, observaba la falta de información concreta para evaluar el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en el país -párr. 3. El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y la Federación

Residimos en un mundo agobiado por la riqueza pero que, no obstante ello, somete a una legión inmensa de sus habitantes a las condiciones más intolerables de vida, cuando no la condena, lisa y llanamente, a la muerte. Un mundo en condiciones de producir alimentos para satisfacer las necesidades nutricionales del doble de la población que hoy lo habita produce, si embargo, hambre, sellando en millones de personas y en el mejor de los casos, una patente e irreversible disminución de sus capacidades físicas y mentales.

La pobreza extrema no sólo es incompatible con el derecho a un nivel de vida adecuado, sino que representa "la denegación de todos los derechos humanos". Y de ello dan testimonio las Naciones Unidas², y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³ (v. 5, sub e).

El mencionado derecho entraña, por ende, un llamado, mejor, un grito, y desesperado, que las víctimas de tanta inequidad dirigen a todos aquellos que de una manera u otra tienen el compromiso, siquiera sea moral, de contribuir a hacer de la Tierra un lugar en el que la justicia sea una realidad, no una quimera.

Las consecuencias de la pobreza hacen raíz en una sociedad y pueden desquiciarla. Pues cuando la pobreza se vuelve un rasgo permanente, genera sus propios patrones culturales, tanto en los que la sufren como en los que escapan a sus garras. En tales situaciones, los grupos privilegiados caen en una generalizada indiferencia hacia la pobreza de los otros. Y es precisamente la ideología neoliberal la que proporciona a los primeros una serie de supuestos para justificar la prioridad de los principios del mercado por sobre los derechos humanos, favoreciendo, en particular, un mercado de operaciones irrestricto por sobre los derechos económicos y sociales. Esta ideología incluye una vaga e inverificable suposición de que, en definitiva y después de un tiempo, también se producirán beneficios para los pobres actuales. Mas, ningún fundamento empírico sustenta esa suposición⁴.

Internacional de Derechos Humanos (FIDH) presentaron una comunicación sobre el citado segundo informe - E/C.112/1999/NGO/2, 21-10-1999.

² *Los derechos humanos y la extrema pobreza. Informe presentado por la Sra. A.-M. Lizin, experta independiente, de conformidad con la resolución 1999/26 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2000/52, 25-2-2000, párrafos 2 y 14.*

³ *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay* (OEA/Ser.L/V/II.110. Doc. 52, 9-3-2001), Washington, CIDH, 2001, p. 62, párr. 5 -con mención del documento citado en la nota anterior- y p. 66, párr. 17.

⁴ **EIDE, Asbjørn**, "Obstacles and Goals to Be Pursued", en *Economic, Social and Cultural Rights* (EIDE, A.; KRAUSE, C. y ROSAS, A., eds.), Dordrecht/Boston/Londres, M. Nijhoff, 2001, p. 558.

En fecha reciente, la justicia argentina debió resolver un delicado caso en el que estaba en juego el sufrimiento de una madre embarazada y de su familia causado por el hecho de que su hijo en gestación era anencefálico y, según lo determinaba la prueba científica, no tendría posibilidades de sobrevivir después del alumbramiento. La Corte Suprema se hizo eco de dicho dolor y acogió favorablemente el pedido de la mujer a fin de que el parto fuera inducido prematuramente, una vez comprobado que ello no agravaría en manera alguna la situación del *nasciturus*⁵.

¿Qué hacer entonces, nos preguntamos, con ese otro sufrimiento de esas otras madres (y familias) que, por sus condiciones deplorables de alimentación o falta de vivienda, están engendrando hijos que nacerán necesariamente disminuidos física y mentalmente? ¿Qué hacer con ese otro sufrimiento de esas otras madres (y familias) que, además de lo antedicho, saben que después del nacimiento tampoco mejorará la situación del niño?

¿Qué no hacer en todos estos últimos casos -también nos preguntamos- en los que, si de pruebas se tratara, éstas resultarían abrumadoras en el sentido de que es factible socorrer no sólo a la madre (y a la familia), sino también al propio *nasciturus* o al recién nacido?

El derecho a un nivel de vida adecuado, además, nos compele perentoriamente a hacernos cargo de la enseñanza sobre el "destino universal de los bienes", pues Dios destinó la tierra y todo lo que en ella se contiene para uso de todos los hombres y pueblos, de manera que los bienes creados deben afluir equitativamente a todos, bajo la dirección de la justicia⁶. Cualesquiera que sean las formas de propiedad, acomodadas a las instituciones legítimas de cada pueblo, de acuerdo con las diversas y mudables circunstancias, "siempre se ha de atender a este destino universal de los bienes"⁷.

Es así que, en caso de necesidad, y esto fue dicho hace ya largos siglos, "todas las cosas son comunes"⁸.

Plantéase de tal suerte, ni más ni menos, que la función social de la propiedad, recordada por León XIII en su Encíclica *Rerum Novarum*, y reiterada en otros documentos pontificios.

⁵ Sentencia del 11-1-2001, T.421.XXXVI, T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo.

⁶ Y en compañía de la caridad, Concilio Vaticano II, *Gaudium et spes*, párr. 69.

⁷ Concilio Vaticano II, *Gaudium et spes*, párr. 69.

⁸ Santo Tomás, *Suma teológica*, II-II, cuestión 66, art. 7; asimismo: art. 2. También: Concilio Vaticano II, *Gaudium et spes*, párr. 69.

De ello se sigue que la riqueza económica de un pueblo no consiste solamente en la abundancia total de los bienes, sino también, y más aún, en la real y eficaz distribución según justicia para garantía del desarrollo personal de los miembros de la sociedad, que es la verdadera finalidad de la economía nacional⁹.

La desnutrición y la mortalidad infantil constituyen, después de todo, el resultado de una distribución desigual del ingreso y no de una escasez de alimentos¹⁰.

¿Cuál es la "fraternidad" que practicamos y que desde más de medio siglo nos exige, ya en su primer artículo, la Declaración Universal de Derechos Humanos? ¿Cuál la "convivencia" que posibilite que todos y cada uno de nosotros pueda formar y desenvolver su personalidad, reclamada por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIX)? ¿Cuál la educación orientada hacia el pleno desarrollo de dicha personalidad y del sentido de la dignidad humana, que debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13.1; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 26.2)? ¿Qué ha sido hecho de la prometida liberación de la "miseria" que enuncian diversos textos regionales e internacionales? ¿Qué de la "justicia social", no menos presente en dichos documentos?

El derecho a un nivel de vida adecuado formula, pues, no sólo cuestiones jurídicas, sino interpelaciones que conmueven hondamente la interioridad de legos y juristas: "Si alguno tiene bienes de este mundo y, viendo a su hermano en necesidad le cierra sus entrañas, ¿cómo es posible que resida en él el amor de Dios?"¹¹.

Y lo hace tanto en el plano nacional como en el internacional, toda vez que la citada Declaración Universal enuncia sin rebozos el derecho de toda persona a que se establezca tanto un "orden internacional" como un "orden social", vale decir, un orden dentro de los Estados, según el cual los derechos y libertades proclamados en aquélla se hagan "plenamente efectivos" (art. 28). Bueno es recordar esto, máxime cuando no siempre la Declaración Universal ha sido publicada en sus términos verdaderos, incluso en ediciones

⁹ **Juan XXIII**, *Mater et magistra*, parte II.

¹⁰ Comisión Interamericana, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en la República de Guatemala* (OEA/Ser.L/V/II. 53. Doc. 21 rev. 2, 13-10-1981), Washington, CIDH, 1981, p. 131.

¹¹ 1 *San Juan* 3, 17. Asimismo: **Pablo VI**, *Populorum Progressio*, párr. 23.

oficiales¹².

El presente trabajo, en todo caso, no tiene otro objeto que mostrar una parte de lo mucho que a estos fines está reservado para los hombres de derecho, dado que es imprescindible afinar y recrear de manera permanente las herramientas técnicas para cumplir lo que no resulta más que nuestra verdadera misión en tanto que juristas: la realización del derecho, en este caso, del derecho a un nivel de vida adecuado. No es, por lo pronto, sólo en la liza política en la que el problema está presente.

Recuperar o mantener el pleno sentido del Estado de Derecho es uno de los cometidos del jurista. Y esto dice, entre muchas otras cosas, que los hombres, si de repúblicas hablamos, estamos regidos por leyes no por hombres, tal como, por lo menos ya para 1803, lo expresó una sentencia tan citada como poco frecuentada¹³.

El estudio jurídico de la cuestión, a su vez, exhibe marcada importancia para los ordenamientos jurídicos que, como el nuestro, han dado jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales que enuncian precisamente el derecho a un nivel de vida adecuado (Constitución Nacional, art. 75.22).

Este emplazamiento jerárquico hace que dichos instrumentos repercutan seriamente en todo el ordenamiento jurídico. Primeramente, toda vez que resultan normas bajo las cuales es debido efectuar el control de constitucionalidad de toda norma o acto infraconstitucional. Y, en segundo término, ya que resultan elementos inevitables tanto para esclarecer la interpretación y aplicación de todo el variado universo infraconstitucional, cuanto para guiar a los encargados de legislar en éste.

Más aún. El derecho a un nivel de vida adecuado, al margen de la autonomía que le es propia, se entrelaza tan íntimamente con otros derechos humanos, que sólo su

¹² En algunas ediciones comerciales, el art. 28 de la Declaración Universal expresa: "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional..."; otro tanto ocurre con la *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, editada por el Centro de Estudios Jurídicos y Sociales del Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1998, t. VII, p. 7453. La versión correcta es, por el contrario, la siguiente: "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional..."; sólo la cópula "e" confiere a la norma los alcances que le damos en el texto. Por lo demás, esta última versión se adecua a las de lengua francesa (...*sur le plan social et sur le plan International...*) e inglesa (...*social and International order...*). La Resolución 53/168 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el 50 aniversario de la Declaración Universal, reafirmó expresamente la citada norma.

¹³ Suprema Corte de los Estados Unidos de América, *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137.

comprensión posibilita echar luces sobre la de estos últimos. En efecto, del conjunto de normas internacionales sobre derechos humanos surge, v.gr., que el salario debe garantizar condiciones de existencia dignas para el trabajador o trabajadora y su familia; que los Estados deben garantizar la seguridad social, el seguro social y el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; que la salud debe ser preservada por medidas relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica; que toda persona tiene derecho a que, mediante la educación, "se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad..." (art. XII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre)...

Asimismo, el derecho a un nivel de vida adecuado constituye una muestra elocuente de que su falta de satisfacción hace prácticamente vacíos de contenido otros numerosos derechos del hombre, en infinidad de casos ¿Qué sentido tiene la protección de la vida privada y familiar, y la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, respecto de quienes se ven compelidos a vivir en los umbrales de los edificios, en las plazas públicas? ¿Qué contenido real viene a tener la libertad de pensamiento y expresión para las personas estragadas por el hambre? ¿A qué queda reducido el derecho a constituir una familia, elemento "natural y fundamental de la sociedad", para los indigentes? ¿Cuál es el respeto de la honra, la reputación y la dignidad que se les depara a quienes ni siquiera pueden arropar su cuerpo? ¿Qué significa en este contexto el descanso, el disfrute del tiempo libre, y la participación en el gobierno y en la vida cultural de la sociedad? ¿Qué es el derecho de propiedad para quienes en su haber, quizás, sólo tengan esperanzas?

En fin, ¿puede hablarse seriamente en un mundo traspasado de miserias fruto de la inequidad, de la "maternidad" y la "infancia", máxime ante el ominoso ciclo biológico que veremos más adelante?

El derecho a un nivel de vida adecuado obra, entonces, como un verdadero elemento de convulsión alojado en el corazón del universo jurídico, y de estos y otros muchos interrogantes.

Interrogantes sí, pero que reclaman fundadamente respuestas inmediatas, pues las víctimas de tanta injusticia están presentes aquí y ahora, pero no, quizás, por mucho tiempo más. "No retendrás el salario del jornalero hasta el día siguiente" (*Levítico* 19, 13).

Y todo ello concierne a la labor cotidiana de los juristas y, en especial, de los jueces, por cuanto, como nuestra Corte Suprema lo ha puntualizado, el alto cometido que corresponde a la magistratura judicial incluye la adopción de decisiones que se adecuen a

los compromisos internacionales del Estado, evitando situaciones que puedan generar la responsabilidad internacional de éste¹⁴.

Los problemas relacionados con la pobreza no se solucionan, ciertamente, con la mera ratificación de tratados internacionales o con la promulgación de leyes a nivel nacional¹⁵.

En tal sentido, es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que los Estados son internacionalmente responsables por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, lo cual, por cierto, incluye al órgano judicial¹⁶.

En todo caso, siempre será conveniente para un Estado, esté enrolado o no en la modalidad adoptada por nuestra Constitución, tener presente que todo tratado en vigor "obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe" (*pacta sunt servanda*), y que no "podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, arts. 26 y 27).

Los capítulos que siguen atienden al marco normativo en el que se inserta el derecho a un nivel de vida adecuado y, muy especialmente, apuntan a la jurisprudencia y doctrina de los órganos internacionales especializados en su interpretación y aplicación, aun cuando, bien que de manera limitada, hemos incorporado antecedentes de tribunales internos. Especial énfasis ha sido puesto en la obra del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto es precisamente el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales el instrumento más destacado en lo tocante al derecho a un nivel de

¹⁴ V.gr. casos *Cafés La Virginia S.A. s/ apelación por denegación de repetición*, sentencia del 13-10-1994, *Fallos*: 317:1282; y *Giroldi, Horacio D. y otro*, sentencia del 7-4-1995, *Fallos*: 318:514.

¹⁵ Comisión Interamericana, *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay* (OEA/Ser.L/V/II.110. Doc. 52, 9-3-2001), Washington, CIDH, 2001, p. 63, párr. 8, y su cita del *Informe sobre Desarrollo Humano 2000*.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la calle")*, sentencia del 19-11-1999, Serie C n° 63, párr. 220 y sigs.; también publicada en *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999*, San José, 2000 -v. p. 755, párr. 220 y sigs. Para un resumen de esta sentencia, v. *investigaciones 2* (2000), p. 364.

vida adecuado¹⁷; también en la obra de los Relatores Especiales. Asimismo, si bien el mentado derecho desborda los alcances de los derechos a una vivienda adecuada y a una alimentación adecuada, por razones de espacio sólo nos extenderemos especialmente en éstos. Una parte del estudio aborda las obligaciones del Estado en la materia, y otra, que hemos juzgado de gran interés, atañe a la protección que pueda hallar el derecho a un nivel de vida adecuado en los sistemas de protección supranacionales, lo cual nos conducirá a explorar la doctrina y jurisprudencia de los órganos involucrados, especialmente el Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión Interamericana) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana). Finalmente, tiene cabida el tema de la justiciabilidad interna.

¹⁷ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a diferencia de otros instrumentos internacionales de derechos humanos nacidos del seno de las Naciones Unidas, no previó la institución del citado Comité, que fue creado por el Consejo Económico y Social en 1985, y que comenzó a actuar en 1987. Está compuesto por 18 expertos de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que actúan con toda independencia y no como representantes de los gobiernos; son elegidos por el Consejo Económico y Social con base en principios de distribución geográfica equitativa y de representación de distintos sistemas sociales y jurídicos. La función principal del Comité es vigilar la aplicación del Pacto cit. En tal sentido, cabe recordar que los Estados Partes del Pacto están obligados a presentar informes periódicos sobre las medidas que hayan adoptado y los progresos realizados con el fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en aquél (arts. 16 y 17), que deben ajustarse a las directrices dadas por el Comité. Después de ser estudiados los informes por el Grupo de Trabajo del Comité, de efectuado el pedido, en su caso, de informaciones o aclaraciones a los Estados, y de la celebración de sesiones en las que el Comité examina los informes y dialoga con los Estados, aquél pronuncia sus *observaciones finales* que se dividen en cinco secciones: introducción, aspectos positivos, factores y dificultades que obstaculizan la aplicación del Pacto, principales motivos de preocupación, y sugerencias y recomendaciones. Cabe advertir que el Comité también recibe información y alegaciones, escritas y orales, de las organizaciones no gubernamentales (ONGs). El Comité adoptó diversas innovaciones en sus métodos de trabajo que, posteriormente, fueron seguidas por otros órganos de vigilancia creados en virtud de otros tratados de derechos humanos. Asimismo, a partir de 1988, el Comité ha comenzado a dictar Observaciones Generales con miras a asistir a los Estados Partes en el cumplimiento de sus obligaciones relativas a la presentación de informes y clarificación de la interpretación de la intención, significado y contenido del Pacto. No cabe olvidar que, como lo advierten los Principios de Limburgo, la experiencia de las agencias especializadas, así como la de los órganos y organizaciones intergubernamentales de las Naciones Unidas, incluidos sus grupos de trabajo y relatores especiales en derechos humanos, deben ser tenidos en cuenta para la implementación del Pacto y para supervisar el cumplimiento de los Estados Partes -párr. 5. Por cierto que el Comité hace frecuente aplicación de sus Observaciones Generales en el examen de los Informes de los Estados. En fecha reciente fue dictada la ley 25.391 por la que se dispone que el Congreso de la Nación elaborará un Informe Anual sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Argentina; entre los contenidos que deberá abarcar dicho Informe no figuran expresamente los derechos económicos, sociales y culturales (v. art. 5).

Una advertencia preliminar se impone. En los desarrollos que haremos será común hablar de diversos bienes que se inscriben en el marco de los derechos económicos y sociales, de los derechos de las personas a disfrutar de aquéllos y de las obligaciones de satisfacerlos por parte del Estado. Pero, en rigor, no son los bienes el objeto de los mencionados derechos, pues siempre corresponderá tener presente que el objeto de un derecho económico no es un bien -alimento, vivienda-, sino una relación digna que permita al sujeto adquirir los bienes necesarios a su dignidad -alimento, vivienda-¹⁸.

No es de olvidar que el primer texto internacional que hizo mención de la dignidad humana estaba relacionado con los derechos sociales: la Declaración de Filadelfia, adoptada por unanimidad el 17 de mayo de 1944, relativa a la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁹.

Y, en tal sentido, desde ya también adelantamos que el derecho a un nivel de vida adecuado resulta, en rigor, el derecho a la propiedad de los bienes que satisfacen ese derecho (v. 4).

2. MARCO NORMATIVO

El derecho a un nivel de vida adecuado, tal como lo hemos adelantado, se encuentra enunciado en diversos instrumentos de derechos humanos de carácter universal y regional.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante Declaración Universal) expresa: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales" (art. 25.1), en tanto que "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales" (art. 25.2). Este enunciado guarda estrecho vínculo con otros derechos, como los que asisten a toda persona: "a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de

¹⁸ **MEYER-BIRSCH, Patrice**, "Droits sociaux: le défi de l'indivisibilité et de l'interdépendance", en *Tous concernés. L'effectivité de la protection des droits de l'homme 50 ans après de la Déclaration universelle* (Actas del coloquio regional europeo organizado por el Consejo de Europa, Estrasburgo, 2-4 de septiembre de 1998), Estrasburgo, Consejo de Europa, 1998, p. 113.

¹⁹ **MAURER, Béatrice**, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, París, La documentation Française, 1999, p. 74.

pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad" (art. 25.1); "a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional ... la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad" (art. 22); "al trabajo" y a una remuneración "equitativa y satisfactoria" que le asegure, a sí y a su familia, "una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social" (art. 23.1 y 3). Normas todas éstas que fueron adoptadas unánimemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en diciembre de 1948²⁰. Cuadra tener muy presente que ya el Preámbulo de la Declaración Universal, después de señalar que "la libertad, la justicia y la paz" tienen por base el reconocimiento de la "dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" (párrafo primero), destaca el propósito de liberar al hombre "del temor y de la miseria", y de elevar su "nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad" (párrafos segundo y quinto).

No es de ser pasado por alto el particular mérito de los países de América Latina en la introducción del derecho a un nivel de vida adecuado en la Declaración Universal²¹.

Tampoco que, aun cuando emplazada sobre el costado de la cooperación y las relaciones internacionales, ya la Carta de las Naciones Unidas había hecho hincapié en el elevamiento del nivel de vida (art. 55.b -v. asimismo, art. 56), lo cual se relaciona con el art. 1.e en cuanto indica como uno de los fines de dicha organización el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Ahora bien, pocos meses antes de la aprobación de la Declaración Universal, había sido adoptada, en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, la

²⁰ VERDOODT, Albert, "Genèse et expansion de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Rôle de René Cassin", en *Recueil des Cours/Collection of Lectures*, Estrasburgo, Institut International de Droits de l'Homme/International Institute of Human Rights, 1998, p. 92.

²¹ El proyecto presentado por Panamá, pero redactado durante la segunda guerra mundial por un grupo de juristas sudamericanos, fue el más completo de todos: "toda persona tiene derecho a una alimentación y a una vivienda suficientes. El Estado tiene el deber de tomar todas las medidas necesarias para asegurar a todos los ciudadanos la posibilidad de obtener esta satisfacción elemental" -*Le droit à une alimentation suffisante en tant que droit de l'homme*, Nueva York, Naciones Unidas, Série d'études 1, 1989, p. 21, y la nota 29 relativa al comentario que acompañaba a la norma propuesta. La obra mencionada es el Informe del Relator Especial Asbjørn Eide, presentado en 1987 a la Sub Comisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías (E/CN.4/Sub.2/1987/23), que reemplazó a su Informe Preliminar de 1984 (E/CN.4/Sub.2/1984/22 y Add.1 y 2). Más adelante citaremos la actualización de 1999.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración Americana) que, también fundada en que "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos... y deben conducirse fraternalmente los unos con los otros" (Preámbulo, párrafo primero), dispone: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad" (art. XI). Esta prescripción, a su turno, se enlaza, v.gr., con los derechos de toda persona "al trabajo" (art. XIV); a una "remuneración" que le asegure al trabajador y -a su familia "un nivel de vida conveniente" (ídem); "a la seguridad social" - cuando, por cualquier causa ajena a su voluntad, se encuentre imposibilitada física o mentalmente "para obtener los medios de subsistencia" (art. XVI)-, y "a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar" (art. XXIII)²².

Y ya también para 1948, incluso había visto la luz la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, cuyo objeto fue "declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y el mínimo de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americanos..." (art. 1). Destacamos, a modo de ejemplo, el art. 5: los trabajadores "tienen derecho a participar en la equitativa distribución del bienestar nacional, obteniendo a precios razonables los objetos alimenticios, vestidos y habitaciones indispensables. Para alcanzar estas finalidades, el Estado debe aceptar la creación y funcionamiento de granjas y restaurantes populares y cooperativas de consumo y crédito y organizar instituciones destinadas al fomento y financiamiento de aquellas granjas y establecimientos, así como a la distribución de casas baratas, cómodas e higiénicas para obreros, empleados y campesinos"; el art. 6: "Todo trabajador tiene derecho a devengar un salario fijado periódicamente..., suficiente para cubrir las necesidades normales de su hogar en el orden material, moral y cultural"; y el art. 31, por el cual todos los trabajadores tienen derecho a un sistema de seguro social orientado, *inter alia*, hacia "b) restablecer lo más rápida y completamente posible la capacidad de ganancia perdida o reducida como consecuencia de enfermedad o accidente; c) procurar los medios de subsistencia en caso de cesación o interrupción de la actividad profesional como consecuencia de enfermedad o accidente, maternidad, invalidez temporal o permanente, cesantía, vejez o muerte prematura

²² La Declaración Americana enumera con mejor precisión los derechos económicos, sociales y culturales, que la Declaración Universal resume excesivamente (arts. 22-27) -**GROS ESPIELL, Héctor**, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1988, p. 100.

del jefe de familia". No estaban ausentes en esta Carta, los derechos de los pueblos indígenas a la vida y a la propiedad²³.

Es pues innegable que para 1948 estaba ya obsoleta y superada la antigua concepción individualista de los derechos humanos que daba a éstos únicamente un contenido civil y político²⁴.

En 1966 tuvieron lugar otros progresos pues fue adoptado, en el marco de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, una de cuyas finalidades resultó, precisamente, la de desarrollar los enunciados de la Declaración Universal en las citadas materias. Es así que dicho Pacto, después de reiterar los ya recordados enunciados del Preámbulo de la Declaración Universal, dispondrá en su art. 11 que " 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. 2. Los Estados en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos programas concretos, que se necesiten para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logre la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que exportan". Este precepto, por lo demás, también se inserta en el plexo del enunciado de otros derechos: "al trabajo" (art. 6.1), a una remuneración que, en especial, garantice al empleado y a su familia, "condiciones de

²³ La lectura *in extenso* de esta Carta, adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana de Río de Janeiro, es sumamente demostrativa del grado de evolución que había alcanzado el derecho del trabajo y de la seguridad social, en el plano americano, ya en el umbral de segunda mitad del siglo XX, y sirve de elemento comparativo para evaluar la situación actual. La mención de los pueblos indígenas hecha en el texto refiere al art. 39 de la Carta. Sobre la actualidad de esta Carta, v. los textos correspondientes a las notas 282 y 283.

²⁴ **GROS ESPIELL, Héctor**, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1988, p. 340.

existencia dignas" (art. 7.a.ii), "a la seguridad social, incluso al seguro social" (art. 9), al "nivel más alto posible de salud física y mental" (art. 12.1)...

Posteriormente, en 1969, fue suscripta la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana), con base en cuyo art. 26 los Estados Partes "se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados"²⁵.

La citada Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) es destacable, por cuanto en ella los Estados Miembros (art. 34) han convenido en que la "eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso" son "objetivos básicos" del desarrollo integral y que, para lograrlos, dedicarán sus "máximos esfuerzos" a la consecución, entre otras, de las siguientes "metas básicas": "nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos" (inc. j); "vivienda adecuada para todos los sectores de la población" (inc. k); "modernización de la vida rural" (inc. d) y "condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna" (inc. l). A ello se suman, también a modo de metas básicas: "incremento sustancial y autosostenido del producto nacional" (inc. a); "distribución equitativa del ingreso nacional" (inc. b) y "salarios justos" (inc. g). Además, convencidos de que "el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo", los Estados Miembros también convinieron en dedicar sus "máximos esfuerzos" a la aplicación, entre otros, de los siguientes "principios y mecanismos" (art. 45): "todos los seres humanos... tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica" (inc. a); el trabajo debe prestarse en condiciones que, "incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como

²⁵ V. Corte Interamericana, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89, 14-7-1989, Serie A N° 10, párr. 49 y sigs., según la cual "la Declaración (Americana) es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta" -párr. 45. Volveremos sobre este tema en **10.1**.

en su vejez, o cuando cualquier circunstancia los prive de la capacidad de trabajar" (inc. b).

Y continuando con el orden interamericano, registramos el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), el cual reconoce a toda persona los derechos: a la "seguridad social" que la proteja "contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa" (art. 9); a "la salud", entendida "como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social" (art. 10); a "una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual" (art. 12). También enuncia el "derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa..." (art. 6), y el derecho a "una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia para ellos y sus familias digna y decorosa" (art. 7.a)²⁶.

El panorama descrito se ve reforzado, a su turno, por otros instrumentos especializados.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dispone que los "Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:... h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones" (art. 14.2). El art. 12.2 prevé que los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en

²⁶ El Protocolo de San Salvador fue aprobado y firmado en la XVIII Asamblea General de la OEA (17-11-1988). Según la información proporcionada por la Comisión Interamericana, el citado Protocolo entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, oportunidad en la que se alcanzaron las 11 ratificaciones o adhesiones requeridas a ese efecto (art. 21.2). Los países signatarios son 18, de los cuales 12 lo han ratificado o se han adherido: Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México (con una reserva relativa al art. 8), Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay -www.cidh.oas.org, 6-2-2001. La ley argentina 24.658 aprobó este instrumento, mas, por lo visto, todavía no fue ratificado por el Poder Ejecutivo. Para los antecedentes que condujeron al citado Protocolo, v. **CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto**, *La cuestión de la protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: evolución y tendencias actuales*, San José, IIDH, 1992, p. 30 y sigs.

relación con el embarazo, el parto y el período posterior a éste, y le asegurarán "una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia". Entran en esta línea, los enunciados relativos al derecho al trabajo, a la remuneración y seguridad en el trabajo (incluso la salvaguardia de la "función de reproducción"), a la seguridad social... (art. 11.1.a, d, e y f).

De su lado, de acuerdo con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, los Estados Partes se han comprometido a prohibir y eliminar toda forma de discriminación en el terreno de los derechos económicos, sociales y culturales, particularmente, entre otros, en el goce del "derecho a la vivienda" (art. 5.e.iii) y en el derecho "a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales" (art. 5.e.iv).

La Convención sobre los Derechos del Niño, asimismo, prevé que los "Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social" (art. 27.1), lo cual se vincula con el art. 6.2: "Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño". Por su lado, si bien a los padres u otras personas encargadas del niño "les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño", los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, "adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda" (art. 27.2 y 3). Dichos Estados también están comprometidos a tomar todas las medidas apropiadas para "asegurar el pago de una pensión alimentaria por parte de los padres u otras personas que tengan responsabilidad financiera por el niño..." (art. 27.4). A su vez, el art. 24.2 de esta Convención les impone a los Estados Partes: "combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente" (inc. c); "asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición" (inc. d), al paso que el art. 32.1 les exige proteger al niño de toda explotación y de todo trabajo nocivo "para su salud, o desarrollo físico, mental, espiritual, moral y

social"²⁷.

Respecto de las personas con discapacidad, los Estados Partes de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, se han comprometido a trabajar "prioritariamente", *inter alia*, en el "suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y calidad de vida" a dichas personas (art. II.2.b)²⁸. La protección de los "minusválidos" se encuentra expresamente contemplada en el Protocolo de San Salvador (art. 18).

Entre otros muchos cuerpos legales internacionales de diversa procedencia, son también destacables: la Convención Internacional de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias, en cuanto dispone que dichos trabajadores deben gozar de un trato igual a los nacionales del Estado en que laboren con relación, *inter alia*, al "acceso a la vivienda, incluso planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres" (art. 43.1.d). Las Asambleas Generales de la OEA de 1999 y 2000, instaron a los Estados a la ratificación -o adhesión- de esta Convención²⁹. La

²⁷ La Declaración de los Derechos del Niño (Resolución 1386 -XIV- de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 29-11-1959) expresa: "El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados" (principio 4). También cabe citar la Cumbre Mundial sobre el Niño, realizada a iniciativa de UNICEF, que adoptó en 1990 la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, Protección y Desarrollo del Niño, y un Plan de Acción.

²⁸ El art. III.1.a hace referencia al empleo, transporte, comunicaciones, vivienda... Esta Convención fue adoptada el 6-7-1999 (29º Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA), y al 21-2-2001 todavía no había entrado en vigor al no haberse alcanzado el mínimo de seis ratificaciones. Para esta última fecha, los Estados ratificantes eran: Argentina, Costa Rica y México -<http://www.oas.org/juridico>. La Convención mereció opiniones encontradas por parte de diversas ONGs -v. **DULITZKY, Ariel** y **GONZÁLEZ, Felipe**, *Derechos Humanos y la Organización de los Estados Americanos 1999-2000*, International Human Rights Law Group, p. 5.

²⁹ Al 15 de noviembre de 2000, dicha Convención sólo contaba con la adhesión o ratificación por parte de 15 Estados -entre los que no revistaba Argentina-, y sólo entrará en vigor cuando alcance el número de 20 (art. 87.1). Sobre la situación de los trabajadores migrantes haitianos y sus familias en la República Dominicana, v. Comisión Interamericana, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana*, Washington, CIDH, 1999, p. 70 y sigs. V. también: *Los Derechos Humanos de los Migrantes. Situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes peruanos y bolivianos en Argentina y Chile*, La Paz, CEDLA-Comisión Chilena de Derechos Humanos-CEDAL-CELS, 2000. La cuestión de los alquileres y la especulación inmobiliaria está presente en diversos capítulos de nuestro trabajo. Sobre estos trabajadores también se pronuncia la Constitución *Gaudium et spes*, párr. 66. V., en general: **NIESSEN, Jan**, "Migrant Workers", en *Economic, Social and Cultural Rights* (EIDE, A.; KRAUSE, C. y ROSAS, A., eds.), Dordrecht/Boston/Londres, M. Nijhoff, 2001, p. 389 y sigs.

Carta Social Europea no es ajena a los problemas de dichos trabajadores³⁰.

Desde otro ángulo, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados protege especialmente las discriminaciones respecto de los refugiados en materia de alimentación, vivienda, asistencia pública, trabajo y seguros sociales (arts. 20, 21, 23 y 24).

Resultan también de obligada cita, en la medida en que prevén protecciones al régimen de salario mínimos, el cual atiende preferentemente al derecho a un nivel de vida adecuado, las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) 99 y 131, y las relativas a la seguridad y política sociales (nros. 102 y 117), entre otras. También la Recomendación 115 sobre la vivienda de los trabajadores, y, por cierto, la Convención 169 sobre pueblos indígenas y tribales que contiene normas específicas, *inter alia*, sobre derecho a la tierras, a condiciones de empleo, seguridad social y salud³¹. En fecha reciente, la OIT adoptó la Convención 183 sobre la Protección de la Maternidad (15-6-2000), por la que revisó el texto (revisado) de 1952, y la Recomendación 191 relativa a análoga materia. El primero de dichos textos establece que la mujer deberá gozar, durante determinados períodos relativos a la maternidad, de un beneficio en efectivo de monto tal que le garantice a ella y a su hijo poder mantener condiciones apropiadas de salud y "un nivel de vida adecuado" (art. 6.2)³².

Súmase a esto último, en el plano subregional sudamericano, la Declaración Sociolaboral del Mercosur por la cual los países que lo integran "se comprometen a instituir, mantener y mejorar mecanismos de protección contra el desempleo... a fin de garantizar la subsistencia de los trabajadores afectados por la desocupación involuntaria" (art. 15), y a garantizar "una red mínima de amparo social que proteja a sus habitantes ante la contingencia de riesgos sociales, enfermedades, vejez, invalidez y muerte" (art. 19), comprometiéndose "a respetar los derechos fundamentales inscritos en esta Declaración"

³⁰ La Carta Social Europea prevé, para los trabajadores migrantes, la igualdad con los nacionales en materia de vivienda -art. 19.4.c de la versión revisada; sobre la jurisprudencia al respecto del Comité de Expertos Independientes, v. **SAMUEL, Lenia**, *Droits sociaux fondamentaux. Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, Consejo de Europa, 1997, p. 438 y sigs. A partir de noviembre de 1998 dicho Comité cambió su nombre por el de Comité Europeo de Derechos Sociales.

³¹ Sobre el citado Convenio 169, v. *investigaciones* 3 (1998), p. 701. V., asimismo, la *Recomendación General XXIII sobre los derechos de las poblaciones indígenas* del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 1997, HRI/GEN/Rev.4, p. 178.

³² V. los textos integrales de esta Convención y de la Recomendación 191 en *International Legal Materials*, ASIL, vol. XL, enero 2001, n° 1, p. 2 y sigs.

(art. 20). También prevé la protección e igualdad de los trabajadores migrantes y fronterizos (art. 4). Tiempo antes, en la Carta de Buenos Aires sobre el Compromiso Social del Mercosur, Bolivia y Chile, había sido reconocida "la responsabilidad primordial del Estado en la formulación de políticas destinadas a combatir la pobreza y otros flagelos"; y coincidió, por un lado, en intensificar los esfuerzos de los Gobiernos "para mejorar la calidad de vida en sus respectivos países y en la región, mediante la atención prioritaria a los sectores más desprotegidos de la población en materia de alimentación, salud, empleo, vivienda y educación", y, por el otro, en fortalecer "los mecanismos de apoyo a los grupos sociales más afectados, dando prioridad a los campos de la nutrición, con atención especial a la niñez, la juventud, la tercera edad, las mujeres cabeza de familia y madres menores de edad, las comunidades indígenas, las comunidades rurales críticas, los trabajadores migrantes, las personas discapacitadas y otros grupos sociales vulnerables"³³.

En el campo de las declaraciones internacionales los antecedentes son numerosísimos. Entre muchas declaraciones, recordaremos: la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, que fija como objetivos principales (Parte II) "la eliminación del hambre y la malnutrición y la garantía del derecho a una nutrición adecuada"; la "eliminación de la pobreza" y la "elevación continua de los niveles de vida y la distribución justa y equitativa del ingreso", y la "provisión a todos, y en particular a las personas de ingresos reducidos y a las familias numerosas, de viviendas y servicios comunales satisfactorios"³⁴; la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición, cuyo punto 1 expresa: "Todos los hombres, mujeres y niños tienen el derecho inalienable a no padecer de hambre y malnutrición, a fin de poder desarrollarse plenamente y conservar sus capacidades físicas y mentales. La sociedad posee en la actualidad recursos, capacidad organizadora y tecnología suficientes y, por tanto, la capacidad para alcanzar esta finalidad. En consecuencia, la erradicación del hambre es objetivo común de todos los países que integran la comunidad internacional, en especial de los países desarrollados y otros que se encuentran en condiciones de prestar ayuda"³⁵; la Declaración sobre el Derecho al

³³ Los dos documentos citados en el párrafo pueden ser consultados en *Boletín Oficial del Mercosur/ Boletim Oficial do Mercosul*, Montevideo, n° 8, 1999, p. 252, y n° 14, 2000, p. 197, respectivamente.

³⁴ Resolución 2542 -XXIV- de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 11-12-1969, art. 10.b, c y f, respectivamente.

³⁵ Esta Declaración fue aprobada el 16 de noviembre de 1974 por la Conferencia Mundial de la Alimentación, y la hizo suya la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 3348 -XXIX- del 17-12-1974.

Desarrollo, cuyo art. 8.1 reza: "Los Estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos..."³⁶; la Declaración de Vancouver sobre Asentamientos Urbanos, en la que se afirmó que una vivienda y servicios adecuados son un derecho humano básico y que, en el esfuerzo para alcanzarlo, debe darse prioridad a las necesidades de los pobres, los sin techo y los grupos más vulnerables de la sociedad³⁷; la Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial³⁸; la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Social que señaló: "...Pobreza, desempleo y desintegración social suelen dar como resultado aislamiento, marginalidad y violencia... En muchas sociedades... la distancia entre ricos y pobres se incrementó... La inseguridad de muchas personas, en particular las vulnerables, respecto del futuro -del propio y del de sus hijos- se ha intensificado... Más de 1.000 millones de personas en el mundo viven humillados por la pobreza, la mayoría de las cuales sufren hambre cotidianamente. En su gran número, se trata de mujeres..."³⁹; la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer⁴⁰, y la Declaración y Plan de Acción para la Estrategia Mundial de la Vivienda hasta el Año 2000 (Hábitat II)⁴¹.

Y todo ello, sin contar con lo proveniente del Derecho Internacional Humanitario y de las Convenciones de Ginebra de 1949, y sus Protocolos de 1977, sobre la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra y en conflictos armados sin carácter internacional. La Comisión Interamericana ha señalado, v.gr., que los impedimentos al acceso a la alimentación como medio de controlar a la población civil e inmiscuirla en un conflicto interno pueden violar el art. 14 del Protocolo II⁴². Las decenas de miles de muertos

³⁶ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 41/128 del 4-12-1986.

³⁷ Aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Urbanos en 1976,

³⁸ Aprobada por la Cumbre Mundial de la Alimentación el 13 de noviembre de 1996, en Roma.

³⁹ Esta Cumbre fue convocada por las Naciones Unidas y celebrada en Copenhague en marzo de 1995.

⁴⁰ Celebrada en Beijing (septiembre de 1995), que volvería sobre los temas de pobreza y de género.

⁴¹ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11-12-1997 (Resolución 42/191), cuyo objetivo central fue facilitar una vivienda adecuada para todos en el año 2000. Dicha Asamblea designó al Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (Hábitat) como la secretaría de la Estrategia Global, que elaboró un Plan de Acción que fue comunicado a todos los Estados de las Naciones Unidas, y a organizaciones internacionales y no gubernamentales.

⁴² *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia* (OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9 rev. 1, 26-2-1999), Washington, CIDH, 1999, p. 138; v. asimismo, p. 88 y sigs., y, con especial referencia al tema alimentario, pp. 117/118.

por hambre durante el conflicto en Sudán de 1998 y los sucesos de Sarajevo (1992/1995) son algunas muestras al respecto. Estas cuestiones podrían poner en juego, asimismo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (v.gr. art. II.c) y la Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid (art. II.b y c), correspondiendo agregar que "provocar intencionalmente la inanición de la población como método de hacer la guerra" constituye un "crimen de guerra", de acuerdo con el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 8.2.b.xxv). La Comisión de Derechos Humanos ha reiterado, con cita de la ya mentada Declaración de Roma, que la alimentación no debe ser usada como un instrumento de presión política o económica⁴³, al paso que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha puntualizado la protección que brindan los citados textos de Ginebra en cuanto a la prohibición de traslado de población civil y la destrucción de propiedad privada, en la medida en que guardan relación con la práctica de los desalojos forzosos⁴⁴ y con el derecho a la alimentación⁴⁵.

En el orden europeo cabe señalar, en lo concerniente al Consejo de Europa, la Carta Social Europea revisada (1996), que contiene prescripciones vinculadas con el derecho de las personas a la protección contra la pobreza y la exclusión social, y el derecho a la vivienda (arts. 30 y 31 -v. sobre la vivienda, asimismo, arts. 15.3 y 16), amén de otras vinculadas, v.gr., con la familia, la seguridad social y la salud. También establece un marco tutelar dirigido especialmente a los trabajadores (ya hemos mencionado el caso de los trabajadores migrantes), a los ancianos, a los niños y adolescentes, y a las personas con discapacidad.

En fecha reciente, la Asamblea Parlamentaria del mencionado Consejo de Europa recomendó a los Estados Miembros el reconocimiento, en su legislación y prácticas internas, del derecho a la satisfacción de necesidades materiales elementales a toda persona en situación de extrema precariedad, que, al menos, cubra sus necesidades nutricionales, de vestido, de vivienda y de cuidados médicos⁴⁶.

⁴³ Resolución 1997/8. *The Right to food*, 3-4-1997, E/CN.4/RES/1997/8. Sobre sanciones económicas, véase el texto correspondiente a la nota 235.

⁴⁴ Observación General 7, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos*, 20-5-1977, E/C.12/1997/4, párr. 13, en adelante Observación General 7.

⁴⁵ *Observaciones finales al informe inicial de Sudán*, 30-8-2000, E/C.12/1/Add.48, 1-9-2000, párr. 25.

⁴⁶ Recomendación n° (2000) 3, en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Bruselas, Nemesis/Bruylant, 2000, N° 44, p. 877.

Más adelante (10.2.3) estudiaremos en qué medida algunos aspectos del derecho a un nivel de vida adecuado podrían considerarse tutelados a la luz de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante Convención Europea).

Para el área de la Unión Europea, encontramos una pluralidad normativa destinada a la "dimensión social", que parte del Tratado de Roma y, pasando, v.gr., por la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y los Tratados de Maastricht y Amsterdam, llega a la Carta de Derechos Fundamentales, adoptada en Niza en diciembre de 2000⁴⁷.

Dentro del panorama africano, la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos prevé el derecho a la vida y a la integridad física y moral (arts. 4 y 5). Se ha sostenido que el mentado derecho a la vida debe ser entendido en el sentido pleno del término, de tal suerte que se proyecta al plano civil, pero también al económico y social: el Estado debe asegurar un mínimo de alimentación y cuidados, además de educación y trabajo⁴⁸.

Los Estados aseguran el derecho a un trabajo que garantice una existencia conforme a las exigencias necesarias de la vida, expresa la Carta Árabe de Derechos Humanos, y se comprometen a garantizar una protección social completa (art. 30 -v., asimismo, art. 32). Esta Carta, además, contiene normas generales sobre la protección de la familia, la maternidad, la infancia, la vejez y la juventud (arts. 38 y 39)⁴⁹.

En cuanto a la Comunidad de Estados Independientes, adoptó la Convención de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Minsk, 26-5-1995) por la cual los Estados

⁴⁷ V. **SCHEININ, Martin**, "Economic and Social Rights as Legal Rights", en *Economic, Social and Cultural Rights* (EIDE, A.; KRAUSE, C. y ROSAS, A., eds.), Dordrecht/Boston/Londres, M. Nijhoff, 2001, p. 31. V. asimismo, y entre otros, los diversos artículos contenidos en: **BETTEN, Lammy** y **MAC DEVITT, Delma**, *The Protection of Fundamental Social Rights in the European Union*, La Haya/Londres/Boston, Kluwer, 1996; y en *L'Union Européenne et les Droits fondamentaux* (LECLERC, S., AKANDJI-KOMBÉ, J.F. y REDOR, M.-J., eds.), Bruselas, Bruylant, 1999, y la recopilación de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas publicada en *Droit communautaire des droits fondamentaux* (SUDRE, F., direct.), Bruselas, Nemesis/Bruylant, 1999.

⁴⁸ **OUEDRAOGO, Halidou**, *La Charte africaine des droits de l'homme et le Cinquantenaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Cours d'été, Institut International René Cassin des Droits de l'homme, 13 au 24 juillet 1998, UIDH/IUHR, p. 15.

⁴⁹ El texto completo puede verse en *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Colonia-Estrasburgo-Arlington, N.P. Engel, 1995, N° 4-6, p. 212/214. Esta Carta fue adoptada por el Consejo de la Liga de Estados Arabes (El Cairo, 15-9-1994) y no ha entrado en vigor.

Contratantes se comprometen, en el marco del derecho a la ayuda social y médica, a garantizar que toda persona que carezca de los medios suficientes y no puede procurárselos por sí misma o por otros medios, reciba la ayuda necesaria y, en caso de enfermedad, los cuidados requeridos según su estado (art. 16.2; asimismo art. 16.3 sobre madres y niños)⁵⁰.

La Carta Asiática de Derechos Humanos expresa que el derecho a la vida no se limita a la simple existencia física o biológica, sino que comprende el derecho a todo aspecto o facultad intrínsecos a la vida. Significa derecho a vivir con dignidad humana, derecho a los medios de subsistencia, derecho a un hogar o casa, derecho a la educación y a un ambiente sano y limpio, pues sin todo ello no puede darse ningún goce ni ejercicio concreto del derecho a la vida. El Estado debe, también, tomar toda medida idónea para prevenir la mortalidad infantil, eliminar la malnutrición y las epidemias, y aumentar la expectativa de vida a través de un ambiente limpio y saludable, cuidados preventivos y terapéuticos⁵¹.

Cabe sumar, en todo este terreno, la labor de la UNESCO, la UNICEF, el PNUD, la OMS, la FAO, el Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (Hábitat)...

Entre otros documentos sobre la doctrina social católica, la Encíclica *Pacem in terris* expresa: "Todo ser humano tiene derecho a la existencia, a la integridad física, a los medios indispensables y suficientes para un nivel de vida digno, especialmente en cuanto se refiere a la alimentación, al vestido, a la habitación, al descanso, a la atención médica, a los servicios sociales necesarios. De aquí el derecho a la seguridad en caso de enfermedad, de invalidez, de viudez, de vejez, de paro, y de cualquier otra eventualidad de pérdida de medios de subsistencia por circunstancias ajenas a su voluntad"⁵². Algunos de los instrumentos internacionales antes citados han sido recordados por dicha doctrina, con estricta referencia al derecho a un nivel de vida adecuado, tal como lo refleja un importantísimo trabajo de la Pontificia Comisión *Iustitia et Pax*, que será objeto de

⁵⁰ *Convention des Droits de l'Homme et des Libertés de la Communauté d'États Independants et Status de la Commission des Droits de l'Homme de la Communauté d'États Independants*, Consejo de Europa, junio 1995, H (95) 7. Sobre dicha Comunidad v.: **BELAIEV, Sergei**, "The Legal and Institutional System of Regional Cooperation in the Post-Soviet Space: Fictions and Realities", en *Journal of Constitutional Law in Eastern and Central Europe*, 1998, n° 1, p. 1 y sigs.

⁵¹ Hemos tomado el texto de la versión italiana "Carta Asiatica dei diritti dell'uomo", publicada en *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, Milán, Universidad Católica del Sagrado Corazón, 1999, n° 3, p. 772 y sigs. -la cita corresponde al párr. 3.2, p. 778.

⁵² **Juan XXIII**, *Pacem in terris*, parte I, y sus citas.

reiteradas citas en estas páginas⁵³.

El derecho a un nivel de vida adecuado, por otro lado, se encuentra enunciado en numerosas Constituciones de los Estados, de manera directa (v.gr. Japón, art. 25; Holanda, art. 20; Armenia, art. 31; Azerbaijan, art. 16; y Georgia, art. 32) o indirecta (v.gr. por medio de las condiciones salariales: Andorra, art. 29; Croacia, art. 55; y Hungría, art. 16), o mediante la mención de todos o algunos de los derechos que lo componen (v.gr. Sudáfrica, arts. 27 y 28). En todo caso, dichos enunciados, tal como ocurre con los de los instrumentos internacionales y regionales, deben cruzarse con las prescripciones relativas a determinados grupos (p. ej. menores, mujeres, personas con discapacidad, ancianos...) o a temáticas conexas (p.ej. seguridad social, salud...).

La Constitución belga dispone que toda persona tiene derecho "a llevar un vida conforme con la dignidad humana" (art. 23), incluyendo el derecho a una vivienda digna (art. 23.2).

