

2-3[2002]

INVESTIGACIÓN DE DERECHO COMPARADO

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

JURISPRUDENCIA

ABOGADOS. DERECHO A LA INTIMIDAD. ALLANAMIENTOS Y REGISTROS (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: ante la sospecha, por parte de las autoridades impositivas, que clientes de un abogado estarían involucrados en fraudes fiscales, se obtuvo una orden de allanamiento para registrar el inmueble del abogado. El procedimiento contó con la supervisión de un letrado designado por el Procurador General del Estado, cuya función fue asesorar a los funcionarios que realizaban el allanamiento por si alguno de los materiales a secuestrar eran objeto de privilegio profesional. El apelante impugnó la legalidad del allanamiento en el que se secuestró un número de documentos, archivos y libros. La apelación se fundamentó principalmente en el hecho de que la emisión y la ejecución de la orden de allanamiento violó el derecho a la intimidad y el derecho a la correspondencia privada del requirente de acuerdo a lo previsto en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). Asimismo, el apelante alegó que en la orden de allanamiento no se habían delimitado los objetos o documentos relacionados con personas en particular que debían ser secuestrados; y que el abogado supervisor del allanamiento no había sido independiente.

2. Sentencia:

La Corte nota, inicialmente, que en el caso concreto existió una interferencia en los derechos del apelante de conformidad con lo dispuesto por el art. 8 de la Convención. Sin embargo, entiende que dicha interferencia ha sido de acuerdo a derecho, persiguió el legítimo propósito de prevenir el crimen y el desorden, así como el bienestar económico del país, y que el allanamiento se realizó bajo las garantías emitidas por un juez quien tenía elementos razonables para sospechar que se cometió un fraude impositivo y que las pruebas podían ser encontradas en los documentos buscados. La investigación realizada por un juez, aunque haya sido en un procedimiento en el que sólo participa una de las partes del litigio, es, sin embargo, una importante garantía contra el abuso.

Ahora bien, en cuanto a la falta de especificación en la orden de allanamiento de los materiales objeto de secuestro alegada por el requirente, la Corte entiende que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, no le ha sido negada información suficiente del propósito de la orden de allanamiento para poder valorar si el grupo de investigación actuó ilícitamente o excedió sus poderes.

Asimismo, y con relación a la supervisión por parte del abogado seleccionado para dichas funciones, el apelante no planteó error alguno en el desarrollo del juicio. De esta forma, la Corte agrega que entre las competencias de aquél se encontraban la de actuar y de dar opiniones en forma independiente, y de supervisar al grupo de investigación.

Finalmente, corresponde afirmar que la búsqueda de los documentos objeto de la orden de allanamiento no ha sido desproporcionada con los propósitos legítimos perseguidos y que hubo garantías suficientes en el procedimiento. Por lo tanto, la interferencia en los derechos del requirente puede ser entendida como necesaria en una sociedad democrática de acuerdo al significado del art. 8.2 de la Convención.

Por estos motivos, se declara inadmisibles este caso.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (Sección I), decisión del 19-9-2002, n° 62002/00, *Tamosius c. Reino Unido*, en <http://hudoc.echr.coe.int>.

ABORTO. DERECHO A LA VIDA. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ART. 4. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ART. 6 (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: una Asociación Civil sin fines de lucro promovió una acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a fin de que se le ordene a éste revocar la autorización y prohibir la fabricación, distribución y comercialización del fármaco cuyo nombre comercial es “Imediat”, pues se trata de una píldora con efectos abortivos, encubierta bajo la denominación eufemística de “anticoncepción de emergencia”. La demanda tuvo éxito en primera instancia, pero fue rechazada por la Cámara de Apelaciones, con motivo del recurso deducido por el Estado demandado. En tales condiciones, la actora presentó un recurso extraordinario ante la Corte Suprema.

2. Sentencia:

La Corte, en primer lugar, se planteó la pregunta de si la concepción se produce con la fecundación o si, por el contrario, se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno.

Seguidamente, juzgó que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la fecundación, es decir, con la unión de los dos gametos. “Existe un ser humano desde la fecundación del óvulo. El hombre todo entero ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero con sus potencialidades...”, sostuvo la Corte con cita de Jean Rostand, premio Nobel de biología.

En segundo término, la Corte tomó en consideración que el fármaco cuestionado tendía a modificar el tejido endometrial produciendo una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación.

Luego, concluyó que todo método que impida el anidamiento debía ser considerado como abortivo.

La Corte, asimismo, recordó su jurisprudencia constante en cuanto a que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva, garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente-, su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.

Agregó que los tratados internacionales con jerarquía constitucional, resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y a partir del momento de la concepción” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4.1). Asimismo, todo ser humano a partir de la concepción es considerado niño y tiene derecho intrínseco a la vida (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 6.1).

Por otro lado, la citada Convención Americana impone a los Estados Partes el deber de adoptar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que aquélla reconoce. Súmase a ello, que cuando el Estado ratifica un tratado se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos, lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, a fin de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

Con base en todo ello, la Corte ordenó al mencionado Ministerio que deje sin efecto la autorización que había concedido, prohibiendo la fabricación, distribución y comercialización del fármaco “Imediat”.

Nota de la Secretaría: en cuanto a las consideraciones científicas sobre que la concepción se produce con la fecundación, la Corte, además de la opinión ya señalada, tomó en cuenta la de otros científicos:

Basso, Domingo M.; Rostand, Jean; Lejeune, Jerome; Larson, W. J.; Carlson; B.; Sadler, T. W., y Salet, Georges. Respecto de las obligaciones internacionales del Estado, la Corte se hizo eco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La píldora en cuestión era llamada, corrientemente, “píldora del día después”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA (cuatro jueces formularon disidencia al considerar que, por razones de forma, el recurso no era admisible), sentencia del 5-3-2002, P.709.XXXVI, *Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*, en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 325.I, p. 292.

ACCESO A LA JUSTICIA. GRATUIDAD (VENEZUELA).

1. Antecedentes del caso: se interpuso una acción de nulidad por razones de inconstitucionalidad contra el art. 123 del Código de Procedimiento Civil (CPC), con base en que contraría lo dispuesto en los arts. 26, 49, inc. 1, y 254 de la Constitución. La norma impugnada dispone que la parte que pide la integración del Tribunal con asociados debe consignar los honorarios de éstos dentro de los cinco días siguientes a la elección y, si no lo hace, la causa sigue su curso legal sin asociados, colisionando -a juicio de los recurrentes- con el derecho que tiene toda persona de acceder a la justicia (art. 26). Asimismo, afirmaron que también atenta contra el debido proceso y el derecho a la defensa porque sanciona con la pérdida de tales derechos a la parte que no consigne los honorarios exigidos por los jueces asociados en la oportunidad correspondiente, sujetando así la subsistencia y el ejercicio de un medio de defensa y el derecho a la parte a ser juzgado por su juez natural, a la satisfacción de una contraprestación económica, convirtiéndose la parte que pretende acceder al órgano de administración de justicia y no el Estado mismo, en aquella que remunera la gestión de quien ejerce en nombre del Estado la función pública. Finalmente, afirman que el artículo en cuestión choca también con el principio de la gratuidad de la justicia establecido en los arts. 26 y 254 citados.

2. Sentencia:

Si bien es cierto que esta Sala ha señalado que la justicia gratuita dejó de ser un beneficio dirigido a un grupo o sector de personas, para convertirse en un derecho constitucional otorgado a toda persona sin discriminación alguna, posteriormente indicó que la gratuidad de la justicia a la cual hace referencia el art. 26, dada su redacción e interpretación sistemática, se refiere a la gratuidad del proceso y no al beneficio de litigar sin gastos como cree el accionante, es decir, al derecho constitucional de exención de gastos procesales y no al privilegio que tienen algunas personas por carecer de recursos económicos (art. 175 CPC), y su ámbito abarca no sólo la gratuidad del proceso sino el derecho que se le nombre al beneficiado defensor para que sostenga sus derechos y la exención del pago de honorarios a los auxiliares de justicia, tales como: intérpretes, peritos, depositarios, asociados, prácticos u otros.

Es así como ambos, la gratuidad de la justicia y el beneficio de litigar sin gastos, son derechos derivados del reconocimiento del derecho a la igualdad, a la tutela judicial efectiva y al de petición, procurando asegurar el acceso a los tribunales de todos los ciudadanos que requieran que el Estado desarrolle las actuaciones necesarias para que el ejercicio de sus derechos sea real y efectivo. Sin embargo, la gratuidad de la justicia está establecida para todos los ciudadanos por el simple hecho de que la administración de justicia es un servicio público y una manifestación del Poder Público del Estado, siendo entonces éste el que deba

sufragar los gastos de un sistema que justifica su propia existencia, a diferencia del beneficio de litigar sin gastos que, como se ha establecido, tiene un ámbito de aplicación mayor pero un supuesto de procedencia restringido, pues implica sufragar los gastos de patrocinio y honorarios auxiliares de justicia de quienes carezcan de recursos económicos. Por tanto, conlleva, con respecto a aquél, una situación de excepción ante la cual el Estado asume los gastos a plenitud, para evitar que queden sin ejercerse los derechos constitucionales, y se atente con ello el Estado de Derecho, su fundamento no es más que proteger el derecho a la igualdad.

Ahora bien, el art. 123 del CPC hace referencia a la carga que posee la parte de pagar los honorarios de los jueces asociados solicitados por ella misma, en virtud de la posibilidad que le proporciona la ley de haber requerido tal constitución al juez de la causa, a fin de que sea un tribunal colegiado quien decida la controversia que se le presenta. Este viene a ser un derecho que tiene toda parte en el proceso (art. 118 CPC), por lo que se observa que cada asociado será elegido de la terna que presente su contraparte, es decir, que ni en la proposición, ni en la elección de los asociados interviene el Estado, en razón de que la obligación o el deber que éste tiene con los administrados de justicia, la ha cumplido al proporcionarles el juez natural de la causa que preside el juzgado donde cursa su juicio. Por otra parte, estas personas que fungen como jueces asociados, deberán reunir idénticas condiciones que el juez de la causa original, teniendo derecho a que el ejercicio de tal labor sea remunerado, en razón de no ser funcionarios públicos destinados con exclusividad a esa actividad, sin ser ésta una obligación del Estado por cuanto como se expuso, ya su obligación de mantener el sistema de justicia, previendo todas las condiciones materiales requeridas para que los justiciables tengan acceso a la justicia, se ha cumplido en ese proceso donde las partes involucradas disponen de un juez unipersonal natural, revestido de todas las condiciones exigidas e investido de la idoneidad necesaria para impartir justicia. Razones estas por las cuales, si las partes involucradas en un proceso desean hacer uso de la facultad prevista en la ley de solicitar que el tribunal se constituya con asociados, a los únicos efectos de dictar la sentencia respectiva (en virtud de que no intervienen ni en la valoración de las pruebas, ni en ninguna otra fase del proceso), no pueden pretender que tales gastos los asuma el Estado el cual paga el servicio y el mantenimiento de la administración de justicia, correspondiendo entonces al litigante el deber de cargar con los gastos de honorarios profesionales entre los cuales se puede incluir este concepto, por cuanto el mismo obedece al servicio que se presta. Sin embargo, considera esta Sala que para tales casos, instituciones afines con la materia, como serían los Colegios de Abogados de cada localidad, deben prestar un servicio que coadyuve tanto al órgano de justicia como a los administrados, en el sentido de formar listas con un estimado en los honorarios a devengarse por concepto de los servicios profesionales de los asociados, a fin de que tal figura no se preste a especulación alguna y en los hechos se impida que tal facultad que poseen las partes a que un juez con asociados les dicte sentencia en su causa, se torne inaccesible para algunos.

De esta forma, observa esta Sala que la normativa contenida en el art. 123 citado, no contraviene abiertamente el texto constitucional, por lo cual se desestima la denuncia de inconstitucionalidad.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA (Sala Constitucional), sentencia del 15-07-2003, n° 1943, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1943-150703-01-0861.htm>.

ALLANAMIENTOS Y REGISTROS. INTERVENCIÓN ARBITRARIA. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ARTS.7, 14, 17, 19, 23 y 24 (NACIONES UNIDAS-COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: el 5 de enero de 1993, a las 2 a.m., un grupo de hombres armados del Ministerio Público ingresó por la fuerza, a través del techo, al domicilio del peticionante. El grupo realizó un allanamiento y aterrorizó a los miembros de la familia. Uno de los oficiales disparó su arma durante el operativo. Otro, obligó al único varón adulto que se encontraba presente (Alvaro Rojas) a firmar un papel, que no se le permitió leer y del cual no se le entregó copia. Se le informó a la familia que su domicilio estaba siendo allanado con relación al asesinato del alcalde de Bochalema. Se presentaron recursos en todas las instancias judiciales colombianas, que fueron rechazados. El autor, entonces, presentó una comunicación, en la que alega la violación de los arts. 7, 14.3a, 17.1 y 2, 19.3a, 23 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto).

2. Dictamen:

Se declara la comunicación parcialmente admisible. El Comité de Derechos Humanos sostiene que las reparaciones en el derecho interno se prolongaron indebidamente. Si bien los alegatos relativos a los arts. 14.3.a, 19.3.a, 23 y 24 no fueron suficientemente fundados a los efectos de su admisibilidad, sí existió violación de los arts. 7 y 17.1 del Pacto. Conforme al art. 23 el representante del Estado tenía la obligación de otorgar al peticionante y a su familia reparaciones efectivas. Se le pidió que brinde información dentro de los 90 días acerca de las medidas tomadas tendientes a efectivizar y publicar las Observaciones formuladas por el Comité. El trato del cual fueron objeto los Rojas García no fue refutado por el representante del Estado, por lo tanto el Comité resuelve que hubo violación del art. 7 del Pacto. En su presentación del 28 de diciembre de 1999, el representante del Estado reitera que el allanamiento que se llevó a cabo en el domicilio de la familia Rojas García respetó la letra de la ley, en concordancia con el art. 343 del Código Procesal Penal. El Comité no entra en la disputa acerca de la legalidad del allanamiento; considera sin embargo, siguiendo al art. 17 del Pacto, que es necesario que cualquier intervención en el domicilio no sólo sea legal, sino también que no sea arbitraria.

El Comité considera, de acuerdo con la Observación General N° 16 (ver este número de *investigaciones*, p. 620) que el concepto de arbitrariedad (art. 17) tiene la intención de garantizar que incluso las intervenciones previstas por la ley deban ser conformes a las disposiciones, metas y objetivos del Pacto y razonables en la circunstancia particular. También considera que los argumentos del representante del Estado no justifican la conducta descrita.

Por ello, el Comité concluye que ha habido una violación del art. 17, párrafo 1, en tanto y en cuanto existió una intervención arbitraria en el domicilio de la familia Rojas García.

COMITE DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), Comunicación N° 687/1996, *Rojas García c. Colombia* (dictamen aprobado el 3 de abril de 2001, en el 71° período de sesiones), en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, volumen II, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n° 40 (A/56/40), Ginebra, 2001, p. 52.

CONSTITUCION. DEROGACIÓN POR UN GOLPE DE ESTADO. ESTADO DE EMERGENCIA. INVOCACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA NECESIDAD. LEGITIMACIÓN PROCESAL PARA PEDIR EL RESTABLECIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN. **JUECES.** DEBERES Y FACULTADES (FIJI).

1. Antecedentes del caso: en el año 2000, en Fiji hubo un intento de golpe de Estado que dio lugar a que el Presidente dictara el estado de emergencia, a que éste posteriormente renunciara y a la asunción del comandante de las Fuerzas Armadas como jefe de un gobierno militar interino. Posteriormente, éste dictó unos decretos dejando sin efecto la Constitución y leyes vigentes y negoció con los insurrectos la liberación de varios funcionarios gubernamentales mantenidos como rehenes. Entonces, designó un nuevo Presidente, pero sin

consultar al Primer Ministro como exige la Constitución. En este estado, un granjero indigente, invocando una pérdida de derechos por el intento de abrogar la Constitución, promovió una acción tendiente al dictado de una sentencia declarativa de que: (i) el golpe de Estado no había sido exitoso; (ii) la declaración de un estado de emergencia con base en la doctrina de la necesidad era inconstitucional; (iii) la revocación de la Constitución mediante un decreto del gobierno militar interino era inconstitucional; (iv) la Constitución aún seguía vigente; (v) el Gobierno *de iure* depuesto aún era el legalmente constituido, puesto que el militar interino y el grupo rebelde no habían logrado consenso para gobernar el país; y (vi) el Gobierno depuesto aún era el legítimo para proteger al peticionante y para amparar sus derechos. El Gobierno de Fiji y el Procurador General accionados pidieron el rechazo de la pretensión, alegando que el peticionante carecía de legitimación procesal y que la demanda carecía de toda petición razonable, era insustancial, vejatoria o maliciosa y que, por otra parte, constituía un abuso del proceso.

2. Sentencia: se confirma la validez de la Constitución como ley suprema, se ordena restablecer el *status quo* -debiendo el Presidente restituido designar un Primer Ministro-, y se declara válido el estado de emergencia dictado con base en la doctrina de la necesidad.

2.1. El peticionante -como cualquier otro ciudadano- tiene legitimación procesal para promover esta acción invocando la pérdida de sus derechos y libertades democráticas por el intento de derogar la Constitución, los cuales emanan del status de ésta de ley suprema. Su acción no resulta insustancial porque pide que se le garantice la vigencia de la Constitución para que lo proteja y ampare sus derechos. Por otra parte, carece de otro recurso, las cuestiones planteadas son suficientemente graves, tienen bastante importancia constitucional y se vinculan a temas constitucionales importantes.

La doctrina de la necesidad sólo puede ser invocada para sostener el estado de derecho y la Constitución existente, y no como herramienta para subvertir la estructura constitucional mediante la abrogación del régimen jurídico existente o para eludir el procedimiento previsto para la reforma constitucional. Sin embargo, en casos específicos, su vigencia puede ser brevemente suspendida. En consecuencia, la doctrina de la necesidad pudo ayudar al comandante militar a resolver la crisis de los rehenes, pero una vez concluida ésta y controladas las otras cuestiones vinculadas al orden y al derecho, dicho funcionario dejó de cumplir un rol y la Constitución hasta entonces dejada en suspenso resurgió como ley suprema, exigiendo que el mencionado comandante y las fuerzas armadas la mantengan y defiendan frente a otros usurpadores. En consecuencia, la doctrina no puede usarse para sostener un nuevo régimen extra constitucional ni para dar a éste un fundamento válido para reformar la Constitución o para derogarla y reemplazarla con intervención de un comité revisor y de un gobierno civil interino. No hay evidencia que sugiera que el comandante militar se haya enfrentado a una situación desesperante en relación a la estructura política y social de Fiji, por lo que no fue necesario que dictara los decretos tendientes a abrogar la Constitución. Además, una vez concluida la crisis de los rehenes, tampoco fue necesario, para apuntalar la Constitución y preservar la estructura social, intentar debilitar los derechos constitucionales de los ciudadanos de Fiji. De esto se sigue que la revocación de la Constitución por parte del comandante militar no puede justificarse en términos de la doctrina de la necesidad y, por ende, resulta inconstitucional e ineficaz. Por lo tanto, la Constitución mantiene su vigencia y sobrevive como ley suprema de Fiji.

Si bien el estado de emergencia impuesto por el Presidente restituido no fue declarado estrictamente conforme a lo exigido por la Constitución y las leyes -no se publicó en forma adecuada ni fue adoptado con el asesoramiento del Gabinete (cuyos integrantes eran mantenidos como rehenes)-, lo cierto es que el Ejecutivo actuó tan legalmente como pudo en las circunstancias a que por entonces se enfrentaba la Nación, conforme a la doctrina de la necesidad, e intentando apuntalar la estructura legal del Estado.

La usurpación de las atribuciones del Parlamento mediante la subversión o abrogación de la Constitución no introdujo a ésta una enmienda conforme al procedimiento para ello establecido, y por lo tanto, fue un acto ilícito. El golpe civil fracasó; nunca logró ninguna legitimidad y la cuestión de su legalidad no requiere de ulterior consideración.

2.2. Los jueces deben preservar la legalidad e impartir justicia. Al ser designados, su primer obligación es hacer que se respete la Constitución. Al pronunciarse sobre la legalidad de una acción ejecutiva en un caso de supraconstitucionalidad no deberían formular declaraciones públicas acerca del asunto. La fuerza y el valor de un juez yacen en su capacidad de cumplir sus deberes con integridad, imparcialidad, audacia y valentía. Cuando surge un incidente extraconstitucional los jueces deben respetar la Constitución hasta que las pruebas y argumentos que impugnen exitosamente la vigencia de esa Constitución les sean presentados, dado que se presume que la Constitución sigue vigente hasta tanto un tribunal no se pronuncie en contrario. Puesto que los incidentes extraconstitucionales o subversiones, si tienen la intención de ser permanentes, no desplazan a la Constitución por un cierto período de tiempo, los jueces deberían entretanto seguir aplicando la Constitución, aun en el caso de doctrina de necesidad. A menos que haya tenido lugar una revolución masivamente aceptada y aclamada, los jueces deberían esperar a que se reúnan casos y se produzcan pruebas y argumentos en las demás instancias. El juez debe actuar siempre con imparcialidad e integridad, y respetar todas las leyes del país, con independencia del régimen imperante en el momento de su designación. Al juez se le puede pedir que ponga un freno a los excesos de un régimen revolucionario que actúa arbitrariamente y fuera de la ley. Los jueces no deben olvidar la importancia de la separación constitucional de poderes y de no inmiscuirse en asuntos políticos, ya que esto comprometería la independencia judicial. En particular, el presidente debería tener su propio consejero, o aconsejarse a sí mismo. Más aún, sería inapropiado que los jueces entreguen a los presidentes sus opiniones por escrito o que ofrezcan asesoramiento a los rebeldes con garantía de inmunidad, ya que esa inmunidad podría aparecer en futuros procesos penales. Sería aun más imprudente y peligroso que el juez asesore acerca de la prórroga del Parlamento, la designación de un Primer Ministro o la disolución de un gobierno, ya que esas no son funciones judiciales. Del mismo modo, los jueces no deberían comprometer su imparcialidad tomando parte activamente en el asesoramiento de un régimen usurpador ni deberían ayudarlos en la formulación de decretos.

CORTE SUPREMA DE FIJI, *Prasad v. Republic of Fiji and another*, en *Commonwealth Law Bulletin*, Londres, Commonwealth Secretariat, 2001, vol. 27, n° 1, p. 132.

CONSTITUCION. REFORMA PARCIAL. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA. VICIO DE FORMA. **ELECCIONES.** PROHIBICIÓN DE REELECCIÓN PRESIDENCIAL. **DERECHO A ELEGIR Y SER ELEGIDO.** **SENTENCIA.** EFECTOS. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ART. 23 (COSTA RICA).

1. Antecedentes del caso: se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la reforma del inciso 1 del art. 132 de la Constitución. Alegó el recurrente que en el procedimiento de reforma se violentó lo dispuesto en el art. 195 de la Carta, estimando que la reforma lesionó derechos fundamentales por la aplicación de criterios e interpretaciones erróneamente calificados y contrarios al sentido jurídico. Impugnó la norma en punto a la prohibición a los ex presidentes costarricenses de volver a ocupar la primera magistratura, considerando que en la tramitación de dicha reforma se incurrió en una grave violación del procedimiento legislativo. Asimismo, señaló que con la reforma se atacó a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al derecho a elegir y de ser elegidos.

2. Sentencia:

De todas las consideraciones insertas en la sentencia, de conformidad con el procedimiento establecido en el art. 195 de la Constitución, se deduce que la Asamblea Legislativa carece de competencia para hacer una reforma parcial que afecte los derechos y las decisiones políticas fundamentales. La Asamblea Nacional Constituyente estableció en el citado art. 132 regulaciones a los derechos políticos de quienes aspiren al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República. En el presente caso, el inc. 1 prohibía la reelección únicamente para aquellos que hubieren ejercido la presidencia en cualquier lapso dentro de los ocho años anteriores al período para cuyo ejercicio se verificare la elección. La reforma operada por ley 4349 prohibió en forma total la reelección presidencial, afectando negativamente derechos políticos de los ciudadanos y al actuar así, la Asamblea Legislativa, en ejercicio del Poder Constituyente de la reforma parcial, excedió los límites de su competencia.

La Asamblea Legislativa, como poder reformador derivado, está limitada por el Poder Constituyente en su capacidad para reformar la Constitución: no puede reducir, amputar, eliminar, ni limitar derechos y garantías fundamentales, ni derechos políticos de los ciudadanos, ni los aspectos esenciales de la organización política y económica del país. Únicamente mediante el procedimiento de reforma general regulado en el art. 196 se podría intentar una reforma de tal naturaleza.

Corresponde aclarar que la reforma parcial o total de la Constitución no se refiere a la cantidad de normas reformadas, sino que apunta a un aspecto cualitativo, es decir, en el sentido de que si la pretendida reforma implica variación de aspectos esenciales de la vida político-social y económica de la Nación, o restricción a derechos y garantías fundamentales, y aun cuando lo sea de una sola norma constitucional -o de uno de sus incisos-, la Asamblea Legislativa no podría, mediante el procedimiento de reforma parcial, aprobar la reforma sin violentar toda la Constitución,

Una de las razones de sentido común en que se fundamenta la distinción entre reforma parcial y general, es que el criterio para determinar la capacidad de reforma parcial no sea cuantitativo, sino cualitativo, porque de lo contrario, por vía de la primera podrían reformarse todas y cada una de las normas constitucionales -incluso aquellas que definen la fuente del propio poder legislativo que las promulga-, lo cual sería una *contradictio in absurdum*, porque implicaría la posibilidad de que la Asamblea se despojara de su propia competencia constitucional, e incluso alterara la fuente misma del Poder Constituyente, es decir, la titularidad de la soberanía. Se trata entonces de proteger y defender a la Constitución como conjunto de normas básicas y fundamentales del ordenamiento jurídico.

El principio de rigidez constitucional, basado precisamente en el principio de soberanía popular, no tiene otro objeto que procurar que el Estatuto que recoge el modelo ideológico de la sociedad, así como las convicciones y valores comúnmente compartidos relativos a los derechos humanos, no sean variados. Por ello, para llevar a cabo una reforma constitucional como la aquí cuestionada, mediante la cual se limita un derecho político dado por el constituyente originario, es necesario hacerlo a través del mecanismo de reforma general previsto en el art. 196 constitucional y ser, necesariamente, manifestación de la voluntad del pueblo, la cual deberá compulsarse a través de los mecanismos idóneos para ello.

En razón de lo expuesto, la reforma operada mediante ley 4349 produjo una violación al procedimiento previsto. Por ende, la consecuencia lógica y jurídica de una reforma constitucional tramitada con un vicio de tal naturaleza, implica su nulidad, ya que, como ya ha expresado esta Sala, los requisitos de procedimiento que la propia Constitución se esmera en precisar son fundamentales, en tanto orientados a fortalecer la rigidez de su texto, esto es, orientados a una mayor dificultad de enmienda y al respeto de los derechos fundamentales que han sido reconocidos.

Por todo ello, la acción resulta procedente al haberse efectuado mediante una reforma parcial, por un lado, la restricción y, por el otro, la eliminación de un derecho fundamental. El derecho de reelección había sido consagrado por el Constituyente y es una garantía constitucional de los derechos políticos de los costarricenses en el ejercicio del derecho de elección, consagrado, además, en el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Lo manifestado implica la anulación de la reforma practicada mediante la referida ley 4349, por lo que retoma vigencia la norma en su texto anterior. La presente tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha de entrada en vigencia de la norma anulada; sin embargo, con base en el principio constitucional de seguridad jurídica, se dimensionan los efectos de esta sentencia, en el sentido de que los actos derivados de la reforma desde la vigencia de la ley 4349 hasta su anulación por inconstitucional, son válidos.

Por último, con especial fundamento en el principio democrático, y de manera coherente con el presente pronunciamiento, esta Sala aclara que lo revisado es el procedimiento mediante el cual se produjo la reforma constitucional aquí impugnada, y no sobre la conveniencia del instituto de reelección presidencial, por cuanto tal decisión es una competencia que le corresponde exclusivamente al poder constituyente originario.

Nota de la Secretaría: el art. 132 impugnado dice: “No podrá ser elegido Presidente ni Vicepresidente: 1) El Presidente que hubiera ejercido la Presidencia durante cualquier lapso, ni el Vicepresidente o quien lo sustituya, que la hubiera ejercido durante la mayor parte de un período constitucional”. Asimismo, en cuanto al procedimiento de reforma constitucional, se transcriben los arts. 195: “La Asamblea Legislativa podrá reformar parcialmente esta Constitución con absoluto arreglo a las siguientes disposiciones: 1) La proposición para reformar uno o varios artículos debe ser presentada a la Asamblea Legislativa en sesiones ordinarias, firmada al menos por diez diputados o por el cinco por ciento (5%) como mínimo, de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral [reformado por ley N° 8281 de 28-5-2002]; 2) Esta proposición será leída por tres veces con intervalos de seis días, para resolver si se admite o no a discusión; 3) En caso afirmativo pasará a una comisión nombrada por mayoría absoluta de la Asamblea, para que dictamine en un término de hasta veinte días hábiles; 4) Presentado el dictamen, se procederá a su discusión por los trámites establecidos para la formación de las leyes; dicha reforma deberá aprobarse por votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea; 5) Acordado que procede la reforma, la Asamblea preparará el correspondiente proyecto, por medio de una Comisión, bastando en este caso la mayoría absoluta para aprobarlo; 6) El mencionado proyecto pasará al Poder Ejecutivo; y éste lo enviará a la Asamblea con el Mensaje Presidencial al iniciarse la próxima legislatura ordinaria, con sus observaciones, o recomendándolo; 7) La Asamblea Legislativa, en sus primeras sesiones, discutirá el proyecto en tres debates, y si lo aprobare por votación no menor de dos tercios de votos del total de los miembros de la Asamblea, formará parte de la Constitución, y se comunicará al Poder Ejecutivo para su publicación y observancia; 8) De conformidad con el artículo 105 de esta Constitución, las reformas constitucionales podrán someterse a referéndum después de ser aprobadas en una legislatura y antes de la siguiente, si lo acuerdan las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa” [este inciso fue adicionado por ley N° 8281 de 28-5-2002]”; y 196: “La reforma general de esta Constitución, sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. La ley que haga esa convocatoria, deberá ser aprobada por votación no menor de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa y no requiere sanción del Poder Ejecutivo”

CORTE SUPREMA DE COSTA RICA (Sala Constitucional), sentencia del 4-4-2003, N° 02771/2003, en http://www.poder-judicial.go.cr/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_busqueda.asp.

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN POR EDAD. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ARTS. 3, 5 Y 26 (NACIONES UNIDAS-HOLANDA).

1. Antecedentes del caso: en 1993, la peticionante, de 44 años, casada con un hombre mayor de 65 años, pidió que se le entregue el “pase de jubilados”, al cual tienen derecho los cónyuges de personas mayores de 65 años y que superen los 60 años. El pase no le fue concedido por no reunir este último requisito. Luego de apelar sin éxito la decisión en todas las instancias internas, presentó una comunicación ante el Comité de Derechos Humanos, alegando que el límite de edad impuesto era arbitrario ya que el objetivo del pase no justificaba que sólo pudieran beneficiarse de él los cónyuges mayores de 60 años, y que esta actitud discriminatoria violaba los arts. 26, 3 y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto).

2. Dictamen:

Se declara la comunicación inadmisibles, pues los hechos mencionados no son violatorios de ninguno de los artículos del Pacto. Una distinción no es discriminatoria si se basa en un criterio objetivo y razonable. En este caso, la limitación de permitir sólo al cónyuge que tiene más de 60 años la obtención de diversos beneficios por ser cónyuge de un jubilado mayor de 65 años es un criterio objetivo de diferenciación, y la aplicación de éste a la peticionante no fue irrazonable.

COMITE DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), Comunicación N° 855/1999, *Schmitz-de-Jong c. los Países Bajos* (dictamen aprobado el 16 de julio de 2001, en el 72° período de sesiones), en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, volumen II, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n° 40 (A/56/40), Ginebra, 2001, p. 174.

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN RACIAL. ACCIÓN AFIRMATIVA (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: el demandante se consideró agraviado por causa de la omisión en que incurrió el Departamento Administrativo de Servicio Educativo Distrital de Santa Marta, en cuanto a que se abstuvo de designar en la Junta Distrital de Educación al representante de las comunidades negras, tal como lo prescribe la Ley General de Educación N° 115. Dicho comportamiento de la administración, según aquél, lesionó el derecho a la igualdad y el acceso a la cultura, y desconoció, asimismo, el principio de respeto a la diversidad cultural y étnica sobre el que se fundamenta el Estado. La Administración, por su parte, justificó su conducta en la ausencia comprobada de la comunidad negra en el distrito de Santa Marta. Interpuesta la acción de tutela, es denegada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial (Sala Laboral), ya que, a juicio de éste, el concepto de comunidad no se reúne por parte de los miembros aislados de la raza negra que conviven en diversos sectores de la ciudad y que han sido integralmente asimilados por la cultura mestiza dominante. La Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo, señalando que la acción no puede ser solicitada por personas jurídicas (el actor representa al Movimiento Nacional Cimarrón).

2. Sentencia:

2.1. La doctrina de la Corte Constitucional ha señalado que las personas jurídicas pueden, en ciertos casos, ser titulares de derechos fundamentales y que, por tanto, para su defensa es viable, en principio, la acción de tutela. Una asociación constituida con el objeto de luchar contra la discriminación racial puede canalizar jurídicamente las acciones de derecho constitucional que sean procedentes para defender los derechos fundamentales de sus miembros. Un acto de discriminación racial lesiona no sólo los derechos singulares de una persona, en muchos casos puede también comprometer los derechos de la comunidad o de una etnia, y sería absurdo que cuando la lesión es potencialmente mayor, es decir, cuando incide grave y directamente sobre un interés colectivo (art. 86 de la Constitución), los miembros de la

comunidad o del grupo singular y colectivamente afectados, perdiesen la posibilidad de instaurar la acción de tutela.

2.2. La sentencia del a quo se basó en unas condiciones específicas que atribuyó al concepto de comunidad y que, en su criterio, no se reunían en Santa Marta; ello corroborado a través de una inspección ocular practicada. Sobre tal inspección la Corte observa graves deficiencias que le restan valor, pues, en lugar de una prueba de naturaleza antropológica, se limitó básicamente a verificar en algunos planteles la presencia de estudiantes de raza negra y a preguntar a los docentes si eran objeto o no de discriminación. Por lo tanto, careció de rigor científico.

La levedad de la prueba contrasta con la exigencia de la noción de comunidad que se adoptó en la sentencia. El requisito de que se trate de “una raza sin mezclas o con el menor número de ellas” ignora que la idea de una “raza pura”, aparte de no ser sostenible históricamente, no puede ser decisiva en la configuración de un grupo étnico como colectividad que se inserta en un complejo social de mayor extensión. El factor racial es tan sólo uno de los elementos que junto a los valores culturales fundamentales y a otros rasgos sociales, permiten distinguir e individualizar a un grupo étnico. De otra manera, se desvirtuaría el concepto de tolerancia y fraternidad que sustentan el principio constitucional del pluralismo étnico y cultural.

2.3. Este Tribunal considera que en materia de raza debe hacerse una distinción entre las medidas de igualdad promocional que se dicten por el Congreso. La ley 70 de 1993, expedida en virtud de lo dispuesto en el art. 55 transitorio de la Constitución, define tanto el concepto de “comunidad negra” como de “ocupación colectiva”. La primera corresponde al “conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones dentro de la relación campo-poblado y conservan conciencia de identidad que las distingue de otros grupos étnicos” (art. 2.5). La segunda “es el asentamiento histórico y ancestral de comunidades negras en tierras para uso colectivo, que constituyen su hábitat, y sobre los cuales desarrollan en la actualidad sus prácticas tradicionales de producción” (art. 2.6).

No obstante que en relación con la población negra, la Constitución contemple una ley de igualdad promocional específica, esto no quiere decir que el resto de la población de ese origen no pueda ser objeto de medidas de protección general que puedan adoptar la forma de acciones afirmativas fundamentales directamente en el art. 13 de la Constitución. En este caso, el concepto de “comunidad negra”, no podría tener el mismo sentido circunscrito que despliega en relación con el art. 55 transitorio. La igualdad promocional de orden general que eventualmente beneficiaría a la población negra del país, no estaría ligada al reconocimiento de una especie de propiedad colectiva, justificada en una ocupación ancestral de partes del territorio nacional. En realidad, en este caso, la diferenciación positiva correspondería al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra y que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural.

Las acciones de afirmación positiva, a diferencia de las medidas legislativas originadas por mandato del art. 55 transitorio y de otras del mismo género, no se orientan a preservar la singularidad cultural de un grupo humano. En aquéllas, el dato socioeconómico presenta una situación de debilidad manifiesta o de asimetría en relación con el resto de la sociedad y, por tanto, la ley propone integrar dicho grupo humano a la sociedad de una manera más plena. De allí que la función de la norma sea la de suprimir barreras que se opongan a la igualdad material y la de enfrentar las causas que la generan, sin eliminar -desde luego- los rasgos culturales típicos de una determinada comunidad.

Las mayores oportunidades de participación en los procesos sociales que se brindan a grupos antes marginados, constituyen medios a través de los cuales se busca reducir el déficit de poder efectivo que ostentan en la sociedad global, máxime cuando se trata de asuntos que,

como la educación, conciernen a todos. El interés general en materias como la mencionada se enriquece, por otro lado, con los aportes culturales de las diversas comunidades que conviven en el Estado y se constituye como expresión pluralista que da cabida a los distintos significados de la vida que surgen de la interacción social. En tal sentido, la exclusión de la comunidad negra era un síntoma de segregación insostenible a la luz de la Constitución, que vulneraba tanto la igualdad como el interés general.

2.4. A juicio de la Corte, el art. 160 de la Ley 115, al regular la composición y fines de las juntas distritales de educación, introdujo una medida de igualdad promocional general, dirigida a favorecer a la comunidad negra. Las mencionadas juntas, cuyo objeto se relaciona con las metas, planes y políticas educativas, se integran por personas y representantes de diversos sectores, entre ellos “un representante de las comunidades negras, si las hubiere”. Si la ley utiliza el criterio racial que, en principio, está proscrito en la Constitución, lo hace con el único propósito de introducir una diferenciación positiva que es admisible.

La participación de una población, tradicionalmente marginada del poder decisorio real, en el sistema de gobierno de la educación, es definitiva para lograr la cabal integración de la sociedad y el respeto y perpetuación de su valioso aporte cultural. Una forma de asegurar que hacia el futuro la educación no sea un campo de discriminación, puede ser, como lo intenta la ley, que representantes de la población negra tomen asiento en las juntas distritales en la materia, junto a los representantes de otros grupos y sectores de la sociedad y el Estado.

2.5. El a quo, erradamente, aplicó al concepto de “comunidad negra” referido en la ley educativa, criterios que no se corresponden con su finalidad promocional general. Bastaba a este respecto constatar la existencia de una apreciable población negra en la ciudad y entre el alumnado de los planteles educativos para determinar la procedencia de la designación de un representante de esa raza en la junta referida.

No se trata de fomentar el racismo. Por el contrario, la participación negra en el indicado organismo estimula la integración social y el pluralismo cultural, y a esos fines apunta la ley educativa. La omisión de la administración local frustró la plena operancia de una medida legislativa de diferenciación positiva y, por tanto, incurrió en una clara y flagrante violación del art. 13 de la Constitución.

Nota de la Secretaría: el presente fallo ha sido tomado como un aspecto positivo por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas (ver *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Colombia, CERD/C/304/Add.76*, 12 de abril de 2001, p. 2, párr. 6).

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Sala Tercera de Revisión), sentencia del 10-9-1996, T-422/96, en <http://bib.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1996/Tutela/T-422-96.htm>.

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN RACIAL. DERECHO A LA VIVIENDA. OBLIGACIONES DEL ESTADO. COMITE PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION RACIAL. ADMISIBILIDAD DE UNA COMUNICACIÓN. PLAZO. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION RACIAL, ARTS. 1 Y 5 (NACIONES UNIDAS-NORUEGA).

1. Antecedentes del caso: el autor acudió a una agencia de alojamiento en Noruega, por medio de la cual, tras abonar una suma, tuvo acceso a las listas en las que figuraban los alquileres disponibles. Encontró que casi la mitad de los avisos indicaban claramente qué clase de personas no serían admitidas como inquilinos, ya que consignaban expresiones tales como:

“no se admiten extranjeros”, “sólo blancos” o “sólo noruegos con empleos estables”. El autor informó a la policía de Oslo acerca de estos hechos, la que demoró más de 2 años en investigar el caso. Finalmente, el 3 de diciembre de 1997, la policía ordenó al dueño de la agencia el pago de 5000 coronas noruegas, o, en su lugar, el cumplimiento de 10 días de condena en prisión, por violación del art. 349a del Código Penal. El 15 de julio de 1998, la *High Court* absolvió al propietario de la agencia, y su decisión fue avalada por la Corte Suprema Noruega el 27 de agosto de 1999, fundándose en que los hechos en cuestión no entraban dentro del espectro del art. 349a. El autor adujo la violación del art. 1.1 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Convención).

2. Decisión:

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial declaró la comunicación inadmisibles porque fue presentada más de seis meses después de la fecha en que las reparaciones en el derecho interno se agotaran. No existían en este caso circunstancias excepcionales que permitan no aplicar la cláusula acerca del plazo, estipulada en la regla 91(f) de sus normas procesales. Sin embargo, el Comité aprovechó la oportunidad para instar al Estado a que tome medidas efectivas a fin de asegurar que las agencias de alojamiento no incurran en prácticas discriminatorias ni acepten ofertas de propietarios que discriminan racialmente. También aludió a las observaciones finales del decimoquinto informe periódico de Noruega con relación a las viviendas particulares, y recomendó al Estado cumplir con las obligaciones del art. 5(e)(iii) de la Convención.

COMITE PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION RACIAL (Naciones Unidas), decisión del 21-3-2001, Comunicación N° 18/2000, *F. A. v. Norway*, en *International Human Rights Reports*, University of Nottingham, Nottingham, 2001, vol. 8, n° 4, p. 981.

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN RACIAL. REPARACIONES. DAÑO MORAL. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION RACIAL, ART. 6 (NACIONES UNIDAS-DINAMARCA).

1. Antecedentes del caso: al actor, de origen iraní y nacionalizado danés, se le negó el acceso a una discoteca, junto a un grupo de amigos, por su condición de “extranjeros”. Rechazada la denuncia por parte de la policía, se presentó ante el Fiscal del Estado, quien inició la investigación y planteó el caso al Tribunal de Distrito de Odense. En su decisión, el tribunal falló que el portero de la discoteca debía pagar una multa por violación al párrafo 2 del art. 1 de la Ley contra la discriminación racial N° 626. Con relación a la reparación por daño moral que el autor también solicitó -arts. 26 de la Ley de responsabilidad por daños y 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Convención)-, el mencionado tribunal decidió que tal violación no tenía un carácter grave ni humillante que justificara el pago de una indemnización. Este rechazo motivó la presentación de un recurso ante el Tribunal Superior del Distrito Oriental, quien confirmó la sentencia en este aspecto.

2. Decisión:

El Comité considera que la condena y el castigo del autor de un acto delictivo y la orden de pagar una indemnización a la víctima son sanciones legales con funciones y objetivos distintos. La víctima no siempre tiene necesariamente derecho a una indemnización que se añada a la sanción penal del autor. No obstante, de conformidad con el art. 6 de la Convención, hay que examinar la reclamación de reparación efectuada en todos los casos,

incluidos aquellos en los que no hubo daños corporales pero en los que la víctima sufrió humillación, difamación u otro tipo de daño a su reputación o amor propio.

La denegación del acceso a un lugar público solamente por motivos de raza o nacionalidad es una experiencia humillante que, en opinión del Comité, puede dar derecho a reclamar una indemnización económica y no siempre se recibe una satisfacción o reparación justas con la simple imposición de una sanción penal al autor.

Aunque el Comité reconoce que los hechos descritos en la presente comunicación no revelan ninguna infracción al art. 6 de la Convención, recomienda que el Estado Parte adopte las medidas necesarias para garantizar que las reclamaciones de las víctimas de discriminación racial que pidan satisfacción o reparación justa y adecuada de conformidad con el mencionado artículo, incluida la indemnización económica, se examinen teniendo debidamente en cuenta los casos en que tal discriminación no haya entrañado daños corporales sino humillaciones o sufrimientos similares.

COMITE PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION RACIAL (Naciones Unidas), decisión del 17-3-2000, Comunicación N° 17/1999, en *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n° 18 (A/55/18), Nueva York, 2000, p. 107.

DERECHO A LA IGUALDAD. ESTADO SOCIAL. PLANES SOCIALES. ASIGNACIÓN DE RECURSOS. DISTRIBUCIÓN. POBREZA. FUNCIONARIOS. ADMINISTRACION PUBLICA. ENTREGA DE SUBSIDIOS. SELECCIÓN DE BENEFICIARIOS (COLOMBIA).

1. El Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN) constituye el principal instrumento a disposición de las autoridades de las entidades territoriales para focalizar el gasto social descentralizado. Este instrumento sirve para seleccionar a los beneficiarios de los programas sociales dirigidos a los sectores más pobres y vulnerables de la población, financiados, básicamente, con los recursos provenientes de las transferencias intergubernamentales.

De lo expuesto se desprende la importancia del SISBEN como instrumento que contribuye, de manera fundamental, a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Constitución. El mecanismo de focalización del gasto social constituye el primer paso del proceso de asignación de recursos públicos que tienden a subvenir las necesidades materiales más acuciantes de los sectores más pobres y vulnerables y, por tanto, se erige en una herramienta esencial a disposición de las autoridades públicas obligadas a hacer efectivo el mandato de especial protección a los grupos discriminados o marginados. Esta constatación ha permitido establecer el derecho de los ciudadanos en condiciones de pobreza y vulnerabilidad de acceder al SISBEN de manera igualitaria y, a la vez, el deber correlativo de las autoridades estatales encargadas de la administración e implementación de este programa de adoptar todas aquellas medidas dirigidas a que éste cumpla cabalmente con su objetivo constitucional.

2. La entrega de subsidios a las personas y familias más pobres de la población contribuye a la realización de la igualdad material. Sin embargo, dada la escasez relativa de recursos, los eventuales beneficiarios sobrepasan, en número y necesidades, la cuantía de los subsidios disponibles, razón por la cual es necesario diseñar políticas claras y transparentes de distribución, a través de las cuales se asegure que todas las personas tengan la posibilidad de competir en igualdad de condiciones.

La realización del principio de igualdad en la asignación de recursos escasos consiste en garantizar, a los posibles beneficiarios, el acceso, en condiciones de igualdad, a los

procedimientos por medio de los cuales las instituciones distribuyen esos recursos. Si bien la elección de los principios y procedimientos particulares de distribución que cada entidad establece -con base en la ley- forman parte de su autonomía operativa, éstos no pueden contrariar los parámetros que se derivan de los principios y valores constitucionales: todos los posibles beneficiarios deben tener iguales oportunidades de acceso; el procedimiento no puede favorecer a ningún grupo de beneficiarios en particular; los mecanismos de selección no pueden conducir a discriminaciones contrarias a la Carta, etc.

3. Según la jurisprudencia del Tribunal, entre las autoridades públicas que administran y operan programas de gasto social como el SISBEN y los potenciales beneficiarios, pueden surgir dos tipos de controversias con relevancia constitucional. La primera, cuando en razón de acciones u omisiones de funcionarios encargados de la administración del SISBEN, los eventuales beneficiarios de subsidios no pueden acceder o se les dificulta el acceso a ese instrumento de focalización; la segunda, toda vez que las personas que no resultaron seleccionadas con la asignación de un determinado subsidio estiman que su exclusión se produjo como consecuencia de una inequidad en el diseño del SISBEN, cuyas variables no contemplan sus específicas condiciones de vulnerabilidad social.

En la primera situación, la controversia constitucional surge en el momento en el que un potencial beneficiario queda en situación de desigualdad frente a alguno de sus competidores. Esta eventualidad puede ocurrir cuando, por ejemplo, el municipio o distrito no practica las encuestas a los sectores pobres y vulnerables de la población; no atiende solicitudes particulares de encuesta; la encuesta es practicada en forma incompleta; la información pertinente no es debidamente procesada, etc. En todos estos casos, si la familia o persona afectada por la acción o la omisión de la autoridad pública recurre, por vía de la acción de tutela, al juez constitucional, éste podrá intervenir -siempre que no existan expedidos mecanismos ordinarios de defensa- con la finalidad de hacer cesar la amenaza que las conductas antes mencionadas implican para la integridad del derecho fundamental a la igualdad.

4. Es dable afirmar que el Estado social de derecho y los derechos fundamentales en que éste se funda constituyen la respuesta del constitucionalismo contemporáneo a las burocracias deshumanizadoras de los regímenes totalitarios. En efecto, a diferencia de éstos, el Estado social de derecho es un Estado al servicio de la persona y de la dignidad humana, cuya existencia se justifica en la medida del cumplimiento y efectividad de los derechos fundamentales.

A la luz de estas premisas axiológicas, la actividad estatal no puede fundarse en una visión pétrea y burocratizada de los asuntos públicos. Por el contrario, el servicio público anejo al Estado social y democrático de derecho debe contar con la suficiente plasticidad para adaptarse a las necesidades y demandas de las sociedades diversas y pluralistas contemporáneas.

La Carta Fundamental es explícita al señalar que, entre otros, los fines esenciales del Estado social de derecho son los de “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (art. 2). Sobre este particular, este Tribunal ha indicado:

“La razón de ser del Estado social de derecho es la dignidad humana y el objeto de la actividad estatal no es otro que la vigencia efectiva de los derechos inalienables de la persona. Por lo tanto, no es compatible con esa base axiológica de la Constitución una visión omnipotente y lejana del Estado (...). El Estado está al servicio de la persona humana y no al contrario... los servidores públicos no deben olvidar que entre los fines esenciales del Estado están los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

Si es posible afirmar, con base en lo anterior, que la función pública debe estar enteramente sustentada en el cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas, ello cobra una significación e importancia mucho mayores cuando los destinatarios de la actuación estatal forman parte de sectores históricamente marginados de la población. En estas circunstancias, los deberes señalados en el citado art. 2 se tornan aún más imperiosos en razón del mandato de especial protección contenido en la denominada “cláusula general de erradicación de las injusticias presentes” (art. 13 de la Constitución), la cual impone a las autoridades públicas el deber principal de adoptar todas aquellas medidas tendientes a la erradicación de la discriminación y la marginación sociales.

La comprensión conjunta de las disposiciones contenidas en los arts. 2 y 13 determinan la necesidad de hacer efectiva una función pública al servicio de los sectores marginados y discriminados de la población, dentro de los cuales se encuentran incluidas aquellas personas y familias en situación de pobreza y vulnerabilidad. Ya se ha señalado cómo la miseria extrema coloca a las personas fuera del circuito económico y las hace “perder todo nexo significativo y valioso con la sociedad”, motivo por el cual es necesario configurar una competencia enderezada a combatir la discriminación y la marginalidad.

Tal competencia determina que un Estado al servicio de los pobres se caracterice por su claridad, franqueza y apertura. En este sentido, la población en situación de pobreza y vulnerabilidad debe poder acceder al Estado de manera directa, sin necesidad de acudir a intermediarios, actuando ante las autoridades públicas en condiciones de igualdad. Para que ello sea posible, los beneficiarios de los programas estatales tendientes a la erradicación de la marginación y la pobreza deben tener acceso a toda la información disponible acerca de esos programas y, muy especialmente, deben poder solicitar la asistencia estatal, recibiendo un trato amable y comprensivo que se adecue a su situación particular de vulnerabilidad social.

La viabilidad de una función pública como la expuesta depende, también, de las personas de las que se vale el Estado para atender a la población que se halla en la situación descrita. Ciertamente, tal funcionario debe ser formado en una cultura de servicio a los pobres que haga énfasis en el hecho de que la atención que se presta no constituye un acto de caridad o una graciosa concesión del Estado, sino la respuesta a derechos específicos de las personas que implican deberes correlativos que el Estado está obligado a cumplir. Asimismo, debe tener la capacidad de reconocer las necesidades de las personas, ser profesional, paciente, amable, informado y atento, ofrecer soluciones y remover obstáculos. Conforme a ello, es posible afirmar que el funcionario que incumpla los deberes derivados de los postulados antes anotados incurre en una falta disciplinaria, que podría resultar agravada en razón de las situaciones de pobreza y vulnerabilidad de los interesados, y ser llamado a responder con su patrimonio en caso de que la falta cometida comprometa la responsabilidad extracontractual del Estado.

Cabe resaltar, por último, que la construcción de una cultura estatal como la indicada constituye un paso esencial en la erradicación de prácticas “clientelistas”, en las cuales individuos con poder de acceso al Estado ofician como intermediarios de personas que carecen de ese poder, con el fin de obtener la atención o los beneficios a los cuales de otro modo no accederían. Un Estado conscientemente anclado en el servicio a los pobres permite minimizar relaciones de carácter paternalista, toda vez que auspicia un diálogo fluido e igualitario entre las autoridades públicas y los ciudadanos, adaptando sus actuaciones a las necesidades reales y efectivas de la población.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Sala Tercera de Revisión), sentencia del 5-5-1999, T-307, en *Gaceta de la Corte Constitucional 1999*, Bogotá, 2000, tomo 4, vol. II, p. 743.

DERECHO A LA IGUALDAD. HOMOSEXUALES. LEY. INTERPRETACIÓN. ADECUACIÓN A LOS TRATADOS. **DERECHO A LA INTIMIDAD. DERECHO A LA VIVIENDA. DERECHOS HUMANOS.** EFECTO HORIZONTAL. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 8 Y 14 (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: el demandante vivió desde abril de 1983 junto a su pareja homosexual en un departamento alquilado por éste al demandado. A la muerte del titular del contrato de alquiler, el demandado exigió que este último quedara sin efecto y que el departamento le fuera devuelto. El tribunal de Primera Instancia resolvió, siguiendo la doctrina de la *House of Lords* en el caso *Fitzpatrick v. Sterling Housing Association* que aplica los párrafos 2 y 3 del anexo 1 a la *Rent Act* de 1977, que la pareja homosexual del fallecido puede ser considerada “parte de la familia” de éste, ya que, en la práctica, ambos mantenían una relación afectiva íntima, monógama y estable, y por lo tanto tiene derecho a conservar un contrato de alquiler (*assured tenancy*) aunque de características diferentes, menos beneficiosas que las del contrato original (*statutory tenancy*). Puesto que al no tratarse del cónyuge del fallecido ni se puede decir que el demandante haya vivido con él “como su esposo o esposa”, no se le puede aplicar la normativa correspondiente al caso de cónyuges o parejas estables heterosexuales. El demandante apeló a la *Court of Appeal*, a fin de que revea el fallo a la luz de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) y de la *Human Rights Act* de 1998, y le sea otorgado el mismo status, en lo que se refiere a la sucesión del contrato de alquiler, que el que se aplica a los viudos, viudas o concubinos heterosexuales del inquilino original.

2. Sentencia:

La sección 6.1 de la *Human Rights Act* estipula que es ilegal que una autoridad pública actúe de modo incompatible con un derecho de la Convención. Si bien es cierto que los derechos de la Convención sólo son exigibles a los Estados, se ha venido observando que en muchos casos las violaciones de estos derechos provienen, no del Estado, sino de individuos particulares.

La jurisprudencia de Estrasburgo reconoce que en ciertos casos puede existir una obligación del Estado de hacer que los particulares cumplan con esos derechos. Por eso la Corte debe aplicar la *Rent Act* de manera compatible con los derechos de la Convención. En este caso, los hechos, por un lado, caen dentro del ámbito del art. 8 de la Convención, en tanto que éste confiere derecho a que se respete la propia vivienda y, por el otro, afectan el grado de seguridad y estabilidad de los que goza una persona con respecto a su vivienda. También entra en juego el art. 14 de la Convención, ya que sus términos imponen al Estado la obligación de asegurar a los ciudadanos el disfrute de los derechos de la Convención sin discriminación de ningún tipo. Por eso es menester analizar la norma del derecho interno en cuestión (*Rent Act*) para saber si ésta asegura a los ciudadanos su derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 de la Convención.

No hallándose una justificación objetiva y razonable para que exista una diferencia en el trato a parejas no casadas heterosexuales y homosexuales, se hace lugar al recurso y se otorga al apelante el mismo contrato de alquiler vigente en vida del inquilino original.

Nota de la Secretaría: un resumen del caso *Fitzpatrick* puede verse en *investigaciones* 3 (1999), p. 610.

TRIBUNAL DE APELACION DE INGLATERRA Y GALES (Sala Civil), sentencia del 5-11-2002, *Antonio Mendoza v. AHMad Raja Ghaidan*, en *Public Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2003, n° 1, p. 155. El texto completo del fallo puede consultarse en <http://www.courtservice.gov.uk>.

DERECHO A LA IGUALDAD. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. INVIDENTES. ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS. DIGNIDAD HUMANA. DERECHOS HUMANOS. EFECTO HORIZONTAL (COSTA RICA).

1. Antecedentes del caso: el recurrente, afectado de ceguera desde los 23 años, manifestó que un taxista se negó a transportarlo junto a su perro guía, pese a que le explicó la situación y le garantizó que el perro no causaría ningún daño.

2. Sentencia:

En el ordenamiento jurídico costarricense existen una serie de disposiciones vigentes que prohíben todo tipo de discriminación contra personas en razón de su discapacidad, las cuales deben ser respetadas tanto por sujetos de derecho público como de derecho privado, pues la tutela efectiva de los derechos de las personas con discapacidad resulta ser uno de los medios por los cuales este grupo de población puede tener una vida lo más independiente y normal posible, en aras de que su integración a la sociedad sea plena. Uno de estos derechos consiste en el libre acceso a los servicios públicos, por lo cual deben cubrirse de manera inmediata las necesidades más básicas y primarias en beneficio de éstos, con el fin de que puedan acceder a los servicios en iguales condiciones que cualquier otra persona.

La negativa del conductor del taxi a prestar el servicio de transporte al recurrente, por estar acompañado de un perro guía, constituye una evidente violación de sus derechos fundamentales, por cuanto fue discriminado por razón de su discapacidad, en contra de los más elementales principios de igualdad y dignidad humana. En efecto, el perro con el cual él se hace acompañar no es una simple mascota sino más bien un animal de trabajo, destinado a cumplir la función de los ojos en las personas invidentes y cuya ayuda resulta invaluable, pues para ese fin fueron entrenados, llegando en algunos casos a salvar la vida de su amo al librarlo de todo tipo de peligros que se presentan en las calles y que no puede sortear por sí mismo en razón de su discapacidad.

En tal sentido, la intención del recurrente al hacerse acompañar de un perro no puede ser asimilada a la del resto de las personas que tienen este tipo de animal simplemente como mascota, y, en tal virtud, el trato que se le debe dar por parte de los permisionarios y concesionarios de los servicios públicos de transporte no puede ser el mismo, habida cuenta que si bien por cuestiones de seguridad y aseo es razonable que se prohíba o restrinja el acceso de animales a los vehículos, ello puede ser así sólo tratándose de animales “ordinarios”, no cuando se trata -como en el presente- de un perro guía que acompaña a su amo para brindarle tan valioso servicio.

Es oportuno insistir en que lo que se protege en el presente caso es el derecho fundamental del recurrente a utilizar los servicios públicos sin discriminación alguna, siendo inherente al disfrute de ese derecho la posibilidad de viajar junto con su perro entrenado, el cual es su más importante instrumento de desplazamiento en forma segura. No debe olvidarse, en el caso de los taxis, que aun cuando se trata de un vehículo privado, la actividad que desarrolla es eminentemente pública y, en ese sentido, no puede existir una diferenciación odiosa como la aludida, que afecta no sólo la dignidad del recurrente sino también que repercute directamente sobre la eficiente prestación del servicio.

Por último, es conveniente indicar que, independientemente de que fuera el chofer del taxi quien negó el servicio al recurrente y no el recorrido -titular del rodado-, lo cierto es que tal situación es irrelevante para efectos de su responsabilidad, pues al ser el concesionario del taxi asume las consecuencias por la prestación de dicho servicio. En efecto, en un caso análogo al presente, al referirse sobre la protección que el ordenamiento jurídico da a las personas con discapacidad, a fin de que éstas puedan desenvolverse normalmente dentro de la

sociedad, esta Sala afirmó: “No se trata simplemente de un trato especial en atención a las particulares condiciones de esa población, sino de un derecho de ésta y una obligación del resto de las personas por respetar esos derechos y cumplir con las obligaciones que de ellos se derivan ... se trata de un servicio público cuyo concesionario está en la obligación de brindarlo a las personas discapacitadas y en las condiciones en que éstas necesitan que se les preste...”.

CORTE SUPREMA DE COSTA RICA (Sala Constitucional), sentencia del 28-8-2001, N° 08559/2001, en http://www.poder-judicial.go.cr/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_busqueda.asp.

DERECHO A LA IGUALDAD. TRANSEXUALES. ACCESO AL EMPLEO (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: el jefe de la *West Yorkshire Police* se negó a incorporar a la institución a A., un hombre transexual que se postuló para ingresar como oficial femenino a la fuerza luego de haber sido operado y haber cambiado su identidad. El argumento que esgrimió el demandado fue que la labor de oficial de policía incluía efectuar requisas a los detenidos, y A. no estaría en condiciones de practicarlas a mujeres, puesto que la legislación interna de la Policía establecía que las requisas debían ser realizadas por oficiales del mismo género que la persona detenida, y A. seguía siendo un hombre a los efectos legales. Según la sección 7 de la *Sex discrimination Act* de 1975, es ilegal discriminar sexualmente negándose a ofrecer empleo, excepto cuando pertenecer al género masculino constituya “un genuino requisito para ese empleo”. La conformidad del sexo aparente y el legal era en este caso, según la defensa del jefe de policía, indispensable para el puesto. Pero el *Employment Tribunal* resolvió que se estaba violando el derecho de A. a la igualdad, ya que el riesgo que suponía que un transexual cumpliera con todos los deberes del cargo, incluidas las requisas a personas de su mismo género, era mínimo, por lo que resultaba desproporcionado en este caso negarle el derecho al empleo. El demandado apeló al *Employment Appeal Tribunal*, que resolvió que A. era legalmente un hombre, y que no era correcto tratarlo como si fuera una mujer y ocultar su verdadera identidad. Pero el 11 de julio de 2002 la Corte Europea de Derechos Humanos emitió una importante sentencia en el caso *Goodwin v. United Kingdom*. Ambas partes apelaron entonces a la *Court of Appeal*.

2. Sentencia:

La presente demanda es por discriminación sexual en el contexto del empleo, por lo que es preciso estudiar la sección 7 (2) (b) de la *Sex discrimination Act* de 1975 a la luz de *Goodwin*. Lo que debe decidirse es a qué género pertenece la persona a los efectos laborales. Si bien los hechos ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigor de la *Human Rights Act* de 1998 (HRA), la jurisprudencia de la Convención Europea de Derechos Humanos se introduce en el derecho interno no por medio de la HRA, sino por medio de la *European Community Equal Treatment Directive*. No existiendo en este caso factores significativos de interés público contrarios al interés del individuo de obtener reconocimiento legal de su nuevo género, se debe, a la luz de *Goodwin*, tratar a A. como mujer.

Nota de la Secretaría: en relación al caso *Goodwin*, ver *investigaciones* 1 (2002), p. 15.

TRIBUNAL DE APELACION DE INGLATERRA Y GALES (Sala Civil), sentencia del 5-11-2002, *Chief Constable of West Yorkshire v. A*, en *Public Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2003, n° 1, p. 155. El texto completo del fallo puede consultarse en <http://www.courtservice.gov.uk>.

DERECHO A LA INTIMIDAD. LIBERTAD DE EXPRESION. MEDIDAS CAUTELARES. MENORES. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 2, 3 Y 10 (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: cuando tenían 11 años, los peticionantes fueron condenados por el homicidio de un niño pequeño, y los detalles de este episodio tan perturbador fueron difundidos ampliamente por los medios. Permanecieron en prisión “por el tiempo que plazca a Su Majestad”, conforme a la sección 53.1 de la *Children and Young Persons Act 1933*. Las medidas cautelares que restringieron los derechos de los medios a publicar información del caso quedaron sin efecto en el momento en que cumplieron 18 años. Los peticionantes pidieron entonces medidas cautelares contra periódicos específicos y contra el mundo entero, a fin de que se limite indefinidamente la publicación de cualquier información referida a su apariencia física, paradero actual o movimientos, sus nuevas identidades luego de la liberación, e información personal e histórica sobre el cuidado, tratamiento y progreso durante el cumplimiento de su condena, basándose en que tales medidas eran necesarias para proteger sus derechos de confidencialidad y sus derechos a la vida y a verse libres de persecución conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), como consta en el anexo 1 a la *Human Rights Act 1998*.

2. Sentencia:

La Convención no autoriza demandas independientes en procesos de derecho privado basadas en los derechos de la Convención, pero el tribunal, como autoridad pública, está obligado en tales casos a actuar de manera compatible con los derechos de la Convención y fallar en causas de *Common Law*. Además, en virtud de la sección 12.4 de la *Human Rights Act 1998*, la Corte debe hacer efectivo el derecho a la libertad de expresión del art. 10.

El art. 10.1 de la Convención establece que la libertad de los medios de publicar no puede ser limitada a menos que la necesidad de restricciones se ajuste a las excepciones del art. 10.2, que deben definirse de modo estricto. La obligación de mostrar que las restricciones pedidas están de acuerdo a la ley y que son proporcionales al legítimo objetivo perseguido, recae en los peticionantes de tal medida. Conforme a los derechos de la Convención consagrados en los arts. 2 y 3, la ley de confidencialidad puede, excepcionalmente, extenderse hasta abarcar la información referida a la identidad y paradero de las personas, cuando su publicación pudiera poner en riesgo su integridad física. En tales circunstancias, la necesidad de restricción de la libertad de los medios estaría contemplada dentro de las excepciones del art. 10.2. Por eso, el tribunal tiene jurisdicción para otorgar las medidas solicitadas, incluidas las que se aplican al mundo entero.

Por ello, se hace lugar a las medidas solicitadas en cada caso, puesto que existen pruebas suficientes para creer que la revelación de las nuevas identidades dadas a los peticionantes tras la recuperación de su libertad tendría consecuencias desastrosas para ellos, incluida la posibilidad real de que su vida peligrase, y para estos fines el tribunal debe ordenar medidas cautelares contra el resto del mundo para resguardar de modo permanente toda información acerca de su apariencia actual, identidad y paradero, y prohibir por 12 meses a contar desde el día de su liberación la publicación de información que pueda conducir a la identificación de las unidades en las que permanecieron. La información relativa al período de permanencia en las unidades de seguridad mientras fueron menores de 18 años no será alcanzada por la medida, aunque buena parte de ésta era confidencial.

CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO (*Family Division*), *Venables v. News Group Newspapers Ltd. and others; Thompson v. New Group Newspapers and others*, en *Commonwealth Law Bulletin*, Londres, Commonwealth Secretariat, 2001, vol. 27, n° 1, p. 224.

DERECHO A LA LIBERTAD. DETENCIÓN IRREGULAR. **DERECHO A LA INTIMIDAD. PRESOS.** VISITAS (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-POLONIA).

1. Antecedentes del caso: la peticionaria fue acusada de difamación por dos particulares. El tribunal que intervino ordenó que se le realizara una pericia psiquiátrica. Al no presentarse al examen, dicho tribunal emitió una orden de arresto que fue ejecutada el 25 de octubre de 1994. La pericia se realizó el 2 de noviembre de 1994, y la peticionaria fue liberada al día siguiente. El tribunal ordenó posteriormente que se le realizara un nuevo examen. La peticionaria tampoco se presentó en esta ocasión y fue detenida el 23 de marzo de 1995. Se le realizó una pericia entre los días 19 de abril y 26 de mayo y fue liberada el 3 de junio de 1995. Durante su detención sólo se le permitió recibir una visita por mes de su familia. La peticionaria plantea que fueron violados sus derechos defendidos en los arts. 5.1 b y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

2. Sentencia:

2.1. En cuanto al artículo 5.1 b de la Convención

La detención de la peticionaria era “regular”, pero las pericias psiquiátricas fueron precedidas de 8 y 27 días de detención respectivamente, lo que no puede conciliarse con el deseo de las autoridades de garantizar la ejecución inmediata de la obligación impuesta a la peticionaria de que se le realicen los estudios. Las autoridades, por consiguiente, no buscaron un justo equilibrio entre los intereses en juego. Por otra parte, el hecho de mantenerla detenida después de los exámenes no tenía ninguna base conforme a lo establecido en el art. 5.1 b. Por ello, hubo violación de esta norma.

2.2. En cuanto al art. 8 de la Convención

A pesar de que la detención en sí misma pueda ser considerada en el sentido de que procura fines legítimos, tales como la prevención de infracciones penales y la protección de la salud y los derechos de los demás, la decisión de limitar el número de visitas recibidas por la peticionaria no buscaba ni era proporcionado a ningún fin legítimo. La peticionaria sufrió una detención total de ochenta y tres días en el marco de un caso en el que no discutía los hechos que le eran imputados por el fiscal y en el cual el Gobierno no demostró que la restricción de la libertad era justificada como consecuencia normal de la vida y de la disciplina en la cárcel.

Por ello, la Corte considera que hay violación del art. 8 de la Convención.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 3-12-2002, n° 30218/96, *Nowicka c. Polonia*, en <http://www.coe.int>.

DERECHO A LA VIDA. MENORES. INTERÉS SUPERIOR. **PADRES.** CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 2 (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: *J.* y *M.* eran dos gemelas siamesas nacidas en el seno de una familia católica. Estaban unidas por la pelvis, y cada una de ellas tenía su propio cerebro, corazón, pulmones y otros órganos vitales, así como sus respectivos brazos y piernas. La evidencia médica mostraba que *J.* era más fuerte que *M.*, que se mantenía con vida gracias a la sangre oxigenada que corría por una arteria en común, ya que el corazón y los pulmones de *M.* eran demasiado deficientes para oxigenar y bombear sangre a través de su propio cuerpo. Si no las separaban, el corazón de *J.* eventualmente fallaría y ambas morirían a los pocos meses. Sin embargo, si las separaban, los médicos estaban convencidos de que *J.* podría llevar una vida digna, aunque *M.* moriría en pocos minutos. Los padres se negaron a dar su consentimiento a la operación por motivos religiosos. Todos estaban de acuerdo en que *M.*, si bien tenía

severamente afectados su cerebro, corazón y pulmones, estaba viva, y que ambas gemelas eran dos personas independientes. Ante el pedido que formuló el hospital a la Justicia, a fin de que se autorice la cirugía de separación, el juez, habiendo considerado que la separación permitiría a *J.* llevar una vida relativamente normal y que los pocos meses de vida que le quedaban a *M.* si no era separada de *J.* no eran de valor para ella y constituían una gran desventaja, afirmó que, aunque se deben tener en cuenta los deseos de los padres, la operación propuesta no era un acto positivo, que sería ilícito, sino más bien, por analogía con la situación en la que un tribunal autoriza el mantenimiento de alimentación e hidratación, es el retiro del suministro de sangre de *M.*, y por lo tanto podía ser llevada a cabo conforme a la ley. Los padres pidieron autorización para presentar un recurso.

2. Sentencia:

Se autoriza la presentación del recurso pero no se hace lugar al pedido.

Frente al conflicto de deberes que asumen los médicos ante cada una de las siamesas con respecto a su derecho a la vida y a la imposibilidad de concretar una cirugía que no afecte a una de ellas, la operación propuesta resulta un acto imprescindible para evitar un mal irreparable. Su objetivo es preservar la vida de *J.*, y no causar la muerte de *M.*, y resulta inapropiado calificar la segura muerte de *M.* como un intento criminal. La protección del derecho de las personas a la vida consagrado en el art. 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos no incluye ninguna prohibición, adicional a la operación propuesta, a aquella del *Common Law* inglés.

El término “intencionalmente” en su acepción más común se aplica sólo a casos en los que el propósito del acto prohibido es causar la muerte. En esencia, no existe diferencia entre el recurso a la legítima autodefensa y el acto por medio del cual los médicos defienden a *J.*, ya que *M.* le está consumiendo su vida y constituye una amenaza fatal para ella. Por consiguiente, la cirugía puede realizarse conforme a la ley. La operación propuesta constituye un acto positivo de cirugía invasiva y no el retiro de un tratamiento o una omisión, y, aunque esto beneficia a *J.*, no es en beneficio de *M.* puesto que no asegura ningún tipo de mejoría a su estado y, más aún, abreviaría su vida y le negaría por ende su derecho a la vida.

Dado el conflicto de deberes que enfrentan los médicos al analizar el interés superior de ambas niñas, su labor consiste en establecer un equilibrio entre ambos, teniendo especial atención al estado actual de cada una y a las ventajas y desventajas de la operación, y no deben comparar la calidad de vida de cada una en el sentido de considerar el valor de una vida comparado con el valor de la otra, puesto que esto iría contra el principio de inviolabilidad de la vida, y es ilícito. Comparando las probabilidades de *J.* de llevar una vida relativamente normal con la aceleración de la muerte de *M.*, el tribunal debe analizar la manera de que cada una ejerza su derecho a la vida. El equilibrio se inclina a favor de *J.*, ya que el interés superior de las gemelas es dar la oportunidad de vivir a aquella cuyo organismo está mejor capacitado para ello, aunque esto conlleve el sacrificio de aquella cuya vida depende de la poca natural asistencia de su hermana.

Por ello, se considera que en este caso el menor de los males consiste en autorizar la operación. Con esta resolución el tribunal no está dando más valor a una vida que a la otra. Existe una fuerte presunción de que ésta es la mejor opción para ambas, dado que, si bien la muerte de *M.* será su inevitable consecuencia, ella obtendría integridad corporal y dignidad humana, que son su derecho, y su muerte no sería consecuencia de la operación, sino que moriría porque su propio organismo no está capacitado para soportar la vida, y la continuidad de su vida, ya sea larga o breve, no le otorga ningún beneficio excepto dolor e incomodidad, lo cual es un perjuicio. El propósito de la operación es brindar a *J.* la posibilidad de llevar una vida larga y razonablemente normal.

CAMARA DE APELACIONES DEL REINO UNIDO, *In re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)*, en *Commonwealth Law Bulletin*, Londres, Commonwealth Secretariat, 2001, vol. 27, n° 1, p. 118.

DERECHO A LA VIDA. SUICIDIO ASISTIDO. TRATOS CRUELES E INHUMANOS. DERECHO A LA INTIMIDAD. TRATAMIENTO MÉDICO. CONSENTIMIENTO. DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA. AUTONOMÍA PERSONAL. DERECHO A LA IGUALDAD (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: la esclerosis lateral amiotrófica es una enfermedad neurodegenerativa incurable que debilita gravemente los brazos y piernas así como los músculos implicados en el control de la respiración. A plazo, el paciente muere. La peticionaria, de 43 años, fue diagnosticada de esta enfermedad en 1999 y, desde entonces, el mal progresó rápidamente; “actualmente” está paralizada desde el cuello hasta los pies y debe ser alimentada mediante un tubo; no obstante ello, su intelecto y su capacidad para tomar decisiones quedaron intactos. Dado que el estadio terminal de la enfermedad es extremadamente doloroso y conlleva la pérdida de la dignidad, la Sra. Pretty deseó poder decidir cuándo y cómo morir. Sin embargo, como era incapaz para suicidarse sin asistencia, y la ayuda al suicidio constituye un delito en el derecho británico, solicitó al *Director of Public Prosecutions* que se comprometiera a no iniciar acciones contra su marido, si la ayudaba a suicidarse. La petición fue rechazada y la *Divisional Court* desestimó un pedido de control judicial. La peticionaria acudió entonces a la Cámara de los Lores, que denegó la autorización en noviembre del 2001. En este punto, el caso llegó a la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) que fue llamada a pronunciarse sobre la violación de los arts. 2, 3, 8, 9 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

2. Sentencia:

2.1. En todos los casos en que esta Corte tuvo que pronunciarse sobre la violación del art. 2 de la Convención, se puso énfasis en la obligación del Estado de proteger la vida. No se considera que el derecho a la vida pueda ser interpretado como conteniendo un aspecto negativo. El art. 2 no tiene ninguna relación con las cuestiones relativas a la calidad de vida o lo que una persona puede elegir hacer con su vida. Sólo distorsionando el lenguaje se podría interpretar este artículo como una protección de un derecho a morir y como enunciativo de un derecho a la autodeterminación en el sentido de dar a todo individuo el derecho a elegir la muerte antes que la vida. No es posible, por lo tanto, deducir un derecho a morir, ya sea con ayuda de un tercero o de una autoridad pública. Por otra parte, esta Corte no debe determinar si el derecho de tal o cual país desconoce o no la obligación de proteger el derecho a la vida. Aun si se considerara que la situación existente en un país que autorice el suicidio asistido no es contraria al art. 2, esto no sería de mucha ayuda para la peticionaria, dado que no se estableció que el Reino Unido desconozca sus obligaciones derivadas del art. 2 cuando no autoriza el suicidio asistido. Por todo ello, se concluye que no hubo violación del citado artículo.

2.2. Nadie discute que el Gobierno defensor no maltrató en modo alguno a la peticionaria, quien tampoco se queja de no haber recibido los tratamientos adecuados por parte de las autoridades médicas del Estado. Ningún acto o “tratamiento” es incriminado: en realidad, la peticionaria plantea que el rechazo del Estado a comprometerse a no iniciar acciones contra su marido si la ayuda a suicidarse es inhumano y degradante, porque aquél no la protege de los sufrimientos que deberá soportar cuando la enfermedad llegue a su estadio terminal. Es una interpretación nueva y ampliada de la noción de tratamiento que va más allá del sentido habitual de la palabra. El art. 3 de la Convención debe ser interpretado en armonía

con el art. 2 que prohíbe, en primer término y ante todo, el uso de la fuerza o cualquier otro comportamiento susceptible de provocar el deceso de un ser humano. El cumplimiento de la obligación positiva invocada en este caso concreto no comportaría la supresión o atenuación del daño sufrido (consecuencia que sí puede tener una medida consistente, por ejemplo, en impedir a los órganos públicos o privados de infligir malos tratos u obligarlos a mejorar una situación u otorgar cuidados). Exigir que el Estado acepte la solicitud, es obligarlo a garantizar actos tendentes a interrumpir la vida. Sin embargo, tal obligación no puede surgir del art. 3. Por ello, esta norma no pone en cabeza del Estado ninguna obligación positiva de comprometerse a no tomar medidas contra el marido de la peticionaria si la ayuda a suicidarse o a crear un marco legal para cualquier otro tipo de suicidio asistido. Por todo ello, no hay violación del art. 3 de la Convención.

2.3. A pesar de que en ningún caso anterior se consideró que el art. 8 de la Convención establece un derecho a la autodeterminación como tal, la noción de autonomía personal refleja un principio importante que supone la interpretación de las garantías de esta disposición. La facultad de toda persona de vivir su vida como quiera puede incluir igualmente la posibilidad de realizar actividades percibidas como de naturaleza física o moralmente perjudiciales o peligrosas para sí misma. Aun en los casos en que tal comportamiento representa un peligro para la salud o cuando se puede razonablemente estimar que puede ser mortal, la jurisprudencia de esta Corte considera que atenta contra el derecho a la vida privada, la imposición por parte del Estado de medidas penales. En materia médica, la negativa de aceptar un tratamiento particular podría, invariablemente, tener un resultado fatal, pero la imposición de un tratamiento médico sin el consentimiento del paciente adulto y en uso de sus facultades intelectuales, constituiría un atentado a la integridad física del interesado que podría violar los derechos protegidos por el art. 8. La dignidad y libertad del hombre son la esencia misma de la Convención. Sin negar en modo alguno el carácter sagrado de la vida, es el art. 8 que otorga a la noción de calidad de vida todo su significado, y no se puede negar que el hecho de impedir que la peticionaria elija poner fin a lo que, según su modo de ver, constituye una vida indigna y penosa, representa una violación al derecho al respeto de su vida privada. Es aplicable, por ende, el art. 8.

La única pregunta que subsiste es la de la necesidad de la injerencia. Si el planteo del Gobierno, según el cual la peticionaria debe ser considerada vulnerable, no queda probado, los Estados tienen únicamente el derecho de controlar, a través del derecho penal general, las actividades perjudiciales a la vida y seguridad de terceras personas. En el presente caso, el derecho pertinente busca proteger a las personas débiles y vulnerables. Muchas personas que sufren de una enfermedad en fase terminal son vulnerables, y es la vulnerabilidad de esta categoría que da la *ratio legis* del derecho en cuestión. Corresponde a los Estados, en primer lugar, considerar el peligro de abuso y las consecuencias probables de abusos eventualmente cometidos que implicarían un aligeramiento de la prohibición general del suicidio asistido y la creación de excepciones a dicho principio. Por lo tanto, la naturaleza general de la prohibición del suicidio asistido no es desproporcionada. Esta Corte no considera que sea arbitrario que la legislación refleje la importancia del derecho a la vida prohibiendo el suicidio asistido, al tiempo que prevé un régimen de aplicación y de apreciación por parte de la justicia, que permite tomar en cuenta en cada caso concreto tanto el interés público buscado como las consecuencias justas y adecuadas de la retribución y de la disuasión. Esta Corte tampoco juzga desproporcionada la negativa de comprometerse previamente a no perseguir: argumentos importantes, fundados en el Estado de Derecho, podrían oponerse a cualquier pretensión por parte del Poder Ejecutivo de sustraer a ciertos individuos de la aplicación de la ley, y, en definitiva, en vista de la gravedad del acto del cual se reclama una inmunidad, no se puede juzgar arbitraria o irrazonable la decisión tomada en este caso en el sentido de negarse a lo solicitado. Por consiguiente, la injerencia en cuestión puede considerarse justificada y necesaria en una sociedad democrática. Por lo tanto, no hay violación del art. 8.

2.4. No todas las opiniones o convicciones entran dentro de la protección del art. 9 de la Convención, y lo planteado por la peticionaria no se relaciona con una forma de manifestación de una religión o de una convicción. En la medida en que estos argumentos reflejan una adhesión al principio de la autonomía personal, no son más que otra versión de lo planteado con relación al art. 8. Por lo tanto, no hay violación del art. 9.

2.5. Al tratar el art. 8 de la Convención esta Corte concluyó que existían buenas razones para no introducir en el marco de la ley excepciones que permitan tomar en cuenta la situación de las personas consideradas no vulnerables. Existen, en el marco del art. 14, razones igualmente convincentes de no buscar distinguir entre las personas que están en condiciones de suicidarse sin ayuda, de aquellas que no pueden hacerlo. La frontera entre estas dos categorías es generalmente muy endeble, y tratar de inscribir en una ley una excepción para las personas que no pueden suicidarse por sí mismas, desestabilizaría seriamente la protección de la vida que la legislación busca proteger y aumentaría de forma significativa el peligro de abusos. En consecuencia, no hay violación del art. 14.

Nota de la Secretaría: un resumen de la sentencia de la Cámara de los Lores (*R c. Directeur des poursuites publiques, sur requête de Dianne Pretty*) puede ser consultado en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2001, 3, p. 554. Asimismo, sobre el presente fallo, ver NÚÑEZ, MANUEL A., “Eutanasia y comunidad de valores. La sentencia *Pretty v. United Kingdom* de la Corte Europea de Derechos Humanos (caso 2346/02, 29 de abril de 2002)”, en *Ius Publicum*, Santiago de Chile, Universidad Santo Tomás, 2002, n° 9, pp. 183/184; INTRONA, FRANCESCO, “Corte europea dei Diritti dell’Uomo nel caso di Diane Pretty c/ Governo britannico”, en *Rivista italiana di medicina legale*, Milán, Giuffrè, 2002, n° 6, pp. 1561/1563; y PÉDROT, PHILIPPE, “Existe-t-il un droit de mourir dans la dignité? L’affaire *Pretty c/ Royaume-Uni* de la Cour européenne des droits de l’homme du 29 avril 2002”, en *Revue de droit sanitaire et social*, París, Dalloz, 2002, n° 3, pp. 475/480.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 29-4-2002, n° 2346/02, *Diane Pretty c. Reino Unido*, en *Human Rights Law Journal*, Estrasburgo, N. P. Engel, 2002, N° 5-7, p. 194.

DERECHO COMUNITARIO. DERECHO A LA INFORMACION. CONFIDENCIALIDAD DE LA DOCUMENTACIÓN. ACCESO AL PÚBLICO. ACCESO PARCIAL. **INTERES PÚBLICO.** PROTECCIÓN. **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD** (COMUNIDAD EUROPEA).

El objetivo que pretende alcanzar la Decisión 93/731, relativa al acceso del público a los documentos del Consejo de la Unión Europea (Consejo), además de garantizar el funcionamiento interno de éste en interés de una buena administración, consiste en establecer a favor del público el acceso más completo posible a los documentos que posee el Consejo, por lo que toda excepción a ese derecho debe interpretarse y aplicarse en sentido estricto.

En el ámbito limitado de su potestad de administración interna, el Consejo está sujeto a los principios generales del derecho comunitario y, con mayor motivo, a los derechos fundamentales, por lo que no puede invocarse la finalidad de la Decisión 93/731 ignorando el derecho fundamental de acceso a los documentos. Nada se opone a que una normativa relativa a la organización interna de la actividad de una institución genere efectos jurídicos con respecto a terceros. Por tanto, no cabe admitir que, mediante una medida de este orden, el Consejo se libere de una norma que todas las demás disposiciones comunitarias deben respetar.

El derecho de acceso a los documentos debe considerarse como uno de los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario. Es admisible que tales derechos no tienen el carácter de prerrogativas absolutas, toda vez que su ejercicio puede implicar restricciones, a condición de que respondan efectivamente a objetivos de interés

general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, en relación con el fin que se pretende alcanzar, una intervención desmesurada e intolerable que vulnere la esencia misma del derecho garantizado de este modo.

El principio de proporcionalidad exige que las excepciones no traspasen los límites de lo que es adecuado y necesario para la consecución del objetivo perseguido.

A falta de razón alguna que justifique que una institución pueda mantener en secreto los elementos de información contenidos en un documento que no se hallen amparados por las excepciones establecidas en el art. 4, apartado 1, de la Decisión 93/731, la denegación de acceso parcial constituye una medida manifiestamente desproporcionada para garantizar la confidencialidad de los elementos de información a los que sea de aplicación alguna de dichas excepciones. El objetivo perseguido por el Consejo al denegar el acceso al informe controvertido podría alcanzarse incluso en el supuesto de que éste se limitara a censurar, previo examen, los pasajes del referido informe que puedan afectar a las relaciones internacionales.

Nota de la Secretaría: el apartado 1 del art. 4 citado, dispone que no podrá concederse el acceso a un documento del Consejo cuando su divulgación pudiera menoscabar la protección: a) del interés público (seguridad pública, seguridad y defensa de la Unión o de uno o varios de sus Estados Miembros, gestión militar y no militar de crisis, relaciones internacionales, estabilidad monetaria, procedimientos judiciales, actividades de inspección e investigación); b) del individuo y de la intimidad; c) del secreto en materia comercial e industrial; d) de los intereses financieros de la Comunidad; y e) de la confidencialidad solicitada por la persona física o jurídica que haya proporcionado alguno de los datos contenidos en ese documento o exigida por la legislación del Estado miembro que haya facilitado alguno de los datos.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, sentencia del 6-12-2001, C-353/99 P, *Consejo de la Unión Europea contra Heidi Hautala*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Luxemburgo, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Parte I: Tribunal de Justicia, 2001, 12, p. 9565.

DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO. ASISTENCIA LETRADA. DEFENSOR DE OFICIO (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-PORTUGAL).

1. Antecedentes del caso: el peticionante, de nacionalidad alemana, fue arrestado en Portugal por los cargos de tráfico de drogas en circunstancias agravadas y de conspiración. Declarado culpable por dichos delitos, fue condenado a la pena de 15 años de prisión de cumplimiento efectivo. La Corte Suprema de Justicia declaró inadmisibles las apelaciones interpuestas por el defensor oficial por no haber cumplido con los requisitos procesales estipulados en el Código Procesal Penal. Por estos motivos, se rechazó la apelación sin ninguna consideración de los méritos formulados ni tampoco fue traducida al portugués. Como consecuencia, el peticionante interpuso un recurso contra el defensor oficial, y el Colegio de Abogados, por su parte, inició un procedimiento disciplinario a este último. En tales condiciones la cuestión fue objeto de decisión por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte), quien fue llamada a pronunciarse en lo relativo al art. 6.1 y 3.c) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

2. Sentencia:

El peticionante planteó la violación por parte de Portugal a su derecho de acceder a un proceso equitativo contenido en el art. 6.1 y 3.c) de la Convención.

La designación de un abogado no asegura de por sí la efectividad de la asistencia legal que será suministrada a un acusado y, en consecuencia, el Estado no será responsable de todas las deficiencias o errores cometidos por un defensor oficial. Asimismo, la Corte entiende que, dada la relación de independencia existente entre el Colegio de Abogados y el Estado, la responsabilidad de la conducta de la defensa se encuentra determinada entre el cliente y su defensor, siempre y cuando el abogado sea designado bajo un asesoramiento jurídico gratuito o pagado por el cliente.

El art. 6.3.c de la Convención establece el derecho que tiene todo acusado a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio. Sin embargo, esta disposición no requiere de las autoridades nacionales que intervengan salvo que la incompetencia del defensor oficial designado resulte evidente.

De acuerdo al precedente *Daud*, el abogado oficial designado para el peticionante cumplió con el deber de asistencia, pero, en la defensa, incumplió con los requisitos de procedimiento requeridos en la ley aplicable. Deficiencias o errores en la presentación del caso del defendido por un abogado oficial no supone una responsabilidad estatal.

En el caso concreto la situación ha sido diferente, toda vez que el incumplimiento por negligencia de los requisitos procesales establecidos en la ley correspondiente negó al defendido un remedio concreto para su defensa, pues se trataba de una persona extranjera sin conocimiento del idioma en que el proceso se llevó a cabo, y los cargos que se le imputaron en tal desconocimiento lo llevaron a una larga pena de prisión. Por lo tanto, ello obstaculizó su derecho a tener una efectiva defensa en el recurso presentado ante la Corte Suprema, tal como lo establece el art. 6.3.c.

En este sentido, la Corte admite que el peticionante no hizo saber a los tribunales competentes la posible insuficiencia en su defensa, antes de cambiar de abogado. Sin embargo, sostiene que el punto decisivo a tener en cuenta fue el incumplimiento de los requisitos procesales por parte del defensor oficial en la interposición del recurso ante la Corte Suprema, la cual, por otro lado, pudo haber solicitado a los defensores oficiales que aumenten o revisen el recurso motivo de apelación antes de declarar la apelación inadmisibles. Un simple requerimiento por parte de este último tribunal de rectificar el error procesal no habría afectado el principio fundamental de independencia del Colegio de Abogados. Las circunstancias del caso imponen una obligación positiva a la Corte Suprema, competente para asegurar el debido respeto al derecho de defensa del peticionante.

Por todo lo anterior, la Corte dictaminó que hubo violación del art. 6.1 y 3.c) de la Convención. Asimismo, de conformidad con art. 41 de la Convención, se otorgó al requirente una satisfacción equitativa por la suma de 3.000 euros en concepto de daño no pecuniario y gastos y costas.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (Sección III), sentencia del 10-10-2002, n° 38830/97, *Czekalla c. Portugal*, en *Information note on the case-law of the Court-October 2002*, n° 46, p. 22.

DERECHO DE DEFENSA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. PRUEBA. PRUEBA DE ALCOHOLEMIA. CARGA DE LA PRUEBA. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 6 (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: el 22 de diciembre de 2000 la *Crown Court* de Maidstone condenó a Drummond por haber atropellado con su auto, y causado la muerte, a una persona. El delito estaba tipificado como “conducción negligente con exceso de alcohol” , según la Sección 3 de la *Road Traffic Act* de 1988. Fue sentenciado a 5 años de prisión y privado de su

licencia de conducir por el mismo lapso. La otra imputación que se le formuló, emparentada con la anterior pero de menor gravedad (homicidio por conducción peligrosa), fue descartada. Drummond alegó en su defensa que había bebido muy poco antes del hecho y que, probablemente, como consecuencia del cansancio acumulado en las últimas semanas, se había dormido al volante; que si bien no recordaba con exactitud lo sucedido, al llegar a su hogar observó con sorpresa la magnitud de los daños ocasionados a su vehículo, y que, debido al estado de shock en el que se encontraba, su esposa le ofreció un par de tragos para tranquilizarlo, producto de los cuales, según él, la prueba de alcoholemia arrojó resultado positivo. La defensa de Drummond apeló a la *Court of Appeal*, aduciendo que la Sección 3A de la *Road Traffic Act* remite a su sección 15, que establece lo siguiente: “Se dará por supuesto que la proporción de alcohol en el organismo en el momento de cometer el delito no es menor que la de la muestra que se toma al acusado con posterioridad al hecho, a menos que el acusado pruebe que consumió alcohol antes de suministrar la muestra pero después del hecho, y que, de no haber sido así, la proporción de alcohol en su organismo habría estado dentro del margen permitido”. Esta disposición revirtió la carga de la prueba sobre el acusado, y la defensa argumentó entonces que era incompatible con el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) que consagra la presunción de inocencia.

2. Sentencia:

El juez resolvió que, en este caso, revertir la carga de la prueba estaba justificado y que no contradice el art. 6 de la Convención, ya que éste no prohíbe que se formulen presunciones de hecho o de derecho, existentes en todo sistema legal. Pero el art. 6 exige a los Estados que mantengan estas presunciones dentro de los límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de lo que está en juego y la preservación del derecho de defensa. El acusado, habiendo bebido con posterioridad a la comisión del delito, dificultó el normal desarrollo de la prueba científica volviéndola poco confiable. Incluso, existe el peligro de que el acusado haya bebido con el firme propósito de impedir el esclarecimiento del hecho. Por ello, le correspondía al acusado probar que su responsabilidad en el homicidio era menor y que, en el momento del hecho, la proporción de alcohol en su organismo no excedía el límite permitido.

TRIBUNAL DE APELACION DE INGLATERRA Y GALES (Sala Civil), sentencia del 7-3-2002, *R. v. Drummond*, en <http://www.courtservice.gov.uk>. Un resumen del fallo puede verse en *Public Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2003, n° 1, p. 166.

DERECHO DE DEFENSA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. SENTENCIA. MOTIVACIÓN. PRUEBA. VALORACIÓN (ESPAÑA).