Otras Constituciones contemplan supuestos particulares: la de Holanda dispone que los holandeses residentes en Holanda, que no puedan subvenir a sus necesidades tienen un derecho, a ser regulado por la ley, a la asistencia de los poderes públicos (art. 20.3), no si antes prever que estos poderes asegurarán los medios de subsistencia de la población y el reparto de la riqueza (art. 20.1).

"Toda persona inepta para el trabajo y desprovista de medios de existencia necesarios tiene derecho al mantenimiento y a la asistencia social", reza la Constitución italiana (art. 38).

La Constitución Argentina, además de haber dado jerarquía constitucional, en 1994, a varios de los textos universales e interamericanos que ya fueron citados (art. 75.22), dispone que la ley establecerá, en especial, "... el acceso a una vivienda digna" (art. 14 bis). Comunican con el derecho a un nivel de vida adecuado, a su turno, los derechos a: "retribución justa", "salario mínimo vital móvil", "seguridad social... integral", "seguro social", "jubilaciones y pensiones móviles" (ídem); "ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano..." (art. 41), además de los derechos de los consumidores y usuarios (art. 42), y del expeditivo marco procesal en defensa de los derechos reconocidos en la

⁵³ *¿Qué has hecho de tu hermano sin techo? La Iglesia ante la carencia de vivienda*. Documento de la Pontificia Comisión "Iustitia et Pax" con ocasión del Año Internacional de la Vivienda para las Personas sin Hogar, Buenos Aires, Ediciones Paulinas, 1988, p. 13, párr. 2.

Constitución, ley o tratado, por actos u omisiones de autoridades públicas o de particulares (art. 43). Todo ello enmarcado en la manda dirigida al Congreso de legislar y promover medidas de "acción positiva" que garanticen "la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad", y de dictar un "régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo... y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia (art. 75.23). Súmanse a esto no ya una sino dos cláusulas del progreso general del país (art. 75.18 y 19), y el principio de justicia social sobre el que volveremos más adelante (10.7).

La Constitución Federal de Suiza no contiene explícitamente un derecho a condiciones mínimas de existencia; empero, la jurisprudencia del Tribunal Federal de ese país no sólo ha reconocido, en diversas oportunidades, derechos constitucionales no escritos, sino que, asimismo, ha juzgado que entre éstos se encuentra el derecho a condiciones mínimas de existencia. Por ende, juzgó que, estando satisfechas las condiciones para requerirlo, debía reconocerse judicialmente el mencionado derecho que, por otro lado, podía ser invocado tanto por los ciudadanos suizos como por los extranjeros⁵⁴.

La Corte Administrativa Federal de Alemania ha admitido la existencia de un derecho a la asistencia social a fin de garantizar un mínimo de medios de existencia. Por su lado, la Corte Constitucional Federal de dicho país, aun cuando ha dejado la citada cuestión en suspenso, tiene juzgado que es inconstitucional que la parte no imponible de un ingreso familiar resulte inferior a la suma que una familia tiene derecho a recibir con arreglo a la ley de asistencia social. Aun cuando el argumento reposa esencialmente sobre consideraciones acerca de la igualdad, demuestra que la Corte evolucionó hacia la afirmación de una protección de un mínimo de medios de existencia⁵⁵. Determinada doctrina germana, a su vez, se inclina por el reconocimiento del derecho a un nivel mínimo de subsistencia derivado de los derechos a la dignidad humana (Constitución, art. 1) y a la integridad física (ídem, art.

⁵⁴ Sentencia del 27-10-1995, *V. contre Commune X. et Conseil exécutif du canton de Berne*, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Consejo de Europa, 1996, 1, p. 117.

⁵⁵ **WALTER, Christian**, "La dignité humaine en Droit constitutionnel allemand", en *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine* (Acta del Seminario UniDem, Montpellier, 2/6-7-1998), Comisión de Venecia, Consejo de Europa, 1999, p. 31.

2), interpretados a la luz del principio del Estado social⁵⁶.

En la perspectiva de la doctrina de la Corte Constitucional Federal de Alemania enunciada en 1975, la tónica en la materia resulta puesta en los deberes del Estado social y la dignidad de las personas: "Ciertamente, la asistencia social a los necesitados de ayuda es uno de los deberes obvios del Estado social. Necesariamente, esto incluye la asistencia social a los conciudadanos que, a raíz de dolencias físicas o mentales, están impedidos de desarrollarse personal y socialmente y no pueden asumir por sí mismos su subsistencia. En todo caso, la comunidad estatal tiene que asegurarles las condiciones mínimas para una existencia digna"⁵⁷. Por ello, agrega R. Alexy, puede decirse que existe, por lo menos, un derecho social fundamental tácito, es decir, basado en una norma adscripta interpretativamente a las disposiciones de derechos fundamentales⁵⁸.

De su lado, el Consejo Constitucional francés ha entendido que surge del Preámbulo de la Constitución de 1946 que la salvaguarda de la dignidad de la persona humana contra toda forma de degradación es un "principio de valor constitucional", y que la posibilidad para toda persona de disponer de una vivienda decente es un "objetivo de valor constitucional"⁵⁹. No obstante las reflexiones a que ha dado lugar esta última consideración⁶⁰, se ha sostenido que no es un impedimento para que la garantía a una vivienda decente constituya una verdadera obligación para los poderes públicos⁶¹.

⁵⁶ V. **LIEBENBERG, Sandra**, "The Protection of Economics and Social Rights in Domestic Legal Systems", en *Economic, Social and Cultural Rights* (EIDE, A.; KRAUSE, C. y ROSAS, A., eds.), Dordrecht/Boston/Londres, M. Nijhoff, 2001, pp. 74.

⁵⁷ *BverfGE* 40, 121 (133), cit. por **ALEXY, Robert**, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 422.

⁵⁸ **ALEXY, Robert**, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 422/423.

⁵⁹ Decisión n° 94-359 DC del 19-1-1995, *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 1995*, París, Dalloz, p. 177, párr. 6/7. El Consejo Constitucional, el 29-5-1990, había sostenido, de manera un tanto ambigua, que promover la vivienda de personas desventajadas respondía a una "exigencia de interés nacional" -n° 90-274 DC. En todo caso, para la tensión entre el mencionado "objetivo de valor constitucional" y el derecho de propiedad, v. la decisión del Consejo Constitucional n° 98-403 DC, 29-7-1998.

⁶⁰ V. entre otros: **PAPAEFTHYMIU, Sophie**, "De l'inegalité devant le loi. La décision du Conseil constitutionnel relative au logement décent au prisme de la théorie du droit", en *Revue Française des Affaires Sociales*, París, La documentation Française, 1998, n° 4, p. 57 y sigs.

⁶¹ **LAFORE, Robert**, "Le droit au logement", en *Droits et Libertés en Grand-Bretagne et en France* (DUBOURG-LAVROFF, S. y DUPRAT, J.P., eds.), París/Montreal, L'Harmattan, 1999, p. 173.

Es de anticipar, para apreciar debidamente estos precedentes y otros análogos que más adelante examinaremos, que el derecho a un nivel de vida adecuado no se confunde con el derecho a condiciones mínimas de existencia sino que, en todo caso, lo trasciende y supera.

3. CONTENIDO DEL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO

La variedad de instrumentos internacionales que hemos mencionado, y cuya relevancia jurídica no es menos dispar, pone en evidencia que resulta arduo dar una definición precisa del derecho a un nivel de vida adecuado. Sin embargo, dicha variedad permite advertir que nos hallamos ante un derecho de contenido amplio. Por un lado, son mencionados como sus partes integrantes: la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, la vivienda, el vestido, la asistencia médica y los servicios sociales. Al mismo tiempo, son precisados algunos aspectos puntuales como la electricidad y el agua, los transportes y las comunicaciones. Especial hincapié es hecho respecto de las prioridades y la atención preferente que merecen determinados grupos, v.gr., los pobres, las mujeres, los niños, los migrantes, los ancianos, las personas con discapacidad, los indígenas... No están ausentes ciertas situaciones, como la de los conflictos armados incluso de carácter no internacional. El nivel de vida es encarado, v.gr., para los niños, en relación al desarrollo mental, espiritual, moral y social. También se subraya que se trata de un derecho a una mejora continua de las condiciones de existencia. La protección contra el hambre es marcadamente enunciada y exigida.

Los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, v.gr., ponen en claro que el concepto de nivel de vida adecuado fue entendido en un sentido amplio y general. Los Estados mostraron una gran reluctancia a definir este derecho de manera detallada con base en que, *inter alia*, se trataba de una expresión cuyo significado estaba generalmente entendido⁶².

En tal sentido, resulta indudable que la alimentación, el vestido y la vivienda, si bien ocupan una plaza central en el art. 11.1 del Pacto citado, no resultan más que

⁶²CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 301/302.

ejemplificaciones del contenido integral del derecho a un nivel de vida adecuado. Dicha tríada está introducida bajo la expresión "incluso...".

Por otro lado, surge expresamente del mencionado Pacto, e implícitamente de otros instrumentos, que el calificativo de adecuado es propio del género y de todas y cada una de sus especies individualmente consideradas: vivienda "adecuada", alimentación "adecuada", vestido "adecuado"...

La amplitud conceptual de la que venimos hablando resulta de particular interés pues posibilita que, por su intermedio, queden comprendidos en la esfera de protección del derecho a un nivel de vida adecuado, diversos aspectos que podrían ser considerados como no contenidos en el enunciado de otros derechos.

A su vez, el derecho a un nivel de vida adecuado, según lo dicho al comienzo, obra fuertemente como elemento esclarecedor del sentido y extensión que corresponda dar a distintos derechos humanos, como, v.gr., el relativo a la cuantía del salario, toda vez que éste debe asegurar "condiciones de existencia dignas" para el trabajador y para su familia (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 7.a.ii).

Dice bien A. Eide cuando sostiene que el derecho a un nivel de vida adecuado es el corazón o núcleo de los derechos sociales⁶³.

La integración del derecho a la salud con el derecho a un nivel de vida adecuado se encuentra claramente establecida en el art. 25.1 de la Declaración Universal, y en el art. XI de la Declaración Americana, entre otros instrumentos internacionales⁶⁴.

La regular concurrencia o superposición del conjunto de los aludidos instrumentos de derechos humanos produce, a su turno, una suerte de sinergia. De esta manera, en los supuestos de "doble protección" (o más) de un derecho humano, las Cortes o los órganos de aplicación en general, no deberían elegir un sistema y rechazar el otro, sino combinarlos todos en orden a reconstruir globalmente los derechos de los que la persona es titular. El problema, en dichos casos, no es la determinación de cuál protección debe prevalecer, sino el de armonizar los estándares de protección que pueden ser aplicados de manera

⁶³ EIDE, Asbjørn, "Freedom from Want: Taking Economic and Social Rights Seriously", en *Reflections on The Universal Declaration of Human Rights. A Fiftieth Anniversary Anthology*, La Haya/Boston/Londres, M. Nijhoff, 1998, p. 122, con referencia al art. 25 de la Declaración Universal.

⁶⁴ V. VAN BUEREN, Geraldine, *The International Law on the Rights of the Child*, La Haya/Boston/Londres, M. Nijhoff, 1998, p. 317 y notas 163 y 164.

acumulativa⁶⁵.

En este trabajo, por lo que hemos anticipado, nos detendremos en el derecho a la alimentación y a la vivienda, por tomar sólo a los derivados más significativos del derecho a un nivel de vida adecuado, pero bajo la inteligencia de que la satisfacción de éste requiere, además, la disposición de otros bienes.

Mas, dichos requerimientos no pueden ser establecidos en términos generales, pues dependen de las condiciones "culturales" de cada sociedad. El punto esencial es que cada persona esté en condiciones, sin vergüenza o humillación, y sin obstáculos irrazonables, de ser una participante plena en la interacción cotidiana con los otros. Y ello significa, *inter alia*, que debe tener la aptitud de gozar de la satisfacción de sus necesidades básicas en condiciones de dignidad. Nadie debe vivir en condiciones bajo las cuales la única forma de cubrir dichas necesidades implique su degradación o la privación de sus libertades básicas⁶⁶.

Mínimamente y en términos materiales, el derecho a un nivel de vida adecuado implica una vida por encima del umbral de pobreza⁶⁷.

Estos dos últimos párrafos refuerzan lo que adelantáramos en el punto 1 en cuanto a que no se trata de que la persona disponga de determinados bienes, sino de que pueda acceder a éstos dignamente.

En sus observaciones finales a los informes de los Estados Partes, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha tomado en cuenta el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, v.gr., al hacer referencia a los porcentajes de la población que vive en la pobreza⁶⁸; a la población que padece de

⁶⁵ V. **SCOVAZZI, Tullio**, "The Application by Italian Courts of Human Rights Treaty Law", en *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (CONFORTI, B., y FRANCIANI, F., eds.), La Haya/Boston/ Londres, M. Nijhoff, 1997, p. 65 y sigs.

⁶⁶ **EIDE, Asbjørn**, "The Right to an Adequate Standard of Living Including the Right to Food", en *Economic, Social and Cultural Rights* (EIDE, A.; KRAUSE, C. y ROSAS, A., eds.), Dordrecht/Boston/Londres, M. Nijhoff, 2001, p. 133.

⁶⁷ Idem nota anterior, p. 133; que agrega el punto de vista del Banco Mundial según el cual el umbral de pobreza comprende dos elementos: los gastos necesarios para adquirir un nivel mínimo de nutrición y otras necesidades básicas, y una suma más, que varía según los países, y que refleja el costo de la participación cotidiana en la vida social -pp. 133/134.

⁶⁸ V.gr.: *Observaciones finales al informe inicial de Sri Lanka*, 13-5-1998, E/C.12/1/Add.24, 16-6-1998, párr. 15, con mención del 22% de la población; *Observaciones finales al tercer informe periódico de Polonia*, 14-5-1998, E/C.12/1/Add.26, 16-6-1998, párr. 16; *Observaciones finales al informe inicial de Suiza*,

malnutrición, especialmente mujeres y niños⁶⁹; a la escasez de viviendas adecuadas⁷⁰; a la situación de las personas sin hogar⁷¹ y a los desalojos forzosos⁷². También aludió a las "condiciones de vida" de los solicitantes de asilo⁷³, y a la discriminación en materia de uso de la tierra y acceso a la vivienda⁷⁴.

Lo dicho respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a su vez, es válidamente extensible a la interpretación y aplicación de otros instrumentos internacionales pues, cabe insistir, el hincapié que hacemos en aquél no resta valor e importancia a estos últimos.

Observamos, por otro lado, que el derecho a un vestido adecuado no parece haber sido objeto de estudios comparables con los desarrollados respecto de la alimentación y vivienda adecuadas. Con todo, podríamos señalar que los datos de mayor interés que deben proporcionar los Estados en sus informes relativos al Pacto anteriormente citado, deberían hacer referencia a si existe un número significativo de personas que no tienen acceso a la vestimenta no sólo para sobrevivir, sino como parte del goce de un adecuado nivel de vida⁷⁵. Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales advirtió, en su Observación General 5, los especiales requerimientos que la ropa adecuada exhibe en cuanto a las personas con discapacidad (párr. 33).

3-12-1998, E/C.12/1/Add.30, 7-12-1998, párr. 12, con mención del caso de las mujeres; y *Observaciones finales al segundo informe periódico de Islandia*, 7-5-1999, E/C.12/1/Add.32, 12-5-1999, párr. 16, con referencia al 10% de la población.

⁶⁹ V.gr.: *Observaciones finales al informe inicial de Sri Lanka*, 13-5-1998, E/C.12/1/Add.24, 16-6-1998, párr. 15.

⁷⁰ Idem nota anterior.

⁷¹ V.gr.: *Observaciones finales al segundo informe periódico de los Países Bajos. Antillas Neerlandesas*, 15-5-1998, E/C.12/1/Add.25, 16-6-1998, párr. 54; *Observaciones finales al tercer informe periódico de Polonia*, 14-5-1998, E/C.12/1/Add.26, 16-6-1998, párr. 16; y *Observaciones finales al tercer informe periódico de Alemania*, 2-12-1998, E/C.12/1/Add.29, 4-12-1998, párr. 24.

⁷² *Observaciones finales al segundo informe periódico de los Países Bajos. Antillas Neerlandesas*, 15-5-1998, E/C.12/1/Add.25, 16-6-1998, párr. 54; y *Observaciones finales al tercer informe periódico de Polonia*, 14-5-1998, E/C.12/1/Add.26, 16-6-1998, párr. 16.

⁷³ V.gr.: *Observaciones finales al segundo informe periódico de los Países Bajos (parte europea del Reino)*, 15-5-1998, E/C.12/1/Add.25, 16-6-1998, párr. 18.

⁷⁴ V.gr.: *Observaciones finales al informe inicial de Israel*, 2-12-1998, E/C.12/1/Add.27, 4-12-1998, párrafos 21 y sigs., respecto de la población palestina; y *Observaciones finales al tercer informe periódico de Alemania*, 2-12-1998, E/C.12/1/Add.29, 4-12-1998, párr. 18, respecto de los gitanos.

⁷⁵ **ALSTON, Philip**, "The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", en *Manual on Human Rights Reporting*, Ginebra, Naciones Unidas, 1997, p. 135.

4. EL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO Y EL DERECHO DE PROPIEDAD Y A LA PROPIEDAD

El derecho de propiedad es un ámbito que espera mayores estudios relativos a su vinculación con el derecho a un nivel de vida adecuado. Esto es así, habida cuenta de los pasos que pueden darse, y algunos han sido dados ya, para extender el mentado derecho a diversos beneficios de la seguridad social, llamada la "nueva propiedad"⁷⁶.

La determinación de haberes jubilatorios o de pensión insuficientes "para obtener los medios de subsistencia", que agrede habitualmente a personas singularmente vulnerables (ancianos, personas con discapacidad...), configuraría una violencia contra el derecho a la seguridad social previsto, p.ej., en el art. XVI de la Declaración Americana y del cual hemos tomado el pasaje entrecomillado, que, por ende, sería invocable ante el sistema de protección interamericano por vía del art. 26 de la Convención Americana (v. **10.1**). Pero, en la perspectiva del párrafo anterior, sería del caso investigar si, al par, no se estaría produciendo otra violencia, dirigida ahora contra el derecho de propiedad previsto en el art. 21 de dicha Convención. En análogos términos podríamos discurrir en el supuesto de inexistencia o montos insuficientes del seguro de desempleo, también previsto en el art. XVI cit., entre otros muchos textos internacionales de derechos humanos.

La vinculación de las situaciones enunciadas con el art. 21 cit. adquiriría incluso mayor consistencia si se tratara, v.gr., de la disminución de las mentadas prestaciones, o de la postergación de su pago, al menos cuando ello no se vinculara con el interés social o la utilidad pública, que precisamente estarían ausentes si la aludida reducción recayese sobre montos que ya por sí mismos no satisfacían las necesidades a las que debían atender.

Mas, esta cuestión es susceptible de ser llevada a una mayor profundidad.

C. Krause señala, acertadamente, que el derecho "de" propiedad registra una tendencia a moverse hacia lo que ha sido llamado derecho "a" la propiedad, hacia un real derecho "de" propiedad⁷⁷.

⁷⁶ **KRAUSE, Catarina**, "The Right to Property", en *Economic, Social and Cultural Rights* (EIDE, A.; KRAUSE, C. y ROSAS, A., eds.), Dordrecht/Boston/Londres, M. Nijhoff, 2001, p. 204.

⁷⁷ Idem nota anterior, p. 209.

Sin embargo, agregaríamos, para el ámbito interamericano no se trataría tanto de una tendencia, sino de una clara consagración, y que ya cumplió su medio siglo de vida.

En este sentido, corresponde leer con detenimiento el art. XXIII de la Declaración Americana, de 1948, sobre todo cuando su intitulado "Derecho de propiedad" no parece del todo apropiado o suficiente. Dice la citada norma: "Toda persona tiene derecho *a* la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar". La *itálica* que hemos agregado no tiene otro propósito que poner la tónica sobre que, cualesquiera sean las interpretaciones sobre el derecho *de* propiedad a partir del enunciado transcrito, es evidente que el sentido pleno y central de este último se encuentra en el derecho *a* la propiedad ¿Y a la propiedad de qué bienes? Pues, precisamente de los correspondientes a las necesidades de una vida decorosa, de los que contribuyen a mantener la dignidad de la persona y el hogar. En suma, no creemos equivocarnos si decimos que todo ello traduce el derecho a la propiedad de los bienes que hacen a un nivel de vida adecuado.

Numerosas son las consecuencias que se desprenden del citado art. XXIII en la perspectiva indicada, siendo la principal que los bienes necesarios para una vida digna deben ser gozados por las personas en tanto que propietarias de aquéllos.

Tomemos como ejemplo, dentro del abanico que abre el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho que ofrecería los mayores problemas a nuestros propósitos, esto es, el derecho a una vivienda adecuada. Diríamos, en tal hipótesis, que incluso dando a la obligación del Estado de realizar el derecho a la vivienda el margen más amplio de "progresividad" posible, la actividad de aquél debe estar marcada, ineludiblemente, por el objetivo de que las personas necesitadas puedan ser propietarias de una vivienda.

Asimismo, la óptica que exige el citado art. XXIII determina, como mínimo, que las situaciones y soluciones temporarias que se vayan produciendo durante el seguimiento del rumbo indicado, sean evaluadas y, llegado el caso, juzgadas, al amparo de los principios y reglas que resulten más aproximados a los que rodean al derecho de propiedad.

Este enfoque muestra sus virtualidades en un supuesto que más adelante estudiaremos: los desalojos que conducen a que los huesos de muchas personas, de familias enteras, no vayan a dar más que con la calle.

No se trata, por lo pronto, de tutelar el derecho *a* la propiedad mediante la violación del derecho *de* propiedad del legítimo titular de un inmueble. No, por cierto. Pero sí es asunto de afirmar que el ocupante "ilegítimo" es también un "legítimo" titular *del* derecho

a una vivienda y a la propiedad de una vivienda.

Estas consideraciones no podrían dejar de llevar al legislador a la búsqueda incesante de equilibrios y balances entre los aludidos derechos en tensión. Decimos bien: derechos, en plural. Es este el dato jurídicamente sensible y que el párrafo anterior pretende recuperar. La ley, aclaremos, puede subordinar el uso y goce del derecho *de* propiedad al "interés social", según el art. 21.1 de la Convención Americana. Las *Directrices* piden que los Estados proporcionen información acerca de las "medidas legislativas que confieran título legal a quienes vivan en el sector 'ilegal'" (párr. 44.c.x)⁷⁸.

Estas consideraciones alcanzan de pleno al juez, causa mediante, cuyo deber es dar a cada uno lo suyo, lo que no es, ni más ni menos, que dar a cada uno su derecho. Después de todo, en el decir de Benjamín N. Cardozo, "en el esfuerzo de reconciliar lo irreconciliable radica la esencia de la función judicial".

Los Gobiernos deberían garantizar un título que asegure la tenencia a todos los habitantes que carecen de esa protección⁷⁹.

Pero con lo expuesto, también hemos dado con el quicio del deber de toda persona "de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad" (Declaración Americana, art. XXIX), con el deber de toda persona de comportarse "fraternalmente" con el otro (Declaración Universal, art. 1).

La función social de la propiedad, y algunos aspectos de la prohibición del abuso del derecho, encuentran su fundamento, entre otras muchas circunstancias, en que todos, pero preferentemente los más desposeídos, tienen derecho a los bienes que contribuyen "a mantener la dignidad de la persona y del hogar", por volver a citar el art. XXIII de la Declaración Americana.

Debe ser tenido muy presente que una de las ideas que llevaron a la inclusión, en la Declaración Universal, de los derechos económicos y sociales, provenía de las llamadas "Cuatro Libertades" enunciadas por Franklin D. Roosevelt, en 1941. Y, en tal sentido, dicho

⁷⁸ Llamaremos *Directrices* a las pautas elaboradas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a fin de facilitar a los Estados la preparación de los informes que deben presentar en cumplimiento del art 16 y conchs. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que pueden consultarse en HRI/GEN/2, 14-4-2000. Las citas de las *Directrices* se ajustarán a este documento.

⁷⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales al Informe de la República Dominicana*, 8-12-1994, en *Revista IIDH*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995, n° 21, p. 396, párr. 328.

Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica había tenido muy en cuenta, al respecto, la lucha contra la insensibilidad o dureza económica del llamado *laissez-faire*, que había conducido a la "gran depresión" y, a su turno, alimentado la emergencia y el llamado al autoritarismo nacionalista⁸⁰.

5. CARACTERES GENERALES

Los caracteres generales del derecho a un nivel de vida suficiente pueden aislarse a partir de las consideraciones de las que ha sido objeto este derecho en sí mismo, cuanto de las concernientes a los derechos que de él dimanen en la medida, por cierto, en que pueda comprobarse que estas últimas no resultan más que reflejos o consecuencias de las primeras.

La particular importancia del derecho a un nivel de vida adecuado, y el carácter generalmente inatendible de los argumentos que suelen invocarse para pretender justificar la inobservancia de su plena realización, se ven puestos de manifiesto, quizás, en el hecho de que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales haya elaborado tres observaciones generales que se vinculan expresamente con aspectos precisos del mentado derecho, a saber, Observación General 4, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, del 13 diciembre de 1991 (en adelante Observación General 4); Observación General 7, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos*, del 20 de mayo de 1997 (en adelante Observación General 7); y la Observación General 12, *El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)*, del 12 mayo de 1999 (en adelante Observación General 12)⁸¹.

La consulta de dichas Observaciones proporciona valiosa información sobre los

⁸⁰ EIDE, Asbjørn, "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", en *Economic, Social and Cultural Rights* (EIDE, A.; KRAUSE, C. y ROSAS, A., eds.), Dordrecht/Boston/Londres, M. Nijhoff, 2001, p. 15.

⁸¹ E/1991/23, E/C.12/1997/4 y E/C.12/1999/5, respectivamente. Las restantes *Observaciones Generales* dictadas por el citado Comité, hasta el presente, atañen a la presentación de informes por los Estados Partes (nº 1), a las medidas internacionales de asistencia técnica (nº 2), a la índole de las obligaciones de los Estados Partes (nº 3), a las personas con discapacidad (nº 5), a los derechos de las personas mayores (nº 6), a las sanciones económicas (nº 8), a la aplicación interna del Pacto (nº 9), a la función de las instituciones nacionales de derechos humanos (nº 10), a la enseñanza y educación (nros. 11 y 13), y al derecho a la salud (nº 14). Por cierto que otros Comités de derechos humanos de las Naciones Unidas también han expedido documentos de naturaleza análoga.

mencionados caracteres generales, que se suman a los elementos de ilustración de otra procedencia. Téngase en cuenta que, p.ej., haciendo mención de la Observación General 12, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos ha expresado, hace muy poco tiempo, que "ahora" la comunidad internacional tiene "una definición autorizada" de los derechos relativos a la alimentación establecidos en el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸².

Dichas Observaciones Generales también son de importancia para advertir la íntima correspondencia que media entre el derecho a la alimentación y el derecho a una vivienda adecuadas.

Entendemos, por ende, que todo cuanto sigue inmediatamente, aun cuando esté tomado en buena parte de lo expresado respecto del derecho a la vivienda y del derecho a la alimentación, es predicable del derecho a un nivel de vida adecuado, del cual, insistimos, los dos primeros no son otra cosa que sus manifestaciones más salientes.

Por lo demás, en las citadas Observaciones Generales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tomó muy especialmente en cuenta una larga serie de documentos, informes y antecedentes en general, de los más destacados organismos, reuniones y conferencias de las Naciones Unidas y de otro origen (v. Observación General 4, párrafos 2, 3, 4, 7, 10 y 15, y Observación General 12, párrafos 2, 3, 15, 30, 36, 38 y 40). Por cierto que añadiremos a este material, el proporcionado por otras fuentes.

El derecho a un nivel de vida adecuado, entonces:

a. Pertenece a "toda persona", tal como lo disponen los diferentes textos que lo enuncian (asimismo: Observación General 4, párr. 1, y Observación General 12, párr. 1).

b. La referencia "para sí y su familia" no entraña ninguna limitación en cuanto a la aplicabilidad a los individuos, o a los hogares dirigidos por una mujer (Observación General 12, párr. 1, y Observación General 4, párr. 6). El concepto de familia debe entenderse en un sentido lato (Observación General 4, párr. 6). Dicha referencia a la familia, si del Pacto

⁸² *El derecho a la alimentación. Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos presentado de conformidad con la resolución 1999/24 de la Comisión*, E/CN.4/2000/48, 13-1-2000, p. 14. La Observación General 12 también fue bienvenida por la Sub Comisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos -Resolución 1999/12, *The right to adequate food and to be free from hunger*, 25-8-1999, E/CN.4/SUB.2/RES/1999/12, 25-8-1999. Para determinados antecedentes de la citada Observación General, y propuestas formuladas cuando se encontraba en estado de proyecto, v. *The Right to food. Report of the High Commissioner for Human Rights*, E/CN.4/1999/45, 20-1-1999.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se trata, fue introducida en el art. 11.1 a partir de una enmienda también propuesta por países de América Latina: El Salvador, República Dominicana y Ecuador⁸³.

c. Está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente a la persona humana (Observación General 12, párr. 4, y Observación General 4, párr. 7). "La extrema pobreza y la exclusión social constituyen una violación de la dignidad humana", tiene dicho la Comisión Interamericana con cita de la Declaración y Programa de Acción adoptados por la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos⁸⁴.

d. Resulta inseparable, también, de la justicia social (Observación General 12, párr. 4), tal como también lo sostiene la Comisión de Derechos Humanos⁸⁵. La justicia social forma parte de nuestra Constitución Nacional desde sus orígenes⁸⁶, y se encuentra hoy mencionada explícitamente en su art. 75.19, fruto de la reforma de 1994⁸⁷. La Iglesia "sabe que, buscando y recorriendo el camino de la justicia social y venciendo los egoísmos, se puede avanzar eficazmente hacia la solución de la crisis de la vivienda"⁸⁸.

"Las excesivas desigualdades económicas y sociales entre los miembros o pueblos de una misma familia humana dan motivo de escándalo y contradicen la justicia social, la equidad, la dignidad de la persona humana y hasta la paz social e internacional"⁸⁹.

e. Es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos (Observación General 12, párr. 4), cuando no de "todos" los derechos humanos (Observación General 4, párr. 1), tal como con insistencia también lo señala la Comisión Interamericana⁹⁰. La relación con el derecho a la salud ha sido recientemente reiterada por el Comité en su

⁸³ CRAVEN, Matthew, *The International Covenant...*, cit. en nota 62, p. 293.

⁸⁴ Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador (OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1, 24-4-1997), Washington, CIDH, 1997, p. 25. Asimismo, *Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Perú* (OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 59 rev., 2-6-2000), Washington, CIDH, 2000, p. 171.

⁸⁵ Resolución 2000/10. *The right to food*, 17-4-2000, E/CN.4/RES/2000/10, 17-4-2000, párr. 8.

⁸⁶ Corte Suprema, *Berçaitz, Miguel Angel s/ jubilación*, sentencia del 13-9-1974, *Fallos*: 289:430.

⁸⁷ Sobre la justicia social v. **10.7**.

⁸⁸ V. *¿Qué has hecho de tu hermano sin techo?...*, cit. en nota 53, p. 11.

⁸⁹ Concilio Vaticano II, *Gaudium et spes*, párr. 29.

⁹⁰ V.gr. Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador (OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1, 24-4-1997), Washington, CIDH, 1997, p. 24; e *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia* (OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9 rev. 1, 26-2-1999), Washington, CIDH, 1999, p. 73. V. asimismo los textos correspondientes a las notas 2 y 3.

Observación General 14 (párrafos 3, 11 y 43)⁹¹ y es de señalamiento constante por parte de la Comisión Interamericana⁹². La Comisión de Derechos Humanos ha encarecido la profundización de los estudios sobre el nexo del derecho en juego con los derechos humanos en general⁹³.

f. No debe ser interpretado de manera "estrecha" o "restrictiva" (Observación General 4, párr. 7, y Observación General 12, párr. 6).

g. Tiene un contenido básico inderogable, así como también lo tienen cada uno de los derechos que lo componen (Observación General 4, párr. 8, y Observación General 12, párr. 8).

h. El principio de igualdad y de no discriminación no admite excepciones y su inobservancia constituye una violación de compromisos internacionales, provengan las causas de la legislación o de los hechos (Observación General 12, párrafos 18 y 26 y Observación General 4, párrafos 6 y 7), conclusión a la que arriba, a su vez, la Comisión Interamericana⁹⁴.

"Los principios reconocidos, entre otros, en los arts. 1 y 24 de la Convención Americana acerca de la no discriminación e igual protección ante la ley, se aplican también a los derechos económicos, sociales y culturales"⁹⁵.

i. No obstante lo antedicho, debe concederse prioridad y atención especial, inexcusablemente, a los segmentos particularmente empobrecidos de la población, a quienes viven en condiciones desfavorables (Observación General 4, párrafos 8.a, c, e, y f, y 11, y Observación General 12, párr. 13).

Las políticas y la legislación no deben estar destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás (Observación General 4, párr. 11). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "potencia" a los pobres y el

⁹¹ *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 11-8-2000, E/C.12/2000/4, CESCR.

⁹² V. **10.1**.

⁹³ Resolución 2001/28, *Adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living*, 20-4-2001, E/CN.4/RES/2001/28, 20-4-2001.

⁹⁴ *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador* (OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1, 24-4-1997), Washington, CIDH, 1997, p. 26.

⁹⁵ Comisión Interamericana, *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia* (OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9 rev. 1, 26-2-1999), Washington, CIDH, 1999, p. 72.

derecho a un nivel de vida adecuado reviste una importancia fundamental para éstos⁹⁶. En tal sentido, las *Directrices* son detallistas y requieren que los Estados proporcionen particular información relativa a "grupos especialmente vulnerables o en situación desventajosa"⁹⁷.

En este último sentido, se ha dado importancia a los impedimentos que sufren las personas con discapacidad y los ancianos (Observación General 12, párr. 13), circunstancia que se comunica especialmente con las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dirigidas a estos grupos particulares⁹⁸.

Mas, el vínculo especialmente destacable es el relacionado con las personas en situación de extrema pobreza⁹⁹. Esta última apreciación forma parte, asimismo, de diversos informes de la Comisión Interamericana¹⁰⁰.

La doctrina social cristiana habla, desde hace años, de la predilección por los pobres, los necesitados y los desprotegidos de la sociedad. Los más débiles, con quienes Cristo se mostró asociado íntimamente¹⁰¹.

j. La calificación de "adecuado" es propia de este derecho y de todos los derechos que de él derivan: no se trata, v.gr., del derecho a la vivienda o a la alimentación, expresados, por así decirlo, a secas, sino de la vivienda y alimentación "adecuadas" (Observación General 4, párr. 7, y Observación General 12, párr. 6).

⁹⁶Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración aprobada el 4 de mayo de 2001, E/C.12/2001/10, 10-5-2001, párrafos 10 y 14. El citado Comité advirtió, en tal sentido y respecto de los Países Bajos, que la política de ajuste adoptada por el Gobierno ha hecho descender el nivel de vida de los grupos de menores ingresos, no obstante haberse registrado un crecimiento económico -*Observaciones finales al segundo informe periódico de los Países Bajos. Parte europea del Reino*, 15-5-1998, E/C.12/1/Add.25, 16-6-1998, párr. 10, en las que se puntualiza, asimismo, que la reducción de los servicios y subsidios que el Estado proporcionaba ha tenido efectos negativos en materia de salarios, salud, seguridad social y educación.

⁹⁷V. gr., campesinos sin tierra y marginales, trabajadores y desempleados rurales y urbanos, trabajadores migrantes, pobres, migrantes, poblaciones indígenas, niños, ancianos, mujeres... -v. párrafos. 43 y 44.

⁹⁸Observación General 5, *Personas con discapacidad*, 9-12-1994, E/1995/22, párrafos 15 y 22; y Observación General 6, *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*, 8-12-1995, E/1996/22, párrafos 32 y 33; en adelante Observaciones Generales 5 y 6, respectivamente.

⁹⁹Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2001/28, *Adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living*, 20-4-2001, E/CN.4/RES/2001/28, 20-4-2001.

¹⁰⁰V. gr.: *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador* (OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1, 24-4-1997), Washington, CIDH, 1997, pp. 24/26.

¹⁰¹V. *San Mateo*, 25, 34-45. Concilio Vaticano II, *Christus dominus*, párr. 13, y *Presbyterorum Ordinis*, párr. 6.

k. El carácter anteriormente entrecomillado sirve para subrayar una serie de factores a considerar, p.ej., sociales, económicos, culturales, climatológicos y ecológicos. Empero, siempre es posible identificar algunos aspectos que deben ser tenidos en cuenta en cualquier contexto determinado (Observación General 4, párr. 8, y Observación General 12, párrafos 7 y 8).

l. Los gastos que exija al individuo la satisfacción de uno de los derechos componentes del nivel de vida adecuado habrán de tener una cuantía que no impida o comprometa el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas (Observación General 4, párr. 8.c, y Observación General 12, párr. 13; v. *Directrices*, párr. 44.b.v).

m. Debe ser gozado en un marco de "seguridad" sobre su realización presente y futura (Observación General 4, párrafos 7 y 8.a; Observación General 7, párr. 1; Observación General 12, párrafos 7 y 15). La obligación del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales "exige como mínimo que la vigencia y acceso a los mismos no se reduzca con el transcurso del tiempo", en palabras de la Comisión Interamericana¹⁰².

n. Los Estados tienen la obligación básica de adoptar medidas para la realización del derecho a un nivel de vida adecuado incluso en caso de desastre natural o de otra índole (Observación General 12, párr. 6).

Las limitaciones graves de recursos causadas por procesos de ajuste económico, por la recesión económica, por condiciones climáticas u otros factores, requieren medidas estatales tendientes a garantizar el derecho especialmente en los grupos de población e individuos vulnerables, que son más pertinentes en tiempos de contracción económica (Observación General 4, párr. 11, y Observación General 12, párr. 28).

En todo caso, existen medidas que los Estados deben arbitrar de inmediato y con carácter prioritario (Observación General 4, párrafos 8.a, 10 y 13, y Observación General 12, párrafos 16 y 17)¹⁰³.

ñ. Los medios más adecuados para aplicar este derecho variarán inevitablemente y de modo considerable de un Estado a otro, de manera que cada uno de éstos tiene un margen

¹⁰² *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia* (OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9 rev. 1, 26-2-1999), Washington, CIDH, 1999, p. 70.

¹⁰³ En sentido análogo, Comisión Interamericana, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador* (OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1, 24-4-1997), Washington, CIDH, 1997, pp. 25/27.

de elección para decidir sus propios enfoques. Pero ello no libera a dichos Estados de cumplir con los compromisos internacionales que han asumido (Observación General 12, párr. 21 -asimismo, párrafos 20 y 27).

o. La elaboración de las políticas del Estado requiere de la participación de los grupos y personas involucrados o la participación popular (Observación General 4, párr. 12, y Observación General 12, párr. 23), tal como también lo ha puntualizado la Comisión de Derechos Humanos¹⁰⁴, y la Comisión Interamericana con cita de los arts. 23 y 24 de la Convención Americana¹⁰⁵.

p. La responsabilidad del Estado se extiende a la actividad de los actores no estatales, vale decir, a su falta de control sobre la actividad de los individuos o grupos que violen el derecho a un nivel de vida adecuado (Observación General 12, párrafos 19 y 27).

También dicha responsabilidad puede generarse por no tomar en cuenta el Estado sus obligaciones jurídicas internacionales al concertar acuerdos con otros Estados o con organizaciones internacionales (Observación General 12, párr. 19).

q. El orden interno debe prever medios judiciales para el control del derecho a un nivel de vida adecuado, cuya vigencia también depende de la "independencia de la magistratura" (Observación General 12, párrafos 23 y 29). Las víctimas deben tener derecho a recursos judiciales adecuados, o a otros recursos apropiados, y a una reparación adecuada que puede adoptar las formas de restitución, indemnización, compensación o garantías de no repetición. La incorporación de este derecho en el ordenamiento jurídico nacional pondrá a los tribunales en mejores condiciones de juzgar las violaciones (Observación General 4, párr. 17, y Observación General 12, párrafos 32 y 33).

r. La defensa de este derecho también debe formar parte del cometido de los defensores del pueblo y de las comisiones de derechos humanos, a quienes el Estado debe proteger y respetar en su labor (Observación General 12, párrafos 32 y 33)¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Resolución 2001/28, *Adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living*, 20-4-2001, E/CN.4/RES/2001/28, 20-4-2001.

¹⁰⁵ *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador* (OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1, 24-4-1997), Washington, CIDH, 1997, pp. 25/26.

¹⁰⁶ V. asimismo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 10, *La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales*, 10-12-1998, E/C.12/1998/25.

6. VASTEDAD DEL PROBLEMA

No sino con dolor puede registrarse la magnitud cuantitativa del problema que encierra la mayúscula negación en el plano mundial del derecho a un nivel de vida adecuado.

Según un reciente informe del Director General de la Organización Mundial de la Salud, 208 millones de personas se encuentran raquílicas y 49 millones están consumidas (*wasted*); más de 900 millones sufren de bocio (*goitre*), 16 millones se encuentran, en forma severa, retrasadas mentalmente, mientras 50 millones padecen de otras formas de daños cerebrales debido a la falta de iodina; 3 millones de niños enfrentan crecientes riesgos de infección, ceguera o muerte ante la carencia de vitamina A; la anemia y la falta de hierro afectan a más de 2.000 millones en todo el mundo; y 22 millones de niños y más de 100 millones de adultos resultan obesos y se hallan en situación de riesgo respecto de una amplia gama de enfermedades. Por otro lado, 170 millones de niños menores de cinco años deben considerarse que tienen un peso menor al normal, cuando no 200 millones¹⁰⁷.

La Comisión de Derechos Humanos, en fecha muy cercana, denunció la existencia de 826 millones de personas de todo el mundo, en su mayoría mujeres y niños, que no disponen de alimentos suficientes para satisfacer sus necesidades nutricionales básicas¹⁰⁸. El 96% de dicha población corresponde a los países llamados "en desarrollo"¹⁰⁹.

El ominoso panorama, por lo pronto, no parece en vías de mejora¹¹⁰. Una de las situaciones generales de derechos humanos más preocupantes en el hemisferio -dice la Comisión Interamericana en uno de sus recientes documentos- es la relacionada con la pobreza extrema que afecta "a un número cada vez mayor de personas"¹¹¹. La Corte

¹⁰⁷ *The right to adequate food and to be free from hunger. Updated study on the right to food, submitted by Mr. Asbjørn Eide in accordance with Sub-Commission decision 1998/106, E/CN.4/Sub.2/1999/12, 28-6-1999, párrafos 13 y 14.*

¹⁰⁸ Resolución 2001/25. *El derecho a la alimentación*, 20-4-2001, E/CN.4/RES/2001/25, 20-4-2001.

¹⁰⁹ *El derecho a la alimentación. Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos presentado de conformidad con la resolución 1999/24 de la Comisión*, E/CN.4/2000/48, 13-1-2000, p. 9.

¹¹⁰ Para 1997, la Comisión de Derechos Humanos había señalado que más de 800 millones de personas en el mundo, particularmente en los países en desarrollo, no tenían alimentos suficientes para cubrir sus necesidades básicas -Resolución 1997/8. *The Right to food*, E/CN.4/RES/1997/8, 3-4-1997.

¹¹¹ *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay* (OEA/Ser.L/V/II.110. Doc. 52, 9-3-2001), Washington, CIDH, 2001, p. 62, párr. 5.

Interamericana tampoco ha dejado de advertirlo¹¹².

En Argentina, la indigencia en los menores de 15 años habría aumentado seriamente desde 1995. En la Provincia de Buenos Aires, durante el último lustro, el índice de indigencia en la población menor de 15 años aumentó su incidencia significativamente: un 35%. La indigencia es la carencia extrema de ingresos: la de aquellos que no disponen de lo necesario para garantizar una dieta de sobrevida, que en promedio supone 42,59 pesos mensuales o 1,4 peso por día. Según proyecciones de la Encuesta Permanente de Hogares de octubre de 2000, los hogares que se encuentran bajo la línea de indigencia suman el 7% de la población urbana nacional, pero, dado que poseen un mayor número de niños, los menores de 15 años representan el 14,3% de la población total de menores de esa edad, y el 41% del total de la población indigente, que comprende a 3,77 millones de habitantes. En el nivel nacional, los niños indigentes son actualmente 1.618.171, de los cuales 242.726 tienen edades hasta 2 años, 420.724 tienen entre 3 y 6 años, y otros 954.721, entre 7 y 14 años¹¹³.

También en cuanto a nuestro país, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresó su preocupación por la salud de las mujeres embarazadas y, en especial, por la tasa de mortalidad materna relativamente alta¹¹⁴.

¿Será necesario repetir que todo este panorama desolador se sitúa en un planeta agobiado por la riqueza y que, según la FAO, en la fase actual de desarrollo de las fuerzas productivas agrícolas, la Tierra podría "alimentar normalmente" al doble de la población que hoy la habita?¹¹⁵.

Por otro lado, aproximadamente 100 millones de personas en el mundo carecen de "toda" habitación, mientras que más de 1.000 millones están sujetas a condiciones de

¹¹² Caso *Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la calle")*, sentencia del 19-11-1999, Serie C n° 63, voto concurrente de los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párr. 6.

¹¹³ Diario *La Nación*, 12-6-2001, pp. 1 y 12.

¹¹⁴ *Observaciones finales al segundo informe periódico de la República Argentina*, 8-12-1999, E/C.12/1/ Add.38, 8-12-1999, párr. 24 -el texto completo puede consultarse en *investigaciones* 3 (1999), pp. 758/761.

¹¹⁵ *Derecho a la alimentación. Informe preparado por el Sr. Jean Ziegler, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, de conformidad con la Resolución 200/10 de la Comisión de Derechos Humanos*, E/CN.4/2001/53, 7-2-2001, párr. 5, p. 6.

habitación y vida inseguras e inadecuadas¹¹⁶.

En este contexto pareciera obligado insistir en que el menoscabo del derecho a un nivel de vida adecuado se pone de manifiesto particularmente en el caso de las mujeres y de los niños¹¹⁷. Los Estados firmantes de la Convención de los Derechos del Niño, no obstante lo antedicho, han reconocido que son precisamente los niños que viven en "condiciones excepcionalmente difíciles" los que necesitan "especial consideración" (Preámbulo). En cuanto a la mujer, no es dudoso que dichos menoscabos, dirigidos a ésta en tanto que mujer, puedan ser calificados de verdaderos actos de "violencia"¹¹⁸.

7. EL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA

*"Y habitará mi pueblo en
albergue de paz, en
moradas seguras y en
posadas tranquilas"*
(Isaías, 32, 18).

En el punto 2 de este trabajo hemos podido ver que los textos internacionales de derechos humanos enuncian, entre los derechos a un nivel de vida suficiente, el derecho a una vivienda adecuada, que constituye, sin discusión, uno de los importantes elementos de

¹¹⁶ **SKOGLY, Sigrun**, *A Declaration on Extreme Poverty and Human Rights. A concept paper* (documento preparado para el Seminario de Derechos Humanos y Extrema Pobreza, Ginebra 7/9-2-2001, organizado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos), HR/GVA/POVERTY/SEM/2001/BP.2, p. 4.

¹¹⁷ Por citar sólo uno de los últimos documentos en la materia, v. Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2001/34. *Women's equal ownership of access to and control over land and the equal rights to own property and to equate housing*, 20-4-2001, E/CN.4/RES/2001/34. Asimismo: **SANTOS PAIS, Marta**, "The Convention on the Rights of the Child", en *Manual on Human Rights Reporting*, Ginebra, Naciones Unidas, 1997, p. 461.

¹¹⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 19, 1992, HRI/GEN/1/Rev.4, 7-2-2000, párrafos 6/7, p. 194.

aquél, tal como lo advierte P. Lambert¹¹⁹.

Y, al hilo de lo que también ya hemos señalado sobre que el derecho a un nivel de vida adecuado, corresponde señalar, en primer lugar, que el derecho a una vivienda adecuada no debe ser interpretado en un sentido restrictivo. De tal suerte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales advierte que no es dable equipararlo con "el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza", o considerarlo "como una comodidad". Se trata, más bien, del derecho "a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte" (Observación General 4, párr. 7).

Es así que ha sido sugerido a modo de definición del derecho a una vivienda adecuada, el derecho de toda mujer, hombre, joven y niño, a acceder y sostener una vivienda en la cual vivir, en comunidad, con paz y dignidad¹²⁰. Por su lado, como lo ha reconocido la Comisión de Asentamientos Urbanos y la Estrategia Mundial de la Vivienda hasta el Año 2000, el concepto de vivienda adecuada "significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable" (Observación General 4, párr. 7)¹²¹.

En cuanto al carácter "adecuado", además de lo expresado en el punto 4 de este trabajo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha identificado algunos aspectos del derecho a la vivienda que "deben ser tenidos en cuenta... en cualquier contexto determinado". En tal sentido, seguiremos esencialmente la exposición contenida en el párrafo 8 -puntos a/g- de la citada Observación General 4, agregando otros aportes:

¹¹⁹ **LAMBERT, Pierre**, "Le droit de l'homme à un logement décent", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Bruselas, Nemesis/Bruylant, 2001, n° 45, p. 47 y su cita.