La alegada violación del derecho a obtener la tutela judicial efectiva mediante una resolución fundada en derecho carece de entidad autónoma ya que, al margen de no hallarse específicamente fundamentada, se integra, en el presente caso, en la supuesta quiebra del derecho a la presunción de inocencia, toda vez que si la condena debe asentarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, tal insuficiencia incriminatoria será racionalmente apreciada por el juez y explicada en la sentencia. El déficit de motivación, por sí mismo, supondría el quiebre del derecho a la presunción de inocencia, por lo que la pretensión de la recurrente debe ser analizada conjuntamente desde el prisma de esta última garantía procesal.

El análisis de la queja referida a la presunción de inocencia debe partir de la reiterada doctrina del Tribunal acerca del contenido de este derecho fundamental y los límites de la jurisdicción de amparo cuando ante ésta se alega su violación.

En efecto, ni el art. 24 de la Constitución cuestiona la específica función judicial de calificación y subsunción de los hechos probados en las normas jurídicas aplicables, ni

competen en amparo al Tribunal evaluar la actividad probatoria con arreglo a criterios de calidad u oportunidad. La protección del derecho a la presunción de inocencia comporta, en primer lugar la supervisión de que la prueba se ha practicado con las garantías necesarias para su adecuada valoración y para la preservación del derecho de defensa. En segundo término, comprobar, cuando así se requiera, que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de los hechos a partir de la actividad probatoria practicada, y, por último, supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une dicha actividad y el relato fáctico resultante.

Por tanto, sólo cabrá constatar una vulneración del mentado derecho cuando no existan pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado.

En consecuencia, es de destacar la relevancia constitucional de la motivación del relato fáctico de las sentencias penales, pues su total ausencia afecta el derecho a la presunción de inocencia, ya que la explicación de la prueba que puede sustentar los hechos declarados probados y, consecuentemente, la condena penal, constituye un factor relevante no sólo de la posibilidad efectiva de revisar la apreciación de la prueba por un tribunal superior que tenga tal atribución, sino también de que este Tribunal pueda efectuar un control sobre la existencia o inexistencia de prueba de cargo, es decir, un control de la virtualidad incriminatoria de las pruebas practicadas, que exige la razonabilidad y mínima consistencia de las inferencias o deducciones realizadas por los tribunales ordinarios para considerar acreditados los hechos incriminadores del finalmente condenado.

El derecho a no ser condenado si no es en virtud de prueba de cargo -presunción de inocencia- y el derecho a la libertad personal, comprometido en toda sentencia penal y específicamente restringido al condenarse a pena privativa de libertad, avalan la necesidad de fortalecer el deber de exteriorizar los fundamentos de las decisiones judiciales hasta el punto de hacer imprescindible, en este caso, una mínima explicitación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica. Los tribunales deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustentan la declaración de los hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Sala Segunda), sentencia del 30-10-2000, nº 249/2000, en *Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2000, tomo 58, p. 475.

DERECHO DEL TRABAJO. PROCESO LABORAL. PLAZO RAZONABLE (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: la peticionaria sostuvo que los procedimientos relativos al primer y tercer despido de los que fue objeto excedieron el plazo razonable previsto por el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

2. Sentencia:

El carácter razonable de la duración de un procedimiento se aprecia de acuerdo a las circunstancias de la causa y de acuerdo con los criterios establecidos por la jurisprudencia, en especial, la complejidad del caso, el comportamiento del peticionario y el de las autoridades competentes.

En lo relativo al primer procedimiento, no se puede considerar “razonable” su duración global, que es de casi quince años y que todavía no terminó.

En lo que respecta al tercer despido, el juzgado laboral (*Conseil des prud'hommes*) y la Cámara de Apelaciones tardaron un año en pronunciarse, y la Corte de Casación diecinueve meses. Si bien estos plazos no parecen *prima facie* ser excesivos, hay que tener en cuenta, sin embargo, el contexto global del caso, y en particular el hecho de que la peticionaria acudía nuevamente a una jurisdicción laboral con el objeto de impugnar su tercer despido desde 1985. Por ello, las jurisdicciones en cuestión debían tener un especial cuidado.

Cabe reafirmar que corresponde a los Estados Partes organizar su sistema judicial a fin de que sus jurisdicciones puedan garantizar a todo individuo el derecho a obtener una decisión definitiva en las demandas relativas a sus derechos y obligaciones de carácter civil en un plazo razonable. Esto es aún más cierto en lo que respecta a los conflictos laborales, que, al tratar sobre asuntos que son de importancia capital para la situación profesional de un individuo, deben ser resueltos con una celeridad particular.

Por todo ello, hubo violación del art. 6.1 de la Convención.

Nota de la Secretaría: v., sobre el fallo, el comentario de MARGUENAUD, JEAN-PIERRE Y MOULY, JEAN, en *op. cit. infra*, pp. 2788/2790.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 14-11-2000, n° 38437/97, *Delgado c. Francia*, en *Recueil Le Dalloz*, París, Dalloz, 2001, n° 34, p. 2787.

DERECHO PROCESAL PENAL. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 3, 5 Y 7 (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: los acusados fueron hallados culpables de un segundo “delito grave” conforme a la sección 2.5 ó 6 de la *Crime Sentences Act 1997*. En todos los casos, el primer delito grave había sido cometido con anterioridad a 1997. En los primeros cuatro casos, los acusados fueron condenados a cadena perpetua conforme a la sección 2.2 luego de que el juez concluyó que no existían circunstancias especiales que justificaran la no imposición de tal pena. En el quinto caso, el acusado fue condenado a 12 años de prisión por delitos sexuales graves, luego de que el juez considerara que sí existía una circunstancia excepcional que justificaba la no imposición de la cadena perpetua, puesto que el segundo delito era de una categoría completamente diferente al primero (lesiones graves). Los acusados presentaron un recurso contra la sentencia condenatoria, y la audiencia tuvo lugar luego de la entrada en vigencia de la *Human Rights Act 1998*. El Procurador General pidió autorización para someter la condena del quinto caso a la decisión del Tribunal conforme a la sección 36 de la *Criminal Justice Act 1998*.

2. Sentencia:

Según la sección 2 de la *Crime Sentences Act 1997*, se impone la sentencia de cadena perpetua automáticamente al acusado de un segundo delito grave, lo cual no significa que la primera condena esté siendo aumentada ni que la condena corresponda al primer delito. Por tal motivo, la sección 2 no contradice al art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), anexada a la *Human Rights Act 1998*, ya que no agrava retroactivamente la pena del primer delito grave cometido antes de que la ley de 1997 entrara en vigencia. Si bien se admiten los recursos y se hace lugar al pedido en el primer y tercer casos, se rechazan los otros pedidos y se substituye la cadena perpetua en el quinto caso.

La intención del Parlamento al proclamar las disposiciones sobre cadena perpetua de la sección 2 de la ley de 1997, era que el pueblo esté protegido. La sección 2 establece que aquellos que han cometido dos delitos graves constituyen un riesgo para la población, por lo

que se exige en esos casos la cadena perpetua; sin embargo, dadas ciertas circunstancias, y en casos excepcionales, un acusado puede no constituir un riesgo para la sociedad. Una aproximación tal a la definición de “circunstancia excepcional” no contraviene la prohibición de tratos inhumanos o degradantes o castigos arbitrarios o desproporcionados según los arts. 3 y 5 de la Convención, en tanto que una aproximación más restrictiva sí lo haría. La edad del acusado, la diferente naturaleza de los dos delitos o el hecho de que transcurrió un largo período de tiempo entre la comisión de ambos delitos, durante el cual no cometió ningún otro, puede ser relevante al analizar el grado de riesgo que el acusado importa a la sociedad.

CAMARA DE APELACIONES DEL REINO UNIDO, *Regina v. Offer; Regina v. Mc Gilliard; Regina v. Mc Keown; Regina v. Okwuegbunam; Regina v. S*, en *Commonwealth Law Bulletin*, Londres, Commonwealth Secretariat, 2001, vol. 27, n° 1, p. 183.

DETENCION PREVENTIVA. LÍMITES (ESPAÑA).

La detención preventiva está constitucionalmente caracterizada por ciertas notas, entre ellas, por su limitación temporal, lo que implica que debe estar inspirada por el criterio del lapso más breve posible. Ello corroborado por lo dispuesto en los arts. 5.2 y 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos y 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que exigen que el detenido sea conducido “sin dilación” o “sin demoras” ante la autoridad judicial.

Este principio de limitación temporal, que caracteriza a todas las privaciones de libertad, viene impuesto por la Constitución con mayor intensidad, si cabe, cuando se trata de las detenciones preventivas, porque el art. 17.2 no se remite a la ley para que ésta determine los plazos legales -como, sin embargo, ocurre en el art. 17.4 respecto de la prisión provisional- sino que se ocupa él mismo de establecerlos imperativamente. E incluso, los que establece, son más rigurosos que los contenidos en los instrumentos internacionales mencionados.

El sometimiento de la detención a plazos persigue la finalidad de ofrecer una mayor seguridad de los afectados por la medida, evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada.

Más concretamente, en cuanto límites temporales de la detención preventiva operan dos plazos, uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos, que, como es lógico, puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Para la fijación de tal plazo hay que tener en cuenta dichas circunstancias y, en especial, el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida. Durante el período de detención preventiva, y en atención a lo dispuesto por el art. 17.3 de la Constitución, debe llevarse a cabo necesariamente la información de derechos al detenido y cabe la posibilidad de que se le tome declaración, si es que no ejercita su derecho a no prestarla.

Sin embargo, el plazo máximo absoluto presenta una plena concreción temporal y está fijado en las 72 horas computadas desde el inicio de la detención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el que el afectado se encuentra en dependencias policiales.

En la hipótesis más normal de que no coincidan ambos plazos, absoluto y relativo, tendrá preferencia aquél que resulte más beneficioso para el detenido. El plazo relativo se superpone, sin reemplazarlo, al plazo máximo absoluto. En atención a tales plazos, la vulneración del citado art. 17.2 se puede producir no sólo por rebasar el plazo máximo absoluto, es decir, cuando el detenido sigue bajo el control de la autoridad gubernativa o sus agentes una vez cumplidas las 72 horas de privación de libertad, sino también cuando, no

habiendo transcurrido ese plazo, se traspasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos y, sin embargo, no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la autoridad judicial.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Sala Segunda), sentencia del 27-11-2000, n° 288/2000, en *Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2000, tomo 58, p. 963.

DIVISION DE PODERES. PODER LEGISLATIVO. RESERVA DE LEY. PRESIDENTE DE LA NACION. ATRIBUCIONES. DEMOCRACIA (EL SALVADOR).

1. Antecedentes del caso: el demandante solicitó la inconstitucionalidad del decreto de creación del Organismo de Inteligencia del Estado (OIE), ya que no fue emitido por el órgano competente. Según sus dichos, el Presidente de la República sólo está facultado para organizar, conducir y mantener el OIE, pero no lo está para crearlo (arts. 86, inc. 3, y 168, ord. 18, de la Constitución). Señaló que la Constitución, en su art. 131, ord. 5, prescribe: “Corresponde a la Asamblea Legislativa: ... 5°. Decretar, interpretar auténticamente, reformar y derogar las leyes secundarias”.

2. Sentencia:

2.1. En contraposición a la época absolutista, en que el poder se concentraba total y absolutamente en la figura del monarca, surge desde los albores del constitucionalismo la idea de que dicho poder no debe estar centralizado en una sola mano, y a partir de allí aparecen las primeras teorías sobre la división de poderes, estableciéndose la idea rectora de que el ejercicio dividido del poder constituye un mecanismo de control y limitación del mismo, así como de respeto de los derechos de los individuos frente al Estado.

La Constitución salvadoreña reparte atribuciones y competencias derivadas del poder público en tres órganos diferentes: la Asamblea Legislativa (arts. 121 y ss.), el Órgano Ejecutivo (arts. 150 y ss.) y el Judicial (arts. 172 y ss.).

La principal función de la Asamblea Legislativa es la producción de leyes. La configuración constitucional del procedimiento de elaboración de tales fuentes está determinado en gran medida por la consagración de los principios democrático y pluralista que no sólo se reflejan en la composición de la Asamblea, sino también en su funcionamiento.

El primero de tales principios -el democrático- implica la existencia de la igualdad y la libertad. Los procedimientos legislativos deben dotarse de mecanismos efectivos que posibiliten que todas las posiciones políticas puedan expresarse libremente en la discusión de los intereses de la colectividad, pues se asume que la voluntad parlamentaria únicamente puede formarse por medio del libre debate y la contradicción, es decir, que las soluciones, compromisos y leyes que se dicten deben ser producto de la discusión pública de las diferentes opciones políticas. Tales procedimientos actúan como una garantía de que las decisiones se adoptarán por voluntad de la mayoría, pero con la participación de las minorías en el debate, pues la democracia, como principio, obliga a mantener abierto el pluralismo mediante el reconocimiento de las libertades individuales y colectivas.

Estrechamente vinculado con el anterior se encuentra el principio de pluralismo, el cual, como ya lo ha sostenido este Tribunal en su jurisprudencia, tiene dos dimensiones básicas: el pluralismo ideológico, el cual, en contraposición al totalitarismo o integralismo, implica favorecer la expresión y difusión de una diversidad de opiniones, creencias o concepciones, a partir de la convicción de que ningún individuo o sector social es depositario de la verdad, y que ésta sólo puede ser alcanzada a través de la discusión y del encuentro entre posiciones diversas; y el pluralismo político, el que, a diferencia con el estatismo, implica el

reconocimiento y protección a la multiplicidad de grupos e instituciones sociales que se forman naturalmente y espontáneamente entre el individuo y el Estado, las que, si bien no forman parte de la estructura gubernamental, influyen en la formación de las decisiones políticas.

Ahora bien, al ser la Asamblea Legislativa el órgano por excelencia de representación popular, tiene la obligación de ser quien presente el mayor nivel de divulgación y debate de sus actos, con el propósito de que los administrados conozcan no sólo lo que se está haciendo sino también cómo se está haciendo. Ello coadyuvará al imperio de la seguridad jurídica consagrada como valor constitucional.

2.2. Corresponde analizar, ahora, la figura de la denominada “reserva de ley”. La zona de reserva de cada órgano compone un margen de competencias propias y exclusivas que no pueden ser interferidas por otro órgano. El concepto de reserva de ley surge en el siglo XIX en Alemania, aunque no opera de la misma forma en los distintos ordenamientos jurídicos. Puede afirmarse, sin embargo, que dicha reserva es la garantía de que un determinado ámbito vital de la realidad, dependa exclusivamente de la voluntad de los representantes de aquellos involucrados necesariamente en dicho ámbito: los ciudadanos.

Siguiendo reiterada jurisprudencia del tribunal, cabe afirmar que tal reserva, en el modelo salvadoreño, es un medio para distribuir la facultad de producir disposiciones jurídicas entre los órganos y entes públicos con potestad para ello, otorgándole preferencia a la Asamblea Legislativa en relación con ciertos ámbitos de especial interés para los ciudadanos; preferencia que surge precisamente de los principios que rigen a dicho órgano. En efecto, este último es el único que puede garantizarle a los ciudadanos conocer las distintas propuestas y posiciones sustentadas por los diferentes grupos políticos que los representan.

El pluralismo, la democracia, el libre debate, la publicidad, entre otras cosas, justifican una institución como la “reserva de ley”, en favor de la Asamblea Legislativa, para la producción de disposiciones que rigen determinados ámbitos de la vida. Tal reserva supone una garantía para que la regulación normativa se efectúe por el órgano legislativo como modo de asegurar, por otro lado, que su adopción venga acompañada necesariamente por un debate público en el que concurren libremente los distintos representantes del pueblo.

En resumen, la preferencia hacia la ley en sentido formal para ser el instrumento normativo de ciertas materias, proviene del plus de legitimación que posee la Asamblea Legislativa por sobre el resto de los órganos estatales y entes públicos con potestad normativa, por recoger y representar la voluntad general.

2.3. Con base en lo expuesto, resulta conveniente interpretar el citado art. 168, en relación con el art. 86, a efectos de determinar si existe o no reserva de ley para la creación del OIE.

El inciso final del art. 86 prescribe que “los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”. Por su lado, el art. 168, ord. 18, confiere entre las atribuciones u obligaciones del Presidente, la de “organizar, conducir y mantener el Organismo de Inteligencia del Estado”.

Frente a ello, es evidente que la Constitución no señala expresamente si el Presidente tiene dentro de la competencia que le confiere el último artículo citado, la de emitir la fuente jurídica a través de la cual se cree el OIE y se determine su estatuto jurídico básico, o si sólo debe organizarlo, conducirlo y mantenerlo una vez dictada la norma de creación de aquél por el ente correspondiente -es decir, si sobre el tema existe reserva de ley-. En general, y tal como ha sido señalado por el Tribunal, la exigencia de que una materia sea regulada por ley no es explícita en la Constitución, “por ello, y teniendo en cuenta que la Ley Suprema utiliza [el término] en innumerables disposiciones y no siempre en el mismo sentido, no puede concluirse que cada vez que utiliza el vocablo ‘ley’ se está refiriendo a los decretos de contenido general emanados de la Asamblea Legislativa. En consecuencia, la determinación de en qué casos existe reserva de ley debe hacerse caso por caso, verificando la existencia de

los supuestos que priorizan a la Asamblea Legislativa sobre los otros órganos y entes investidos de potestades normativas”.

La reserva de ley se ha conceptualizado como un medio para distribuir la facultad de producir normas entre los órganos estatales con potestad para ello, otorgándole preferencia a la Asamblea Legislativa en relación con determinados ámbitos de especial interés para los individuos; preferencia que surge precisamente por la naturaleza y los principios que rigen al Órgano Legislativo.

A fin de determinar qué ámbitos están sometidos a la reserva, corresponde partir de la idea de que ésta no está constituida sobre un único objeto, sino que se mueve en diferentes estadios formando un conjunto heterogéneo, alcanzando los aspectos básicos relacionados con la esfera jurídica de los individuos y de interés de la comunidad, como el patrimonio, la libertad, la seguridad y la defensa.

Por tanto, siendo la inteligencia del Estado un aspecto vinculado estrechamente a los conceptos de seguridad y defensa de la sociedad, y estando éstos dentro del ámbito sometido a la reserva de ley por poseer una trascendencia tal que obligan a cumplir con los principios democráticos -pluralista, de libre debate y publicidad- para su formulación normativa, es indudable que la inteligencia del Estado es una materia sometida a la reserva del Órgano Legislativo, pues es el depositario por excelencia de aquellos principios.

Ello es así pues, tal como ocurre en supuestos análogos como lo es el tema de la seguridad pública y la Policía Nacional Civil como institución responsable de la misma, la creación infraconstitucional del órgano encargado de la inteligencia del Estado debe estar necesariamente en manos de la Asamblea Legislativa, puesto que los objetivos y finalidades de la inteligencia deben responder exclusivamente a los intereses comunes de la población gobernada, especialmente en lo relativo a su seguridad y defensa colectiva, no pudiendo surgir de un órgano que no comparte los principios rectores del que ostenta en su máxima expresión la representación popular.

En efecto, no es lógico, por la naturaleza de la materia, que sea el Ejecutivo del momento el que determine los objetivos, fines y ámbitos de la realidad sobre los cuales recaerá la actividad del OIE, pues la labor de este organismo es permanente y debe ser matizada por el órgano que formalmente sí representa al pueblo entero.

Por ello, habiéndose establecido -vía interpretación como concreción- que la materia relativa a la inteligencia del Estado está sometida a la zona de reserva del Legislativo, resulta evidente que el decreto de creación del OIE es inconstitucional por vicio de forma, pues el órgano emisor carece de la competencia material para ello, ya que dentro de las facultades que el art. 168, ord. 18, de la Constitución le otorga al Presidente no se encuentra la potestad normativa para emitir un decreto que regule dicha materia, lo que implica, además, una extralimitación de conformidad con el inciso final del art. 86 de la Carta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (Sala de lo Constitucional), sentencia del 6-9-2001, en http://www.csj.gob.sv/constitu/jur_base.htm.

DIVISION DE PODERES. PRESIDENTE DE LA NACION. DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA. PODER LEGISLATIVO. RATIFICACIÓN DE DICHOS DECRETOS (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: una empresa comercial, concesionaria de una zona franca en la Provincia de Córdoba, impugnó la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 285/99, que otorgaba tratamiento especial a otra zona franca en la Provincia de La Pampa, circunstancia que le causaba daño y la colocaba en situación de incertidumbre respecto de las inversiones ya realizadas. Alegó, entre otras razones, que dicha norma resultaba violatoria del art. 99.3 de la Constitución Nacional, el cual dispone: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún

caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia...". Dichos decretos deben ser, seguidamente, sometidos a consideración del Poder Legislativo.

2. Sentencia:

La Corte Suprema dio la razón a la demandante al considerar que el decreto 285/99 tradujo el ejercicio, por el Poder Ejecutivo, de facultades de carácter tributario, expresamente excluidas del ámbito de los decretos de necesidad y urgencia por el citado art. 99.3.

Seguidamente, la Corte examinó los efectos de la ley de presupuesto para el ejercicio 2000, 25.237, por cuyo art. 86 el Poder Legislativo había ratificado el decreto 285/99. En tal sentido, el Tribunal juzgó que el decreto padecía desde sus orígenes de una insanable inconstitucionalidad, de manera que la ratificación legislativa carecía de efectos retroactivos.

Empero, a juicio de la Corte, el art. 86 de la ley 25.237 reveló la intención del Poder Legislativo de dar carácter legal al contenido del decreto 285/99, por lo que la citada ley, de no adolecer de algún vicio de inconstitucionalidad, tendría vigor desde su publicación.

Al respecto, fue rechazada la invalidez fundada en que leyes anteriores habían dispuesto prohibir que las leyes de presupuesto trataran aspectos impositivos. Consideró la Corte, que las mencionadas leyes de prohibición, no obstante sus loables propósitos, no prevalecen, por su jerarquía normativa, frente a otras leyes que dicta el Poder Legislativo, de manera que lo que aquéllas dispongan puede ser derogado por una ley posterior: el Poder Legislativo no se encuentra vinculado indefectiblemente hacia el futuro por sus propias restricciones. Por lo demás, no hay obstáculo constitucional para que el Poder Legislativo establezca, suprima o modifique tributos mediante la ley de presupuesto.

Nota de la Secretaría: los jueces que emitieron opiniones concurrentes consideraron que el decreto 285/99 también era nulo por no haberse acreditado la existencia de las circunstancias excepcionales requeridas por el art. 99.3 de la Constitución Nacional.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA (tres jueces emitieron opiniones concurrentes), sentencia del 20-9-2002, Z.74.XXXV, *Zofracor S.A. c/ Estado Nacional s/ amparo*, en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 325.II, p. 2394.

DONACION. INGRATITUD. DIFERENCIA CON LA SUCESIÓN (ECUADOR).

Entre la donación y la sucesión existen diferencias, entre ellas que el donatario tiene todo por voluntad del donante, mientras que el sucesor fundamentalmente debe a la ley su derecho. Es por ello que la ingratitud del donatario es más grave que la del heredero, y de ahí, que el legislador trate a ésta con más severidad.

La ingratitud, la indignidad y el desheredamiento son una especie de sanción a ciertas personas beneficiarias bien sea de una donación o de una herencia o legado que han descuidado sus deberes morales al tener un mal comportamiento frente a su benefactor o la persona de la cual son herederos o legatarios. La indignidad y el desheredamiento son figuras aplicables a la sucesión por causa de muerte, mientras que la ingratitud es aplicable a la revocatoria de la donación.

La calificación de indignidad o desheredamiento se da sólo en los casos taxativamente señalados por la ley; en cambio, la ingratitud es una figura con una normatividad abierta, en

que el legislador no determina casos específicos de ésta, sino que se limita a señalar de forma general que debe ser un hecho ofensivo, de tal gravedad que puede hacerle indigno de heredar al donante. El tipo abierto de esta norma permite la posibilidad de interpretación y valoración del juez, quien deberá estimar si determinado acto probado en juicio puede ser considerado o no como un acto de ingratitud.

La Sala considera que la norma de la ingratitud no se remite a la de la indignidad, sino que lo único que pretende al decir que ingratitud “es cualquier hecho ofensivo del donatario, que le hiciera indigno de heredar al donante”, es otorgar al juez un criterio básico que le permita determinar la gravedad del acto que faculte la declaratoria de ingratitud, sin limitarlo a las causales que constan como motivos de indignidad para heredar, sino que le da la posibilidad de valorar otros actos o hechos ofensivos que sean de tal entidad que puedan, a su juicio, ser suficientes para calificar la ingratitud del donatario frente a su benefactor.

En consecuencia, sin necesidad de que exista sentencia penal previa respecto de la conducta incorrecta del donatario, el juez puede analizar la misma y declarar la revocación de la donación por causa de ingratitud.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL ECUADOR (Primera Sala de lo Civil y Mercantil), sentencia del 23-10-2001, n° 334-2001, en *Gaceta Judicial*, 2001, n° 7, p. 1858.

ELECCIONES. DIFUSIÓN DE PROYECCIONES A BOCA DE URNA. LÍMITES. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: el Defensor del Pueblo interpuso demanda de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del art. 191 de la Ley Orgánica de Elecciones (LOE), que limita la difusión de proyecciones de encuestas a boca de urna, porque consideró que dicha disposición afecta los derechos de información y expresión. A su vez, el apoderado del Congreso solicitó que se desestimara la demanda por considerar: a) que la norma impugnada se aprobó como parte del conjunto de propuestas que surgieron de la Mesa de Diálogo y Concertación para el Fortalecimiento de la Democracia en el Perú; y con el objeto de evitar distorsiones del orden público, y b) que la limitación impuesta a las libertades informativas no excluye ni anula su ejercicio, pues se trata de una restricción temporal, razonable y proporcional, y con el fin de preservar los fines constitucionales, tales como el normal desarrollo del proceso electoral y el mantenimiento del orden público.

2. Sentencia:

2.1. La norma, es sabido, una vez publicada y promulgada adquiere “vida propia”. Se desliga de la intención de su creador y posee vigencia autónoma, ubicándose en el contexto legislativo coexistente, frente a los futuros intérpretes y a las situaciones del porvenir.

El art. 191 de la LOE, prescribe: “La publicación o difusión de las encuestas y proyecciones de cualquier naturaleza sobre los resultados de las elecciones a través de los medios de comunicación puede efectuarse hasta el domingo anterior al día de las elecciones. El día de la elección sólo se pueden difundir proyecciones basadas en el muestreo de las actas electorales luego de la difusión del primer conteo rápido que efectúe la ONPE [Oficina Nacional de Procesos Electorales] o a partir de las 22.00 horas, lo que ocurra primero. En caso de incumplimiento, se sancionará al infractor con una multa entre 10 y 100 Unidades Impositivas Tributarias que fijará el Jurado Nacional de Elecciones; lo recaudado constituirá recursos propios de dicho órgano electoral”.

Al analizar el texto impugnado, opina el Tribunal que caben, al respecto, distintas interpretaciones. En efecto, una interpretación literal del texto del segundo párrafo del art. 191 lleva a una primera conclusión: que durante el período limitativo únicamente está permitida la difusión de las proyecciones de las encuestas, pero no la realización y difusión de las encuestas mismas. Esta opción interpretativa se deriva de la distinción entre “encuestas” y “proyecciones” que se realiza en el primer párrafo del artículo en cuestión, en tanto que el segundo -que contiene la restricción- sólo se refiere a las proyecciones. Desde esta perspectiva, como no lo prohíbe en su texto, lo dispuesto en este último párrafo permite las llamadas encuestas a “boca de urna” por parte de las empresas encuestadoras. También permite -porque tampoco lo prohíbe- su difusión por parte de los medios de comunicación, divulgando el número de votos que obtuvo cada candidato o cada lista de candidatos.

Por otra parte, dicho análisis literal lleva a una segunda conclusión: que no toda proyección está prohibida, sino únicamente aquellas basadas en el muestreo de las actas electorales. En consecuencia, están permitidas todas las demás, es decir, las que se apoyan en cualquier otra fuente de información, entre ellas, las que se refieren a las bocas de urna, pues éstas no consultan las actas electorales.

2.2. Frente a las distintas interpretaciones del mencionado párrafo segundo, corresponde considerar el principio de legalidad que debe respetar toda norma, bajo pena de perder su carácter obligatorio.

Cuando se restringen los derechos privilegiados de la libertad de expresión y de información, es opinión del Tribunal que la ley restrictiva debe expresarse con claridad y precisión especiales, lo cual supone una redacción concordante con la convicción y certeza que requiere transmitir a los ciudadanos a fin de su cumplimiento.

Al respecto, en *Connally v. General Const. Co.* (269 US 385 -1926-), la Suprema Corte de los Estados Unidos señaló: “Una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad”. Una ley poco clara puede inducir a los particulares a no ejercer sus derechos a expresarse, y también se presta a interpretaciones arbitrarias por parte de autoridades o funcionarios que actúan según su propio criterio.

2.3. Procede, ahora, pronunciarse sobre la constitucionalidad del texto exacto de la disposición cuestionada.

Con la prohibición de las proyecciones, lo que resulta vedado es el derecho a pensar. Por consiguiente, si se niega el derecho a la interpretación, es decir, a traducir los resultados numéricos proyectándolos mediante una simple operación mental matemática, se está violando el art. 2.4 de la Constitución, que protege la comunicación sin trabas de la información y de pensamiento. Tal protección incluye la preparación, elaboración, selección y difusión de la noticia. Tanto la libertad de expresión como la de información representan un valor básico político, pues constituyen una herramienta de control de los gobernantes, previniendo las arbitrariedades del poder. Esta es la finalidad de su constitucionalización y, por ello, toda limitación impuesta por el gobernante a su ejercicio debe interpretarse restrictivamente.

Seguidamente, es necesario valorar si la limitación a estos derechos fundamentales cumple, además, con los principios de necesidad, legitimidad y proporcionalidad de la medida restrictiva con el fin perseguido.

¿Es necesario retrasar la información al público respecto de las proyecciones de las encuestas realizadas con base en las actas electorales? El Congreso ha señalado tres razones que lo justificaría: la preservación del orden interno, la protección de la credibilidad de la ONPE, y la confiabilidad en los resultados del proceso electoral.

Si bien es cierto que la defensa del orden público interno es un bien constitucional, de tal importancia que en ciertos casos sí puede constituir razón valedera para restringir el

derecho a la información, ello ocurre exclusivamente, según la doctrina en la materia, cuando el peligro de desorden público es grave e inminente.

La divulgación de las proyecciones de las encuestas realizadas sobre el muestreo de las actas de las mesas, en este caso, tendría que influir negativa, inminente y peligrosamente en el orden interno; y, de igual manera, en la credibilidad de la ONPE y en la confianza ciudadana respecto a la legitimidad del proceso electoral. Es decir, el impacto comunicativo de esas proyecciones en la población debe ser de tal peligrosidad que resulta necesario postergar su difusión, por seis u ocho horas.

Considera el Tribunal que, en el momento actual, es relativa la gravedad e inminencia del peligro de desórdenes públicos, comparados al valor de la oportunidad para pensar, expresarse e informarse, que tienen los ciudadanos, especialmente durante los procesos electorales, pues se trata de hechos en cuya formación han contribuido los propios sufragantes y cuyos resultados les interesan a todos ellos. No habría, entonces, proporción entre el grado de peligro y el recorte al derecho de acceso a la información que poseen los electores.

La necesidad de retrasar las mentadas proyecciones no es una necesidad social, susceptible de justificar la limitación del ejercicio de los derechos privilegiados a la libre expresión e información. Por tanto, desde este punto de vista, no es respetuosa de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad.

En razón de lo expuesto, la adopción de la medida limitadora cuestionada resulta excesiva y no tolerable en un régimen democrático, donde la libertad de informar sólo puede ser restringida en la medida de lo estrictamente debido. Las encuestas y su difusión y proyección constituyen un importante elemento para conocer lo que piensa un sector de la sociedad y, como tales, representan un vehículo válido para la formación de una opinión pública y, a la vez, un importante mecanismo de control sobre la actuación de los organismos responsables de la transparencia del proceso electoral.

Por ello, el Tribunal considera que el segundo párrafo del art. 191 de la LOE es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que se derivan del estado de derecho democrático, y a los derechos constitucionales reconocidos en el art. 2, incs. 2 y 4; dejando subsistente la limitación de difundir cualquier información relacionada a la votación, cualquiera sea su fuente, antes de la hora del cierre de la misma.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERU (un juez emitió un voto concurrente), sentencia del 4-4-2001, *Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, encargado por Resolución Defensorial N° 66-2000/DP, contra el segundo párrafo del artículo 191 de la Ley N° 26859 -Ley Orgánica de Elecciones- modificado por el artículo 17 de la Ley N° 27369, en Justicia Electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2001, N° 15, p. 265.

ESCUCHAS TELEFONICAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (ESPAÑA).

La intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede entenderse constitucionalmente lícita si está legalmente prevista con suficiente precisión, autorizada por la autoridad judicial en el curso de un proceso mediante una decisión suficientemente motivada y si se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad, es decir, si su autorización se dirige a alcanzar un fin legítimo, como acontece cuando se adopta para prevención y represión de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para su investigación.

La comprobación de la proporcionalidad de la medida ha de construirse analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción.

A más de lo expuesto, corresponde añadir que también incide en la legitimidad de tal medida la falta de expresión o exteriorización, por parte del órgano judicial, tanto de la

existencia de los presupuestos materiales de la intervención -datos objetivos que hagan pensar en la posible existencia de delito grave, conexión de las personas con los hechos- como de la necesidad y adecuación de la medida -razones y finalidad perseguida-. El presupuesto habilitante es, como reiteradamente afirmó el Tribunal, un *prius* lógico “pues, de una parte, mal puede estimarse realizado ese juicio, en el momento de la adopción de la medida, si no se manifiesta, al menos, que concurre efectivamente el presupuesto que lo legitima. Y, de otra, sólo a través de esa expresión, podrá comprobarse ulteriormente la idoneidad y necesidad (en definitiva, la razonabilidad) de la medida limitativa del derecho fundamental”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Sala Segunda), sentencia del 29-1-2001, n° 14/2001, en *Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2000, tomo 59, p. 181.

EXTRADICIÓN. DOCTRINA (COLOMBIA).

La extradición es un instrumento de colaboración internacional en materia penal que ha adquirido su mayor relevancia en la lucha contra el delito de dimensión transnacional. Se trata de una decisión administrativa adoptada mediante trámite, en principio, breve y sumario, que no implica juzgamiento y tampoco puede dar lugar a un prejuzgamiento. La misma se orienta a permitir que la investigación o el juicio por una determinada conducta punible, o el cumplimiento de la sanción que corresponda, se den en el Estado requirente, cuando el presunto infractor se encuentre en territorio de un Estado distinto de aquel en el que se cometió el hecho o que resulte más gravemente afectado por el mismo. A tal efecto se parte del criterio de que ante el Estado requirente podrá la persona extraditada hacer efectivas las garantías procesales que rigen en países civilizados, y que incorporan las que se derivan del debido proceso.

En el caso concreto, si bien al remitirse al Estado requirente el sujeto extraditado, éste ha salido de la jurisdicción del Estado colombiano, cuyas autoridades ya no tienen, por consiguiente, la capacidad jurídica para disponer su retorno, no es menos cierto que el trámite de la extradición, en el que concurren tanto la voluntad del Estado que la solicita como la del que la concede, debe ceñirse estrictamente a lo que sobre el particular se disponga en los tratados, en la Constitución y en la ley, de manera que cuando al concederla se hayan quebrantado los derechos fundamentales de la persona extraditada, el Estado que la concedió está en la obligación de agotar las herramientas diplomáticas a su alcance para conseguir la reversión del trámite de la extradición.

La fiscalía no tiene asignada competencia expresa en la ley para el conocimiento de estos asuntos y tal competencia no puede derivarse del ámbito de sus funciones. En efecto, corresponde a la fiscalía investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los jueces competentes, así como adelantar las acciones que sean necesarias para esos efectos. En ese ámbito no cabe la competencia que ahora se analiza, tal como pasa a establecerse.

Es necesario, en primer lugar, determinar el ámbito de la competencia que es objeto de análisis. Se trata de verificar si el delito por el cual se solicita la extradición de un colombiano de nacimiento se considera cometido en el exterior de acuerdo con la legislación penal colombiana. La verificación se cumple a partir de la solicitud formulada por el gobierno extranjero y la documentación anexa a la misma. Como ha sido señalado por la Corte Suprema de Justicia y por esta corporación, es claro que en ese trámite administrativo de verificación no es dable controvertir las afirmaciones contenidas en la documentación de solicitud, lo cual es propio del proceso penal que, de concederse la extradición, habría de seguirse en el Estado requirente.

No corresponde a la fiscalía determinar si el delito se cometió en el exterior. Es un presupuesto cuya comprobación se cumple por la Corte Suprema de Justicia, sobre la base de la solicitud del Estado extranjero y la aplicación a la misma de los criterios de territorialidad establecidos en la ley colombiana.

Ese requisito constitucional, al exigir que el delito se haya cometido en el extranjero, no excluye la jurisdicción penal colombiana, puesto que tal como se ha señalado por esta corporación, puede ocurrir que el delito se considere cometido en el exterior y por consiguiente sea posible la extradición, pero que por haberse realizado la conducta parcialmente en Colombia, exista jurisdicción penal colombiana sobre ella. De lo que se trata es de que en los casos permitidos por la Constitución, de acuerdo con los tratados o con la ley, el Estado colombiano omita aplicar su propia jurisdicción, puesto que si frente a una determinada conducta delictiva hay concurrencia de jurisdicciones de estados distintos, el derecho y la práctica internacional apuntan a privilegiar la del Estado que tenga un interés prevalente en la investigación del delito y en la sanción del responsable.

Debe tenerse en cuenta que para todas las hipótesis de extradición, es condición necesaria que la persona solicitada se encuentre en Colombia, esto es, sometida a su jurisdicción penal. Y ello es así, tanto respecto de las conductas que se hayan realizado en Colombia pero que puedan considerarse cometidas en el exterior, como de las conductas realizadas totalmente en el exterior y cuyo autor se encuentre en Colombia. Y si para todos los supuestos de extradición se predicase el imperativo de que la fiscalía inicie investigación, con la consecuencia de que, independientemente del momento en el que la misma se inicie, imposibilita la extradición, se estaría dejando sin efecto alguno lo previsto en el art. 35 de la Constitución.

Si para el momento en el que se recibe la solicitud, ya existe respecto de la persona solicitada, por los mismos hechos, investigación o condena en Colombia, no es posible la extradición y habrá de aplicarse la jurisdicción penal colombiana.

Si, por el contrario, para ese momento no existe investigación o condena en Colombia, para determinar la jurisdicción aplicable con carácter excluyente, habrá de esperarse a la decisión sobre la extradición. Si se decide extraditar a la persona solicitada, no habrá lugar a la aplicación de la jurisdicción penal colombiana. Si la decisión es la de no extraditar, como quiera que los hechos que dan lugar a la extradición se consideran delito en Colombia y están sujetos a pena privativa de la libertad cuyo mínimo no es inferior a cuatro años, deberá iniciarse investigación penal en Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia del 20-2-2002, SU-110, en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Bogotá, Legis, 2002, n° 1, p. 238.

EXTRADICION. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD (INDIA).

1. Antecedentes del caso: el peticionante, que había sido extraditado a la India desde los Estados Unidos, fue acusado de delitos que no formaban parte del decreto de extradición tal como fue dictado por el tribunal de Texas en el marco del tratado de extradición que existe entre los Estados Unidos y la India. Sosteniendo que los tribunales en India no tenían jurisdicción para juzgarlo por delitos no especificados en el decreto de extradición, el peticionante recurrió a la Corte Suprema para que la *First Information Report (FIR)* y los cargos en su contra fueran anulados. Sus alegatos se fundaron en la sección 21 de la *Extradition Act 1962*, que dispone lo siguiente: “Cuando una persona acusada o condenada por un delito es entregada o devuelta por un país extranjero, esa persona, hasta tanto no sea restituida o haya tenido la oportunidad de retornar a aquel país, sólo podrá ser juzgada en la

India conforme a las normas del tratado de extradición y a los principios del derecho internacional, por los siguientes delitos: por el delito extraditible en relación al cual fue entregada o devuelta, o por el delito respecto del cual el país extranjero ha dado su consentimiento”.

2. Sentencia:

Un individuo que ha sido extraditado de un Estado soberano a otro no puede ser juzgado por delitos que no figuren en el decreto de extradición hasta que no haya sido restituido o haya tenido la oportunidad de retornar al Estado que lo entregó. No existiendo un tratado internacional de extradición, el principio de especialidad, que está presente en un sinnúmero de tratados bilaterales, ha alcanzado el estatus de norma consuetudinaria del derecho internacional. En relación a la India, el principio formaba parte del derecho interno en virtud de la sección 21 de la *Extradition Act 1962*, reemplazada por la *Extradition (Amendment) Act 1993*, que disponía, entre otras cosas, que una persona extraditada podía también ser juzgada por cualquier delito extraditible menor puesto en evidencia por los mismos hechos probados para la extradición, o por cualquier otro delito con el consentimiento del Estado entregador. Cuando un Estado deseaba juzgar a un individuo por un delito distinto que aquel especificado en el decreto de extradición, el individuo debía ser retornado al país que lo extraditó y debía formularse un nuevo pedido de extradición en relación a ese delito. El principio de especialidad era un corolario del principio de doble incriminación y se basaba en la premisa de que cada vez que un Estado entregaba a otro una persona para ser juzgada por una acusación específica, el Estado peticionante debía procesar a la persona por esa acusación y por ninguna otra. De esa manera, los individuos quedaban protegidos por el debido proceso y no serían víctimas de venganza política. No existe norma alguna del derecho internacional que imponga a un Estado el deber de entregar a un prófugo en ausencia de un tratado de extradición. La ley de extradición es dual: por un lado, se trata de derecho local, y por otro es parte del derecho internacional, en tanto y en cuanto regula las relaciones entre dos Estados soberanos sobre la cuestión de si un individuo puede ser entregado por un Estado soberano a otro. Esta cuestión la deben decidir los tribunales nacionales sobre la base de los compromisos internacionales y de las normas del derecho internacional sobre el tema.

CORTE SUPREMA DE LA INDIA, *Lahoria v. Union of India And Others and other petitions*, en *Commonwealth Law Bulletin*, Londres, Commonwealth Secretariat, 2001, vol. 27, n° 1, p. 448.

INDIGENAS. DERECHO A TRABAJAR. DERECHO CONSUECUDINARIO. COMUNIDADES INDÍGENAS. EXPULSIÓN DE INDIVIDUOS POR VIOLACIÓN DE LAS NORMAS INTERNAS SOBRE DIVISIÓN DEL TRABAJO (BOLIVIA).

1. Antecedentes del caso: los peticionantes Juan Ticona Mamani y Filomena Cruz Alí de Ticona interpusieron un recurso de amparo constitucional contra ciertos funcionarios gubernamentales alegando la vulneración de sus derechos a trabajar, ingresar, permanecer y transitar libremente por el territorio nacional, a la propiedad privada y a percibir una justa remuneración por su trabajo. Afirmaron que desde hace más de 12 años viven en la comunidad de San Juan del Rosario y que, ante la necesidad de trabajo, construyeron e instalaron un hospedaje que les ha ayudado a prosperar económicamente pero que dio lugar a que los demás integrantes de la comunidad comenzaran a mirarlos con envidia, invitándolos y, posteriormente, intentando obligarlos a abandonar el lugar, en violación a lo dispuesto por la Constitución.

2. Sentencia:

Dada la compleja problemática planteada por los recurrentes respecto a los derechos culturales y costumbres de los pueblos indígenas y a la aplicación de su derecho consuetudinario, y con el objeto de contar con elementos de juicio sobre las características, costumbres y otros aspectos sociológicos y culturales de la comunidad donde se produjeron los hechos de la causa, se contrató a un equipo técnico en la materia para que realizara un estudio y se suspendió el plazo para dictar sentencia.

2.1. Para una correcta valoración de todos los elementos pertinentes corresponde efectuar algunas puntualizaciones previas, vinculadas a lo que implica la vida en una comunidad campesina o en un pueblo indígena.

Las normas de conducta y de desenvolvimiento del ser humano en comunidad son producidas por valores culturales, provenientes de diferentes campos de acción humana, económica, política, social, religiosa, etc. Son la fuente del derecho propiamente dicho y, como principio del concepto de justicia, sólo pueden ser definidas por la cultura y no en forma trascendente o absoluta. Lo jurídico está cultural e históricamente definido.

La Constitución reconoce que Bolivia es un país multiétnico y pluricultural. Una parte de esa pluriculturalidad se encuentra relacionada estrechamente con un pluralismo jurídico vigente desde la época de la conquista y la colonia -puesto que la justicia comunitaria ha sobrevivido desde entonces, no obstante que existe desde épocas precolombinas- aunque reconocido recientemente de manera formal por la Ley Suprema. La vigencia de dicho pluralismo jurídico tiene una trayectoria histórica importante como resultado de una doble relación con los sectores dominantes: la de la resistencia por mantener sus estructuras comunitarias autónomas frente al Estado, pero, al mismo tiempo, la relativa a la asimilación de las prácticas dominantes en un proceso lento y evolutivo de homogeneización sociocultural. En un país con diversas etnias y culturas como es Bolivia, las comunidades campesinas y pueblos indígenas mantienen con mucha fuerza instituciones y prácticas de trabajo, de relaciones humanas, intrafamiliares, de repartición de la tierra y de resolución de conflictos conocidos como “derecho consuetudinario”, aunque es más adecuado y propio referirlo como “justicia comunitaria”. Las prácticas socioculturales antedichas perduran gracias a la persistencia de la comunidad en su sentido más amplio, es decir, como estructura social en la que se desarrollan campos de acción en lo político, religioso, económico, laboral y jurídico.

No obstante la importancia de las costumbres socioculturales y el respeto que la sociedad debe demostrarles, no se debe olvidar que las instituciones sociales de las comunidades campesinas y pueblos indígenas no existen aisladas sino que forman parte de un contexto social mucho más amplio y complejo. Precisamente ahí radica el problema para definir los sutiles límites entre la “justicia comunitaria” y la “justicia oficial”, entre el derecho consuetudinario y el ordenamiento jurídico general imperante en el país, sin lesionar ninguno de ellos. Para no incurrir en el peligro de desconocer el valor y fundamento de las costumbres y culturas ancestrales, o de vulnerar el orden legal establecido, debe llegarse a un punto de convergencia tal en el que ambos encuentren convivencia armónica, sin que ninguno avasalle al otro, resguardando en ambos, los derechos colectivos de las comunidades y los derechos fundamentales de las personas.

2.2. El resultado del informe que esta Corte ordenó realizar constituye el fundamento y la base, juntamente con el criterio constitucional de resguardo de los derechos fundamentales del ser humano, para poder dirimir la controversia suscitada, la cual no puede ser resuelta aplicando única y exclusivamente las normas de la “justicia oficial”, sino que fue necesario comprender la forma de vida y la mentalidad que tienen los comunarios, para, a partir de ello, analizar lo acontecido y aplicar los correctivos necesarios para devolver la paz y armonía a esa tranquila Comunidad.

Conforme a dichos resultados, el sistema productivo de la Comunidad está basado especialmente en la producción agrícola, habiéndose introducido un elemento relativamente nuevo que es la hotelería y otras actividades relacionadas. El trabajo comunitario es de vital

importancia porque aún conserva la modalidad de la minka, que es un sistema de trabajo prehispánico en el que todos los miembros de la comunidad deben participar y esforzarse en las labores que beneficiarán a todos, entendiéndose que esa actividad es obligatoria puesto que genera desarrollo y ventajas para el grupo humano en general. Existe, entonces, una obligación moral de participar y compartir en las actividades, permaneciendo en todas las familias el deber de retribuir en igual forma el beneficio recibido. Ese trabajo en comunidad, con la captación de financiamientos logrados con algunas instituciones y con fuerte aporte local en material y mano de obra (y algunas veces sólo con aportes locales), ha permitido que la Comunidad cuente con un nivel de infraestructura totalmente diferente al de otras comunidades vecinas mayores en población (sistema de agua potable, energía eléctrica a motor, teléfono público, plazoletas, mejoramiento de la escuela y el colegio, museo etnográfico, etc.).

En la comunidad a la que pertenecen los accionantes, la organización social ha sido plenamente aceptada desde antaño por todos y cada uno de sus miembros y funciona como un engranaje perfecto y, por ende, la presencia de un elemento disociador quebranta no sólo la convivencia armónica y tranquila de toda la comunidad, sino que también afecta los resultados del trabajo que en ella se proponen quienes sí acatan sus reglas.

2.3. En el caso sometido a examen, los recurrentes no han cumplido con los compromisos contraídos con la Comunidad, no han participado de los trabajos comunitarios, cancelado las cuotas periódicas ni las multas que les han impuesto por tales incumplimientos, a más de no haber observado el monto fijado para el cobro de hospedaje en los hoteles. En ese contexto, las autoridades recogieron la inquietud y preocupación de los comunarios por cuanto los aquí peticionantes se perfilaron como personas que hacían variar todo el sistema que ellos respetan y cumplen, y les remitieron una “carta de agradecimiento”, para que abandonen el lugar. Cabe mencionar que la amenaza contenida en dicha nota, de cortarles el suministro de agua potable y energía eléctrica, no se cumplió, pues ello habría configurado un acto ciertamente ilegal y lesivo a los derechos de los actores.

Si bien es cierto que toda persona tiene reconocidos sus derechos al trabajo, a ingresar, permanecer y transitar libremente por el territorio nacional, y a percibir una justa remuneración por su trabajo, no es menos evidente que los mismos no son absolutos, encuentran límites en el interés colectivo, la paz social y el orden público. En la especie, los recurrentes deben lograr un equilibrio entre sus intereses y los intereses de la comunidad, de modo tal que ninguno perjudique al otro, sino que, por el contrario se pretenda lograr avances en beneficio general, manteniendo el clima de comprensión, consenso y tranquilidad de ese especial grupo humano. Las reglas de comportamiento tomadas y acordadas en las reuniones de las comunidades campesinas deben ser acatadas por todos los comunarios, así como por las personas que se asienten en sus predios, aunque no fueren campesinos, a fin de preservar los valores y principios de solidaridad, costumbres y organización tradicional que caracteriza su régimen de vida, dentro de una comunidad igualitaria, lo cual de modo alguno implica que la comunidad, a título de hacer cumplir sus normas, conculque el ordenamiento jurídico general existente en el país. Pese al esfuerzo para contar con un instrumento normativo que permita armonizar en un mismo Estado la existencia de dos sistemas valorativos diferentes dentro de una realidad tan compleja, no se ha podido plasmar el anteproyecto en un cuerpo normativo que establezca las directrices imprescindibles para coordinar la justicia ordinaria propia de la concepción occidental, con la justicia indígena, cosmovisión claramente asentada en particularidades que le proporcionan una lógica diferenciada. El Tribunal considera que es menester encontrar una justa proporción entre la pretensión de los recurrentes de permanecer en la Comunidad y la de los miembros de ésta para que los nombrados la abandonen, disponiendo una medida conciliadora, para que los primeros cumplan las reglas de la Comunidad de las cuales no pueden substraerse en tanto residan en ella, y los segundos, observando la voluntad, traducida en hechos, de los esposos Ticona-Cruz, les permitan

reencauzar su conducta y volver al régimen de vida, sistema de trabajo y convivencia armónica de la comunidad, toda vez que no se puede aprobar la disposición de los demandados de echar a los recurrentes de la comunidad, pero tampoco se puede admitir que éstos permanezcan en ella sin cumplir sus normas.

2.4. De lo analizado, se concluye que el juez de amparo, al haber declarado procedente el recurso, ha actuado correctamente. Sin embargo, por las características especiales del caso, se deben modular los efectos de dicha procedencia. Por lo tanto, se aprueba la sentencia pronunciada por el mencionado magistrado condicionando los efectos de la tutela otorgada a que los recurrentes adecuen de inmediato su conducta a las normas comunitarias, participando puntual y oportunamente en los trabajos comunes y acatando las decisiones de las autoridades, en tanto no sean contrarias a los derechos y garantías fundamentales.

A efectos de lograr el equilibrio y armonía buscados, los recurridos deberán informar por escrito a este Tribunal, en el plazo de 6 meses a partir de la notificación del presente fallo, si los recurrentes han adaptado su forma de vida a las costumbres de la Comunidad. Se exime de responsabilidad a los recurridos por existir error excusable.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, sentencia del 11-3-2003, n° 0295/2003-R, en <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/resolucion6348.html>.

JUBILACIONES Y PENSIONES. FUNCIONARIOS. ACTUALIZACIÓN DE JUBILACIONES. **DERECHO A LA IGUALDAD.** DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DE LA NACIONALIDAD. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 1 Y 14 Y ART. 1 DEL PROTOCOLO 1 (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: Amadou Diop, ciudadano senegalés, fue enrolado en el ejército francés el 4 de febrero de 1937, titularizado como auxiliar de gendarmería el 1 de julio de 1947, y terminó su carrera con el cargo de sargento-jefe el 1 de abril de 1959. Como remuneración por sus servicios, se le concedió a partir de esta última fecha una jubilación militar conforme a las tasas proporcionales para todos los agentes del sistema público francés. A consecuencia de la independencia de Senegal, Amadou Diop perdió la nacionalidad francesa y su jubilación fue reemplazada, a partir del 2 de enero de 1975, por un subsidio que no puede ser actualizado en las condiciones previstas en el Código de Pensiones Civiles y Militares (Código). Como consecuencia de ello, presentó una demanda que llegó a la Cámara de Apelaciones Administrativa de París, que el 7 de julio de 1999 anuló la decisión implícita del Ministro de Defensa que rechazó la actualización de la jubilación militar que le hubiese correspondido si hubiese conservado la nacionalidad francesa y obligó a pagar los haberes debidos con sus respectivos intereses. Los Ministros de Defensa y de Economía, Finanzas e Industria solicitaron al Consejo de Estado la anulación del citado fallo.

2. Sentencia:

El art. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), ratificada por Francia por ley del 31 de diciembre de 1973 y publicada en el Boletín Oficial por decreto del 3 de mayo de 1974, establece: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I de la presente Convención”, y conforme al art. 14 de la Convención: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. En virtud a las estipulaciones del art. 1 del Primer Protocolo Adicional (Protocolo): “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas

por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas”.

En virtud del art. L. 1 del Código, las jubilaciones son prestaciones pecuniarias, personales y vitalicias que son otorgadas en virtud de los servicios cumplidos hasta la cesación regular de sus funciones por parte de los agentes públicos enumerados en dicho artículo. Por ello, la Cámara de Apelaciones no cometió error cuando las consideró créditos que deben ser estudiados como bienes en el sentido del art. 1 del Protocolo.

Una distinción entre personas que se encuentran en una situación análoga es discriminatoria, en el sentido del art. 14 de la Convención, si no surge de justificaciones objetivas y razonables, o sea, si no procura un objetivo de utilidad pública o si no está fundada en criterios objetivos y racionales con respecto a los fines de la ley.

Tal como surge de la letra del art. 71 de la ley del 26 de diciembre de 1959, los ciudadanos de los países allí mencionados reciben a partir de la fecha, en lugar de su jubilación, un subsidio no actualizable en las condiciones previstas por el Código. Luego, cualquiera haya sido la intención inicial del legislador manifestada en los antecedentes de la ley, la Cámara no cometió error de derecho al juzgar que tal artículo creaba una diferencia de tratamiento entre los jubilados con la nacionalidad como única base.

La jubilación constituye para los agentes públicos una remuneración diferida destinada a asegurarles condiciones materiales de vida acordes con la dignidad de sus funciones pasadas. Conforme a la finalidad de las jubilaciones, no se justifica un tratamiento diferenciado que resulte de la diversa situación que exista entre los antiguos agentes públicos de Francia, ya sea que resulten ciudadanos franceses o ciudadanos de los Estados que se independizaron. Los antecedentes parlamentarios del art. 71 de la ley de 1959 muestran que éste tenía por finalidad hacer valer las consecuencias de la independencia de los países mencionados y la evolución económica diferenciada con respecto a Francia, que privaba de justificación la actualización de las jubilaciones en función de la evolución de las de los funcionarios franceses. La diferencia de tratamiento creada entre los jubilados, únicamente en razón de la nacionalidad, no puede ser considerada como basada en un criterio objetivo. Estas disposiciones son, de hecho, incompatibles con las estipulaciones antes mencionadas del art. 14 de la Convención. Por ello, la Cámara no cometió error de derecho cuando consideró que no era justificado el rechazo del Ministro de Defensa a la solicitud presentada por M. Diop para que se actualice su jubilación.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA, sentencia del 30-11-2001, n° 212179, *Ministre de la Défense c/ M. Diop*, en *Revue française de droit administratif*, París, Dalloz, 2002, n° 1, p. 193.

JUECES. IMPARCIALIDAD. RECUSACIÓN (AUSTRALIA).

1. Antecedentes del caso: las partes iniciaron un juicio de divorcio. El punto más importante de las disputas fue el referido a la división del patrimonio. El juicio, que se prolongó por 66 días, se caracterizó por incontables alegatos contradictorios hechos por las partes. Durante el interrogatorio al demandado, el juez, dada la naturaleza del asunto que debía dirimir, afirmó que “buscaría, en la medida de lo posible, pruebas independientes”, y más tarde comentó que “confiaría, principalmente, en los testigos más que en las partes a fin de determinar dónde radica la verdad”. Al día siguiente, la parte actora pidió que el juez se excusara sobre la base de que había mostrado parcialidad en forma de prejuizgamiento sobre las partes, y que este caso no se distinguía de *R v. Watson, ex parte Armstrong (1976)*, en el que el juez del tribunal fue acusado de prejuizgamiento acerca de las pruebas de las partes con

base en las declaraciones que había formulado. El juez rechazó el pedido de excusación y dijo: “Mis palabras no deben ser consideradas como un prejuicio contra la credibilidad de las partes, sino que sólo estaba afirmando la necesidad de buscar otras pruebas que ayuden a determinar quién dice la verdad. No estaba diciendo que no aceptaría las pruebas de alguna de las partes: no pongo en duda la credibilidad de ninguna de las partes”. No se pudo probar que el juez haya actuado con parcialidad. La *Court of Appeal* respaldó la decisión del juez con respecto al pedido formulado por la actora.

2. Sentencia:

La manera de determinar si un juez debe ser descalificado en razón de aparente parcialidad consiste en que un observador lego y sensato pronuncie su impresión acerca de la imparcialidad que aplica el juez a la resolución de la cuestión requerida. Este modo de comprobación difiere del que se utiliza en el Reino Unido, ya que el *common law* australiano se funda en el principio de que se debe hacer justicia, y que se debe ver justicia para que se haga justicia.

La figura del hipotético observador razonable de la conducta del juez se postuló a fin de hacer hincapié en la objetividad de la prueba, y se funda en la necesidad de que exista confianza pública en el Poder Judicial y no solamente en la valoración que otros jueces hagan sobre el desempeño de un colega. Sin embargo, la razonabilidad de una apreciación de parcialidad debe ser analizada en el contexto de la práctica judicial ordinaria que se desarrolla a través del tiempo; por eso, hay que tener en cuenta las modernas exigencias a las que está sometido el juez. Por ejemplo, el manejo de los casos necesitó generalmente la intervención activa del juez en el proceso, a un punto tal que resultaría sorprendente para una persona lego.

Tomadas en forma individual, algunas aseveraciones hechas por el juez en este caso pueden dar la impresión de que desconfió de los testimonios de las partes, pero, tomadas en su totalidad, no se puede objetivamente afirmar que hay indicios de parcialidad. Es jurisprudencia establecida que un juez que hizo una afirmación que parece indicar que hay prejuizamiento puede retirar lo dicho o corregirse. Por eso este caso se distingue de *R v. Watson, ex parte Armstrong* ya que, si se lo analiza a la luz de una explicación posterior, no se debe entender que el juez haya expresado una opinión concluyente acerca de la credibilidad de las partes. En particular, no se debe entender que juzgó acerca de la credibilidad del demandante.

Para el *common law* de Australia es legítimo tomar en consideración el derecho internacional de los derechos humanos cuando éste enuncia principios de aplicación universal. La regla fundamental de que toda decisión judicial debe estar libre de parcialidad ha sido aceptada por el derecho internacional de los derechos humanos, que apoya la idea de que las partes puedan poner en tela de juicio la imparcialidad de un fallo. La observación de la actividad judicial en estos últimos años destaca la importancia que el derecho da a la *aparencia* de imparcialidad tanto como a la *realidad* de la justicia. El alejamiento de las antiguas reglas, que requerían la prueba afirmativa de un “peligro real” de parcialidad, se debe en parte a la creciente inclinación de las partes y del público a tomar con escepticismo la afirmación de que los jueces, debido a su experiencia, aplican en su trabajo la mente libre de toda influencia. Pero regían aún muchas limitaciones al pedido de descalificación de un juez. El método empleado a fin de evaluar la parcialidad se expresaba en términos de “posibilidades” más que de “altas probabilidades”. Así, el derecho australiano fue más lejoso que el inglés e impuso un método de prueba más protector de la integridad de la elaboración de sentencias judiciales. Pero, a la luz de la estricta naturaleza de ese principio, los jueces deben estar atentos a que las partes quieran utilizarlos en ventaja propia y no deberían acceder demasiado fácilmente a las insinuaciones sobre una supuesta parcialidad. Se debe aplicar un criterio realista. Por ejemplo, el silencio del juez también puede ser considerado como signo de injusticia en algún caso, por lo que un diálogo franco puede muchas veces ayudar a evitar malos entendidos. También era necesario un ajuste en las reglas de reserva (*reticence rules*) en

las observaciones judiciales debido al creciente número de juicios y en aras de la eficiencia del proceso judicial. Del mismo modo, la naturaleza contradictoria de los procesos en Australia exige la intervención del juez para que aliente un enfoque apropiado del juicio.

Por estas razones, el conocimiento que se le atribuía al observador ficticio era importante. Éste, si bien no era un abogado, tampoco era una persona desinformada acerca del derecho en general o del asunto que debía resolverse. El observador era razonable y sensato y se supone que debía saber, entre otras cosas, que los jueces a veces dicen cosas de las que luego se arrepienten y que eso no necesariamente los descalifica, o que existen presiones profesionales fuertes sobre el juez y que éste no debe mostrarse ni displicente ni excesivamente sensible o desconfiado. Por todo esto, no existió prejuzgamiento de parte del juez en este caso.

CORTE SUPREMA DE AUSTRALIA, *Johnson v. Johnson*, en *Commonwealth Law Bulletin*, Londres, Commonwealth Secretariat, 2001, vol. 27, n° 1, p. 338.

JUECES. IMPARCIALIDAD. RECUSACIÓN (ESPAÑA).

Es reiterada doctrina del Tribunal que las causas de abstención y recusación que figuran en las leyes tienden, precisamente, a asegurar la imparcialidad del órgano judicial. En efecto, la imparcialidad personal del juez exige que éste resuelva sobre el fundamento de la acusación con el mayor grado de independencia y equilibrio, evitando que actúe como parte en el proceso contradictorio frente al acusado, cuando debe ser un órgano imparcial que ha de situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas, para decidir justamente la controversia determinada por sus pretensiones en relación con la culpabilidad o inocencia, sin que por lo tanto pueda anular o sustituir las funciones oficiales pertenecientes al Fiscal o a las partes ofendidas o interesadas en ejercer la acusación por delitos o faltas.

Así, el requisito de la imparcialidad supone la posibilidad de recusar a los jueces y magistrados en quienes se estime que concurre alguna de las causas legalmente tipificadas como tales en el art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que, por ello, el derecho a formular recusación, constitucionalmente garantizado, comprende la necesidad de que la pretensión de la parte se sustancie a través del procedimiento previsto por la ley y que la cuestión sea enjuiciada por un juez distinto del que haya sido objetado.

La imparcialidad del órgano judicial aparece así como una exigencia básica del proceso con todas las garantías y va dirigida a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio, y que se someta exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio. Esta sujeción estricta a la ley supone que esa libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada *a priori* por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del derecho.

Según la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: a) que el juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; y b) que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra (*Holm*, del 25-11-1993, *Gautrin y otros*, del 20-5-1998, entre otras).

Por su parte, el Tribunal distingue entre las causas que puedan afectar a la imparcialidad subjetiva, en las que se integran todas las dudas que derivan de determinadas relaciones del juez con las partes, de las que influyen en la imparcialidad objetiva, dentro de

las cuales se comprenden aquellas otras que se evidencia la relación del juez con el objeto del proceso.

En cualquier caso, para que un juez pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto es preciso, en garantía de la imparcialidad, que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el juez no es ajeno a la causa o que hagan temer, por cualquier relación con el caso concreto, que no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico.

Nota de la Secretaría: el art. 219 citado, dice lo siguiente: “Son causas de abstención y, en su caso, de recusación: 1) El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de los expresados en el artículo anterior [art. 218: ... 2. En los asuntos penales, el Ministerio Fiscal, el acusador particular o privado, el actor civil, el procesado o inculpado, el querellado o denunciado y el tercero responsable civil.]. 2) El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el letrado y el procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa. 3) Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas. 4) Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta. 5) Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en el como fiscal, perito o testigo. 6) Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes. 7) Tener pleito pendiente con alguna de éstas. 8) Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los expresados en el artículo anterior. 9) Tener interés directo o indirecto con el pleito o causa. 10) Haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia. 11) Ser una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa. 12) Haber ocupado el Juez o Magistrado cargo público con ocasión del cual haya podido formar criterio, en detrimento de la debida imparcialidad, sobre el objeto del pleito o causa, sobre las partes, sus representantes y asesores”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Pleno), sentencia del 17-3-2001, nº 69/2001, en *Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2000, tomo 59, p. 930.

JUECES. IMPARCIALIDAD. RECUSACIÓN. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 6 (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: el Tribunal de Prácticas Restrictivas se encontraba analizando una petición formulada por el Director General de Comercio Equitativo acerca de la *Resale Prices Act 1976*, que fue contestada por dos Asociaciones de Comercio. Entretanto, *R.*, un miembro lego del tribunal, se postuló para un cargo en una consultora de economía. Cuando *R.* se enteró de que uno de los testigos propuestos por el Director General de Comercio Equitativo para este caso era uno de los directores de la consultora, envió una declaración personal a las partes explicándoles lo sucedido, y que en vistas a que tanto ella como el director de la consultora estaban involucrados en el caso, no procedería a postularse hasta tanto finalice el juicio. *R.* rechazó el pedido de las Asociaciones de Comercio para que se excuse de participar en el caso. También envió otra declaración personal a las partes en la que explicó, entre otras cosas, que en cuanto advirtió que la consultora estaba involucrada en el caso se dio cuenta de que era inapropiado incorporarse a esa empresa, y que estaba claro ahora que en la consultora no tenían interés en incorporarla y que decidía no aceptar el empleo hasta pasados dos o más años de la conclusión del proceso. Adjunta a esta última declaración había una nota de uno de los directores de la consultora que decía que no había en ese momento

puesto libre alguno para *R.* y que era improbable que existiera uno en el futuro cercano. Entonces las Asociaciones de Comercio pidieron al tribunal que ordene a *R.* y a otros miembros del tribunal presuntamente influenciados por los sucesos que se excusaran por parcialidad. El tribunal sostuvo que el asunto esencial era si la conducta de *R.* respecto de la postulación para el puesto daba origen a un real peligro de parcialidad, es decir, si las Asociaciones tenían fundamentos legítimos para temer una falta de imparcialidad. El tribunal dictaminó que *R.* no se había dado cuenta del potencial conflicto de intereses en el momento en que envió su postulación, y que cualquier posibilidad de parcialidad fue descartada una vez que quedó claro que *R.* no tenía posibilidad alguna de acceder a un puesto en la firma. Por eso el tribunal sostuvo que no existía justificación objetiva para temer falta de imparcialidad y rechazó la petición. Las Asociaciones apelaron a la *Court of Appeal*.

2. Sentencia:

Se revoca la sentencia del Tribunal de Normas Restrictivas. Por efecto del art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos y teniendo en cuenta el abordaje de la Corte Europea de Derechos Humanos, que está de acuerdo con la *Human Rights Act 1998*, el tribunal debería, primero, determinar todas las circunstancias que hacen relevantes la suposición de que un juez fue parcial, y preguntarse, después, si esas circunstancias llevarían a un observador sensato e informado a pensar que existió una posibilidad o un peligro real de que el juez haya sido parcial. En lugar de determinar si las aseveraciones de *R.* eran veraces, el tribunal debería haber considerado qué impresión causaría su conducta, incluidas sus explicaciones, a un observador sensato. Un observador tal no quedaría convencido de que todas las posibilidades de que *R.* trabaje para la consultora en un futuro quedaron abortadas, o que ella no podría esperar trabajar para la firma en su debido momento. Dadas las circunstancias, el observador sensato entendería que sí existía un peligro real de que *R.* estuviera imposibilitada de hacer una valoración objetiva e imparcial de las pruebas presentadas por la firma al tribunal. Por todo lo expuesto, *R.* debería haberse excusado y el resto de los miembros del tribunal debieron apartarse del caso.

CAMARA DE APELACIONES DEL REINO UNIDO, *In re Medicaments and Related Classes of Goods* (N° 2), en *Commonwealth Law Bulletin*, Londres, Commonwealth Secretariat, 2001, vol. 27, n° 1, p. 372.

LIBERTAD DE CULTO. LIBERTAD DE EXPRESION. TOLERANCIA (ISRAEL).

1. Antecedentes del caso: la Segunda Autoridad para la Televisión (Autoridad), que es una empresa constituida conforme a una ley especial, quiso transmitir un sábado un documental filmado en días de semana vinculado a la vida y creencias de los judíos ortodoxos peticionantes, quienes habían participado activamente en el mismo, incluso dando varias entrevistas. Los peticionantes se opusieron a la transmisión con base en que ésta vulneraría su sensibilidad religiosa y su libertad de culto y que, si bien ellos no violarían personalmente el *Sabbath*, la transmisión los haría cómplices de ese hecho. Es de destacar que los peticionantes no habían acordado con la emisora el día en que se transmitiría la película y deberían haber sabido que se difundiría en el marco de la serie de documentales de los sábados. Por otra parte, los programas que se emiten esos días y que incluyen la intervención de judíos ortodoxos, por rutina llevan subtítulos que informan a los televidentes que la filmación se realizó en días de semana. En este caso, la Autoridad ofreció incluir dichos subtítulos y una declaración de que los peticionantes se habían opuesto a que se transmitiera ese día, pero éstos rechazaron esa oferta invocando un derecho de naturaleza no contractual a que la película no se transmitiera el día mencionado.

2. Sentencia: la transmisión de la película un día sábado no viola la libertad religiosa ni violenta excesivamente la sensibilidad religiosa de los peticionantes.

La accionada es una empresa constituida conforme a una ley especial (*statutory corporation*) cuya discrecionalidad está sujeta a los principios del derecho público que le exigen realizar un balance adecuado entre los valores y principios relevantes. Por un lado, los apelados tienen derecho a la libertad de expresión, que incluye el derecho a la expresión artística y un derecho a que el público conozca a esta última. Por el otro, está la sensibilidad religiosa de los peticionantes. Es cierto que conocer que la transmisión del programa se haría un día sábado -lo cual, a juicio de los peticionantes, los convertiría en cómplices de la violación del *Sabbath* - afectó la sensibilidad religiosa de éstos y que impedir esa violación es un tema de interés público. Una sociedad cuyos valores son judíos y democráticos protege los valores sociales en general y los religiosos en particular. Una transgresión grave de los sentimientos religiosos corroe la tolerancia, que es uno de los valores que une a la sociedad en Israel. El deber de no violentar la sensibilidad religiosa de otro deriva directamente del deber de tolerancia mutua entre los ciudadanos libres de diferentes religiones, sin el cual no es posible la existencia de una sociedad heterogénea y democrática como ésta.

2.1. Sensibilidad religiosa

La jurisprudencia de la Corte ha considerado extensamente el balance a realizar entre los derechos de las partes, estableciendo que la libertad de expresión debe prevalecer a menos que la violación a la sensibilidad religiosa sea casi cierta, real y grave (*almost certain and the violation was real and severe*). La violación debe exceder el límite de tolerancia de la sociedad israelí.

En este caso, no hay duda de que se produciría una violación “casi cierta” (*almost certain*) de la sensibilidad religiosa de los peticionantes, pero la misma no resultaría excesiva en términos de su gravedad. Los “límites de tolerancia” de la sociedad israelí, que vive en un país judío y democrático, incluyen situaciones en las cuales los programas de televisión que se transmiten los sábados contienen imágenes de judíos religiosos, que pueden ser políticos o no, participando activamente en entrevistas o en apariciones fortuitas. Esta ha sido la situación en Israel durante muchos años. El perjuicio a los sentimientos religiosos de los peticionantes no conmueve los fundamentos religiosos de la tolerancia mutua en el Estado. Una conclusión diferente terminaría con las transmisiones televisivas los sábados, días que habitualmente se transmiten sesiones del *Knesset*, entrevistas, programas de entretenimientos y otros en que intervienen judíos ortodoxos. Esto no se compadecería con “los límites de tolerancia” en términos de sensibilidad religiosa aceptados tradicionalmente en Israel. En verdad, el riesgo de sufrir una lesión cierta a los sentimientos religiosos es un precio que toda persona, cualquiera sea su religión, debe, en muchos casos, pagar por vivir en una sociedad democrática, en la cual las personas laicas viven junto a las religiosas, y las pertenecientes a una religión junto a las de otra.

Empero, también hay casos -como éste- en que una persona que tiene una especial dificultad en admitir una violación a su sensibilidad religiosa podría impedir que ésta ocurra. Una persona, que está dispuesta a ser entrevistada para la televisión pero no a que dicha entrevista se transmita un sábado, podría poner esto como condición para conceder la entrevista. Los peticionantes no tomaron esa precaución y, por lo tanto, su pretensión relativa a la violación ilícita a su sensibilidad religiosa tiene que ser desestimada.

2.2. Libertad religiosa

Los peticionantes afirman que de un balance entre la libertad de expresión y la religiosa aquí en juego, resulta que el perjuicio que les causa la transmisión del programa un sábado es más grave que el que se produce a la Autoridad si se transmite el programa durante la semana.

Debe distinguirse una violación a la sensibilidad religiosa de una a la libertad religiosa. La primera violenta un interés público. El balance a realizar entre este interés y la violación a la libertad de expresión es vertical. La libertad de expresión tiene mayor gravitación a menos que exista la probabilidad o la casi certeza de que va a producir un daño grave al interés público.

La violación a la libertad religiosa se refiere a la libertad de una persona y requiere realizar el balance adecuado entre dos libertades. Este balance es horizontal y da lugar a restricciones en términos del tiempo, lugar y forma, que permite el goce de cada una de estas libertades. A fin de determinar si en este caso debe realizarse el mencionado balance horizontal, es necesario examinar el alcance de los derechos en cuestión y ver dónde chocan.

Generalmente se admite que la libertad religiosa es un derecho básico en Israel, que incluye la libertad de una persona a creer y a actuar conforme a sus creencias, observando sus reglas y costumbres. Por ende, comprende el derecho a no verse obligado a actuar en forma contraria a su religión, a expresarse mediante el uso de vestimenta que satisface las exigencias de su religión. Esta no es una enumeración taxativa. La libertad religiosa está vinculada a la persona y al desarrollo de su identidad. Es parte de su “yo soy”, y del mismo modo que ese “yo soy” constituye un fenómeno complejo que no puede delinarse claramente, tampoco es posible delinear las fronteras de la libertad religiosa.

La transmisión del programa un sábado no viola la libertad de creer y de actuar conforme a esas creencias. No impide a los peticionantes observar las reglas y costumbres de su religión. En esencia, los peticionantes afirman que los actos de otros (los apelados), violatorios de los preceptos religiosos, son equiparables a una violación de su propia libertad religiosa. Esta Corte rechazó en el pasado este tipo de pretensiones. Por ejemplo, desestimó el argumento de que la transmisión televisiva de los sábados violaba la libertad religiosa de las personas que no ven televisión ese día, resolviendo que nadie está obligado a ver televisión el *Sabbath* y en que sólo se viola dicha libertad si se impide a una persona la observancia de los mandatos de su religión y creencias, o llevar una vida de persona religiosa. En un caso diferente, tampoco se acogió la pretensión de que la importación de carne que no es *Kosher*, y su consumo por parte de judíos, es equiparable a una violación de la libertad religiosa de los judíos ortodoxos, decidiendo con base en la diferencia que existe entre la lesión directa al estilo de vida de una persona (que constituye una violación a su libertad religiosa) y una lesión a la libertad de esa persona, resultante de los actos de otra, que no constituye una violación a la libertad religiosa. La afirmación de que una persona fue perjudicada por los actos de otra contrarios a la religión simplemente constituye una alegación de lesión a su sensibilidad y conciencia.

En las presentes actuaciones, la Corte tiene en claro que la lesión a los peticionantes no sólo surge de los actos de otros sino también de la decisión de difundir en sábado una entrevista realizada en un día de semana. Empero, esta circunstancia no afecta la determinación de la pretensión de los peticionantes relativa a una lesión a su sensibilidad y no a su libertad religiosa. Del mismo modo que sería inconcebible afirmar que se viola la libertad religiosa de un judío ortodoxo si en sábado se lee un libro que éste escribió durante la semana, también resulta inconcebible que se la viole si se transmite en el *Sabbath* una entrevista concedida durante la semana. Una ampliación descontrolada de la libertad religiosa sólo puede dar lugar a su devaluación y envilecimiento.

En consecuencia, la transmisión de la película un día sábado no viola la libertad religiosa de los peticionantes, de manera que no resulta necesario examinar la naturaleza del balance horizontal de una violación a la libertad religiosa (si ésta se hubiera producido) y a la libertad de expresión. Por lo tanto, se desestima la petición, destacando que los apelados se han comprometido a agregar un subtítulo a la película en el sentido de que fue filmada durante la semana.

SUPREMA CORTE DE ISRAEL (un juez votó en disidencia), sentencia del 18-6-2001, *Yaakov Gur Arieh and others v. The Second Authority for Television and Radio and others*, en *Justice*, Tel Aviv, The International Association of Jewish Lawyers and Jurists, 2002, n° 30, p. 36.

LIBERTAD DE EXPRESION. CUESTIONES DE INTERÉS GENERAL. DERECHO DE DEFENSA. JUSTA COMPENSACIÓN (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-AUSTRIA).

1. Antecedentes del caso: la peticionante Susanne Jerusalem, de nacionalidad austríaca y residente en Viena, es miembro del Consejo Deliberante de dicha ciudad, el cual también actúa como Parlamento Regional. En 1992, se expresó en ese carácter durante una sesión de dicha legislatura municipal en la que se debatía el otorgamiento de subsidios a una asociación que ayudaba a las personas cuyos hijos interactuaban con sectas. En esa oportunidad denunció la naturaleza totalitaria y las tendencias fascistas de las “sico-sectas. A continuación, evocó una secta en particular, la IPM, la cual, según ella, había tenido influencia en la política relativa a los estupefacientes del Partido Austríaco del Pueblo, y criticó la cooperación entre ambas organizaciones. Entonces, la IPM promovió una acción civil contra la peticionante y el tribunal regional prohibió a ésta repetir que la IPM era una secta de carácter totalitario. Asimismo, le ordenó retractarse y hacer publicar la retractación en varios periódicos. El tribunal juzgó que las declaraciones en cuestión no constituían juicios de valor sino declaraciones de hecho que habían sido desmentidas por los estatutos de las asociaciones y por otros elementos. Entonces, la peticionante recurrió a la Cámara de Apelaciones, la cual confirmó la prohibición pero anuló las otras órdenes, considerando que la prueba propuesta por la recurrente era insustancial porque sólo estaba dirigida a acreditar que las asociaciones eran sectas, sin justificar su definición como sico-secta. La Suprema Corte, por su parte, declaró inadmisibles las apelaciones de la peticionante en lo relativo a las cuestiones de derecho allí planteadas, confirmando que las expresiones “tendencias fascistas” o “naturaleza totalitaria” eran afirmaciones de hecho que la peticionante no había logrado demostrar. Por último, la peticionante denunció ante la Comisión Europea de Derechos Humanos que la prohibición judicial violaba su derecho a la libertad de expresión garantizado por el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), y que había sido adoptada en un proceso injusto en términos de su art. 6. Dicha denuncia fue enviada a la Corte y declarada admisible el 27 de diciembre de 2000. La sentencia fue dictada por una Sala integrada por 7 jueces.

2. Sentencia:

2.1. Art. 10

La prohibición referida constituye una interferencia en el ejercicio de la libertad de expresión de la peticionante prescripta por la ley y dirigida a satisfacer el objetivo legítimo de proteger los derechos y reputaciones de otras personas.

En cuanto a si dicha interferencia resulta necesaria en una sociedad democrática, cabe observar que la peticionante ejerce un mandato político y que la libertad de expresión resulta particularmente importante para las personas electas por el pueblo. Por otro lado, los particulares y las asociaciones también se exponen a un control atento en el marco de un debate público. Considerando que la IPM actúa en un campo de interés general y tiene vínculos con un partido político, debiera haber exhibido un mayor grado de tolerancia a las críticas. Las declaraciones de la peticionante fueron realizadas en el curso de un debate político y, si bien no quedan amparadas por la inmunidad que tienen los debates del Parlamento Regional, lo cierto es que el Consejo Deliberante, como foro, es similar a un Parlamento en cuanto al interés público en proteger la libertad de expresión de los

participantes. Por lo tanto, se requirieron razones de mucha gravitación para justificar dicha interferencia.

El objetivo de las expresiones vertidas fue destacar la necesidad de subsidiar a grupos de lucha contra las sectas y, sin mencionar en ese estadio a la IPM, la peticionante expuso su opinión de que las sectas tenían un carácter totalitario; sólo en un momento posterior de su declaración, la peticionante criticó la cooperación entre la IPM y el Partido del Pueblo.

Los tribunales austríacos calificaron a los comentarios cuestionados como afirmaciones de hecho. Empero, para la Corte, constituyen juicios de valor y la cuestión consiste en determinar si dichas declaraciones tienen sustento fáctico suficiente. La peticionante ofreció prueba documental que podría haber resultado pertinente para demostrar *prima facie* que el juicio de valor constituía un comentario razonable (*fair comment*), pero la Cámara de Apelaciones se negó a recibir prueba adicional por juzgarla irrelevante. Por lo tanto, esta distinción fue artificial y no tomó en cuenta la verdadera naturaleza del debate. Al exigir a la peticionante demostrar la veracidad de sus declaraciones mientras simultáneamente la privaba de la oportunidad real de producir prueba que las respaldaran, los tribunales austríacos traspasaron el margen de apreciación. La prohibición judicial, en consecuencia, constituyó una interferencia desproporcionada que violentó el art. 10.

2.2. Art. 6

Dada la conclusión anterior, resulta innecesario analizar este agravio.

2.3. Art. 41

Nuestra conclusión de que existió una violación a las normas de la Convención brinda satisfacción suficiente en materia de daños no pecuniarios.

Nota de la Secretaría: v. comentario a este fallo de GUEDJ, ALEXIS, en *Journal du Droit International*, París, Juris Classeur, 2002, n° 1, pp. 283/284. Asimismo, DEPRÉ, SÉBASTIEN, “La liberté d’expression, la presse et la politique: les arrêts *Lopes Gomes Da Silva* et *Jerusalem* de la Cour européenne des droits de l’homme”, en *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, Bruselas, Bruylant, 2001, n° 3, pp. 375/383.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 27-2-2001, n° 26958/95, *Jerusalem v. Austria*, en *Reports of Judgments and Decisions / Recueil des arrêts et décisions*, 2001-II, Colonia-Berlin-Bonn-Munich, Carl Heymanns Verlag KG, 2003, pp. 69 y 89 (versiones inglesa y francesa, respectivamente).

LIBERTAD DE EXPRESION. RACISMO. MARGEN DE APRECIACIÓN (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-AUSTRIA).

1. Antecedentes del caso: la asociación peticionante edita un periódico en Viena denominando “TATBlatt”. En 1992 publicó un artículo en el que invitaba a los lectores a enviar al partido político *Österreichischer Freie Partei* (ÖFP), “pequeños obsequios en respuesta a su invitación al racismo”. Mencionó en particular al líder de esta agrupación política, Jörg Haider, que también era en ese momento miembro del Parlamento, y brindó una lista de direcciones y teléfonos de los miembros del partido. El señor Haider pidió una medida cautelar a fin de prohibir a la asociación peticionante reiterar la publicación de un artículo semejante, que el tribunal comercial otorgó, al resolver que la alusión al racismo era un enunciado de hecho y no un juicio de valor. No se hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la asociación peticionante y un recurso extraordinario ante la Corte Suprema tampoco fue admitido, por lo que invocó, ante la Corte Europea de Derechos Humanos, la violación del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

2. Sentencia:

Interferir en la libertad de expresión no contraviene el art. 10 de la Convención siempre y cuando dicha interferencia tenga como objetivo legítimo la protección de la reputación y los derechos de los otros (art. 10.2). En cuanto a la necesidad de la interferencia, el enunciado en cuestión debe ser analizado en el contexto político en el que fue formulado, esto es, una reacción a una encuesta de opinión organizada por el señor Haider y el ÖFP en contra de la “inmigración sin control”. El Gobierno argumentó que la acusación de “agitación racial” era un caso particularmente serio, ya que significaba acusar a alguien de una conducta criminal y, por lo tanto, podía aceptarse la interferencia a la luz de los deberes y responsabilidades de los periodistas. Pero en las circunstancias de este caso no había pruebas de descuido intencional por parte de los peticionantes. Más bien parecía que el enunciado en cuestión no constituía un ataque personal gratuito, ya que se hizo en el marco de una situación política particular y que contribuía al debate de un importante asunto de interés general.

El gobierno sostuvo que se trataba de un enunciado de hecho y que no podía ser probado, y dado que la prueba de “incitación al odio” podía presentarse en procesos criminales, el grado de precisión para establecer la correcta fundamentación del cargo criminal no puede ser comparado a aquel que debe observar un periodista cuando opina sobre un tema de interés público, en particular en la forma de juicios de valor. Los peticionantes publicaron lo que puede ser considerado como un comentario justo acerca de un tema de interés público, esto es, un juicio de valor, por lo que esta Corte está en desacuerdo con la calificación que los tribunales austríacos dieron al enunciado en cuestión, ya que sobrepasaron el margen de apreciación, razón por la cual existió violación del art. 10 de la Convención.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 26-02-2002, n° 28525/96, *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt c. Austria*, en *Human Rights Law Journal*, Estrasburgo, N. P. Engel, 2002, vol. 23, n° 1-4, p. 67.

LIBERTAD DE EXPRESION. RESTRICCIONES. DEMORA JUDICIAL O ADMINISTRATIVA. DERECHO DE DEFENSA. PLAZO RAZONABLE. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ARTS. 2, 7, 9, 12, 14, 19, 25 Y 26; PROTOCOLO FACULTATIVO (NACIONES UNIDAS-CROACIA).

1. Antecedentes del caso: el peticionante es un ciudadano croata residente en Zagreb. En 1990 reorganizó y más tarde fue presidente del Partido Croata de Derechos (“HSP”), que había estado proscrito desde 1929. Luego de la desintegración de la ex-Yugoslavia, el peticionante denunció que había sido perseguido, reprimido y sometido a juicio político. Entre el 22 de noviembre y el 18 de diciembre de 1991 estuvo detenido, acusado de planificar el derrocamiento del gobierno, y el 21 de abril de 1992 se le inició una demanda por haber llamado “dictador” al Presidente. El peticionante adujo que no había podido iniciar una demanda por daños y perjuicios puesto que el proceso no había finalizado formalmente. También declaró que habían atentado varias veces contra su vida en 1991 y 1992, y que el 3 de junio de 1993, luego de un viaje a los Estados Unidos, donde se refirió al Presidente con el término “opresor”, fue acusado por injurias. Sostuvo entonces que, como consecuencia del juicio que se le inició, perdió el derecho a representar al HSP y se vio impedido de participar como candidato en las elecciones, que, según él, fueron fraudulentas. También declaró que la orden judicial fechada el 31 de enero de 1995 en la que se le requería el desalojo de su oficina, no era más que otro intento de obstruir su actividad política. La comunicación invocó la violación de los arts. 2.3, 7, 9.1, 5, 12.2, 14.2 y 7, 19.1 y 2, 25 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto).

2. Dictamen:

La comunicación se declara admisible en parte, y se resuelve que no existe posibilidad alguna de considerar las demandas surgidas con anterioridad al 12 de enero de 1996, ya que esta es la fecha en que el Protocolo Facultativo entró en vigencia para Croacia, exceptuando aquellas que tuvieron efectos continuados que, en sí mismos, constituyen una violación del Pacto. En relación con la denuncia por desalojo ilegal de su propiedad, se recomienda el recurso a la Corte Constitucional.

Dado que los procedimientos relativos al presunto arresto ilegal y detención del 22 de noviembre de 1991 habían concluido con la resolución del 17 de junio de 1998, el autor se encontraba ya en condiciones de iniciar una demanda de reparación ante los tribunales de su país, y por tanto el reclamo acerca del art. 9 debía considerarse inadmisibles porque el autor no había recurrido a todas las instancias existentes en su país.

Por ello, si bien existió una violación del art. 14.3c, a la luz de los hechos, no existió violación de los arts. 19 ó 26. Según el art. 2.3 el representante del Estado estaba obligado a proporcionar al autor efectivas y apropiadas reparaciones. Se pidió al representante del Estado que dentro de los 90 días brinde información acerca de las medidas tomadas a fin de hacer efectivos los criterios del Comité de Derechos Humanos.

Aunque éste brindó información durante el curso de los procedimientos contra el peticionante en noviembre de 1991 y en abril de 1992, no dio ninguna explicación sobre por qué los procedimientos duraron tanto, ni justificaron en modo alguno el retraso de siete años hasta el dictado de la resolución. Así, el autor no tuvo derecho a un juicio “sin dilaciones indebidas”, como reza el art. 14.3.

El Código Penal en el que se inscriben los procedimientos sobre injurias podría, en algunas circunstancias, conducir a restricciones que van más allá de las permisibles según el art. 19.3. Sin embargo, en ausencia de información específica brindada por el peticionante, y a la luz de que las acusaciones contra el autor fueron finalmente desestimadas en enero de 1999, no se puede concluir que los procedimientos seguidos contra éste constituyan, en sí mismos, una violación del art. 19.

COMITE DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), Comunicación N° 727/1996, *Paraga c. Croacia* (dictamen aprobado el 4 de abril de 2001, en el 71° período de sesiones), en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, volumen II, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n° 40 (A/56/40), Ginebra, 2001, p. 62.

MENORES. ABUSO SEXUAL. DERECHO A LA INTIMIDAD. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO DE LA DEFENSA A INTERROGAR TESTIGOS (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-SUECIA).

1. Antecedentes del caso: una maestra de escuela denunció que sospechaba que uno de sus alumnos, M., un niño de 10 años, había sido víctima de abuso sexual por parte de X. M. fue interrogado por un oficial de policía, y el interrogatorio se grabó en video. Se notificó a X. de las sospechas, y la policía le tomó declaración. A pedido del abogado de X., que consideró que se necesitaba más información, un oficial volvió a interrogar a M. El letrado aceptó que dicho interrogatorio se llevara a cabo en su ausencia, en vista de que el abogado de M. no podía asistir. Sin embargo, se hizo una grabación de audio de tal audiencia, y el abogado confirmó con posterioridad que las cuestiones que hubiera querido abordar se habían cubierto. En el juicio de X. se mostró la grabación en video del primer interrogatorio y se leyeron en voz alta las actas del segundo. La madre de X. y la maestra prestaron declaración como testigos; no se solicitó en ningún momento que M. prestara declaración. X. fue condenado a ocho meses de prisión. Apelada la sentencia, en cuya instancia X. solicitó que M. prestara declaración, el Tribunal de Apelaciones confirmó la condena, pero la redujo a tres meses, afirmando que no había pruebas suficientes vinculadas con algunas de las acciones alegadas.

La Suprema Corte negó la concesión del posterior recurso, y el caso llegó a la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte).

2. Sentencia:

Si bien M. no testificó en el juicio, era un “testigo” a los efectos del art. 6.3 (d). Sus declaraciones prácticamente constituían la única prueba sobre la que estaba basada la condena de X., pues las pruebas de los testigos que sí testificaron en el juicio se limitaban a supuestos cambios de personalidad de M. Era necesario considerar las características particulares de los procedimientos penales vinculados con delitos sexuales, que con frecuencia son vistos por la víctima como una terrible experiencia, especialmente cuando ella no está dispuesta a enfrentarse al demandado. Estas características se hacen aún más importantes cuando está involucrado un menor. Debe tenerse en cuenta el derecho de la víctima al respeto de su privacidad, por lo que esta Corte aceptó que se tomaran algunas medidas para protegerla mientras aquéllas pudieran ser conciliadas con un correcto y efectivo ejercicio de los derechos de la defensa.

En el presente caso, podría admitirse la afirmación de X. de que se abstuvo de solicitar que M. prestara declaración en persona porque no se habría hecho lugar a tal solicitud. Sin embargo, el segundo interrogatorio policial se realizó a pedido del abogado de X., que aceptó no estar presente al igual que la forma en que se condujo el interrogatorio. No solicitó un aplazamiento ni que el interrogatorio fuera grabado en video. Por otra parte, podía formular preguntas a través del oficial de policía, pero aparentemente se mostró satisfecho de que las preguntas en realidad ya hubieran sido formuladas. Por lo tanto, no se habían visto violados los derechos de X. por la ausencia de su abogado en el transcurso del segundo interrogatorio. Tampoco podría decirse que le fueron negados sus derechos con fundamento en que no pudo obtener pruebas ofrecidas por M. durante el juicio ni en los procedimientos de apelación. De la lectura de la Convención, no podía interpretarse que el art. 6.3 (d) exigía en todos los casos que las preguntas fueran formuladas directamente por el acusado o su abogado defensor mediante repreguntas o por otro medio.

En las circunstancias del caso, la reproducción de las cintas de video y de audio o la lectura en voz alta de las actas debían considerarse suficientes para posibilitar a X. impugnar las declaraciones de M. y su credibilidad en el curso del procedimiento penal. De hecho, esta impugnación tuvo como resultado una reducción de la sentencia de X. en la instancia de apelación. Las pruebas obtenidas de un testigo en condiciones en las que no pueden garantizarse los derechos de la defensa, en la medida en que la Convención por lo general exige, deben tratarse con mucha cautela, pero en el presente caso esa debida cautela se había tomado al evaluar las declaraciones de M. Por ello, se resuelve que no hubo violación del art. 6.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 2-7-2002, n° 34209/96, *S.N. c. Suecia*, en *Information Note on the case-law of the Court*, 2002, n° 44, p. 21.