¹²⁰ *Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Mr. Miloon Kothari, submitted pursuant to Commission resolution 2000/9, E/CN.4/2001/51, 25-1-2001*, p. 5.

¹²¹ En igual sentido: *El Derecho Humano a una Vivienda Adecuada*, Naciones Unidas, Folleto Informativo N° 21, p. 3. Sobre la Comisión de Asentamientos Humanos de las Naciones Unidas, v. *El derecho a una vivienda adecuada: informe sobre la marcha de los trabajos presentada por el Sr. Rajindar Sachar, Relator Especial designado en virtud de la resolución 1992/26 de la Sub Comisión de Prevención...*, E/CN4/Sub.2/15, 24-6-1993, párr. 143 y sigs.

a. Seguridad jurídica de la tenencia: sea cual fuere el tipo de tenencia (locación, arriendo, ocupación por el propietario, vivienda de emergencia, asentamiento informal, incluida la ocupación de tierra o propiedad), todas las personas deben gozar de un grado de seguridad que les garantice una protección legal contra el desahucio (v. asimismo, *Directrices*, párr. 43.b.iv y c.iv y vii). Por ende, los Estados deben adoptar "inmediatamente" medidas destinadas a conferir seguridad legal "de tenencia a las personas y hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados (Observación General 7, párr. 8.a).

El citado Comité, v.gr., ha censurado determinadas prácticas continuas de confiscación de tierras¹²², y visto con preocupación los casos de "moradores sin título"¹²³.

Los desplazamientos internos forzosos de las poblaciones también cobran importancia en este contexto, pues suelen afectar directamente la vigencia real de los derechos económicos, sociales y culturales, constituyendo, según la Comisión Interamericana, uno de los aspectos más graves de la situación de los derechos humanos, v.gr., en el caso de Colombia. La Comisión de Derechos Humanos adoptó por consenso una Resolución copatrocinada por más de cincuenta países, entre ellos Argentina, la cual, *inter alia*, tomó nota de la decisión del Comité Interinstitucional Permanente de acoger con beneplácito los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, elaborados por Francis M. Deng, Representante para Desplazados Internos. A juicio de la Comisión Interamericana, dichos Principios, en esencia, reiteran, en un documento único y en términos más detallados, los principios de protección establecidos en la Convención Americana y otros tratados, y abordan zonas grises y lagunas del derecho que fueron identificadas por el citado F.M-Deng¹²⁴. Estos temas, por cierto, han merecido estudios e investigaciones, entre otros, de la Cruz Roja Internacional y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tiene dicho que los organismos de las Naciones Unidas que participan de algún modo en el fomento de los

¹²² V.gr.: *Observaciones finales al informe inicial de Israel*, 2-12-1998, E/C.12/1/Add.27, 4-12-1998, párrafos 22 y 24, con respecto a la población palestina.

¹²³ V.gr.: *Observaciones finales al tercer informe periódico de Alemania*, 2-12-1998, E/C.12/1/Add.29, 4-12-1998, párr. 24.

¹²⁴ V. Comisión Interamericana, *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia* (OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9 rev. 1, 26-2-1999), Washington, CIDH, 1999, pp. 206 y sigs. Los citados Principios pueden verse en pp. 234/244.

derechos económicos, sociales y culturales (v.gr. Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional), deberían evitar "escrupulosamente" toda participación en proyectos que, entre otras consecuencias, entrañen la expulsión o desplazamiento en gran escala de seres humanos sin proporcionarles toda protección y compensación adecuada¹²⁵. Incluso, en el caso de la República Dominicana, el citado Comité dictó lo que equivalía efectivamente a una orden conminatoria, instándola a "suspender toda acción que no se ajustase al Pacto (Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)"¹²⁶.

Poblaciones enteras son desplazadas del lugar normal donde habitan "para servir a proyectos económico-políticos de discutible inspiración ideológica. Se comprueba que, en estos casos, no se provee, como se debiera, a la adecuada reinstalación de las personas y familias desplazadas"¹²⁷.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tal como se lo ha indicado, dedicó a los desalojos forzosos, expresión en cierto modo problemática, la ya citada Observación General 7, que ha sido considerada el pronunciamiento más autorizado en la materia en el campo del Derecho Internacional¹²⁸.

Se trata de un problema que afecta "en medida desproporcionada" a las mujeres, niños, jóvenes, ancianos, pueblos indígenas, minorías étnicas y de otro tipo (Observación General 7, párr. 11), que se presenta principalmente en zonas urbanas densamente pobladas (ídem, párr. 6) y que, a veces, tiene lugar en nombre del "desarrollo" (ídem, párrafos 8, 9, 18 y 21)¹²⁹. Muchas actividades iniciadas en dicho nombre han sido reconocidas posteriormente como que estaban mal concebidas o que eran incluso contraproducentes desde el punto de vista de los derechos humanos¹³⁰. Es cuestión, por lo pronto, de que los

¹²⁵ Observación General 2, *Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto)*, 2-2-1990, E/1990/23, párr. 6.

¹²⁶ *El derecho a una vivienda adecuada: informe sobre la marcha de los trabajos presentada por el Sr. Rajindar Sachar, Relator Especial designado en virtud de la resolución 1992/26 de la Sub Comisión de Prevención...*, E/CN4/Sub.2/15, 24-6-1993, párr. 140, con cita de otros antecedentes del Comité sobre desalojos forzosos masivos -párrafos 140/141.

¹²⁷ V. *¿Qué has hecho de tu hermano sin techo?...*, cit. en nota 53, p. 21; asimismo, p. 27.

¹²⁸ **LECKIE, Scott**, "The Right to Housing", en *Economic, Social and Cultural Rights* (EIDE, A.; KRAUSE, C. y ROSAS, A., eds.), Dordrecht/Boston/Londres, M. Nijhoff, 2001, p. 165.

¹²⁹ V.gr., desalojos forzosos derivados de necesidades de celebrar juegos olímpicos -Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales al tercer informe periódico de Australia*, 31-8-2000, E/C.12/1/Add.50, 8-9-2000, párr. 21.

¹³⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 2 cit., párr. 7.

Estados prevean una legislación precisamente diseñada en términos compatibles con las normas internacionales aplicables, que especifique con detalle las circunstancias precisas en que podrá procederse a dichos desalojos, y que garantice, sin excepciones, un "recurso efectivo" a las personas afectadas (ídem, párrafos 9, 10, 12 y pássim). Entre las garantías procesales deben figurar: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a dichas personas con anterioridad a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, sobre los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no ejecutar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación ante los tribunales (ídem, párr. 17). Es asunto, también, de "castigar" los desalojos forzosos que se lleven a cabo sin las debidas salvaguardas (ídem, párr. 10).

Corresponde poner de relieve que, incluso ante desalojos justificados y rodeados de todas las garantías de fondo y forma, éstos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados no dispongan de recursos, "el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda" (Observación General 7, párr. 17). Este tipo de desalojos deberá respetar muy especialmente los principios generales de razonabilidad y proporcionalidad (ídem, párr. 15). En alguna oportunidad, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales vio con preocupación los desahucios "sin el suministro de vivienda o de indemnización alternativas en comunidades pobres"¹³¹.

En breve, la cuestión de los desalojos forzosos está plenamente inserta en el campo de los derechos humanos. Si bien se enlaza con el derecho (humano) a la vivienda, no deja de hacerlo con otros derechos humanos. Cuando, a consecuencia de un desalojo forzoso, un niño deja de poder asistir a la escuela, se sacrifica el derecho a la educación; cuando una persona pierde su empleo, se atenta contra el derecho al trabajo; cuando se perjudica la salud

¹³¹ *Observaciones finales al informe inicial de Egipto*, 12-5-2000, E/C.12/1/Add.44, 23-5-2000, párr. 22.

física y psíquica, se compromete el derecho a la salud; cuando se separa violentamente a las familias y a las comunidades, se viola el derecho a la vida familiar... Nos hallamos ante una problemática ya abordada desde esta revista¹³², y que toca a nuestro país tal como lo han puesto de manifiesto las Observaciones del Comité, que hemos recordado.

Es extensa la serie de países que, por su tolerancia de los desalojos forzosos, han merecido la censura del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde 1990, v.gr.: Argentina, República Dominicana, Panamá. Nicaragua, México, y Perú, entre los americanos; Kenya, Filipinas, Corea del Sur, Nigeria, Polonia e Israel, entre los de otras latitudes¹³³.

Por lo demás, si bien todos los derechos humanos son claramente indivisibles e interdependientes, "el derecho a la vivienda es el derecho más estrechamente vinculado al derecho a la propiedad"¹³⁴.

b. Disponibilidad de servicios, de materiales, de facilidades y de infraestructura: una vivienda, para ser calificada de adecuada, debe contener servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. De tal suerte, la vivienda habrá de contar con acceso "permanente" a recursos como el agua potable y la energía (para la cocina, la calefacción y el alumbrado), a instalaciones sanitarias y de aseo, al almacenamiento de alimentos, a la eliminación de desechos, al drenaje y a servicios de emergencia (Observación General 7, párr. 8.b)¹³⁵. A estos tópicos apunta el párrafo 44.b.ii de las *Directrices*.

La Comisión Interamericana no ha sido ajena, en reiteradas ocasiones, a determinados señalamientos sobre los altos porcentajes de población carentes de alcantarillado, agua potable, letrinas y electricidad, y a sus gravísimas consecuencias sobre

¹³² V. *investigaciones 1* (1999), pp. 147/158.

¹³³ LECKIE, Scott, "The Right to Housing"..., cit. en nota 128, pp. 164/165.

¹³⁴ *El derecho de toda persona a la propiedad individual y colectiva. Informe completo y definitivo presentado por el Sr. Luis Valencia Rodríguez, experto independiente*, E/CN.4/1994/19, 25-11-1993, p. 18 párr. 111.

¹³⁵ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales observó una violación al derecho a una vivienda adecuada por parte de Irak, a consecuencia de la escasez de combustible que hacía prácticamente imposible proporcionar calefacción a los hogares -*El derecho a una vivienda adecuada: informe sobre la marcha de los trabajos presentada por el Sr. Rajindar Sachar, Relator Especial designado en virtud de la resolución 1992/26 de la Sub Comisión de Prevención...*, E/CN4/Sub.2/15, 24-6-1993, párr. 141.

la salud¹³⁶.

Es de poner énfasis en el derecho al acceso a agua potable y a servicios sanitarios. Ya para 1998, 1.400 millones de personas no tenían acceso al mencionado recurso, al tiempo que 4.000 millones carecían de servicios sanitarios adecuados. Esta cuestión ha sido objeto de estudios particularizados que han destacado los graves y vastísimos casos de muertes y enfermedades que han producido dichas falencias: según estimaciones de la Organización Mundial de la Salud, el 80% de las enfermedades son transmitidas por las aguas contaminadas¹³⁷. Por otro lado, cada año se registran en el mundo 4.000 millones de casos de diarrea, de los cuales 2.200 millones provocan la muerte, en la mayoría de los casos entre los niños¹³⁸. Las censuras de parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son múltiples¹³⁹.

Paradójicamente, no es extraño que en la distribución de determinados servicios esenciales (agua, electricidad, salud), resulten favorecidos los sectores más ricos de la población y no los más pobres, según lo señala el *Informe sobre Desarrollo Humano 2000* del PNUD (p. 33).

¹³⁶ *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en El Salvador* (OEA/Ser.L/V/II.46. Doc. 23 rev. 1, 17-11-1978), Washington, CIDH, 1978, p. 149, con la advertencia de que la falta de los tres primeros servicios señalados en el texto se reflejaba en el alto número de enfermedades infecciosas y parasíticas, de lo cual resultaba que las enfermedades gastrointestinales fuesen la razón primordial de las muertes de menores de 5 años. En sentido análogo: *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en la República de Guatemala* (OEA/Ser.L/V/II. 53. Doc. 21 rev. 2, 13-10-1981), Washington, CIDH, 1981, pp. 130/131; *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México* (OEA/Ser.L/V/II.100. Doc. 7 rev. 1, 24-9-1998), Washington, CIDH, 1998, p. 136; *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador* (OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1, 24-4-1997), Washington, CIDH, 1997, pp. 21/22, e *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana* (OEA/Ser.L/V/II.104. Doc. 49 rev. 1, 7-10-1999), Washington, CIDH, 1999, p. 78.

¹³⁷ *The right of acces of eneryone to drinking water suply and sanitation services, working paper by Mr. El Hadji Guissé, Special Rapporteur, under Sub-Commission resolution 1997/18, E/CN.4/Sub.2/1998/7, 10-6-1998, párr. 2.*

¹³⁸ V. *Derecho a la alimentación. Informe preparado por el Sr. Jean Ziegler...*, cit. en nota 115, párr. 33, p. 15.

¹³⁹ V.gr.: *Observaciones finales al informe inicial de Israel*, 1998, E/C.12/1/Add.27, 4-12-1998, párr. 25 y 26; *Observaciones finales sobre la situación de la observancia por las Islas Salomón de los derechos económicos, sociales y culturales*, 11-5-1999, E/C.12/1/Add.33, párr. 22; *Observaciones finales al primer informe periódico de Camerún*, 2-12-1999, E/C.12/1/Add.40, 8-12-1999, párr. 22, y *Observaciones finales al tercer informe periódico de México*, 1999, E/C.12/1/Add.41, 8-12-1999, párr. 27.

El agua y los servicios sanitarios, por ende, no sólo constituyen elementos de especial importancia en el marco del derecho a la vivienda sino también en el derecho a la alimentación y en el derecho a la salud (Observación General 12, párr. 15).

c. Gastos soportables: tal como se infiere de lo ya expuesto en el punto 5 (sub I) de este trabajo, los gastos que entrañe la satisfacción del derecho a la vivienda no deben impedir el goce de otras necesidades básicas. Cobra entonces valor agregar ahora, que los Estados deberían adoptar medidas para garantizar que "el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurados con los niveles de ingreso", y, en su caso, crear subsidios de vivienda para los que no puedan costearse, así "como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda" (Observación General 4, párr. 8.c).

Entran en esta línea la protección contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres, lo cual es objeto de expresa mención en el ya citado art. 43.1.d de la Convención Internacional de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias.

También correspondería al Estado tomar medidas para garantizar la disponibilidad de los materiales naturales cuanto éstos constituyeran las principales fuentes para la construcción (Observación General 4, párr. 8.c). Es así que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha mostrado su preocupación en supuestos de aguda y permanente escasez de materiales de construcción para las viviendas¹⁴⁰.

Requiere un freno la tendencia "ominosa" que considera que la vivienda, y los servicios urbanos tales como el agua, la electricidad y el saneamiento, "son artículos comerciales"¹⁴¹. Volveremos sobre este tema en diversos lugares.

d. Habitabilidad: una vivienda adecuada debe ser "habitable", lo que quiere decir, cuanto menos, que ofrezca espacio adecuado a sus ocupantes, y los proteja del frío, de la humedad, del calor, de la lluvia, del viento u otras amenazas para la salud, de riesgos

¹⁴⁰ *Observaciones finales al informe inicial de Sri Lanka*, 13-5-1998, E/C.12/1/Add.24, 16-6-1998, párr. 15.

¹⁴¹ *Derecho a una vivienda adecuada. Informe del Relator Especial (Sr. Rajindar Sachar)*, Nueva York/Ginebra, Naciones Unidas, 1996, Serie de Estudios 7, p. 16, párr. 99; asimismo, p. 17, párr. 111.

estructurales, y de vectores de enfermedad¹⁴². Debe garantizarse la seguridad física de los ocupantes y, por ello, el Comité exhorta a los Estados Partes, p.ej., a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda, elaborados por la Organización Mundial de la Salud (1990), en la medida en que una vivienda inadecuada se asocia invariablemente a las tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas (Observación General 4, párr. 8.d), tal como, por otra parte, hemos tenido oportunidad de advertirlo en diversas partes de este trabajo.

Dicha Organización tiene dicho que "la vivienda -en el sentido lato de alojamiento juntamente con sus respectivos entorno y servicios- es el factor ambiental más frecuentemente asociado a los estados morbosos en los análisis epidemiológicos, es decir, una vivienda inadecuada y deficiente va invariablemente asociada con tasas más altas de mortalidad y morbilidad"¹⁴³. En tal sentido, las políticas que conducen a un hacinamiento extremo han sido repetidamente objetadas por el Comité¹⁴⁴.

e. Asequibilidad: debe concederse a los grupos en situación de desventaja "un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda". Las necesidades especiales de dichos grupos deben ser tenidas plena y prioritariamente en cuenta. El mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de ésta o empobrecidos "debería ser el centro del objetivo de la política" (Observación General 4, párr. 8.e).

En muchas regiones menos desarrolladas económicamente, advierte la Constitución *Gaudium et Spes*, existen grandes, e incluso inmensos, latifundios "mediocrementemente explotados, e incluso incultos, por conveniencias de lucro, mientras la mayor parte del pueblo carece de tierra, o sólo tiene tierras minúsculas, y por otra parte, es evidente la urgencia de incrementar las producciones agrícolas... Así, pues, son necesarias reformas apropiadas en cada caso...; incluso distribúyanse las fincas no suficientemente explotadas a quienes las puedan hacer fructificar" (párr. 71).

La *Housing Bill of Rights* de la India señala, sin rebozos, que "se debe considerar que la tierra, esencialmente, tiene valor en función de la utilización que se le da y no un valor comercial...". Por otro lado, en un período en el que cada vez hay más gobiernos que

¹⁴² V. asimismo: *Directrices*, párr. 44.b.ii.

¹⁴³ *Derecho a una vivienda adecuada...*, cit. en nota 141, p. 17, párr. 109.

¹⁴⁴ V.gr.: *Observaciones finales al informe inicial de Israel*, 1998, E/C.12/1/Add.27, 4-12-1998, párr. 22; y *Observaciones finales al tercer informe periódico de Bulgaria*, E/C.12/1/Add. 37, 8-12-1999, párr. 18.

"coquetean" con las políticas del "libre mercado", tendencia evidente tanto en los países que adoptan políticas de "ajuste económico" como en otros que optan por "delegar en el sector privado", se presenta el resultado que reduce seriamente las sumas asignadas a los sectores que influyen en la vivienda (salud, empleo, medio ambiente, etc.)¹⁴⁵. Retomaremos este punto más adelante.

f. Lugar: la vivienda adecuada debe encontrarse ubicada en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, a los centros de atención a la salud, a las escuelas, y a otros servicios sociales. Lo primero es especialmente destacable en las grandes ciudades y en las zonas rurales por el tiempo y los gastos que insumen los trayectos hacia y desde el lugar de trabajo, lo cual puede imponer exigencias excesivas (Observación General 4, párr. 8.f).

Por otro lado, la vivienda sería inadecuada si se emplazara en lugares contaminados o próximos a fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes (ídem).

Como lo ha enfatizado la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, y tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.

No satisfaría el requisito de adecuación una vivienda emplazada en zonas periódicamente amenazadas por inundaciones, saturación de agua, sequía y otros desastres naturales o provocados por el hombre¹⁴⁶.

También atentarían contra el derecho a la vivienda las obras de infraestructura que produjeran separación o aislamiento entre las poblaciones¹⁴⁷.

g. Adecuación cultural: tanto la manera en que se construye la vivienda, cuanto los materiales de construcción utilizados y las políticas respectivas, habrán de permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. El

¹⁴⁵ *Derecho a una vivienda adecuada...*, cit. en nota 141, p. 18, párrafos 113 y 116.

¹⁴⁶ Idem anterior, p. 17, párr. 110.

¹⁴⁷ V.gr.: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales al informe inicial de Israel*, 2-12-1998, E/C.12/1/Add.27, 4-12-1998, párr. 24.

"desarrollo" y la "modernización" deberán velar para que no se sacrifiquen las dimensiones culturales y porque se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos (Observación General 4, párr. 8.g). La vivienda es una forma esencial de expresión cultural¹⁴⁸.

Asimismo, los derechos a no ser sujeto a interferencias arbitrarias o ilegales en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituyen una dimensión muy importante para definir el derecho a una vivienda adecuada (Observación General 4, párr. 9), con lo cual resulta trazado un contexto en el que se entrecruzan diversos textos internacionales como, v.gr., la Declaración Universal (art. 12), la Declaración Americana (arts. V, VI, IX y X) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 11).

"En muchas ciudades -afirma el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial- la estructura de las zonas residenciales está influida por las diferencias de ingresos de los grupos, que en ocasiones se combinan con diferencias de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, de modo que los habitantes pueden ser estigmatizados y los individuos sufren una forma de discriminación en la que se mezclan los motivos raciales con otro tipo de motivos"¹⁴⁹.

Una distinción o separación forzada o impuesta de zonas asignadas a los habitantes de una ciudad según el diverso origen racial es "en sí misma una inaceptable forma de discriminación y conduce inevitablemente a la diferente calidad de viviendas según los grupos". Discriminación que se acrecienta pues muchos asentamientos precarios (favelas, tugurios, villas miserias, baracche, shanty-towns, callampas, chabolas, bidonvilles, slums...) son mirados con temor y desconfianza por los habitantes de la "otra cara" de la ciudad, quienes los consideran más como el lugar de procedencia de muchos males: alcoholismo, droga, delincuencia, etc., que como colectividad de personas de cuya promoción y desarrollo

¹⁴⁸ *Derecho a una vivienda adecuada...*, cit. en nota 141, p. 19, párr. 117.

¹⁴⁹ *Recomendación General XIX relativa al artículo 3 de la Convención* (Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial), 1995, CERD/C/365/Rev.1, 5-12-2000, p. 16; v. el art. 5.e.iii, de la citada Convención. La desigualdad en los niveles de prestación de servicios de salud "según el lugar de residencia" fue señalada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus *Observaciones finales al tercer informe periódico de Australia*, 31-8-2000, E/C.12/1/Add.50, 8-9-2000, párr. 20.

son responsables¹⁵⁰.

Incluso ha sido comprobado que la exposición a condiciones como el racismo, la discriminación en razón del género y la pobreza, ejercen un efecto fisiológico que explica altas tasas de algunas clases de cáncer y enfermedades cardiovasculares entre las mujeres, las minorías raciales y étnicas, y los pobres¹⁵¹.

"Las ideologías de los Estados -afirma la ya citada Declaración de Vancouver- se reflejan en sus políticas de asentamientos humanos. Dado que éstas son instrumentos poderosos para la transformación, no deben utilizarse para privar a las personas de sus hogares y de sus tierras, ni para amparar privilegios y la explotación" (cap. II, sec. A, párr. 3).

Finalmente, parece fuera de toda duda que la falta de vivienda es una de las causas que puede conducir a la muerte de las personas¹⁵².

8. EL DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN ADECUADA

"Multiplicaré los frutos de los árboles y los productos de los campos, para que no sufráis más el oprobio del hambre entre las naciones" (Ezequiel, 36, 14).

¹⁵⁰V. *¿Qué has hecho de tu hermano sin techo?...*, cit. en nota 53, pp. 15 y 21. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, v.gr., ha puntualizado la situación negativa de los romaníes en Italia -*Observaciones finales al tercer informe periódico de Italia*, 11-5-2000, E/C.12/1/Add.43, 23-5-2000, párr. 10-, de los palestinos en Israel -*Observaciones finales al informe inicial de Israel*, 2-12-1998, E/C.12/1/Add.27, 4-12-1998- y de los gitanos en Alemania -*Observaciones finales al tercer informe periódico de Alemania*, 2-12-1998, E/C.12/1/Add.29, 4-12-1998, párr. 18-.

¹⁵¹SHINN, **Carolynne**, "The Right to the Highest Attainable Standard of Health: Public Health's Opportunity to Reframe Human Rights Debate in the United States", en *Health and Human Rights*, 1999, vol. 4, n° 1, p. 126.

¹⁵²Comité de Derechos Humanos, *Examen del cuarto informe periódico del Gobierno del Canadá*, 6-4-1999, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Nueva York, Naciones Unidas, vol. I, A/54/40, p. 50, párr. 234.

8.1. EL HAMBRE

Una primera aproximación al texto del art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya nos permite observar que, mientras el inciso 1 menciona a la "alimentación adecuada", el inciso 2 emplea el término "hambre". Más aún; este último pasaje normativo enuncia "el derecho *fundamental* de toda persona a estar protegida contra el hambre". Hemos introducido la itálica anterior, que no es del original, pues tanto en el citado Pacto como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se encontrará una calificación análoga respecto de ningún otro derecho en éstos enunciado.

Los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, si bien acreditan que el señalado inciso 2 tuvo como origen una propuesta realizada, en 1963, por el Director General de la FAO, no parecen proporcionar elementos de juicio que expliquen el calificativo mencionado¹⁵³. No obstante ello, sí puede sostenerse que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dado al derecho a la protección contra el hambre una plaza especial dentro del campo del derecho a una alimentación adecuada: "el Pacto se viola cuando un Estado no garantiza la satisfacción de, al menos, el nivel mínimo esencial necesario para estar protegido contra el hambre" (Observación General 12, párr. 17). Mitigar y aliviar el hambre es, por ende, una obligación del Estado que no admitiría ser alcanzada sólo "progresivamente", sino inmediatamente y en todo trance, incluso en caso de desastre natural o de otra índole (ídem, párr. 6)¹⁵⁴, por la adopción de medidas inmediatas y urgentes (ídem, párr. 1): el derecho a estar preservado del hambre debe estar garantizado en todo momento¹⁵⁵.

La Comisión de Derechos Humanos también señala el carácter "fundamental" del

¹⁵³ CRAVEN, Matthew, *The International Covenant...*, cit. en nota 62, pp. 297, 299 y 307.

¹⁵⁴ Otro tanto podría decirse de la crisis de vivienda ocurrida, v.gr., a consecuencia de un terremoto - Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales al informe inicial de Armenia*, 1-12-1999, E/C.12/1/Add.39, 8-12-1999, párr. 12; o de un ciclón -ídem, *Observaciones finales al segundo informe de los Países Bajos. Antillas Neerlandesas*, 15-5-1998, E/C.12/1/Add.25, 16-6-1998, párr. 54.

¹⁵⁵ *Le droit à une alimentation suffisante...*, cit. en nota 21, p. 23.

derecho a no padecer hambre¹⁵⁶, y la Comisión Interamericana ha hecho mención del derecho "elemental" a la alimentación¹⁵⁷.

El hambre que sufra toda persona derivada de razones que escapan a su voluntad traduce, por ende y sin más, una violación de compromisos internacionales por parte del Estado, lo cual entraña, a su vez y para nuestro ordenamiento jurídico, la de un derecho de jerarquía constitucional (Constitucional Nacional, art. 75.22).

Cabe agregar que el hambre sólo se satisface con alimentos esenciales suficientemente inocuos y nutritivamente adecuados (Observación General 12, párr. 14).

8.2. LA ALIMENTACIÓN (NUTRITIVA) ADECUADA

Lo expuesto en el punto anterior determina que el derecho a una alimentación adecuada, de análoga jerarquía constitucional que el anteriormente examinado, se vea emplazado necesariamente por encima del umbral del hambre.

El centro de la cuestión está puesto, por cierto, en el carácter adecuado de la alimentación. Sin embargo, no corresponde dejarse atraer por una concepción simplista que vea en dicho carácter sólo una cuestión de cantidad y calidad de los alimentos. No es asunto de asimilar el derecho en estudio a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos (Observación General 12, párr. 6). El concepto, por lo contrario, apunta inequívocamente a la existencia de un verdadero sistema, en el caso, alimentario, en el que los datos anteriormente mencionados quedan encerrados en conceptos de mayor extensión. Se trata de un sistema que, a la vez, debe atender a cuatro grandes aspectos: la accesibilidad (1), la adecuación (2) y la disponibilidad de los alimentos (3), todo ello en términos sostenidos (4). De ahí que, aun cuando el contenido del derecho a una alimentación adecuada esté condicionado a los diversos factores que ya hemos enunciado en el punto 5 (sub **k**), igualmente sea posible advertir en él un "contenido básico". Con lo dicho, y lo que sigue inmediatamente, tomaremos, principalmente, los criterios elaborados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su importante Observación General 12

¹⁵⁶ V.gr. Resolución 2001/25. *El derecho a la alimentación*, 20-4-2001,E/CN.4/RES/2001/25, 20-4-2001.

¹⁵⁷ *Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Perú* (OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 59 rev., 2-6-2000), Washington, CIDH, 2000, p. 175.

ya citada (párrafos 7/13), aun cuando, corresponde advertirlo liminarmente, hemos organizado los conceptos contenidos en aquélla de una manera diferente.

1. Accesibilidad: la accesibilidad comprende dos aspectos: el económico (1.1) y el físico (1.2).

1.1. Se entiende por accesibilidad económica, que los costos financieros personales o familiares asociados con la adquisición de alimentos necesarios para un régimen de alimentación adecuado, deben estar a un nivel tal que no se vean amenazadas o en peligro la provisión y satisfacción de otras necesidades básicas. Por ende, los grupos socialmente vulnerables, como las personas sin tierra y otros segmentos particularmente empobrecidos de la población, pueden requerir la "atención de programas especiales" (Observación General 12, párr. 13).

1.2. De su lado, la accesibilidad física implica que la alimentación adecuada debe ser "accesible a todos", incluidos los individuos físicamente vulnerables, v.gr. lactantes, niños pequeños, ancianos, personas con discapacidad física o mental, moribundos, personas con problemas médicos persistentes... El sentido de esta accesibilidad es el de evitar que dichas situaciones traduzcan barreras para acceder a los alimentos. Se destacan en este orden, asimismo, las poblaciones que habitan zonas propensas a desastres, y los pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado (Observación General 12, párr. 13).

2. Adecuación: en cuanto a la adecuación, los alimentos deberán, en calidad y cantidad, satisfacer las "necesidades alimentarias".

Por estas últimas, se entiende que el régimen de alimentación en su conjunto aporta una combinación de productos nutritivos para el crecimiento físico y mental, el desarrollo y el mantenimiento, y la actividad física, que sea suficiente para satisfacer las necesidades fisiológicas humanas en todas las etapas del ciclo vital, y según el sexo y la ocupación (Observación General 12, párr. 9).

Resulta evidente, pues, que la alimentación requerida por los textos internacionales no atañe a la sola supervivencia del individuo, lo que quedaría comprendido en el concepto de hambre. No queda menos claro, además, que lo adecuado se relaciona en términos estrictos con las diversas circunstancias personales de cada individuo (edad, sexo, ocupación...), ámbito dentro del cual merecen singular atención las mujeres embarazadas,

los niños, los ancianos, los enfermos...

Los lineamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aluden pues, a nuestro juicio, al derecho a una "alimentación nutritiva adecuada", por citar la expresión que emplea la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24.2.c)¹⁵⁸. Y esto es más así, en la medida en que se entienda que la norma últimamente citada no creó un derecho sustantivo adicional para los niños que ya no existiera previamente para los adultos, pues sólo da precisión a derechos existentes¹⁵⁹.

La ingesta calórica puede dar una indicación de subnutrición -definida como una ingestión inadecuada de calorías-, pero es insuficiente para medir la malnutrición que se define en términos más amplios como la falta de nutrientes necesarios, v.gr., vitaminas¹⁶⁰. Existen tres tipos de malnutrición, que son causadas por insuficiencia: de proteínas y carbohidratos; de vitaminas (causada por falta de frutas y vegetales) como la de la vitamina A de lo que puede resultar la ceguera; y de minerales, lo que incluye deficiencias de hierro y de yodina¹⁶¹.

De tal suerte, las situaciones de "malnutrición" y "subnutrición" quedan alcanzadas, v.gr., por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁶², tal como también lo advierte P. Alston¹⁶³. La información a presentar por el Estado en sus informes con arreglo al citado Pacto (art. 16), debe relacionarse con la "situación nutricional" o la "malnutrición" (*Directrices*, párr. 43.a y b).

La desnutrición es un concepto que ha sido mentado expresamente por la Comisión Interamericana en cuanto a calorías, proteínas, minerales y vitaminas¹⁶⁴; y por el Protocolo

¹⁵⁸ V., asimismo, su art. 27.3, y el art. 12.2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

¹⁵⁹ VAN BUEREN, *Geraldine*, *The International Law...*, cit. en nota 64, p. 315.

¹⁶⁰ CRAVEN, *Matthew*, *The International Covenant...*, cit. en nota 62, p. 309.

¹⁶¹ VAN BUEREN, *Geraldine*, *The International Law...*, cit. en nota 64, p. 315.

¹⁶² La *Observación General 12* emplea estos términos (párr. 5); asimismo, sobre "malnutrición": Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales al tercer informe periódico de México*, 2-12-1999, E/C.12/1/Add.41, 8-12-1999, párr. 42, en relación, especialmente, a los niños de los grupos indígenas o que viven en zonas rurales y apartadas; y *Observaciones finales al segundo informe periódico de Jordania*, 29-8-2000, E/C.12/1/Add.46, 1-9-2000, párr. 36.

¹⁶³ ALSTON, *Philip*, "The International Covenant...", cit. en nota 75, p. 134.

¹⁶⁴ *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en la República de Guatemala* (OEA/Ser.L/V/II. 53. Doc. 21 rev. 2, 13-10-1981), Washington, CIDH, 1981, p. 131, señalando que la mitad más pobre de la población, p.ej., consume sólo 56% de los requisitos mínimos de proteínas y que cerca de un tercera

de San Salvador (art. 12.2).

UNICEF ha denominado "hambre oculta a la desnutrición o malnutrición desde el nacimiento hasta los 5 años de edad, cuyas consecuencias son pavorosas: el niño no se recuperará nunca; no colmará su retraso y permanecerá inválido toda su vida"¹⁶⁵.

El propósito final de promover el derecho a una alimentación adecuada, advierte A. Eide, es realizar el bienestar nutricional de los individuos. La situación nutricional de la persona humana está determinada al menos por tres grandes ramas de condiciones que interactúan de manera dinámica, relativas a la alimentación, la salud y los cuidados, y la educación como una dimensión que la atraviesa. La alimentación por sí sola no es suficiente a fin de asegurar una buena nutrición para el individuo. El derecho a una alimentación adecuada es necesario pero insuficiente para el derecho a una adecuada nutrición. La plena realización de este último depende de la paralela realización en los campos de la salud, cuidados para los vulnerables, y educación¹⁶⁶.

Una norma que, cabe subrayarlo expresamente, trasciende la especificidad del instrumento en el que está inserta, es la contenida en el art. 24.2.e de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto dispone que los Estados Partes, en particular, adoptarán medidas apropiadas para asegurar que "todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos (v. asimismo el art. 17, y las *Directrices*, párr. 43.f)¹⁶⁷. El art. 11.2.a del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es también claro, al poner en cabeza del Estado "la divulgación de principios sobre nutrición".

La "educación para el consumo", a la que las autoridades deben proveer protección, podría alinearse en esta dirección (Constitución Nacional, art. 42).

La reciente y ya citada Observación General 14 del Comité de Derechos

parte de la población rural y 82% de todos los niños menores de 5 años sufren de desnutrición. La desnutrición, agregó, y la mortalidad infantil, son el resultado de una distribución desigual del ingreso y no de la escasez de alimentos.

¹⁶⁵ V. *Derecho a la alimentación. Informe preparado por el Sr. Jean Ziegler...*, cit. en nota 115, párr. 16, p. 10.

¹⁶⁶ V. *The right to adequate food...*, cit. en nota 107, pp. 10/11.

¹⁶⁷ VAN BUEREN, *Geraldine*, *The International Law...*, cit. en nota 64, p. 318 y sigs., que señala la Ley General de Salud de Costa Rica en cuanto incluye en los programas escolares la cuestión de la salud.

Económicos, Sociales y Culturales, relativa al art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala claramente la relación estrecha -y la dependencia- del derecho a la salud respecto de los derechos a la alimentación y a la vivienda, entre otros (párr. 3)¹⁶⁸.

En tal sentido, los elementos que conforman el derecho a la salud pueden ser divididos en dos categorías: la relativa a los cuidados de la salud (curación y prevención de enfermedades), y la que acompaña los elementos ligados a diversas "pre-condiciones" para la salud. En este último campo se incluyen el agua potable y segura, la sanidad adecuada, la nutrición adecuada, la salud ambiental, la información sobre la salud...¹⁶⁹.

De lo señalado en cuanto a la calidad de los alimentos, se infiere que éstos no deberán contener sustancias nocivas, esto es, deberán satisfacer los requisitos de inocuidad y estar protegidos por medidas que eviten su eventual contaminación, adulteración o manipulación incorrecta en las distintas etapas de la cadena alimentaria, previéndose la determinación y destrucción de las toxinas que se producen naturalmente (Observación General 12, párr. 10)¹⁷⁰.

Tienen cabida aquí, desde ya, los debates públicos y científicos sobre las industrias agroalimentarias, la biotecnología y las plantas genéticamente modificadas.

Asimismo, los alimentos deben ser "aceptables para una cultura o unos consumidores determinados", vale decir, habrá de tenerse en cuenta, en la medida de lo posible, los valores no relacionados con la nutrición que se asocian a los alimentos y a su consumo, así como a las preocupaciones fundadas de los consumidores acerca de la naturaleza de los alimentos disponibles (Observación General 12, párr. 11). Los alimentos deben ser "culturalmente aceptables" respecto de los esquemas alimentarios del lugar¹⁷¹. En tal sentido, cobraría su peso, p.ej., el hecho de que determinadas comidas fuesen contrarias a la religión de ciertas personas.

3. Disponibilidad: el esquema que deriva de lo anteriormente expuesto entraña un

¹⁶⁸ V. asimismo: **TOEBES, Brigit**, "The Right to Health", en *Economic, Social and Cultural Rights* (EIDE, A.; KRAUSE, C. y ROSAS, A., eds.), Dordrecht/Boston/Londres, M. Nijhoff, 2001, p. 174.

¹⁶⁹ **TOEBES, Brigit**, "The Right to Health"..., cit. en nota anterior.

¹⁷⁰ Asimismo, *Le droit à une alimentation suffisante...*, cit. en nota 21, p. 30.

¹⁷¹ Idem nota anterior.

presupuesto: la "disponibilidad" de los alimentos adecuados. En efecto, debe estar asegurado un sistema de distribución, elaboración y comercialización que funcione adecuadamente y que pueda trasladar los alimentos desde el lugar de producción a donde sea necesario según la demanda, más allá de las posibilidades que tenga la persona de alimentarse directamente explotando la tierra u otras fuentes naturales de alimentos (v. Observación General 12, párr. 12).

4. Sostenibilidad: este concepto se encuentra, por así decirlo, encaballado sobre los de accesibilidad y disponibilidad, en la medida en que prevé que los contenidos de éstos deben asegurarse a largo plazo, deben asegurarse a las generaciones "presentes y futuras" (Observación General 12, párr. 8). Entre otras consecuencias, ello significa que el medio físico e institucional en el que se obtienen los alimentos habrá de ser utilizado de la mejor manera, protegido de los fenómenos de erosión y distorsión y, llegado el caso, restaurado o reemplazado por sistemas nuevos y eficaces¹⁷².

La expresión anteriormente entrecomillada nos propone una asociación con el art. 41 de la Constitución Nacional: el derecho de todos los habitantes a que las actividades productivas satisfagan las necesidades "presentes" sin comprometer las de las generaciones "futuras".

Cabe hablar, entonces, de una sostenibilidad ambiental, y económica y social. La primera, implica la necesidad de una gestión pública y comunitaria prudente de los recursos naturales. La restante, entraña la distribución justa de los ingresos y la existencia de mercados eficaces, junto con diversos tipos de apoyo público y redes de protección. Estos apoyos podrían concretarse mediante planes de seguridad públicos, así como con distintas formas de actividad comunitaria y redes de autoayuda y solidaridad, estas últimas de especial importancia cuando la población debe hacer frente a crisis de diversa índole¹⁷³.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha evaluado como amenazas contra el medio natural, v.gr., las prácticas de deforestación y pesca excesiva que afectarían el nivel de vida adecuado del art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el agotamiento de los recursos naturales de los

¹⁷² Idem anterior.

¹⁷³ *El derecho a la alimentación. Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos*, E/CN.4/1999/45, 20-1-1999, párr. 11.

que depende la subsistencia de un grupo (y la expropiación de sus tierras por el Estado)¹⁷⁴.

En suma, y sin pretensiones de acuñar una definición, podríamos decir que el Estado da satisfacción al derecho a una alimentación adecuada cuando existe disponibilidad de alimentos que, por su calidad y cantidad, resultan suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias propias de cada individuo según sus circunstancias, que resultan adecuados a su cultura, y dicho individuo tiene acceso físico y económico a dichos alimentos, todo ello de manera sostenible.

A este panorama todavía podría agregarse la "seguridad alimentaria", que es definida, corrientemente, como el acceso de toda persona, en todo momento, a los alimentos necesarios para una vida saludable y activa. Realizar la seguridad alimentaria significaría, pues, la disponibilidad de alimentos suficientes, que son abastecidos de manera estable, y que pueden ser obtenidos por todos los que tienen necesidad de hacerlo. La inseguridad alimentaria sería entendida como el reverso de lo antedicho: cuando algunas personas en algún tiempo no tienen acceso a una alimentación adecuada y, por ende, no pueden llevar un vida activa y saludable. La seguridad alimentaria, en consecuencia, puede ser vista como un corolario del derecho a la alimentación: el Estado debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad alimentaria a toda persona que esté bajo su jurisdicción. Así nos lo dice A. Eide en su último informe¹⁷⁵, aun cuando el que elaborara en 1987 contiene una mayor descripción sobre las aproximaciones a este concepto¹⁷⁶.

Con todo, la noción de seguridad alimentaria es objeto de acepciones muy diversas: en los países ajenos a las penurias y la malnutrición, designa la seguridad "sanitaria" de los

¹⁷⁴ V.gr.: *Observaciones finales sobre la situación de la observancia por las Islas Salomón de los derechos económicos, sociales y culturales*, 11-5-1999, E/C.12/1/Add.33, párr. 21, en el que se advierte, como motivo de preocupación, la privatización de tierras comunales para que se destinen a usos comerciales y desarrollo urbano, a fin de subvencionar el programa de reforma económica, lo que puede socavar los cimientos de la sociedad y llevar a que la mayoría de la población quede desposeída y privada de sus fuentes básicas de ingreso -párr. 20; y *Observaciones finales al primer informe periódico de Camerún*, 2-12-1999, E/C.12/1/Add.40, 8-12-1999, párr. 23.

¹⁷⁵ V. *The right to adequate food...*, cit. en nota 107, pp. 13/14.

¹⁷⁶ V. *Le droit à une alimentation suffisante...*, cit. en nota 21, pp. 27/31. En cuanto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aun cuando menciona la seguridad alimentaria en su Observación General 12, no nos proporciona elementos suficientes para esclarecer el concepto (v. párrafos 7, 15 y 21; también alude a la seguridad de nutrición -párr. 21). El citado Comité menciona la creciente "inseguridad alimentaria" entre grupos vulnerables, en sus *Observaciones finales al tercer informe periódico de Mongolia*, 28-8-2000, E/C.12/1/Add.47, 1-9-2000, párr. 14.

productos destinados a la alimentación. Pero, para una gran parte de la humanidad, seguridad alimentaria es, siempre, sinónimo de búsqueda de la cobertura cuantitativa y cualitativa de las necesidades elementales de alimentos y agua¹⁷⁷.

El "Código Internacional de Conducta sobre el Derecho Humano a una Alimentación Adecuada", adoptado en 1997 por diversas organizaciones no gubernamentales, y elaborado con base en la Declaración Universal (art. 25), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24), expresa:

"El derecho a una alimentación adecuada significa que todos los hombres, mujeres y niños, individual y colectivamente, deben tener acceso físico y económico en todo momento a una alimentación adecuada o usando una base de recursos apropiada para su obtención de manera compatible con la dignidad humana. El derecho a una alimentación adecuada es un aspecto específico del derecho a un nivel de vida adecuado.

La realización del derecho a una alimentación adecuada exige:

1. a) La disponibilidad de alimentos que no contengan sustancias nocivas y que sean culturalmente aceptables, en cantidades y calidades que satisfagan las necesidades nutricionales y alimentarias de las personas; b) la accesibilidad a dichos alimentos de manera que no se interfiera en el disfrute de otros derechos humanos y que sea sostenible.

2. El objetivo último del derecho a una alimentación adecuada es alcanzar el bienestar nutricional. El bienestar nutricional depende de medidas paralelas en los ámbitos de la educación, la salud y la atención. En este sentido más amplio, el derecho a una alimentación adecuada se entenderá como el derecho a una alimentación y nutrición adecuadas.

3. La realización del derecho a una alimentación adecuada es inseparable de la justicia social, lo cual hace necesario adoptar políticas económicas, ambientales y sociales apropiadas en los planos nacional e internacional, orientadas a eliminar la pobreza y satisfacer las necesidades básicas"¹⁷⁸.

¹⁷⁷ GROSCLAUDE, Jeanne, "Avant-propos", en *Problèmes politiques et sociaux. Sécurité et risques alimentaires*, La documentation Française, n° 856-857, 27 abril-18 mayo 2001, p. 3.

¹⁷⁸ V. *El derecho a la alimentación. Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos*, E/CN.4/1999/45, 20-1-1999, párr. 6. La definición transcrita fue fuertemente apoyada por los expertos participantes de la Consulta sobre el Derecho a una Alimentación Suficiente, convocada por la citada Alta Comisionada, y celebrada en la sede de la FAO (Roma, 18/19-11-1998), sobre la que se formularon algunas

Con anterioridad a este último documento, el primer párrafo del ya citado Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación (Roma, 13 al 17 de noviembre de 1996) había expresado: "Existe seguridad alimentaria cuando todas las personas tienen en todo momento acceso físico y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos a fin de llevar una vida activa y sana".

Sin embargo, no cabe ver en todo ello más que pasos, bien que importantes. El papel de la alimentación es el de proveer suficientes elementos nutritivos para responder a las necesidades metabólicas, procurando al consumidor un sentimiento de satisfacción y bienestar. Pero los últimos conocimientos de la biociencia apoyan la hipótesis de que, más allá de la nutrición, la alimentación puede modificar diversas funciones corporales. En consecuencia, al menos en el mundo occidental, los conceptos ligados a la nutrición evolucionan: después de la supervivencia, la satisfacción del hambre y la ausencia de efecto nocivo, el acento es puesto sobre la utilización promisorio de los alimentos "para mejorar el bienestar y la salud, y para contribuir a la reducción de los riesgos de enfermedad". Estos conceptos juegan un rol particularmente importante visto el costo creciente del sector de la salud, la prolongación constante de la esperanza de vida y el requerimiento, del sector de mayor edad de la población, de una mejor calidad de vida¹⁷⁹.

Además del ya citado art. 41 de la Constitución Nacional, el art. 42 sobre derechos de los consumidores proporciona elementos relevantes en el contexto que venimos de exponer.

8.3. EL "CICLO DE VIDA" O "CICLO BIOLÓGICO" (*LIFE-CYCLE APPROACH*)

sugerencias no esenciales -v. ídem, párrafos 25, 26 y 40. En esa oportunidad se reiteraría al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales la invitación a que aprobara una Observación General en materia de alimentación -párrafos 27 y 42-, que resultaría ser la tantas veces citada N° 12. Sobre dicho Código v., asimismo: *The right to adequate food and to be free from hunger. Updated study on the right to food, submitted by Mr. Asbjørn Eide in accordance with Sub-Commission decision 1998/106, E/CN.4/Sub.2/1999/12, 28-6-1999, párr. 39.*

¹⁷⁹ **ROBERFROID, Marcel B.**, "La science des aliments fonctionnels", en *Forum sur les aliments fonctionnels* (Estrasburgo, 1/2-12-1998), Consejo de Europa, 1999, p. 61; un alimento puede ser llamado "funcional" (*fonctionnel*), agrega este autor, si está demostrado de manera satisfactoria que tiene un efecto benéfico sobre una o varias funciones corporales determinadas, más allá de los efectos nutritivos satisfactorios, sea para el estado de bienestar y de salud, sea para la reducción del riesgo de enfermedad -p. 62.

Los perniciosos efectos de la malnutrición, según lo hemos advertido, pueden afectar severamente la duración máxima de la vida de los seres humanos. Esta afirmación, que hoy se ha vuelto obvia, hace aún más urgente la toma de decisiones correctivas. Sabemos que la pobreza es un círculo: disminuye significativamente la capacidad de trabajo de los adultos, lo cual contribuye a la perpetuación de la pobreza. El tremendo impacto de la malnutrición sobre la persona, la familia y el desarrollo de la sociedad, es indiscutible.

Pero la cuestión tiene una gravedad aún mayor. Los marcados altos niveles de anemia en niños, hombres y mujeres, en muchas partes del globo, no sólo disminuyen sus capacidades de trabajo sino que originan daños permanentes en el normal desarrollo cerebral de los niños. La malnutrición infantil entaña raquitismo, pero también está ligada con el menoscabo del desarrollo intelectual. Y de manera irreversible de acuerdo con lo consignado en páginas anteriores.

El impacto de la nutrición pobre es ahora visto en el sentido que afecta todo el ciclo de la vida. Las madres malnutridas procrean hijos de peso menor al normal, que no sólo se enfrentan a riesgos en lo inmediato, sino también en su juventud, con una doble disminución física y mental. En algunas sociedades ello afecta a la mitad de la población.