MENORES. DERECHO A LA IDENTIDAD. OMISIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ARTS. 2, 7, 8 Y 18. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 18 Y 19 (EL SALVADOR).

Desde que el comportamiento antijurídico puede consistir en una acción u omisión, la antijuridicidad en este caso proviene de la violación de un deber de obrar, pero también de la imposición de las buenas costumbres, el orden público, la buena fe y el ejercicio no abusivo de los derechos; no obstante ello, más importante es que la falta del reconocimiento paterno hiere groseramente una de las manifestaciones constitucionales más preciadas de la personalidad

espiritual del afectado: su derecho a la identidad y con éste los derechos al nombre, al emplazamiento familiar, a las relaciones familiares, etc., consagrados en los arts. 2, 7, 8 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 18 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este contexto, el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial constituye un deber jurídico, mientras que su incumplimiento configura, indudablemente, un acto antijurídico por omisión que da derecho a reclamar los daños morales y materiales provocados a la madre y al menor.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR (Sala de lo Civil), sentencia del 18-12-2001, ref. 1216, en *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Civil 2000-2001*, San Salvador, 2003, p. 45.

MILITARES. JUSTICIA MILITAR. **DERECHO DE DEFENSA.** ASISTENCIA LETRADA. DOBLE INSTANCIA. TRIBUNAL INDEPENDIENTE E IMPARCIAL (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: el peticionante, soldado inglés, fue arrestado en octubre de 1996 por haber desertado y permanecido prófugo desde el 25-2-1993. Fue enviado a juicio y su oficial a cargo le designó un capitán de la armada, carente de instrucción legal, a fin de que fuera su “oficial defensor” (*defending officer*). Pidió entonces ser representado por un abogado, se le ofreció uno sujeto al pago de 240 libras esterlinas. El defensor pidió que esta condición sea revisada, pero antes de haber recibido respuesta, el peticionante mismo rechazó la asistencia jurídica ofrecida y firmó un escrito en el que manifestaba que deseaba ser representado sólo por el “oficial defensor”. En un primer momento, sostuvo que había desertado debido a las frecuentes intimidaciones a las que era sometido por otros soldados y por un instructor militar durante su entrenamiento en la caballería montada. A partir del 26-2-1993 no concurrió al entrenamiento, y el 17-3-1993 escribió al *Commanding Officer* del Regimiento que “su incapacidad para demostrar entusiasmo suficiente en los entrenamientos muchas veces había provocado el abuso físico por parte de algunos *non-commisioned officers*”, y pidió ser dado de baja, pero no obtuvo respuesta alguna a su carta. La policía, en su investigación, descubrió que el instructor militar había dejado la fuerza por lo que, tras tomar declaraciones a otros soldados que habían coincidido con el peticionante durante el curso de caballería montada, no encontró ninguna evidencia que apoyara sus dichos. Entonces éste firmó un escrito llegando a la conclusión de que simplemente quería salir de la Fuerza y continuar su vida, “a pesar de que los incidentes por mí narrados son veraces, no quiero que el ministro de defensa de la policía tome más acciones a este respecto...”, expresó. El juicio tuvo lugar en mayo de 1997. El tribunal militar estaba compuesto por un presidente con cargo vitalicio, dos capitanes del ejército y un juez civil. El peticionante se declaró culpable, ya que su “oficial defensor” le había aconsejado erróneamente que si lo hacía, tanto el juicio como la sentencia tendrían una duración menor, y fue condenado a nueve meses de prisión y dado de baja de la fuerza. Seguidamente contrató un abogado para que presentase un escrito ante el Consejo de Defensa (*Defence Council*) que actúa como “autoridad controladora”, aduciendo no haber gozado de patrocinio jurídico conforme a derecho y que los dichos acerca de los malos tratos que le propinaron en el regimiento no fueron presentados ante el Tribunal a modo de *defence of duress*, figura esta que se aplica cuando la persona acusada de un delito puede probar que, en el momento de cometerlo, estaba convencido de que habría resultado muerto o gravemente herido si no lo hubiera cometido. El escrito fue rechazado y un juez del Tribunal Militar de Apelación no concedió autorización para apelar. El peticionante adujo entonces

violación de los arts. 6.1, 3.c y 41 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

2. Sentencia:

El art. 6.1 es claramente aplicable, ya que la causa se refiere a una autodeclaración de culpabilidad seguida por una sentencia condenatoria; aunque el peticionante no estaba acusado de un delito ordinario, a la luz del tipo de sentencia que se le dictó se deduce que el tribunal encontró un delito. Los conceptos de independencia e imparcialidad están íntimamente relacionados, por lo que resulta apropiado analizarlos conjuntamente. Un tribunal militar puede, como principio, ser un tribunal independiente e imparcial, en tanto y en cuanto existan garantías suficientes. En casos anteriores relativos a tribunales militares en el Reino Unido, las preocupaciones surgieron en torno de las múltiples actuaciones desempeñadas por el *covering officer*. Los cambios introducidos en la *Armed Forces Act 1996* se ocuparon de este tema ya que tales actos del *covering officer* y del *confirming officer* fueron diferenciados, existiendo ahora una separación entre las funciones acusatorias y las de dictado de sentencia en los tribunales militares. Más aún, las funciones de asesoramiento (*advisory functions*) también fueron reasignadas y existen suficientes garantías de independencia a este respecto. Por tanto, el reclamo del peticionante con respecto a la relación entre el *senior army command* y las personas involucradas en el procedimiento del tribunal militar no da lugar a la afirmación de la violación del art. 6. Sin embargo, sigue en pie la cuestión acerca de si los miembros del tribunal militar en conjunto constituyen un tribunal independiente e imparcial. Con respecto al modo de su designación, el hecho de que el máximo responsable de la selección de los oficiales que concurrirán a los juicios sea designado por el Consejo de Defensa no justifica por sí mismo que surjan dudas acerca de la independencia del tribunal, ya que, de todos modos, él se encuentra adecuadamente separado de aquellos que cumplen las funciones acusatorias y resolutorias. Por ello, el modo en que los miembros del tribunal militar son designados no repercute en falta de independencia.

En cuanto a la permanencia en el cargo de los miembros y la existencia de garantías contra las presiones, es necesario analizar las posiciones del Presidente y de los dos oficiales del Ejército. En lo que concierne al Presidente, la ausencia de reconocimiento formal de la inamovilidad de un juez no implica en sí misma una falta de independencia, siempre y cuando ésta se reconozca de hecho y existan otras garantías. En este caso concreto, dada la estabilidad del tribunal, la titularidad del Presidente en su cargo junto con la inexistencia de perspectivas futuras en la fuerza y el hecho de que éste ya no esté sujeto a evaluaciones del ejército ni a la estructura de mando, ofrecen garantías significativas de independencia que no se hallarían en un tribunal *ad hoc*. Un tribunal de este otro tipo haría necesarias más garantías contra presiones externas. Si bien la presencia de un juez civil y de un Presidente permanente, así como las reglas de elegibilidad y el juramento hecho por los miembros, brindan tales garantías, estos hechos son insuficientes a fin de excluir una posible presión sobre los dos oficiales relativamente *junior*, que no tienen formación jurídica y sí están sujetos a la disciplina y evaluaciones del ejército. Esto es de particular importancia en un caso que involucra directamente la violación de la disciplina militar.

Finalmente, el hecho de que la revisión sea hecha por la *reviewing authority* es contrario al principio de que la decisión vinculante de un tribunal no debería estar sujeta a revisión por parte de un cuerpo extrajudicial. Estos errores fundamentales no fueron subsanados en la apelación al Tribunal Militar de Alzada, que negó al peticionante la autorización para apelar sin una audiencia. En conclusión, las dudas del peticionante sobre la independencia del tribunal militar y su estatus como "tribunal" estaban objetivamente justificadas, por lo que se violó el art. 6.1 de la Convención.

Con respecto a la pretendida violación del art. 6.1 y 3.c, se sostiene que los términos de la oferta de patrocinio jurídico formulado no fue arbitraria ni irrazonable, tomando en

cuenta los ingresos del peticionante, pero éste rechazó la oferta antes de recibir una respuesta acerca de la posible revisión de la condición de pago impuesta, con lo cual dejó en claro que sólo deseaba ser representado por el “oficial defensor”. Dadas estas circunstancias, no existe mérito en sus reclamos acerca de la independencia de la defensa o su manejo del caso. Por tanto, no existió violación del art. 6.1 y 3.c, de la Convención.

En relación con el art. 41, se considera que la determinación de la violación constituye satisfacción suficiente con respecto a daños no económicos. Se ordena al Estado inglés el pago de las costas.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 26-2-2002, n° 38784/97, *Dean Morris c. Reino Unido*, en *Human Rights Law Journal*, Estrasburgo, N. P. Engel, vol. 23, n° 5-7, p. 225.

PRESOS. PROCESADOS. AISLAMIENTO. ALIMENTACIÓN. TORTURAS Y MALOS TRATOS (ZIMBABWE).

1. Antecedentes del caso: tres hombres, acusados de graves crímenes, permanecían en prisión preventiva a la espera del juicio. Debido a la naturaleza de los crímenes que supuestamente habían cometido, las autoridades penitenciarias los trataron como presos de alto riesgo que podrían intentar escapar. Durante varios meses, cada uno de ellos fue alojado en una celda individual de dimensiones mínimas, con la luz prendida día y noche, obligados a vestir como el resto de los convictos, desnudados y puestas sus piernas en grilletes durante la noche, y no autorizados a estar en contacto uno con el otro salvo durante las consultas con su representante legal. Tampoco se les permitió recibir comida de fuera de la prisión. Los presos recurrieron a la Corte Suprema. Adujeron que habían sido sometidos a varias formas de tratos inhumanos o degradantes en violación de la sección 15(1) de la Declaración de Derechos de la Constitución y pidieron una medida en contra de las autoridades de la prisión para que cese la violación de sus derechos.

2. Sentencia:

Los tribunales otorgan a las autoridades penitenciarias un poder discrecional en la adopción y ejecución de políticas y prácticas que a juicio de ellas son necesarias para preservar el orden interno y la disciplina, y para mantener la seguridad institucional. Sin embargo, sigue siendo responsabilidad de los tribunales preservar los derechos constitucionales de los presos. A tales fines se debe establecer un equilibrio entre la seguridad y la protección de los derechos constitucionales de los reclusos. El objetivo de la sección 15(1) de la Constitución es proteger la dignidad y la integridad física y mental de los individuos. La prohibición se aplica no sólo a los actos que causan dolor físico sino también a aquellos que provocan padecimientos mentales a las víctimas.

Por otra parte, los reclusos a la espera de juicio aún no han sido condenados, por lo que se presume su inocencia. La detención previa al juicio tiene como función asegurar que los procesados asistan al juicio, mas no su castigo. Las limitaciones que se les impongan deben ser las mínimas necesarias a fin de que no escapen y que no pongan en peligro sus vidas, las de otros internos o las del personal de la prisión. Existen circunstancias especiales en las que se permite aislar a un recluso del resto. Pero recae en las autoridades de la prisión justificar una medida semejante, puesto que el aislamiento prolongado puede causar daño psicológico y padecimientos mentales.

En este caso concreto, las condiciones de seguridad de la penitenciaría vuelven altamente improbable la posibilidad de fuga. La luz permanente en las celdas es injustificable, y parece un modo voluntario de hacer que las condiciones de detención sean lo más duras

posibles. Los prolongados malos tratos que padecieron los reclusos y sus efectos físicos y mentales alcanzan al mínimo necesario para constituir una violación de la Sección 15.1 de la Constitución, ya que van mucho más allá de las inevitables consecuencias de humillación que acompañan a la detención. Que los reclusos hayan sido obligados a desvestirse durante las noches y encadenados constituye una medida inhumana manifiesta. Éstos sólo pueden ser encadenados para evitar que escapen cuando están siendo trasladados o para controlar sus conductas violentas cuando no existe otro modo efectivo de lograrlo. Los recurrentes, que son reclusos a la espera de juicio, tienen derecho a recibir alimentos desde fuera de la prisión, aunque las autoridades tienen derecho a revisar y probar la comida antes de entregarla a los reclusos.

CORTE SUPREMA DE ZIMBABWE, *Blanchard v. Minister of Justice*, en *Commonwealth Law Bulletin*, Londres, Commonwealth Secretariat, 2001, vol. 27, n° 1, p. 153.

PRESOS. REPARACIÓN. DERECHO DE DEFENSA. ASISTENCIA LETRADA (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: los peticionantes, Kevin Perks, Andrea Rowe, Gordon Mudryj, Robert Massey, Alan Beattie, Leveson Knight, Arthur Tilley y John Crane, ciudadanos británicos, fueron encarcelados a principios de los '90, luego de que los respectivos tribunales de primera instancia (*Magistrate's Courts*) los condenaran por no haber pagado ciertos impuestos ciudadanos (*poll tax*). Ninguno de ellos tuvo acceso a patrocinio jurídico. En el momento del hecho, todos vivían de subsidios del Estado, a excepción de Crane, que tenía unos ingresos mínimos. Los peticionantes fueron puestos en libertad condicional luego de haber apelado a la *High Court*, que revocó la sentencia de los tribunales inferiores y anuló la medida de encarcelamiento. Dicha Corte no avaló las conclusiones de los referidos tribunales en el sentido de que la falta de pago se atribuye a una deliberada negación o negligencia atribuible a los peticionantes, y declaró que, en lo que respecta a Perks, el juez inferior debería haberse informado acerca de la evolución de su situación después de la primera audiencia, y con respecto a Rowe, Mudryj, Massey, Knight, Tilley y Crane, que los magistrados deberían haber buscado otras soluciones para garantizar el pago del importe en cuestión, pero no la prisión. En tales condiciones, los peticionantes afirmaron ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte), que su arresto fue irregular y contrario al art. 5.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención); además, alegaron no haber obtenido reparación alguna tal como se contempla en el art. 5.5, y que, en contra del art. 6.1 y 3.c, no pudieron beneficiarse de asistencia jurídica durante el proceso ante las *Magistrate's Courts*.

2. Sentencia:

Los peticionantes (a excepción del Alan Beattie, que no mantuvo sus reclamos acerca del art. 5) afirman que su detención fue contraria al art. 5.1. Al igual que en *Benham c. Reino Unido*, del 10 de junio de 1996, el asunto principal que debe decidirse en este caso es si el arresto fue "legal", y si se cumplieron las normas procesales que ordena la ley. La Convención hace referencia a las leyes domésticas y puntualiza la obligación de que las reglas procesales se conformen a éstas y exige que cualquier privación de la libertad sea coherente con el art. 5, esto es, la protección de los individuos frente a la arbitrariedad.

Corresponde a las autoridades nacionales, en primer lugar, interpretar y aplicar las leyes domésticas. Dado que según el art. 5.1 el incumplimiento de dichas leyes conlleva una violación de la Convención, se sigue que la Corte tiene un cierto poder de controlar si aquellas han sido observadas.

Un arresto es en principio lícito si se realiza en cumplimiento de la orden de un tribunal. La comprobación de que un tribunal erró en la aplicación de la ley no afecta necesaria y retrospectivamente la validez del período de arresto en cuestión. Por este motivo los órganos de Estrasburgo se han negado con razón a admitir demandas de personas condenadas por cargos criminales que argumentaban que los tribunales de Alzada habían resuelto que sus condenas se habían basado en errores de hecho o de derecho. Los principios del derecho inglés que deben tenerse en cuenta en este caso son aquellos que distinguen entre los actos de los tribunales inferiores realizados en el marco de su jurisdicción de los efectuados excediéndola. Los primeros son válidos y efectivos a menos que o hasta tanto sean revertidos por el tribunal de alzada, y los últimos son nulos desde un comienzo.

El modo en que el derecho inglés decide si los magistrados actuaron en el marco de su jurisdicción fue expuesto por la *House of Lords* en *McC v. Mullan*. Los magistrados exceden su jurisdicción cuando emiten una resolución que no tiene fundamento en el derecho porque no cumple con una condición reglamentaria previa. Este concepto fue aplicado por la *Court of Appeal* en *Manchester City Magistrate's Court, ex parte Davies*. En ese caso, el tribunal de alzada resolvió que los magistrados se habían excedido en su jurisdicción por haber condenado a un individuo a prisión por el no pago de ciertos impuestos sin previa averiguación acerca de si la falta de pago era atribuible a negligencia culpable.

En estas circunstancias la Corte está de acuerdo con la Comisión Europea de Derechos Humanos en que, en los casos de Rowe, Mudryj, Massey, Knight, Tilley y Crane, la *High Court* dejó aparentemente abierta la posibilidad de que las órdenes de arresto hayan sido efectuadas en el marco de la jurisdicción de los magistrados, siendo su único defecto un ejercicio restringido de la discreción, y que el uso de la palabra "ilegal" en algunas de las sentencias no puede considerarse como una falta de cumplimiento de la condición previa. No se puede excluir que estas órdenes fueron "imperfectas" o "ilegales" en el sentido de que comportaron un ejercicio irrazonable de la discreción en el marco de la doctrina *Wednesbury*, pero de todos modos se encuentran dentro de la jurisdicción de los tribunales que las emitieron. Por esto, no se puede establecer que las órdenes de arresto fueron inválidas ni que el consecuente arresto haya sido ilegal según la ley doméstica.

Con respecto al alegato de que la detención de los peticionantes no podía estar justificada según el art. 5.1.b de la Convención, recordamos que un argumento similar fue implícitamente rechazado en el caso *Benham*. El propósito de las detenciones en los casos que analizamos fue asegurar el cumplimiento de la obligación de pago de los peticionantes y, por lo tanto, compatible con los objetivos del art. 5.1.b. Más aún; dado que la imperfección de las mencionadas órdenes se debe al simple ejercicio restringido de la discreción, no se puede decir que la naturaleza de la detención de los peticionantes, conforme a las regulaciones de 1989, haya sido alterada a tal punto que cuestione la aplicabilidad del párrafo 1.b del art. 5 de la Convención en este caso.

Finalmente, no se sugiere que los magistrados hayan actuado de mala fe. Si bien no se excluye que el ejercicio restringido de la discreción o la falta de consideración de una prueba relevante puede volver arbitraria una sentencia formalmente válida, en ninguno de los casos pudimos establecer que las órdenes de detención hayan sido arbitrarias.

Con respecto a la presunta violación del art. 6.1 y 3.c, resulta indiscutible que los peticionantes no tenían medios económicos para pagar un abogado, y la asistencia jurídica gratuita no existía en ese momento. Los casos analizados son prácticamente idénticos a los de la sentencia de *Benham*. Habida cuenta de la seriedad de la pena en cuestión y de la complejidad del derecho aplicable, la justicia exige que, a fin de recibir una condena justa, los peticionantes deberían haber gozado de asistencia letrada gratuita para enfrentar el juicio. En ninguno de los 8 casos se verifica este requisito, por lo cual existió violación del art. 6.1 y 3.c en cada uno de ellos.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 12-10-1999, n° 25277/94, *Perks and others c. Reino Unido*, en *Human Rights Law Journal*, Estrasburgo, N. P. Engel, 2002, vol. 23, n° 5-7, p. 237.

PRESOS. TORTURAS Y MALOS TRATOS. TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. PENAS DE CASTIGO CORPORAL. RESARCIMIENTO POR DAÑOS. INDEMNIZACIÓN PUNITIVA (SAN VICENTE Y LAS GRANADINAS).

1. Antecedentes del caso: en sendos recursos presentados ante la *High Court*, se dictaron varias resoluciones favorables al peticionante, que cumplía una sentencia en prisión, en las que se resolvió: 1) que la supuesta pena de diez latigazos que se le otorgó, ordenada por el primer demandado, Superintendente de Prisiones, era anticonstitucional, ya que violaba el derecho del demandante, garantizado en el art. 5 de la Constitución de San Vicente y las Granadinas de 1979, y que estipula que nadie puede ser sometido a torturas o tratos inhumanos o degradantes; 2) que el demandado actuó sin autoridad legítima al disponer que un castigo corporal sea aplicado al peticionante por una supuesta infracción a las reglas de la prisión; 3) que el confinamiento del peticionante ordenado por el demandado constituía un modo de trato inhumano o degradante, contrario al art. 5 de la Constitución; 4) que la permanencia del detenido atado con grilletes de plomo y esposas desde agosto de 1996 hasta febrero de 1997 constituía un modo de tortura o trato inhumano o degradante, contrario al art. 5 de la Constitución; 5) que la utilización del látigo o instrumento conocido como “gato de las nueve colas” no estaba autorizada como medio de castigo a los condenados por delitos penales contra la ley o contra las reglas de la prisión; y 6) que se cubrieran los gastos judiciales del peticionante. Sin embargo, el juez no otorgó compensación por daños. El peticionante apeló entonces a la *Court of Appeal*, que le adjudicó responsabilidad tanto al primer como al segundo demandado, el Fiscal General. La *Court of Appeal*, ordenó que un juez de la *High Court* evalúe la reparación constitucional que se debía otorgar al peticionante.

2. Sentencia:

La responsabilidad del Estado por la violación de los derechos constitucionales de las personas se basa no en la teoría de la responsabilidad vicaria, en la que se incurre en virtud de un ilícito cometido por uno de sus empleados, sino más bien en la responsabilidad primaria en el área del derecho público por un ilícito cometido por el Estado y en su nombre.

A fin de otorgar una reparación en términos financieros por la violación de las disposiciones constitucionales, es necesario equilibrar los intereses del Estado en preservar la ley y el orden, y los de los ciudadanos de que no se vean violados sus derechos. Corresponde a los jueces, como guardianes de la Constitución, determinar el justo equilibrio.

En este caso, el juez determinó que el confinamiento en soledad, los grilletes y los azotes fueron ilegales. Para poder evaluar los daños consecuentes a los malos tratos recibidos, el tribunal debe tener en cuenta: el dolor y el sufrimiento, el ataque a su dignidad, la aflicción y los inconvenientes posteriores inevitables y la humillación que implica el trato al que fue sometido el peticionante. Los azotes ilegales que ordenó el Superintendente, y de los cuales fue hecho responsable, ameritan una reparación de \$50.000. Además se regulan otros \$50.000 en concepto de reparación por el confinamiento solitario al que el peticionante fue sometido. Por último, sería apropiado otorgar \$50.000 de resarcimiento por violación de las leyes carcelarias, al haber utilizado grilletes incluso en el horario de descanso nocturno y de las comidas, lo cual recuerda al comercio de esclavos africanos.

El art. 16.2 de la Constitución de San Vicente y las Granadinas de 1979 expresa en términos muy amplios la discreción que se otorga a los tribunales a fin de que hagan cumplir las disposiciones vigentes para la protección de los derechos constitucionales. Así, los

tribunales tienen autoridad para dictar aquellas resoluciones que consideren apropiadas a fin de lograr que se cumplan las disposiciones de la Constitución. Cuando la conducta de un acusado cae en la categoría de acción opresiva, arbitraria o anticonstitucional, un tribunal tiene derecho a otorgar daños ejemplares y, al evaluar los daños, debería incluir aquellos inferidos a la dignidad y orgullo del peticionante, así como el sufrimiento mental y la pérdida de reputación: no existe ningún principio del derecho que establezca que los daños se limitan sólo a otorgar reparación en tales circunstancias.

En este caso concreto, al establecer un monto por daños ejemplares, el tribunal debería tener en cuenta que el Estado no ofreció ninguna disculpa por escrito con relación a la flagrante violación de los derechos constitucionales del peticionante. El funcionario público responsable de las violaciones constitucionales todavía se encuentra en funciones y no se halló ningún expediente disciplinario en el que se haya accionado en su contra. Los daños de naturaleza ejemplar se fijarán en \$75.000. Más aún, y conforme al art 16.2 de la Constitución, se le ordenó al Fiscal General que proceda a iniciar una causa disciplinaria contra el demandado. Siguiendo al art.16.2, un tribunal puede, entre otras cosas, ordenar la iniciación de un proceso legal contra un funcionario público infractor, imponer una suma por daños en su contra, someterlo a sanciones disciplinarias y conmutar una sentencia de muerte por una de cadena perpetua cuando el margen de discrecionalidad para hacer esto está garantizado debido a violaciones de la Constitución.

CORTE SUPREMA DE SAN VICENTE Y LAS GRANADINAS, *Peters v. Marksman and another*, en *Commonwealth Law Bulletin*, Londres, Commonwealth Secretariat, 2001, vol. 27, n° 1, p. 147.

SALARIOS. JUBILACIONES Y PENSIONES. CRISIS ECONÓMICA. SALARIO MÍNIMO VITAL. ACCION DE AMPARO. ADMISIBILIDAD (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: los actores, docentes de tiempo completo de la Universidad del Valle, unos, y pensionados de la mencionada entidad educativa otros, se vieron afectados por la suspensión del pago de los salarios y pensiones, como consecuencia de la crisis financiera por la que atraviesa la Universidad. Solicitaron, entonces, la protección rápida y eficaz de sus derechos fundamentales al trabajo y a la seguridad social.

2. Sentencia:

2.1. La improcedencia de la acción de tutela para el pago de acreencias laborales y pensionales es la regla general por la existencia de mecanismos judiciales de defensa distintos de esta acción, que permiten la satisfacción de la pretensión. Sin embargo, cuando la cesación de pagos representa para el empleado o pensionado, como para los que de ellos dependen, una vulneración o lesión de su mínimo vital, la acción de tutela se hace un mecanismo procedente por la inidoneidad o ineficacia de las acciones ante la jurisdicción laboral para obtener el pago de salarios o mesadas pensionales futuras, que garanticen las condiciones mínimas de subsistencia del trabajador o pensionado.

2.2. El cese de pagos salariales y pensionales prolongado o indefinido en el tiempo, hace presumir la vulneración del mínimo vital tanto del trabajador o del pensionado, como de los que de ellos dependen, hecho que justifica la acción de tutela, a efectos de ordenar al empleador o a la entidad deudora, el restablecimiento o reanudación del pago. Tratándose del pago de pensiones, ha de presumirse que su incumplimiento afecta el mínimo vital del pensionado y, por ende, corresponderá a la entidad encargada del pago, desvirtuar tal presunción.

2.3. La crisis económica o presupuestaria que pueda sufrir una entidad pública o privada, no la exime de su principal obligación como empleadora: pagar oportunamente el salario a sus trabajadores o mesadas pensionales a que esté obligada, ni aun en aquellos eventos en que estas crisis no sean producto de la negligencia o desidia de los llamados a responder.

Nota de la Secretaría: en igual sentido, ver sentencias de la Corte Constitucional T-318, T-319 y T-320 (6-5-1999), T-351 (13-5-1999), T-377 (26-5-1999) y T-385 (27-5-1999), en *op. cit. infra*, pp. 817, 820, 823, 951, 1060 y 1079, respectivamente.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia del 6-5-1999, T-308, en *Gaceta de la Corte Constitucional*, 1999, mayo, vol. II, tomo 4, p. 762.

SEGURIDAD PERSONAL. OBLIGACIONES DEL ESTADO. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. LIBERTAD CONDICIONAL. COMMON LAW. EVOLUCIÓN (SUDÁFRICA).

1. Antecedentes del caso: la peticionante demandó al Ministerio de la Seguridad por daños y perjuicios en razón de las heridas resultantes de una agresión perpetrada sobre ella por un tal Coetzee. Este tenía desde muy joven antecedentes de problemas sexuales. En 1994 había cometido un atentado al pudor contra una conocida de 25 años y, en 1995, había realizado una tentativa de violación y asesinato de otra mujer, por lo que fue arrestado y compareció ante la justicia. El agente de policía que había investigado este caso declaró, en una nota al fiscal, que no existía ninguna razón para negarle al acusado la libertad bajo fianza, y había recomendado que fuera puesto bajo libertad condicional. En junio de 1995 la peticionante había notado que Coetzee merodeaba por su casa con la intención de entrar y solicitó a una tal Sra. Gosling que avisara a la policía y al fiscal, temiendo que Coetzee cometiera el mismo crimen. El fiscal declaró que tenía las manos atadas mientras Coetzee no cometiera otra infracción. El 6 de agosto de 1995 la peticionante fue agredida salvajemente por Coetzee mientras se dirigía a ver a la Sra. Gosling. Al ser reconocido culpable, fue condenado a 12 años de cárcel por tentativa de asesinato y hurto. La peticionante fundó su argumentación en la responsabilidad civil del *common law (torts)*. El juez de Primera Instancia y la Cámara rechazaron la demanda porque estimaron que no tenía legitimación para actuar. Ante la Corte Constitucional, la peticionante argumentó que la policía y el fiscal tenían respecto de ella una obligación de cuidado para garantizarla en el goce de sus derechos reconocidos por la Constitución: derecho a la vida (art. 9), a la dignidad del ser humano (art. 10), a la libertad y seguridad (art. 11), al respeto de la vida privada (art. 13), y a la libertad de circulación (art. 18). Argumentó que la *High Court* y la Corte Suprema se habían equivocado al aplicar únicamente las disposiciones constitucionales pertinentes para determinar si la policía o el fiscal tenían hacia ella una obligación legal de cuidado en virtud de las normas del *common law* aplicables en materia de responsabilidad civil. La peticionante sostuvo que la Constitución (arts. 173 y 39.2) impone al Estado la obligación particular de proteger a las mujeres contra los crímenes con violencia en general y contra los crímenes sexuales en particular. Invocó la obligación constitucional que corresponde a todos los tribunales de “hacer evolucionar el *common law* teniendo en cuenta el espíritu, la significación y los objetivos de la Carta de Derechos” (*Bill of Rights*, Carta).

2. Sentencia:

Conforme al art. 39.2 combinado con el art. 173 de la Carta, cuando el *common law* se aleja del espíritu, significado y objetivos de ésta, los tribunales tienen la obligación general de hacer evolucionar el *common law* eliminando esta brecha.

Pesa sobre el Estado y todos sus órganos el deber de no realizar ningún acto contrario a los derechos citados y, en ciertos casos, existiría una obligación positiva de ofrecer a toda persona una protección adecuada a través de medidas jurídicas y estructurales. El personal policial tiene una obligación positiva resultante tanto de la Constitución como de la ley 7 de 1958 relativa al poder de policía. A pesar de que cada caso depende, en definitiva, de los hechos que le son propios, no parece haber en principio ninguna razón para que un fiscal, que posee informaciones dignas de fe según las cuales, por ejemplo, un detenido es violento, siente rencor hacia la víctima y la amenazó con ejercer violencia sobre ella si es liberado bajo fianza, no sea considerado responsable de las consecuencias de una omisión culpable, a saber, el hecho de haber sido negligente al punto de no haber transmitido esas informaciones a consideración de la justicia.

Por consiguiente, los elementos de prueba disponibles son suficientes para justificar la conclusión por la cual, de haber habido oposición a la liberación bajo fianza y si todas las informaciones pertinentes relativas al pasado del imputado y a sus problemas sexuales hubieran sido comunicadas al magistrado, dicha liberación probablemente hubiera sido rechazada. Esto es suficiente para obligar a los demandados a justificar su conducta.

Finalmente, no es conveniente que esta Corte se pronuncie como jurisdicción de primera instancia sobre la cuestión de importancia fundamental relativa a la evolución de las reglas del *common law* en materia de responsabilidad civil. El caso debe ser enviado a la *High Court* para que la demanda pueda continuar.

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDAFRICA, sentencia del 16-8-2001, *Carmichele v. The Minister of Safety and Security and Another*, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2001, 2, p. 249. Ver, asimismo, el comentario de XAVIER, PHILIPPE, en *Revue Française de Droit constitutionnel*, París, Dalloz, 2002, n° 49, pp. 221/223.

SEGURIDAD SOCIAL. DERECHO A LA VIDA. DERECHO A LA SALUD. DIGNIDAD HUMANA. JUSTICIA SOCIAL. OBLIGACIONES DEL ESTADO. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, ART. 22. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, ART. 16. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, ART. 9 (COSTA RICA).

1. Antecedentes del caso: el recurrente interpuso recurso de amparo contra el Hospital Rafael Angel Calderón Guardia (Hospital) y la Caja Costarricense del Seguro Social (Caja). Manifestó que el 31 de enero de 2002 sufrió un infarto de miocardio que provocó su internación, primero en la Clínica Católica -a fin de estabilizarlo- y luego en el Hospital, que se prolongó hasta el 20 de febrero. Allí le practicaron una serie de exámenes -entre ellos, el cateterismo-, que determinaron una obstrucción del 80 por ciento en una de las arterias del corazón. Añadió que, según el diagnóstico médico, la estabilidad de su condición dependía de que se le intervenga quirúrgicamente, a fin de ponerle un “sten” (especie de resorte que se expande e impide la obstrucción de la arteria afectada). Agregó que fue imposible intervenirle pues el Hospital no contaba en ese momento con dicho dispositivo; no obstante ello, le indicaron que debía volver en tres semanas a fin de fijar la fecha de la operación. Señaló que transcurrido el plazo acudió al Servicio de Cardiología del Hospital, donde se le informó que la Caja aún no disponía del “sten”. Indicó que el 20 de marzo de ese año planteó una gestión al Jefe de la Unidad de Cardiología del Hospital solicitando que se resuelva su caso con prontitud pues su vida corría peligro si no se lo sometía a esa intervención quirúrgica, y en el supuesto

contrario, que se adopten las medidas necesarias a fin de que se le pueda operar en otro centro médico. Esta última gestión tampoco fue contestada, por lo que el recurrente consideró la omisión contraria al derecho de petición y pronta respuesta. Consideró, asimismo, que resultó contrario a su derecho a la salud que la institución creada a efectos de brindar atención médica a las personas que así lo requieran, no adoptara las medidas necesarias a fin de garantizar la disponibilidad continua y oportuna de ciertos dispositivos o medicamentos, de los que dependía -como en su caso- la integridad física y hasta la propia vida de un paciente, con la agravante de que, en principio, las cuotas que paga al seguro social debieron garantizarle que las autoridades recurridas estén en capacidad de satisfacerle sus requerimientos de atención médica, de una forma rápida y oportuna. Finalizó solicitando que se declare con lugar el recurso y se le restituya en el pleno goce de sus derechos conculcados.

2. Sentencia:

2.1. Esta Sala se ha pronunciado en cuanto a la misión y funciones de la Caja y ha manifestado que el régimen de seguridad social es también, y a no dudarlo, un pilar fundamental del sistema democrático nacional, para el cual existe además una previsión normativa de la más alta jerarquía. La Constitución Política le dedica su art. 73, y cabe mencionar también los arts. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Desde luego, la Sala ha reiterado también el carácter crucial, fundamental, de la misión encomendada por el constituyente a la Caja. Precisamente, haciéndose referencia a la prestación de servicios de salud, indicó: “En el caso particular de nuestro país, ha sido la Caja... la institución llamada a brindar tal servicio público, debiendo en consecuencia instrumentar planes de salud, crear centros asistenciales, suministrar medicamentos, dar atención a pacientes entre otras cosas, contando para ello no sólo con el apoyo del Estado mismo, sino además con el aporte económico que realiza una gran parte de la población con las cotizaciones para el sistema” (sentencia 5130-94 del 7-9-1994).

2.2. En tanto perteneciente al elenco de los derechos y garantías sociales señalados en la Constitución, el régimen de seguridad social se concibe en todo momento como inspirado por el principio cristiano de justicia social, y persigue contribuir decisivamente a forjar la política permanente de solidaridad nacional a que se refiere también el art. 74 constitucional. Es justamente por ello que la Sala, como lo ha dicho en otras ocasiones, no puede dejar de ver con preocupación como, en el tiempo, se vienen suscitando diversas acciones que -tomadas una a una, y, con mucha más razón, vistas en su conjunto- vienen minando la capacidad de la Caja de asegurar el cumplimiento de su elevada misión, tema que se menciona aquí, precisamente, porque es relevante a los efectos de lo que se está resolviendo. En efecto, es pública y notoria la deuda que mantiene el Gobierno Central con la Caja, a propósito del aporte que le corresponde brindar en cumplimiento del mandato del citado art. 73. Al mismo tiempo, son igualmente notorias las restricciones presupuestarias que se ha impuesto a la entidad, a fin de obligarla a crear excedentes que debe destinar a la compra de bonos de la deuda pública por muchos millones de colones.

Sin embargo, a pesar de tales dificultades, no puede perderse de vista el valor prioritario y relevante que reviste el derecho a la salud y a la vida que la propia Constitución le ha atribuido a esta institución. En ese sentido, ya la Sala se ha cuestionado si la mayor o menor capacidad financiera del Estado (concretamente, de la Caja) puede ser argüida valaderamente como un óbice que justifique que se desatienda, o se atienda insuficientemente, la cumplida observancia de aquello que constituye la razón misma de ser de la entidad. La respuesta es importante porque, en el caso concreto, la representante de la accionada ha informado a la Sala que el problema, en definitiva, se reduce al ámbito presupuestario por cuanto la compra directa de tales insumos está referida a una licitación de contenido económico muy alto. Sin embargo,

es oportuno recordar lo que la propia Sala señaló en el citado fallo 5130-94, al expresar que "... si el derecho a la vida se encuentra especialmente protegido en todo Estado de Derecho Moderno y en consecuencia el derecho a la salud, cualquier criterio económico que pretendiera hacer nugatorio el ejercicio de tales derechos, debe ceder en importancia pues como ya se indicó sin el derecho a la vida los demás derechos resultarían inútiles". Y así se resume lo medular de la cuestión, al recalcar -y valga la pena reiterarla- una verdad fundamental: ¿de qué sirven todos los demás derechos y garantías, las instituciones y sus programas, las ventajas y beneficios de nuestro sistema de libertades, si una sola persona no puede contar con que tiene asegurado el derecho a la vida y a la salud?

De todos modos, si lo que se precisa es poner el problema en la fría dimensión financiera, estima la Sala que no sería menos atinado preguntarnos por los muchos millones de colones que se pierden por el hecho de que los enfermos no puedan tener la posibilidad de reincorporarse a la fuerza laboral y producir su parte, por pequeña que sea, de la riqueza nacional. Si contabilizamos este extremo, y todos aquellos que se le asocian, resulta razonable postular que pierde más el país por los costos directos e indirectos del estado de incapacidad de quien yace postrado por una enfermedad, que lo que de otro modo se invertiría dándole el tratamiento que le permitiría regresar a la vida productiva. Desde luego, los beneficios intangibles, sociales y morales, son -incuestionablemente- de mucho mayor cuantía.

2.3. A partir de todo lo dicho *supra*, la Sala observa que en este asunto, sin duda alguna, se está menoscabando el derecho a la salud del recurrente y además, con la larga espera a la que ha sido sometido, se está poniendo en peligro su derecho a la vida ya que la angioplastia e implantación del "sten" que requiere para su padecimiento cardíaco, son de carácter urgente. No es posible permitir que por problemas presupuestarios y de desorden administrativo se ponga en peligro la vida del recurrente, pues en caso de aceptarse esa excusa como válida, ello implicaría anteponer un aspecto meramente material a uno de fondo, de relevancia superior como es, precisamente, el derecho a la salud y a la vida. No puede esta Sala consentir esa interpretación ya que, como se indicó, de qué valen los demás derechos si no se goza de vida y salud que permiten disfrutar de todos los demás. En ese sentido, merece la pena traer a colación el criterio vertido por la Contraloría General de la República cuando, al otorgar autorización al Hospital para efectuar un procedimiento de contratación directa para la compra de los "stens" y otros insumos, indica que esa Administración deberá ordenar "... la confección de un cronograma de actividades, con la finalidad de disponer con los insumos necesarios, en el tiempo disponible y, evitar así, crisis como la que está viviendo el Servicio de Cardiología de ese Hospital, la cual perjudica la calidad de vida de los pacientes cardiopatas; amén, que se deberán de sentar las responsabilidades administrativas, por falta de planificación que llevó a ese Hospital a no disponer de las existencias necesarias y suficientes de stens, insumos y accesorios para enfrentar la crisis que tiene actualmente, lo cual perjudica en primer lugar el servicio oportuno y ágil a los pacientes cardiopatas y en segundo lugar a ese Centro Hospitalario, en donde tiene que recurrir a mecanismos alternos, para solucionar el desabastecimiento de cita, únicamente por falta de planificación y no por casos de fuerza mayor".

Esta aparente falta de programación y de planificación del Hospital, en los términos en que lo afirma la Contraloría General de la República, para evitar el desabastecimiento que ahora sufre de implementos como el que requiere el recurrente para prolongar su derecho a la vida y mejorar su salud, ha incidido directamente en la prestación de efectivo auxilio médico, con lo cual, no sólo se ha puesto en riesgo su vida y se menoscaba su derecho a la salud, sino que también se ha incumplido seriamente con un deber del Estado costarricense derivado de los conceptos de justicia y solidaridad que impregnan al régimen de seguridad social contenido en la Constitución y de la misión que ésta le encomienda a la Caja, pues no es de extrañar que existan otras personas en iguales condiciones que el recurrente.

Por tanto, la Sala entiende, como lo ha dicho en otras ocasiones, que las órdenes emanadas de la jurisdicción en esta materia pueden poner a las autoridades de esa institución en un estado de tribulación, por cuanto tienen la obligación de llevarlas a su correcto cumplimiento; sin embargo, dada la relevancia de los derechos fundamentales que están en juego y partiendo del grado de madurez y experiencia desarrolladas por la Caja durante su medio siglo de existencia, así como su probada capacidad de enfrentar y responder a los retos que plantea el cuidado de la salud pública, se espera que esta crisis por la que, en particular, está atravesando el Hospital en cuanto al tema objeto de recurso, sea más bien el acicate y la motivación necesaria para producir las nuevas respuestas que esperan los enfermos y la sociedad costarricense en general; y lograr con estas experiencias acumuladas que en el futuro se pueda obtener una mejor atención en beneficio de los asegurados.

CORTE SUPREMA DE COSTA RICA (Sala Constitucional), sentencia del 30-4-2002, N° 03976/2002, en http://www.poder-judicial.go.cr/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_busqueda.asp.

SEGURIDAD SOCIAL. JUBILACIONES Y PENSIONES. DERECHO A PENSIÓN. DERECHOS ADQUIRIDOS. **DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.** PROGRESIVIDAD. **DERECHO DE PROPIEDAD.** INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA. DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL. **OBLIGACIONES DEL ESTADO.** DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-PERÚ).

1. Antecedentes del caso: el 1 de febrero de 1998 los señores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Alvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez y Sara Castro viuda de Gamarra (las presuntas víctimas o los cinco pensionistas) presentaron una denuncia contra el Estado del Perú (Estado o Perú) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión), debido a la modificación en el régimen de pensiones que venían disfrutando conforme a la legislación peruana hasta 1992, y por el incumplimiento de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional del Perú que ordenaron a órganos del Estado pagar a los pensionistas una pensión por un monto calculado de la manera establecida en la legislación vigente para el momento en que éstos comenzaron a disfrutar de un determinado régimen pensionario. El 5 de marzo de 2001 la Comisión aprobó el informe N° 23/01 mediante el cual efectuó recomendaciones al Estado, otorgando un plazo de dos meses para su cumplimiento; plazo que fue ampliado en dos oportunidades. El 3 de diciembre de ese año la Comisión decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte); consecuentemente, al día siguiente presentó una demanda con el fin de que la Corte decida si el Estado violó los arts. 21 (derecho de propiedad), 25 (protección judicial) y 26 (desarrollo progresivo) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención), en contra de los cinco pensionistas.

2. Sentencia:

2.1. Hechos probados

Efectuado el examen de las diferentes pruebas producidas en el caso, esta Corte considera probados los siguientes hechos:

Las presuntas víctimas trabajaron en la Superintendencia de Banca y Seguros del Perú (SBS) por más de 20 años (entre 20 años y 10 meses y 37 años, según el caso). Todas ellas cesaron en sus funciones antes de 1990. Según lo establece la ley orgánica dictada en 1981, la SBS “es una Institución Pública con personería jurídica de derecho público, con autonomía funcional, administrativa y económica”. Su personal se encontraba dentro de un régimen laboral de la actividad pública, hasta que la citada ley orgánica de 1981 modificó dicha

situación, declarándolo comprendido en el régimen laboral correspondiente a la actividad privada, salvo el caso de los trabajadores incluidos en el régimen de la Ley 11.377 y en el de pensiones establecido por el Decreto-Ley n° 20.530, los que, a su elección, podían continuar en el referido régimen. Así lo hicieron los cinco pensionistas; conforme al mismo y a las normas conexas y complementarias, el Estado les reconoció una pensión de cesantía nivelable progresivamente, de conformidad con la remuneración “de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías”. Las nivelaciones de las pensiones de las presuntas víctimas se efectuaron de manera sucesiva y periódica cada vez que se producía un incremento por escala en las remuneraciones de los trabajadores y funcionarios activos, hasta que en abril de 1992 la SBS suspendió el pago de la pensión del Sr. Bartra Vásquez y, en septiembre del mismo año, redujo el monto de la pensión de los Sres. Torres Benvenuto, Mujica Ruiz Huidobro, Alvarez Hernández y Gamarra Ferreyra en aproximadamente un 78%, sin previo aviso ni explicación alguna. El 14 de octubre de 1992 se promulgó el Decreto-Ley n° 25.792, que autorizó a SBS a “establecer un programa de incentivos para la renuncia voluntaria de sus trabajadores” y, de conformidad con el art. 5 “transfirió al Pliego Presupuestal del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), la recaudación de las aportaciones y la atención de las pensiones, remuneraciones o similares que correspondería pagar a la SBS a sus pensionistas, jubilados y cesantes comprendidos en el régimen del Decreto-Ley n° 20.530”. Estipuló, asimismo, que dichas pensiones o remuneraciones tendrían como referencia las que dicho Ministerio paga a sus trabajadores y funcionarios conforme al Decreto Legislativo n° 276, y agregó que “en ningún caso se homologarán o referirán a las remuneraciones que pague la Superintendencia de Banca y Seguros al personal sujeto a la actividad privada”. A partir de noviembre de 1992 y mientras se encontró vigente el Decreto-Ley n° 25.792, el Ministerio de Economía y Finanzas continuó pagando a los cinco pensionistas una pensión calculada en los términos de dicha norma.

Cada una de las presuntas víctimas interpuso una acción de amparo contra la SBS, que fueron declaradas fundadas en 1994 por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia del Perú mediante sentencias definitivas. En la vía de ejecución de dichas sentencias, los juzgados correspondientes emitieron resoluciones por las cuales ordenaron a la SBS y al Ministerio de Economía y Finanzas que cumplieran con lo dispuesto en las sentencias. La SBS sólo cumplió con reintegrarles las diferencias entre la pensión recibida y la que venían devengando en forma nivelada en lo correspondiente a los meses de abril a octubre de 1992, en el caso de Bartra Vásquez, y a los meses de septiembre y octubre de 1992, en el caso de los otros cuatro actores. Algunos de ellos interpusieron denuncias penales. En 1995 la SBS emitió cinco resoluciones con el propósito de cumplir con lo dispuesto en las sentencias que resolvieron los amparos, ordenando nivelar la pensión de las presuntas víctimas con base en las remuneraciones que percibían sus servidores activos. Tales resoluciones nunca fueron cumplidas. En los años 1998 y 2000 el Tribunal Constitucional, al expedirse respecto de las acciones de cumplimiento interpuestas, resolvió que la SBS debía cumplir con lo dispuesto en sus resoluciones administrativas de 1995.

El 21 de enero de 2002 el Congreso de la República del Perú sancionó la Ley n° 27.650, que derogó el aludido art. 5 del Decreto-Ley n° 25.792. El 12 de marzo del mismo año la SBS dictó cinco resoluciones a través de las cuales dispuso dar cumplimiento a las que fueran expedidas en el año 1995, y el 18 de marzo de 2002 pagó a los cinco pensionistas las sumas de dinero correspondientes a los reintegros de los montos de las pensiones dejados de percibir desde noviembre de 1992 hasta febrero de 2002. En marzo de ese año las pensiones niveladas fueron restablecidas y percibidas periódicamente.

2.2. Derecho a la propiedad privada

2.2.1. En el presente caso, no existe controversia entre las partes acerca de si las presuntas víctimas tienen derecho a pensión o no. Están de acuerdo en que los cinco

pensionistas, al cesar en sus funciones en la SBS, obtuvieron el derecho a la pensión de cesantía bajo el régimen establecido en el Decreto-Ley n° 20.530. La controversia entre las partes es respecto a si los parámetros utilizados por el Estado para reducir o recalcular los montos de sus pensiones a partir de 1992, configuran una violación del derecho de propiedad. Para dirimir esta controversia, la Corte analizará dos puntos: a) si el derecho a pensión puede considerarse un derecho adquirido y qué significa esto; y b) qué parámetros deben tenerse en cuenta para cuantificar el derecho a la pensión y si se pueden poner límites a éste.

2.2.1.1. Primer Punto: la controversia acerca de si la pensión es un derecho adquirido o no ya fue resuelta por la Constitución Política del Perú de 1993 y por el Tribunal Constitucional peruano. La primera señala en su Primera Disposición Final y Transitoria, que los nuevos regímenes sociales obligatorios que se establezcan respecto de las pensiones de los trabajadores públicos, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos-leyes 19.990 y 20.530. Al referirse a dicha norma de la Constitución, el Tribunal Constitucional indicó que una correcta interpretación de tal disposición no puede ser otra que la de consagrar, a nivel constitucional, los derechos adquiridos en materia pensionaria por los pensionistas sometidos a los regímenes de los decretos-leyes citados, entendiéndose por derechos adquiridos “aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos”.

Debe tenerse presente, asimismo, lo señalado en el art. 29.b de la Convención en el sentido de que ninguna disposición de ésta puede ser interpretada para “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes...”. En este orden de ideas, a la luz de lo señalado en la Constitución Política del Perú, lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, de conformidad con el art. 29.b de la Convención, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, esta Corte considera que desde el momento en que los cinco pensionistas pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley n° 20.530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto-ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas por éste y sus normas conexas. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a pensión, de conformidad con el Decreto-Ley n° 20.530 y en los términos del art. 21 de la Convención.

2.2.1.2. Segundo Punto: ha quedado establecido que las presuntas víctimas tienen un derecho adquirido al pago de una pensión y, más precisamente, a una pensión cuyo valor se nivele con la remuneración percibida por las personas que estén desempeñando las mismas o similares labores a aquellas que ejercía el beneficiario en el momento de retirarse. La controversia se plantea en relación a otro punto. Las personas que desempeñan iguales o similares funciones que los cinco pensionistas, pueden estar sometidas a dos regímenes distintos, el de la actividad pública o el de la actividad privada, y sus remuneraciones varían según estén sujetos a uno u otro, siendo notoriamente más elevada las del segundo régimen. En consecuencia, la disposición de acuerdo con la cual las presuntas víctimas percibirán una pensión equivalente a la del personal en actividad, entraña una ambigüedad que es preciso aclarar para definir cual es el alcance del derecho adquirido a la pensión.

La Comisión y los representantes de las víctimas consideran que el cálculo del monto de la pensión debe hacerse con base en el salario del funcionario activo de la SBS. Por su parte, el Estado sostiene que el cálculo debe hacerse mediante una nivelación con el salario de un servidor en actividad de la misma categoría y régimen laboral (público), que tenían las víctimas al momento de acogerse a la pensión; como así también, que la nivelación con base en las remuneraciones percibidas por trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, no guarda consonancia con lo dispuesto en el Decreto-Ley n° 20.530.

Desde los meses de abril y septiembre de 1992, respectivamente, y con posterioridad a la emisión del Decreto-Ley n° 25.792, el Estado modificó los parámetros de determinación del monto de la pensión nivelada, reduciendo considerablemente las pensiones que las presuntas víctimas venían recibiendo. Como resultado de las acciones de garantía interpuestas por los cinco pensionistas, se emitieron cinco sentencias de amparo en 1994 y tres sentencias de cumplimiento entre 1998 y 2000, que ordenaban seguir pagando la pensión que venían percibiendo los actores, pero el Estado se abstuvo, durante varios años, de dar cabal aplicación a dichas decisiones.

La Corte observa que si bien cuando los trabajadores de la SBS pasaron al régimen de la actividad privada (1981) la pensión nivelada pudo haberse fijado de conformidad con el salario que percibía un funcionario sujeto al régimen público, esto no fue interpretado así por las autoridades del Estado. Aun más, fue el propio Estado quien les reconoció, mediante actos administrativos, un monto de pensión nivelable de acuerdo con el salario de un funcionario activo de la SBS. Adicionalmente, al resolver las acciones de garantía interpuestas, los tribunales internos ordenaron que se continuara pagando las pensiones en los términos en que se venían haciendo, esto es, nivelándolas con la remuneración percibida por los funcionarios activos de la SBS, que pertenecen al régimen de la actividad privada. Esto configuró, en beneficio de los pensionistas, un derecho amparado por las sentencias de garantía.

Los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto), los Estados pueden reducirlos pero, únicamente, por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados. En ese sentido, el art. 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) sólo permite a los Estados establecer limitaciones al goce y ejercicio de tales derechos, “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”. En el presente caso, si el Estado pretendía dar otra interpretación al Decreto-Ley n° 20.530 y sus normas conexas, debió realizar un procedimiento administrativo con pleno respeto a las garantías adecuadas y, en todo caso y por sobre las decisiones de la administración, respetar las decisiones que adoptaron los tribunales de justicia. Por el contrario, la Administración cambió, sin un procedimiento adecuado, los términos de su interpretación de las normas que regulaban la pensión de las cinco presuntas víctimas y, posteriormente, desconoció las decisiones judiciales que amparaban sus pretensiones, violando, en perjuicio de ellos, el derecho de propiedad consagrado en el art. 21 de la Convención.

2.3. Protección judicial

2.3.1. Esta Corte ha sostenido que no basta la existencia formal de los recursos a que se refiere el art. 25 de la Convención, sino que éstos deben ser eficaces, es decir, dar respuesta a las violaciones de los derechos garantizados en ella. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que resulten ilusorios, como ocurre, por ejemplo, cuando su inutilidad ha quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones. La salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos.

En el presente caso, el análisis de la presunta violación del art. 25 será realizado con base en tres distintas etapas: a) el pago de las pensiones de abril a octubre de 1992 (respecto de Bartra Vásquez) y de septiembre y octubre de 1992 (respecto de los otros cuatro pensionistas); b) de noviembre de 1992 a febrero de 2002, y c) la que va de marzo de 2002 a la actualidad.

2.3.1.1. Primera etapa: ha quedado establecido que los cinco pensionistas interpusieron distintas acciones ante diferentes instancias judiciales del Perú. Como resultado

de ellas se dictaron diversas sentencias que ordenaron a la SBS a pagar el total de la pensión que venían percibiendo de acuerdo con la ley. Si bien con algunas demoras, la SBS cumplió con esas sentencias, más sólo en lo que respecta a los montos correspondientes a los meses de abril a octubre de 1992, a Bartra Vásquez, y los meses de septiembre y octubre respecto de los restantes; es decir, desde la fecha en que sufrieron la merma de sus ingresos hasta la promulgación del Decreto-Ley n° 25.792 (v. *supra* 2.1).

A la luz de lo expuesto, este Tribunal considera que la primera fase no merece consideración alguna, puesto que en este período se reintegraron los montos que correspondía percibir a los pensionistas de acuerdo con las sentencias de los tribunales internos, por concepto de pensión nivelada.

2.3.1.2. Segunda etapa: es la que amerita mayor atención. El Estado sostiene que en virtud de la aplicación del art. 5 del Decreto-Ley n° 25.792 -que encargó al MEF la recaudación de las aportaciones y la atención de las pensiones que correspondía pagar la SBS a las personas comprendidas en el Decreto-Ley n° 20.530-, los cinco pensionistas debieron haber demandado no sólo a la SBS, sino también al MEF, y que, en consecuencia, no se incumplieron las sentencias, sino que la SBS cumplió en la parte que le correspondía.

El alegato del Estado debe desestimarse, en virtud de que, cuando la SBS en 1995 emitió las resoluciones que resolvieron nivelar las pensiones reducidas, en el art. 2 dispuso: “Transcríbase las presente resolución y anexo al Ministerio de Economía y Finanzas para los fines pertinentes”. Más aún; las sentencias judiciales fueron publicadas en el Diario Oficial El Peruano, por lo que el MEF no podía alegar desconocimiento de las sentencias para justificar su incumplimiento. El Defensor del Pueblo del Perú, en el informe titulado “Incumplimiento de Sentencia por parte de la Administración Estatal” elaborado en octubre de 1998, señaló: “si el cumplimiento de las sentencias queda librado a la discrecionalidad de la Administración, se vulnera la noción misma del Estado de Derecho y se crean condiciones para un régimen de arbitrariedad e imprevisibilidad, contrario a los principios constitucionales como la separación de poderes y la autonomía del Poder Judicial...”.

Esta Corte considera que en esta etapa se dio un claro incumplimiento de las sentencias emitidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia el 2 de mayo, 28 de junio, 1 y 19 de septiembre y 10 de octubre de 1994, a favor de las presuntas víctimas del presente caso. El Estado no puede apartarse de dichas decisiones, so pena de incurrir en violaciones al derecho de propiedad y a la protección judicial.

2.3.1.3. Tercera etapa: aquí merece destacarse que el Estado cumplió con las sentencias de las autoridades judiciales internas. El 18 de marzo de 2002 la SBS ejecutó las resoluciones administrativas dictadas el 12 de marzo, en las cuales resolvía cumplir con las sentencias judiciales. En consecuencia esta etapa no merece mayor análisis por parte de esta Corte.

2.3.2. En virtud de lo expuesto, el Tribunal considera que el Estado violó el art. 25 de la Convención en perjuicio de los cinco pensionistas, al no ejecutar las sentencias emitidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia del Perú sino después de casi ocho años de dictadas.

2.4. Artículo 26: Desarrollo progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La Comisión y los representantes de las presuntas víctimas alegaron la violación del artículo citado, en cuanto el Estado, al reducir el monto de las pensiones, no cumplió el deber de dar el desarrollo progresivo de sus derechos económicos, sociales y culturales; particularmente, no les garantizó el desarrollo progresivo al derecho a pensión.

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen tanto una dimensión individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el

criterio de esta Corte, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativo de la situación general prevaleciente. Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso, y por ello resulta procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso.

2.5. Obligación de respetar los derechos. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno

2.5.1. El art. 1.1 de la Convención pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas de derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. En toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en el citado artículo. El Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos, aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.

Como ya se ha establecido en esta sentencia, el Estado violó los derechos humanos consagrados en los arts. 21 y 25 de la Convención en perjuicio de los cinco pensionistas, por lo que incumplió con el deber general establecido en el art. 1.1, de respetar los derechos y libertades consagrados en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio.

2.5.2. En relación con el art. 2 de la Convención, este Tribunal ha sostenido que el deber general que dicha norma impone a los Estados Partes, implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

En el presente caso, el Estado, al haberse abstenido por un largo período, de adoptar el conjunto de medidas necesarias para dar pleno cumplimiento a las sentencias de sus órganos judiciales y, consecuentemente, hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención (arts. 21 y 25), incumplió la obligación estipulada en el art. 2 de dicho tratado.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (dos jueces emitieron opiniones concurrentes y uno su voto razonado), sentencia del 28-2-2003, caso "*Cinco Pensionistas*" vs. *Perú*, en http://www.corteidh.or.cr/serie_c/Serie_c_98_esp.doc.

SEGURIDAD SOCIAL. JUBILACIONES Y PENSIONES. PENSIÓN POR VIUDEZ. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN EN RAZÓN DEL GÉNERO (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: el peticionante es un ciudadano inglés nacido en 1956 que reside en Bristol; contrajo matrimonio en 1984 con Marlene Willis, con quien tuvo dos hijos, nacidos en 1989 y 1990, respectivamente. La señora Willis, víctima de cáncer, falleció el 7 de junio de 1996, a los 39 años. El reclamante es el administrador de la sucesión de su esposa. Ella trabajaba en la Oficina local de Vivienda y fue, durante la mayor parte de la vida en común, el sostén económico principal de su hogar. Pagó sus contribuciones a la seguridad social mientras fue empleada y obtuvo subsidio cuando la enfermedad le impidió seguir desarrollando sus tareas habituales. Aquel dejó de trabajar el 3-11-1995 a fin de atender a su esposa enferma y a sus hijos. Luego del deceso de su mujer trabajó a tiempo parcial entre el 2-

9 y el 6-11-1996, con un salario anual de 4393 libras esterlinas, pero como resultaba antieconómico abandonó ese empleo para atender a sus hijos de manera permanente. El 14-11-1996 recurrió a la *Benefits Agency* a fin de recibir el pago de los beneficios de la seguridad social. Pidió los subsidios equivalentes a los que corresponden a las mujeres viudas, esto es, la *Widow's Payment*, *Widow's Pension* y la *Widow's Mother Allowance*, conforme a la *Social Security and Benefits Act 1992* (ley de 1992). La *Benefits Agency* informó al peticionante que el tipo de pensión a la que postulaba no existía para el caso de los viudos, dado que la política social vigente sobre este aspecto databa del tiempo en que las mujeres prácticamente no trabajaban fuera, y que es más probable que sean las mujeres las que dependen del salario del hombre para sus manutención. Además, estos beneficios eran solamente aplicables a aquellas viudas que atravesaban problemas financieros graves, aquellas con hijos a cargo o entradas en años que quedaron fuera del mercado laboral. El Gobierno argumentó que la extensión de estos beneficios a los viudos significaría un gasto extra inconveniente y que, en general, los hombres se podían mantener con sus ingresos, y agregó, además, que para estos casos ya existen otro tipo de subsidios, tales como el *Child Benefit* y el *One Parent Benefit*, junto a otros beneficios adicionales que favorecen a los trabajadores de bajos ingresos o subempleados. Según el Gobierno, estas medidas bastan para cubrir las necesidades especiales de los viudos, no considerándose conveniente la extensión de la pensión por viudez tal como lo solicita el peticionante. En tales condiciones, este último invocó ante la Corte Europea de Derechos Humanos la violación del art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos junto con el art. 1 del Protocolo n° 1.

2. Sentencia:

Con respecto a la violación del art. 14 combinado con el art. 1 del Protocolo n° 1, es evidente que el peticionante cumple con todos los requisitos legales necesarios para la obtención del *Widow's Payment* y del *Widowed Mother's Allowance*, siendo el único motivo por el que se le niega el subsidio, el hecho de ser varón. Una mujer, en la misma situación, estaría en su derecho de recibir los subsidios en cuestión, ya que se trata de derechos monetarios que obtienen los trabajadores que previamente han pagado sus cuotas obligatorias al *National Insurance Fund*, que es de donde luego surgen los fondos para el pago de estos subsidios. No existe justificación objetiva alguna para un tratamiento diferente a los hombres y a las mujeres. Pero con relación al derecho del peticionante a la pensión de viudez, una mujer en la misma situación que el requerido no habría tenido derecho a ésta hasta principios de 2006. Es más; probablemente sólo la obtendría en 2009, fecha en que el menor de los hijos del peticionante dejaría de ser considerado dependiente, y quizás, para ese momento, la hipotética mujer ya no cumpliría todos los requisitos necesarios para la obtención de ese beneficio. Entonces, a este respecto, el peticionante no fue objeto de una diferencia en el trato, y no es necesario considerar si la demanda cae dentro del ámbito del artículo 1 del Protocolo n° 1.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 11-06-2002, n° 36042/97, *Kevin David Willis v. Reino Unido*, en *Human Rights Law Journal*, Estrasburgo, N. P. Engel, 2002, vol. 23, n° 5-7, p.250.

SENTENCIA. EFECTOS. INTERPRETACIÓN. **JURISPRUDENCIA.** EFICACIA. AUTOPRECEDENTE (EL SALVADOR).

Los efectos generales y la vinculación de los órganos estatales y entes públicos a la jurisprudencia de este Tribunal, se extienden tanto al fallo como a la motivación estricta o *ratio decidendi* de la sentencia, y ello por una razón: si la función que caracteriza a esta Sala es ser intérprete máximo de la Constitución, y si en toda sentencia de un proceso de

inconstitucionalidad el Tribunal efectúa una interpretación de la Ley Suprema, no cabe duda que esa interpretación tiene eficacia frente a todos, por proceder del último órgano jurisdiccional facultado para hacerlo.

Por tanto, dado que todas las sentencias del Tribunal deben ser motivadas, la interpretación que éstas incorporan tiene lugar tanto si se declara la inconstitucionalidad de la ley impugnada como si se la desestima, lo que quiere decir que el valor de la interpretación, igual que el del fallo, es el mismo en las sentencias estimatorias y en las desestimatorias.

En relación estrecha con lo anterior, es necesario señalar que, en su fase de evolución, esta Sala ha admitido una fuerza vinculante *sui generis* de un tipo de precedente que es calificado por la doctrina como autoprecedente, entendiéndose por tal aquel originado por el mismo Tribunal, el que lo obliga a someterse a sus propias decisiones surgidas en los procesos -sobre todo de inconstitucionalidad- que ha conocido anteriormente.

CORTE SUPREMA DE EL SALVADOR (Sala de lo Constitucional), sentencia del 1-2-2001, ref. 22-1996, en *Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional 2001*, San Salvador, Centro de Documentación Judicial, 2003, p. 210.

SENTENCIA. EFECTOS. JURISPRUDENCIA. APARTAMIENTO (ARGENTINA).

El Superior Tribunal de la Provincia de Entre Ríos resolvió el litigio según la interpretación de las normas aplicables que resultaba de un precedente propio, aun cuando dicha interpretación era claramente opuesta a la que surgía de un precedente de la Corte Suprema.

La Corte Suprema, al considerar el recurso extraordinario por el que la parte interesada impugnó la sentencia antedicha, dejó sin efecto esta última, pues entendió carente de fundamentos y, por ende, nula, la sentencia que prescinde de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema sin expresar las razones que llevaron a dicho apartamiento.

Nota de la Secretaría: no existe norma jurídica alguna que disponga que la doctrina de los fallos de la Corte sea vinculante u obligatoria para los tribunales inferiores. La presente sentencia, por ende, se funda en la jurisprudencia (constante) de la propia Corte.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 27-6-2002, G.152.XXXVI, *Gaißer S.R.L. c/ Compañía Argentina de Seguros Visión S.A.*, en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 325.II, p. 1515.

SINDICATOS. LIBERTAD DE ASOCIACION. DERECHO DEL TRABAJO. CONVENCIONES COLECTIVAS. DERECHO DE HUELGA (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: cada uno de los actores pertenecía a uno de los sindicatos también actores, reconocidos por los respectivos empleadores a los efectos de negociaciones colectivas de trabajo. Los empleadores les ofrecieron a los trabajadores contratos personalizados, e incluso un aumento de salario, a cambio de su renuncia a todos sus derechos a la representación sindical. Los apelantes se negaron a firmar los contratos, acción que tuvo como resultado que sus salarios permanecieran más bajos que los de los empleados que sí habían aceptado los contratos individuales. Con posterioridad, los empleadores dejaron de reconocer a los sindicatos de los apelantes.

2. Sentencia:

La Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) garantiza la libertad de proteger los intereses laborales de los miembros de sindicatos, y el Estado debe permitir y hacer posible el desarrollo de la actividad sindical. Sin embargo, el art. 11 de la Convención no asegura ningún tratamiento especial a los sindicatos ni a sus miembros. En el momento en que transcurrieron los hechos, el Reino Unido contaba con un sistema voluntario de negociaciones colectivas, por lo que no imperaba ninguna obligación legal sobre los empleadores de reconocer los sindicatos a tal efecto. La negociación colectiva no resulta indispensable para el goce efectivo de la libertad sindical. Pese a ello, el sindicato y sus miembros deben ser libres, de uno y otro modo, para procurar persuadir al empleador a escuchar lo que tienen para decir en nombre de sus afiliados.

En este caso, existían otras medidas disponibles que podían tomar los sindicatos para favorecer los intereses de sus miembros, en particular, la posibilidad de una huelga, que es uno de los medios más importantes por los cuales el Estado puede garantizar la libertad de una unión sindical de proteger los intereses de sus miembros. En consecuencia, la ausencia de una obligación impuesta a los empleadores de aceptar una negociación colectiva no dio lugar por sí misma a una violación del art. 11.

Lo esencial de un sistema voluntario de negociación colectiva consiste en que un sindicato no reconocido debe poder tomar medidas con el objetivo de persuadir a un empleador de aceptar una negociación colectiva. Lo que es más, corresponde a la esencia del derecho de asociarse a un sindicato que los empleados sean libres de solicitar a la unión que tome medidas en favor de sus intereses. Si se les prohíbe hacerlo, la libertad de asociarse a un sindicato para la protección de sus intereses se vuelve ilusoria. Es función del Estado garantizar que no se prohíba o impida a los miembros de un sindicato recurrir a la unión sindical para que los represente. En este caso, los empleadores dieron un tratamiento más desfavorable a aquellos empleados que no estaban dispuestos a renunciar a una libertad esencial de la afiliación sindical, conducta que conllevó un impedimento para los empleados de recurrir a su sindicato con el objeto de proteger sus intereses. Así, fue posible que un empleador socavara o frustrara el poder de un sindicato de luchar por la protección de los intereses de sus miembros. Al permitir a los empleadores recurrir a incentivos financieros para inducir a sus empleados a renunciar a importantes derechos sindicales, el Estado demandado no cumplió con su deber de garantizar el goce de los derechos consagrados en el art. 11, relativos tanto a los sindicatos como a los individuos apelantes.

Por ello, se resuelve que hubo violación del art. 11.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (SECCIÓN II), sentencia del 2-7-2002, n° 30668/96, 30671/96 y 30678/96, *Wilson & The National Union of Journalists; Palmer, Wyeth & The National Union of Rail, Maritime & Transport Workers; Doolan and others v. The United Kingdom*, en *Information Note on the case-law of the Court*, 2002, n° 44, p. 30.

TORTURAS Y MALOS TRATOS. COMPETENCIA UNIVERSAL. **AMNISTIA.** CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES, ART. 1 (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: durante los enfrentamientos étnicos que tuvieron lugar en Mauritania en los años 1990 y 1991, un lugarteniente de la armada de tierra habría sido culpable de torturas o actos de barbarie y de complicidad en esos crímenes. Como consecuencia de una queja presentada por la Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos, fue detenido el 1 de julio de 1999 en Montpellier en donde efectuaba un curso.

2. Sentencia:

Conforme a los arts. 689-1 y 689-2 del Código Procesal Penal, las jurisdicciones francesas son competentes para perseguir y juzgar a toda persona que se halle en Francia y haya cometido, fuera del territorio francés, actos de tortura en el sentido del art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes que entró en vigor en Francia el 26 de junio de 1987. Por otra parte, en virtud del art. 689 del mencionado Código, vigente desde el 1 de marzo de 1994, “pero cuyas disposiciones únicamente retoman el derecho preexistente”, la ley francesa es aplicable toda vez que los tribunales franceses son competentes.

Cabe rechazar la aplicabilidad de la ley mauritana de amnistía del 14 de junio de 1993, que privaría de cualquier efecto el principio de la competencia universal.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala Criminal), sentencia del 23-10-2002, n° 6228, en *Recueil Le Dalloz*, París, Dalloz, 2003, n° 1, p. 38.

TORTURAS Y MALOS TRATOS. EXCLUSIÓN DEL HOGAR (UGANDA).

1. Antecedentes del caso: el demandante fue condenado a 22 meses de prisión, por el delito de brujería previsto en el art. 3.3 de la *Witchcraft Act*, cap. 108. El tribunal, además, dictó una orden según la cual el reo, luego de cumplir su condena, debía “desaparecer” de su hogar por 10 años. Con posterioridad a que tal condena fuera confirmada por el tribunal de Alzada, el peticionante recurrió a la Corte Constitucional, con el fin de que ésta determine la validez de las partes relevantes de la ley, en particular la orden de exclusión que se le había impuesto. El 13 de junio de 1997 la Corte ordenó el sobreseimiento del apelante, y declaró que las secciones 2 y 3 de la ley de brujería y la orden de exclusión contravenían las disposiciones de la Constitución que protegen los derechos fundamentales y eran, por lo tanto, inválidas. Este fallo fue apelado ante la Corte Suprema por el Fiscal General.

2. Sentencia:

Se hace lugar parcialmente al recurso. Se mantiene la condena, pero se declara inválida la sección 7 de la ley. Esta sección, que autoriza a los tribunales a emitir órdenes de exclusión, es incompatible con el art. 24 de la Constitución, puesto que viola el derecho a verse libre de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y este derecho, según el art. 44, es absoluto. Al establecer la constitucionalidad de la legislación, hay que remarcar su propósito y efecto, incluidos los efectos concretos. Por un lado, el objeto de la ley, que es la prevención y el castigo a aquellos que practiquen la brujería, es muy laudable; por el otro, el efecto de la orden de exclusión aleja al condenado de su hogar y de su tierra por 10 años, privándolo de cobijo, alimento, medios de subsistencia, la compañía y el servicio de su familia y el contacto social con el resto de su gente. Podría volverse un vagabundo y un mendigo, segregado por aquellos que lo conocieron. Las condiciones que resultan de la orden no sólo son deshumanizantes sino que amenazan su propia vida, y lo someten a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

CORTE SUPREMA DE UGANDA, *Constitutional Appeal* n° 1, 1998, *Attorney General v. Abuki and another*, en *Commonwealth Law Bulletin*, Londres, Commonwealth Secretariat, 2001, vol. 27, n° 1, p. 149.

TORTURAS Y MALOS TRATOS. INVESTIGACIONES JUDICIALES. INTANGIBILIDAD. DETENCION PREVENTIVA. ACCESO A UN ABOGADO. ACCESO A UN MÉDICO. PRISION PREVENTIVA.

CARCELES. CONDICIONES DE DETENCIÓN. **MENORES.** ARMONIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNA CON LA INTERNACIONAL. **INMIGRANTES.** DISCRIMINACIÓN RACIAL. EXPULSIÓN (NACIONES UNIDAS-ARABIA SAUDITA-AZERBAIJÁN-BÉLGICA-CAMBOYA-CHIPRE-DINAMARCA-EGIPTO-ESLOVENIA-ESPAÑA-ESTONIA-ISLANDIA-LUXEMBURGO-MOLDAVIA-NORUEGA-RUSIA-SUECIA-TURQUÍA-UZBEKISTÁN-VENEZUELA).

El Comité contra la Tortura (Comité) examinó los informes presentados por los Estados Partes en virtud del art. 19 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos o Degradantes (Convención), el cual establece que “los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, los informes relativos a las medidas que hayan adoptado para dar efectividad a los compromisos que han contraído en virtud de la presente Convención”. A su vez, el inciso 3 del mencionado artículo, dispone: “Todo informe será examinado por el Comité, el cual podrá hacer los comentarios generales que considere oportunos y los transmitirá al Estado Parte interesado”.

Así, en las conclusiones y recomendaciones del Comité, puede observarse que:

1. Tortura y malos tratos

1.1. De acuerdo con la información recibida, los jueces en Azerbaiján, muchas veces se niegan a tener en cuenta las pruebas visibles de tortura y de malos tratos de los detenidos y a ordenar un examen médico independiente (CAT/C/CR/30/1, párr. 6.k).

1.2. Las víctimas de este tipo de trato en Egipto, no tienen acceso directo a los tribunales para interponer demandas contra las fuerzas del orden. Se recomienda a dicho Estado Parte que elimine toda ambigüedad en la legislación que pueda dar lugar a la persecución de personas debido a su orientación sexual y tome medidas para evitar todo trato degradante durante los cacheos (CAT/C/CR/29/4, párrafos 5.g y 6.k).

1.3. Existe preocupación por la importancia dada en Turquía a la confesión en el procedimiento penal y el hecho de que la policía y los jueces se basen en la confesión para obtener condenas (CAT/C/CR/30/5, párr. 5. e). Asimismo, resultan inquietantes, por un lado, los numerosos casos de condenas fundadas en confesiones en la Federación de Rusia (CAT/C/CR/28/4, párr.6.b), y en Uzbekistán (CAT/C/CR/28/7, párr. 5.h) y, por el otro, el sistema de ascensos del personal en las fuerzas del orden basados en el porcentaje de delitos resueltos en ambos Estados que, tomados conjuntamente, crearían condiciones que favorecen el uso de la tortura y de los malos tratos para hacer “confesar” a los detenidos.

El último de dichos Estados, es instado a examinar este tipo de condenas a partir de la fecha en que se adhirió a la Convención y, cuando proceda, a efectuar una investigación pronta e imparcial, adoptando las medidas correctivas que corresponda. Asimismo, se le sugiere que los agentes de los servicios de orden público, el personal judicial y médico y las demás personas que tienen que ver con la detención, el interrogatorio o el tratamiento, o que por otras razones entran en contacto con los detenidos, reciban formación en cuanto a la prohibición de la tortura, y que el procedimiento de recalificación de ese personal comprenda, a la comprobación del conocimiento de las disposiciones de la Convención y la consulta de sus antecedentes en el trato con los detenidos (párr. 6.j y h). Esta última recomendación se reitera a Estonia, sugiriéndosele la elaboración de un Código de conducta a los agentes mencionados (CAT/C/CR/29/5, párr. 6.b y f), a Azerbaiján (CAT/C/CR/30/1, párr. 7.c) y a Bélgica (CAT/C/CR/30/6, párr. 7.m).

1.4. Siguiendo el mismo criterio, se expresa preocupación acerca de la inexistencia en Suecia de una regla legislativa que contenga, expresamente, la prohibición de admitir como elemento de prueba en un procedimiento, aquellas declaraciones obtenidas a la fuerza (CAT/C/CR/28/6, párr. 6.e).

1.5. Respecto de la definición de la tortura, que figura en el art. 122 del Código Penal de Estonia como un “maltrato físico continuo o un maltrato que causa un dolor intenso”, existe preocupación ya que la misma puede prestarse a interpretaciones restrictivas y a confusión, y

no se ajustaría plenamente con la dispuesta en la Convención en su art. 1, en la que se protege la salud física y mental (CAT/C/CR/29/5, párr. 5.b).

1.6. Con relación al delito de tortura, se sugiere a los Estados de Eslovenia (CAT/C/CR/30/4, párr. 6.b) y Turquía (CAT/C/CR/30/5, párr. 7.c), que lo declaren imprescriptible. Asimismo, se recomienda a Eslovenia que aumente el plazo de prescripción de los demás tipos de malos tratos y se refuercen las salvaguardias previstas en el Código de Procedimiento Penal contra estos delitos; y a Turquía que acelere los juicios y las apelaciones contra funcionarios públicos acusados de tortura o malos tratos, y asegure que mientras se esté llevando a cabo la investigación o juicio, aquéllos sean suspendidos en sus funciones y, en caso de condena, sean destituidos.

Por otro lado, se exhorta a éste último Estado a velar para que se proporcione a las víctimas de los mencionados delitos una reparación adecuada, consistente en una indemnización, rehabilitación y tratamiento médico y psicológico (párr. 7.h). Análogas consideraciones merece Islandia, a quien a su vez se le recomienda que procure adiestramiento a los médicos que estén en contacto con personas sujetas a cualquier forma de detención, para que reconozcan las secuelas de la tortura (CAT/C/CR/30/3, párr. 10.a).

1.7. Se considera positivo que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela imponga al Estado la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones de los derechos humanos, y reconozca el derecho a la rehabilitación a las víctimas de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, practicados o tolerados por agentes del Estado (CAT/C/CR/29/2, párr. 6.e).

1.8. A su vez, se toma nota con satisfacción acerca del tratamiento multidisciplinario de las personas víctimas de la tortura que habitan en Dinamarca (CAT/C/CR/28/1, párr. 5.e).

2. Investigaciones judiciales

2.1. Existe expresa preocupación por la prolongada dilación de las investigaciones judiciales en España respecto a denuncias de tortura, que puede dar lugar a que los condenados reciban indultos o no lleguen a cumplir condena, lo cual también posterga la satisfacción de los derechos de las víctimas a una reparación moral y material (CAT/C/CR/29/3, párr. 11.a).

A su vez, resulta inquietante que, en ciertos casos, la Administración se abstenga de iniciar procedimientos disciplinarios cuando hay un proceso penal en curso, a la espera del resultado de éste. Debido a los retrasos de los procesos judiciales, esta situación puede dar lugar a que, una vez resuelto el proceso penal, la acción para hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria haya prescrito (párr. 11.b).

Por estos motivos, se alienta al Estado Parte a velar para que en casos de tortura o malos tratos se inicien procedimientos disciplinarios sin perjuicio de su suspensión a la espera del resultado de la acción penal (párr. 16).

2.2. En este contexto, también es preocupante que, en Turquía, sean extraños los casos de enjuiciamiento y castigo de los miembros de las fuerzas de seguridad por tortura y malos tratos a pesar de la cantidad de denuncias existentes, los procesos sean sumamente prolongados, las penas no guarden proporción con la gravedad del delito, y que a los funcionarios acusados de este delito rara vez se les suspenda en sus funciones durante la investigación (CAT/C/CR/30/5, párr. 5.d).

2.3. Por otro lado, la doble responsabilidad que tiene la Fiscalía en la Federación de Rusia, a saber, promover el juicio y supervisar el curso de la instrucción, genera un bajo grado de independencia y eficacia de esta institución (CAT/C/CR/28/4, párr. 6.h).

3. Intangibilidad (de la Prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles inhumanos o degradantes) (art. 2 de la Convención: “en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales... como justificación de la tortura”).

3.1. El Comité entiende la difícil situación a la que hace frente España, como consecuencia de los graves y frecuentes actos de violencia y terrorismo que atentan contra la seguridad del Estado y causan pérdida de vidas humanas y daños materiales, y de su consecuente derecho y deber de proteger a sus ciudadanos. Sin embargo, se observa que su legítima reacción debe ser compatible con lo dispuesto en el art. 2.2 de la Convención, según el cual en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales como justificación de la tortura (CAT/C/CR/29/3, párr. 7). La misma recomendación se le manifiesta a Egipto debido a la lucha contra el terrorismo que también enfrenta ese país (CAT/C/CR/29/4, párr. 4).

3.2. Por otro lado, se celebra la declaración de Arabia Saudita de que en su derecho interno no se prevé la posibilidad de invocar ninguna circunstancia excepcional, ni siquiera las órdenes de funcionarios superiores, para defenderse contra una acusación de tortura, y la confirmación de que las confesiones extraídas mediante la tortura no son admisibles en el procedimiento (CAT/C/CR/28/5, párr. 3.c).

3.3. Si bien se agradece a la Federación de Rusia las francas explicaciones sobre las dificultades que todavía encuentra el Estado Parte para superar el sistema caracterizado por “arbitrariedad e impunidad” que ha heredado, y para establecer y afianzar instituciones democráticas y el estado de derecho, corresponde tomar nota de que estos problemas se agravan con los “actos de terrorismo” y las amenazas a la seguridad, por lo que se reitera lo dispuesto en el art. 2 de la Convención (CAT/C/CR/28/4, párr. 4).

4. Detención preventiva

4.1. Resulta de especial preocupación que en Estonia no se establezca ningún marco temporal concreto para el ejercicio de los derechos de las personas en detención policial (CAT/C/CR/29/5, párr. 5.d).

4.2. En este sentido, es de advertir que, en Eslovenia (CAT/C/CR/30/4, párr. 6.e) y en Egipto (CAT/C/CR/29/4, párr. 6.e), los detenidos no tienen acceso inmediato a un abogado y a un médico de su elección, motivo por el cual se exhorta a estos Estados a garantizar ese derecho, en especial, el derecho a ser visitados por un médico independiente, la confidencialidad de los exámenes médicos, y la posibilidad de ponerse en contacto con un abogado y sus familiares.

4.3. Siguiendo el mismo criterio, se recomienda a la Federación de Rusia (CAT/C/CR/28/4, párr. 8.b) y a Uzbekistán (CAT/C/CR/28/7, párr. 6.f), que tomen medidas al respecto, y que velen para que se disponga un médico cuando el detenido lo solicite, sin que tenga que mediar la autorización de los funcionarios de la cárcel. A este último Estado, el Comité le sugiere la particularidad de llevar un registro, al que tendrán acceso los abogados, con los nombres de todos los detenidos, los momentos en que se hayan efectuado las notificaciones a los abogados, médicos y familiares y los resultados que se obtuvieron de los reconocimientos médicos; mientras que, a la Federación de Rusia, lo exhorta a considerar la posibilidad de exigir un examen médico obligatorio de las personas que ingresan en los centros de detención provisional o las cárceles de encausados y de crear un servicio de atención médica independiente de los Ministerios del Interior y de Justicia para que realice esos exámenes.

4.4. En este contexto, se toma nota con satisfacción de la promulgación en Noruega de directrices sobre la notificación de la detención a los parientes y abogados, así como sobre el derecho a la atención de la salud de quien esté en detención preventiva (CAT/C/CR/28/3, párr. 4.b).

4.5. Con relación a España, se manifiesta preocupación acerca del mantenimiento de la detención incomunicada hasta un máximo de cinco días para determinadas categorías de delitos especialmente graves. Durante ese período el detenido no tiene acceso a un abogado y a un médico de su confianza, ni puede notificar a su familia. Si bien el Estado Parte explica que esta incomunicación no implica el aislamiento absoluto del detenido, ya que éste cuenta

con asistencia de un abogado de oficio y de un médico forense, el Comité considera que el régimen de la incomunicación, independientemente de los resguardos legales para decretarla, facilita la comisión de actos de tortura y malos tratos (CAT/C/CR/29/3, párr. 10). En este contexto, se invita al Estado Parte a considerar medidas cautelares que deben usarse en este tipo de detención, tales como, grabar en vídeo los interrogatorios policiales con miras a proteger tanto al detenido como a los funcionarios que pudieren ser acusados falsamente de tortura o malos tratos, y el examen conjunto de un médico forense y un médico de confianza del detenido bajo este régimen (párr. 14.a y b).

Por otra parte, el Comité toma nota con satisfacción de la adopción de medidas destinadas a garantizar la protección de los derechos de los detenidos, tales como, la elaboración del *Manual de Criterios para la Práctica de Diligencias por la Policía Judicial* y su distribución a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, jueces y fiscales (párr. 6.b).

4.6. Sobre la detención en régimen de aislamiento, preocupa al Comité el hecho de que en Camboya ésta tiene una duración de 48 horas como mínimo antes de que una persona comparezca ante un juez, período en el que el detenido no tiene acceso a un abogado ni a sus familiares (CAT/C/CR/30/2, párr. 6.j).

4.7. Asimismo, se expresa la inquietud que genera la falta de procedimientos eficaces en Dinamarca para apelar contra las decisiones que imponen la incomunicación a los presos mientras cumplen su sentencia (CAT/C/CR/28/1, párr. 6.b).

4.8. Por su parte, la República de Moldavia fue alentada a transferir la responsabilidad de las personas internadas en centros de detención temporal del Ministerio del Interior al Ministerio de Justicia, y que tenga a disposición, en todos los puestos de policía, un texto redactado en los idiomas apropiados, en el que se informe a todos los detenidos de sus derechos inmediatamente después de su detención (CAT/C/CR/30/7, párr. 6.i y k).

4.9. El Comité acoge con agrado la introducción en el Código de Enjuiciamiento Criminal de la Federación de Rusia del juicio por jurado, de límites más rigurosos para la detención y los interrogatorios, de disposiciones sobre la inadmisibilidad de pruebas obtenidas en ausencia de un abogado defensor y de la autoridad conferida al juez y no al fiscal para ordenar un arresto (CAT/C/CR/28/4, párr. 3.b). Por su parte, se considera positivo la entrada en vigor de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la cual se regulan adecuadamente las garantías de la detención, tales como: la exigencia de una orden judicial previa para practicar todo arresto, salvo en caso de flagrancia; el establecimiento del plazo de 48 horas para que el detenido sea presentado ante la autoridad judicial; el establecimiento de la libertad del imputado como regla general y la prisión preventiva como excepción; reconoce una serie de garantías para el detenido, tales como el acceso a un abogado desde el momento de la detención; la prohibición de la obtención de confesiones bajo tortura; la concesión obligatoria de la extradición de los imputados por delitos contra los derechos humanos y, para el juzgamiento de los mismos, la disposición de un procedimiento público, oral y breve (CAT/C/CR/29/2, párr. 6.f, g y h).

4.10. Similar satisfacción se expresa por la aprobación en Dinamarca de una enmienda a la Ley de administración de justicia, que ha hecho mucho más estricto el control sobre el recurso al régimen de incomunicación, disminuyendo su utilización y previendo un control judicial de ésta durante la detención preventiva (CAT/C/CR/28/1, párr. 5.a).

5. Prisión Preventiva

5.1. Preocupa al Comité la importante disparidad entre el marco legislativo de Azerbaiján y su aplicación práctica, al igual que la limitada posibilidad de que disponen los detenidos para formular una denuncia a causa de la censura de la correspondencia y la falta de protección a los denunciantes contra las represalias (CAT/C/CR/30/1, párr. 6.g).

5.2. Por otra parte, corresponde celebrar la decisión del Tribunal Supremo de Eslovenia, que en diciembre de 2000, limitó a un máximo de dos años la duración de la prisión preventiva (CAT/C/CR/30/4, párr. 4.b).

5.3. Se aconseja al Estado de Uzbekistán que tome medidas para acortar el período de prisión preventiva, disponga un control judicial independiente del período y las condiciones de este tipo de prisión, y asegure que la orden de arresto sólo sea dictada por un tribunal (CAT/C/CR/28/7, párr. 6.g).

6. Condiciones de reclusión

6.1. El Comité toma nota del acuerdo concluido entre Azerbaiján y el Comité Internacional de la Cruz Roja, en virtud del cual los representantes del CICR tienen acceso ilimitado a los condenados en las cárceles, y la garantía de que las ONG's no tengan trabas para visitar y examinar las condiciones de vida en los establecimientos penitenciarios (CAT/C/CR/30/1, párr. 4.i).

Sin perjuicio de ello, el Comité expresa preocupación por el hecho de que en este Estado no se haya creado ningún órgano independiente cuyo mandato consista en visitar o supervisar los lugares de detención, y se vea dificultado el acceso de las ONG's a los centros penitenciarios (párr. 6.i). Por este motivo, se le recomienda establecer un sistema de inspección periódica de todos los lugares de detención y facilitar, en la práctica, el acceso de las ONG's a los mismos (párr. 7.m).

6.2. Existe preocupación acerca de las severas condiciones de reclusión en España de algunos de los presos clasificados en el denominado "Fichero de Internos de Especial Seguimiento". Según información recibida, quienes se encuentran en el primer grado del régimen de control directo deben permanecer en sus celdas la mayor parte del día, en algunos casos pueden disfrutar de sólo dos horas de patio, están excluidos de actividades colectivas, deportivas y laborales y sujetos a medidas extremas de seguridad. En general, pareciera que las condiciones materiales de reclusión que sufren estos internos estarían en contradicción con métodos de tratamiento penitenciario dirigidos a su readaptación y podrían considerarse un trato prohibido por el art. 16 de la Convención (CAT/C/CR/29/3, párr. 11.d).

6.3. Se insta al Estado de Uzbekistán a que mejore las condiciones en las cárceles y en los centros de prisión preventiva, y establezca un sistema que permita la inspección imprevista de esos lugares por investigadores imparciales dignos de crédito, cuyas conclusiones deberán publicarse (CAT/C/CR/28/7, párr. 6.g). A su vez, se le recomienda que estudie otras medidas con objeto de transferir la responsabilidad del sistema penitenciario del Ministerio del Interior al Ministerio de Justicia, mejorando así sus condiciones, de conformidad con la Convención (párr. 6.i).

7. Menores

7.1. Preocupa al Comité el hecho de que en Luxemburgo los menores, respecto de los cuales se dicta una orden de internamiento en reformatorio, son reclusos en cárceles para adultos (CAT/C/CR/28/2, párr. 5.a).

7.2. Por otro lado, se celebra la declaración de Arabia Saudita en la cual ha dado su palabra de que no se imponen castigos corporales a los menores (CAT/C/CR/28/5, párr. 3.c).

8. Armonización de la legislación interna con la internacional

8.1. El Comité expresa su preocupación por la definición de tortura en el nuevo Código Penal de Azerbaiján, la cual no se ajusta enteramente al art. 1 de la Convención porque, entre otras cosas, al omitir la referencia a la finalidad de la tortura indicada en la Convención, limita los actos de tortura al apaleamiento sistemático y otros actos de violencia y no se prevé la responsabilidad penal de los funcionarios que dan su consentimiento tácito para que ello ocurra (CAT/C/CR/30/1, párr. 5.b).

8.2. Inquieta al Comité que el art. 1 de la Convención todavía no haya sido aplicado directamente por los magistrados de Estonia, y que la aplicación directa de los tratados internacionales de derechos humanos no se lleve a cabo con frecuencia en sus tribunales (CAT/C/CR/29/5, párr. 5.a).

8.3. Por otro lado, genera preocupación la enmienda propuesta en Dinamarca de la Ley de extranjeros, en virtud de la cual aquéllos a quienes se haya rehusado un permiso de residencia deben abandonar el país inmediatamente después del rechazo de su solicitud, ya que dicha disposición, si se aplica estrictamente, dejará sin eficacia el art. 22 de la Convención (CAT/C/CR/28/1, párr. 6.c).

8.4. En este contexto, el Comité alentó a Egipto a instituir la jurisdicción del Estado sobre todos los presuntos culpables de actos de tortura que se cometen en el país, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 5 a 8 de la Convención (CAT/C/CR/29/4, párr. 6.1).

8.5. Asimismo, se congratula de las novedades legislativas, administrativas e institucionales que se han producido en Chipre, en especial el proyecto de la Ley de ratificación, que establece como constitutivos de delito los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en los términos del art. 16 de la Convención, y consagra una presunción de malos tratos si se certifica en virtud de un examen médico que el detenido presenta lesiones externas que no existían en el momento de la detención (CAT/C/CR/29/1, párr. 4.a).

8.6. Por otra parte, es de celebrar los esfuerzos que realiza Eslovenia para reformar su sistema jurídico y revisar su legislación, con el fin de fortalecer los derechos humanos en ese Estado. Esto se ve reflejado en el informe del Estado Parte donde se encuentran incluidas las conclusiones del *Ombudsman* de Derechos Humanos de Eslovenia, a menudo críticas del Gobierno (CAT/C/CR/30/4, párr. 4.a), así como también en la decisión adoptada por éste en 2003, en virtud de la cual todos los ministerios deberán cooperar estrechamente con las ONG's al preparar leyes y reglamentos que afecten de una u otra forma a los derechos humanos y las libertades (párr. 4.e).