La niñas gestadas por madres malnutridas resultarán, entonces, mujeres adultas malnutridas, las cuales, a la hora de volverse madres, gestarán a su vez hijos malnutridos.

La mujer se torna, de esta perversa manera, en víctima y "mediadora" de las generaciones de malnutridos.

Todo ello nos enfrenta a un imperativo ético (y jurídico) respecto de las mujeres mismas, y respecto de la salvaguarda de las futuras generaciones a no verse expuestas a la perpetuación de este estado de cosas. Nos enfrenta a un círculo que debe ser quebrado¹⁸⁰.

Algo de esto está contenido, a nuestro juicio, en el "ciclo trágico en que el futuro de

¹⁸⁰ V. *The right to adequate food...*, cit. en nota 107, pp. 5/6. Según la OMS, el estado de nutrición de los niños es adecuado en los Estados en que, al menos el 90% de los niños nace con un peso no menor de 2,5 kg., la tasa de mortalidad infantil se encuentra por debajo del 50 por 1000 de los nacimientos, y el 90% de los niños tiene un peso de acuerdo con los patrones mínimos fijados por dicha institución en sus Indicadores del Desarrollo para el Control de los Progresos hacia la Salud para Todos en el año 2000 -VAN BUEREN, *Geraldine*, *The International Law...*, cit. en nota 64, p. 315.

miseria es prácticamente inescapable" del que habla la Comisión Interamericana¹⁸¹.

La cuestión sobre la mortalidad materna, y las elevadísimas tasas de pobreza entre las madres solteras, lo que priva a sus hijos de la protección a que tienen en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también es advertida por el Comité de Derechos Humanos¹⁸². Es de suma importancia en este tema, el art. 12.2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁸³, y la Recomendación General 24 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, relativa a la mujer y la salud, de 1999¹⁸⁴, entre otros instrumentos ya recordados.

En todo caso, la falta de prestaciones adecuadas para la mujer embarazada "no cumple" con el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁸⁵.

En tal sentido, la eventual supeditación del derecho a la preservación de la salud y el bienestar al nivel que permitan los recursos públicos, señalada en el art. XI de la Declaración Americana, no está contemplada en el derecho de protección a la maternidad y a la infancia del art. VII de ésta, que es de exigibilidad inmediata, tal como lo señala la Comisión Interamericana¹⁸⁶.

Cada año nacen 30 millones de bebés con problemas de crecimiento ocasionados por una nutrición mediocre durante el desarrollo fetal¹⁸⁷.

¹⁸¹ *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana* (OEA/Ser.L/V/II.104. Doc. 49 rev. 1, 7-10-1999), Washington, CIDH, 1999, p. 78.

¹⁸² V.gr.: *Examen del tercer informe periódico de Jamahiriva Árabe Libia*, 2-11-1998, y *Examen del cuarto informe periódico del Gobierno del Canadá*, 6-4-1999, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Nueva York, Naciones Unidas, vol. I, A/54/40, p. 32, párr. 129, y p. 51, párr. 242, respectivamente.

¹⁸³ "...los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia".

¹⁸⁴ HRI/GEN/1/Rev.4, 7-2-2000, párrafos 6/7, p. 194.

¹⁸⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales al informe inicial de Suiza*, 3-12-1998, E/C.12/1/Add.30, 7-12-1998, párr. 15.

¹⁸⁶ *Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Perú* (OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 59 rev., 2-6-2000), Washington, CIDH, 2000, p. 172; asimismo, pp. 195/196 sobre las muertes de niños por desnutrición, infecciones...; y *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay* (OEA/Ser.L/V/II.110. Doc. 52, 9-3-2001), Washington, CIDH, 2001, p. 67, párr. 18.

¹⁸⁷ V. *Derecho a la alimentación. Informe preparado por el Sr. Jean Ziegler...*, cit. en nota 115, párr. 75, p. 78.

Y la Argentina no resultaría ajena a este perverso ciclo, y de manera creciente¹⁸⁸.

La Convención Americana fue particularmente cuidadosa al señalar que el derecho a la vida estará protegido por la ley "a partir del momento de la concepción" (art. 4.1).

Pero también cabe insistir, y con voz de alarma, en que tal protección ya se encontraría debilitada si no se previera, de manera real y concreta, la debida y justa protección de las madres en potencia.

En el orden interno, dictar un régimen de seguridad social e integral en protección del niño y de la madre es encomienda dirigida claramente al Congreso (art. 75.23).

9. OBLIGACIONES DEL ESTADO

El tema de las obligaciones del Estado, por lo menos a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya ha sido objeto de estudio en esta revista¹⁸⁹.

Sin embargo, no sería ocioso recordar que el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exhibe una importancia capital en la medida en que contiene la naturaleza de las obligaciones jurídicas que éste impone a los Estados Partes, y determina la manera en que éstos deben plantearse la realización efectiva de los derechos sustantivos, vale decir, de los contenidos en los arts. 6 a 15. Luego, dicha norma posibilita tener una comprensión cabal del citado Pacto y debe concebirse en una relación dinámica con todas las demás disposiciones de aquél¹⁹⁰.

La citada norma expresa: "1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados,

¹⁸⁸ Así lo indicaría una reciente estudio de más de cuatro años, realizado por el Centro de Educación Médica e Investigación Clínica Norberto Quirno (CEMIC) -v. diario *La Nación*, 12-6-2001, pp. 1 y 12.

¹⁸⁹ V. **GIALDINO, Rolando E.**, "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional", en *investigaciones 2* (1999), pp. 383/392.

¹⁹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 1 del art. 2 del Pacto*, 14-12-1990, E/1991/23, párr. 1.

inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. 2. Los Estados Partes en el Presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Ahora bien, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tiene señalado que "todo derecho humano" impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: de respetar (9.1), de proteger (9.2) y de realizar (9.3), y lo ha hecho precisamente y por primera vez en su ya mencionada Observación General 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada (párr. 15)¹⁹¹, así como lo reiteraría en sus posteriores Observación General 13 sobre el derecho a la educación (párrafos 46/48) y Observación General 24 sobre el derecho a la salud (párrafos 35/37). Es oportuno advertir que si bien este cuadro de obligaciones ha sido elaborado por dicho Comité en el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, igualmente podría ser válidamente trasladado al ámbito de otros instrumentos de derechos humanos.

Con tales bases, y en lo que atañe al derecho motivo de este trabajo, cabe sostener:

9.1. RESPETAR

La obligación de "respetar" el acceso a un nivel de vida adecuado existente, requiere que los Estados -lo cual incluye, naturalmente, a todos sus órganos y agentes- no adopten ni toleren medidas de ningún tipo que tengan como resultado impedir dicho acceso (v. Observación General 12, párr. 15).

Es asunto, agregaríamos, de que el Estado no intervenga en aquellos supuestos en que los individuos o los grupos puedan asumir la carga de sus propias necesidades sin reducir las de los otros que deseen hacer lo mismo. Particular atención merecen las colectividades, v.gr., los pueblos indígenas y tribales, a fin de que se les permita controlar colectivamente las condiciones por las que se aseguran la satisfacción de la carga

¹⁹¹ El esquema fue sugerido originariamente por el Relator Especial, A. Eide -v.: *The right to adequate food and to be free from hunger. Updated study on the right to food, submitted by Mr. Asbjørn Eide in accordance with Sub-Commission decision 1998/106, E/CN.4/Sub.2/1999/12, 28-6-1999, p. 12; y EIDE, Asbjørn, "The Right to an Adequate Standard..."*, cit. en nota 66, p. 133.

mencionada mediante sus recursos, lo que significa el respeto de sus derechos sobre sus recursos naturales. La Convención 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales es, nuevamente, de particular aplicación en esta hipótesis. Es todo ello una cuestión que integra, asimismo, los exámenes de los informes estatales por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial¹⁹² y del Comité de Derechos Humanos¹⁹³, así como las competencias contenciosas de este último¹⁹⁴ y de la Comisión Interamericana¹⁹⁵.

Entre las sugerencias y recomendaciones que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial formuló a la Argentina en 1997, figuró, entre otras, la de incluir toda la información disponible sobre la situación socioeconómica de los miembros de las comunidades indígenas y de minorías étnicas, principalmente sobre su participación en la vida política y económica del país, no sin antes observar que entre las principales víctimas del desempleo y de la pobreza figuraban integrantes de dichos grupos¹⁹⁶.

Tanto por razones históricas como por principios morales y humanitarios -las palabras son de la Comisión Interamericana en instancia contenciosa-, la protección de las poblaciones indígenas constituye "un sagrado compromiso de los estados"¹⁹⁷.

Los gobiernos de territorios poblados por inmigrantes (América, Australia, Nueva Zelanda) no han sido frecuentemente representativos, o responsables, de sus poblaciones indígenas. Es así que las desposesiones de tierras de grupos vulnerables mediante la participación -o la aquiescencia- gubernamental, también se alinean en este punto, de todo

¹⁹² V.gr. *Examen de los informes periódicos 10°, 11° y 12° de Australia*, 24-3-2000, en *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, Nueva York, Naciones Unidas, 2000, A/55/18, p. 10, párr. 41, relativo a los derechos económicos, sociales y culturales.

¹⁹³ V.gr.: *Examen del cuarto informe periódico de Chile*, 30-3-1999, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Nueva York, Naciones Unidas, vol. I, A/54/40, p. 47, párr. 218; *Examen del cuarto informe periódico del Gobierno del Canadá*, 6-4-1999, en *idem*, p. 49, párr. 230; *Examen del cuarto informe periódico de Costa Rica*, 8-4-1999, en *idem*, p. 57, párr. 290; *Examen del informe inicial de Camboya*, 22-7-1999, en *idem*, p. 62, párr. 311, y *Examen del cuarto informe periódico de México*, 22/23-7-1999, en *idem*, p. 66, párr. 321.

¹⁹⁴ V.gr., Comunicación N° 760/1997, *J.G.A. Diergaardt y otros c. Namibia*, dictamen del 25-7-2000, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Ginebra, 2000, vol. II, A/55/40, p. 132.

¹⁹⁵ *Informe N° 36/00. Caso 11.101. Masacre "Caloto". Colombia*, 13-4-2000, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, Washington, CIDH, 2000, vol. I, p. 505, párrafos. 38/9.

¹⁹⁶ *Observaciones finales a los informes periódicos 11 a 14 de Argentina*, 20/21-8-1997, A/52/18.

¹⁹⁷ *Resolución N° 12/85. Caso N° 7615 (Brasil)*, 5-3-1985, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984-1985*, Washington, CIDH, p. 31, párr. 8.

lo cual es sumamente representativa la política del *apartheid* que fue practicada durante años en Sudáfrica.

Frecuentemente, los gobiernos han contribuido a la desposesión de tierras de grupos débiles con el fin de promover lo que los grupos dominantes consideraban la consecución de fines nacionales, p.ej., la construcción de grandes represas que destruían el medio de vida de las personas que habitaban la región. Se trata de prácticas que Kinhide Mushakoji denomina como "desarrollo racista", desde que sirven a los intereses de las elites urbanas y perjudican a los grupos indígenas u otros grupos vulnerables, incapaces para influir en las políticas adoptadas en las metrópolis nacionales¹⁹⁸.

Determinados atentados al hogar, como su destrucción deliberada, imputables al Estado constituirían flagrantes violaciones de la presente obligación. También irrogarían una seria interferencia a los derechos al respeto de la vida privada y familiar, y al pacífico disfrute de la posesión, tal como lo entendió la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante Corte Europea) con base en los arts. 8 de la Convención Europea y 1 de su Protocolo 1¹⁹⁹.

Esta obligación, por cierto, no impide toda intervención del Estado tendiente, p.ej., a la promoción de métodos más eficaces, en determinados grupos o comunidades, para la satisfacción de dichas necesidades. Pero ello debe ser siempre llevado a cabo teniendo como punto de partida los conocimientos, experiencias y estrategias de los mentados grupos que, en muchos casos, demuestran haber alcanzado un alto grado de eficacia y equilibrio, sobre todo en lo que hace al medio ambiente.

9.2. PROTEGER

La obligación de "proteger" requiere que el Estado adopte medidas para velar que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a un nivel de vida adecuado (v. Observación General 12, párr. 15).

¹⁹⁸ EIDE, Asbjørn, "The Right to an Adequate Standard...", cit. en nota 66, p. 143, en la que se registra la opinión de K. Mushakoji citada en el texto.

¹⁹⁹ Corte Europea, *Akdivar y otros c. Turquía*, sentencia del 16-9-1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, párr. 88.

Nos hallamos ahora ante situaciones que requieren un cierto grado de protección de los individuos contra elementos agresivos o autoritarios: intereses económicos poderosos cuando se muestran impudicos; fraudes y prácticas no conformes a la ética de las relaciones comerciales y contractuales... En el supuesto de la alimentación, esta obligación puede requerir, p.ej., medidas legislativas para amparar a los consumidores respecto de productos nocivos o prácticas comerciales dañosas²⁰⁰ o precios injustificados, y también que el sector empresarial privado, tanto nacional como transnacional, actúe dentro del marco de un código de conducta establecido de común acuerdo con el Gobierno y la sociedad civil (Observación General 12, párr. 20)²⁰¹. Los Estados, como un componente de su obligación de proteger los recursos alimentarios básicos para el pueblo, deben adoptar medidas adecuadas tendientes a garantizar que las actividades del sector privado y de la sociedad civil sean conforme con el derecho a la alimentación (ídem, párr. 27).

En el área de la vivienda, tal como lo hemos expresado en las páginas anteriores, pesa sobre el Estado, v.gr., proteger a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres (Observación General 4, párr. 8.c; v. *Directrices*, párr. 44.b.v y c.iv), y contra la especulación inmobiliaria: las *Directrices* solicitan información sobre las "leyes que restrinjan la especulación en materia de vivienda o de bienes..." -párr. 44.c.ix. También le corresponde prevenir que, debido a las crisis o a otras situaciones temporarias, las personas se vean obligadas a vender sus tierras por la imposibilidad de afrontar sus deudas.

En este sentido, el punto radica en que los Estados prevean redes que hagan posible que las personas que se encuentran en la línea de pobreza, puedan superar la crisis y volver a ser capaces de asegurarse su propio nivel de vida adecuado, por sus propios medios²⁰².

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha recomendado, en situaciones de acuciante escasez de viviendas y de personas sin ésta, que se establezcan las

²⁰⁰ Ver *The right to adequate food...*, cit. en nota 107, párr. 122; y *Le droit à une alimentation suffisante...*, cit. en nota 21, pp. 40/41.

²⁰¹ En fecha reciente, y sumándose a otros documentos, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) dictó las *Pautas para las Empresas Multinacionales* que contienen previsiones sobre empleo, intereses de los consumidores, reglas de competitividad..., señalando, entre las políticas generales, el respeto de los derechos humanos de manera compatible con las obligaciones internacionales del Estado receptor (II.2) -v. el texto completo en *International Legal Materials*, ASIL, vol. XL, enero 2001, n° 1, p. 237 y sigs. Las Pautas fueron acompañadas por Argentina, Brasil, Chile y la República Eslovaca -v. p. 236

²⁰² EIDE, Asbjørn, "The Right to an Adequate Standard...", cit. en nota 66, pp. 143/144.

bases de fijación de alquileres de forma que se protejan al mismo tiempo los derechos de los propietarios y de los inquilinos, especialmente el derecho relativo a los grupos sociales más vulnerables. En todo caso, habrán de ser dispuestas medidas para asistir a aquellos que se ven en peligro de quedarse sin vivienda o que de hecho se quedan sin ella, con motivo de la subida de los alquileres al eliminarse los subsidios para su pago²⁰³.

Respecto de la Argentina, en 1994, el anteriormente citado Comité observó con preocupación la disposición jurídica que permitía aumentos de cerca del 12% de los alquileres, aproximadamente el doble de la tasa de inflación registrada en el año anterior, mientras que los salarios se encontraban aparentemente congelados. Si bien se congratulaba de las iniciativas del Gobierno para acabar con el déficit de viviendas en el país, advirtió que no existía indicación alguna de que su política, ya sea la actualmente aplicada a la planeada, fuese suficiente. Añadió a esto último su honda preocupación por el número considerable de ocupaciones ilegales de edificios, sobre todo en Buenos Aires, y las condiciones en que se llevaban a cabo las correspondientes expulsiones: el Comité señala al Gobierno el texto de la Observación General N° 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada y le insta a que la política, las leyes y la práctica, tomen debidamente en cuenta esa Observación General²⁰⁴. En 1999, dicho órgano internacional reiteró conceptos análogos sobre nuestro país, agregando que las iniciativas públicas ante la falta de vivienda habían sido inadecuadas y que debía revisar, con carácter prioritario, los procedimientos en vigor para el desalojo de lo ocupantes ilícitos. También le solicitó que le proporcionara datos estadísticos completos sobre la situación de vivienda en el país²⁰⁵.

Es preocupación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales la existencia de disposiciones legales por las que puedan llevarse a cabo desalojos "sin proporcionar al mismo tiempo una solución de vivienda". De ahí que recomiende a los Estados que se especifiquen en las leyes las condiciones en que pueden producirse los

²⁰³ *Observaciones al tercer informe periódico de Polonia*, 14-5-1998, E/C.12/1/Add.26, párr. 25; para un resumen de este documento, v. *investigaciones 3* (1998), p. 535.

²⁰⁴ *Observaciones finales al segundo informe periódico de Argentina*, 8-12-1994, E/C.12/1994/20. V. asimismo, *Directrices*, párr. 44.b.iii y vii.

²⁰⁵ *Observaciones finales al segundo informe periódico de la República Argentina*, 1999, E/C.12/1/Add.38, 8-12-1999, párrafos 20, 21, 27, 35 y 36 -el texto completo puede consultarse en *investigaciones 3* (1999), pp. 758/761. El incremento arbitrario de los alquileres fue señalado por el Comité cit., v.gr., en sus *Observaciones finales al tercer informe periódico de Australia*, 31-8-2000, E/C.12/1/Add.50, 8-9-2000, párr. 21.

desalojos y "se disponga lo necesario para dar soluciones de vivienda sustitutoria a los desalojados"²⁰⁶.

En concordancia con lo antedicho, el mencionado Comité sugiere que se faciliten a los inquilinos información sobre "los derechos y deberes de cada cual y sobre los medios de asistencia públicos y privados de que pueden disponer..."²⁰⁷.

La jurisprudencia de diversos países muestra casos relacionados con el tema. La Corte de Arbitraje belga, p.ej., admitió la validez de impuestos establecidos a las habitaciones desocupadas por guardar relación con el objetivo de la lucha en materia de vivienda. La Corte subrayó la obligación que pesa sobre el legislador, de acuerdo con el ya citado art. 23.3 de la Constitución de Bélgica, de garantizar el derecho a una vivienda digna²⁰⁸.

La validez de las normas de emergencia que prorrogaban los contratos de locación vencidos fue admitida por la Corte Constitucional de Rumania: el contenido de la noción de nivel de vida decente debe ser examinado en relación con las situaciones encaradas por el legislador, y teniendo en cuenta la normativa internacional sobre derechos humanos, en virtud de los arts. 11 y 20 de la Constitución. A tal fin, de acuerdo con el art. 25 de la Declaración Universal, el derecho a un nivel de vida suficiente contiene el derecho a la vivienda, y el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que prevé la obligación de los Estados de reconocer el derecho de toda persona a un nivel de vida suficiente para sí y para su familia, se refiere expresamente también al derecho a la vivienda. Las medidas litigiosas representan una política legislativa que se inscribe en el conjunto de las disposiciones de la Constitución²⁰⁹. La citada Corte rumana, con

²⁰⁶ *Observaciones al tercer informe periódico de Polonia*, 14-5-1998, E/C.12/1Add.26, párrafos. 16 y 25; para un resumen de este documento, v. *investigaciones* 3 (1998), p. 535.

²⁰⁷ *Idem* nota anterior, párr. 25.

²⁰⁸ Asimismo, dicho impuesto no violaría el principio constitucional de igualdad salvo que fuese aplicada en casos en que la desocupación no dependiera de la voluntad del propietario del inmueble deshabitado -sentencia 67/2000, 14-6-2000, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Consejo de Europa, 2000, 2, p. 297. El nombre de este tribunal, derivado de razones históricas, no debe ocultarnos el hecho de que resulta la Corte Constitucional de Bélgica, aun cuando su competencia en materia de derechos fundamentales no es del todo amplia incluso a la luz de un proyecto de reformas en curso -v., sobre esto último, **SIMONART, Henri** y **VERDUSSEN, Marc**, "La Réforme de la Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux", en *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, Bruselas, Bruylant, 2000, n° 2, p. 183 y sigs.

²⁰⁹ Decisión 224/1999, 7-12-1999, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Consejo de Europa, 2000, 2, p. 394.

anterioridad, y sobre la base de la Constitución y del antes citado art. 11, ya había rechazado un planteo de inconstitucionalidad contra una ley que prorrogaba los contratos de locación en vías de ejecución²¹⁰.

De su parte, la Corte Constitucional croata admitió la constitucionalidad de disposiciones legales que reglamentaban los alquileres y otros aspectos de la relación locativa, rechazando los agravios de los propietarios fundados en el derecho de propiedad²¹¹.

En otro supuesto, el Tribunal Constitucional de Polonia observó el criterio normativo en materia de prestaciones para la vivienda (ayudas a las familias de pobres ingresos para compensar una parte de los gastos de vivienda), señalando que debía hacer referencia a la situación financiera de las familias interesadas a fin de respetar el principio de legalidad²¹².

Con motivo de la unificación alemana, el Tratado de 1990 y una ley, dispusieron que los bajos alquileres que pagaban los inquilinos de la ex República Democrática alemana serían mantenidos durante un período transitorio. La propietaria de unos edificios alquilados inició una acción, ante la Corte Constitucional Federal alemana, por la que consideró inconstitucionales las normas que le impedían aumentar los alquileres. La Corte, empero, no se hizo eco del planteo, según los siguientes fundamentos: a) la fijación de un máximo al importe de los alquileres no constituye una violación del derecho de propiedad; b) el legislador debe velar para que se instaure un equilibrio entre los derechos de los locatarios y los derechos de los propietarios, ambos protegidos por la Constitución; c) por lo anterior, el legislador dispone de un amplio margen de apreciación para conciliar este tipo de conflicto; y d) visto el carácter módico de los ingresos de la mayor parte de los ciudadanos de la ex República Democrática alemana, puede estar justificado limitar el monto de los alquileres²¹³.

²¹⁰ Decisión n° 30/6.04.1994, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Consejo de Europa, 1994, 1, p. 53.

²¹¹ Decisión U-I-408/1998, 11-6-1998, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Consejo de Europa, 1998, 3, p. 417.

²¹² Caso U 1/96, 16-12-1996, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Consejo de Europa, 1996, 3, p. 421.

²¹³ Por otro lado -agregó la Corte-, durante la transición de una economía planificada y centralizada a otra de mercado, el Estado no está obligado a cubrir los costos soportados por los propietarios para el mantenimiento de los edificios -Sala Primera, 1 BvR 351/91, 22-11-1994, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Consejo de Europa, 1995, 1, p. 6.

El tema de las expropiaciones presenta, en la siguiente causa del Tribunal Federal de Suiza, un nexo con los problemas de vivienda antes aludidos: la expropiación del uso de habitaciones dejadas abusivamente vacías está justificado ante un interés público suficientemente importante, como lo es la existencia de un mercado locativo afectado por la penuria, en el que la tasa de habitaciones vacantes es inferior al 2%²¹⁴.

En suma, muchos de los sin techo son víctimas de la "avaricia", mayormente cuando la vivienda constituye un "bien social primario" que no puede ser considerado simplemente como un objeto de "mercado". Toda práctica de especulación que desvía el uso de la propiedad de su función social al servicio de la persona "hay que considerarla un abuso". Por lo demás, "existen personas sin casa, pero existen también casas sin personas adentro"²¹⁵.

Dice bien P. Lambert que el juez nacional no debería admitir que en una sociedad democrática, las habitaciones puedan quedar vacías por el solo *bon vouloir* de su propietario²¹⁶.

El hecho de que el suelo es un bien indispensable y que no se reproduce -entiende la Corte Constitucional Federal de Alemania- impide que su uso sea dejado a la interacción imprevisible de fuerzas ciegas y a la discreción de los individuos. Un sistema jurídico y un orden social justo, exigen que los intereses de la comunidad en materia de tierras sean tomados en cuenta de una manera más escrupulosa que en el caso de otras formas de riqueza.

De un punto de vista tanto histórico como contemporáneo -citamos otro precedente de la mencionada Corte germana- la garantía de la propiedad en tanto que derecho fundamental elemental, debe ser comprendida en el estricto contexto de la libertad personal; en consecuencia, dicha garantía tiende a permitir a su titular el derecho de estructurar su vida de manera autónoma.

El principio establecido por la Constitución -juzgó la antedicha Corte- según el cual se debe hacer un uso de la propiedad privada que guarde arreglo con el interés público, supone la necesidad de tomar en cuenta las necesidades de los ciudadanos que son llevados a usar de la propiedad en cuestión. El alcance de las obligaciones que hace pesar la Constitución sobre el propietario, y que debe instrumentar el legislador, depende del hecho de saber si sí o si no, y en qué medida, la propiedad en cuestión es de utilidad social y

²¹⁴ Sentencia del 17-11-1993, 1P.654/1992, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Consejo de Europa, 1994, 1, p. 69.

²¹⁵ V. *¿Qué has hecho de tu hermano sin techo?...*, cit. en nota 53, pp. 13, 26 y 27.

²¹⁶ LAMBERT, Pierre, "Le droit de l'homme...", cit. en nota 119, p. 54.

satisface una función social. Cuanto más un individuo depende del uso de la propiedad de otro, más grande es la facultad de intervención del legislador²¹⁷.

Por otro lado, la citada Corte Constitucional Federal de Alemania también ha entendido constitucionales determinadas leyes tendientes a combatir precios exorbitantes en materia de alimentos y medicamentos²¹⁸.

El punto **10.7** aportará otras sentencias vinculadas con cuestiones análogas, de la Corte Europea.

La reforma del Código Penal francés de 1992 introdujo los delitos relativos a la imposición de condiciones de habitación (y de trabajo) contrarias a la dignidad de la persona humana, tendientes a proteger a los individuos vulnerables o en estado de dependencia especialmente económica contra tipos de comportamiento imputables tanto a personas físicas como morales, de locatarios ávidos e inescrupulosos (art. 225-14)²¹⁹. La Corte de Casación francesa (Sala Criminal) consideró bien aplicada dicha norma, por la Cámara de Apelaciones de París, a una locación que contravenía las disposiciones del Reglamento sanitario relativas, especialmente, a la superficie mínima de las habitaciones, a la altura de sus techos, al escurrimiento de aguas pluviales, al grosor y aislamiento de las paredes y a la instalación eléctrica. El local en juego, que no excedía de los 20 metros cuadrados, estaba ocupado por tres personas, entre ellas un niño y una mujer embarazada, cuya salud estaba en peligro por la humedad y las condiciones de la calefacción que causaron una intoxicación de monóxido de carbono. El ocupante, extranjero en situación irregular, estuvo compelido a aceptar dichas condiciones para poder instalarse en la región parisina y trabajar allí. Estas circunstancias caracterizaron la incompatibilidad de las condiciones de habitación con la dignidad humana de las que resultaba que el procesado abusó de la situación de dependencia

²¹⁷ Este precedente y los mencionados en los dos párrafos anteriores del texto, son citados por **LUCHTERHANDT, Otto**, "Le rôle de la Cour constitutionnelle fédérale dans le domaine économique", en *La transition vers un nouveau type d'économie et ses reflets constitutionnels*, Comisión europea para la democracia por el derecho, Consejo de Europa, 1996, pp. 76/77.

²¹⁸ **LIEBENBERG, Sandra**, "The Protection of Economics and Social Rights...", cit. en nota 56, p. 75.

²¹⁹ **V. KOERING-JOULIN, Renée**, "La dignité de la personne humaine en droit pénal", en *La dignité de la personne humaine*, París, Economica, 1999, pp. 71/72.

del inquilino²²⁰.

Las violaciones a los derechos humanos y la responsabilidad internacional del Estado, cabe reiterarlo, pueden producirse por actos directamente realizados por los Estados, pero también por los llevados a cabo por agentes no estatales cuya actividad estuviese insuficientemente regulada por dichos Estados (Observación General 12, párrafos 19 y 27).

Ocupa un buen lugar en esta plaza la labor del Estado en materia de regulación de la tierra y los espacios en las áreas urbana y rural (códigos de edificación, normas sobre medio ambiente...).

También lo hace el art. 42 de la Constitución Nacional relativo a los consumidores y usuarios de bienes y servicios, especialmente en cuanto dispone que las autoridades proveerán a la protección de "toda forma de distorsión de los mercados", al "control de los monopolios naturales y legales" y "a la calidad y eficiencia de los servicios públicos", y el art. 43 sobre los medios procesales correspondientes.

9.3. REALIZAR: FACILITAR Y HACER EFECTIVO

La obligación de "realizar" el derecho a un nivel de vida adecuado presenta dos perspectivas la de "facilitar" (**A**) y la de "hacer efectivo" (**B**) el mencionado derecho.

A. La obligación de "realizar-facilitar" significa que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos que aseguren un nivel de vida adecuado (v. Observación General 12, párr. 15).

Es este un terreno en el que exhibe todo su peso el inciso 2 del art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el cual los Estados asumen el deber de mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la

²²⁰ *Mme X...*, 11-2-1998, *Dalloz*, 1998, n° 12, IR, p. 89. El alquiler ascendía a 3.200 francos franceses, y al propietario le fue impuesta una multa de 60.000 francos franceses por la Cámara de Apelaciones. V. sobre este caso: **MAYAUD, Ives**, "Infractions contre les personnes", en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, París, Dalloz, 1998, n° 3, pp.542/543 -para un resumen de este artículo, v. *investigaciones* 3 (1998), p. 613.

divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logre la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales. Sobre ello versan, en particular, las *Directrices* (v.gr. párr. 43.e, f y g).

Por cierto que algunos de estos temas, como el de la "reforma agraria", están presentes, v.gr., en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14.2.g)²²¹.

Se inscriben en este campo, por otro lado, las iniciativas legales tomadas por el Estado para facilitar el acceso a los diversos derechos que componen el derecho a un nivel de vida adecuado, v.gr., planes de vivienda, líneas de crédito a los necesitados, mas que no originen en éstos un sobre endeudamiento peligroso, y los programas para mejorar la capacitación de las personas para ganarse su vida. En todo ello, es de relevancia la participación de los interesados, como lo hemos advertido en el punto 5 (sub o), lo cual en alguna medida también deriva del párrafo segundo del art. 42 de la Constitución Nacional: "Las autoridades proveerán... a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios", a lo que añade la "necesaria participación" de éstos en los "organismos de control" de determinados servicios públicos (ídem, párrafo tercero), y sus facultades procesales (Constitución Nacional, art. 43).

Tampoco es extraño en esta área que las viviendas construidas por los Gobiernos no beneficien a los sectores más pobres de la sociedad²²².

La mayoría de los Informes sobre países de la Comisión Interamericana que citamos en este trabajo, ponen en evidencia la mayúscula concentración de la propiedad de la tierra en un escasísimo número de manos en América Latina. Inequidades éstas, por otro lado, que van en aumento.

Es ello muestra de un fenómeno de mayores proporciones: "En general, los países de América Latina se han distinguido a través de los años por la mala distribución de la riqueza"²²³.

²²¹ Sobre la reforma agraria en Colombia, v. *Cuartos informes periódicos presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto*. Colombia, E/C.12/4/Add.6, 31-8-2000, pp. 82/83.

²²² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales al Informe de la República Dominicana*, 8-12-1994, en *Revista IIDH*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995, n° 21, p. 395, párr. 321.

²²³ *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México* (OEA/Ser.L/V/II.100. Doc. 7 rev. 1, 24-9-1998), Washington, CIDH, 1998, párr. 590, p. 135.

Cabe recordar, al respecto, lo arriba expuesto sobre el derecho a la propiedad de los bienes que hacen a la vida digna.

B. Cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar del derecho a un nivel de vida adecuado por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de "realizar-hacer efectivo" ese derecho directamente (v. Observación General 12, párr. 15).

Esta obligación puede verse satisfecha por la distribución directa del bien que esté en juego o, de manera subsidiaria, mediante una asistencia o prestación sustitutiva.

En una anterior oportunidad hemos formulado la siguiente pregunta: ¿significa el "derecho a trabajar" previsto en el art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que el Estado deba emplear, o mandar emplear, a todo desocupado involuntario?²²⁴

Y respondimos que, en tal supuesto, la obligación de "hacer efectivo" el derecho adquiere, al menos, un sentido subsidiario: el seguro de desempleo. No otra conclusión podría seguirse de las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1999, pronunciadas precisamente en el caso de Argentina. Por un lado, su preocupación por la "altísima tasa de desempleo (casi el 15%)"; por el otro, su paralela preocupación por el hecho de "que las prestaciones de desempleo sólo beneficien a un 6% de los desempleados y excluyen a algunas categorías de trabajadores, como el servicio doméstico y los obreros de la construcción en las zonas rurales y los empleados públicos"²²⁵.

Asimismo, y habida cuenta de que lo concerniente al derecho a un nivel de vida adecuado puede ser válidamente emplazado en el ámbito de la "seguridad social"²²⁶, también cuadra añadir otra expresa observación del anteriormente citado Comité: "El artículo 9 (del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) prevé de manera general que los Estados Partes 'reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social,

²²⁴ GIALDINO, Rolando E., "El trabajador y los derechos humanos", en *investigaciones 2* (2000), pp. 442/443.

²²⁵ *Observaciones finales al segundo informe periódico de la República Argentina*, E/C.12/1/Add.38, 8-12-1999, párrafos 12 y 14. Asimismo: *Observaciones finales sobre la situación de la observancia por San Vicente y las Granadinas de los derechos económicos, sociales y culturales*, 1997, en *Revista IIDH*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, enero-junio 1998, n° 27, p. 583, párr. 25.

²²⁶ V. *Le droit à une alimentation suffisante...*, cit. en nota 21, p. 41.

incluso el seguro social', sin precisar la índole ni el nivel de protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término 'seguro social' quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas"²²⁷.

Estas consideraciones son de marcada trascendencia, pues la pregunta que formuláramos respecto del derecho a trabajar también suele ser planteada, v.gr., respecto de los derechos que ahora nos ocupan: ¿debe el Estado proporcionar alimentos, vivienda y vestido, a quien carece de estos bienes involuntariamente?

Como se lo advertirá, la respuesta afirmativa es ineludible a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la interpretación dada a éste por el Comité respectivo, con la ya formulada salvedad que "proporcionar" puede también asumir la forma, v.gr., de una asistencia económica suficiente para satisfacer los requerimientos de una nutrición, techo y ropa adecuadas.

El art. 25 de la Declaración Universal claramente establece que toda persona tiene derecho "a los seguros sociales en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad" (art. 25.1).

A tal efecto, los Estados cuentan con un amplio abanico de instrumentos tendientes a realizar una verdadera redistribución equitativa de la riqueza nacional, v.gr., por intermedio de políticas impositivas real y equitativamente dirigidas a dicha finalidad.

La obligación que examinamos cobra mayor relieve ante situaciones, entre otras, de crecido desempleo, o de marginalización derivada de transformaciones en el área de la economía y la producción²²⁸.

¿De qué Estado respetuoso de los derechos humanos podríamos hablar, seriamente hablando, si aquél no debiera garantizar siquiera la subsistencia de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción?!

Podrá sostenerse, y con buenas razones, que a la luz del art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las obligaciones de los Estados deben ser observadas según las pautas de la "progresividad".

²²⁷ Observación General 6, párr. 26.

²²⁸ EIDE, Asbjørn, "Economic, Social and Cultural Rights...", cit. en nota 80, p. 24.

Mas con ello no se impugna lo anteriormente afirmado.

Esto es así puesto que, además de lo antedicho y tal como lo señalan los Principios de Limburgo, el citado art. 2.1 obliga a los Estados, con indiferencia de su nivel de desarrollo económico, a asegurar los derechos que hacen a la subsistencia de las personas. Además, en el empleo de los recursos disponibles habrá de conferirse prioridad a la realización de los derechos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, atendándose cuidadosamente a la satisfacción de los requerimientos que hacen a subsistencia de la población y a la provisión de los servicios esenciales²²⁹.

Es más; sobre la base de su extensa experiencia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entiende que está en cabeza de cada Estado una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de "cada uno de los derechos". Así, p.ej. "un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo con sus obligaciones en virtud del Pacto". En efecto, si el Pacto se interpretara de manera en que no estableciera una obligación mínima, "carecería en gran medida de su razón de ser" (Observación General 3, párr. 10).

Las Pautas de Maastricht reiteran conceptos análogos²³⁰.

Tal como lo observa P. Alston, la existencia de un contenido básico pareciera una consecuencia lógica del uso de la terminología de los derechos. No habría justificación para elevar una "reclamación" a la condición de un derecho (con todas las connotaciones que este concepto presuntamente tiene) si su contenido normativo pudiera ser tan indeterminado que permitiera la posibilidad de que los que ostentan los derechos no posean ningún derecho particular a nada. Por lo tanto, cada derecho debe dar lugar a un derecho mínimo absoluto,

²²⁹ *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, párrafos 25 y 28. Los mencionados Principios fueron elaborados por distinguidos expertos en derecho internacional, reunidos en Maastricht (2 a 6 de junio de 1986), a fin de considerar la naturaleza y alcances de los obligaciones de los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²³⁰ *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, párr. 9. Estas Pautas fueron elaboradas por un grupo de expertos reunidos en Maastricht (22 al 26-1-1997), en ocasión del 10º aniversario de lo Principios de Limburgo antes mencionados.

en ausencia del cual deberá considerarse que un Estado viola sus obligaciones²³¹.

Es de agregar el juicio de la Corte Constitucional de Italia: la tutela del derecho a la salud no puede dejar de adecuarse a los condicionamientos que el legislador encuentre en la distribución de los recursos financieros de que dispone; pero, las exigencias de las finanzas públicas no pueden asumir, en el balance del legislador, un peso tan preponderante que lleve a comprimir el núcleo irreductible del derecho a la salud, protegido por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana. Y es, ciertamente, a ese ámbito al que pertenece el derecho de los ciudadanos pobres, o indigentes según la terminología del art. 32 de la Constitución, a que les sea asegurada una cura gratuita²³².

Un derecho social bajo "reserva de cofres llenos" equivale, en la práctica, a ninguna vinculación jurídica²³³.

En todo caso, el Estado que aduzca su incapacidad para cumplir con estas obligaciones por razones que están fuera de su control, tiene "la obligación de probar que ello es cierto y que no ha logrado recabar apoyo internacional" a tal fin (Observación General. 3, párr. 10, y Observación General 12, párr. 17). Y, a todo evento, siempre el Estado habrá de acreditar que se empeñó en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos en las circunstancias reinantes (Observación General 3, párr. 11). Es preciso, al respecto, distinguir entre la "falta de capacidad" y la "falta de voluntad" de un Estado para cumplir sus obligaciones (Observación General 12, párr. 17). Las Pautas de Maastricht expresan que, tal como fue establecido en los Principios de Limburgo (párrafos 25/28) y resultó confirmado por el desarrollo de la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la escasez de recursos no releva a los Estados de un respeto mínimo de sus obligaciones relativas a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales (párr. 10).

Incluso la mentada "progresividad", dicho esto a modo de digresión dado lo antes

²³¹ **ALSTON, Philip**, "Out of the abyss: The Challenges confronting the new Committee on Economic, Social and Cultural Rights", en *Human Rights Quarterly*, Maryland, The Johns Hopkins University Press, 1987, vol. 9, pp. 352/353.

²³² Sentencia n° 309, 16-7-1999, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1999, fasc. 4, p. 2501, 2505; para un resumen: *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Consejo de Europa, 1993, 2, p. 236, y sus citas. V., asimismo, el caso 267/1998, 17-7-1998, en la publicación últimamente citada, 1998, 2, p. 257.

²³³ **GOMES CANOTILHO, José Joaquim**, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 4ª. ed., p. 471.

expresado, significa para el Estado la obligación de adoptar, dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, medidas deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de sus compromisos internacionales. La progresividad no es un suerte de condición, ya que es de la progresividad "efectiva" de la que habla el citado Pacto, en la que el Estado debe poner en juego "hasta el máximo de los recursos que disponga", incluso los provenientes de la cooperación internacional (art. 2.1 del Pacto cit.; Observación General 3, párr. 2 y pássim).

El punto **10.1** nos posibilitará ver que la Comisión Interamericana ha asentado pautas singularmente análogas a las del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Y un importante precedente de la Corte Interamericana a ser examinado en el punto **10.2.2** dará cuenta de la especificidad de las obligaciones positivas de los Estados en estos terrenos.

Es por ello que S. Leckie, comentando la recientemente recordada posición de P. Alston, observa que la identificación de núcleos mínimos de derechos, así como de núcleos mínimos de obligaciones estatales en el aseguramiento de estos derechos, sólo debe ser visto como un primer paso y no como la conclusión de un proceso²³⁴.

Por otro lado, la responsabilidad estatal puede verse comprometida por su actividad en organismos regionales e internacionales respecto de las medidas que éstos adopten.

Asimismo, las sanciones económicas tanto a escala internacional, como regional o unilateral, pueden resultar violatorias de los derechos económicos, sociales y culturales, y particularmente del derecho a una alimentación adecuada²³⁵. En el punto **2** hemos efectuado algunas indicaciones a este respecto.

También, por cierto, cabe agregar la obligación del Estado relativa a la presentación de los informes que requieren los diversos instrumentos internacionales a que hemos hecho

²³⁴ **LECKIE, Scott**, "Another Steps Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights", en *Human Rights Quarterly*, Maryland, The Johns Hopkins University Press, 1998, n° 1, pp. 101/102.

²³⁵ V. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 8, *Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales*, 12-12-1997, E/C.12/1997/8; y Observación General 12, párr. 37. Sobre el bloqueo a Irak dispuesto por el Consejo de Seguridad en 1991, v. *Derecho a la alimentación. Informe preparado por el Sr. Jean Ziegler...*, cit. en nota 115, párr. 31, p. 15.

referencia (v.gr. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 16; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 40), lo cual adquiere particulares contornos, en el plano interamericano, respecto de los derechos económicos, sociales y culturales (Convención Americana, art. 42; Protocolo de San Salvador, art. 19.1 a 6).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha advertido que, en numerosas oportunidades, los informes de los Estados Partes, mediante los cuales éstos también satisfacen una de sus obligaciones, suelen mostrar una clara insuficiencia en la información que proporcionan sobre el tema (Observación General 4, párr. 5, y Observación General 12, párr. 4). La tendencia de muchos gobiernos se inclina a la indolencia y, lo que es peor, al "camuflaje y la opacidad"²³⁶.

Los mentados tres tipos de obligaciones del Estado también pesan sobre las organizaciones interestatales y, particularmente, sobre las Naciones Unidas²³⁷.

9.4. PROGRAMAS Y EVALUACIONES

La realización del derecho a un nivel de vida adecuado requiere que los Estados recurran a programas y estrategias. Mas, éstos habrán de ser "verificables" a fin de posibilitar la "vigilancia nacional e internacional" (Observación General 12, párr. 29). De ahí que corresponda a los Estados considerar la posibilidad de aprobar una "ley marco" como instrumento básico de la estrategia nacional, en la que figuren disposiciones sobre el fin pretendido; las metas u objetivos que deben lograrse; el marco temporal que se fije a este último efecto; los medios por los cuales alcanzar los fines, especialmente la colaboración deseada con la sociedad civil, el sector privado y las organizaciones internacionales; la responsabilidad institucional del proceso, y los regímenes nacionales para vigilar el proceso, así como los posibles "procedimientos de recurso". Al preparar dichas referencias y la legislación marco, los Estados deben buscar la participación activa de organizaciones de la sociedad civil, de los interesados particularmente en la cuestión, la coordinación entre los diferentes órganos del Estado y las autoridades provinciales o regionales, y tomar en cuenta el aporte que puedan brindarles programas y organismos internacionales, v.gr., FAO,

²³⁶ V. *Derecho a la alimentación. Informe preparado por el Sr. Jean Ziegler...*, cit. en nota 115, párr. 57, p. 23.

²³⁷ *Idem anterior*, párr. 31, pp. 14/15.

UNICEF, FIDA (Fondo Integral de Desarrollo Agrícola), ACNUR y PNUD (Observación General 4, párr. 19, y Observación General 12, párrafos 22 y sigs.)²³⁸. La cooperación internacional, tanto en función del diseño de los programas y estrategias así como de la obtención de recursos financieros, es un medio al que, en su caso, debe recurrir el Estado, pues tiene una "importancia fundamental" en materia del derecho a un nivel de vida adecuado (Observación General 4, párr. 19, y Observación General 12, párr. 36).

La formulación y aplicación de las estrategias nacionales exige el pleno cumplimiento, p.ej., de los principios de "responsabilidad", "transparencia" e "independencia de la magistratura" (Observación General 12, párr. 23).

Los informes de los Estados, v.gr., deberán indicar "el PNB per cápita del 40% más pobre" de la población e indicar si existe un "umbral de pobreza" y, en caso afirmativo, "cuáles son los criterios para determinarlo" (*Directrices*, párr. 42.c), así como información detallada sobre los diversos tópicos antes mencionados (v. ídem, párrafos 43 y 44).

El Comité de los Derechos del Niño le requiere a los Estados que le proporcionen información sobre las medidas pertinentes adoptadas en cumplimiento de la ya citada Declaración y Plan de Acción para la Estrategia Mundial de la Vivienda hasta el Año 2000 (Hábitat II)²³⁹.

Empero, uno de los criterios básicos para medir la justicia o injusticia de las decisiones políticas y económicas "es su repercusión efectiva sobre los marginados de la sociedad"²⁴⁰.

De esta suerte, los Estados deben considerarse obligados a evaluar, sin demoras, la situación vigente en todo el país, y a repetir esas evaluaciones en intervalos breves. Mediante ello pueden identificarse los grupos que no disfrutaban de un nivel de vida adecuado y, sobre esas bases, tomar con urgencia las medidas necesarias para remediar la situación. Las reevaluaciones periódicas son necesarias, por un lado, para apreciar si las medidas adoptadas mejoraron la situación de los grupos en juego, y, por el otro, para advertir la eventual existencia de otros grupos en situación desventajosa no identificados

²³⁸ Sobre la propuesta de elegir un método "más realista" que el de la ley marco, por lo menos en el ámbito de la alimentación, v. *Le droit à une alimentation suffisante...*, cit. en nota 21, párrafos 60 y sigs., p. 23 y sigs.

²³⁹ *Directrices* de la citada Comisión, HRI/GEN/2, p. 81, párr. 103.

²⁴⁰ V. *¿Qué has hecho de tu hermano sin techo?...*, cit. en nota 53, párr. 1, p. 35.

inicialmente²⁴¹.

Lo anterior conduce a una temática de contornos muy particulares, dado que requiere el uso de indicadores apropiados.

Con prescindencia de otras finalidades claves, quisiéramos destacar, por ser un aspecto a veces no avalorado, que la creación de indicadores para los derechos económicos y sociales ofrece una oportunidad para extender el Estado de Derecho (*rule of law*), y por ende las obligaciones internacionales en derechos humanos, al campo de la economía política que ha quedado en gran medida inmune a las demandas de democratización, responsabilidad y plena aplicación de los estándares de derechos humanos²⁴². Dichos indicadores, en su relación con el derecho a un nivel de vida adecuado, incluyen: alimentación, condiciones de salud, cuidados..., desagregados por género, raza o etnia, grupos rurales/urbanos, y comprenden temas como, v.gr., la ingesta nutricional. Las *Directrices* del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hacen abundante referencia a dichos indicadores, y también las elaboradas por el Comité de los Derechos del Niño.

En tal perspectiva, cabe citar una importante iniciativa adoptada en Francia, la ley n° 98-657 (29-7-1998), llamada "ley de orientación en la lucha contra las exclusiones" -ya presentada por esta revista²⁴³-, que configura un texto marco que organiza y refuerza los grandes programas de acción social puestos en ejecución progresivamente sobre las bases de la ley del 1 de diciembre de 1988 que creó el ingreso mínimo de inserción (*RMI*). "La lucha contra las exclusiones -expresa su art. 1- es un imperativo nacional fundado en el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos y una prioridad en el conjunto de las políticas públicas de la Nación". El acceso a la vivienda exhibe una singular importancia

²⁴¹ **EIDE, Asbjørn**, "The Right to an Adequate Standard...", cit. en nota 66, p. 140/141. En sentido análogo: **LECKIE, Scott**, "The Right to Housing"..., cit. en nota 128, p. 157. V. Observación General 12, párr. 31.

²⁴² Sobre indicadores y estrategias, v. **TOMAŠEVSKI, Katarina**, "Indicators", en *Economic, Social and Cultural Rights* (EIDE, A.; KRAUSE, C. y ROSAS, A., eds.), Dordrecht/Boston/Londres, M. Nijhoff, 2001, p. 531; y **BOLIVAR, Ligia**, "Derechos Económicos, Sociales y Culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina", en *Estudios Básicos de Derechos Humanos V*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 85.