8.7. Asimismo, se acoge con satisfacción la modificación del art. 57 del Código Penal Español, en virtud de la cual se establece la posibilidad de que los jueces y tribunales puedan agregar a la pena principal en casos de tortura, prohibiciones accesorias destinadas a la ulterior protección de la víctima (CAT/C/CR/29/3, párr. 5).

8.8. En igual sentido, el Comité recibe con beneplácito la entrada en vigor de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el 30 de diciembre de 1999, que contiene avances relacionados con los derechos humanos. En particular, se considera positivo que otorgue rango constitucional a los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, declare su prevalencia en el orden interno, prescriba que sus disposiciones son de aplicación inmediata y directa, y disponga que la falta de ley reglamentaria de esos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos. A su vez, dicho instrumento impone al Estado la obligación de investigar y sancionar los delitos contra los derechos humanos, declara imprescriptibles las acciones para sancionarlos y excluye respecto de ellos cualquier disposición que pudiere conllevar impunidad, como la amnistía y el indulto (CAT/C/CR/29/2, párr. 6.a y c).

9. Inmigrantes. Discriminación racial

9.1. Si bien el Comité comprueba que España se ha convertido en una importante vía de entrada a Europa de la inmigración, lo que ha supuesto un aumento significativo de la población extranjera en el país, preocupan particularmente las denuncias de malos tratos infligidos a inmigrantes, incluyendo abuso sexual y violación, supuestamente por motivaciones racistas o xenófobas.

En este contexto, corresponde señalar la especial importancia de omitir en el texto del art. 174 del Código Penal la tipificación de la tortura basada en "cualquier tipo de

discriminación”, sin perjuicio de que, según el mismo Código, el racismo es una circunstancia agravante en cualquier delito (CAT/C/CR/29/3, párr. 9).

10. Extranjeros. Expulsión.

10.1. Preocupa al Comité la existencia en Suecia de una Ley especial sobre el control de los extranjeros, llamada Ley antiterrorista sueca, la cual permite la expulsión de extranjeros sospechosos de terrorismo según un procedimiento que no se ajusta, al parecer, a lo dispuesto en la Convención, puesto que no se prevé ningún recurso de apelación (CAT/C/CR/28/6, párr. 6.b).

10.2. En este sentido, se le recomienda a Bélgica que vele por que las directivas en materia de utilización de la fuerza en caso de manifestaciones públicas y de expulsión de extranjeros, respondan cabalmente a las exigencias de la Convención, garantice su aplicación efectiva y proceda a realizar investigaciones inmediatas en caso de denuncias de recurso excesivo a la fuerza por los agentes del orden (CAT/C/CR/30/6, párr. 7.c).

COMITE CONTRA LA TORTURA (Naciones Unidas), “Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 19 de la Convención”, Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura a los Estados de: *Arabia Saudita* (CAT/C/CR/28/5), *Azerbaijón* (CAT/C/CR/30/1), *Bélgica* (CAT/C/CR/30/6), *Camboya* (CAT/C/CR/30/2), *Chipre* (CAT/C/CR/29/1), *Dinamarca* (CAT/C/CR/28/1), *Egipto* (CAT/C/CR/29/4), *Eslovenia* (CAT/C/CR/30/4), *España* (CAT/C/CR/29/3), *Estonia* (CAT/C/CR/29/5), *Islandia* (CAT/C/CR/30/3), *Luxemburgo* (CAT/C/CR/28/2), *Moldavia*, (CAT/C/CR/30/7), *Noruega* (CAT/C/CR/28/3), *Rusia* (CAT/C/CR/28/4), *Suecia* (CAT/C/CR/28/6), *Turquía* (CAT/C/CR/30/5), *Uzbekistán* (CAT/C/CR/28/7), *Venezuela* (CAT/C/CR/29/2).

TRABAJADORES. CAMBIO DE LUGAR Y DE TAREAS. DESPIDO. ABUSO DE DERECHO (FRANCIA).

El cambio de un empleado a otro taller y distinto empleo, sometido a un control del ritmo de trabajo, a causa de su lentitud y disipación, constituye una sanción disciplinaria.

En virtud del art. L. 932-2 del Código de Trabajo, el empleador tiene la obligación de asegurar la adaptación de sus empleados a la evolución de sus empleos. Comete un abuso de derecho, si mantiene intencionalmente a un empleado en un puesto que es incapaz de cumplir, y no puede constituir una causa grave de despido la insuficiencia de los resultados del interesado en sus nuevas funciones.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala Social), sentencia del 29-5-2002, *Société Delmas lumineuses c/ Redjal*, en *Droit Social*, París, Editions techniques et économiques, 2002, n° 7/8, p. 779.

TRABAJADORES. REPOSO DOMINICAL. ACTIVIDADES COMERCIALES (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: la sociedad France Télécom presentó un recurso de casación contra un fallo que le prohibía realizar cualquier actividad comercial por medio de sus empleados en violación del art. L. 122-4 del Código del Trabajo. Arguyó que, en virtud del art. L. 221-9, 13° del mencionado Código, las empresas de emisión y recepción de telegrafía sin hilos se benefician de una derogación del derecho al principio del reposo dominical y que ninguna disposición de dicho texto exige, para obtener la mencionada derogación, que las actividades ejercidas por tales empresas garanticen la seguridad del servicio público.

2. Sentencia:

El beneficio de la derogación del derecho al reposo dominical, previsto en el art. L. 221-9, 13° del Código del Trabajo, en favor de las empresas que ejercen la actividad de emisión y recepción de telegrafía sin hilos, sólo fue acordada por necesidades específicas del ejercicio de tal actividad.

La Cámara de Apelaciones comprobó que la sociedad France Télécom instaló un local en un centro comercial en el que hacía trabajar a sus empleados por turnos los días domingo y que vendía líneas de telefonía móvil, aparatos de radio mensajes, tarjetas telefónicas y suscripciones a la red *itineris*. Considerando que la actividad litigiosa no estaba ligada a la específica de emisión y recepción de telegrafía sin hilos, dicha sociedad violó la regla del reposo dominical, de manera que esta violación era constitutiva de un perjuicio manifiestamente ilícito que correspondía hacer cesar.

Por todo ello, se rechaza el recurso de casación.

CORTE DE CASACION DE FRANCIA (Sala Social), sentencia del 21-5-2002, *France Télécom c/ Union régionale des syndacts Sud-Télécom*, en *Droit Social*, París, Editions techniques et économiques, 2002, n° 7/8, p. 774, con nota de TEISSIER, ARNAUD.

TRABAJADORES. TRABAJADORES MIGRANTES INDOCUMENTADOS. POLÍTICA MIGRATORIA. DERECHO A LA IGUALDAD. OBLIGACIONES DEL ESTADO. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL. OPINIONES CONSULTIVAS. INTERPRETACIÓN DE NORMAS. CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, ARTS. 3 Y 17. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, ART. II. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, 1, 2 Y 24. DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 1, 2 Y 7. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, ARTS. 2, 5 Y 26. CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, ART. 27 (CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS).

1. Antecedentes del caso:

1.1. El 10 de mayo de 2002 el Estado de México, con base en el art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención), sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) una solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación de los arts. 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana); 1.1, 2 y 24 de la Convención; 1, 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Declaración Universal); y 2.1, 2.2, 5.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto). Preocupa a México la incompatibilidad de interpretaciones, prácticas y expedición de leyes por parte de algunos Estados, con el sistema de Derechos Humanos de la OEA. La privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes, y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos.

1.2. Premisas interpretativas

México solicitó opinión respecto de los siguientes asuntos:

1.2.1. Con fundamento en los arts. II de la Declaración Americana, 24 de la Convención, 7 de la Declaración Universal y 26 del Pacto:

a) si un Estado americano, en relación con su legislación laboral, puede establecer un trato distinto para los trabajadores migratorios no documentados, en cuanto al goce de sus derechos laborales, respecto de los residentes legales o ciudadanos;

b) si la legal estancia de una persona en el territorio de un Estado americano es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos a las personas sujetas a su jurisdicción; y

c) si la privación de uno o más derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición indocumentada de un trabajador migratorio, es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley.

1.2.2. Con fundamento en los arts. 2, párrafos 1 y 2, y 5, párr. 2, del Pacto:

Si es válida la interpretación por parte de un Estado americano en el sentido de subordinar o condicionar la observancia de los derechos humanos fundamentales, a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, independientemente de la jerarquía que el derecho interno atribuya a tales leyes, frente a las obligaciones internacionales derivadas del Pacto y de otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos.

1.2.3. Si el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general, pueden considerarse como la expresión de normas del *ius cogens*. De ser así, qué efectos jurídicos se derivan para los Estados Miembros de la OEA en el marco de la obligación general de respetar y garantizar el cumplimiento de los derechos humanos a que se refieren los arts. 3.1 y 17 de la Carta de la OEA.

2. Procedimiento

La Secretaría de la Corte, según lo dispuesto en el art. 62.1 del Reglamento, transmitió el texto de la consulta a los Estados Miembros de la OEA, al Secretario General de la OEA, al Presidente del Consejo Permanente y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

3. Competencia

La consulta fue sometida a la Corte por México en el ejercicio de la facultad que le otorga el art. 64.1 de la Convención. El Estado solicitante requirió una interpretación de la Convención, así como de otros tratados y declaraciones internacionales.

La Corte ha fijado algunos lineamientos sobre la interpretación de normas internacionales distintas a la Convención, y ha considerado que el art. 64.1 de la Convención, al referirse a la facultad de la Corte de emitir una opinión sobre “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”, es amplio y no restrictivo.

La Corte considera que tiene competencia para pronunciarse sobre las preguntas planteadas por México.

Por estas razones, todo lo que la Corte señala en la presente Opinión Consultiva se aplica a los Estados Miembros de la OEA que han firmado indistintamente la Carta de la OEA, suscripto la Declaración Americana y la Declaración Universal o ratificado el Pacto, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana o algunos de sus protocolos facultativos.

En ejercicio de su función consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de la normas internacionales sobre derechos humanos.

4. Estructura de la Opinión

La Corte considera los interrogantes planteados de la siguiente manera:

a) obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y carácter fundamental del principio de igualdad y de no discriminación;

b) aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes;

c) derecho de los trabajadores migrantes indocumentados;

d) obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

5. Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación

5.1. Respecto de la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, son invocadas las siguientes normas: arts. 1 de la Convención y 2 del Pacto.

Los Derechos Humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Esta obligación está plasmada en varios instrumentos internacionales. En lo que atañe a la Convención y al Pacto, los órganos de supervisión de dichos instrumentos se han pronunciado sobre la mencionada obligación.

La Corte ha señalado que conforme el art. 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe adaptar su derecho interno al derecho internacional, adoptando las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico.

Tanto los documentos internacionales como la jurisprudencia internacional establecen claramente que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales.

5.2. En lo que respecta al principio de igualdad y no discriminación, las normas mencionadas son: arts. 3.1 y 17 de la Carta de la OEA; 24 de la Convención; II de la Declaración Americana; 26 del Pacto y 2.1 de la Declaración Universal.

La no discriminación junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos.

Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna.

El principio de igualdad ante la ley y la no discriminación ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales. La Corte ha entendido que "... la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona ...". Los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias. Cabe señalar que, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, "no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana". La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos. Por ejemplo, una desigualdad puede ser la limitación del ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad y la ciudadanía.

5.3. Carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación:

La Corte procede a considerar si este principio es de *ius cogens*. El concepto de *ius cogens* ha estado ligado al derecho de los tratados, pero en su evolución no se ha limitado sólo a ello sino que se ha ampliado, alcanzando también al derecho internacional general y abarcando todos los actos jurídicos.

Al referirse particularmente al respeto y garantía de los derechos humanos, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley.

La Corte considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental (igualdad y no discriminación), ya que el mismo forma parte del derecho internacional general.

5.4. Efectos del principio de igualdad y no discriminación:

En cumplimiento de dicha obligación los Estados deben abstenerse de realizar acciones que vayan dirigidas directa o indirectamente a crear situaciones de discriminación de *iure* o *de facto*. Además, están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinados grupos de personas.

Los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos.

El incumplimiento genera la responsabilidad internacional del Estado. Los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare, independientemente de su estatus migratorio.

6. Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes:

Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos. Esta vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado. Esta situación genera diferencias de acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

Sumado a esto, existen prejuicios culturales acerca de los migrantes, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.

La Corte, es conciente que entre otros factores, el proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y social entre muchos países y la marginación de algunos de la economía mundial, ha contribuido a crear grandes movimientos de población entre los países y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional.

Los Estados no pueden discriminar en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, un Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto a los indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando ese trato diferencial sea razonable, objetivo y no lesione los derechos humanos.

Asimismo, la Corte ha indicado que el conjunto de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, fiscal o de cualquier otro carácter. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

7. Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados:

Trabajador migrante es “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del cual no es nacional”. Los trabajadores migrantes documentados son los que están autorizados a ingresar, permanecer y ejercer alguna actividad remunerada; mientras que los trabajadores migrantes indocumentados son aquellos que no cuentan con la mencionada autorización.

Los derechos laborales surgen de la condición de trabajador. El derecho del trabajador es regulado a nivel nacional o internacional, comprende los derechos y obligaciones del

empleado y del empleador. Por lo tanto, una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos laborales, independientemente de su condición migratoria. Es decir, que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de los derechos humanos, en especial los de carácter laboral.

Es importante precisar que el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular. Sin embargo, si son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular.

En el marco de una relación laboral en la cual el Estado se convierte en empleador, éste debe garantizar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos sean estos nacionales o migrantes, documentados o indocumentados.

En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que exista una relación de respeto de los derechos humanos entre particulares.

La obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tienen sus efectos entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales. Dichos efectos se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores. Esta obligación se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado. El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores. Para lograr este objetivo, debe garantizar el estricto cumplimiento de la normativa laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria; debe tomar todas las medidas necesarias para enmendar situaciones discriminatorias *de iure* y erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador en perjuicio de trabajadores migrantes.

En síntesis, las relaciones laborales que se dan entre los trabajadores migrantes y terceros empleadores pueden generar la responsabilidad internacional del Estado de diversas formas. Los Estados tienen la obligación de velar para que dentro de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, ya sean derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna.

La Corte ha señalado que al ser numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador.

En el caso de los trabajadores migrantes hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y que frecuentemente son violados:

- a) la prohibición del trabajo forzoso;
- b) la prohibición y abolición del trabajo infantil;
- c) las atenciones especiales para la mujer trabajadora;
- d) los derechos correspondientes a: la asociación y libertad sindical; negociación colectiva; salario justo por trabajo realizado; seguridad social; garantías judiciales y administrativas; duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene); descanso e indemnización.

La Corte considera que el ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a su familia una vida digna. El trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que, quien lo ejerce, desarrolle sus aptitudes y potenciales, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano.

Sucede que, en muchas ocasiones, no se reconoce a los trabajadores migrantes indocumentados tales derechos, por lo que la Corte considera que estos trabajadores se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación.

8. Obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos

La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional, que versa sobre la entrada, salida o permanencia de la población nacional o extranjera dentro de su territorio.

Resulta indispensable señalar lo mencionado en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al referirse al derecho interno y a la observancia a los tratados: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Al adherir o ratificar un tratado internacional, los Estados manifiestan su compromiso de buena fe de garantizar y respetar los derechos en él reconocidos. Los Estados deben adecuar su derecho interno al derecho internacional aplicable.

La Corte ha establecido que la obligación general de los Estados establecida en el art. 2 de la Convención incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención.

Los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto de los derechos humanos.

La Corte señala que en el ejercicio de su facultad de establecer políticas migratorias, es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de los trabajadores. Los Estados pueden otorgar o denegar permisos de trabajo generales o labores específicas, pero deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación.

No es admisible que un Estado fomente o tolere la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral.

La Corte considera que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, incluso las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre.

9. Opinión:

La Corte declara por unanimidad:

Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Deben adoptar medidas positivas y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.

Que el incumplimiento por parte del Estado de dicha obligación general, constituye responsabilidad internacional.

Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado. Este principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados.

Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio.

Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular e irregular.

Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, sean nacionales o extranjeros. El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de aquéllos.

Que los trabajadores al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores.

Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, incluidas las de carácter migratorio.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (tres jueces emitieron votos concurrentes), Opinión Consultiva OC-18/2003, del 17-9-2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, en http://www.corteidh.or.cr/serie_a/Serie_a_18_esp.doc.

TRATADOS INTERNACIONALES. JERARQUÍA. LEYES COMPLEMENTARIAS. ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONVENCIONES, APLICACIÓN. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (BRASIL).

1. Antecedentes del caso: la Confederación Nacional del Transporte y la Confederación Nacional de la Industria interpusieron la presente acción directa, solicitando la declaración de inconstitucionalidad parcial del decreto legislativo n° 68 (del 16-9-1992), y del decreto n° 1855 (del 10-4-1996) que, respectivamente, aprobaron y promulgaron la Convención n° 158 de la Organización Internacional del Trabajo (Convención). Plantearon, así, la inconstitucionalidad de los arts. 4 a 10 de la Convención, tanto desde un punto de vista formal como material. En el primer aspecto, consideraron que la materia de que trata se encuentra en la norma constitucional que exige, para su plena eficacia, la promulgación de una ley complementaria. Esta imposición torna ineficaces todas las normas infraconstitucionales que no tienen la categoría de ley complementaria, y el decreto legislativo, el decreto ejecutivo y la propia Convención carecen de tal categoría. Por ende, cuando la Constitución exige ley complementaria para concretar determinado asunto, ninguna otra forma normativa podrá sustituirla. En cuanto a la inconstitucionalidad material, los peticionarios arguyeron que las disposiciones constitucionales (art. 7.I de la Constitución y 10.I del Acto de Disposiciones Constitucionales Transitorias) exigen “indemnización compensatoria” precisamente para que el legislador ordinario no se pronuncie por la reincorporación. Indemnización compensatoria y reincorporación son distintos criterios jurídicos y políticos que se excluyen recíprocamente. Al adoptar uno, se excluye al otro.

2. Sentencia:

2.1. Procedimiento constitucional de incorporación de tratados o convenciones internacionales

Es en la Constitución Federal (Constitución), y no en la controversia doctrinaria entre monistas y dualistas, en donde debe buscarse la solución normativa de la cuestión de incorporación de los actos internacionales al sistema de derecho positivo interno brasileño. El

mecanismo de recepción establecido en la Carta Política brasileña constituye la más elocuente demostración de que la norma internacional no dispone, por su propia autoridad, de ejecutoriedad y de operatividad inmediatas en el ámbito interno, dado que para ser eficaz y aplicable en la esfera doméstica, depende esencialmente de un proceso de integración normativa delineado, en sus aspectos básicos, en la propia Constitución.

El examen de la Constitución permite comprobar que la ejecución de los tratados internacionales y su incorporación al orden jurídico interno surgen, en el sistema adoptado por este país, de un acto subjetivamente complejo, que resulta de la conjunción de dos voluntades igualitarias: la del Congreso Nacional que, mediante decretos legislativos, resuelve de forma definitiva sobre tratados, acuerdos o actos internacionales (Constitución, art. 49.I), y la del Presidente de la República, que, además de poder celebrar esos actos de Derecho Internacional (Constitución, art. 84.VIII), también está facultado, como jefe de Estado, para promulgarlos mediante decreto.

El *iter* procesal de incorporación de los tratados internacionales, una vez terminadas las fases previas de celebración de la convención internacional, su aprobación por el Congreso y su ratificación por parte del Jefe de Estado, concluye con el envío realizado por el Presidente de la República, del decreto, de cuya edición derivan tres efectos básicos que le son inherentes: a) la promulgación del tratado internacional; b) la publicación oficial del texto, y c) la ejecutoriedad del acto internacional, que pasa a obligar en el plano interno desde ese momento y sólo desde ese momento.

Por todo ello, la Convención está formalmente incorporada al sistema de derecho positivo interno de Brasil.

2.2. Subordinación normativa de los tratados a la Constitución

En el sistema jurídico brasileño, los tratados o convenciones internacionales están jerárquicamente subordinados a la autoridad normativa de la Constitución. Por ende, carecerán de todo valor jurídico los tratados internacionales que, incorporados al sistema de derecho positivo interno, contradigan, formal o materialmente, lo dispuesto por la Carta Política. Los tratados están sujetos a la necesaria observancia de las limitaciones jurídicas impuestas por el texto constitucional, el ejercicio del *treaty-making power* por parte del Estado, a pesar de lo dispuesto por el polémico art. 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (que aún está en curso de tramitación ante el Congreso Nacional).

2.3. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en el sistema jurídico brasileño

El Poder Judicial, con base en la supremacía de la Constitución, es competente para efectuar un examen de constitucionalidad de los tratados o convenciones internacionales ya incorporados al derecho positivo interno, ya sea de forma abstracta o mediante el control difuso.

2.4. Paridad normativa entre los actos internacionales y normas infraconstitucionales de derecho interno

Los tratados o convenciones internacionales, una vez incorporados al derecho interno de forma regular, se sitúan en el sistema jurídico, en el mismo plano de validez, de eficacia y de autoridad que las leyes ordinarias. Existe, por lo tanto, relación de paridad normativa entre las citadas leyes y los actos de derecho internacional público.

En el sistema jurídico brasileño, los actos internacionales no tienen superioridad jerárquica sobre las normas de derecho interno. Sólo quedará justificada la eventual superioridad de los tratados o convenciones internacionales sobre las reglas infraconstitucionales de derecho interno, cuando la situación de antinomia con el ordenamiento interno imponga, para la solución del conflicto, la aplicación alternativa del criterio cronológico (ley posterior deroga a ley anterior) o cuando fuera pertinente el criterio de la especialización.

2.5. Tratado internacional y reserva constitucional de ley complementaria

En el sistema jurídico brasileño es oponible al principio *pacta sunt servanda* la primacía de la Constitución. Por ende, no existe en el derecho positivo nacional competencia entre los tratados internacionales y la Constitución, cuya suprema autoridad normativa debe siempre prevalecer sobre los actos de derecho internacional público.

Los tratados internacionales celebrados por Brasil, o a los que adhiera, no pueden, por ende, versar sobre temas que establezcan una reserva constitucional de ley complementaria. En tal situación la propia Carta Política subordina el tratamiento legislativo de determinado tema al exclusivo dominio normativo de la ley complementaria, que no puede ser substituida por ninguna otra forma normativa infraconstitucional, incluyendo a los tratados ya incorporados al derecho positivo interno.

La Convención, en tal perspectiva, puede ser calificada en sus aspectos esenciales, como un acto normativo que define bases generales que deberán ser observadas por parte del legislador interno de cada país en la construcción del régimen jurídico pertinente para garantizar el empleo. En otras palabras, la citada Convención desempeña una clara función impulsora de producción normativa que debe ser formalizada por el Estado Parte mediante la actividad legislativa conforme a su propio estatuto fundamental.

2.6. Legitimidad constitucional de la Convención, conforme a la interpretación fijada por el Supremo Tribunal Federal

La Convención depende de la necesaria y ulterior intermediación legislativa para que sea aplicada íntegramente en el plano interno. Configura, en tal sentido, una mera propuesta de legislación dirigida al legislador interno. No consagra, como única consecuencia que deriva de la ruptura abusiva o arbitraria del contrato de trabajo, el deber de los Estados Partes, como en el caso de Brasil, de instituir en su legislación nacional la garantía de reincorporación en el empleo. Por el contrario, la citada Convención permite expresamente a cada Estado Parte que, en función de su propio ordenamiento positivo interno, opte por la solución normativa que se revele más compatible con la legislación y práctica nacionales, adoptando, por ende, siempre con estricta observancia del estatuto fundamental de cada País (la Constitución brasileña, en este caso) la fórmula de reincorporación en el empleo y/o de indemnización compensatoria.

Por lo tanto, al no ser la Convención un texto normativo de aplicabilidad inmediata, constituye, en verdad, una fuente jurídica de principios generales, un verdadero compromiso de legislar asumido por Brasil, en pos de viabilizar, en el plano interno, conforme al modelo de su propio sistema constitucional, las directivas consagradas por el instrumento convencional.

2.7. Conclusión.

Por todo ello, la Convención N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo, por contener, a partir de los principios y directrices que enuncia, una propuesta de legislación exclusivamente dirigida al legislador interno de cada Estado Parte, no parece haber contrariado, en el plano exclusivamente formal, el texto de la Constitución, pues, como se afirmó, la eficacia de las normas de este acto internacional depende, esencialmente, de la aprobación de la ley complementaria reclamada y exigida por la Constitución.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL, sentencia del 4-9-1997, n° 1480, *Confederação Nacional do Transporte e Confederação Nacional da Indústria c. Presidente da República e Congresso Nacional*, en *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasilia, Editora Brasília Jurídica Ltda, 2002, vol. 179, n° 2, p. 493.

DOCTRINA

CORRUPCION. TIPOS. CAUSAS. REMEDIOS (NACIONES UNIDAS).

1. Generalidades

El disfrute de todo tipo de derechos, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, está gravemente restringido por el fenómeno de la corrupción.

En efecto, en la esfera económica conduce a la asignación ineficaz de recursos, aumenta el costo de la inversión, merma la confianza de los inversores, promueve la desigualdad y la ineficiencia en el sector privado, al tiempo que reduce la calidad de los proyectos y servicios del sector público.

En muchas sociedades el mal gobierno genera corrupción y pobreza. La práctica de desviación de miles de millones de dólares socavan el concepto de buen gobierno y el estado de derecho. Lamentablemente, la legislación sobre secreto bancario de los Estados receptores facilita dicha desviación por funcionarios corruptos y el enriquecimiento ilícito mediante delitos organizados.

Dado que la inversión extranjera directa depende de la existencia de condiciones estables y del buen gobierno, el capital de origen ilícito puede cerrar las puertas a dicha inversión y al crecimiento a largo plazo, teniendo invariablemente consecuencias negativas sobre el disfrute de los derechos humanos de los ciudadanos.

2. Tipos de corrupción

a) *Capitales y bienes guardados en secreto en el extranjero.* Incluye la titularidad de cuentas bancarias secretas y codificadas con dinero y bienes sustraídos en los países en desarrollo. Por su magnitud, el capital así obtenido y guardado en el extranjero es, probablemente, la forma de corrupción más importante y devastadora en tales países, especialmente en el Continente africano, puesto que ha sido la práctica común de políticos y jefes militares. Suiza y Liechtenstein, que mantienen la tradición del secreto bancario, figuran entre los refugios seguros para esos bienes robados.

b) *Apropiación indebida de fondos públicos.* Esta forma de malversación de fondos, estafa y saqueo del tesoro público se relaciona con la primera, ya que parte del capital robado puede guardarse o gastarse en el país o enviarse al extranjero. La característica principal que distingue a esta apropiación de fondos públicos es, sencillamente, que se trata de dinero robado por líderes y funcionarios políticos.

c) *Blanqueo de dinero.* Conlleva la transferencia extralegal o ilegal de fondos fuera de las fronteras nacionales realizada por funcionarios que evitan la inspección de dicha transferencia e incluso infringen los controles oficiales. En la mayoría de los casos se hace referencia tanto a la naturaleza como al origen de ese capital, generalmente ilegítimo (robo, estafa, tráfico de drogas, gratificación, comercio ilegal de armas, engaño, etc.).

d) *Gratificación.* Abarca las compensaciones económicas, pecuniarias, materiales o físicas como condición o recompensa por la realización de los deberes oficiales. Comprende la entrega y percepción de fondos para influir en las decisiones y procedimientos oficiales, por ejemplo: conflictos de intereses en los que altos funcionarios del Estado utilizan su cargo para la obtención de un beneficio; extorsión de dinero por funcionarios de hacienda y de aduana para reducir los derechos que deben pagarse, y por la policía para encubrir delitos, soborno de auditores, y de jueces para conseguir sentencias favorables, etc.

3. Causas de la corrupción

a) *Dictadura y falta de democracia.* En las dictaduras no existe transparencia ni responsabilidad pública. Esta situación permitiría explicar, entre otras, cómo el presidente

Mobutu del entonces Zaire pudo ingresar en su cuenta bancaria particular en el extranjero todos los ingresos por exportación de su empobrecido país, o que el dictador Abacha haya desviado miles de millones de dólares estadounidenses de las arcas públicas de Nigeria a algunas cuentas bancarias en países desarrollados con consecuencias devastadoras para los ciudadanos.

b) *Deficiente represión del delito*. Esta deficiencia dificulta la imposición de sanciones contra prácticas corruptas. Un Estado en el que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley están infectados por la corrupción, carece de legitimidad para realizar investigaciones penales eficaces, llevar a cabo procesos judiciales y aplicar sanciones. En tales Estados existe un problema básico de mantenimiento de la ley y el orden.

c) *Pobreza generalizada*. Tal situación contribuye al mantenimiento de comportamientos corruptos cuando los salarios y sueldos son extremadamente bajos, el desempleo elevado y la supervivencia física difícil. El servicio de la deuda, a veces falso, que supuestamente deben muchos países en desarrollo, quita invariablemente a estos Estados los fondos que de otra manera se habrían utilizado para atender las necesidades básicas de los ciudadanos. Estos problemas pueden llevar a que los funcionarios se apropien indebidamente de fondos públicos o acepten gratificaciones para llegar a fin de mes.

d) *Codicia malsana y materialismo*. Se ha sostenido que el sistema capitalista consiente la corrupción; afirmación por lo demás discutible. Según este argumento, la corrupción se debe en parte a las prácticas tradicionales del capitalismo y en parte a los valores que encierra: acumulación, materialismo, riqueza, etc. En los países en desarrollo que se encuentran en la periferia del sistema del mundo capitalista, la acumulación adopta la forma predominante de “acumulación primitiva de capital” mediante el robo, el saqueo, la trampa, la expropiación, la esclavización, etc. Debido a esa cultura de acumulación primitiva, ni siquiera los gobiernos de esas sociedades muestran demasiado entusiasmo en investigar el origen de la riqueza personal dudosa. Esta situación fomenta la corrupción con impunidad, y la clásica ética del trabajo capitalista se diluye por una mentalidad degradada y permisiva de enriquecimiento rápido.

e) *Atraso cultural y degradación*. Desde el punto de vista estético y espiritual, la corrupción es una forma de degradación. Refleja el retraso en el desarrollo social, el atraso cultural y la falta de ética o degradación moral. Esto respalda la idea global de que la corrupción generalizada en una sociedad es un problema muy grave: un síntoma de crisis moral y cultural fundamental. En definitiva, es un flagelo que destruye los valores sociales.

4. Medidas y remedios contra la corrupción

4.1. Medidas

A lo largo de los años se han elaborado, con esfuerzos concertados a nivel regional y multilateral, los siguientes instrumentos:

a) Convención Penal sobre la Corrupción, aprobada por el Consejo de Europa, el 27 de enero de 1999. Una de sus disposiciones más importantes es aquella que refiere que “el secreto bancario no debe constituir un obstáculo a las medidas encaminadas a facilitar la recopilación de pruebas y la confiscación de las cantidades obtenidas” (art. 23, párr. 3). La asistencia mutua es piedra angular de la Convención;

b) Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de 1997, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Está centrada, principalmente, en el soborno de los funcionarios públicos. En lo que respecta a la asistencia jurídica, el art. 9 establece: “una parte no denegará la prestación de asistencia legal mutua en materia penal dentro del ámbito de la presente Convención basándose en el secreto bancario”;

c) Convenio de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados

Miembros de la Unión Europea. Regula la cooperación entre los Estados para combatir la corrupción activa y pasiva, la extradición y las acciones penales, las sanciones y los tribunales competentes;

d) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por la Asamblea General en noviembre de 2000. Penaliza la corrupción y prevé las medidas que deben adoptarse contra dicho delito (arts. 8 y 9). Asimismo, el art. 12.6 establece que “cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Partes no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario”.

La comunidad internacional está dedicada, en la actualidad, a la redacción de un instrumento que posiblemente se presente a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el quincuagésimo octavo período de sesiones. Se trata de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

4.2. Remedios

a) *Dirigentes políticos y voluntad política.* Los dirigentes deben ser un modelo de probidad, integridad y amor propio para proporcionar una orientación moral, conforme a las buenas costumbres, a todos los niveles de buen gobierno, y poseer la voluntad política de luchar contra la corrupción;

b) *Legislación afín.* Se procura que los países establezcan mecanismos nacionales de lucha mediante la introducción de leyes específicas al respecto;

c) *La aplicación de la ley y la judicatura.* Tanto la judicatura como los organismos encargados de velar por la ley deben estar debidamente dotados para mantener el orden y luchar contra el flagelo con las debidas garantías procesales;

d) *Creación de empleo, buenos salarios y erradicación de la pobreza.* Los gobiernos deben esforzarse por pagar a sus ciudadanos salarios que permitan su subsistencia. La creación de empleo, el pago de salarios mínimos y el acceso a una educación de calidad y a servicios y establecimientos de salud adecuados, especialmente en los países en desarrollo, contribuirá a reducir la corrupción. Para poder cumplir estas obligaciones debería cancelarse la deuda extranjera que pesa sobre tales países. Por las mismas razones, deberían repatriarse a los países de origen, siempre que sea posible localizarlos, los fondos de naturaleza ilícita;

e) *Sanciones más severas.* Para eliminar los actos de corrupción es necesario penalizarlos. A tal fin, debe perseguirse a corruptores y corrompidos y, de ser declarados culpables, castigarlos severamente y confiscar el producto de su accionar. No debe existir excepción alguna para que sirva de ejemplo hacia los demás;

f) *La obligación de la sociedad civil, los medios de comunicación y los ciudadanos de luchar mancomunadamente.* La sociedad civil comprende muchas ONG's notables como Transparencia Internacional y el Centro para la Prevención Internacional del Delito, que aportan ya una contribución importante a su erradicación. Los ciudadanos tienen la función de proteger la propiedad pública y los medios de comunicación deberían, asimismo, intensificar sus esfuerzos para sensibilizar a la población y facilitar un mayor conocimiento sobre las consecuencias negativas de la corrupción en un país; y

g) *Regeneración moral.* Por deberse la corrupción, en parte, a la decadencia moral, es necesario una regeneración en tal sentido, teniendo lugar a nivel espiritual, cultural y político. Por ello, es conveniente realizar campañas en los lugares de culto, escuelas e, incluso, en reuniones juveniles.

5. Conclusión

Pese a las soluciones intentadas en el pasado, la corrupción empeora y adquiere proporciones alarmantes. Sin embargo, es alentador comprobar que, a nivel nacional, muchos países han establecido rigurosos mecanismos de lucha para abordar este problema. Por tanto,

corresponde instar a los demás Estados a que luchen contra esta enfermedad, concediéndole un lugar prioritario en los asuntos de gobierno.

Nota de la Secretaría: la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales fue aprobada por la Argentina mediante ley 25.319 (*Boletín Oficial*, 18-10-2000), y ratificada el 8-2-2001, entrando en vigor el 8-4-2001. En cuanto a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (primer Acuerdo internacional para combatirla), su texto fue aprobado por la Asamblea General el 31-10-2003 y estuvo abierto a la firma de todos los Estados desde el 9 al 11-12-2003 en Mérida, México. Desde esa fecha, y hasta diciembre de 2005, continuará abierto en la sede de Naciones Unidas en Nueva York.

COMISION DE DERECHOS HUMANOS (Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos), “Derechos económicos, sociales y culturales. La corrupción y sus repercusiones en el disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales”, Documento de trabajo presentado por la Sra. Christy Mbonu de conformidad con la decisión 2002/106 de la Subcomisión, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, E/CN.4/Sub.2/2003/18, del 14 de mayo de 2003.

DERECHO AL AGUA. DERECHO A DISPONER DE AGUA POTABLE. **DERECHO AL DESARROLLO.** ECONOMÍA DE MERCADO. CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, ARTS. 55 Y 56. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, ART. 28. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, ART. 2 (NACIONES UNIDAS).

1. Consideraciones Generales

El agua dulce y el acceso al agua potable han sido en todos los tiempos un factor determinante del éxito de las civilizaciones. Por ser un recurso vital para el ser humano, el agua potable constituye uno de los derechos humanos fundamentales y está estrechamente relacionado con los otros derechos de las personas.

Actualmente 1.500 millones de personas no tienen acceso al agua potable, y casi 4.000 millones carecen de servicios de saneamientos adecuados. Según la Organización Mundial de la Salud, el 80% de las enfermedades se transmiten a través del agua contaminada. Este resultado se debe a que sólo una pequeña parte de la población, sobre todo en los países en desarrollo, tienen acceso a agua de calidad aceptable. Los recursos de agua dulce de que dispone la tierra representan sólo al 3% del volumen total, y sin embargo son necesarios para todas las actividades humanas. El agua dulce es indispensable para satisfacer las necesidades domésticas, pero el agua también desempeña una función esencial en los servicios de saneamiento, la agricultura, la industria, la producción de energía, etc. El aprovechamiento de este recurso vital tiende tanto al bienestar social como a la productividad económica.

El acceso al agua potable y la calidad de ésta siguen siendo un problema fundamental. Las disparidades a nivel mundial en cuanto al acceso al agua potable y los servicios de saneamiento obedece a la desigualdad de distribución desde el punto de vista geográfico y socioeconómico. Sin embargo, según un informe de la Comisión de Derecho Internacional, hay cursos de agua subterránea prácticamente en todos los continentes y su potencial podría satisfacer las necesidades mínimas de agua potable y de servicios de saneamiento de toda la población mundial. A su vez, las aguas subterráneas constituyen la reserva más importante de agua dulce de que dispone la tierra. El problema se presenta porque el aprovechamiento de esos recursos (con frecuencia la única fuente de abastecimiento de agua) es muy oneroso y sigue estando en manos de los países industrializados.

Muchas regiones del mundo sufren actualmente una grave escasez de agua. Al mismo tiempo ese recurso se degrada y contamina cada vez más.

A toda la población mundial interesa el acceso al agua potable y los servicios de sanidad. Siendo el agua un recurso vital, concierne a todo ser humano. Según la Declaración sobre el derecho al desarrollo, el ser humano es “el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo”. Para atender a las necesidades fundamentales de todos, el Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Social señala que es necesario “crear en el público la conciencia de que la satisfacción de las necesidades básicas es esencial para reducir la pobreza; esas necesidades están estrechamente relacionadas entre sí y comprenden la nutrición, la salud, el agua y la sanidad, la educación, el empleo, la vivienda y la participación en la vida cultural y social”. Es necesario fortalecer la capacidad y las posibilidades de todas las personas, especialmente de las personas menos favorecidas o vulnerables, para promover su propio desarrollo económico y social.

El mayor consumidor de agua es el sector agrícola, del que depende la producción de alimentos. Uno de los mayores desafíos en los próximos tiempos resulta el de aumentar la producción de alimentos de manera sostenible. En tal sentido, las necesidades de agua dulce resultarán mayores a fin de asegurar el riego de nuevas tierras y mejorar el rendimiento de los suelos.

La Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de aguas internacionales para fines distintos de la navegación, establece la necesidad de tener “especialmente en cuenta la satisfacción de las necesidades humanas vitales”, ya que se trata del suministro suficiente de agua para sostener la vida humana, incluidas el agua potable y el agua necesaria para la producción de alimentos a fin de evitar la hambruna.

La dimensión del problema del agua es alarmante, siendo indispensable adoptar medidas concertadas y solidarias a fin de encontrar soluciones adecuadas.

2. Conclusión

La problemática del agua es universal. La obligación de los Estados de cooperar entre sí se enunció por primera vez en la Carta de la Naciones Unidas en el marco de los arts. 55 y 56; posteriormente fue explicitado y precisado en numerosos instrumentos internacionales, destacando en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 28) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (párrafo 1 del art. 2).

En resumen, todos los países desarrollados deberán colaborar con los países en desarrollo en sus esfuerzos por ampliar los recursos de agua.

Con respecto a los pobres, en concreto, sus derechos se sitúan fuera del derecho generalmente aplicable y deben generar una excepción a las normas habituales en materia de obligaciones civiles y comerciales. Estos derechos, tienen por finalidad garantizar el acceso de todos los usuarios, incluso los más desfavorecidos, a un servicio mínimo de agua potable en las zonas que reciben un servicio de distribución, a un precio aceptable. Si bien el agua es un bien económico, resultaría absolutamente perjudicial someterlo enteramente a las leyes de mercado.

Los Estados deben adoptar todas las medidas que puedan permitir a los más desfavorecidos gozar de este derecho vital para el ser humano.

COMISION DE DERECHOS HUMANOS (Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos), “Derechos económicos, sociales y culturales. Informe preliminar presentado por el Sr. El Hadji Guissé de conformidad con la decisión 2002/105 de la Comisión de Derechos Humanos y de la resolución 2001/2 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos”, *Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento*, Consejo Económico y Social, E/CN.4/Sub.2/2002/10, 25 de junio de 2002.

DERECHO DEL TRABAJO. TRABAJADORES. ACCIDENTES DE TRABAJO. INDEMNIZACIÓN INTEGRAL (FRANCIA).

Es inevitable que tarde o temprano se reforme el régimen actual de indemnización de los accidentes de trabajo buscando crear un sistema de reparación integral. Existen diferentes maneras de pensar la reparación integral. En este caso, veremos, a la luz de la evolución del derecho positivo, las diferentes modalidades que podría tener la reforma.

La ley de 1898 sobre accidentes de trabajo resultó de la inadaptación de la responsabilidad civil para la reparación de este tipo de accidentes. Este texto fundamental reemplazó la noción de culpa por la de responsabilidad del empleador basada en el riesgo profesional a que está sometido el trabajador. Esto permitió que, para obtener la reparación del perjuicio sufrido, la víctima de un accidente de trabajo no tuviera que establecer que hubo culpa del empleador o de sus dependientes y que existió una relación de causalidad entre la falta y el perjuicio. Sin embargo, esta indemnización, independiente de toda noción de culpa, fue limitada a la pérdida temporaria o permanente de la capacidad de ganancia con respecto al salario, con independencia de los demás problemas sufridos. Este mecanismo es conocido bajo el nombre de reparación tarifada (*forfaitaire*). La ley del 30 de octubre de 1946 transfirió la gestión de los riesgos profesionales de las compañías aseguradoras a la Seguridad Social. Esto permitió crear un seguro obligatorio para los jefes de empresas y establecer una relación entre la prevención y la reparación de los accidentes de trabajo.

Nos encontramos frente a una curiosa configuración: el empleador paga obligatoriamente un seguro a la Seguridad Social, que es la responsable de cubrir a la víctima; pero ésta no está facultada, salvo excepciones, para actuar en contra del empleador-asegurado para obtener la reparación total del perjuicio, dado que dicho empleador es beneficiario de una inmunidad civil.

La insuficiencia de la reparación tarifada es hoy en día ampliamente aceptada; el principio de inmunidad civil de los empleadores y sus dependientes se encuentra en el centro de la crítica de la que es objeto la legislación y sus días parecen contados. Esto es así porque la legislación se volvió anacrónica. En primer lugar, por la acción de las víctimas que, con cierto éxito, obtuvieron numerosas excepciones a su aplicación, lo que tiene por consecuencia que actualmente haya un número considerable de situaciones particulares que convendría armonizar. Por otra parte, en virtud de la expansión de los regímenes de responsabilidad objetiva, fenómeno de gran alcance, directamente relacionado con el desarrollo del seguro, lo que no ocurría (u ocurría menos) anteriormente.

Estos dos “movimientos” constituyen de hecho los dos ejes sobre los cuales podría articularse un régimen de reparación integral.

Hasta ahora, la víctima y sus derechohabientes tuvieron como única solución la de actuar por medio de recursos complementarios, o sea buscar excepciones al principio de inmunidad civil, imputando responsabilidad al empleador o al dependiente que participó en el accidente (o su compañía aseguradora). Esta primera opción tiene la ventaja de actuar en terreno conocido y culminar lo que el legislador y la jurisprudencia consagraron a lo largo de los años. Es una manera de actuar que busca *completar* y consiste en conservar el marco actual de la reparación tarifada de la legislación de accidentes de trabajo y sumarle un sistema de reparación complementaria fundado en el rol subsidiario de la culpa del empleador y sus dependientes.

Una segunda opción, mucho más audaz, consiste en sacar todas las conclusiones de la generalización de los seguros como técnica de garantía de las víctimas. Esto llevaría a crear un régimen de reparación integral en el seno de la legislación de los riesgos profesionales. Esta manera de actuar busca *refundar*. La reparación del riesgo profesional se basaría enteramente en una responsabilidad objetiva. Se pasaría, entonces, en lo que respecta a la parte de los perjuicios no tomados en cuenta actualmente por la seguridad social, de una responsabilidad

por culpa que tiene como eje la deuda de responsabilidad del autor de los daños, a una responsabilidad objetiva basada en el crédito de reparación de la víctima conforme a la evolución constatada en el derecho de la responsabilidad civil.

Nota de la Secretaría: sobre el tema, ver también: TABUTEAU, DIDIER, “Vers une réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles?”, en *op. cit. infra*, pp.304/307.

MILET, Laurent, “Les voies de la réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles”, en *Droit Social*, París, Editions techniques et économiques, 2002, n° 9/10, pp. 840/853.

DERECHOS HUMANOS. DERECHO AMBIENTAL. GLOBALIZACION (INTERNACIONAL).

Una reflexión sobre el derecho del hombre a un ambiente sano y seguro en la enseñanza social de la Iglesia debe partir del pedido de una ecología humana. Juan Pablo II, en su Encíclica *Centesimus annus*, subrayó la relevancia de tal concepto: “No sólo la tierra ha sido dada por Dios al hombre, el cual debe usarla respetando la intención originaria de que es un bien, según la cual le ha sido dada; incluso el hombre es para sí mismo un don de Dios y, por tanto, debe respetar la estructura natural y moral de la que ha sido dotado” (punto 38).

Es justamente el respeto debido a esta estructura el que puede garantizar de manera eficaz el derecho al que hacemos referencia, y cuyo perfil ha aparecido en los últimos treinta años, a partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medioambiente, que tuvo lugar en Estocolmo en el año 1972.

Una sola tierra era el título elocuente de aquella Conferencia, que expresaba una “visión global” del planeta, para citar las palabras utilizadas por Pablo VI en su discurso a los participantes, palabras precursoras de aquel proceso luego conocido como “globalización”, que hoy es entendido meramente en su dimensión material.

La creciente interdependencia entre los hombres y los pueblos postulaba ya entonces una visión global: Pablo VI escribía que “a la interdependencia debe ahora corresponder la corresponsabilidad; a la comunidad del destino debe corresponder la solidaridad”.

En un contexto similar, la relación entre el medioambiente y los derechos humanos se presenta desde un doble punto de vista: lógico y jurídico. Lógico, porque el medioambiente y el espacio dentro del cual el ser humano ejerce sus derechos fundamentales, constituye una manifestación de su dignidad eminente e inalienable. Sólo un medioambiente apropiado puede garantizar un real respeto de los derechos del hombre: así surge la exigencia de definir jurídicamente las condiciones capaces de asegurar la calidad del medioambiente.

En tal perspectiva cobra especial relevancia el Mensaje de Juan Pablo II por la Jornada Mundial de la Paz de 1990 (JMP 1990), cuyo tema era: “Paz con Dios Creador, Paz con toda la Creación”. En este mensaje pueden identificarse algunos elementos que concurren a configurar los contenidos del derecho del hombre a un ambiente sano y seguro.