²⁴³ V. *investigaciones* 3 (1998), p. 754. El texto completo de la ley puede consultarse en *Recueil Dalloz*, París, 1998, n° 30, pp. 302/330. El 29-7-1998 el Consejo Constitucional francés se pronunció sobre la constitucionalidad de algunos aspectos de esta norma -decisión n° 98-403 DC, en *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 1998*, París, Dalloz, p. 276.

en dicho contexto normativo, destacándose los aspectos relativos a la movilización de la oferta de vivienda -mediante determinadas cargas impositivas sobre las habitaciones vacantes y un régimen de "requisición"-; al refuerzo de la actividad de los organismos que alquilan a título temporario a personas desfavorecidas; a la mejora del acceso al parque locativo social, y a los Fondos de Solidaridad para la Vivienda²⁴⁴.

Pero, como acertadamente lo contempla la ley citada, el problema no se reduce al acceso a la vivienda, sino también que corresponde prever medidas concernientes a la protección de los que ya ocupan una vivienda²⁴⁵.

Por lo demás, dicha ley también atiende, a través de diversas normas, a la formulación de un derecho a recursos mínimos²⁴⁶, y a los supuestos de personas excesivamente endeudadas²⁴⁷.

9.5. EL RETROCESO SOCIAL

La progresividad a la que hemos hecho referencia en diversas oportunidades, marca una indeclinable orientación para el quehacer estatal en todos sus planos y niveles, que no es otra que la dirigida hacia la "plena efectividad" de los derechos económicos, sociales y

²⁴⁴ V. **LAFORE, Robert**, "L'accès à un logement", en *Revue de droit sanitaire et social*, París, Dalloz, 1999, n° 2, pp. 283/304. Bélgica, para 1993, dicó una ley que contiene "un programa de urgencia para una sociedad más solidaria", destinada especialmente a remediar la situación de las personas sin techo -v. **LAMBERT, Pierre**, "Le droit de l'homme à un logement décent", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Bruselas, Nemesis/Bruylant, 2001, n° 45, pp. 50/52, con críticas a la implementación. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expresado su preocupación por la gran escasez de viviendas de interés social en Bélgica, especialmente en Flandes, así como otros aspectos de discriminación al respecto - *Observaciones finales al segundo informe periódico de Bélgica*, 28-11-2000, E/C.12/1/Add.54, 1-12-2000, párrafos 14 y 26. Sobre la legislación y experiencia inglesa en materia de derecho a la vivienda, v. **JACKSON, Nick**, "The Allocation of Social Housing", en *Droits et Libertés en Grande-Bretagne et en France* (DUBOURG-LAVROFF, S. y DUPRAT, J.P., eds), París/Montreal, L'Harmattan, 1999, p. 187 y sigs.

²⁴⁵ V. **BARKAT, Fadila**, "Le maintien dans un logement", en *Revue de droit sanitaire et social*, París, Dalloz, 1999, n° 2, pp. 305/322.

²⁴⁶ V. **BASCHEINIS, Agnès**, "Le droit à de ressources minimales", en *Revue de droit sanitaire et social*, París, Dalloz, 1999, n° 2, pp. 375/387.

²⁴⁷ V. **MOZAS, Philippe**, "La lutte contre les exclusions et l'endettement", en *Revue de droit sanitaire et social*, París, Dalloz, 1999, n° 2, pp. 388/406.

culturales. La expresión entrecomillada está tomada del art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que define, en términos abarcadores, el compromiso aceptado por los Estados Partes. Estamos, por ende, ante un principio que cubre todo el cuerpo de los derechos y garantías consagrados en dicho texto, y que éste reitera en otras prescripciones, v.gr., los arts. 6.1 y 2, 13.1 y 2, y 14.

Más aún. El derecho a un nivel de vida adecuado está reconocido en términos que explícitamente mencionan "una mejora continua de las condiciones de existencia" (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11.1). Es así que los informes a presentar por los Estados Partes en cumplimiento de la obligación del art. 16 del texto últimamente citado, deben proporcionar información sobre el nivel de vida actual de la población "tanto en general como respecto de los diferentes grupos socioeconómicos, culturales y de otra índole", y responder a los siguientes interrogantes: "¿Cómo ha variado el nivel de vida con el tiempo (por ejemplo, en comparación con hace diez y cinco años) respecto de esos grupos? ¿Ha habido una mejora continua de las condiciones de vida de toda la población o, en su defecto, de qué grupos?" (*Directrices*, párr. 42.a; asimismo, párrafos 43.b.iii y c, y 44.e).

La progresividad que informa a los derechos de dicho Pacto no se encuentra, entonces, definida implícitamente, como ocurre con otros textos internacionales de derechos humanos, sino explícitamente. Es un concepto destinado a hacer cada vez más rigurosos los estándares de exigibilidad²⁴⁸.

No se trata, bueno es recordarlo, de una sugerencia ni de un consejo, sino una obligación libremente asumida por los Estados.

Por otro lado, si bien la progresividad es una pauta de interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁴⁹, también lo es de los tratados de derechos humanos en general.

De ahí que dicho criterio de hermenéutica ocupa una plaza central, v.gr., en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, tal como más adelante será visto.

La Comisión Interamericana ha señalado, por su parte, que la obligación del

²⁴⁸ V. **NIKKEN, Pedro**, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas, 1987, p. 118 y sigs.; el último pasaje del texto corresponde a la p. 127.

²⁴⁹ Para la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, remitimos a **GIALDINO, Rolando E.**, "Los Derechos Económicos, Sociales...", cit. en nota 189, p. 380 y sigs.

desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales "exige como mínimo que la vigencia y acceso a los mismos no se reduzca con el transcurso del tiempo", y determina que las medidas se adopten de manera que "constante y consistentemente promuevan la plena efectividad" de estos derechos²⁵⁰. Los retrocesos en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, pueden configurar una "violación", entre otros, del art. 26 de la Convención Americana: "El carácter progresivo con que la mayoría de los instrumentos internacionales caracteriza las obligaciones estatales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales implica para los Estados, con efectos inmediatos, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos. Luego, los retrocesos en materia de derechos económicos, sociales y culturales pueden configurar una violación, entre otras disposiciones, a lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana". De tal suerte, dicha Comisión hizo suyos, explícitamente, los criterios del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 3) y los Principios de Limburgo²⁵¹.

Con lo dicho no pretendemos más que plantear la cuestión de lo que llamaríamos, tomando las expresiones de J.J. Gomes Canotilho, "principio de prohibición de retroceso social" o de "prohibición de evolución reaccionaria". Con arreglo a estos principios, v.gr., consagradas legalmente unas prestaciones de seguridad social, el legislador no puede eliminarlas posteriormente sin alternativas o compensaciones "volviendo sobre sus pasos". Se trata de una doctrina que mereció aplauso jurisprudencial en una decisión del Tribunal Constitucional de Portugal (*Acórdão 39/84*): "Desde el momento en que el Estado cumple (total o parcialmente) las tareas constitucionalmente impuestas en orden a la realización de un derecho social, el respeto constitucional de éste deja de consistir (o deja sólo de consistir) en una obligación positiva, para transformarse o pasar a ser también una obligación negativa. El Estado, que está obligado a actuar para dar satisfacción al derecho social, pasa a estar

²⁵⁰ *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia* (OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9 rev. 1, 26-2-1999), Washington, CIDH, 1999, p. 70; Asimismo, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador* (OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1, 24-4-1997), Washington, CIDH, 1997, pp. 24/25 y su cita; y *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay* (OEA/Ser.L/V/II.110. Doc. 52, 9-3-2001), Washington, CIDH, 2001, p. 67, párr. 19.

²⁵¹ *Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Perú* (OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 59 rev., 2-6-2000), Washington, CIDH, 2000, p. 173, párr. 11 y su nota 5; asimismo, p. 178 sobre el derecho a la salud.

obligado a abstenerse de atentar contra la implementación dada al derecho social²⁵².

De la antedicha sentencia se infieren algunos rasgos jurídicamente constitutivos de las normas constitucionales que consagran los derechos económicos, sociales y culturales: a) los derechos sociales fundamentales consagrados en la Constitución tienen fuerza vinculante normativa-constitucional (no son meros "programas" o "directrices políticas"); b) las normas garantizadoras de derechos sociales deben servir de "parámetro de control" judicial cuando esté cuestionada la apreciación de la constitucionalidad de medidas legales o reglamentarias restrictivas de estos derechos; c) los "mandatos para legislar" acoplados a la consagración de derechos sociales son auténticas imposiciones legisferantes, cuyo no cumplimiento podrá justificar la "inconstitucionalidad por omisión"; d) los "deberes" (*tarefas*) constitucionalmente impuestos al Estado para concretizar estos derechos deben traducirse en el dictado de "medidas concretas y determinadas" y no en promesas vagas y abstractas; e) la producción de medidas concretizadoras de los derechos sociales no está dejada a la libre "disponibilidad del legislador", a pesar de que éste goce de una amplia "libertad de conformación", respecto tanto de las soluciones normativas cuanto del modo de organización y ritmo de concretización²⁵³.

En un orden afín de ideas, es de recordar la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de Bélgica. Dijo este alto tribunal que de la lectura de los arts. 13.2 y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, surge que la igualdad de acceso a la enseñanza superior debe ser establecida "progresivamente", "por todos los medios apropiados y, especialmente, por la introducción progresiva de la gratuidad", según las "posibilidades económicas y la situación de las finanzas públicas", de manera que del citado art. 13.2.c no nace un derecho al acceso gratuito a la enseñanza superior, como sí ocurre con la enseñanza primaria. Sin embargo, y sobre esto deseamos poner la tónica,

²⁵² GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional...*, cit. en nota 233, p. 469 y la doctrina allí citada. V. en igual sentido, del mismo autor: "Derecho, Derechos; Tribunal, Tribunales", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, n° 60-61, p. 828. El Tribunal Constitucional citado aplicó la mentada doctrina en un caso en el que se aniquilaba el Servicio Nacional de Salud.

²⁵³ GOMES CANOTILHO, José Joaquim, ídem nota anterior, p. 472. En atención al carácter social y democrático del Estado de Derecho que la Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los arts. 9.2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas -Tribunal Constitucional de España, sentencia 81/1982, 21-12-1982, *Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1982, t. 4, p. 526, fundamento jurídico 3.

observó igualmente que esta última disposición "se opone a que Bélgica, después de la entrada en vigor del Pacto a su respecto ... tome medidas que fueran en contra del objetivo de la instauración progresiva de la igualdad de acceso a la enseñanza superior...". Vale decir, el objetivo de gratuidad debe ser alcanzado inmediatamente en cuanto a la enseñanza primaria, y progresivamente en el ámbito de la enseñanza secundaria y superior. Empero, esto último impide, por sí solo, medidas contrarias al "programa"²⁵⁴.

Podría agregarse, todavía, una sentencia ya citada del Consejo Constitucional de Francia, en cuanto sostuvo, respecto del objetivo de valor constitucional que exhibía el derecho a la vivienda, que si bien corresponde tanto al legislador como al Gobierno determinar las modalidades de su ejecución, y que a este fin el primero podía modificar, completar o derogar las disposiciones legislativas anteriormente promulgadas, ello era así a condición de no privar de garantías legales a los principios de valor constitucional que tiene por objeto realizar²⁵⁵. Esta doctrina, llamada del *criquet anti-retour* (cuña anti-retroceso), implica que si los poderes públicos pueden arbitrar disposiciones con el fin de adaptarlas a las nuevas condiciones o de mejorar su eficacia, en ningún caso pueden

²⁵⁴ Sentencia del 7-5-1992, n° 33/92 -"Rapport de la délégation belge", en *Protection constitutionnelle et protection internationales des Droits de l'Homme. Concurrence ou complémentarité?* (IX Conferencia de Cortes Constitucionales europeas, París, 10 al 13 de mayo de 1993), vol. 1, pp. 199/201. V. en sentido análogo, la sentencia, también de la Corte de Arbitraje, del 19-V-1994, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Consejo de Europa, 1994, 2, p. 114. En su último informe presentado ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Bélgica expresó: "En su primer informe, Bélgica subraya que en el párr. 2 del Pacto se disponía que el ejercicio de los derechos reconocidos dependía de los 'recursos de que disponga [cada uno de los Estados Partes y de] la adopción de medidas legislativas'. Dada su índole programática, las disposiciones del Pacto no pueden ser invocadas directamente por los querellantes ante los tribunales belgas. Sin embargo, ateniéndose a la teoría del Tribunal de Casación y del Consejo de Estado, Bélgica declaró que aceptaba el efecto 'de suspensión' de las disposiciones del Pacto, que impide la impugnación o supresión de las disposiciones del derecho nacional por las que ya se garantizan determinados derechos que figuran en el Pacto en el momento de su entrada en vigor en Bélgica. Desde entonces, algunos fallos del Tribunal de Arbitraje indican una tendencia a reconocer el efecto directo de determinadas disposiciones del Pacto" - *Segundo informe periódico presentado por Bélgica*, 23-12-1997, E/1990/6/Add.18, párrafos 2 y 3. A modo complementario, puede agregarse que, en opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el aumento de las tasas universitarias es materia de preocupación dado que el art. 13 del Pacto pide la introducción progresiva de la enseñanza superior gratuita -*Observaciones finales al tercer informe periódico de Alemania*, 2-12-1998, E/C.12/1/Add.29, párr. 22-, al paso que dichos aumentos resultan contrarios al principio de igualdad de oportunidades para hijos de familias ricas y pobres -v. *Observaciones finales al segundo informe periódico de los Países Bajos. Parte europea del Reino*, 15-5-1998, E/C.12/1/Add.25, 16-6-1998, párr. 19.

²⁵⁵ Decisión n° 94-359 DC del 19-1-1995, *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 1995*, París, Dalloz, p. 177, párr. 8.

retroceder y establecer una garantía menor que la asegurada precedentemente²⁵⁶. Es la regresión lo que está prohibido²⁵⁷.

Más aún. Es doctrina de la Corte Interamericana que si el Estado contrajo la obligación de adoptar determinadas medidas, con mayor razón está obligado a no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención Americana²⁵⁸.

De esta suerte, también el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera que constituye una violación del Pacto respectivo la adopción de medidas legislativas o políticas que sean manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas anteriores, y derogar o suspender oficialmente la legislación necesaria para seguir disfrutando de un derecho (Observación General 12, párr. 19). Esta involución aparece igualmente censurada en las Pautas de Maastricht (párr. 15.e). Un deterioro general en las condiciones de vida y de vivienda, atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los Estados Partes, a falta de "medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto (Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)" (Observación General 4, párr. 11).

Las recordadas Pautas de Maastricht indican que es violatoria de los derechos económicos y sociales, la reducción o desviación de específicos fondos públicos, cuando de ello resulta la privación del goce de los mencionados derechos y no se añaden medidas para asegurar los derechos mínimos de subsistencia para todos (párr. 14.g). Los Principios de Limburgo también se pronunciaron en análogo sentido (párr. 70).

En breve, los textos internacionales sobre derechos económicos y sociales, así como los relativos a otros derechos humanos, incluso en el supuesto de que alguna de sus normas no le fuese reconocido más que un carácter programático, igualmente imponen un límite al legislador nacional, valedero en sede judicial, vedándole el dictado de disposiciones de sentido contrario al "programa".

Cualquier derecho económico, social y cultural puede ser violado directamente por

²⁵⁶ LAFORE, Robert, "Le droit au logement"..., cit. en nota 61, p. 174.

²⁵⁷ GAÏA, Patrick, en su comentario a la sentencia citada, en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, París, Puf, 1995, n° 23, p. 584

²⁵⁸ *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 16 de diciembre de 1994, Serie A N° 14, párrafos 33 y 36; asimismo, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, Serie A N° 13, párr. 26.

la acción estatal cuando ésta consista ya no en la insatisfacción del derecho, sino en su supresión o limitación indebida. No pueden interpretarse de otro modo los arts. 4 y 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁵⁹.

La primera de las normas últimamente citadas, en todo caso, admite limitaciones a los derechos "sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática". Y, si damos crédito a la Corte Europea, "eliminar lo que se siente como una injusticia social figura entre las tareas de un legislador democrático"²⁶⁰. La ya citada Declaración sobre el Derecho al Desarrollo expresa, aludiendo a los Estados, que "Deben hacerse reformas económicas y sociales adecuadas con objeto de erradicar todas las injusticias sociales" (art. 8.1).

Quizás con ello pueda revitalizarse el art. 24 de la Constitución Nacional, según el cual "el Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos...", aun cuando el art. 75.23 no necesitaría de mayores normas coadyuvantes.

Democracia, desarrollo y respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, son conceptos interdependientes y se refuerzan mutuamente, tiene dicho la Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 (párr. 8). No habrá un modelo único de sociedad democrática, pero ninguno merecerá ese calificativo sino en la medida en que, al menos, reconozca y respete los derechos humanos enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal, tal como lo ponen de manifiesto los Principios de Limburgo (párr. 55), y ya lo habían hecho los de Siracusa (párr. 21)²⁶¹.

La suspensión o derogación de las prestaciones o medidas tendentes a garantizar el derecho a un nivel de vida adecuado, los recortes precisamente a los planes o políticas llamadas "sociales", resultan, por ende, además de una injusticia notoria, un

²⁵⁹ NIKKEN, Pedro, *La Protección Internacional...*, cit. en nota 248, p. 127.

²⁶⁰ Caso *James y otros*, sentencia del 21-2-1986, Serie A n° 98, párr. 47.

²⁶¹ *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, E/CN.4/1985/4. Estos Principios fueron elaborados por un grupo de expertos en Derecho Internacional, reunidos en Siracusa en abril y mayo de 1984, con el objeto de examinar las condiciones y fundamentos de las limitaciones y derogaciones admisibles a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en orden a alcanzar una efectiva implementación del Estado de Derecho (*rule of law*).

quebrantamiento de la Constitución y de los compromisos internacionales asumidos por la Argentina.

Y esta regla es confirmable muy especialmente en períodos en que los Estados enfrenten una recesión económica, o limitaciones graves de recursos, o el efecto negativo de la deuda externa, o realicen programas de ajuste, pues, en tales circunstancias u otras análogas, los esfuerzos por proteger los derechos económicos, sociales y culturales adquieren "una urgencia mayor, no menor" (Observación General 2, párr. 9) y precisamente respecto de la población más vulnerable, toda vez que ello es el objetivo del mentado ajuste y no otro (ídem, párr. 9; Observación General 3, párr. 12, y Observación General 12, párr. 28)²⁶².

Se debe procurar el crecimiento económico, pero en beneficio de los pobres²⁶³.

10. LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

La interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, si bien constituye un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no ha impedido que, ante la pluralidad de instrumentos jurídicos internacionales y las claras particularidades y diferencias que estos registran en cuanto a los sistemas de protección supranacional, la inserción de un derecho en uno u otro instrumento determine el grado y modalidad de su protección.

Por lo pronto, sólo hacemos hincapié en los sistemas que, en alguna medida y de una u otra forma, permiten a los individuos llevar sus quejas o denuncias ante un órgano internacional, sea éste de naturaleza jurisdiccional o "cuasi jurisdiccional".

Una breve mirada al panorama general en la materia, tanto en el campo regional como en el universal, es demostrativa de que los derechos económicos y sociales (y culturales), no han obtenido una atención preferente, al menos en comparación con los derechos civiles y políticos.

²⁶² Remitimos a **GIALDINO, Rolando E.**, "Los Derechos Económicos, Sociales...", cit. en nota 189, pp. 392/394, y "El trabajador y los derechos humanos", cit. en nota 224, pp. 502/508.

²⁶³ *Informe sobre Desarrollo Humano 2000* (PNUD), Madrid/Barcelona/México, Mundi-Prensa, 2000, p. 78.

Y, en tal sentido, el derecho a un nivel de vida adecuado se emplaza, como regla, en el ámbito de los derechos económicos y sociales.

Estas inevitables conclusiones han conducido a dos géneros de investigaciones. Primeramente, el destinado a explorar hasta sus más íntimos repliegues las posibilidades que puedan ofrecer los sistemas ya instituidos para los derechos económicos y sociales en tanto que tales. En segundo término, tales estudios han profundizado el ámbito de los sistemas más evolucionados, vale decir, los relativos a los derechos civiles y políticos, con el fin de auscultar si éstos podían dar respuesta, como mínimo, a violaciones del derecho a un nivel de vida que, por su gravedad, pudieran poner en juego alguno de los primeros. Desde ya que un tercer género está abierto lisa y llanamente a desarrollar y reformar la situación vigente en materia de derechos económicos y sociales, tal como lo pone en evidencia el todavía no concluido trámite tendente a adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Protocolo de San Salvador representaría algún progreso en la materia al prever el "sistema de peticiones individuales regulados por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana", pero se trata de un paso francamente breve pues, entre otros aspectos, se limita a los casos de violaciones de los derechos establecidos en el art. 8.a (derecho a organizar sindicatos y a afiliarse a éstos) y 13 (derecho a la educación), por una acción imputable "directamente" a un Estado Parte (art. 19.6).

En el ámbito de la Carta Social Europea también se registra algún avance, pero también menguado²⁶⁴.

²⁶⁴ El régimen de control de la Carta Social Europea revisada es análogo al del texto de 1961, es decir, un control con base en los informes nacionales que periódicamente deben presentar los Estados Partes. Empero, el Protocolo Adicional de 1995 (en vigor desde el 1-7-1998) autorizó a determinadas organizaciones internacionales y nacionales de empleadores y trabajadores, y a otras organizaciones internacionales no gubernamentales, a formular reclamaciones colectivas por violaciones a la Carta, lo cual rige para los Estados que ratificaron el citado Protocolo o realizaron la declaración del art. D de la Carta revisada. Entre los órganos de control se destaca el Comité Europeo de Derechos Sociales (antes llamado Comité de Expertos Independientes) que, en oportunidad de examinar los mencionados informes estatales, determina, desde un punto de vista jurídico, la conformidad de la legislación y prácticas nacionales con las obligaciones previstas en la Carta Social, pronunciándose por medio de "conclusiones" (intervienen en estos procesos, posteriormente, el Comité Gubernamental -antes llamado Comité Social Gubernamental- y el Comité de Ministros del Consejo de Europa). El Comité Europeo de Derechos Sociales también resuelve sobre la admisibilidad de los reclamos colectivos y, en cuanto al fondo del asunto, después de haber recabado la información necesaria, produce un informe con sus conclusiones, que es elevado al Comité de Ministros, que dirigirá una "recomendación" al Estado en juego en

Los regímenes de control, afirma M. Delmas-Marty, son el verdadero test de la voluntad política de los Estados de asegurar la eficacia de un sistema de protección, más allá del efecto de proclamar un lista de derechos, lo que se pone de evidencia, especialmente, en si aquéllos están dispuestos a aceptar o no el principio de un recurso individual ante un órgano internacional de carácter jurisdiccional²⁶⁵.

Por ello, bien dice E. Decaux, respecto del antes aludido proyecto sobre el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es necesario esperar que los Estados tengan el coraje de aceptar esta nueva ambición, a falta de lo cual, sus discursos sobre los derechos económicos, sociales y culturales (como sobre el derecho al desarrollo y el derecho a la autodeterminación) sonarían a hueco²⁶⁶.

Con todo, según lo advierten las Naciones Unidas, mientras dicho Protocolo Facultativo no sea aprobado, los beneficiarios de los derechos proclamados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales pueden seguir empleando los procedimientos generales del Comité, y pueden recurrir al denominado "procedimiento de petición oficioso" previsto en "las modalidades de actuación del Comité"²⁶⁷. No obstante sus limitaciones, el llamado procedimiento "1503", establecido por la Comisión de Derechos Humanos, no formula distinción acerca de la "categoría" de los derechos en cuestión²⁶⁸.

el caso en que se compruebe una violación, o adoptará una "resolución" en el supuesto contrario. Sobre el mentado régimen de reclamaciones colectivas, v., entre otros: **CULLEN, Holly**, "The Collective Complaints Mechanism of the European Social Charter", en *European Law Review. Human Rights Survey 2000*, Londres, Sweet & Maxwell, p. 18.

²⁶⁵ **DELMAS-MARTY, Mireille**, *Trois défis pour un droit mondial*, París, du Seuil, 1998, pp. 35 y 39.

²⁶⁶ Pero -agrega- la reforma será, sobre todo, un test de la aptitud del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas para adaptarse en profundidad -**DECAUX, Emmanuel**, "La réforme du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels", en *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Droit et justice*, París, Pedone, 1999, p. 415. El Instituto de Derecho Internacional, en su Resolución sobre la protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados (12-9-1989), expresó que el refuerzo de los métodos y procedimientos internacionales, en particular de los organismos internacionales, tendente a prevenir, reprimir y eliminar las violaciones de los mentados derechos, es altamente deseable (art. 7).

²⁶⁷ Naciones Unidas, *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, folleto informativo N° 16 (Rev. 1), Ginebra, 1996, p. 37.

²⁶⁸ **SCHEININ, Martin**, "Economic and Social Rights...", cit. en nota 47, p. 31. Sobre el procedimiento citado en el texto y el llamado "1235", v. **CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio**, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 86 y sigs.

De ahí que haya que celebrar que en marzo de 1999 se adoptara un Protocolo Adicional a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que prevé un régimen de denuncias individuales²⁶⁹.

Las circunstancias enunciadas nos han llevado a seguir las dos primeras exploraciones que hemos anticipado. De esta manera, examinaremos, en primer lugar, las posibilidades que ofrece el sistema interamericano para proteger el derecho a un nivel de vida adecuado en tanto que derecho económico y social (**10.1**). Posteriormente, ingresaremos en el estudio de la relación que guarda el mentado derecho con el derecho a la vida y a no sufrir torturas, o tratos crueles, inhumanos y degradantes, lo que nos permitirá abarcar un universo mayor de sistemas (**10.2**).

Eso sí, debemos advertir que, en rigor, estas investigaciones tienen repercusiones que trascienden el solo hallazgo de medio procesales de protección supranacional, según lo señalaremos oportunamente.

10.1. EL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO EN TANTO QUE DERECHO ECONÓMICO Y SOCIAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

El art. 26 de la Convención Americana, contenido en el Capítulo III intitulado "Derechos Económicos, Sociales y Culturales", da sustento suficiente a que los "derechos" que en él son aludidos, gocen de la protección del sistema interamericano y del régimen de denuncias o quejas individuales ante la Comisión Interamericana derivadas de la "violación de esta Convención por un Estado Parte" (Convención Americana, art. 44)²⁷⁰. La Corte Interamericana, a su vez, tiene competencia contenciosa para conocer todo caso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, previo reconocimiento de dicha competencia por el Estado Parte demandado (ídem, art. 62.1)²⁷¹.

²⁶⁹ V. el texto en *International Legal Materials*, ASIL, vol. XXXVIII, julio 1999, n° 4, p. 763.

²⁷⁰ Llamaremos indistintamente denuncias o quejas, con o sin el agregado de individuales, a las interpuestas por cualquier persona o grupo de personas, o por las entidades no gubernamentales mencionadas en el art. 44 citado en el texto.

²⁷¹ Lo dicho en el párrafo es extensible al régimen de comunicaciones interestatales (Convención Americana, art. 45), con la salvedad de que la competencia de la Comisión en estos casos es facultativa, contrariamente a lo que sucede con las denuncias, en que es obligatoria. Emplearemos la voz comunicaciones para las previstas en el citado art. 45.

Lo antedicho, sin embargo, podría contestarse sosteniendo que el art. 45 de la Convención Americana menciona a los derechos "establecidos" (*set forth*) en ella y, como los derechos económicos y sociales no se encontrarían "establecidos" en la Convención Americana, el régimen de denuncias individuales estaría excluido a su respecto²⁷².

Este pensamiento no nos parece atendible por varias razones. Primeramente, el art. 45 cit. atañe al régimen de comunicaciones y no al de las denuncias o quejas. En segundo lugar, la norma propia de este último régimen es el ya recordado art. 44 que habla de denuncias o quejas "de violación de esta Convención...". En tercer lugar, el art. 48 de la Convención Americana indica el procedimiento a seguir por la Comisión Interamericana al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de "cualesquiera" de los derechos que "consagra" la Convención Americana. En cuarto término, el art. 47.c de esta última, al hacer referencia a los requisitos de admisibilidad de la denuncia (y también de la comunicación), exige que ésta exponga hechos que caractericen una violación de los derechos "garantizados" en la Convención Americana.

Luego, la expresión "establecidos" del art. 45 de la Convención Americana resulta solitaria, además de ajena al régimen de denuncias, por lo cual, a nuestro juicio, no da soporte suficiente a la conclusión que quiere asentarse por su intermedio. Todo ello sin perjuicio de preguntarnos por qué los derechos económicos y sociales no están "establecidos" en la Convención Americana. Los dos párrafos siguientes descartarán la existencia de una razón valedera al respecto. Por otro lado, en el contexto general de la Convención Americana, el término prevaleciente es el derecho y libertades "reconocidos" en ella (v.gr., arts. 1, 24.1, 29.a, 30 y 31), aun cuando no está ausente la expresión derechos "garantizados" (v.gr. arts. 47.b), "determinados" (art. 27.1), "consagrados" (art. 48.1) o "protegidos" (art. 63.1).

Resulta claro que el art. 26 de la Convención Americana menciona "derechos", así como que los Estados "se comprometen a adoptar providencias... para lograr progresivamente la plena efectividad" de aquéllos. Es cierto, sin embargo, que la norma citada habla de los derechos que "se derivan" de las normas económicas y sociales (además de las relativas a educación, ciencia y cultura) contenidas en la Carta de la OEA. Pero no lo

²⁷² La expuesta sería la postura de Voglio, según lo señala **CRAVEN, Matthew**, "The Protection of Economic, Social and Political Rights under the inter-American System of Human Rights", en *The Inter-American System of Human Rights* (HARRIS, D. y LIVINGSTONE, S., eds.), Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 301.

es menos que, aun cuando tal técnica legislativa pueda no ser la más recomendable, igualmente pone en negro sobre blanco la existencia de derechos en el seno de la citada Carta. En todo caso, dicha técnica planteará desafíos al intérprete, mas no en punto a descartar que derecho alguno pueda ser derivado de la Carta de la OEA. Salvo, claro está, que se entienda que el art. 26 es sólo un convite a una expedición de pesca, una invitación a tirar las redes sobre la Carta, pero sin proporcionar la más mínima seguridad de que en la aventura se alcance siquiera una pequeña captura.

No menos inteligible se volvería el art. 42 de la Convención, ya que tampoco se podría saber sobre la promoción de qué derechos debe velar la Comisión Interamericana, dado que éstos no son otros, nuevamente, que los "derivados" de las normas económicas y sociales contenidas en la Carta de la OEA.

La versión en lengua inglesa del citado art. 26 menciona, en el lugar de la expresión "que se derivan", la voz *implicit*, esto es, para el caso: lo sobreentendido. Incluso la propia Comisión Interamericana ha hecho cita de los derechos económicos y sociales "implícitos" en la Carta de la OEA²⁷³, lo cual, en buen romance, quiere decir lo que se entiende "incluido" en otra cosa sin expresarlo.

Además, la mencionada dificultad tampoco es tan seria como lo aparenta.

En efecto, como mínimo, encontramos en el seno del citado art. 26 de la Convención Americana a todo el catálogo de derechos económicos y sociales de la Declaración Americana, pues ésta traduce los derechos humanos esenciales de la Carta de la OEA. La propia Corte Interamericana nos proporciona auxilio en la materia pues, a modo de "interpretación autorizada", ha expresado: los Estados Miembros han entendido que la Declaración Americana "contiene y define los derechos humanos esenciales a los que la Carta (de la OEA) se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar (esta última) en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes en ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA"²⁷⁴.

²⁷³ V. *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador* (OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1, 24-4-1997), Washington, CIDH, 1997, pp. 24/25 y su cita en nota 39. Este Informe fue aprobado por la Comisión Interamericana en su 96° Período Extraordinario de Sesiones (21 al 25 de abril de 1997).

²⁷⁴ *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89, 14-7-1989, Serie A N° 10, párr. 43.

Y quisiéramos poner énfasis en el mínimo antes expresado, por dos razones.

En primer lugar, pues aun cuando borráramos de la Convención Americana al mentado art. 26, no por ello los Estados Partes de ésta se verían eximidos de los compromisos que le impone la Declaración Americana. Nuevamente cabe hacer referencia a la Opinión Consultiva OC-10: para "los Estados Partes en la Convención (Americana) la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo, hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA" (párr. 46).

La segunda razón radica en que los derechos económicos y sociales comprendidos en la Declaración Americana no deberían obrar a modo de un *numerus clausus* pues, por un lado, nada impide que el intérprete se tope con el hallazgo dentro de la Carta de la OEA de otros derechos que se derivan de ésta. No deja de ser significativo que la Comisión Interamericana, después de transcribir el art. 26 de la Convención Americana, haya agregado una cita del siguiente tenor: "Véanse, inter alia, 2.f, 3.i-m, 29, 30, 33, 44-51, Carta de la OEA" (enmendada por los Protocolos de Buenos Aires y de Cartagena de Indias), al tiempo que haya vuelto sobre el citado art. 33 de la Carta en el final de sus Recomendaciones²⁷⁵.

Asimismo, tampoco es descartable que, por vía de su reforma, dicha Carta incorpore otros derechos.

Desde otro ángulo, la Carta de la OEA proporcionará en todo momento elementos de ilustración para esclarecer el contenido de los derechos de las personas y los compromisos de los Estados. Es evidente, en este sentido, el aporte producido por el Protocolo de Reformas a la Carta de la OEA del 27 de febrero de 1967 (Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria), llamado Protocolo de Buenos Aires, que modificó extensa y sustancialmente los Capítulos originarios VI y VII, sobre "Normas Económicas" y "Normas Sociales", que pasarían a ser los Capítulos VII y VIII, respectivamente, y por lo cuales los Estados convienen "en dedicar sus máximos esfuerzos al logro de las siguientes metas básicas:... j) nutrición adecuada...; k) vivienda adecuada para todos los sectores de la población" (art. 31), entre muchas otras conexas con el derecho a un nivel de vida adecuado, a lo que se agregan determinados principios a los que también convienen en dedicar sus

²⁷⁵ Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador (OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1, 24-4-1997), Washington, CIDH, 1997, pp. 24, nota 38, y p. 27.

"máximos esfuerzos", v.gr., las condiciones de trabajo que aseguren "un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar" (art. 43.b; v. asimismo supra 3).

Los Estados ratificantes de la Convención Americana, en suma, están obligados a la observancia de dos textos jurídicos regionales: la Convención y la Declaración americanas. A los restantes Miembros de la OEA, esto es, los no ratificantes de la primera, sólo los compromete la segunda, tal como también lo reitera la citada Opinión Consultiva OC-10²⁷⁶.

Empero, el nuevo Estatuto de la Comisión Interamericana, adoptado por la Asamblea General de la OEA (Noveno Período de Sesiones, La Paz, 1979) dispuso que a "los fines del presente Estatuto, por derechos humanos se entiende: a. los derechos definidos en la Convención Americana... en relación con los Estados Partes en la misma; b. los derechos consagrados en el Declaración Americana..., en relación con los demás Estados miembros" (art. 1.2).

De tal suerte, es indudable que la Comisión Interamericana tiene *-rectius-* continúa teniendo, tal como lo veremos al recordar, más adelante, sus antecedentes- competencia respecto de denuncias relativas a menoscabos de la Declaración Americana respecto de los Estados Miembros de la OEA pero no ratificantes de la Convención Americana. Tampoco, en nuestra opinión, se advierten limitaciones en el catálogo de los derechos comprendidos en la Declaración Americana pues aquéllas no surgen, como a veces ha querido verse, del art. 20.a del Estatuto de la citada Comisión, por cuanto esa norma se reduce a expresar que la Comisión deberá prestar "particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los Artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana". De manera que no se trata de un listado exhaustivo y, en la práctica, la Comisión ha conocido de denuncias que involucran la violación de otros derechos

²⁷⁶ Para dichos Estados, la Declaración Americana "es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta (de la OEA). De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos definen, igualmente la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales" (párr. 45).

reconocidos en la Declaración Americana²⁷⁷.

A todo evento, y por lo que interesa particularmente a nuestros propósitos, la Comisión Interamericana, en fecha reciente y al pronunciarse sobre la admisibilidad del caso *Comunidades Indígenas Maya y sus Miembros. Belice*, declaró su competencia *ratione materiae* para conocer en cuestiones concernientes, entre otros, precisamente al art. XI de la Declaración Americana (al paso que también agregó los arts. VI, y XXIII de ésta)²⁷⁸. Y otros ejemplos veremos en los siguientes párrafos.

Más aún; el citado inciso a del art. 20 del Estatuto de la Comisión Interamericana, no trata específicamente de las denuncias individuales, tal como se encarga de advertirlo el inciso c, y sí lo hace el inciso b que no contiene listado alguno y mienta los "derechos humanos fundamentales". Además, el Reglamento de la Comisión Interamericana, tanto en su anterior versión (art. 51) cuanto en la actual (art. 49), se limitaba y limita a mencionar, en cuanto a la recepción de las peticiones en juego, que contengan denuncias relativas a "derechos humanos consagrados en la Declaración Americana..."²⁷⁹.

Sin embargo, cuadra todavía preguntarse: ¿es competente *ratione materiae* la Comisión Interamericana para examinar violaciones de derechos enunciados en la Declaración Americana respecto de países ratificantes de la Convención Americana?

Y hablamos de competencia en la medida en que no cabe duda de que el hecho de ratificar la Convención Americana no exime a los Estados Miembros de la OEA del cumplimiento de las obligaciones que derivan de la Declaración Americana. Es para ello que introdujimos la última cita de la Opinión Consultiva OC-10.

El interrogante tiene su sentido, pues resulta inocultable la tensión que se origina entre dos de las normas antes mencionadas. Por un lado, el art. 1.2.b del Estatuto de la Comisión Interamericana, según el cual se entienden como derechos humanos, para los países ratificantes de la Convención Americana, los derechos definidos en ésta (y para los restantes países miembros de la OEA los definidos en la Declaración Americana). Por el otro, el citado art. 29.d de la Convención Americana que, en la citada interpretación de la

²⁷⁷ FAUNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 183.

²⁷⁸ Informe 78/00, caso 12.053, 5-10-2000, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* 2000, c.d.

²⁷⁹ El citado nuevo Reglamento entró en vigor el 1-5-2001 (art. 78).

Corte Interamericana, no libera a dichos países de cumplir con las obligaciones que impone la Declaración Americana.

¿Trata esto último, traduciendo la pregunta en la que estamos inmersos, de obligaciones cuyo incumplimiento escapa a la competencia *ratione materiae* de la Comisión Interamericana?

La respuesta -que, lo adelantamos, será afirmativa para el primer interrogante y, por ende, negativa para su reformulación (C)- es susceptible de ser alcanzada por dos vías o perspectivas: la reducida al contexto específico de la Convención Americana (A), y otra más amplia, en clave del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en general (B).

A. Desde el primer punto de vista, corresponde atenerse a determinadas normas de la Convención Americana últimamente citadas. En primer lugar, el art. 44 según el cual se establece la competencia de la Comisión Interamericana para conocer en peticiones individuales que contengan denuncias o quejas "de violación de esta Convención por un Estado Parte". Vale decir, ninguna cortapisa fue introducida acerca de la naturaleza de los derechos objeto de "violación", por lo que, siendo "derechos" los previstos en el art. 26 sobre "derechos económicos y sociales", entre otros, éstos caen dentro del ámbito del citado art. 44.

Asimismo, la Declaración Americana es un texto integrado a la Convención Americana por vía de la remisión que esta última hace a la primera mediante su art. 26, que menciona a los derechos que "se derivan" de la Carta de la OEA pero que, a la postre, están determinados por la Declaración Americana, según el ya recordado pasaje de la Opinión Consultiva OC-10²⁸⁰.

Por otro lado, que la Declaración Americana sea tomada para interpretar a la Convención Americana, no es novedad alguna a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana²⁸¹. El tercer párrafo del Preámbulo del último texto mencionado, a su vez,

²⁸⁰ Asimismo: Corte Interamericana, Caso *Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la calle")*, sentencia del 19-11-1999, Serie C N° 63, párr. 114, nota 79.

²⁸¹ A propósito del concepto de bien común (art. 32.2 de la Convención Americana) -*La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, 9-5-1986, Serie A N° 6, párrafos 29 y 30. V., asimismo: "*Otros tratados" objeto de la función consultiva de la*

hace un claro señalamiento de la citada Declaración.

La Carta de la OEA, la Convención Americana, la Declaración Americana y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales forman un conjunto normativo que, pese a las diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica de los diversos instrumentos que lo componen, es preciso estudiar sistemática y globalmente y en el cual cada uno de estos textos se explica y adquiere su plena significación en la consideración de los otros²⁸². En un reciente caso contencioso, la Comisión Interamericana, con base en el art. 29.d de la Convención Americana hizo aplicación de la mencionada Carta Internacional Americana²⁸³.

Luego, toda vez que los derechos enunciados en el art. 26 de la Convención Americana son los que "se derivan de las normas económicas, sociales... contenidas en la Carta (de la OEA)", la interpretación y aplicación de los mentados derechos no podrá hacerse, según la mentada interpretación autorizada, sin "integrar" las normas pertinentes de dicha Carta con las correspondientes disposiciones de la Declaración Americana. De tal suerte, el propio art. 26 de la Convención Americana torna aplicable, en el marco general de ésta, a la Declaración Americana, de manera que, por este conducto queda levantado, a los fines de la competencia *ratione materiae* de la Comisión Interamericana, el (aparente) obstáculo basado en que ésta no comprendía los derechos enunciados en la Declaración Americana respecto de los países ratificantes de la Convención Americana.

En consecuencia, el derecho a un nivel de vida adecuado, previsto en el art. XI de dicha Declaración, también queda incluido en el sistema de la Convención Americana, máxime cuando no habiendo obstáculos a tal efecto respecto de países Miembros de la OEA y no Partes de la Convención Americana, no obstante las objeciones ya examinadas y tal como se sigue del ya citado caso *Comunidades Indígenas Maya y sus Miembros. Belice*, menos debería haberlas respecto de los países Partes de esta última.

B. El hallazgo de las respuestas buscadas, en clave general del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, requiere, a nuestro juicio, hacer algo de historia.

Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82, 24-9-1982, Serie A N° 1, párr. 43.

²⁸² GROS ESPIELL, Héctor, *Estudios sobre Derechos Humanos...*, cit. en nota 24, p. 111.

²⁸³ Informe N° 36/00, cit. en nota 195, p. 505, párr. 40.

Como es bien sabido, la Comisión Interamericana fue creada en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile (agosto de 1959), que aprobó la Resolución VIII titulada "Derechos Humanos". La Parte II de esta Resolución dispuso que la Comisión estaba encargada de "promover el respeto" de los derechos humanos, "será organizada" por el Consejo de la OEA, y tendrá las "atribuciones específicas" que éste le señale. El citado Consejo, en cumplimiento del mentado encargo aprobó, en 1960, el Estatuto de la Comisión, de acuerdo con el cual fue mandato de ésta la señalada promoción de los derechos humanos (art. 1), entendiéndose por éstos "los consagrados en la Declaración Americana..." (art. 2). Asimismo, el art. 9.b le asignaba, entre otras, las siguientes funciones y facultades: "Formular recomendaciones en caso de que lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros en general, para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos dentro de sus legislaciones internas y tomen, de acuerdo con sus preceptos constitucionales, medidas apropiadas para fomentar la fiel observancia de esos derechos".

Ahora bien, la Comisión Interamericana, por lo menos a partir de la Resolución XXII titulada "Ampliación de las Facultades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", adoptada por la 2ª Conferencia Interamericana Extraordinaria de Río de Janeiro (noviembre de 1965), se encontró formalmente autorizada a tramitar denuncias concernientes a violaciones de derechos enunciados en la Declaración Americana, reforma que se incorporaría mediante el art. 9 bis del Estatuto de la Comisión, y llevaría a la reforma de diversos artículos de su Reglamento (51, 54, 56, 57 y 59)²⁸⁴.

Y hacemos hincapié en lo formal, pues dicha Comisión, no obstante que su Estatuto originario le señalaba como fin la "promoción" del respeto de los derechos humanos (arts. 1 y 9), desde su primera reunión, y ante las comunicaciones y quejas recibidas, buscó la forma de extender su competencia para conocer en éstas. Y lo hizo de manera indisimulada, como lo precisa K. Vasak, mediante dos caminos. Por un lado, al interpretar el citado art. 9.b de su Estatuto originario en el sentido de que la autorizaba "si lo juzgaba necesario, a formular recomendaciones generales a todos los Estados Miembros como a cada uno de éstos en particular" según se tratase "de violaciones generales o particulares". Por el otro, al completar su Reglamento por un nuevo Capítulo destinado al trámite que seguirían las comunicaciones y quejas. Todavía cabe agregar su "obstinación digna de elogios" tendente

²⁸⁴ Todo ello tuvo lugar en la 13ª Sesión de la Comisión Interamericana, celebrada en la ciudad de México en abril de 1966.

a obtener la modificación, entre otros, del citado art. 9 de su Estatuto, mediante un proyecto de reformas²⁸⁵. La mentada Resolución XXII es la culminación de dicha tendencia reformista.

Asimismo, el citado Protocolo de Buenos Aires de 1967 fortaleció a la Comisión Interamericana, dado que la creación de ésta sólo se encontraba basada en una Resolución dictada en una Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. Por intermedio de dicho Protocolo, de naturaleza convencional y que reformaba la Carta de la OEA, la Comisión Interamericana pasó a ser uno de los órganos por medio de los cuales la OEA "realiza sus fines" (Carta, art. 51.e), y que "tendrá como función principal" la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos (y servir como órgano consultivo de la OEA en la materia) (ídem, art. 112)²⁸⁶. Por otro lado, el art. 150 de este Protocolo agregó a la Carta: "Mientras no entre en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos..., la actual Comisión Interamericana... velará por la observancia de tales derechos".

La Convención Americana sería adoptada poco tiempo después, el 21 de noviembre de 1969, y entró en vigor el 18 de julio de 1978, al obtener la ratificación de once Estados. De su lado, en 1979 la Asamblea General de la OEA aprobó el nuevo Estatuto de la Comisión Interamericana a cuyo art. 1.2.b ya hemos hecho referencia.

En tales circunstancias, entre los años 1978 y 1982, la Comisión Interamericana recibió y consideró numerosas comunicaciones relativas a violaciones de derechos económicos, sociales y culturales²⁸⁷.

Ya en 1977, v.gr., la Comisión Interamericana había resuelto una denuncia relativa a la persecución de la tribu Aché del Paraguay, que incluía "el asesinato de numerosos indios y la venta de niños; la negación de atención médica y medicinas durante epidemias; malos tratos y tortura; condiciones de trabajo inhumanas; así como hechos tendientes a destruir su cultura". Dado el silencio guardado por dicho Estado, la Comisión Interamericana resolvió que los hechos mencionados configuraban gravísimas violaciones al derecho a la vida, a la

²⁸⁵ VASAK, Karel, *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme*, París, L.G.D.J., 1968, pp. 52 y sigs.

²⁸⁶ El segundo párrafo del citado artículo dispuso: "una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión...".

²⁸⁷ CRAVEN, Matthew, "The Protection of Economic, Social and Political Rights...", cit. en nota 272, p. 295.

libertad, a la seguridad e integridad de la persona; al derecho a la constitución y a la protección de la familia y, en esto ponemos la tónica a nuestros propósitos, a los derechos "a la preservación de la salud y al bienestar; al trabajo y a una justa remuneración, y al descanso y a su aprovechamiento", todo ello con cita, respectivamente, de los arts. I, VI, XI, XIV y XV de la Declaración Americana²⁸⁸.

Cuestiones de parecidos contornos también enfrentó la Comisión Interamericana tiempo después, con motivo de las violaciones de derechos humanos de las que habían sido objeto, por parte de Brasil, los indios Yanomami. Los hechos fueron demostrativos de que con motivo de la construcción de una autopista, en 1973, el territorio que desde tiempos inmemoriales habitaban dichos indios fue invadido por trabajadores de la construcción, geólogos, exploradores mineros y colonos deseosos de asentarse en esas tierras. Tales invasiones fueron llevadas a cabo sin previa y adecuada protección para la salud y salubridad de los Yanomami, lo que tuvo como resultado un considerable número de muertes por epidemias de influenza, tuberculosis, sarampión, malaria, enfermedades venéreas... Asimismo, los indígenas habitantes de varias aldeas cercanas a la autopista las abandonaron, convirtiéndose en mendigos o en prostitutas, sin que el Gobierno adoptase medidas necesarias para impedirlo. Además, después del descubrimiento de minerales de estaño, entre otros, en 1976 en el territorio de los Yanomami, se generaron conflictos que dieron origen a actos de violencia entre exploradores y explotadores de los minerales, por una parte, y los indígenas, por la otra, lo que afectó la vida, seguridad, salud e integridad cultural de los Yanomami. Por ende, las omisiones incurridas por Brasil en adoptar medidas oportunas y eficaces, implicó la violación de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad (art. I), de residencia y tránsito (art. VIII), y a la "preservación de la salud y bienestar" (art. XI) de la Declaración Americana²⁸⁹.

Empero, las cuestiones económicas y sociales declinarían en la medida en que la

²⁸⁸ *Caso 1802, 27-5-1977, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977 (OEA/Ser.L/V/II.43. doc.21 corr.1), Washington, CIDH, 1978, pp. 34/35.*

²⁸⁹ *Resolución N° 12/85. Caso N° 7615 (Brasil), 5-3-1985, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984-1985 (OEA/Ser.L/V/II.66. doc.10), Washington, CIDH, 1985, p. 24 y sigs. Debemos advertir que la Comisión expresa en la parte resolutive a la que hacemos referencia: "preservación de la salud y bienestar (artículo 9)" -p. 33. Se trataría de un *lapsus calami* ya que la citada "preservación de la salud y bienestar" está contenida en el art. XI (u 11) de la Declaración Americana, el cual, por otro lado, fue el invocado en la petición -v. párr. 1, p. 24. Ello explica la rectificación que introducimos en el texto.*

Convención Americana comenzó a reemplazar a la Declaración Americana²⁹⁰.

Ahora bien, de acuerdo con todo lo que hemos venido expresando, parece poco razonable entender que la ratificación de la Convención Americana haya producido una suerte de repliegue del sistema de control supranacional, descartando para los países ratificantes la supervisión de su observancia de los derechos de la Declaración Americana que, incuestionablemente, pesa sobre éstos, y que era controlable anteriormente²⁹¹.

Adviértase que en el Preámbulo de la Convención Americana se reafirmó el propósito de "consolidar" un régimen (de libertad personal y justicia social), esto es, afianzar más aún el ya existente. Para los Estados, la Declaración Americana, después de todo y según sus considerandos, estableció un "sistema inicial" de protección que deberán "fortalecerlo cada vez más en el campo internacional" (párrafo cuarto), máxime cuando la protección internacional de los derechos del hombre "debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución" (ídem, párrafo tercero). Nos hallaríamos, de lo contrario, ante un claro supuesto de "involución" del sistema de protección interamericano de los derechos humanos, lo cual es de más que difícil justificación por lo que ya hemos visto -y veremos- al respecto²⁹².

La postura de la Comisión Interamericana no pareció, en un comienzo, favorable a dicha tesis. En 1988, consideró dos expedientes acumulados en los que se cuestionaba la colegiación obligatoria de los abogados dispuesta por la ley (argentina) 23.187. Uno de los agravios concernía al derecho al trabajo. La Comisión, en primer lugar, descartó la tesis de los peticionarios, al sostener que no podía interpretarse que el art. 1.2 de su Estatuto haya incorporado todos los derechos consagrados en la Declaración Americana a la Convención Americana. Señaló, asimismo, con cita del art. 31.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, "que no existe acuerdo o instrumento formulado o

²⁹⁰ CRAVEN, Matthew, "The Protection of Economic, Social and Political Rights...", cit. en nota 272, p. 295.

²⁹¹ Idem nota anterior, pp. 302/306.

²⁹² ¿El Protocolo de San Salvador entrañaría, en la línea de ideas criticada, un nuevo retroceso? Tomemos, a modo de ejemplo, los derechos del niño y la protección de la familia. Se trata de aspectos contenidos en la Convención Americana (arts. 19 y 17, respectivamente) y en el citado Protocolo (arts. 16, y 15, respectivamente). Ahora bien, mientras que dentro del sistema de la Convención Americana todos esos derechos gozan de un régimen de protección (Comisión y Corte interamericanas), dentro del contexto del Pacto de San Salvador están expresamente excluidos de tal tutela (art. 19.6). Por cierto que el Estatuto de la Comisión no ha sido modificado.

concertado entre los Estados Partes en la Convención Americana a los efectos de hacer valer la Declaración Americana... como parte integrante de la Convención o suplementaria de la misma para los Estados Partes". Sumó a ello que lo propuesto por los actores no se ajustaba al citado Estatuto ya que los arts. 19 y 20 de éste distribuyen la competencia de la Comisión Interamericana en función de si los Estados Miembros de la OEA son o no Partes de la Convención Americana. Asimismo, el texto de la Convención Americana era claro sobre cuáles son los derechos protegidos por ella. Concluyó, de esta suerte, en que para los Estados Partes en la citada Convención, la Comisión Interamericana, de acuerdo con el art. 31 de su Reglamento, puede tomar en consideración las violaciones de "derechos humanos definidos" en la Convención Americana, y que el derecho al trabajo no estaba todavía incorporado a la Convención "que no incluye los derechos económicos, sociales y culturales"²⁹³.

La respuesta antedicha es criticable desde diversas perspectivas. Empero sólo nos limitaremos a cuatro de éstas pues, por lo que veremos seguidamente, la postura de la Comisión Interamericana pareciera haberse modificado. Baste entonces expresar, primeramente, y ello es fundamental, que un discurso como el descrito no pudo pasar por alto, tal como lo ha hecho y sin rebozos, el art. 26 de la Convención Americana y, por ende, todas las consecuencias que de éste se siguen y a las que más arriba hemos hecho referencia, mayormente cuando la Carta de la OEA y la Declaración Americana no son ajenas al derecho a trabajar. Pareciera que la Comisión Interamericana hubiese borrado absolutamente al art. 26 del cuerpo de la Convención Americana. En segundo término, cuadra señalar que si se pretende aplicar la citada Convención de Viena, tal como fue hecho, no sólo corresponde tomar en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con el tratado en juego (art. 31.2 aplicado por la Comisión Interamericana), sino también el sistema dentro del cual éste se inscribe (art. 31.3 no aplicado por dicha Comisión). Esta orientación adquiere particular importancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección, lo cual es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la citada Convención de Viena²⁹⁴. En tercer lugar, y siguiendo con

²⁹³ Informe sobre los Casos n° 9777 y 9718. Argentina, 30-3-1988, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988*, Washington, CIDH, 1988, pp. 78/79, párr. 6.

²⁹⁴ Corte Interamericana, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, 1-10-1999, en *Anuario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1999*, San José, 2000, pp. 580/581, párrafos 113/114 y sus citas de la

la Convención de Viena, la Comisión Interamericana debió hacerse cargo del Preámbulo de la Convención Americana, en cuanto, además de lo ya señalado acerca del propósito de "consolidar" el régimen de protección existente, menciona en su párrafo tercero que los principios enunciados en sus dos párrafos anteriores han sido consagrados en la Carta de la OEA y en la Declaración Americana (además de la Declaración Universal) que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos del ámbito regional (y universal). Finalmente, es de observar que el citado art. 31 del Reglamento de la Comisión Interamericana no habla de violaciones de derechos humanos "definidos" en la Convención Americana, sino de "violaciones de derechos humanos *definidas*" en ésta (la itálica es nuestra)²⁹⁵. Esta última diferencia no es menor si se atiende a la cuestión antes abordada acerca del modo en que están expresados los derechos económicos y sociales en el art. 26 de la Convención Americana. En tal sentido, el nuevo y reciente Reglamento de la Comisión, que entró en vigor el 1 de mayo de 2001, dispone que ésta tomará en consideración las peticiones sobre presuntas violaciones de los derechos humanos "consagrados" en la Convención Americana (art. 27).

Ahora bien, hemos adelantado que el criterio de la Comisión Interamericana habría sufrido un giro respecto de la posición antedicha. Mas, antes de verlo, es preciso recordar que al año siguiente del *Informe* anteriormente reseñado, la Corte Interamericana dictó la ya recordada Opinión Consultiva OC-10.

La doctrina de este último pronunciamiento fue rápidamente aplicada por la Comisión Interamericana. En un caso contra Argentina, ésta sostuvo que la denuncia presentada era inadmisibile por ser la Convención Americana inaplicable *ratione temporis* dado que los hechos en que aquélla se fundaba eran anteriores a la vigencia de dicho instrumento en el país. La Comisión Interamericana admitió el planteo, pero no por ello descartó que la Argentina careciese de obligaciones a asumir en el litigio: no obstante el progreso de la defensa, los derechos litigiosos estaban amparados por la Declaración Americana. Con cita de la Opinión Consultiva OC-10, la Comisión Interamericana sostuvo: "La ratificación de la Convención por los Estados Miembros, cuando menos, complementó, aumentó o perfeccionó la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano, pero no significó su creación *ex novo*, ni extinguió la vigencia anterior y posterior de la

jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Europea.

²⁹⁵ V. el texto, v.gr., en la publicación oficial *Documentos básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema interamericano (Actualizado a mayo de 1966)*, Washington, CIDH/Corte, 1996, p. 148.

Declaración Americana". En definitiva, declaró que la Argentina había violado los arts. I, XVIII y XXVI de la Declaración Americana²⁹⁶.

Lo destacable de este caso, como agudamente lo advierte M. Craven, es que la Comisión Interamericana no necesitó llegar tan lejos de como lo hizo para alcanzar el resultado de fondo. Le hubiera bastado, a ese fin, con señalar que la Declaración Americana era aplicable en la medida en que los hechos del caso habían ocurrido con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana por el Estado demandado, por lo que ésta era inaplicable *ratione temporis*. Sin embargo, sugerir que la Convención no extinguió la subsiguiente validez de la Declaración Americana se muestra como un punto de partida diferente del seguido con anterioridad por la Comisión, y resulta potencialmente propicio para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales²⁹⁷.

Pero, de nuestra parte, subrayaríamos muy particularmente que el criterio de la Comisión Interamericana importó afirmar que nada hay en la Declaración Americana que no esté en la Convención Americana. Esta última, "complementó" o "perfeccionó" la protección de los derechos humanos y, en todo caso, la "aumentó", no la redujo.

Y lo hizo respecto de la "protección" de los derechos humanos "en el sistema interamericano". Este énfasis que agregamos merece, para apreciar su peso, una explicación.

Los conceptos de "protección" y de "promoción" en el plano de las competencias de los órganos internacionales de derechos humanos han dado lugar a diversos puntos de vista. Es así que, en un principio, el criterio para diferenciar un órgano de promoción de un órgano de protección residía en el hecho de que este último tuviera competencia para recibir y tramitar denuncias individuales. En una versión más actualizada, K. Vasak señala que la noción de "promoción de los derechos humanos" atañe a una acción resueltamente volcada hacia el futuro: los derechos humanos tomados en consideración de esta forma entrañan siempre una laguna, sea porque las legislaciones nacionales o el derecho internacional no los garantizan del todo o sólo lo hacen de una manera incompleta, sea porque resultan mal conocidos por sus titulares o por los Estados que deben respetarlos. En este contexto, un órgano de protección de los derechos humanos tenderá a conocer las insuficiencias e incluso las violaciones, menos para sancionarlas que para prevenir su reiteración futura. De su lado,

²⁹⁶ Informe N° 74/90. Caso 9850. Argentina, 4-10-1990, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991, Washington, CIDH, 1991, esp. párrafos 3/6, pp. 74/75.

²⁹⁷ CRAVEN, Matthew, "The Protection of Economic, Social and Political Rights...", cit. en nota 272, p. 305.

el fin de la "protección" aparece, en muchos aspectos, diametralmente opuesto. Un órgano de estas características tenderá a hacer respetar los derechos humanos tal como existen en el derecho aplicable y su función conducirá, por las sanciones que entraña, a un futuro que perpetúa el pasado. Por otro lado, aplicará sobre todo las técnicas jurisdiccionales, mientras que la función de promoción empleará las técnicas legislativas: estudios, investigaciones, informes y redacción de textos²⁹⁸.

El peso de estas consideraciones ha marcado, de alguna manera, el nacimiento y posterior desarrollo de las competencias de la Comisión Interamericana. Nacida bajo el sello de la "promoción" de los derechos del hombre, según el acto por el que fue creada y su siguiente primer Estatuto, rápidamente, como ya lo hemos visto, buscó expandir sus competencias²⁹⁹. Buena parte de la historia de la Comisión Interamericana está marcada, consecuentemente, por esta tendencia -interna y externa- a añadir a su competencia de promoción, la de protección, vale decir, la relativa al conocimiento de las quejas individuales. Incluso a la luz del Estatuto actual, los arts. 18, 19 y 20 recogen algunas de estas diferencias.

Es por ello que damos al término "protección" empleado en el citado *Informe N° 74/90* una particular importancia, que no pudo (o no debió) pasar inadvertida para la Comisión Interamericana, y que nos lleva a concluir en que el ámbito de las denuncias que puedan ser consideradas a la luz de la Declaración Americana no ha desaparecido respecto de los Estados Partes de la Convención Americana por el hecho de haber ratificado ésta.

Esta conclusión se ve corroborada de pleno por la jurisprudencia de la Comisión Interamericana: a partir de la entrada en vigencia de la Convención Americana en un Estado, la Declaración Americana dejar de ser fuente de obligaciones para éste sólo respecto de los derechos que resultan "substancialmente idénticos" en ambos instrumentos y no se trate de una situación de violación continua³⁰⁰.

No es nada desdeñable, tampoco, investigar lo expuesto por la Comisión

²⁹⁸ VASAK, Karel, *La Commission Interaméricaine...*, cit. en nota 285, pp. 48/51, la cita corresponde a la p. 50.

²⁹⁹ V. asimismo: FAUNDEZ LEDESMA, Héctor, en *El sistema interamericano...*, cit. en nota 277, p. 42 y sigs.

³⁰⁰ *Informe N° 38/99. Petición Víctor Saldaño. Argentina*, 11-3-1999, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1998*, Washington, CIDH, 1999, vol. I, p. 301, párr. 13 y su cita; e *Informe N° 36/00. Caso 11.101. Masacre "Caloto". Colombia*, 13-4-2000, ídem, p. 504, párr. 37.

Interamericana fuera de su competencia contenciosa y en el marco de los Informes sobre Derechos Humanos en un Estado (art. 52 de su Reglamento) en la medida en que, en ese terreno, haga referencia a derechos contenidos en el art. 26 de la Convención Americana, a las obligaciones que de éste derivan para los Estados, y a las circunstancias bajo las cuales debe entenderse que se producen "violaciones" de los primeros. No incurrimos con ello en el desconocimiento de la especificidad de cada uno de los campos en juego, ni perpetramos sigilosos o manifiestos contrabandos entre sus fronteras. Tampoco apuntamos a las evaluaciones de los hechos que pueda realizar la Comisión Interamericana en estos Informes, pues nos atenderemos sólo a sus apreciaciones de derecho, a las consideraciones que conforman el *corpus* que solemos llamar doctrina o jurisprudencia de una institución. Lo que intentamos señalar son algunos antecedentes en la inteligencia de que, salvo una patente incitación a la esquizofrenia, nada justifica que el hallazgo por la Comisión Interamericana de "derechos", "obligaciones" y "violaciones" en el terreno de la Informes sobre los países, no sea trasladable al ámbito contencioso. A una norma no debería hacerse decir cosas distintas por parte de un mismo intérprete, según sea que éste la examine en instancia contenciosa o en la no contenciosa. Podrá sí afirmarse que un órgano puede tener competencia para pronunciarse sobre un tema en un plano, y no en el otro. Pero es evidente que si en el terreno no contencioso el órgano sostiene la existencia objetiva de los mentados "derechos" y "obligaciones", y de que los primeros son susceptibles de "violaciones" a la luz de la Convención Americana, no podría (no debería), salvedad hecha de modificar su doctrina o de caer en el área de la nosología psiquiátrica, considerar que una denuncia relativa a dichos derechos y obligaciones es ajena a su competencia contenciosa cuando ésta se encuentra determinada, precisamente, por las quejas en las que se alegue una "violación" de dicha Convención (Convención Americana, art. 44; Estatuto de la Comisión Interamericana, art. 19.a)³⁰¹. Todo cuanto resultaría admisible sería una cuestión de matices, o, si se quiere, de un mayor o menor grado de relevancia jurídica de lo expresado en uno y otro ámbito, entre los cuales, por cierto, el contencioso alcanzaría la mayor importancia. Pero, incluso en este último orden de ideas, si en la función no contenciosa se afirmara que la Convención Americana enuncia un derecho del individuo y un correlativa obligación del

³⁰¹ Art. 44: "Cualquier persona.... puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte"; art. 29: "En relación con los Estados Partes en la Convención Americana..., la Comisión ejercerá sus funciones de conformidad con las atribuciones previstas en aquella y en el presente Estatuto, y además de las atribuciones señaladas en el Artículo 18, tendrá las siguientes: a) diligenciar las peticiones y otras comunicaciones de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 44 al 51 de la Convención...".

Estado, éstos no podrían, por una suerte de birlibirloque, desaparecer cuando, eventualmente, se abriera la escena contenciosa. Una cosa son los matices y otra, muy otra, es hacer del blanco un no blanco, de un derecho una simple esperanza y de una obligación no más que un buen consejo. Incluso cabe añadir que los Informes sobre Derechos Humanos en un Estado son aprobados en forma definitiva por la Comisión Interamericana, después de someter una "primera versión" a conocimiento del Estado respectivo y analizar las respuestas de éste³⁰².

En un reciente caso contencioso, la Comisión Interamericana expresó que ya se había "pronunciado", en un Informe sobre la situación de los derechos humanos en el país demandado, "contra" una práctica denunciada en el expediente (persecución y exterminio de niños y jóvenes en la calle)³⁰³.

Volveremos un poco más adelante sobre un antecedente de la Comisión Interamericana que arroja mucha luz a la trabazón estrecha entre el régimen de denuncias individuales y el de informes sobre los Estados.

Formuladas esta aclaraciones, es de precisar, entonces, que la Comisión Interamericana expresó, en 1997: "En el marco de la Convención (Americana), cabe hacer particular referencia al artículo 26 que requiere que los Estados Partes adopten 'providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional... para lograr progresivamente, por vía legislativa u otros medios apropiados, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales implícitos en la Carta de la OEA". Y agregó: "Si bien el artículo 26 no enumera medidas específicas de ejecución, dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del estado de encarar dicho proceso de determinación y adoptar medidas progresivas en este campo. El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera tal que constante

³⁰² V. el art. 62 del Reglamento de la Comisión Interamericana, y, v.gr., el *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México* (OEA/Ser.L/V/II.100.Doc.7 rev.1, 24-9-1998), Washington, CIDH, 1998, párr. 15, p. 3. Este Informe, aprobado por la Comisión en su 100° Período Ordinario de Sesiones (24 de septiembre al 13 de octubre de 1998), hace referencia a diferentes tipos de información recibida antes, durante y después de la visita *in loco* que tuvo lugar entre el 15 y el 24 de julio de 1996 -párr. 14, p. 3.

³⁰³ *Informe N° 9/00. Caso 11.598. Alonso Eugénio Da Silva. Brasil, 24-2-2000*, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, Washington, CIDH, 2000, vol. I, p. 427, párr. 33. En igual sentido: *Informe 10/00. Caso 11.599. Marcos Aurelio de Oliveira. Brasil, 24-2-2000*, ídem, p. 441, párr. 32.

y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos"³⁰⁴. Idénticos conceptos reiteraría en posteriores oportunidades³⁰⁵.

También resultan de especial interés otras consideraciones de la Comisión Interamericana, por lo que no permitiremos reproducirlas con cierta extensión: "Claramente, 'la existencia de una difundida pobreza impide el pleno y activo disfrute de los derechos humanos... La extrema pobreza y la exclusión social constituyen una violación de la dignidad humana...'. El problema de la extrema pobreza, que impide a las personas satisfacer las necesidades fundamentales, implica una gama de derechos humanos que comienza con el derecho a la integridad física. Como ha declarado la Comisión : La esencia de la obligación jurídica incurrida por cualquier gobierno en esta materia es procurar el cumplimiento de las aspiraciones económicas y sociales de su pueblo, siguiendo un orden que asigna prioridad a las necesidades básicas de salud, nutrición y educación. La prioridad del 'derecho de supervivencia' y las 'necesidades básicas' es una consecuencia natural del derecho a la seguridad personal. Existe un acuerdo internacional acerca de la prioridad que debe darse al progreso en esta materia...".

Nos hallamos, por lo pronto, ante un *Informe* que recoge antecedentes no sólo de la propia Comisión Interamericana, sino también de la ya citada Declaración y Programa de Acción aprobados por la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, y de la Comisión de Derechos Humanos. Y del que incluso se extrae el empleo dado a los arts. 1 y 24 de la Convención Americana: "La pobreza inhibe la capacidad de las personas para gozar de sus derechos humanos. Los Estados Partes de la Convención Americana deben en primera instancia respetar todos los derechos y libertades establecidos en la misma de acuerdo con el artículo 1. Además, el artículo 1 obliga a las partes a adoptar medidas razonables para impedir que se produzcan violaciones de esos derechos. Estas obligaciones necesariamente requieren que el Estado asegure condiciones en virtud de las cuales se protejan los derechos de los grupos vulnerables y marginados dentro de la sociedad, como aquéllos desaventajados

³⁰⁴ *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador* (OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1, 24-4-1997), Washington, CIDH, 1997, pp. 24/25 y su cita en nota 39. Este Informe fue aprobado por la Comisión Interamericana en su 96° Período Extraordinario de Sesiones (21 al 25 de abril de 1997).

³⁰⁵ V.: *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia* (OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9 rev. 1, 26-2-1999), Washington, CIDH, 1999, párr. 4, pp. 69/70; y *Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Perú* (OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 59 rev., 2-6-2000), Washington, CIDH, 2000, p. 172, párr. 6. Estos Informes fueron aprobados por la Comisión Interamericana en su 102° Período Ordinario de Sesiones (22 de febrero al 12 de marzo de 1999), y el 2 de junio de 2000, respectivamente.

por los efectos de la pobreza. Los principios generales de no discriminación e igualdad reflejados en los artículos 1 y 24 de la Convención requieren la adopción de medidas destinadas a superar las desigualdades en la distribución interna y en las oportunidades". Aun cuando la eliminación de la pobreza y el desarrollo pleno de los derechos económicos, sociales y culturales son problemas complejos que requieren una acción concertada en el tiempo, ello "no significa que las políticas gubernamentales no puedan ser analizadas teniendo en cuenta su capacidad de implementar progresivamente" los mentados derechos. De ahí que las citadas políticas no deben representar "una carga desproporcionada sobre los sectores marginados y más vulnerables de la sociedad, en particular aquéllos que se encuentran en situación más desventajosa debido a la pobreza", y "deben tener en cuenta el objetivo básico del desarrollo integral establecido en el art. 33 de la Carta de la OEA y la obligación consagrada en el art. 26 de la Convención Americana de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales"³⁰⁶.

El último pasaje entrecomillado será, asimismo, reiterado poco tiempo después: cuando un país ratifica la Convención Americana se compromete, de conformidad con el art. 26 de ésta, a lograr progresivamente la plena efectividad de las normas económicas, sociales y culturales, contenidas en la Carta de la OEA³⁰⁷.

El 2000 daría ocasión a otros aportes de la Comisión Interamericana: "los requerimientos del derecho humano a una vida digna trascienden los contenidos igualmente fundamentales del derecho a la vida (entendido en el sentido más estricto), del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad personal...". Y también recogería, en la misma ocasión, la enseñanza del actual Presidente de la Corte Interamericana, A.A. Cançado Trindade: "La denegación o violación de los derechos económicos, sociales y culturales, materializada, por ejemplo, en la pobreza extrema, afecta a los seres humanos en todas las esferas de su vida (inclusive civil y política), revelando así de modo evidente la interrelación o indivisibilidad de los derechos humanos. La pobreza extrema constituye, en última instancia, la negación de todos los derechos humanos ¿Cómo hablar del derecho a la libre

³⁰⁶ *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador* (OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1, 24-4-1997), Washington, CIDH, 1997, pp. 25/27.

³⁰⁷ *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México* (OEA/Ser.L/V/II.100. Doc. 7 rev. 1, 24-9-1998), Washington, CIDH, 1998, párr. 590, p. 135. Este Informe, aprobado por la Comisión en su 100° Período Ordinario de Sesiones (24 de septiembre al 13 de octubre de 1998), hace referencia a diferentes tipos de información recibida antes, durante y después de la visita *in loco* que tuvo lugar entre el 15 y el 24 de julio de 1996 -párr. 14, p. 3.

expresión, sin derecho a la educación? ¿Cómo concebir el derecho a entrar y salir (libertad de circulación), sin derecho a una vivienda? ¿Cómo contemplar el derecho a una libre participación en la vida pública, sin derecho a alimentarse?... Y los ejemplos se multiplican. En definitiva, todos experimentamos la indivisibilidad de los derechos humanos, en la cotidianidad de nuestras vidas, y esa es una realidad que no puede ser dejada de lado. Ya no hay lugar a la compartimentación, se impone una visión integrada de todos los derechos humanos"³⁰⁸.

Incluso es conveniente volver un poco en el tiempo para recuperar un antecedente de la Comisión Interamericana de singulares contornos. Ante ésta, en 1990, se había presentado una petición contenciosa en nombre de los huaorani, por parte de la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonia Ecuatoriana, en la que se alegaba que los derechos más básicos de esa población se veían amenazados por las actividades de desarrollo petrolero que estaban por comenzar dentro de las tierras que ocupaban tradicionalmente, y solicitaban que se exigiera al Gobierno de Ecuador que suspendiese determinadas iniciativas al respecto. En la queja se afirmaba que dichas actividades ponían en peligro la supervivencia física y cultural del grupo indígena Huaorani, específicamente porque la explotación petrolera contaminaría el agua, el suelo y el aire que constituyen el medio ambiente físico de estas comunidades, en detrimento de la salud y la vida de los habitantes. Se denunciaban, en suma, inminentes violaciones de los arts. 4, 5, 17, 22, 11, 12, 21 y 11 de la Convención Americana, y I, XI, VI, VIII, IX, III y XXIII de la Declaración Americana³⁰⁹.

Ahora bien, la Comisión Interamericana después de estudiar la petición (en 1992 la Organización de la Nacionalidad Huaorani de la Amazonia Ecuatoriana se convirtió en copeticionaria), examinar información de otras fuentes, celebrar dos audiencias (20-9-1991 y 4-10-1993), y advertir que las cuestiones antes señaladas se habrían extendido en eventual perjuicio de otras zonas y poblaciones, dentro y fuera de la comunidad Huaorani, consideró que la situación "ameritaba mayor atención" y, por ende, dispuso que ésta fuese tratada

³⁰⁸ *Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Perú* (OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 59 rev., 2-6-2000), Washington, CIDH, 2000, p. 171, párrafos 2/3. En igual sentido: *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay* (OEA/Ser.L/V/II.110. Doc. 52, 9-3-2001), Washington, CIDH, 2001, p. 61, párrafos 1/2.

³⁰⁹ *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador* (OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1, 24-4-1997), Washington, CIDH, 1997, pp. 81/82, y 113/115. Las citas que siguen en el texto entre paréntesis, relativas a este *Informe*, hacen referencia al lugar citado.

"dentro del marco de una evaluación general de las condiciones de los derechos humanos en la zona", para lo cual se produjo un visita *in loco* (7/11-11-1994, p. 1). En suma, desde el punto de vista procesal, las cuestiones planteadas en la denuncia terminaron siendo consideradas en el *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, que la Comisión aprobó en su 96° Período Extraordinario de Sesiones (21 al 25 de abril de 1997) (pp. 81/82 y 113/114)³¹⁰.

En cuanto al fondo del problema, después del señalamiento de los diferentes elementos de juicio producidos, la Comisión desarrolló una serie de conceptos que resultan altamente trascendentes aunque, por su extensión, nos limitaremos a los que consideramos más salientes a nuestros propósitos. "El derecho a la vida y a la seguridad e integridad física -expresó- está necesariamente vinculado y, de diversas maneras, depende del entorno físico. Por esa razón, cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos". La Declaración Americana, "sigue" imponiendo "obligaciones internacionales" a todos los Estados miembros, advirtió la Comisión Interamericana con cita del art. 29.d de la Convención Americana y de la Opinión Consultiva OC-10 de la Corte Interamericana. Y dicha Declaración, agregó, "reconoce el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona en el artículo I, y refleja la interrelación entre el derecho a la vida y el derecho a la salud en el artículo XI, el cual prescribe la preservación de la salud y el bienestar del individuo". Asimismo, esta "preocupación prioritaria" por la preservación de la salud y el bienestar del individuo "queda reflejada en el artículo 4 de la Convención Americana, que garantiza el derecho a la vida, y en el artículo 5, que garantiza el derecho a la integridad física, psíquica y moral" (p. 93).

El derecho a la vida enunciado en el citado art. 4 -continuó la Comisión- "es fundamental en el sentido de que no es derogable y constituye la base para el ejercicio de todos los demás derechos". Pero el derecho a que se respete la vida individual "no se limita, sin embargo, a la protección contra la muerte provocada de manera arbitraria. Los Estados partes deben tomar ciertas medidas positivas para salvaguardar la vida y la integridad física. La contaminación ambiental grave puede presentar una amenaza a la vida y la salud del ser humano, y en su debido caso puede dar lugar a la obligación del Estado de tomar medidas

³¹⁰ En realidad, la Comisión Interamericana había aprobado un primer Informe el 18-10-1996 (93° Período Ordinario de Sesiones), que transmitió al Gobierno ecuatoriano. El *Informe* mencionado en el texto, y citado en la nota anterior, viene a ser, por ende, la "versión definitiva", aprobada después del estudio de las observaciones formuladas por dicho Gobierno, y de haber incorporado cierto número de éstas (p. 4).

razonables para evitar dicho riesgo, o las medidas necesarias para responder cuando las personas han sido lesionadas" (p. 94).

"La Comisión reconoce -añadió- que el derecho al desarrollo implica que cada Estado tiene la libertad de explotar sus recursos naturales, incluyendo la otorgación de concesiones y la apertura a inversiones internacionales. Sin embargo, la Comisión considera que la ausencia de regulación, la regulación inapropiada o la falta de supervisión en la aplicación de las normas vigentes, puede crear serios problemas al medio ambiente que se traduzcan en *violaciones* de derechos humanos protegidos por la Convención Americana" (p. 94 -la itálica es nuestra).

Y concluyó con las siguientes afirmaciones: a. "las condiciones de grave contaminación ambiental, que pueden causar serias enfermedades físicas, discapacidades y sufrimientos a la población local, son *incompatibles* con el derecho a ser respetado como ser humano" (p. 98 -la itálica es nuestra); b. en el contexto en juego, la protección del derecho a la vida y a la integridad física deberá concretarse con medidas encaminadas a respaldar y acrecentar la capacidad de las personas para salvaguardar y reivindicar esos derechos, de manera que es "imperativo" que la población tenga acceso a la información, participe en los procesos pertinentes de toma de decisiones, y cuente con recursos judiciales (pp. 98/99, con cita de la Convención Americana, arts. 13 y 23), pues, respecto de esto último, los individuos deben tener acceso a un proceso judicial para reivindicar el derecho a la vida, a la integridad física y a vivir en un ambiente seguro (p. 99, con cita de ídem, art. 25). Finalmente, formuló una serie de recomendaciones dirigidas al Estado (p. 100).

Este resumen se ha centrado en lo que constituye el Capítulo VIII del *Informe*; empero, su Capítulo siguiente es pródigo en consideraciones de no menor interés (p. 103 y sigs.).

Las conclusiones que pueden seguirse de lo anotado son tan variadas como numerosas. Por lo pronto, la consideración de que las violaciones de derechos humanos planteadas en una denuncia, no obstante comprender de por sí una gran amplitud de personas y derechos, encierran no más que una parte de un universo mayor, condujo a una suerte de desvío del trámite regular de las quejas hacia el de los Informes sobre Estados. La Comisión Interamericana puntualiza que las actividades petroleras, en lo que atañe a los huaoranis, se habían ampliado a otras zonas fuera de la señalada en la denuncia; además, otros sectores y otros pueblos habían padecido análogos padecimientos durante varios decenios, al paso que pobladores asentados más recientemente en la zona se encontraban en dicha situación (pp. 81/82).

La actitud de la Comisión, a nuestro juicio, es elogiada en la medida en que, una vez advertida la magnitud de los hechos, decide de oficio ampliar, por así decirlo, el *thema decidendum* propio de la queja, para investigar un universo mayor y terminar formulando al Estado interesado una serie de recomendaciones que pueden conducir a rectificar la grave situación comprobada. Recomendaciones que, en cuanto a su observancia por el Estado, serán objeto de seguimiento por la Comisión Interamericana, tal como ocurrió en este caso³¹¹. Empero, para alcanzar ese horizonte más extenso abandonó su competencia contenciosa, con lo cual limitó seriamente sus poderes, v.gr., el de llevar eventualmente el caso ante la Corte Interamericana, y, sobre todo, introdujo el serio riesgo de dejar insatisfecha la petición, mayormente cuando las mencionadas recomendaciones no son del todo concluyentes ni individualizan a persona alguna (pp. 100/101)³¹², a lo que se suma que, en el mejor de los supuestos, tampoco tendrían la misma fuerza vinculante que la que pueda atribuirse a las recomendaciones formuladas con motivo de una denuncia (Convención Americana, arts. 50 y 51). El resultado que muestra el seguimiento antes mencionado es prueba elocuente de ello.

Por ende, compartimos el juicio de C. Scott: el desvío de la petición relativa a los huaoranis a una investigación más generalizada es inquietante si representa un método para evitar responder a los reclamos llevados por víctimas específicas³¹³. Después de todo, agregaríamos, los caminos señalados no son excluyentes y la prueba obtenida en uno podría ser incorporada al otro.

Empero, el aspecto procesal que venimos examinando nos permite volver, y con

³¹¹ *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1998*, (OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 6 rev., 16-4-1999), Washington, CIDH, 1999, pp. 1208/1209, en el que se expresa que, no obstante las innovaciones constitucionales ocurridas en Ecuador, la Comisión Interamericana ha recibido información acerca de que siguen existiendo actos que degradan el medioambiente en la zona, con lo cual continúan varios sectores de la población viéndose afectados en el pleno desarrollo de sus derechos -p. 1209.

³¹² Incluso en la p. 98, si bien es dicho que el Gobierno está obligado a responder "con medidas apropiadas de investigación y desagravio", ello sería así "cuando se haya infringido el derecho a la vida". Las medidas estatales necesarias para "responder cuando las personas han sido lesionadas", son mencionadas en la p. 94.

³¹³ **SCOTT, Craig**, "Multinational Enterprises and Emergent Jurisprudence on Violations of Economic, Social and Cultural Rights", en *Economic, Social and Cultural Rights* (EIDE, A.; KRAUSE, C. y ROSAS, A., eds.), Dordrecht/Boston/Londres, M. Nijhoff, 2001, p. 578. En la sección correspondiente a las peticiones y casos ante la Comisión Interamericana de los *Informes Anuales* de la Comisión que van de los años 1990 a 2000, no hemos encontrado ningún Informe relativo al caso comentado en su faz contenciosa.

provecho, sobre una cuestión ya considerada, tal como lo habíamos prometido. En efecto, el mentado desvío entrafía que la Comisión, correcta o incorrectamente, ha entendido que una queja puede obtener respuesta por vía del régimen de Informes sobre los Estados, más precisamente, sobre el Estado en cuestión. Si algo corresponde que sea descartado, es la intención de la Comisión Interamericana de dejar en indefensión a una víctima que ha requerido su tutela por la vía de una denuncia³¹⁴. Y todo ello implica, a su vez, que la Comisión ha entendido que, si de la interpretación del derecho se trata, las conclusiones a las que arribe en el campo de los Informes sobre los Estados no deben diferir de las que alcance en el área contenciosa. Con esto pretendemos, entonces, aportar un elemento más en apoyo de la postura que hemos defendido en párrafos anteriores.

Por otro lado, en clave sustancial, este *Informe* ofrece una gran riqueza.

El derecho a la vida no es sólo el derecho a no ser muerto arbitrariamente, ya que puede verse violado por agresiones a la "salud" y al "bienestar" de la persona, en el caso, como consecuencia de la degradación y contaminación graves del medio ambiente. La Corte Europea, como lo apuntaremos más adelante, relacionó estas últimas circunstancias con el derecho al respeto de la vida privada y familiar y al domicilio (Convención Europea, art. 8), en el caso *López Ostra c. España*³¹⁵. La relación a la que se atiene la Comisión Interamericana es, en tal sentido, mucho más fuerte. Lo cual no es indeliberado toda vez que la Convención Americana no carece de una norma análoga al art. 8 de su igual europea (v. el art. 11 de la primera). Fortaleza que incluso se refleja en que este último art. 11 pueda ser objeto de suspensión, de lo cual está excluido el art. 4 sobre el derecho a la vida (Convención Americana, art. 27.2). La propia Comisión Interamericana se encarga de poner esto último de resalto (p. 94). Y en iguales términos, y con análogas consecuencias, la Comisión Interamericana enlaza el derecho a la salud y al bienestar con el derecho a la seguridad e integridad física, psíquica y moral (Convención Americana, art. 5).

Dichos arts. 4 y 5 de la Convención Americana "reflejan" la preocupación por preservar la salud y el bienestar del individuo enunciada en el art. XI de la Declaración Americana. He aquí un conclusión de peso inocultable. Salud y bienestar, léase también derecho a un nivel de vida adecuado pues el citado no es otro que el art. XI de la Declaración Americana, están "reflejados" en el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal que tutela la Convención Americana, aun cuando no se los encuentre mencionados

³¹⁴ Incluso es citado el ya recordado caso de los yanomami -p. 98, nota 43.

³¹⁵ Sentencia del 9-12-1994, Serie A n° 303-C. V. el texto correspondiente a la nota 390..

expresamente y en tanto que tales en norma alguna de ésta³¹⁶.

Y se trata, además, de una preocupación "prioritaria", lo que mucho nos dice acerca de la "progresividad" de los derechos económicos y sociales.

Pero no sólo fueron enunciadas en el *Informe* las gravísimas y numerosas enfermedades que la explotación petrolera había producido en la población (v. esp. pp. 94/98), sino que el examen de la Comisión también recogió los problemas de "abastecimiento de alimentos" y de "malnutrición" irrogados por dicha actividad (p. 97).

Además, tres circunstancias son puestas a la luz del día: la de las obligaciones positivas de los Estados para evitar las señaladas violaciones; la del derecho de las víctimas al acceso a la justicia para obtener un "desagravio", garantía "fundamental" de los derechos a nivel nacional; y la de los límites o condiciones en que puede ser invocado por los Estados el derecho al desarrollo y su libertad de explotar sus recursos naturales.

Lo expuesto, a su vez, es muestra contundente de la integración de la Declaración Americana a la Convención Americana, mayormente cuando es la propia Comisión la que la establece, y con cita del art. 29.d de esta última y de la Opinión Consultiva OC-10 de la Corte Interamericana.

Y todo ello, sobre todo las referencias a la Declaración Americana, fue expresado respecto de un país que ya para 1977 había ratificado la Convención Americana.

Cuestiones de un tenor análogo, e insertas indudablemente en el plano contencioso, están presentes en otros casos en trámite ante la Comisión Interamericana, como el ya recordado *Comunidades Indígenas Maya y sus Miembros. Belice*, declarado admisible recientemente³¹⁷. En alguna medida también parece relacionarse con este contexto el caso 11.140. *Mary y Carrie Dann. Estados Unidos*, ya declarado admisible, aunque su centro parece ubicarse, principalmente, en la desposesión de tierras de las indígenas estadounidenses peticionarias³¹⁸. Y sería particularmente de poner énfasis en el caso *La*

³¹⁶ Los arts. 16.2 y 22.4 de la Convención Americana mencionan a la salud, pero como uno de los elementos que pueden justificar la restricción de la libertad de asociación, y el derecho de circulación y residencia. Más adelante veremos el vínculo entre salud e integridad y los derechos del niño enunciados en el art. 19 de la Convención cit.

³¹⁷ Comisión Interamericana, Informe 78/00, caso 12.053, 5-10-2000, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000*, c.d.

³¹⁸ Informe N° 99/99, 17-9-1999, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, Washington CIDH, 2000, vol. I, p. 238.

Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, que la Comisión Interamericana planteó ante la Corte Interamericana (4-6-1998), la cual ya rechazó las excepciones preliminares interpuestas por Nicaragua (1-2-2000)³¹⁹.

A lo expresado podría agregarse lo que ya hemos recordado en cuanto a la doctrina de la Comisión Interamericana acerca del principio de no retroceso en materia de derechos económicos y sociales (9.5).

Más aún. Es de importancia la lectura del ya mencionado *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, que constituye uno de los últimos documentos elaborados por la Comisión Interamericana, en la medida en que reitera y "amplía" muchas de las consideraciones que venimos de registrar.

La obra de la Comisión Interamericana, en resumen, viene exhibiendo, en materia de derechos económicos y sociales, un verdadero, y no menos armonioso, *crescendo* rossiniano.

C. De lo expuesto en los dos puntos anteriores se sigue que, primeramente, el citado art. 44 de la Convención Americana es claro en cuanto habla de denuncias de "violación de la Convención" sin distingos entre las eventuales "categorías" de los derechos en juego. Cualquiera fuese el grado de extensión que quiera dársele al carácter progresivo del cumplimiento de las obligaciones relativas a los derechos económicos y sociales, de acuerdo con el art. 26 de la citada Convención, lo cierto es que el Estado, como mínimo, puede faltar a dichas obligaciones si no realiza ningún esfuerzo serio y no adopta ninguna providencia orientada a ese fin, o si las medidas adoptadas desmejoran notablemente la situación de los individuos en lo que concierne a esos derechos, o si las acciones emprendidas por el Estado resultan discriminatorias³²⁰.

El carácter progresivo de determinados aspectos de los derechos económicos y sociales, sostiene la Comisión Interamericana, no significa, "bajo ningún motivo", que un

³¹⁹ Sobre los casos citados en este párrafo del texto, especialmente el último de éstos, y sobre la problemática de la protección de los derechos de los pueblos indígenas en América, v. **ANAYA, James y WILLIAMS, Robert A. (Jr.)**, "The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System", en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 14, primavera 2001, p. 33 y sigs.

³²⁰ **FAUNDEZ LEDESMA, Héctor**, *El sistema interamericano...*, cit. en nota 277, 1996, p. 182.

Estado "puede diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para su completa realización". Lo "esencial" es que estos derechos "tengan vigencia en la vida cotidiana de cada uno de los habitantes... garantizando de este modo, un mínimo de condición de vida digna a los mismos"³²¹.

Finalmente, y como lo hemos anticipado, no pudo haber sido la intención que, por un *sidewind*, las Partes en la Convención Americana hubiesen reducido sus obligaciones en materia de derechos humanos ante la Carta de la OEA, y que la Comisión Interamericana perdiera sus poderes para controlar su cumplimiento³²².

El sistema interamericano, de lo contrario, habría perdido uno de los rasgos que lo destacaba clara y positivamente en el concierto internacional, incluso frente al más veterano sistema de la Convención Europea, toda vez que posibilitaba la intervención de la Comisión Interamericana en áreas económicas, sociales y culturales, por vía de la Declaración Americana³²³.

En suma, como respuesta a nuestros interrogantes y con fundamento en lo desarrollado en los dos puntos anteriores, sostenemos que respecto de los Estados que hubiesen ratificado la Convención Americana, la Comisión Interamericana es competente *ratione materiae* para conocer en denuncias o quejas relativas a la violación, por parte de aquéllos, de los derechos económicos y sociales que se derivan de la Carta de la OEA, esto es, al menos, los contenidos en la Declaración Americana, entre los que se inscribe el derecho a un nivel de vida adecuado, por poner en juego el art. 26 de la Convención Americana.

Asimismo, dicha competencia también alcanza a la Corte Interamericana, de estar observados los restantes recaudos que habilitan su intervención contenciosa o jurisdiccional, pues se trataría de casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (Convención Americana, art. 62 -también, art. 2.1 de su Estatuto) o asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados Partes en ésta (ídem, art. 33.a).

³²¹ *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia* (OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9 rev. 1, 26-2-1999), Washington, CIDH, 1999, párrafos 5/6, p. 70.

³²² **HARRIS, David**, "Regional Protection on Human Rights: The Inter-American Achievement", en *The Inter-American System of Human Rights* (HARRIS, D. y LIVINGSTONE, S., eds.), Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 8.

³²³ **SCOTT, Craig**, "Multinational Enterprises...", cit. en nota 313, p. 577.

Lo cual comprenderá, naturalmente, que la Corte Interamericana determine, de haberse producido una violación de las condiciones que hacen a una vida digna, las consiguientes reparaciones de acuerdo con el art. 63.1 de la Convención Americana³²⁴.

Todo ello, por cierto, sin perjuicio de la competencia en razón de la materia que la Comisión Interamericana conserva respecto de los Estados Miembros de la OEA que no hubiesen ratificado la Convención Americana.

La Convención Americana debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera su "efecto útil", tiene dicho esta última, que agregó, con cita de la Corte Internacional de Justicia: "...en caso de duda, las cláusulas de un compromiso por el cual un diferendo es sometido a la Corte, deben ser interpretadas, si con ello no se violentan sus términos, de manera que se permita a dichas cláusulas desplegar su efecto útil"³²⁵.

De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, tantas veces aplicada por la Corte y la Comisión interamericanas, así como por otras instituciones de derechos humanos, "un tratado deberá interpretarse 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).

Luego, a la Convención Americana así como a cualquier otro instrumento análogo, le son plenamente aplicables las pautas de interpretación humanitaria y, muy especialmente, evolutiva, de las que habla Pedro Nikken respecto de los tratados de derechos humanos: el empleo de términos genéricos, susceptibles de cambiar "el sentido que haya de atribuírseles" abre el cauce para una "interpretación evolutiva" de sus preceptos. Por su parte, la influencia del "objeto y fin" particular de estos tratados sobre el sentido de la interpretación fundamenta una orientación teleológica, que tiende a favorecer el interés del ser humano protegido por el tratado y da pie a lo que podría llamarse una "interpretación humanitaria"³²⁶.

En todo caso, los tratados de derechos humanos "no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el

³²⁴ V. Corte Interamericana, Caso *Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la calle")*, sentencia del 19-11-1999, Serie C n° 63, voto de los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párr. 8 y la referencia a sus votos en la sentencia sobre reparaciones del caso *Loayza Tamayo*.

³²⁵ V., entre otras sentencia de la Corte Interamericana, la del 26-6-1987, recaída en el caso *Velázquez Rodríguez. Excepciones preliminares*, Serie C N° 1, párr. 30

³²⁶ V. **NIKKEN, Pedro**, *La Protección Internacional...*, cit. en nota 248, p. 93 y sigs.

beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes"³²⁷.

Más aún. La Convención Americana, la Carta de la OEA y la Declaración Americana, entre otros textos legales internacionales, "son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales". Así lo ha dicho la Corte Interamericana en uno de sus últimos pronunciamientos, recordando sus antecedentes y los de su hermana Europea. A la luz del citado art. 31 de la Convención de Viena, agregó con cita de la Corte Internacional de Justicia, deben tomarse en consideración las transformaciones ocurridas y la evolución posterior del derecho. 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. Esta orientación, subrayó, 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 1969³²⁸.

En los puntos siguientes señalaremos varios supuestos más que, desde otras y diversas perspectivas, habilitan la competencia *ratione materiae* de la Comisión y de la Corte interamericanas.

10.2. EL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA VIDA Y EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

El punto anterior ha sido, a nuestro juicio, explícito en orden a que en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos no están ausentes las vías de tutela supranacionales de los derechos económicos y sociales, y, por ende, del derecho a un nivel

³²⁷ Corte Interamericana, *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 del 24 de septiembre de 1982, Serie A N° 2, párrafos 40 y 41, párr. 29.

³²⁸ *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, 1-10-1999, Serie A N° 16, párrafos 112/114.

de vida adecuado.

No obstante ello, la cuestión todavía es susceptible de verse profundizada a fin de explorar la existencia de otras vías de protección internacional distintas de las que ofrece el sistema interamericano, y de dar, incluso, otros fundamentos a la actividad de este último.

Veamos. El derecho a un nivel de vida adecuado, según lo hemos anticipado y se infiere de los desarrollos efectuados hasta aquí, no sólo posee su autonomía, sino que también resulta coadyuvante y esclarecedor de otros derechos económicos y sociales. Por tomar sólo un ejemplo que nos proporciona el propio Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, si el salario de una persona debe asegurarle, en especial, condiciones de vida dignas para ella y su familia (art. 7.a.ii), los requerimientos del derecho a un nivel de vida adecuado brindan elementos más que precisos para darle contornos claros a las demandas que debería satisfacer la remuneración. Súmese a ello que el enunciado del citado Pacto sobre el salario se reitera, en sustancia, en toda una serie de otros textos internacionales que, en parte, han sido recordados anteriormente (2). El vínculo entre los salarios y el derecho a una alimentación adecuada fue explícitamente subrayado por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Observación General 12, párr. 26). En paralelos términos podríamos razonar en punto al derecho a la seguridad social.

Los ejemplos, reiteramos, podrían multiplicarse. Empero, esta temática encuentra uno de sus puntos más relevantes en la investigación sobre el vínculo que el derecho a un nivel de "vida" adecuado pueda guardar con el "derecho a la vida", y con el derecho a la integridad personal y la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Por cierto que con esto último, hemos mencionado derechos de los que dan cuenta múltiples documentos universales y regionales de derechos humanos, p.ej.: Declaración Universal (arts. 3 y 5), Declaración Americana (art. I), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 6 y 7), Convención Americana (arts. 4.1 y 5.2), Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 6, 37.a y concs.)... La Convención Europea súmase a esta lista no exhaustiva (arts. 2 y 3), así como la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (arts. 4 y 5).

La ligazón en juego, esto es, la del derecho a un nivel de vida adecuado con los derechos a la vida y a la integridad personal ha sido objeto de análisis, fundamentalmente, al influjo de una preocupación que ya pusimos de manifiesto: las debilidades del régimen de control internacional y regional de los derechos económicos y sociales, "categoría" dentro de la cual suele ubicarse al primero de los mencionados derechos, al paso que los restantes

lo harían dentro de la "categoría" de los derechos civiles y políticos.

Es bien sabido, por tomar alguna hipótesis, que el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé un régimen de comunicaciones para los individuos que aleguen ser víctimas de una violación, por un Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en dicho Pacto, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todavía y desafortunadamente, carece de un régimen semejante a su citado hermano de 1966, aun cuando, desde hace tiempo, existen proyectos al respecto.

Una situación análoga se presenta en el plano regional europeo si atendemos al juego Convención Europea/Carta Social Europea. R. Bernhardt y H. Petzold señalan como derechos de la Convención Europea que más bien se sitúan en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, los siguientes: a la asistencia gratuita de un abogado de oficio y de un intérprete (art. 6.3.c y e), a fundar sindicatos y a adherirse a éstos (art. 11.1), de propiedad (art. 1 del Protocolo 1), y a la instrucción (art. 2 de dicho Protocolo)³²⁹.

Singularmente, la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño (art. 44) garantiza el derecho del niño a una "nutrición adecuada y a agua potable", que es uno de los derechos sobre los que tiene competencia el Comité Africano de Expertos para recibir comunicaciones individuales, una vez que dicho instrumento entre en vigor³³⁰. Igualmente, para lo que atañe al orden africano, la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos exhibe, entre sus rasgos más destacados, el haber incorporado en un mismo instrumento las llamadas tres categorías de derechos humanos, vale decir, las dos ya mencionadas y los denominados "derechos de solidaridad"³³¹.

En tales condiciones, si el derecho a la vida fuese planteado, v.gr., en relación con la pena de muerte, tratada especialmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6), satisfechos los requisitos del caso, la cuestión sería del conocimiento del

³²⁹ **BERNHARDT, R.** y **PETZOLD, H.**, "Cour européenne des Droits de l'Homme", en *Protection constitutionnelle et protection internationales des Droits de l'Homme. Concurrence ou complémentarité?* (IX Conferencia de Cortes Constitucionales europeas, París, 10 al 13 de mayo de 1993), vol. 1, pp. 670/671.

³³⁰ **VAN BUEREN, Geraldine.** *The International Law...*, cit. en nota 64, p. 315.

³³¹ **V. OUGUERGOUZ, Fatsah,** *The African Charter on Human and Peoples' Rights. An Introduction*, Institut International des Droits de l'Homme/International Institute of Human Rights, 1998, p. 7. Esta Carta prevé un régimen de denuncias individuales que se tramitan ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Asimismo, el 9 de junio de 1998 fue adoptado un Protocolo a la citada Carta que, cuando entre en vigencia, dotará al sistema africano de una Corte.

Comité de Derechos Humanos, por vía del Protocolo Facultativo del citado Pacto. Otro tanto podría predicarse en punto a la competencia de la Corte Europea, y la Corte y Comisión interamericanas de derechos humanos, en función de sus respectivos ordenamientos.

La preocupación antes mencionada, por ende, conducía a preguntarse si dichos regímenes podían dar respuesta a lo que se consideraban violaciones del derecho a la vida y a la integridad personal, pero provenientes de causas de índole económica y social. En breve, era asunto de esclarecer si los órganos de los aludidos sistemas eran competentes *ratione materiae* en asuntos como los indicados anteriormente.

Aun cuando el motor de esa investigación era el consignado, la cuestión, a nuestro juicio, es de alcances mucho más amplios, tal como lo habíamos anunciado. Esto es así, pues el encasillamiento de un derecho dentro de las indicadas "categorías", por más que el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos haya atenuado los efectos que de ello derivan, sigue proyectándose en muy diferentes aspectos jurídicos, como lo son, v.gr., la determinación de si el derecho invocado constituye o no un derecho subjetivo, si es aplicable de manera directa e inmediata, cuáles son sus alcances, cuáles las obligaciones de los Estados a su respecto, qué pautas de interpretación son las aplicables, cuál es la medida del margen de apreciación del que puedan gozar los órganos nacionales encargados de su determinación y reglamentación...

El contrapunto entre las mentadas "categorías", así como los auxilios que a los derechos económicos, sociales y culturales pueden brindarle los instrumentos y regímenes procesales de los derechos civiles y políticos, han sido objeto de consideración en trabajos anteriores³³². Sin embargo, el derecho a un nivel de vida adecuado es propicio para profundizar dicha problemática en esta oportunidad.

En tal sentido, se imponen algunos esclarecimiento previos.

El primero y principal, según nuestro criterio, es que resulta indudable que el derecho a la vida y el derecho a no ser torturado o sometido a tratos crueles, 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

³³² V.gr., el citado en nota 189, pp. 362/366 y 374/380.

inherente a la persona³³³. Son derechos que significan, parafraseando a J.A. Carrillo Salcedo, un mínimo jurídico basado en consideraciones elementales de humanidad que todos los Estados tienen la obligación de respetar en toda circunstancia, incluso en situaciones de conflicto armado interno³³⁴, y al margen de todo vínculo convencional³³⁵.

"La obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación *erga omnes*", sostuvo la Corte Interamericana ya para 1989, y con cita, entre otras sentencias de la Corte Internacional de Justicia, de la dictada en el famoso caso *Barcelona Traction*, fallado por ésta en 1970³³⁶.

Hacemos referencia a dichos aspectos del llamado núcleo duro de los derechos humanos por no hacer pie más que en un apoyo indiscutible. Pero sin resignarnos a que dicho núcleo se vea limitado al catálogo de derechos a que hemos aludido. Cabe inscribir, sostiene M. Delmas-Marty, en primera línea, entre los derechos inderogables, el conjunto de derechos que corresponden a la exigencia inmediata de dignidad, es decir, no sólo el derecho a no ser torturado o reducido a esclavitud, sino también el de alimentarse, de tener una habitación, de comunicarse con los otros, de expresarse y crear lazos sociales. La proclamación por la comunidad internacional de un "núcleo intangible de derechos humanos" debería precisamente proveer a ello, bajo condición de no proceder por la enumeración, fragmentaria y siempre recomenzada, de las necesidades consideradas esenciales, sino definir esa fuente común a todos los derechos que se llama "igual

³³³ **SUDRE, Frédéric**, *Droit international et européen des droits de l'homme*, París, Puf, 1997, 3a. ed., 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*, París, Dalloz, 4a. ed., 1998, pp. 206/207; **LAMBERT, Pierre**, "La protection des droits intangibles dans des situations de conflit armé", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Bruselas, Nemesis/Bruylant, 2000, n° 42, p. 248. V. asimismo, **KATZ, Claude**, "Pour la proclamation par la Communauté internationale d'un noyau intangible des droits de l'homme", en la revista últimamente citada, 1996, n° 28, p. 550.

³³⁴ **CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio**, *Dignidad frente a barbarie, La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid, Trotta, 1999, p. 120.

³³⁵ **CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio**, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 106, con cita de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (27-6-1986) relativa al *asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, párr. 220.

³³⁶ *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89, 14-7-1989, Serie A N° 10, párr. 21.

dignidad"³³⁷.

En segundo lugar, es de consignar que la comprobación antedicha hace que, si de instrumentos de derechos humanos se trata, los derechos a la vida y a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes se encuentren, por así decirlo, encaballados en todos éstos, más allá de que los contengan *expressis verbis*. Además de ser derechos, atesoran los valores y principios que iluminan lo que configura el orden constitucional internacional instituido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por su esencia, entonces, estos derechos no resultan patrimonio de un determinado cuerpo legal, aun cuando sólo algunos de éstos los prevean en su letra.

Sin embargo, es precisamente esta última circunstancia la que revela los problemas. En efecto, aun cuando el aserto fuese admitido, podría sostenerse que como el derecho a la vida es susceptible de ser violado por muy diferentes causas, los cuerpos legales no necesariamente lo tutelan desde todas las perspectivas, sino que, habitualmente, lo hacen desde alguna de éstas.

Es así que, al considerar el derecho a la vida previsto en el art. 2 de la Convención Europea, J. Velu y R. Ergec afirman que debe tenerse cuidado en no confundir el derecho a un nivel y condiciones de vida dignas, que es un derecho económico y social, con el derecho a la vida propiamente dicho, que es el derecho a no ser muerto (*droit de n'être pas mort*)³³⁸. Y no es esta una opinión solitaria³³⁹.

³³⁷ **DELMAS-MARTY, Mireille**, *Trois défis pour un droit mondial*, París, du Seuil, 1998, p. 58; sobre el derecho a la vivienda v., asimismo, p. 54.

³³⁸ **VELU, Jacques** y **ERGEK, Rusen**, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruselas, Bruylant, 1990, p. 174. Es verdad, señalan con anterioridad, que la importancia del derecho a la vida no se adecua mayormente a una interpretación restrictiva. Sin embargo, es necesario cuidarse de no transformar su contenido real incorporándole conceptos que son más de *lege ferenda* que de derecho positivo. La necesidad de una interpretación razonable se impone con mayor razón en el marco de la Convención Europea cuya gran efectividad descansa, en último término, sobre el consentimiento de los Estados Partes -ídem, p. 168. V. la nota siguiente.

³³⁹ En el sentido indicado en el texto, aunque con algún matiz, **GUILLAUME, Gilbert**, "Article 2", en *La Convention européenne des droits de l'homme* (PETTITI, L.-E.; DECAUX, E.; IMBERT, P.-H., directs.), París, Economica, 1995, p. 148. Este último autor recuerda el fallo de la Cámara de Casación belga que citan Velu y Ergec en apoyo de su posición. Con todo, la relevancia de dicho precedente, a nuestros propósitos, no parece apropiada dado que concierne a un asunto muy específico relativo al aborto -**MAURER, Béatrice**, *Le principe de respect de la dignité humaine...*, cit. en nota 19, p. 407.

Volveremos más adelante sobre el panorama europeo, pues conviene señalar, cuanto antes, que la citada concepción, por lo pronto, no es de alcances universales.

10.2.1. La Comisión de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos

La perspectiva últimamente mencionada no es coincidente con la que se advierte en el plano universal.

En una de sus últimas resoluciones, la Comisión de Derechos Humanos "reafirmó" que el derecho a la vida incluye una existencia humana digna y la satisfacción de las necesidades mínimas de la vida³⁴⁰. La extrema pobreza, v.gr., no sólo viola el derecho a un nivel de vida adecuado, sino el propio derecho a la vida, entre muchos otros, cuando no todos los derechos humanos³⁴¹.

En análoga posición se enrola el Comité de Derechos Humanos, lo cual es de singular importancia dado que éste se integra en el orden del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que cuenta, como lo hemos consignado, con un régimen de denuncias individuales por medio de su Protocolo Facultativo³⁴².

La doctrina de dicho Comité tiene expresado, ya para 1982, que el derecho a la vida previsto en el art. 6 del Pacto anteriormente citado, ha sido "con mucha frecuencia interpretado en forma excesivamente restrictiva. La expresión 'el derecho a la vida es inherente a la persona humana' no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas".

Por ende, el Comité mencionado, en su Observación General 6 consideró "oportuno que los Estados tomaran todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando medidas para eliminar la malnutrición

³⁴⁰ Resolución 2001/31. *Human rights and extreme poverty*, 23-4-2001, E/CN.4/RES/2001/31, párr. 1.b.

³⁴¹ V. los textos correspondientes a las notas 2 y 3.

³⁴² A diferencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (v. la nota 17), el Comité de Derechos Humanos tiene origen convencional (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 28). Las características y competencia de uno y otro Comité no ofrecen otras diferencias que corresponda destacar a nuestros propósitos, salvedad hecha de que el Comité de Derechos Humanos tiene, asimismo, competencia para entender en denuncias individuales contra Estados Partes del Protocolo Facultativo citado en el texto.

y las epidemias"³⁴³. En términos análogos se expresó en su Observación General 17³⁴⁴.

Este órgano también ha mostrado su inquietud por el hecho de que la falta de viviendas haya causado graves problemas de salud, incluso de muerte, lo que impone a los Estados la adopción de las "medidas positivas" que requiere el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (derecho a la vida) para resolver ese grave problema³⁴⁵.

Por otro lado, en su reciente Observación General N° 28, el Comité de Derechos Humanos señaló que los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "al presentar informes sobre el derecho a la vida, amparado en el citado art. 6, deberán aportar datos respecto de las tasas de natalidad y número de casos de muertes de mujeres en relación con el embarazo y parto. Deberán también presentar datos desglosados por sexo acerca de las tasas de mortalidad infantil"³⁴⁶.

Se trata, entonces y para esta perspectiva universal, de apreciar los esfuerzos realizados por los Estados a fin de crear condiciones para el "goce" del derecho a la vida³⁴⁷.

En suma, determinados menoscabos del derecho a un nivel de vida adecuado, en clave del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de acuerdo con su intérprete autorizado, el Comité de Derechos Humanos, pueden encontrar protección a la luz del derecho a la vida previsto en el art. 6 de dicho texto.

De tal suerte, sùmase otra circunstancia valiosa, por cuanto respecto del citado art. 6 no está autorizada suspensión alguna; constituye un derecho intangible y no derogable incluso en los llamados estados de excepción (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 4.2).

³⁴³ Observación General N° 6. *Artículo 6*, 1982, HRI/GEN/1/Rev.4, p. 98, párr. 6. El carácter fundamental del derecho a la vida también es puntualizado en la Observación General N° 14. *Artículo 6*, 1984, ídem, p. 113.

³⁴⁴ Observación General N° 17. *Artículo 24*, 1989, HRI/GEN/1/Rev.4, p. 120, párr. 3.

³⁴⁵ *Examen del cuarto informe periódico del Gobierno del Canadá*, 6-4-1999, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Nueva York, Naciones Unidas, vol. I, A/54/40, p. 50, párr. 234.

³⁴⁶ Observación General N° 28. *Sobre el artículo 3 (Igualdad de derechos entre hombres y mujeres)*, 29-3-2000, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Nueva York, 2000, A/55/40, p. 137, párr. 10.

³⁴⁷ **POCAR, Fausto**, "The International Covenant on Civil and Political Rights", en *Manual on Human Rights Reporting*, Ginebra, Naciones Unidas, 1997, p. 193.

10.2.2. *El sistema interamericano*

Las consideraciones que han detenido nuestro examen en el punto **10.1**, son esclarecedoras en cuanto a que el sistema de protección interamericano no es ajeno a las violaciones del derecho a un nivel de vida adecuado.

Por otro lado, los recordados antecedentes de la Comisión Interamericana también resultan altamente demostrativos de que el derecho a la vida y la integridad personal enunciados en la Convención Americana, tienen alcances suficientes para incluir en su ámbito violaciones graves del derecho a un nivel de vida adecuado.

"El hambre y la desnutrición -afirma Acción contra el Hambre (Francia)- no se deben en modo alguno a la fatalidad ni a una maldición de la naturaleza; se deben al hombre. El que muere de hambre es víctima de un asesinato: la desnutrición crónica grave, el hambre persistente implican una violación del derecho fundamental a la vida"³⁴⁸. "Da de comer al que se está muriendo de hambre -anunciaron los Padres de la Iglesia-, porque si no le alimentas lo matas"³⁴⁹. Y que al sin techo ni abrigo, agregaríamos, también lo matas³⁵⁰.

Es llegada la hora, entonces, de dirigir la mirada hacia la Corte Interamericana y, sobre todo, a una de sus recientes sentencias, que consideramos más que promisorias a nuestros propósitos.

Aludimos, con lo antedicho, a la dictada en el caso *Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la calle")*, en noviembre de 1999³⁵¹. En dicha oportunidad, la Corte Interamericana expresó: "El derecho a la vida es un derecho fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido". Y con base en dicha premisa, concluyó: "En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo

³⁴⁸ Cit. en *Derecho a la alimentación. Informe preparado por el Sr. Jean Ziegler, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, de conformidad con la Resolución 200/10 de la Comisión de Derechos Humanos*, E/CN.4/2001/53, 7-2-2001, p. 3.

³⁴⁹ Cit. en Concilio Vaticano II, *Gaudium et spes*, párr. 69

³⁵⁰ V. *¿Qué has hecho de tu hermano sin techo?...*, cit. en nota 53, p. 25.

³⁵¹ Sentencia del 19-11-1999, Serie C N° 63; también publicada en *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999*, San José, 2000, pp. 691/770. Para un resumen de la sentencia, v. *investigaciones 2* (2000), p. 364.

ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico..." (párr. 144).

De su lado, adquieren un peso no menos inocultable sus afirmaciones en cuanto se relacionan específicamente con los niños, esto es, cuando los Estados no evitan que éstos "sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el 'pleno y armonioso desarrollo de su personalidad', a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece" (párr. 191). Las anteriores comillas menores hacen cita del párrafo sexto del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo cual se suma a posteriores y centrales enunciados en los que la Corte Interamericana advierte que dicha Convención debe servir para fijar "el contenido y los alcances" de la disposición general definida en el art. 19 de la Convención Americana (párr. 194). De esta suerte, después de recordar los arts. 2.1 y 2, 3.2, 6.1 y 2, 20.1 y 2, 27.1 y 3, y 37 a.b.c. y d, de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Corte destacará que estas normas permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las "medidas de protección" a que alude el citado art. 19, mereciendo ser destacadas, entre ellas, las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, "a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño", "al derecho a un nivel de vida adecuado" y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación (párr. 196). La carátula del expediente es, asimismo, por demás ilustrativa: *caso de los niños de la calle*.

Por otro lado, las consideraciones vertidas en los votos concurrentes de los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, desarrollan aún más los fundamentos subyacentes al discurso antedicho, en términos de gran precisión -y por qué no, belleza-, que piden por su transcripción, al menos parcial: "El derecho a la vida no puede seguir siendo concebido restrictivamente, como lo fue en el pasado, referido sólo a la prohibición de la privación arbitraria de la vida física... En el presente caso... atinente a la muerte de niños por agentes policiales del Estado, hay la circunstancia agravante de que la vida de los niños ya carecía de cualquier sentido; es decir, los niños victimados ya se encontraban privados de crear y desarrollar un proyecto de vida y aun de procurar un sentido para su propia existencia (párr. 3)... La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio

de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos... (párr. 4) Nuestra concepción del derecho a la vida bajo la Convención (art. 4 en combinación con el art. 1) es manifestación de (la) interpretación evolutiva de la norma internacional de protección de los derechos del ser humano. En los últimos años, se han deteriorado notoriamente las condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los Estados Partes de la Convención Americana, y una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstracción de esta realidad... (párr. 6) Las necesidades de protección de los más débiles... requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna... (párr. 7) Creemos que el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana... (párr. 8) Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear un proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano. Estos agravios hacen víctimas no sólo a quienes los sufren directamente, en su espíritu y en su cuerpo; se proyectan dolorosamente en sus seres queridos, en particular en sus madres, que comúnmente también padecen el estado de abandono" (párr. 9).

"Frente al imperativo de la protección de la vida humana, y a las inquietudes y reflexiones suscitadas por la muerte -concluye el voto concurrente-, es muy difícil separar dogmáticamente las consideraciones de orden jurídico de las de orden moral: estamos ante un orden de valores superiores, -*substratum* de las normas jurídicas,- que nos ayudan a buscar el sentido de la existencia y del destino de cada ser humano. El Derecho internacional de los Derechos Humanos, en su evolución, en el umbral del año 2000, no debe en definitiva permanecer insensible o indiferente a estas interrogantes" (párr. 11).

No creemos que haya mucho más que agregar para el orden interamericano. El horizonte abierto por el caso *Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la calle")* es tan vasto como promisorio. La Corte Interamericana, por unanimidad, recupera un legado de más de medio siglo, por partir de la Declaración Universal, removiendo las piedras que todavía obstaculizaban el imperio del principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos; dando a la vida, al derecho a la vida, una hondura y extensión que, no por responder a la justicia, son menos conmovedoras; emplazando en el eje del sistema de protección de los derechos humanos a la justicia social, que atiende preferentemente al

desposeído, al marginado, al excluido, al olvidado, al condenado³⁵².

El derecho a un nivel de vida adecuado, entre otros derechos, para nuestros jueces en Costa Rica, está comprendido en el derecho a la vida del art. 4 de la Convención Americana cuando la no observancia del primero alcanza un grado de seriedad tal que no respeta las condiciones mínimas de una vida digna. No es ya la ejecución arbitraria, sumaria, las "desapariciones", entre otros males que laceran el derecho a la vida, no es sólo ello lo tutelado por la Convención Americana, sino el derecho a una vida "digna", el derecho de "acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna" a "todo ser humano", y muy especialmente a los niños.

Es dar vida al derecho a la vida.

Es hacer visible a la legión "invisible en la pobreza"³⁵³.

Y ello, es menester recalcarlo, traduce "obligaciones positivas" del Estado en protección de los más débiles, que la Corte Interamericana está dispuesta a hacer cumplir.

Más aún. La sentencia *Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la calle")*, según la interpretamos, no ha aplicado la técnica *par ricochet* de la que más adelante daremos cuenta. No se sustenta en una extensión de la protección de determinados derechos garantizados por la Convención Americana a derechos no protegidos expresamente por ésta, por atenernos a una de las conceptualizaciones de esa técnica. La Corte Interamericana ha ido más lejos, o, si se quiere, ha discurrido por otro camino. Interpretó, lisa y llanamente, que el derecho a una vida digna está enunciado en la propia Convención Americana. Interpretó a la Convención como un instrumento "vivo" que debe acompañar "la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales", tal como lo puntualizó en este caso (párr. 193, con cita de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Europea, y párr. 5 del voto concurrente), y lo tenía hecho ya en otro antecedente³⁵⁴.

³⁵² Sobre la citada interdependencia e indivisibilidad, v. asimismo: Comisión Interamericana, *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay* (OEA/Ser.L/V/II.110. Doc. 52, 9-3-2001), Washington, CIDH, 2001, p. 61 y sigs.

³⁵³ V. el texto correspondiente a la nota 374.

³⁵⁴ Corte Interamericana, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinión Consultiva OC-16/99, 1-10-1999, Serie A N° 16, párr. 114, y sus citas de la jurisprudencia de la Corte Europea.

Un "hombre de la calle" está excluido de la humanidad³⁵⁵.

Jean Carbonnier señala que este último supuesto, el del "hombre de la calle", pone en evidencia la existencia en la sociedad de una nueva categoría de personas, los no-sujetos de derecho: los que tendrían una vocación teórica a ser sujetos de derecho pero que están impedidos de serlo. Un sujeto de derecho perfecto debe tener un domicilio que no puede desaparecer, pues esta ausencia de domicilio conocido hace que el sujeto de derecho no pueda más ser alcanzado por la justicia, ni responder de sus actos, ni hacer valer sus derechos. Tampoco puede acceder a un determinado número de derechos, como el de voto, a las ayudas sociales y a otros que necesitan una vinculación a un domicilio. La vivienda se encuentra, entonces, en el centro de la existencia jurídica del sujeto de derecho, tal como parece estar sólidamente ligada al respecto de la dignidad humana³⁵⁶.

La situación de los "niños de la calle", añadiríamos a título informativo, fue examinada respecto de la Argentina, en 1999, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que le recomendó que "tome medidas para combatir el problema... y haga frente a sus causas fundamentales" puesto que el número de esos niños "ha seguido aumentando"³⁵⁷. También le dirigió observaciones a nuestro país el Comité de los Derechos del Niño³⁵⁸.

Estas cuestiones no han estado ausentes de la óptica del Comité de Derechos Humanos, con arreglo al art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

³⁵⁵ **EDELMAN, Berbard**, "La dignité de la personne humaine, un concept nouveau", en *Recueil Dalloz*, París, 1997, n° 23, chron. p. 187.

³⁵⁶ Cit. por **BARKAT, Fadila**, "Le maintien dans un logement", en *Revue de droit sanitaire et social*, París, Dalloz, 1999, n° 2, pp. 305/306.

³⁵⁷ *Observaciones finales al segundo informe periódico de la República Argentina*, 1999, E/C.12/1/Add.38, 8-12-1999, párrafos 26 y 40 -el texto completo puede consultarse en *investigaciones 3* (1999), pp. 758/761. Asimismo: *Observaciones finales al tercer informe periódico de México*, 2-12-1999, E/C.12/1/Add.41, 8-12-1999, párr. 26.

³⁵⁸ *Observaciones finales al informe inicial de Argentina*, 26-1-1995, en *Concluding Observations of the UN Committee on the Rights of the Child . Third to Seventeenth Session (1993-1998)* (HOLMSTRÖM, L. ed.), La Haya/Boston/Londres, M. Nijhoff, 2000, p. 13, párr. 11.

(v.gr. caso de Armenia y México)³⁵⁹, ni de la Comisión Interamericana³⁶⁰.

Advirtamos, en perspectiva general, que la Comisión Interamericana, si bien no en ejercicio de su competencia en materia de denuncias, afirmó, ya para 1981, que la extrema pobreza, producto de la distribución desigual de la riqueza nacional, ha sido definida como "una condición de vida tan limitada por la desnutrición, enfermedades, analfabetismo, índice bajo de longevidad y alto índice de mortalidad infantil, que se halla por debajo de cualquier definición racional de decencia humana"³⁶¹.

"El propio derecho a la vida, tenido como el más fundamental de todos los derechos, tomado en su amplia dimensión, abarca también las condiciones de vida (derecho de vivir, con dignidad)". Por ende, "pertenece al mismo tiempo al dominio de los derechos civiles y políticos como al de los derechos económicos, sociales y culturales". Son palabras de uno de los jueces que suscribió el voto concurrente del caso *Villagrán Morales y otros*³⁶².

Todo lo expuesto anteriormente si bien podría hacer innecesario abordar la relación entre el derecho a un nivel de vida adecuado y el derecho a la integridad física y a no ser sometido a tortura o a tratos crueles, inhumanos y degradantes, igualmente no excluye que formulemos al respecto algunas indicaciones.

En primer lugar, los antecedentes de la Comisión Interamericana ya señalados, acreditan el aludido nexo.

Seguidamente, es necesario apuntar que los ataques a la dignidad del hombre no sólo mortifican su espíritu; también dañan su cuerpo. J. Mann expresa: cuando la dignidad es violada, la persona sufre. Las situaciones en las que la dignidad personal es violada

³⁵⁹ *Examen del informe inicial de Armenia*, 1998, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Nueva York, Naciones Unidas, vol. I, A/54/40, p. 29, párr. 113; y *Examen del cuarto informe periódico de México*, 1999, en *ídem*, p. 65, párr. 327.

³⁶⁰ La situación de los "niños de la calle" ocupa un Capítulo del *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia* (OEA/Ser.L/V/II. 102. Doc. 9 rev. 1, 26-2-1999), Washington, CIDH, 1999, pp. 340/343.

³⁶¹ *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en la República de Guatemala* (OEA/Ser.L/V/II. 53. Doc. 21 rev. 2, 13-10-1981), Washington, CIDH, 1981, p. 129, con cita de *Poverty and Basic Needs*, Banco Mundial, Washington, D.C., septiembre, 1980, p. 3.

³⁶² **CANÇADO TRINDADE, Antônio**, "A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional", en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 214. V. el texto correspondiente a la nota 308.

producen fuertes emociones -de vergüenza, humillación, cólera, impotencia (*powerlessness*), melancolía- que persisten. Claramente, parte del impacto que la tortura produce durante toda la vida, e incluso, de manera transgeneracional, se relaciona con la dignidad, porque los menoscabos a ésta van más lejos que los físicos. Es evidente que las violaciones a la dignidad tienen efectos más significativos, más penetrantes y más prolongados, y constituyen una fuerza patológica quizás no reconocida hasta ahora, con una fuerza destructiva del bienestar de las personas al menos igual que la de los virus y bacterias. En los años futuros -advierte-, los profesionales de la salud mirarán hacia atrás y se sorprenderán de cómo omitieron reconocer una fuerza patogénica de tanta importancia. Mucho hay para aprender y descubrir en el dominio del sufrimiento humano y de su alivio³⁶³.

No se nos escapa que la jurisprudencia de las Cortes Interamericana y Europea ha formulado determinadas distinciones para caracterizar alguno de los supuestos contenidos, respectivamente, en los arts. 5.2 de la Convención Americana y 3 de la Convención Europea³⁶⁴. En todo caso, y más allá de las diferencias o matices que la redacción de una y otra norma puedan ofrecer³⁶⁵, lo cierto es, a nuestro juicio, que la hipótesis que estamos tratando calzaría, al menos, en los supuestos más débiles del abanico³⁶⁶.

En tal sentido, la exclusión social, observa A.-W. Heringa, puede alcanzar un nivel

³⁶³ MANN, Jonathan, "Health and Human Rights", en *Reflections on The Universal Declaration of Human Rights. A Fiftieth Anniversary Anthology*, La Haya/Boston/Londres, M. Nijhoff, 1998, p. 176. En sentido análogo, y del mismo autor, v. "Dignity and Health: The UDHR's Revolutionary First Article", en *Health and Human Rights*, 1998, vol. 3, n° 2, p. 3.

³⁶⁴ V.gr. Corte Interamericana, caso *Loayza Tamayo*, sentencia del 17-9-1997, Serie C N° 33, párr. 57, con cita de los casos *Irlanda c. Reino Unido* y *Ribitsch c. Austria*, de la Corte Europea.

³⁶⁵ La Convención Americana expresa en su art. 5.2 "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes..."; mientras que el art. 3 de la Convención Europea reza: "Nadie puede ser sometido a la tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". Además, el citado inciso del artículo 5 de la Convención Americana puede ser complementado, *inter alia*, con el inciso precedente: "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral". Al menos desde el punto de vista textual, la Convención Americana resultaría más comprensiva que la Europea.

³⁶⁶ Advertimos que, aun cuando ante casos de personas detenidas, ambas Cortes han sostenido que no es requisito para la aplicación de dichas normas la presencia de "lesiones", siendo suficiente la de sufrimientos en el plano físico y moral. La Corte Interamericana también ha hecho hincapié en las condiciones de detención en lugares "sin ventilación ni luz natural", o señalado el encarcelamiento de un individuo en un "celda húmeda y subterránea de aproximadamente 15 metros cuadrados con otros 16 reclusos, sin condiciones de higiene", estando obligado a "dormir sobre hojas de periódico..." -casos *Loayza Tamayo*, sentencia del 17-9-1997, Serie C N° 33, párr. 58; y *Suárez Rosero*, sentencia del 12-11-1997, Serie C N° 35, párr. 91.

que constituya una forma de trato degradante³⁶⁷.

Por otro lado, si no hay diferencia ética entre la muerte bajo tortura y el dolor de los padres que ven morir a su hijo por falta de electricidad en una villa de emergencia, tampoco debe haber diferencia jurídica y política. Sobre todo cuando en este ejemplo podemos garantizar esta dimensión del derecho a un nivel de vida suficiente por la fijación de un umbral de provisión obligatoria de energía que se pueda reivindicar ante un tribunal. Este argumento vale para cada derecho económico, social y cultural³⁶⁸.

M. Delmas-Marty alude precisamente a una situación análoga a la antedicha, apuntando que los intereses de los distribuidores de energía y los de los hogares, resultan globalmente contradictorios, de donde se sigue la necesidad de una intervención compulsiva del Estado o de sanciones más directas. A tal efecto, recuerda la ya citada ley francesa de orientación del 19 de julio de 1998, que completa la ley relativa al ingreso mínimo de inserción al agregar que toda persona o familia en situación de precariedad tiene el derecho "a una ayuda de la colectividad para acceder o para preservar su acceso a la provisión de agua, energía y servicios telefónicos"³⁶⁹.

Otro tipo de arbitrios han sido previstos al respecto, p.ej., en Bélgica, tal como lo indica F. Delpérée³⁷⁰.

La desnutrición casi siempre implica una "mutilación grave": falta de desarrollo de

³⁶⁷ **HERINGA, Aalt-Willem**, "Droits sociaux: la défi de l'indivisibilité et de l'interdépendance", en *Tous concernés. L'effectivité de la protection des droits de l'homme 50 ans après de la Déclaration universelle* (Actas del coloquio regional europeo organizado por el Consejo de Europa, Estrasburgo, 2-4 de septiembre de 1998), Consejo de Europa, 1998, p. 103; asimismo, p. 119, párr. 8.

³⁶⁸ **MEYER-BIRSCH, Patrice**, *op. y loc. cit.* en nota anterior, p. 112.

³⁶⁹ **DELMAS-MARTY, Mireille**, *Trois défis pour un droit mondial*, París, du Seuil, 1998, p. 64.

³⁷⁰ **DELPÉREE, Francis**, "La droit à la dignité humaine en droit constitutionnel belge", en *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine* (Acta del Seminario UniDem, Montpellier, 2/6-7-1998), Comisión de Venecia, Consejo de Europa, 1999, pp. 67/68. Una ordenanza de Bruselas del 11-7-1991 prohíbe a la empresa de electricidad cortar el suministro de electricidad a hogares que, en razón de su indigencia, no pueden pagar el servicio. Mas, autoriza a instalar en el lugar en juego un "limitador de potencia". Si la empresa opta por este camino, lo comunica a la Comuna que procederá a una visita social a través de un organismo con el que la empresa firmó un convenio de colaboración. Dicha visita, según lo juzgó la Corte de Arbitraje belga, no debe violar la intimidad y la dignidad de las familias pobres. La preocupación de procurar a todos una vida digna -apunta del citado autor-, no puede tener consecuencias perjudiciales al derecho de esas personas a vivir de manera autónoma y protegidas de intervenciones intempestivas de las autoridades públicas y de los servicios públicos o privados que están encargados de la protección social.

las células del cerebro en los lactantes, ceguera por carencia de vitamina A, etc. El hambre, a su vez, produce "una angustia intolerable, lacerante, que tortura a todo ser hambriento desde que se despierta"³⁷¹.

¿Acaso es utópico considerar -se pregunta P.-H. Imbert- que si el castigo corporal en una escuela constituye un trato degradante -tal como lo han entendido la Corte y la Comisión europea de Derechos Humanos- no se considere lo mismo de quien "vive" en condiciones infrahumanas?³⁷².

La Comisión Interamericana, insistimos, no dejó de advertir este nexo: el "problema de la extrema pobreza, que impide a las personas satisfacer las necesidades fundamentales, implica una gama de derechos humanos que comienza con el derecho a la integridad física"³⁷³.

Y afirmó, con cita del Informe sobre Desarrollo Humano 2000: "La tortura de un solo individuo despierta la indignación de la opinión pública con justa razón. Pero la muerte de más de 30.000 niños por día por causas fundamentalmente prevenibles pasa inadvertida. Por qué? Porque esos niños son invisibles en la pobreza"³⁷⁴.

10.2.3. *El sistema europeo*

P. Lambert da cuenta de una doctrina que, preocupada en realizar determinados progresos, tiene demostrado que la Convención Europea está en condiciones de ofrecer su protección a los más desfavorecidos y es aplicable a situaciones de gran pobreza -por vía de los arts. 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes) y 8 (derecho a la vida privada y familiar) de la Convención, y 1 del Protocolo

³⁷¹ V. *Derecho a la alimentación. Informe preparado por el Sr. Jean Ziegler...*, cit. en nota 115, párrafos 4 y 8, pp. 6 y 7.

³⁷² **IMBERT, Pierre-Henri**, "Derechos de los Pobres ¿Derechos Pobres? Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales", en *La Revista*, Ginebra, Comisión Internacional de Juristas, 1995, n° 55, pp. 73/74.

³⁷³ *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador* (OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev. 1, 24-4-1997), Washington, CIDH, 1997, p. 25, que agrega: "La prioridad del 'derecho de supervivencia' y las 'necesidades básicas' es una consecuencia natural del derecho a la seguridad personal".

³⁷⁴ *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay* (OEA/Ser.L/V/II.110. Doc. 52, 9-3-2001), Washington, CIDH, 2001, p. 64, párr. 10.

1-, pues la miseria irroga violaciones a diferentes derechos garantizados por la citada Convención, y puede ser protegida por medio de la llamada aplicación *par ricochet*. La doctrina aludida concluye en que corresponde al justiciable incitar al juez nacional y al europeo a hacer prueba de audacia y de generosidad para comprometerlo en esta vía³⁷⁵.

Buena parte de los autores y estudios que hemos citado en estas páginas corroboran la preocupación anteriormente señalada.

El régimen de la llamada protección *par ricochet* (por rebote) o indirecta, de creación puramente pretoriana, permite a los órganos de la Convención Europea, según lo expresa F. Sudre, extender la protección de determinados derechos garantizados por dicha Convención, a derechos no protegidos expresamente por ésta³⁷⁶. Algunos ejemplos aclararán aún más esta técnica: la Convención Europea no garantiza, a las personas detenidas, formas determinadas de detención. Los Estados, por ende, gozan de un poder de discreción para reglar la materia. Empero, este poder no sería absoluto pues, en determinadas condiciones, tal como lo hemos ya visto, aun cuando la Convención Europea nada diga al respecto, dichas condiciones podrían alcanzar un grado de severidad que permitiera calificarlas, v.gr., de malos tratos, éstos sí prohibidos por el art. 3 de la citada Convención. Otro ejemplo: la mentada Convención no enuncia el derecho a no ser extraditado. Sin embargo, si un Estado Parte hiciera lugar a un pedido de extradición que, como consecuencia, pudiera hacer que la persona en cuestión llegara ser objeto de un trato violatorio del citado art. 3 en el país requirente, tal situación podría verse amparada por la Convención Europea. Estas últimas fueron las circunstancias del caso *Soering*, planteadas con motivo del pedido de extradición formulado por los Estados Unidos de América a Gran Bretaña respecto de una persona bajo la jurisdicción de ésta. Dado que el cargo penal formulado era por un homicidio que podía entrañar la pena de muerte, la Corte Europea juzgó que el largo período que dicha persona podía pasar en el llamado "pasillo de la muerte" y la angustia omnipresente y creciente de la ejecución de la pena capital, entre otras circunstancias, determinaban que la extradición petitionada exponería a aquélla a un riesgo real de trato que sobrepasaba el umbral fijado

³⁷⁵ **LAMBERT, Pierre**, "Le droit de l'homme à un niveau de vie suffisant", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Bruselas, Nemesis/Bruylant, 2000, n° 44, p. 687 y su cita.

³⁷⁶ **SUDRE, Frédéric**, *Droit international et européen des droits de l'homme*, París, Puf, 1997, 3ª. ed., p. 263. Aclaremos que, a partir de la reforma operada por el Protocolo 11, dichos órganos han quedado reducidos a la Corte Europea.

por el art. 3 cit., de manera que la decisión favorable a la medida dispuesta por las autoridades británicas violaría dicha norma³⁷⁷.

Dan cuenta de la mencionada protección indirecta, por otro lado, los ejemplos que, para el plano de la Convención Europea, registramos en materia de discriminación, garantías del debido proceso y justicia social (**10.5**, **10.6** y **10.7**).

Según M. Scheinin, del tratamiento del caso *López Ostra c. España* llevado a cabo por la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos, y de cuya materia daremos noticia más adelante al señalar el fallo dictado en esa causa por la Corte Europea, se desprendería la posibilidad de emplear la prohibición de tratos inhumanos y degradantes en situaciones tradicionalmente no asociadas con la tortura³⁷⁸.

La pobreza, en su proyección conduce a la exclusión de la vida social: la pobreza puede, en su sentido propio, llevar a excluir a los pobres de la humanidad. Y es desde ese punto de vista un trato inhumano³⁷⁹.

¿En nombre de qué principio jurídico puede rechazarse que una disposición normativa sea interpretada de manera que produzca un efecto óptimo, el cual, además, se inscribe en una perspectiva moralmente reconfortante?, se pregunta A.D. Olinga a propósito de los arts. 2 y 3 de la Convención Europea³⁸⁰.

¿Para qué sirve el derecho a la vida -se interroga F. Delpérée citando el art. 1.1 de la Constitución belga- si ésta está desprovista de una dignidad elemental?³⁸¹.

³⁷⁷ Sentencia del 7-7-1989, Serie A n° 161; la conclusión indicada en el texto está tomada del párr. 111. Esta sentencia también puede consultarse en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Bruselas, Nemesis/Bruylant, 1990, N° 1, p. 62. En esta última publicación también puede verse el comentario al citado fallo de **GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J.**, "L'extradition et la Convention européenne des droits de l'homme. L'affaire Soering", p. 5 y sigs.

³⁷⁸ **SCHEININ, Martin**, "Economic and Social Rights...", cit. en nota 47, p. 42. V. el texto correspondiente a la nota 390.

³⁷⁹ **BENCHIKH, Madjid**, "La dignité de la personne humaine en droit international", en *La dignité de la personne humaine* (PAVIA, M.-L. y REVET, T., direct.), París, Economica, 1999, p. 51.

³⁸⁰ **OLINGA, Alain Didier**, "Le droit à des conditions matérielles d'existence minimales en tant qu'élément de la dignité humaine (articles 2 et 3 de la CEDH)", en *Les droits fondamentaux*, Bruselas, Bruylant, 1997, p. 94.

³⁸¹ **DELPERÉE, Francis**, "Le droit à la dignité humaine en droit constitutionnel belge", en *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine* (Acta del Seminario UniDem, Montpellier, 2/6-7-1998), Comisión de Venecia, Consejo de Europa, 1999, p. 62. Este autor también señala la doctrina de la Corte de

Es menester advertir que, en tal sentido, nos hallamos en una sociedad liberal detenida, indudablemente, en el camino: prohíbe un espectáculo degradante, pero cierra los ojos al abandono, la miseria y la exclusión. Una sociedad que prefiere esconder a los pobres, los enfermos y las personas discapacitadas, en palabras de E. Decaux³⁸².

El derecho a la vida (art. 2 de la Convención Europea) presupone un determinado nivel mínimo de servicios de salud, y el derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio (ídem, art. 8), puede, en determinadas circunstancias, obligar al Estado a proveer alojamiento a los que lo hubiesen perdido³⁸³.

La cuestión ha sido objeto, en el ámbito europeo, de múltiples aproximaciones, tanto en el plano del derecho a la vida como en el de los tratos inhumanos y degradantes .

Empero, algún antecedente de la ex Comisión Europea de Derechos Humanos parece tan desencaminado como poco defendible, así como ya lo pone en evidencia el título de las observaciones que mereció por parte de F. Sudre³⁸⁴.

Con todo, algunos matices, provenientes del art. 8 de la Convención Europea, pueden advertirse en la decisión de inadmisibilidad de la Corte Europea recaída en el caso *Marzari c. Italia*, según la cual, en determinadas circunstancias, la negativa de las autoridades a tomar medidas ante problemas de vivienda puede comprometer la citada norma, tal como lo ponen en evidencia los jueces disidentes en la posterior sentencia *Chapman c. Reino Unido*, la que, por el contrario, no puede ser considerada como un progreso en el tema³⁸⁵.

Arbitraje belga sobre el carácter intangible de la ayuda social, entendida ésta como un umbral más allá del cual la vida de una persona deja de guardar conformidad con las exigencias de la dignidad humana -pp. 66/67.

³⁸² **DECAUX, Emmanuel**, "Dignité et universalité", en *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs. Les limites irréductibles* (MARCUS HELMONS, S., direct.), Academia, 1999, p. 178.

³⁸³ **PELLOMPÄÄ, Matti**, "Economic, Social and Cultural Rights", en *The European system for the protection of human rights* (MACDONALD, R.ST.J.; MATSCHER, F. y PETZOLD, H., editores), Dordrecht/Boston/ Londres, M. Nijhoff, 1993, pp. 868/869.

³⁸⁴ **V. SUDRE, Frédéric**, "La première décision 'quart-monde' de la Commission européenne des droits de l'homme: Une 'bavure' dans une jurisprudence dynamique (Affaire Van Volssem)", en *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Colonia-Estrasburgo-Arlington, N.P. Engel, 1990, n° 10, p. 349.

³⁸⁵ Debemos advertir que para la decisión *Marzari c. Italia* (4-5-1999), nos hemos atendido a la información contenida en la *Note d'information N° 6 sur la jurisprudence de la Cour, mai 1999*, p. 13, y a lo señalado en la opinión disidente del caso *Chapman c. Reino Unido*. En cuanto a esto último, se trata de una sentencia del 18-1-2001 dictada por la Gran Sala (17 jueces) que, entre otros conceptos, expresó que el citado art. 8 de la Convención Europea no enuncia el derecho a ser provisto de una vivienda, ni la jurisprudencia de la

La doctrina de la Comisión y de la Corte interamericanas, y aludimos muy especialmente a la expuesta por esta última en el caso *Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la calle")*, bien podría entonces coadyuvar a una mayor atención en el plano de la Corte Europea de situaciones como la descrita, aun cuando sólo excepcionalmente los precedentes de aquélla han sido recordados por esta última³⁸⁶.

Incluso podría agregarse, por un lado, que la Corte Europea no ha dejado de considerar y encontrar apoyo en la Convención sobre los Derechos del Niño, tal como ocurrió en el caso *Costello-Roberts c. Reino Unido*³⁸⁷ y *Keegan c. Irlanda*³⁸⁸, y, por el otro, que en *Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la calle")*, la Corte Interamericana invocó precisamente las pautas de interpretación evolutiva con cita de la jurisprudencia de su hermana europea (así como de los precedentes de la Corte Internacional de Justicia).

10.3. EL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO Y OTROS DERECHOS HUMANOS

La adecuación de las leyes nacionales a la normativa de los tratados internacionales constituye un obligación -de tomar medidas positivas- a ser prontamente cumplida por los Estados Partes. El hecho de que algunas veces sea considerada una obligación de resultado no significa que su cumplimiento pueda ser diferido indefinidamente. Toda la construcción doctrinaria y jurisprudencial de las "obligaciones positivas" de los Estados representa una reacción contra las omisiones legislativas -entre otras- y la inercia de los órganos del poder público en el dominio de la protección de los derechos humanos, y contribuye a explicar y fundar las obligaciones legislativas de los Estados Partes en los tratados de derechos del

Corte lo había reconocido -párr. 99. La disidencia, firmada por siete jueces, juzgó violado el art. 8 cit. e hizo hincapié en el matiz indicado en el texto -párr. 122. Hemos tomado el texto íntegro de esta sentencia del *site* de la Corte Europea, que no contiene la decisión *Marzari*. En todo caso, las circunstancias de uno y otro caso son sustancialmente diferentes: mientras que en *Marzari* se trataba de una persona que, inválida en un ciento por ciento, reclamaba una vivienda adecuada a sus necesidades, *Chapman* se relaciona con las prohibiciones al asentamiento en determinados lugares de los vehículos en los que habitan personas gitanas.

³⁸⁶ Caso *Akdivar y otros c. Turquía*, sentencia del 16-9-1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, párr. 68, sobre la distribución de la carga probatoria en orden al requisito de agotamiento de los recursos internos.

³⁸⁷ Sentencia del 25-3-1993, Serie A n° 247-C, párr. 27.

³⁸⁸ Sentencia del 26-5-1994, Serie A n° 290, párr. 50.

hombre³⁸⁹.

Asimismo, si la tan proclamada interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos es algo más que una mera declaración carente de efectos prácticos, es evidente que el menoscabo de determinados derechos económicos y sociales, de alcanzar un cierto grado de severidad, impide el goce de infinidad de otros derechos del hombre, incluso de muchos de los tradicionalmente llamados "civiles y políticos", a los que la Declaración y la Convención americanas prestan su protección.

De manera que, en esta última hipótesis, no se trataría sólo de una violación del art. 26 de la Convención Americana, sino también la de un eventual y amplio abanico de normas contenidas en ésta. Normas que podrán entrar en juego individualmente o en combinación con dicho art. 26.

Es llegada, entonces, la hora de ponernos de acuerdo con nosotros mismos. Si la libertad de circulación (Convención Americana, art. 22) no puede ser concebida sin el derecho a una vivienda; si el derecho a una libre participación en la vida pública (ídem, art. 23), no puede ser contemplado sin el derecho a alimentarse, por retomar ejemplos ya dados, si todo ello es así, reiteramos, resultaría incoherente que, al mismo tiempo, afirmáramos que al sin techo y al hambriento no le habrían sido violados los derechos de los citados arts. 22 y 23.

Esto es así, incluso en el supuesto de que no existiera el art. 26 en la Convención Americana, pero lo es con mayor razón dado que la situación es la opuesta.

Las hipótesis, ya fue dicho, podrían multiplicarse. De ahí que sólo agregaremos algunas de ellas, no sin recordar que el derecho *de* propiedad y el derecho *a* la propiedad de los bienes que hacen al nivel de vida adecuado se insertan de lleno en este contexto (v. 4).

El derecho de toda persona a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas "en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio...", y a que la ley la proteja contra ello (Convención Americana, art. 11.2 y 3), proporciona un campo de marcado interés si tomamos el ejemplo de la Corte Europea. Esta Corte sostuvo, en el caso *López Ostra c. España*, que los menoscabos graves al medio ambiente pueden afectar el bienestar de una

³⁸⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, "Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade Quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional", en *Arquivos de Direitos Humanos* (MELLO, C.D. de ALBUQUERQUE y TORRES, R. LOBO, directs.), Río de Janeiro/San Pablo, Renovar, 1999, 1, p. 42.

persona y privarla del disfrute de su domicilio, de manera de dañar su vida privada y familiar aun cuando no pongan en peligro grave a su salud³⁹⁰. Posteriormente, en el caso *Guerra c. Italia* reiteró consideraciones en buena parte análogas a las anteriores, al tiempo que hizo particular hincapié en el hecho de que las víctimas se vieron privadas de las informaciones oficiales que les habrían permitido evaluar los riesgos que podrían resultar, para ellos y sus familiares, de continuar residiendo en el territorio expuesto al peligro en caso de accidente de la planta que producía las emanaciones nocivas en juego³⁹¹. Súmese a esto la conceptualización más fuerte entre el ambiente y la salud y el bienestar del que da cuenta la Comisión Interamericana en los precedentes antes examinados.

Y qué decir de los supuestos, todavía poco o nada explorados, que entrañan una "forma de explotación del hombre por el hombre", que deben ser prohibidos por la ley (Convención Americana, art. 21.3), y que podrían presentarse ante salarios injustos o precios desproporcionados en los ámbitos de la alimentación, el vestido y la vivienda. Si un Estado dejara librado el acceso a estos últimos bienes a un mercado regido por fuerzas "egoístas" o "ciegas", y de ello se siguiera la desnutrición, la falta de vivienda o de abrigo; o si tolerara, cuando no fijara (v.gr. salario mínimo), remuneraciones que no proporcionaran, como mínimo, condiciones de vida dignas para el trabajador y su familia; si algo de ello ocurriera, insistimos, no resultaría desencaminado pensar que el Estado está creando o permitiendo formas de "explotación del hombre por el hombre". Ni que hablar de la usura de la que puedan ser objeto los que, en tales situaciones, acordaran créditos o préstamos, toda vez que se trata de una especie expresamente enunciada por el citado art. 21.3, dentro del género de la mentada explotación.

"El libre cambio -apuntó Kevin Watkins- jamás alimentará al planeta, todo lo contrario"³⁹².

Para aquellos que sostienen un repudio casi visceral a la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales, reservándola sólo para los derechos civiles y políticos, será conveniente aclararles que, incluso en esa posición carente de toda apoyatura, una cosa es tratar derechos económicos y sociales, y otra muy diversa es considerar derechos civiles y políticos en términos que exhiban repercusiones económicas y sociales. Todos los reparos que un órgano jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional pueda tener acerca de su competencia *ratione materiae* respecto de lo primero, no tendrían cabida en cuanto a lo segundo.

³⁹⁰ Sentencia del 9-12-1994, Serie A n° 303-C.

³⁹¹ Sentencia del 19-2-1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I.

³⁹² V. *Derecho a la alimentación. Informe preparado por el Sr. Jean Ziegler...*, cit. en nota 115, p. 4.

No es de olvidar que la Corte Europea observó en el caso *Airey*, famoso por diversos motivos, que si bien no ignoraba que el desarrollo de los derechos económicos y sociales depende en buena medida de la situación de los Estados y especialmente de sus finanzas, la "Convención (Europea) debe leerse a la luz de las condiciones de vida de hoy... y dentro de su campo de aplicación tiende a una protección real y concreta del individuo. Luego, si aquélla enuncia esencialmente derechos civiles y políticos, numerosos de éstos tienen proyecciones de orden económico y social. Junto con la Comisión, la Corte no entiende que deba descartar una u otra interpretación por el simple motivo de que, al adoptarla, correría el riesgo de avanzar sobre la esfera de los derechos económicos y sociales, ningún compartimento estanco separa a éstos del terreno de la Convención"³⁹³.

Otro ejemplo, para cubrir el ámbito interno, nos lo proporciona la Suprema Corte norteamericana presidida por el *chief justice* Burger, la cual no fue seguramente revolucionaria en el ámbito de los derechos económicos y sociales: en el caso *Ake v. Oklahoma*, con un solo juez en disidencia, decidió que los Estados deben dar a las personas indigentes perseguidas en sede penal, los medios para obtener gratuitamente la asistencia de siquiatras con vistas a presentar una defensa fundada sobre su estado de salud mental³⁹⁴.

10.4. EL DERECHO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO Y EL DERECHO A LA LIBERTAD. EL PROYECTO DE VIDA

El menoscabo del derecho a un nivel de vida adecuado se proyecta al universo de las libertades puesto que las menoscaba y reduce, cuando no las anula.

Es casi impensable que el acuciado por la desnutrición, el hacinamiento o la intemperie, resulte dueño de su propio destino. El derecho a la libertad enunciado machaconamente en los instrumentos internacionales de derechos humanos no está destinado a que las personas, p.ej., puedan optar entre sufrir, cuando no morir, por causa de inanición o de frío ajenas a su voluntad.

La mentada libertad radica, como mínimo y para lo que nos interesa, en la liberación de la "misericordia", en "elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad"

³⁹³ Sentencia del 9-10-1979, Serie A n° 32, párr. 26.

³⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro, *Les pouvoirs des juges*, Económica, París, 1990, p. 274, nota 83.

(v.gr. Declaración Universal, Preámbulo, párrafos segundo y quinto).

A esta altura de nuestro trabajo, parece innecesario volver sobre la muchedumbre de consideraciones que hacen evidente lo antedicho.

Sí, por lo contrario, es preciso agregar ahora que el menoscabo a las condiciones de vida digna lesiona el ámbito del llamado "proyecto de vida" indisolublemente ligado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su destino.

Lesión autónoma y diferenciable de otras que pueda irrogar el señalado menoscabo.

"El 'proyecto de vida' se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su

existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte". Y dicha Corte no es otra que la Corte Interamericana, y en instancia contenciosa³⁹⁵.

Lesión que, por ende, también exige su autónoma y diferenciable reparación³⁹⁶.

10.5. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN

El derecho a un nivel de vida adecuado, así como cualesquiera de los derechos que éste irradia, gozan de la protección conferida por el principio de igualdad y de no discriminación enunciados en términos amplios por los diversos instrumentos internacionales de los que hemos dado cuenta (Declaración Americana, art. II; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.1; Convención Americana, art. 2.1;

³⁹⁵ Caso *Loayza Tamayo. Reparaciones* (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia del 27-11-1998, Serie C N° 42, párr. 148; v., asimismo, el voto razonado conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli.

³⁹⁶ V. el voto razonado citado en la nota anterior, y el que dichos jueces formularon en el ya recordado caso *Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la calle")*, sentencia del 19-11-1999, Serie C N° 63, párr. 8.

Declaración Universal, art. 2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2.2 ...).

Dicho principio, por lo pronto, no admite "progresividad" alguna, pues impone una obligación de neto cumplimiento inmediato (Observación General 3, párr. 1).

Más aún; como ya lo hemos afirmado en repetidas oportunidades, sí reclama medidas prioritarias, urgentes y concretas, respecto de los desamparados.

Añádase a ello que los tres primeros textos anteriormente citados no sólo afirman el mentado principio con respecto a los derechos enunciados en ellos, sino que también aseguran la igualdad ante la ley (Declaración Americana, art. II; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 26; Convención Americana, art. 24).

Además, a semejante conjunto se suma todo lo proveniente de los tratados especiales en la materia: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el ámbito de las dos Convenciones primeramente mencionadas en el párrafo anterior, así como en el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el de los textos interamericanos más arriba señalados, están previstos, de un modo u otro³⁹⁷, regímenes de comunicaciones o denuncias individuales, que, para lo que atañe a la Convención Americana, incluso pueden alcanzar una instancia netamente jurisdiccional: la Corte Interamericana.

"Los principios reconocidos, entre otros, en los arts. 1 y 24 de la Convención Americana acerca de la no discriminación e igual protección ante la ley, se aplican también a los derechos económicos, sociales y culturales"³⁹⁸.

Incluso la discriminación por motivo de la "posición económica" o por "cualquier otra condición social" (Convención Americana, art. 1.1) podría jugar aquí un excelente

³⁹⁷ En los casos de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dichos regímenes surgen de sus respectivos Protocolos Facultativos.

³⁹⁸ Comisión Interamericana, *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia* (OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9 rev. 1, 26-2-1999), Washington, CIDH, 1999, p. 72.

papel³⁹⁹.

Es de mencionar que el régimen de denuncias relativas al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, admite, según la doctrina del Comité de Derechos Humanos, que el citado art. 26 de dicho Pacto sea puesto en juego respecto de derechos protegidos por otros instrumentos internacionales, v.gr., el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁰⁰.

La discriminación en la esfera de la vivienda, v.gr., ha sido observada por la Comité de Derechos Humanos, con arreglo a los arts. 2.3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁰¹, al igual que la relativa a la aplicación de subsidios infantiles a las familias de bajos ingresos, con base en el art. 24 de dicho texto⁴⁰².

La situación descrita no es del todo análoga en el orden europeo, pues la Convención Europea sólo garantiza el principio de igualdad en el goce de los derechos y libertades "reconocidos" en aquélla (art. 14), vale decir, dicho principio no tiene existencia independiente y sólo completa las otras cláusulas normativas de la Convención y de los Protocolos. Empero, la afirmación debe ser matizada, pues no por ello se requiere que la aplicación del citado art. 14 haga necesaria la comprobación de que se ha violado uno de los mencionados derechos o libertades. En esta medida, la norma señalada tiene un alcance "autónomo", y es suficiente que se relacione con dichos derechos y libertades, aun cuando éstos, en sí mismos considerados, no hubiesen sufrido menoscabo alguno en el orden interno. La sentencia de la Corte Europea recaída en el caso *Gaygusuz c. Austria* resulta, entre otras, ilustrativa en tal sentido⁴⁰³.

³⁹⁹ Asimismo, arts. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros instrumentos internacionales. Sobre la discriminación en razón de la posición económica, v. Corte Interamericana, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90, 10-8-1990, Serie A N° 11, párrafos 22/23).

⁴⁰⁰ V. ZWART, Tom, *The Admissibility of Human Rights Petitions. The Case Law of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committee*, Dordrecht/Boston/Londres, M. Nijhoff, 1994, pp. 142/143. Un resumen de antecedentes en la materia también puede verse en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Nueva York, Naciones Unidas, vol. I, A/54/40, pp. 92/93, párrafos 451/454.

⁴⁰¹ *Examen del cuarto informe periódico de Chile*, 30-3-1999, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Nueva York, Naciones Unidas, vol. I, A/54/40, p. 47, párr. 219.

⁴⁰² *Examen del cuarto informe periódico del Gobierno del Canadá*, 6-4-1999, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, Nueva York, Naciones Unidas, vol. I, A/54/40, p. 51, párr. 240.

⁴⁰³ Sentencia del 16-9-1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, párr. 36.

Por citar algunos ejemplos relacionados con los derechos económicos y sociales, cabe recordar que la circunstancia de haber sido puestos en juego aspectos patrimoniales (art. 1 del Protocolo 1 de la Convención Europea) posibilitó, en el caso *Van Raalte c. Holanda*, que la Corte Europea revisara una distinción con base en el sexo vinculada con la obligación de realizar contribuciones de las personas individuales al sistema de prestaciones familiares⁴⁰⁴. Y, con importancia aún mayor, debe citarse el precedente *Petrovic c. Austria*, en el que una diferencia de trato entre hombres y mujeres relativa al derecho a percibir una prestación derivada del nacimiento de un hijo, se vinculó con la protección de la vida privada y familiar⁴⁰⁵.

Luego, del juego de estos precedentes, así como del antedicho *Gaygusuz*, deriva la clara posibilidad de invocar, en el marco del sistema de protección de la Convención Europea, el principio de igualdad y no discriminación en el campo de los derechos sociales: en punto a las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros (*Gaygusuz*), y entre mujeres y hombres (*Van Raalte* y *Petrovic*), tanto ante las cargas sociales (*Van Raalte*) cuanto ante los beneficios de la seguridad social (*Gaygusuz* y *Petrovic*). Así establecido, el principio de igualdad de trato en materia social permitirá a la Corte Europea combatir todas las desigualdades. Pero, dentro del campo social, más que en otros, determinadas desigualdades son necesarias para reconducir situaciones de precariedad. A este respecto, la introducción progresiva de los derechos sociales en el seno de la Convención Europea puede presagiar interesantes perspectivas⁴⁰⁶.

Cabe consignar que el panorama europeo se encuentra en vías de ver ampliados sus horizontes ni bien entre en vigencia el Protocolo 12 que garantiza la igualdad ante la ley⁴⁰⁷.

De su lado, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha comprobado casos de persecuciones a determinados grupos mediante la denegación de ayuda

⁴⁰⁴ Sentencia del 21-2-1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I. El derecho de ocupación, esto es, de utilizar un departamento por quienes se consideren titulares de ese derecho, constituye un "bien" en el sentido del art. 1 del Protocolo 1, tiene dicho la Corte Constitucional de Bosnia Herzegovina -sentencia U 2/99, 24-9-1999, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Comisión de Venecia, Consejo de Europa, 1999, 3, p. 371.

⁴⁰⁵ Sentencia del 27-3-1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II.

⁴⁰⁶ **PRISO ESSAWE, Samuel Jacques**, "Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'homme. A propos des arrêts 'Van Raalte c. les Pays-Bas' et 'Petrovic c. l'Autriche'", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Bruselas, Nemesis/Bruylant, 1998, n° 36, p. 732.

⁴⁰⁷ V. esta revista, sección *NOTICIAS*, p. 932

alimentaria⁴⁰⁸.

A modo de un aporte adicional, la no discriminación en materia de contratos de alquiler ha merecido especial atención por parte del derecho penal de algunos ordenamientos internos, como es el caso del ya recordado nuevo Código Penal francés. La Cámara de Casación ha hecho aplicación de este último ante el requerimiento por el propietario de determinadas condiciones contractuales en razón de que los inquilinos estaban afectados de SIDA. Es imperativo para todos respetar aquello que, más allá de las diferencias, las incompatibilidades y las incomprensiones, se afirma como el denominador común de todo ser humano, a saber, la dignidad de la persona. El citado Código sanciona precisamente esos menoscabos para alcanzar la virtud de la tolerancia⁴⁰⁹.

El Tribunal Constitucional de España debió considerar la validez de una norma que atribuía al cónyuge del arrendatario fallecido la facultad de subrogarse en el contrato de arrendamiento, mas no hacia extensiva esa facultad al conviviente *more uxorio*. La Constitución -advirtió el Tribunal- no sólo protege la familia fundada en el matrimonio, pues eso transformaría al art. 39 de la Constitución en una indirecta protección del matrimonio. No debe olvidarse que la subrogación del arrendatario es una de las posibles modalidades de realización del principio rector según el cual "todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada" (art. 47 de la Constitución), principio que exige del legislador -y de este Tribunal, al controlar sus normas- una atención específica a los imperativos que sobre él proyecta el art. 14 de la Norma fundamental. La subrogación es disponible para el legislador, pero, una vez instituida, no puede ser conferida con daño a la igualdad⁴¹⁰.

10.6. GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO

⁴⁰⁸ Aunque la cuestión fue resuelta a la luz del art. 8 de la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, relativo a la libertad de conciencia y religión, lo cual puede explicarse dado que el grupo en juego era el de los no musulmanes -Comunicaciones 48/90, 50/91, 52/91 y 89/93, contra Sudán, 11-5-1000, en *International Human Rights Reports*, Nottingham, 2001, vol. 8, N° 1, pp. 256, 266, párr. 76.

⁴⁰⁹ V. **MAYAUD, Ives**, "Infractions contre les personnes", en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, París, Dalloz, 1998, n° 3, pp.543/545-para un resumen de este artículo, v. *investigaciones 3* (1998), p. 613.

⁴¹⁰ Sentencia 222/1992, cit. por **MARTINEZ ESTAY, José Ig.**, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Barcelona, Cedecs, 1997, pp. 327/328.

Las garantías que deben rodear a todo proceso en el que esté en juego el derecho a un nivel de vida adecuado cuentan con la protección de los órganos supranacionales desde diversos ángulos.

Para el orden interamericano la cuestión no ofrece mayores dificultades dado que la Convención Americana reconoce dichas garantías a toda persona, además de en el ámbito penal, en todo proceso tendiente a la determinación de derechos y obligaciones "de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" (art. 8.1)⁴¹¹. Agrégase a ello el art. XVII de la Declaración Americana.

Aunque con una redacción no tan explícita como la de la Convención Americana, a igual conclusión llegaríamos en el contexto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1).

En el terreno de la Convención Europea, las garantías procesales se encuentran establecidas, además de en el campo penal, para los litigios sobre derechos y obligaciones de carácter "civil" (art. 6), lo que implica, al menos en el plano del texto, una ámbito de aplicación menos amplio que el del citado art. 8.1 de la Convención Americana.

Sin embargo, ha sido la noción de patrimonialidad (Protocolo 1 de la Convención Europea) la que dio basamento a la Corte Europea para la aplicación del citado art. 6 a sectores aparentemente ajenos al proceso civil como, p.ej., el contencioso de empleados públicos (caso *Darnell*) y las pensiones de los funcionarios (caso *Kerojärvi c. Finlandia*)⁴¹².

10.7. LA JUSTICIA SOCIAL

La justicia social ocupa un lugar preeminente en el contexto del derecho a un nivel de vida adecuado, según ya lo hemos visto. Plaza ésta que, a su vez, ha sido puesta en

⁴¹¹ P.ej. demora judicial en un proceso relativo a salarios: Comisión Interamericana, *Informe N° 39/98. Caso 11.774. Héctor Hugo Boleso. Argentina*, 24-9-1998, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1998*, Washington, CIDH, 1999, vol. I, p. 59.

⁴¹² Sentencias del 26-10-1993, Serie A n° 272, y del 19-7-1995, Serie A n° 322, respectivamente. V. asimismo, *Couez c. Francia*, del 24-8-1998, *Recueil des arrêts et décisions 1998-V*, párrafos 22/25, entre otras sentencias.

evidencia por la jurisprudencia constitucional de numerosos países.

Empero, a fin de no extendernos en demasía y dado que el enfoque que estamos siguiendo apunta a la protección internacional, pondremos la tónica sobre la Corte Europea porque sus pronunciamientos constituyen verdaderos aportes, y provenientes de un contexto no precisamente abierto a los derechos económicos y sociales.

La jurisprudencia de la Corte Europea no ha permanecido indiferente a las preocupaciones de la justicia social, nos advierte F. Sudre, integrándolas en el marco del control de las injerencias a los derechos protegidos por la Convención Europea para considerar, generalmente, que dichas injerencias perseguían un "fin legítimo" si se inscribían en una política de justicia social. Esta jurisprudencia se ha desarrollado, precisamente, en el terreno de la protección del derecho de propiedad (Convención Europea, Protocolo 1, art. 1), enriqueciendo la dialéctica derecho de propiedad/derecho a la vivienda⁴¹³.

Anteriormente hemos recordado la apreciación de la Corte Europea en cuanto a que "eliminar lo que se siente como una injusticia social figura entre las tareas de un legislador democrático"⁴¹⁴. Cabe, ahora, volver sobre el caso en que fue pronunciada: *James y otros*. La cuestión en juego, en muy resumidas cuentas, radicaba en el cuestionamiento de una ley que, al reformar el régimen de enfiteusis vigente en Inglaterra y Gales, obligaba al propietario a vender el bien al locatario, si éste deseaba adquirirlo mediante el pago de una suma que se determinaba según la ley (v. párrafos 12/19 sobre el sistema originario, y párrafos 20/26 sobre el régimen reformado). La Corte Europea consideró: a. que una privación de la propiedad al amparo de una política de justicia social podía perfectamente considerarse realizada en el "interés público" (párr. 41); b. que las sociedades modernas consideran a la vivienda como una necesidad primordial, cuya satisfacción no debe dejarse enteramente abandonada "a las fuerzas del mercado" (párr. 47); c. que, al respecto, el margen de apreciación del que gozan los Estados es extenso y engloba la legislación destinada a asegurar en la materia una mayor justicia social, incluso cuando dicha legislación se introduce en las relaciones contractuales entre particulares (ídem); d. que si bien no eran descartables otros medios para alcanzar el fin perseguido por el legislador (v.gr.

⁴¹³ **SUDRE, Frédéric**, "La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme", en *Les nouveaux Droits de l'homme en Europe. Nuevos aspectos de los Derechos Humanos en Europa*, Bruselas, Bruylant, 1999, p. 114. Asimismo: **PRISO, Samuel**, "La dignité par le logement: l'article 1er. du Protocole n° 1 de la CEDH et la lutte contre la précarité", en *Les droits fondamentaux*, Bruselas, Bruylant, 1997, p. 107 y sigs.

⁴¹⁴ Caso *James y otros*, sentencia del 21-2-1986, Serie A n° 98, párr. 47.

prórroga del contrato), el elegido por este último (compra) no era inadecuado o desproporcionado para satisfacer las preocupaciones en juego (párr. 51); y f. que los objetivos legítimos de "utilidad pública" que perseguían las medidas de reforma económica y justicia social pueden militar a favor de un reembolso a los propietarios inferior al pleno valor del bien en el mercado (párr. 54). En suma, la Corte Europea descartó la invocada configuración de un menoscabo al art. 1 del Protocolo 1.

Dicha Corte también tuvo que enfrentar, en *Mellacher y otros*, las impugnaciones formuladas por los propietarios de inmuebles residenciales locados, contra la ley austríaca que reducía el monto de los alquileres fijados contractualmente⁴¹⁵. Los requirentes alegaban la violación de su propiedad (Protocolo 1, art. 1) con base en que la norma en juego les privaba de una parte sustancial de sus ingresos locativos, menoscababa su libertad contractual y los transformaba en simples administradores de sus bienes; las reducciones, agregaban, traducían una privación de la propiedad. La Corte Europea, después de descartar que la medida legislativa tuviese este último efecto toda vez que se limitaba a reglar el uso de los bienes (párr. 44), advirtió que dichos arbitrios eran particularmente indicados y frecuentes en el área de la vivienda, la cual ocupa un lugar central en las políticas sociales y económicas de las sociedades modernas (párr. 45). Seguidamente, observó que la flexibilidad del control sobre los alquileres durante determinado período había aumentado las diferencias de las locaciones entre departamentos equivalentes, y acentuado la tendencia a dejarlos vacíos, de lo que surgió la necesidad urgente de reformar por completo la legislación, concebir un nuevo sistema de fijación de los alquileres, reducir dichas diferencias y combatir la especulación inmobiliaria. La ley cuestionada, de tal suerte, tendía a facilitar a las personas de condición modesta el acceso a locaciones de precio razonable (párr. 47). Asimismo, el simple hecho de que los alquileres originarios fueron determinados por contrato y sobre la base de las condiciones del mercado de la época no significaba que, para llevar adelante su política, el legislador no pudiera razonablemente considerarlos inaceptables desde el punto de vista de la justicia social (párr. 56). Por ende, y una vez considerado que las reducciones de los alquileres no eran inadecuadas o desproporcionadas juzgadas dentro del margen de apreciación del Estado (párr. 55), la Corte rechazó las impugnaciones de los demandantes⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Caso *Mellacher y otros*, sentencia del 19-12-1989, Serie A n° 169.

⁴¹⁶ Sobre el caso *Mellacher y otros*, v. **FLAUSS, Jean-François**, "Liberté contractuelle et contrôle des loyers à l'aune de la Convention européenne des droits de l'homme", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Bruselas, Nemesis/Bruylant, 1990, n° 4, p. 387.

En 1995 la Corte Europea reiteraría determinados conceptos enunciados en *Mellacher y otros*, con motivo del cuestionamiento dirigido a la legislación italiana que disponía la prórroga de los contratos de locación y la suspensión y escalonamiento de los desalojos de inquilinos de bajos ingresos: *Spadea y Scalabrino c. Italia*⁴¹⁷. Dichos inquilinos, en el caso, eran personas ancianas y de ingresos modestos (párr. 39). La sentencia tomó en cuenta que, para el período en juego, las medidas legislativas obedecían a la necesidad de enfrentar a un número elevado de locaciones que habían expirado y de permitir a los inquilinos reubicarse en condiciones adecuadas o de obtener locaciones sociales. "Proceder simultáneamente a todos los desalojos habría, indudablemente, entrañado importantes tensiones sociales y puesto en peligro el orden público" (párr. 31). Además, la situación italiana se había complicado debido a la industrialización de las grandes ciudades del Norte del país, la que ejercía una fuerte atracción sobre la población de las regiones más desfavorecidas y de las zonas rurales en general (párr. 36).

Sin embargo, en un fallo dictado el mismo día que el anteriormente reseñado, las normas italianas no superarían el escrutinio de la Corte Europea cuando impidieron la recuperación de su bien por un propietario en situación de paro y con una invalidez del 71%, a lo que se sumaba que tampoco le era pagada la totalidad de los alquileres⁴¹⁸.

La comparación de estos dos últimos pronunciamientos, a juicio de F. Sudre, es muy significativa de la actitud de la Corte Europea: la situación social de la persona resulta determinante para esclarecer si hubo violación o no de la Convención Europea, y muestra que la Corte Europea tiende más a proteger el derecho a la vivienda que el derecho de propiedad⁴¹⁹.

Ya al comentar la sentencia *Mellacher y otros*, J.-F. Flauss había destacado que ese caso, entre otros, era ilustrativo del carácter secundario del derecho de propiedad en el marco de la Convención Europea, así como que al poner el acento en la función social de la propiedad se advertía que las preocupaciones sociales no estaban para nada ausentes de

⁴¹⁷ Caso *Spadea y Scalabrino c. Italia*, sentencia del 28-11-1995, Serie A n° 315-B.

⁴¹⁸ Caso *Scollo c. Italia*, sentencia del 28-11-1995, Serie A n° 315-C.

⁴¹⁹ **SUDRE, Frédéric**, "La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme", en *Les nouveaux Droits de l'homme en Europe. Nuevos aspectos de los Derechos Humanos en Europa*, Bruselas, Bruylant, 1999, p. 115.

ese contexto⁴²⁰.

En esta línea de ideas se inscribiría otro precedente, en el que la Corte Europea admitió la validez de leyes que tenían como objeto, v.gr., condicionar el ejercicio de las facultades resolutorias del contrato de locación por parte del propietario a que éste tuviese necesidad de habitar personalmente el inmueble alquilado⁴²¹. El actor invocaba que dicho condicionamiento lo obligaba a seguir habitando en la casa de sus abuelos, con menoscabo del derecho al respeto de su vida privada y familiar (Convención Europea, art. 8). Empero, la Corte descartó el agravio: la norma mencionada no llega a imponer al Estado que conceda al propietario, a su sola demanda y en toda circunstancia, el derecho a retomar su casa locada (párr. 24). Asimismo, la circunstancia evaluada por las jurisdicciones nacionales, es decir, que dos tías y un hermano del actor habían abandonado la mencionada casa y, por ende, dejado más espacio para la familia del demandante, determinaba que lo decidido por dichas jurisdicciones no fuera arbitrario o irrazonable, ni demostrativo de que hubieran faltado a su obligación de alcanzar un justo equilibrio entre los intereses en juego (párrafos 29/31). Asimismo, y por las mismas razones, juzgó no violado el derecho al respeto de los bienes, del art. 1 del Protocolo 1 (párr. 37).

11. JUSTICIABILIDAD INTERNA⁴²²

Es evidente que la existencia de una justiciabilidad internacional -dando a este término alcances amplios debido a la distinta naturaleza y competencia de los órganos supranacionales involucrados-, habida cuenta de su carácter subsidiario y coadyuvante de los ordenamientos nacionales, explica a todas luces la justiciabilidad en este último plano. La actividad de los mencionados órganos tiene lugar, regularmente, una vez agotados los recursos que ofrezca el plano interno de los países (v.gr., Convención Americana, art. 46.1.a; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5.2.b).

⁴²⁰ **FLAUSS, Jean-François**, "Liberté contractuelle...", cit. en nota 416, pp. 389/390. Sobre el derecho de propiedad, v. **MARCUS-HELMONS, Silvio**, "Le Droit de propriété est-il un droit fondamental au sens de la Convention européenne des Droits de l'Homme?", en *Les nouveaux Droits de l'homme en Europe. Nuevos aspectos de los Derechos Humanos en Europa*, Bruselas, Bruylant, 1999, p. 193.

⁴²¹ Caso *Velosa Barreto c. Portugal*, sentencia del 21-11-1995, Serie A n° 334.

⁴²² La justiciabilidad interna de los derechos económicos, sociales y culturales ya ha sido considerada en *investigaciones 2* (1999), p. 371.

Más aún. Los instrumentos internacionales de derechos humanos han recalcado la necesidad de que los ordenamientos nacionales garanticen el acceso a la justicia a quienes se consideren menoscabados en el goce de uno de dichos derechos, previendo asimismo los requisitos del debido proceso (v.gr. Declaración Americana, art. XVIII; Declaración Universal, art. 8; Convención Americana, art. 8; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14).

La justiciabilidad del derecho a una alimentación adecuada ha sido expresamente reconocida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: toda persona que sea víctima de una violación del derecho a una alimentación adecuada debe tener acceso a recursos judiciales adecuados o a otros recursos apropiados en el plano nacional (Observación General 12, párr. 32). Además, todas las víctimas tienen derecho a una reparación adecuada que puede adoptar las formas de restitución, indemnización, compensación o garantías de no repetición (ídem).

Súmase a ello el listado no exhaustivo de cuestiones que requieren la necesaria intervención judicial en materia de derecho a la vivienda adecuada, que debe facilitar "juicios en situaciones que implican niveles de gran aumento de personas sin hogar" (Observación General 4, párr. 17).

Los Principios de Limburgo claramente señalan que los Estados deben proveer *remedies* efectivos, inclusive judiciales (párr. 19), y en paralelos términos se expresan las Pautas de Maastricht (párr. 22).

En lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales se parte con demasiada frecuencia, lamentablemente, del supuesto contrario al seguido respecto de los derechos civiles y políticos en favor de su justiciabilidad, lo cual suele fundarse, entre otras razones, en que las cuestiones relativas a los primeros suponen la asignación de recursos, de manera que son exclusivas de las autoridades políticas y ajenas a los tribunales. Se configura así, por cierto, una distinción no justificada ni por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ni por la naturaleza de los derechos que consagra.

Ante ello cabe responder que, aun cuando hayan de respetarse las competencias respectivas de los poderes, no puede menos que reconocerse que los ordenamientos internos prevén derechos económicos, sociales y culturales, y que sus tribunales ya intervienen, por lo general, en una gama considerable de cuestiones importantes tanto relativas a aquéllos como a los recursos disponibles. "La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los

tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes". También "se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad" (Observación General 9, párr. 10).

Añádase la importancia de evitar cualquier suposición a priori de que las normas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales deban considerarse *non-self-executing*, o de aplicación no inmediata (Observación General 9, párr. 11).

Los tribunales, en tal sentido, deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el antedicho Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Estado, pues la omisión en la que incurran al respecto "es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos" (ídem, párr. 14).

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, expresa S. Leckie, ha sido largamente objeto de controversia y abierto escepticismo, y, en muchos aspectos, "este cinismo ha impedido que esos derechos alcanzaran su verdadera estatura legal". Con todo, se advierte una creciente aceptación internacional acerca de su justiciabilidad, p.ej., en al área del derecho a la vivienda. Todos los elementos que componen el derecho a la vivienda se exhiben plenamente justiciables⁴²³.

Cuadra citar entonces, a título de ejemplo, algunos supuestos no habituales.

Un reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional de Sudáfrica consideró cuando el Estado se hallaba obligado, con base en la sección 26 de la Constitución (derecho de acceso a una vivienda adecuada), a formular provisiones de emergencia habitacional para el demandante y otras personas en condiciones similares. Dicho tribunal juzgó que la sección 26.2 cit. requiere que el Estado elabore e implemente, dentro de la disponibilidad de sus recursos, un programa comprensivo y coordinado para realizar el derecho de acceso a una vivienda adecuada. Ese programa debe incluir medidas que sean "razonables" tanto en su concepción como en su implementación. Y, al hacer referencia a la citada razonabilidad, la Corte expresó: una sociedad debe esforzarse para asegurar que las necesidades básicas de la vida están provistas para todos si esa sociedad se basa en la dignidad humana, la libertad y la igualdad. Para ser razonable, una medida no puede dejar de tener en cuenta el grado y

⁴²³ LECKIE, Scott, "The Right to Housing"..., cit. en nota 128, p. 158.

extensión del desconocimiento del derecho que es su deber realizar. Aquellos cuyas necesidades son de máxima urgencia y cuya aptitud para gozar de sus derechos está más en peligro, no pueden ser ignorados por las medidas orientadas a la realización del derecho. Finalmente, juzgó que el programa de viviendas en juego no era razonable pues falló en formular provisiones razonables dentro de los recursos disponibles para las personas de un área que no tenían acceso a la tierra ni un tejado sobre la cabeza, y que vivían en condiciones intolerables o críticas⁴²⁴.

También las Cortes pueden responder a situaciones en las que los recursos fueran destinados prioritariamente a favor de grupos privilegiados a expensas de necesidades sociales de grupos desventajados. Además, podrían disponer mandamientos dirigidos al libramiento de fondos ya concedidos para programas socioeconómicos, pero cuya entrega se ve demorada por la ineficiencia burocrática o la corrupción. En la causa *State of Himachal Pradesh c. Umed Ram Sharmas*, la Corte Suprema de la India confirmó la orden de la Suprema Corte dirigida a un departamento estatal a fin de que complete la construcción de la ruta correspondiente al pueblo del actor. El Gobierno había aprobado el proyecto y concedido los fondos, pero la Corte fundó su decisión en vista de la "escasa energía puesta por el ejecutivo en su acción"⁴²⁵.

Es este un terreno en el que cobra toda su envergadura una cuestión ya examinada anteriormente, esto es, la de los desalojos forzosos, *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del Derecho Internacional (Observación General 4, párr. 18, y Observación General 7, párr. 1). En tal sentido, las *Directrices* requieren que los Estados informen sobre el número de personas expulsadas de su vivienda en los últimos cinco años y el número de personas que carecen actualmente de protección jurídica contra la expulsión arbitraria "o cualquier otro tipo de desahucio" (párr. 44.b.iv y c.iv y vii).

La Sub Comisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, también ha prestado atención a este tema en su Resolución 1991/12.

La incorporación del derecho a un nivel de vida adecuado en el ordenamiento

⁴²⁴ Caso *The Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom y otros*, CCT 11/00, 4-10-2000, cit. por **LIEBENBERG, Sandra**, "The Protection of Economics and Social Rights...", cit. en nota 56, pp. 66/67.

⁴²⁵ **LIEBENBERG, Sandra**, *op. y loc. cit.* nota anterior, p. 67.

jurídico nacional pondrá a los tribunales en mejores condiciones de juzgar las violaciones a su respecto (Observación General 4, párr. 17, y Observación General 12, párrafos 32 y 33), circunstancia felizmente dada en el caso de Argentina.

La defensa de este derecho también debe formar parte del cometido de los defensores del pueblo y de las comisiones de derechos humanos, a quienes el Estado debe proteger y respetar en su labor (Observación General 12, párrafos 32 y 33).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incluso, ha invitado a los jueces y a otros miembros de la profesión letrada a prestar una mayor atención a las violaciones del derecho a la alimentación adecuada (Observación General 12, párr. 34), y a que las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se difundan más ampliamente en dichos sectores⁴²⁶.

Ahora bien, suele afirmarse que la "vaguedad" con la que habría sido formulado el derecho a un nivel de vida adecuado constituye una de las razones que lo apartan del terreno de la justiciabilidad. El motivo carece absolutamente de asidero pues, si así fuera, infinidad de derechos "civiles y políticos" no hubieran pasado jamás por los estrados judiciales debido a que no se encuentran enunciados de manera más precisa que el que nos ocupa.

También suele agregarse, en "subsidio", que los tribunales carecen de estándares suficientes para evaluar o apreciar los contenidos del derecho a un nivel de vida adecuado, lo que no ocurre con otros derechos del ámbito civil y político, habitualmente tratados por aquéllos. Este argumento no es mejor que el anterior. La vastedad de elaboraciones que ha merecido el mentado derecho, así como los que de él se desprenden, por parte de múltiples órganos internacionales, regionales y nacionales, Relatores Especiales y estudiosos, y de los que estas páginas son apenas un breve reflejo, son muestra acabada que, lejos de faltar, hay más que suficientes elementos de juicio para que los jueces puedan realizar una ponderada, objetiva y seria valoración al respecto.

En todo caso, si bien numerosos derechos humanos no han sido todavía precisados según modalidades rigurosas, "no son menos derechos y su imperfección resulta un desafío

⁴²⁶ *Observaciones finales al tercer informe periódico de Dinamarca, 12-5-1999, E/C.12/1/Add.34, párr. 30.*

para la imaginación de los juristas⁴²⁷ y para "la timidez, ignorancia o, por qué no, falta de creatividad del poder judicial"⁴²⁸.

Lo esencial, en realidad, se sitúa en el nivel de las mentalidades: lo que importa es que los actores del sistema judicial estén inspirados, en su práctica cotidiana, de una verdadera cultura de los derechos humanos. También, por cierto, que los representantes del pueblo, el Congreso, expresen mediante las leyes las aspiraciones de los individuos a la protección de sus derechos más fundamentales⁴²⁹.

Mediante un brizna de imaginación, observa X. Dijon, los juristas podrían introducir algunos puntos de referencia decisivos en la materia de los derechos sociales, al menos, particularmente, en los derechos mínimos -vivienda mínima, nivel de vida mínimo- por debajo de lo cual el juez comprobará una violación de los derechos humanos ¿Si el jurista ha desplegado su arte en precisar los contornos de la vida privada o de la libertad de expresión de los ciudadanos, no podría alcanzar la misma fineza para evaluar lo que es, una vez más, una vivienda "normal" o un nivel de vida "razonable"?⁴³⁰.

En su resumen del debate sobre "Derechos Sociales: el desafío de la indivisibilidad y la interdependencia", celebrado en el marco del Coloquio regional europeo organizado por el Consejo de Europa (1998), A.-W. Heringa expresa que como coincidencias generales se encuentra que la indivisibilidad de los derechos humanos y el análisis de los derechos sociales debería conducir al reconocimiento de la justiciabilidad óptima de estos derechos. Ello no quiere decir que todos los derechos sociales sean plena y totalmente justiciables y que los tribunales estén enteramente libres de poner los presupuestos nacionales en desequilibrio. Sin embargo, dicho esto, es posible definir normas mínimas de las obligaciones fundamentales a ser respetadas. La garantía de un nivel mínimo de subsistencia constituye uno de los ejemplos. Este derecho puede, y debe ser realizado por los

⁴²⁷ V. *Le droit à une alimentation suffisante...*, cit. en nota 21, párrafos 43 y 73.

⁴²⁸ **GALLON GIRALDO, Gustavo**, "América Latina: desafíos frente a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en *La Revista*, Ginebra, Comisión Internacional de Juristas, 1995, n° 55, p. 48.

⁴²⁹ **DE GOUTTES, Régis**, "Protection: actions effectives au plan national", en *Tous concernés. L'effectivité de la protection des droits de l'homme 50 ans après de la Déclaration universelle* (Actas del coloquio regional europeo organizado por el Consejo de Europa, Estrasburgo, 2-4 de septiembre de 1998), Consejo de Europa, 1998, pp. 146 y 147.

⁴³⁰ **MAURER, Béatrice**, *Le principe de respect de la dignité humaine...*, cit. en nota 19, p. 406.

tribunales⁴³¹.

Si un Estado reconoce expresamente un derecho humano particular, afirma P. Alston, pero no concede al particular o al grupo de ciudadanos (o de residentes) las posibilidades efectivas de hacer valer ese derecho, dicho reconocimiento pierde su interés y, quizás, pueda ser calificado como de mala fe por algunos⁴³².

No se trata, para nada, de definir desde los tribunales una orientación política, lo cual corresponde a los órganos políticos, sino más bien de que aquéllos precisen el significado de los conceptos inscriptos en la Constitución y los límites del dominio en el que puede intervenir la potestad pública. De esta suerte, es decir, por vía de la interpretación de la Constitución, la justicia en clave constitucional provee a los otros poderes del Estado de instrumentos y criterios conceptuales para su conducta. Los jueces que aplican la Constitución tienen, así, no sólo una función de salvaguarda, sino también que juegan un papel en la elaboración del orden jurídico⁴³³.

Y no es la recordada una opinión solitaria⁴³⁴.

Finalmente, la preocupación de los órganos internacionales no se circunscribe a la eventual falta de aplicación de los textos de esa naturaleza, pues también se extiende a situaciones en las que se advierte la inoperatividad de las propias normas internas, sobre todo en el ámbito del Poder Judicial⁴³⁵.

⁴³¹ ¿Qué hacer, entonces, para reforzar la justiciabilidad? Es conveniente definir los indicadores precisos de lo que constituyen las obligaciones fundamentales y de lo que constituya una violación. Los derechos sociales engloban derechos justiciables así como una obligación más para los Estados de mejorar los niveles de protección -**HERINGA, Aalt-Willem**, "Droits sociaux: la défi de l'indivisibilité...", cit. en nota 367, p. 116, párr. 5; asimismo: párr. 7.

⁴³² **ALSTON, Philipe**, "Importance de l'interaction entre droits économiques, sociaux et culturels, d'une part, et droits civils et politiques, de l'autre", en *Les droits de l'homme à l'aube du XXIe. siècle*, Consejo de Europa, 1993, reimpresión 1997, p. 72.

⁴³³ **V. LÓPEZ GUERRA, Luis**, "Le rôle et les competences de la Cour constitutionnelle", en *Le rôle de la cour constitutionnelle dans la consolidation de l'Etat de droit*, Comisión europea para la democracia por el derecho, Consejo de Europa, 1994, p. 23.

⁴³⁴ La comparte, v.gr., **CASCAJO CASTRO, J.L.**, "Rights suitable for protection by constitutional appeal procedures", en *The protection of fundamental rights by the constitutional courts*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, Consejo de Europa, 1996, p. 17.

⁴³⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales al Informe de la República Dominicana*, 8-12-1994, en *Revista IIDH*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995, n° 21, p. 395 y 397, párrafos 324 y 331.

12. CONCLUSIONES

I.

El derecho a un nivel de vida adecuado está enunciado en múltiples instrumentos jurídicos de derechos humanos de raigambre universal y regional, y constituye una plaza de la más alta significación para evaluar y resolver un extenso abanico de problemas que atraviesan de manera constante y permanente el panorama mundial de los derechos del hombre.

II.

La mayoría de los principales instrumentos antes aludidos tiene jerarquía constitucional en nuestro país.

Dichas normas, por ende, iluminan la interpretación y aplicación de la Constitución toda y de todo el ordenamiento infraconstitucional, sirviendo, asimismo, como elementos determinantes y decisivos de la obra legislativa, así como de la judicial, sobre todo en materia de control de constitucionalidad.

III.

El derecho a un nivel de vida adecuado es objeto de las mayores violaciones tanto en el plano mundial, como en el nacional.

La causa de ello, por lo menos en este último caso pero también en muchísimos otros, no reside en definitiva en la falta de riqueza o posibilidades del país, sino en la manifiesta inequidad en el reparto de ésta.

IV.

Las consecuencias de esos menoscabos son tan vastas como ominosas: laceran cuerpos vivientes y almas esperanzadas, y conducen, inexorablemente, a la mutilación cuando no a la muerte de las víctimas.

Víctimas que son legión en la vereda de la pobreza, testimonio inocultable y oprobioso para el Estado Social de Derecho.

V.

Dichas violaciones desquician las bases éticas de la sociedad, cuando una

parte de ésta termina abrevando en el tósigo de la indiferencia hacia el prójimo desamparado.

También ponen a la sociedad nacional y mundial, cara a cara con el imperativo del destino universal de los bienes.

VI.

El derecho a un nivel de vida adecuado es un derecho “irradiante”, pues de él fluye una amplia gama de otros derechos, siendo los más destacables, v.gr., el derecho a una vivienda adecuada, el derecho a una alimentación adecuada y el derecho a un vestido adecuado.

VII.

Asimismo, constituye una pauta de importancia mayor para concebir seriamente otros derechos humanos, p.ej., el que atañe a la cuantía mínima del salario.

VIII.

La insatisfacción del derecho a un nivel de vida adecuado entraña el desconocimiento de infinidad de otros derechos humanos, que terminan por carecer de sentido frente al sin techo, sin alimento o sin vestido.

IX.

El derecho a un nivel de vida adecuado no tiene como objeto determinados bienes, sino una relación digna que permita al sujeto adquirir los bienes necesarios a su dignidad.

En resolución, el mentado derecho es un derecho subjetivo a la propiedad de esos bienes.

X.

El derecho a un nivel de vida adecuado se extiende a toda persona y a su familia; está indisolublemente unido a la dignidad inherente a ésta, y a la justicia social; debe ser interpretado de manera amplia; tiene un contenido básico inderogable en toda circunstancia y lugar, y los gastos que irroge la satisfacción de alguno de los derechos que lo componen no debe impedir el goce de los restantes.

Asimismo, resulta tan inadmisibles toda discriminación, como exigibles todas las acciones positivas destinadas a las personas y grupos en situaciones críticas.

XI.

Pesan sobre el Estado las obligaciones de respetar, de proteger, y de realizar, el derecho a un nivel de vida adecuado. Esta última obligación comprende la de facilitar y, llegado el caso, hacer efectivo directamente el derecho.

También la de llevar a cabo programas, evaluaciones y normas que, de manera clara, precisa y evaluable, y con la participación de los interesados, hagan realidad el derecho a un nivel de vida adecuado, prioritariamente para las personas y grupos antes mencionados.

XII.

La responsabilidad del Estado también puede extenderse a la actividad de actores no estatales.

XIII.

En todo caso, las medidas que importen un retroceso social resultan inadmisibles.

El derecho a un nivel de vida adecuado exige una mejora continua de las condiciones de existencia.

XIV.

El ordenamiento jurídico interno debe prever medios judiciales para asegurar la satisfacción del derecho a un nivel de vida adecuado (v. XXVI).

XV.

Los procesos de ajuste económico están destinados a proteger y a dar respuesta a los desamparados, no a los grupos aventajados de una sociedad.

XVI.

El derecho a una vivienda adecuada exige respecto de ésta: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, de materiales, de facilidades y de infraestructura; gastos soportables; condiciones de habitabilidad y de emplazamiento; asequibilidad y adecuación cultural.

Los desalojos forzosos que llevan a las personas y familias a dar con la calle son, *prima facie*, inadmisibles.

XVII.

Las situaciones de hambre resultan, sin más, violatorias de diversos instrumentos internacionales y regionales.

XVIII.

El derecho a una alimentación adecuada sólo resulta observado cuando existe disponibilidad de alimentos que, por su calidad y cantidad, resultan suficientes para satisfacer las necesidades propias de cada individuo según sus circunstancias y adecuados a su cultura, y dicho individuo tiene acceso físico y económico a dichos alimentos, todo ello de manera sostenible.

XIX.

El hambre y la desnutrición producen discapacidades en las personas de manera irreversible.

Asimismo, trazan un ciclo perverso en el cual las mujeres desnutridas se tornan en víctimas y mediadoras de generaciones de malnutridos.

XX.

Los bienes que concurren a la satisfacción del derecho a un nivel de vida adecuado no pueden ser dejados, por el Estado, al libre juego de fuerzas ciegas o de la avaricia de los mercados.

La jurisprudencia de diversos tribunales constitucionales y regionales, así como la legislación comparada, dan muestras de los numerosos arbitrios que pueden ser adoptados en tal sentido.

El ya citado principio de justicia social juega en este ámbito un papel destacado.

XXI.

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos es idóneo para la tutela del derecho a un nivel de vida adecuado, y la Comisión y Corte interamericanas de Derechos Humanos han dado muestras de ello.

Dichos órganos, por ende, son competentes *ratione materiae* para entender en casos relativos a la violación del mencionado derecho.

XXII.

Los quebrantamientos graves del derecho a un nivel de vida adecuado

pueden, incluso, violar el derecho a la vida y a la integridad física.

Estas circunstancias, a su vez, también habilitan la competencia en razón de la materia de las instituciones anteriormente citadas, así como la del Comité de Derechos Humanos.

XXIII.

La relación señalada en el punto anterior también ha sido y es objeto de cavilosos estudios por parte de la doctrina especializada en la Convención Europea de Derechos Humanos.

XXIV.

El derecho a un nivel de vida adecuado puede encontrar vías complementarias de tutela a la luz de otros derechos, v.gr., a la propiedad, a la protección de la vida privada y familiar, a un medio ambiente saludable, a no ser objeto de explotación por otros, a la libertad y a realizar un proyecto de vida...

XXV.

El derecho a un nivel de vida adecuado goza de la protección del principio de igualdad y de no discriminación, así como, en su caso, de las garantías del debido proceso.

Todo ello, a su vez, posibilita la tutela por parte de diversos órganos supranacionales.

XXVI.

La justiciabilidad en el plano interno de los Estados de cuestiones atinentes al derecho a un nivel de vida adecuado es un imperativo que deriva de los propios instrumentos en los que aquél se encuentra enunciado (v. XIV).

Ello se ve corroborado por la existencia de un régimen de control supranacional.

Las pautas y estándares elaborados por dichos órganos -e incluso por diversos tribunales constitucionales de los Estados- son más que elocuentes para descartar de todas formas, que los órganos jurisdiccionales internos no se encuentren en condiciones para resolver conflictos sobre el derecho a un nivel de vida adecuado, en términos ponderados, serios y objetivos.

“Abre tu boca en favor del mudo, por la causa de todos los abandonados, abre tu boca, juzga con justicia y defiende la causa del mísero y del pobre” (Proverbios, 31, 8-9).