Primero, la relación con el derecho a la vida. Casi todos los problemas ambientales dependen del hecho de que el beneficio económico se busca sin evaluar las consecuencias para la existencia de cada uno de los seres humanos o de la comunidad humana entera. Un aprovechamiento descontrolado de los recursos naturales altera el equilibrio ecológico de algunas regiones, al punto de provocar la desaparición de especies animales o vegetales. ¿Y qué decir del desarrollo tecnológico en el campo biológico y genético, que pone al ser humano ante el peligro de la autodestrucción? Para Juan Pablo II: “Es el respeto por la vida y, en primer lugar, por la dignidad de la persona humana, la norma fundamental inspiradora de un sano progreso económico, industrial y científico” (JMP 1990).

Es preciso, además, considerar que la tierra es esencialmente una heredad común, cuyos frutos deben beneficiar a todos. El principio del destino universal de los bienes de la tierra es angular en la enseñanza social de la Iglesia, y de especial relevancia para la cuestión ecológica. Dado que el ambiente natural pertenece al patrimonio de la humanidad, como ya había puesto de relieve Pablo VI en el Mensaje a la Conferencia de Estocolmo, todo ser humano tiene derecho a gozar de su utilización de manera sana y segura.

Para el Magisterio, el ambiente natural y el ambiente humano pertenecen a los bienes colectivos “cuya salvaguardia no puede estar asegurada por los simples mecanismos de mercado” (*Centesimus annus*, punto 40). Por lo tanto, es deber del Estado defender tales bienes, un deber que comporta un correspondiente derecho.

Un tercer aspecto se refiere a la necesidad de que los problemas ambientales sean abordados mediante una concertación a nivel mundial, ya que su dimensión supera ampliamente los confines de un solo Estado.

Juan Pablo II no sólo propicia “un sistema de gestión de los recursos de la tierra mejor coordinado a nivel internacional”, sino que ha sido el primer Pontífice quien menciona explícitamente el derecho del hombre -de naturaleza universal- a “un ambiente sano y seguro” (Discurso ante la Corte y la Comisión Europea de Derechos Humanos, Estrasburgo, 8 de octubre de 1988).

La doctrina de los derechos humanos ha insertado el derecho al medioambiente entre los “nuevos derechos” o “derechos de solidaridad”, en el ámbito de los así llamados “tercera generación de derechos humanos”, dentro del derecho al desarrollo y a la paz. Se trata de derechos que tienen la característica de pertenecer tanto a sujetos individuales como a sujetos colectivos.

La enseñanza social de la Iglesia no ha dejado de ofrecer su contribución a la reflexión sobre la prevención. Del examen de las diversas y reiteradas intervenciones del Magisterio, estos derechos componen como un tríptico en el cual se pueden encontrar todos los trazos distintivos de aquel nuevo orden mundial invocado desde muchas partes y cuya exigencia se advierte cada vez con mayor claridad.

Juan Pablo II escribió: “la humanidad, enfrentada a una etapa nueva más difícil de su auténtico desarrollo, necesita hoy un grado superior de ordenamiento internacional, al servicio de las sociedades, de las economías y de las culturas del mundo entero” (*Sollicitudo rei socialis*, punto 43).

El lazo estrecho y recíproco que unen el medioambiente, la paz y el desarrollo ha sido puesto a la luz del Magisterio muchas veces y claramente: desde *Mater et magistra* hasta *Pacem in terris*, desde *Gaudium et spes* hasta *Populorum progressio*, desde *Sollicitudo rei socialis* hasta *Centesimus annus*. El ya citado Mensaje por la JMP de 1990 ofrece una acertada síntesis de tal ligamen según el abordaje ambientalista. En lo que respecta al desarrollo, es preciso tener presente que “no se obtendrá un justo equilibrio ecológico, si no afrontamos directamente las formas estructurales de pobreza existentes en el mundo”. Ya Pablo VI había recordado, en el Mensaje a la Conferencia de Estocolmo, que la miseria “es la peor de las iniquidades” (*Insegnamenti di Paolo VI*, X -1972-, p. 609).

En lo que respecta a la paz, se han señalado por un lado los peligros para el medioambiente a causa de la búsqueda de “nuevas armas ofensivas, capaces de alterar el equilibrio natural” y, por el otro, los daños ecológicos y las negativas consecuencias de orden ambiental que se derivan de la guerra.

El derecho al medioambiente postula un *derecho del medioambiente*, cuya elaboración es alentada por el Magisterio, ya desde la conferencia de Estocolmo (cfr. *Discorso di Paolo VI all' Istituto Internazionale di Studi Giuridici*, 27 marzo 1971, en *Insegnamenti di Paolo VI*, IX -1971-, p. 225).

El derecho del medioambiente tiene su fuente no sólo en los acuerdos logrados por los Estados en el plano internacional, sino también en la responsabilidad que tiene cada Estado en

el ámbito de su propio territorio, “de prevenir el daño de la atmósfera y de la biósfera, controlando atentamente, entre otras cosas, los efectos de los nuevos descubrimientos tecnológicos o científicos, y ofreciendo a los propios ciudadanos la garantía de no estar expuestos a agentes contaminantes o a residuos tóxicos”.

En la histórica visita al Centro de las Naciones Unidas para el medioambiente, que tuvo lugar en Nairobi el 18 de agosto de 1985, Juan Pablo II presentó de modo particularmente significativo la visión de la Iglesia: “La Iglesia Católica se acerca al problema de la protección del medioambiente desde el punto de vista de la persona humana. Es nuestra convicción que todo programa ecológico debe respetar la plena dignidad y libertad de quien pueda ser objeto de tal programa. El problema ambiental debe ser visto en relación con la necesidad de los hombres y mujeres concretos, de sus familias, de sus valores, de su inestimable herencia social y cultural. Porque el fin último de los programas ambientales es elevar la calidad de la vida humana, mantener de la mejor forma posible lo creado al servicio de la familia humana”.

El respeto por la ecología humana presupone saber que “la sociedad actual no encontrará solución al problema ecológico si no *revé seriamente su estilo de vida*” (JMP 1990). Asimismo se debe reconocer una simple verdad: la crisis ecológica es un problema moral. El jurista debe admitir humildemente que su instrumento jurídico de por sí resulta ineficaz si no es acompañado de una educación de la conciencia capaz de conducir a las modificaciones necesarias de la conducta y de la mentalidad.

Debido a que la cuestión ambiental es compleja y va adquiriendo formas dramáticas, la Iglesia está empeñada en desarrollar su actividad educativa con simplicidad y constancia, sostenida por una alegre esperanza, la misma que San Francisco de Asís manifestó con palabras inolvidables: “Alabado seas, mi Señor, por nuestra madre tierra, que nos sustenta y gobierna, y produce diversos frutos con coloridas flores y hierbas”.

FILIBECK, Giorgio, “Il diritto a un ambiente sano e sicuro nell’insegnamento sociale della Chiesa”, en *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, Milán, Vita e Pensiero, 2002, n° 3, pp. 441/445.

DERECHOS HUMANOS. REGLAMENTACIÓN. RESTRICCIÓN. LÍMITES. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (ALEMANIA).

1. Introducción

La confianza que tenían los autores de la Declaración francesa de 1789 en la ley como el instrumento más adecuado para establecer el contenido y los límites de los derechos humanos, no ha sobrevivido a los cambios graves que en el siglo XX se produjeron en las áreas política y social. La época de la postguerra ha asistido a la revalorización del carácter normativo de la Constitución en general y de los derechos fundamentales en particular. Una de las consecuencias principales de esta evolución es el reconocimiento de límites para la ley en la regulación de los derechos fundamentales en los documentos constitucionales modernos y la jurisdicción constitucional. Según este modelo nuevo, la realización del contenido de los derechos fundamentales ya no es prerrogativa exclusiva del Poder Legislativo, sino el trabajo conjunto del legislador y de los tribunales, en particular de los tribunales constitucionales.

2. Límites para el Poder Legislativo en la regulación de los derechos fundamentales

Los límites pueden resultar del propio texto constitucional o de su interpretación teleológica y sistemática por la jurisdicción constitucional.

Existen determinados límites que son generales y otros específicos. Esta distinción se deriva directamente de las constituciones nacionales y de los instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos, pues todos los textos reconocen derechos que

simplemente pueden ser limitados mediante una ley, sin calificación alguna, y otros que exigen, en cambio, que esa ley cumpla determinados requisitos.

Ejemplo de la segunda de las categorías mencionadas es el art. 11 de la Ley Fundamental, que protege la libertad de circulación y de residencia, disponiendo que ésta no podrá ser limitada sino en virtud de una ley y únicamente en las circunstancias que allí se definen. Otro caso es el art. 5.2 de dicha Ley Fundamental, que precisa que las libertades de opinión y de información tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal. Así, la Constitución está limitando la restricción de las libertades de comunicación por el legislador a la realización de determinados fines materiales.

Los límites de alcance general, por su parte, pueden ser formales o sustanciales. Como ejemplo de la primera de estas categorías, se observa el art. 19.1 de la Ley Fundamental que establece requisitos formales explícitos que debe seguir el Poder Legislativo para limitar el ejercicio de los derechos fundamentales. En la medida en que, de acuerdo a la Constitución, un derecho fundamental puede ser restringido a través de una ley o en razón de una ley, ésta debe tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. La limitación formal del Poder Legislativo en materia de derechos fundamentales se compone así de dos elementos distintos: por una parte, la prohibición de ley individual en el ámbito de los derechos fundamentales, y por la otra, la obligación de citar el artículo afectado por la restricción.

2.1. Límites generales de carácter formal

2.1.1. Prohibición de ley individual en el derecho

Su aplicación práctica está muy controvertida en la doctrina local. Según el Tribunal Constitucional, se limita en lo esencial a la prohibición del tratamiento discriminatorio a un individuo por el legislador. No puede seleccionar arbitrariamente un caso determinado de una serie de casos muy similares y hacerlo objeto de una reglamentación única y excepcional. Sin embargo, entiende que la disposición no se aplica si el caso que debe ser regulado es el único de su tipo y si existen motivos urgentes para su reglamentación.

2.1.2. Obligación de cita

Permite verificar lo que se está regulando y su control constitucional. Esta obligación ha sido aplicada restrictivamente por la jurisprudencia constitucional, la cual ha reconocido una serie de derechos fundamentales que no entran en su ámbito de aplicación. En primer lugar, la obligación no es aplicable a los derechos fundamentales que son limitados directamente por la propia Ley Fundamental. En ese caso, la ley no podría concretar límites distintos de los previstos en el propio artículo: la obligación de cita sería una formalidad inútil. El derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de expresión (arts. 2.1 y 5.1, respectivamente, de la Constitución) entran en esta primera categoría.

Por otra parte, la obligación de cita no se aplica a las regulaciones que están configurando y no limitando un derecho fundamental. De este modo, la obligación de citar se circunscribe a la regulación de los derechos fundamentales que incluyan expresamente autorización para una intervención, limitación o restricción, tales como, la libertad de circulación y de residencia y la inviolabilidad del domicilio.

Y aún es necesario que se trate del establecimiento de restricciones o limitaciones nuevas; si el legislador sólo confirma restricciones previstas en una ley anterior o se limita a la modificación marginal de limitaciones ya existentes, la obligación de cita no es aplicable, según la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional. En este caso, el objetivo de la norma, que aspira a una reflexión profunda del legislador en el momento de la introducción de nuevas restricciones de las libertades fundamentales en el sistema jurídico, ya ha sido logrado con el cumplimiento de la obligación de cita en la ley modificada. En vista de las numerosas excepciones a su ámbito de aplicación, no resulta sorprendente que la obligación de cita tenga poca relevancia práctica.

2.2. Límites generales de carácter sustancial

2.2.1. Principio de proporcionalidad

No figura como tal en los preceptos constitucionales, aunque las disposiciones sobre la protección de derechos específicos se refieren a veces al principio de necesidad, que constituye la parte central de la proporcionalidad.

La doctrina alemana deriva la aplicación del principio de proporcionalidad parcialmente del art. 19.2 de la Ley Fundamental o del principio del Estado de Derecho. Sin embargo, este principio, en lo esencial, resulta directamente del carácter vinculante de los derechos fundamentales para el Poder Legislativo, que ha sido reconocido formalmente en el art. 1.3 de la Constitución. La vinculación efectiva del Poder Legislativo a los derechos fundamentales sería incompatible con la utilización arbitraria o irracional de sus competencias de restricción o de configuración en el desarrollo normativo de las garantías constitucionales. El Tribunal Constitucional aplica un razonamiento similar cuando destaca que, en el fondo, el principio de proporcionalidad está basado en la naturaleza de los propios derechos fundamentales, que constituyen la expresión jurídica del derecho general del ciudadano a la libertad y no pueden ser restringidos más de lo que sea necesario para proteger los intereses públicos.

En el marco del art. 5 de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional ha precisado su concepción de la función limitativa de los derechos fundamentales frente al poder normativo del Estado. Según el Tribunal, las leyes generales no deben comprenderse como una limitación unilateral de la vigencia de tales derechos. Hay un efecto recíproco entre la ley que está limitando un derecho fundamental y el derecho correspondiente, en el sentido de que la ley, ciertamente, establece límites en sentido literal; pero, por su parte, la interpretación de la ley debe inspirarse en la función que este derecho fundamental tiene para la realización de los valores fundamentales del Estado liberal democrático, con el resultado que los efectos limitativos de la ley deben ser nuevamente apreciados y recortados en virtud de esta función valorizadora.

El principio de proporcionalidad, tal como ha sido aplicado en la jurisprudencia constitucional alemana, está constituido por tres elementos. En primer lugar, la intervención en el derecho fundamental debe ser adecuada para alcanzar la finalidad perseguida por la medida legislativa. Una intervención es inadecuada cuando dificulta el alcance de la finalidad proyectada o cuando no desarrolla ningún efecto en relación con el objeto de la medida. Posteriormente, se trata de determinar si la medida adecuada es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido. Se plantea la cuestión de si la misma finalidad no puede ser conseguida con una intervención menos restrictiva para el derecho fundamental. El principio de necesidad como segundo elemento principal del control de proporcionalidad implica la utilización del medio más benigno para el ejercicio del derecho fundamental. No debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada, pero distinta de la utilizada, que presuponga una menor restricción para el derecho fundamental. Finalmente, se plantea el problema de la proporcionalidad en sentido estricto. Según la formulación utilizada por el Tribunal Constitucional, los efectos negativos para el ejercicio del derecho fundamental generados por la medida legislativa no deben ser excesivos en relación con la finalidad perseguida por ella. Se trata de establecer un balance entre los efectos positivos de la medida para la promoción del bien común, por un lado, y sus efectos negativos para la realización de la libertad individual protegida por el derecho fundamental afectado, por el otro. Esta comparación entre medios y fines debe orientarse a determinar la intensidad de la limitación. Cuanto mayor sea la limitación que realiza la regulación en la posición jurídica de los individuos, más importantes deberán ser los intereses generales que persigue dicha regulación.

2.2.2. Garantía del contenido esencial

Esta garantía apareció por primera vez en la Ley Fundamental de la República Federal de 1949, y su sentido exacto está muy controvertido en la doctrina. El Tribunal Constitucional

apenas ha dictado dos pronunciamientos abstractos sobre la determinación de este contenido. En las escasas ocasiones en que el Tribunal se pronuncia sobre el alcance del art. 19.2 de la Ley Fundamental, manifiesta una cierta tendencia a la interpretación estricta del contenido esencial, en el sentido de un contenido mínimo de cada derecho fundamental que en ningún caso debe ser objeto de injerencia legislativa. En otras decisiones, sin embargo, el Tribunal parece equiparar esta garantía al control de proporcionalidad y negar su función como límite autónomo del Poder Legislativo.

3. La contrapartida de la limitación del Poder Legislativo en este área: el margen de apreciación

El Tribunal Constitucional reconoce que el Poder Legislativo no sólo tiene competencia para fijar las finalidades de la ley que interviene en los derechos fundamentales en el marco de la Constitución, sino que puede elegir entre varias posibilidades para alcanzar sus objetivos. En este contexto, el legislador goza, según la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional, de un margen de apreciación en la selección de las medidas adecuadas para perseguir dichos objetivos. Meros errores de pronóstico del legislador en la previsión de los efectos futuros de la regulación adoptada no conducen necesariamente a la inconstitucionalidad de la ley. No parece razonable exigir al legislador la previsión de todas las circunstancias que afectarán el logro del fin que se procura mediante la norma. El Tribunal pronuncia la inconstitucionalidad de la medida por falta de idoneidad tan sólo cuando el legislador ha optado por una medida objetiva o manifiestamente inadecuada. La aplicación de estos criterios está destinada a garantizar que el control de la adecuación o idoneidad de la medida no se convierta en un mero examen de oportunidad. Si la finalidad de la decisión se fundamenta o deriva de la Constitución, no contradice el texto constitucional y mantiene algún tipo de relación con la restricción ocasionada en el derecho fundamental, va a ser considerada adecuada.

El control de la necesidad de la ley se inspira en consideraciones similares a las aplicadas en el examen de la idoneidad. El Poder Legislativo tiene libertad en cuanto a la selección del medio que considere oportuno para la intervención. No corresponde al juez constitucional establecer si el medio elegido es el mejor, entre varios posibles, es decir, si el elegido es o no el más eficaz. Para el cumplimiento de la exigencia de necesidad es suficiente que no exista otro medio igualmente efectivo que suponga una restricción menor para el derecho fundamental. Con respecto a la apreciación de la eficacia de diversos instrumentos para realizar la finalidad perseguida, el legislador puede hacer valer el mismo derecho a equivocarse en el pronóstico que le ha sido concedido en el marco del control de la idoneidad. Plantear diversos tipos de restricciones y elegir el más benigno es evidentemente una decisión de oportunidad legislativa que sólo puede ser censurada constitucionalmente en el caso de que la opción del legislador sea arbitraria.

GROTE, Rainer, “Limitaciones para la ley en la regulación de los Derechos Humanos en el Derecho europeo, con especial referencia al Derecho alemán”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Montevideo, Universidad Católica-AMF-Konrad-Adenauer-Stiftung, 2002, n° III, pp. 17/46.

DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS. DERECHO A LA VERDAD. REVELACIÓN DE INFORMACIÓN A FAMILIARES. COOPERACIÓN INTERNACIONAL (INTERNACIONAL).

Las desapariciones de personas constituyen un problema mundial. En las últimas décadas, el mundo se ha visto conmocionado por los relatos acerca de decenas de miles de personas que han desaparecido en Camboya, América Latina, Irak, Ruanda, la ex-Yugoslavia,

Chechenia, etc. Asimismo, existen numerosas historias de desapariciones que jamás serán conocidas por la comunidad internacional. A pesar de que la desaparición forzosa es encarada de manera más efectiva a nivel nacional, la lucha contra este flagelo debería constituir también un esfuerzo internacional. Esto requiere solidaridad entre las personas y las organizaciones a través de las fronteras.

El *International Rehabilitation Council for Torture Victims* colabora con centros de rehabilitación en todo el mundo a fin de promover y apoyar la rehabilitación de las víctimas de tortura y sus familias. La mayoría de estos centros ofrece también apoyo a los familiares de personas desaparecidas, ya que la tortura, las ejecuciones arbitrarias y las desapariciones forzosas muchas veces van de la mano en tiempos de represión política.

Las desapariciones forzosas tienen un efecto en el individuo, en su familia y en toda la comunidad. Los problemas que los miembros de las familias de los desaparecidos enfrentan son complejos y pueden resultar abrumadores. Además de la incertidumbre acerca del paradero de sus familiares, en general deben lidiar también con problemas económicos, sociales y legales. Muchos de ellos han estado buscando a sus familiares durante años. Sabemos que hay madres de desaparecidos que, después de casi 30 años, aún abrigan la esperanza de encontrar a sus hijos con vida. Es normal que los familiares tengan dificultad para aceptar la muerte de un miembro de su familia desaparecido. En tales casos presentan síntomas de trastornos emocionales severos. Es preciso que exista, de parte oficial, revelación de la información concerniente a lo que le ha sucedido a la persona desaparecida y un reconocimiento de las consecuencias que la desaparición ha tenido en las familias.

Las desapariciones forzosas están rodeadas de silencio y temor. En una sociedad dominada por la violencia organizada, se genera una grave desconfianza entre la gente. Vecinos, compañeros de estudio y otros miembros de la comunidad muchas veces evitan el contacto con las familias de los desaparecidos. A este respecto, existe poco conocimiento sistematizado sobre cómo abordar las masivas consecuencias psico-sociales de la violencia, los conflictos armados y las violaciones a los derechos humanos. Consideramos que los probables efectos que este problema tiene en la salud mental y física de las personas debería ser analizado en profundidad.

La desaparición de un familiar es una pérdida muy particular. La falta de un funeral es traumático tanto en casos de desaparecidos como cuando las personas han sido brutalmente masacradas. Sólo una notificación oficial de la muerte del familiar permite al resto de la familia comenzar con el proceso normal de duelo. Si bien ellos tienen derecho a conocer qué es lo que ha sucedido con su familiar desaparecido, la verdad es en general horripilante, especialmente si existen pruebas de los padecimientos previos a su muerte. Por ello se debe tener especial cuidado en el modo como se revela la verdad. Lamentablemente, las circunstancias distan de ser las ideales, y debido a una conjunción de factores económicos y políticos no es posible brindar la asistencia adecuada. En tiempos de violencia organizada y represión política, los asesinatos están rodeados de secreto, silencio y temor.

En un marco ideal, la situación de la familia y el contexto cultural, religioso y social deberían ser evaluados con cuidado antes de brindar información acerca de una muerte. Se debería dar a la familia toda la información concerniente a la muerte de su familiar. La mejor manera consiste en brindar la mayor cantidad de detalles que sea posible. Se debe tener en cuenta quién será el encargado de brindar la información, por ejemplo, un profesional que tiene preparación para enfrentar estos temas, como un consejero orientador. La información debería revelarse en primer lugar a los familiares más cercanos, a fin de darles oportunidad de reaccionar. También se debe informar a los niños, puesto que existe una tendencia general en los adultos a ocultarles la verdad a fin de protegerlos.

Los niños requieren una especial atención. Los hechos deben serle explicados, ya que de nada sirve intentar simplemente que olviden. El olvido no es la solución. Ocultarles la verdad puede tener graves consecuencias en sus vidas. Es importante que ellos sepan qué ha

sucedido con sus parientes, cómo y por qué, especialmente porque los niños mismos lo preguntarán. Una persona que, en su niñez, ha experimentado hechos traumáticos y no los ha podido procesar adecuadamente, puede tener una reacción muy fuerte, incluso muchos años después, cuando un hecho menos traumático le suceda. También se ha observado que las personas pueden generar una respuesta traumática a una pérdida pasada irresuelta, exactamente cuando llegan a tener la edad que el ser querido tenía cuando desapareció. Sabemos que existen centros de rehabilitación en Latinoamérica a los cuales los hijos de desaparecidos concurren en busca de ayuda justo cuando alcanzaron la edad del padre desaparecido.

Los ejemplos recientes de Argentina muestran que la revelación de la verdad puede ser muy complicada. Entre los años 1976 y 1983, los hijos de las mujeres que daban a luz en centros de detención clandestinos les fueron sustraídos. Algunos de ellos fueron entregados a parejas sin hijos relacionadas con las Fuerzas Armadas o la Policía y fueron criados como propios. Los familiares de estos niños han hecho intentos para encontrarlos e identificarlos con el fin de devolverles su identidad personal y familiar. Aunque el bienestar y el mejor interés de los niños es una prioridad en estos casos, saber que los únicos padres que han conocido no son los verdaderos les genera un trauma psicológico. O peor aún, saber que sus padres adoptivos pueden haber sabido o incluso participado en el asesinato de sus padres biológicos.

Existen diversos equipos de especialistas en exhumación de cadáveres, identificación e investigación de la causa y forma de la muerte de personas enterradas en fosas anónimas. Las exhumaciones permiten recabar información sobre lo que les sucedió a las víctimas de ejecuciones extrajudiciales, ya que se pueden obtener pruebas científicas y objetivas de los crímenes perpetrados. A través de la documentación forense, los gobiernos pueden ser hechos responsables. Esta información puede prevenir futuros crímenes.

Una razón importante para la exhumación es que puede dar a las familias información sobre el destino de sus seres queridos. Puede permitir que los familiares honren al muerto de la manera más apropiada a su cultura. Por ejemplo, en Guatemala, la razón más importante por la que las comunidades piden la exhumación es para encontrar los restos de los miembros de su familia. La gente teme demandar a los responsables, ya que muchas veces viven en la misma comunidad que ellos, o ya sea porque desconfían de un sistema judicial en el que los ex militares aún tienen poder, o por limitaciones de índole económica. En 1988, cuando una fosa clandestina fue exhumada en un pequeño pueblo de Guatemala, el miedo fue tan grande que ningún familiar se atrevió a concurrir a identificar los restos.

El proceso de exhumación puede volver a traumatizar a los familiares y los miembros de la comunidad. Por eso es necesario apoyo en salud mental tanto a nivel individual como colectivo durante el proceso de exhumación.

De acuerdo al *Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions*, las familias y sus representantes legales deben estar al tanto de toda la información relevante sobre la investigación. También se recomienda que las familias y los dependientes de las víctimas de ejecuciones sumarias tengan derecho a una adecuada reparación dentro de un período de tiempo razonable.

El relator especial de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la tortura puntualizó: “Todo acto de desaparición forzosa inflige graves sufrimientos a las víctimas y sus familias”. La definición de “desapariciones” también se refiere a la voluntad de no revelar el destino o paradero de la persona involucrada, o al no reconocimiento de la privación de su libertad. Este es un acto intencional que afecta directamente a los familiares cercanos. Si bien son completamente conscientes de la incertidumbre, el miedo y la angustia que afecta a los familiares del desaparecido, se dice que un elevado número de empleados públicos miente maliciosamente a la familia, con el objeto de castigar o intimidar a todas las personas cercanas.

En ese texto, el Relator Especial reconoce que el sufrimiento ocasionado a la familia de un desaparecido puede constituir tortura. Según el derecho internacional, existe el derecho

de las víctimas de abusos de derechos humanos a recibir reparaciones por sus pérdidas y sufrimientos; sin embargo, sabemos muy poco sobre las necesidades de los sobrevivientes a las violaciones de derechos humanos. La ONG “REDRESS” comenzó un programa de investigación focalizado en los puntos de vista de los sobrevivientes y sus familias con respecto a la reparación: ¿cómo se sienten con respecto a una reparación y qué expectativas tienen de conseguirla, qué necesitan?

A pedido de Naciones Unidas, el Profesor van Boven redactó un borrador de los principios básicos y orientación para reparación de víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. Lamentablemente, la reparación no es una realidad para un gran número de familias de desaparecidos. Para muchas víctimas y familiares, la búsqueda de reparación está plena de dificultades, y postularse para una reparación puede constituir en sí mismo una experiencia traumática. Es imposible recuperar la situación que existía antes de que el miembro de la familia desapareciera. Incluso luego de años de gobiernos democráticos, es preciso luchar por el reconocimiento y la justicia. Las indemnizaciones han sido rechazadas y criticadas por considerarse “dinero sangriento”. Por otro lado, la indemnización puede tener una importancia que va más allá de su valor material. Puede significar el reconocimiento de que se ha producido un daño grave. Sin embargo, reparación significa más que indemnización. A partir de la información proveniente de los centros de rehabilitación con los que colabora el *International Rehabilitation Council for Torture* (IRCT), sabemos que en numerosas ocasiones la gente se acerca a pedir apoyo psicológico varios años después de la desaparición del familiar. En muchos países es además difícil asignar recursos para esta red de apoyo.

Es necesaria la revelación de la verdad a fin de obtener justicia y reconciliación, pero, como remarcó REDRESS, la verdad hace justicia con las víctimas, pero no administra justicia a los responsables. La impunidad luego de graves violaciones a los derechos humanos puede acarrear consecuencias sociales y psicológicas graves. Aceptar que los hechos criminales graves no serán juzgados, es lo mismo que negarlos. No existe así reconocimiento público u oficial de lo sucedido, y por lo tanto no hay garantía contra una repetición. Esto genera una situación en la que el sentido de la justicia desaparece. La impunidad puede causar un fuerte sentimiento de falta de control e impotencia en la sociedad. También puede modificar las relaciones humanas, y generar miedo y falta de confianza entre la gente. Una madre relató su experiencia: un día en que se encontraba frente al monumento a los desaparecidos, casi 30 años después de la desaparición de su hijo, alguien se le acercó y le dijo: “Su hijo tuvo exactamente lo que merecía”.

Nota de la Secretaría: con relación a la necesaria revelación de la verdad, acerca de lo que le ha sucedido a una persona desaparecida, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (Corte), en el caso *Facundo Raúl Urteaga c/ Estado Mayor Conjunto de las FF.AA.*, del 15-10-1998 (*Fallos*: 321:2767), resolvió un hábeas data presentado por el hermano de quien, en el año 1976, habría muerto en un enfrentamiento con fuerzas del gobierno militar de facto, pero cuyos restos nunca aparecieron. El objeto de la acción era obtener la información que existiera en organismos oficiales. Al respecto, en su voto concurrente con la mayoría, el juez Enrique S. Petracchi sostuvo que la negativa del Estado a proporcionar la información que tuviera registrada acerca del destino de una persona posiblemente fallecida, afecta indudablemente la vida privada de su familia, en tanto ésta ve arbitrariamente restringida la posibilidad de ejercer derechos tan privados como el del duelo o el de enterrar a los propios muertos; los sentimientos de respeto por la persona fallecida tienen un intenso arraigo cultural, que los hace integrar lo que ha dado en llamarse el “acuerdo normativo de la sociedad” y que se manifiestan en las reacciones que se producen a través del ordenamiento jurídico frente al fenómeno de la muerte. Proteger el derecho a conocer todo lo relativo a la muerte de un familiar cercano significa, en última instancia, reconocer el derecho a la identidad y a reconstruir la propia historia, los cuales se encuentran estrechamente ligados a la dignidad del hombre. Por su parte, el juez Antonio Boggiano se remitió a su anterior voto en disidencia en la causa *Suárez Mason* (*Fallos*: 321:2031). Sostuvo, entonces, que la actora tenía derecho a obtener la información que existiera en los organismos públicos

requeridos, pues la Constitución ha consagrado el derecho a conocer los datos que el Estado pudiera tener de su persona que, en la causa, conciernen a cada sujeto. El derecho consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos y las relaciones familiares de proximidad existencial y, por lo tanto, el desconocimiento de la verdad acerca de las circunstancias de la desaparición del familiar y de dónde se hallan sus restos afecta gravemente su derecho a la identidad y a la intimidad. Asimismo, el juez Gustavo A. Bossert, en su voto propio, agregó que el derecho a conocer el destino de personas desaparecidas y, en su caso, el destino de sus restos, deben entenderse contemplados en el segundo considerando de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Las circunstancias históricas en las que sucedieron los hechos que dan lugar a la pretensión de obtención de datos conducen al reconocimiento del derecho del actor, fundado en derechos subjetivos familiares de los que es titular, así como en su derecho a conocer la verdad sobre la suerte corrida por su hermano, de lo que depende la subsistencia o no de vínculos jurídicos familiares con incidencia en uno de los atributos de la personalidad como es el estado de familia, y en su derecho a hacerse cargo y proteger los restos de aquél, en caso de haber muerto. Los vínculos jurídicos familiares, que determinan el estado de familia, integran la identidad de la persona, de manera que, desde esta perspectiva, la identidad personal del actor, cuya jerarquía constitucional ha sido reconocida por la Corte, fundamenta también el derecho que intenta hacer valer. Dentro de los derechos protegidos en el art. 33 de la Constitución se encuentra el derecho a conocer la verdad sobre personas desaparecidas con quienes existen vínculos jurídicos familiares que originan derechos subjetivos familiares, ya que tal derecho emana substancialmente del principio republicano y de la publicidad de los actos de gobierno que surge de tal principio.

BLAAUW, Margriet, “‘Denial and silence’ or ‘aknowledgement and disclosure’”, en *International Review of the Red Cross*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2002, vol. 84, n° 848, pp. 767/782.

INDIGENAS. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN RACIAL (NACIONES UNIDAS).

1. Los pueblos indígenas son por lo general vulnerables al desposeimiento de sus tierras y recursos naturales, debido, entre otras cosas, a que carecen de estatuto jurídico y de acceso a recursos jurídicos.

Causa de esto es a menudo el racismo que crea un vínculo vicioso de desposeimiento, de inacción por parte de las autoridades públicas y de nuevo desposeimiento, provocando una situación de pobreza extrema entre los pueblos indígenas.

El racismo puede dirigirse contra un grupo porque carece de poder o porque hay una percepción de que es excesivamente poderoso. Cuando, por ejemplo, los pueblos indígenas logran restituciones de sus tierras, sucede a menudo que otros ciudadanos sientan resentimientos y vean con mayor hostilidad aún las justas reivindicaciones de los pueblos indígenas.

Alguna de las medidas más extraordinarias adoptadas por los Estados para restablecer el derecho de los indígenas a la tierra han provenido, en los últimos tiempos, de países como Australia y Canadá, que están sufriendo una reacción considerable del público contra los pueblos indígenas. Australia, por ejemplo, ha respondido a dicha reacción abandonando anteriores compromisos de reconocimiento y solución de las reivindicaciones de los indígenas relativas a tierras.

En los últimos años, con el objeto de atraer inversiones extranjeras y promover el comercio exterior, muchos países en desarrollo han agravado el círculo vicioso del racismo y el desposeimiento. Estos países se han abierto a empresas dedicadas a la extracción (explotación minera y forestal) sobre zonas que constituyen, a menudo, los últimos refugios de los pueblos indígenas y de su diversidad cultural. De este modo, los pueblos indígenas son

sacrificados colectivamente a fin de aumentar los ingresos de otros ciudadanos. El racismo contra estos pueblos es lo que hace viable para los dirigentes políticos y empresariales, adoptar esas medidas con un amplio apoyo del público.

Así, es imposible separar el racismo y los derechos a la tierra de la política de comercio. El vínculo entre el comercio y el desposeimiento será cada vez mayor en los países en que el racismo es más fuerte y las instituciones nacionales de lucha contra el racismo y el resarcimiento de sus víctimas sean relativamente débiles.

Resulta paradójico que los Estados, que para aumentar sus ingresos por exportaciones desplazan a pueblos indígenas, tienden a ser Estados que han sido ellos mismos víctimas del racismo colectivo en el plano internacional. De esto se deduce que el racismo entre países puede provocar la intensificación del racismo dentro de los países, en particular contra grupos marginados como los pueblos indígenas.

2. Conclusión.

a) No puede haber comercio libre o leal entre los Estados a menos que éstos respeten y protejan los derechos de los pueblos indígenas a la tierra.

b) Los gobiernos y los pueblos indígenas que están preparados para enfrentarse a estos problemas merecen obtener un nivel considerablemente mayor de asistencia financiera y técnica de los órganos operacionales y los organismos especializados del sistema de Naciones Unidas, así como de otras instituciones

c) La promoción y coordinación de las iniciativas internacionales para que se hagan efectivos los derechos de los pueblos indígenas a la tierra dependerán de que se establezca el “Foro Permanente para las cuestiones Indígenas”, conforme a lo dispuesto en la resolución 2000/22 del Consejo Económico y Social, que la Asamblea General acogió en el párrafo 6 de su resolución 55/80. En la actualidad, el Foro dispone únicamente de “recursos existentes” para personal y conferencias, por lo que la Conferencia Mundial contra el Racismo debe exhortar a los Estados a que proporcionen al Foro Permanente recursos financieros suficientes.

CONFERENCIA MUNDIAL CONTRA EL RACISMO, LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, LA XENOFOBIA Y LAS FORMAS CONEXAS DE INTOLERANCIA (Naciones Unidas), “Examen de los informes, estudios y otros documentos para el Comité Preparatorio y la Conferencia Mundial”, *Documento de trabajo sobre la lucha contra el racismo sufrido por los pueblos indígenas presentado por la Sra. Erica-Irene Daes, miembro del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas de la Subcomisión de promoción y Protección de los Derechos Humanos*, Asamblea General, A/CONF.189/PC.3/4, del 20 de julio de 2001.

INDIGENAS. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL. CONSTITUCION. REFORMA (MÉXICO).

El reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas ha sido un proceso que enfrenta dos visiones del México contemporáneo: la que considera que es un país mestizo, es decir, monocultural, y la que afirma que es una sociedad pluricultural. La primera está basada en un proyecto de Nación que negaba implícitamente la diversidad cultural, y la segunda se funda en la constatación histórica de la heterogeneidad cultural.

Estas dos visiones se reflejan en la reforma constitucional en materia indígena publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001. Algunos aspectos de esta coexistencia de proyectos de país, son los siguientes:

1. La discriminación

Según el primer párrafo del apartado “B” del art. 2 de la Constitución, el Estado se obliga a establecer las instituciones y políticas para “eliminar cualquier práctica discriminatoria” hacia los indígenas. Esta obligación queda reforzada con la declaración de la

prohibición a “toda discriminación motivada por origen étnico... o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

El reconocimiento constitucional de las diferencias culturales actualiza el principio de igualdad de las personas ante la ley. La aspiración de eliminar los privilegios y neutralizar la aplicación de la ley, considerando a todos como iguales, produjo que los que son diferentes culturalmente a los valores y procedimientos del derecho dominante vivieran ignorados y en condición de desventaja ante las instituciones públicas. Al obligarse el Estado a combatir toda forma de discriminación, en particular respecto de los indígenas, se coloca en una situación inédita. Niega la homogeneidad cultural. Desde esta perspectiva, el Estado es promotor y garante de la pluriculturalidad del país, por lo que la aplicación de la ley ya no será neutral, ciega, sino que para que la igualdad se logre se tendrán que tomar en cuenta las características culturales de los indígenas en las relaciones jurídicas, sociales y políticas.

2. El Estado Pluricultural

Con base en lo anterior se podría afirmar que el Estado es la sociedad culturalmente organizada, con lo cual la reforma indígena aporta elementos para la construcción de una organización política, social y jurídica pluricultural. Esta visión está confirmada en la primera frase del párrafo segundo del art. 2, cuando establece que “la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas”. Postura ampliada en el último párrafo del apartado “A” del mismo artículo cuando señala que serán reconocidos los derechos culturales de “toda comunidad equiparable” a la de los indígenas, es decir, la de los extranjeros establecidos de manera permanente en el país: menonitas, chinos, italianos, israelitas, etc. Sin embargo, la visión monocultural se mostró en el Senado, para advertir que “La Nación Mexicana es única e indivisible”. Algo que era totalmente innecesario, ya que el espíritu de la reforma no pretendía la desunión ni la división del Estado, sino incluir en su unidad e indivisibilidad los derechos de los pueblos indígenas.

3. Los sujetos de derechos

Los derechos humanos tradicionales consideran a la persona en lo individual como único y absoluto sujeto de derechos. El reconocimiento de los derechos sociales rompió con esta tradición y la actualizó al considerar como sujetos de derechos a personas colectivas, a grupos humanos, en este caso a los sindicatos y ejidos (Constitución mexicana de 1917). El reconocimiento que hace ahora la reforma a los pueblos indígenas como sujetos de derechos reactualiza dicha tradición al considerar sus características culturales y su situación de desigualdad. Se define a los pueblos indígenas como “aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (art. 2, párrafo segundo). El Senado acierta al incorporar elementos de definición de las comunidades indígenas: “Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. En el párrafo quinto se agregan dos elementos a tomar en cuenta en la identificación de las comunidades indígenas: criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico”.

La identificación de los pueblos y comunidades indígenas la harán los estados de la Federación.

Los pueblos y comunidades indígenas tienen reconocido y garantizado por la Constitución su derecho a decidir sus formas de gobierno, de elección de sus autoridades y de ejercicio gubernamental. Estas formas tendrán que ser concretadas atendiendo las condiciones históricas y geográficas de cada entidad federativa, ya que sus Constituciones y leyes “establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad”. En este contexto, el Senado añadió una incongruencia al considerar que las entidades federativas tienen que

establecer el reconocimiento de las comunidades indígenas como “entidades de interés público”. La reforma se ha hecho para incluir a los pueblos indígenas como órganos políticos del Estado mexicano, como autoridades, es decir, como *entidades de derecho público* (como lo establecía la iniciativa del Ejecutivo Federal). La visión monocultural volvió a mostrarse al pretender que sigan siendo considerados como objetos bajo tutela del Estado y no como actores políticos autónomos.

4. Los derechos de los pueblos indígenas

Los pueblos y comunidades indígenas tienen reconocido y garantizado su derecho a concebir, aprobar y aplicar sus propios sistemas normativos. La condición negociada para aceptar lo anterior fue que el derecho indígena debe respetar los derechos humanos establecidos, en particular, los de las mujeres indígenas. Las resoluciones serán *validadas* por los tribunales del Estado. Esto deberá entenderse como la posibilidad que tiene el afectado por la resolución de acudir a una instancia que la revise. Esta instancia judicial del Estado deberá integrarse con personal que conozca el idioma y la cultura indígenas.

Desde el punto de vista político, el territorio indígena se encuentra reconocido pero está sujeto a que los estados le concedan su categoría política en su interior: municipio, comunidad u otros. Por ejemplo, ya la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, de 19 de junio de 1998, estableció: “La autonomía de los pueblos y comunidades indígenas se ejercerá a nivel del municipio, de las agencias municipales, agencias de policía o de las asociaciones integradas por varios municipios entre sí, comunidades en sí o comunidades y municipios”.

El apartado “B” del art. 2 establece las bases de una política indigenista de participación de los pueblos indígenas. Cualquier política que el Estado pretenda llevar a cabo no podrá ser concebida, aprobada o aplicada sin la participación efectiva de los indígenas. Con esto, el indigenismo de integración impuesta deja de existir.

El Estado se obliga a establecer nuevas políticas e instituciones que se encarguen de promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y elevar sus condiciones de vida. Para ello, se impulsará el desarrollo regional, la educación bilingüe e intercultural, el acceso efectivo a los servicios de salud, el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de viviendas, la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, la adquisición de medios de comunicación, las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades, la protección de los migrantes indígenas (en el país como en el extranjero).

Para el cumplimiento de estas obligaciones, la reforma obliga a los congresos federales y estatales a que en sus presupuestos de egresos establezcan las partidas presupuestarias correspondientes. La reforma establece, desde el punto de vista de los recursos naturales existentes en los territorios indígenas, que podrán tener acceso al usufructo de ellos de manera preferente, salvo las áreas estratégicas (petróleo, energía eléctrica).

Una de las omisiones del Senado fue no considerar la propuesta de ampliar los derechos políticos de los pueblos indígenas a participar en las elecciones federales y estatales al establecerse en la iniciativa original la redistribución electoral. Solamente el artículo tercero transitorio del decreto de reforma estableció, de manera incompleta y a título de recomendación: “Para establecer la demarcación territorial de los distritos electorales uninominales deberá tomarse en consideración, cuando sea factible, la ubicación de los pueblos y comunidades indígenas, a fin de propiciar su participación política”.

La reforma indígena, históricamente, es un avance sustancial hacia la construcción de un país pluricultural y justo. Las enmiendas por hacer podrían ser la ocasión para que la discusión y ampliación de los derechos de los pueblos indígenas se realice en su ámbito de debate de fondo: la reforma del Estado. No hay culpas que pagar, sino responsabilidades que asumir.

GONZALEZ GALVAN, Jorge Alberto, “La reforma constitucional en materia indígena”, en *Cuestiones constitucionales*, México, UNAM, 2002, n° 7, pp. 253/259.

LIBERTAD DE EXPRESION. DEMOCRACIA. FORTALECIMIENTO. PODER JUDICIAL. INDEPENDENCIA. POBREZA. DERECHO A LA IGUALDAD. MUJERES. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. INDIGENAS (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-PANAMÁ).

1. El derecho a la libertad de expresión contiene aspectos fundamentales para el desarrollo y fortalecimiento de las sociedades democráticas, entre ellos, el de proveer de participación a los miembros de la sociedad dentro de un proceso de decisiones; el de constituirse como herramienta para alcanzar una sociedad más tolerante y estable, y el de dignificar a la persona humana a través del derecho de expresión, el intercambio de ideas, opiniones e información. La libertad de expresión, por lo tanto, provee un marco en el cual los conflictos inherentes a cada sociedad pueden desarrollarse sin destruir el tejido social, manteniendo el equilibrio entre la estabilidad y el cambio. Tal como lo enunciara la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la libertad de expresión permite el debate abierto sobre los valores morales y sociales, y facilita el discurso político, central para la consolidación de los valores democráticos. Por lo tanto, cuando se obstaculiza la libertad de expresión, la democracia pierde su dimensión social colectiva y permanente, volviéndose un simple arreglo institucional formal, en el cual la participación social no es efectiva.

2. Dado que la libertad de expresión adquiere una función primordial para el fortalecimiento de democracias estables y participativas, es un derecho que en los últimos años ha recibido mayor protección. El ejercicio pleno a la libertad de expresión necesita ser efectivamente protegido por la voluntad política de los gobiernos, la existencia de una legislación adecuada para su defensa, y un Poder Judicial independiente y eficaz que garantice el ejercicio y respeto pleno de este derecho.

3. Durante décadas pasadas, la protección a la libertad de expresión se encontraba seriamente amenazada en el hemisferio bajo regímenes *de facto*. Dichos regímenes inconstitucionales suspendieron ilegítimamente los derechos y garantías de ciudadanos y persiguieron, detuvieron o asesinaron a diferentes interlocutores sociales críticos del gobierno de turno. Desde el retorno al sistema democrático, el respeto a la libertad de expresión ha progresado significativamente; sin embargo, en muchas de estas democracias se mantienen leyes o prácticas autoritarias, vestigios de los gobiernos *de facto*. Dichas conductas obstaculizan el avance de la sociedad de recibir e intercambiar información y opiniones libremente.

4. En varias democracias de América Latina existe una debilidad de las instituciones públicas encargadas del control de las conductas y funciones de la autoridad con relación a los ciudadanos. Por ejemplo, en muchos países el Poder Judicial no ha actuado en forma independiente del poder político, denegando o emitiendo sanciones tibias a los responsables de abusos y/o conductas corruptas, obstaculizando así la investigación exhaustiva de casos contra instituciones gubernamentales u otros sectores de poder económico. En dichos países, la prensa, como así también otras instituciones de la sociedad civil, se han transformado en el principal instrumento de control y difusión del accionar del Estado. En razón de haber expuesto ante la opinión pública a la autoridad o particulares involucrados en actos ilegales, abusivos o de corrupción, muchas veces son blanco de ataque y persecución.

5. El Relator Especial considera que cuando las instituciones democráticas utilizan la ley como instrumento restrictivo de la libertad de expresión para limitar la crítica de sus ciudadanos, la democracia se ve amenazada.

6. Asimismo, la Relatoría no puede dejar de mencionar que la pobreza y la marginación social en que viven amplios sectores de la población en el hemisferio afecta el ejercicio de un amplio espectro de derechos humanos, incluso la libertad de expresión, toda vez que esas voces se encuentran postergadas, con difícil acceso al debate amplio de ideas y opiniones, y limitadas para acceder a la información necesaria para lograr desarrollarse equitativamente dentro de una sociedad democrática. De igual manera, la discriminación de la mujer y de los pueblos indígenas atenta contra la libertad de expresión; su marginación de los espacios públicos de discusión implica privar a la sociedad de escuchar a sectores mayoritarios de la población. La libertad de expresión de los individuos encuentra en los medios de comunicación masiva y en la participación política activa un mecanismo para lograr que las fuertes desigualdades en que se encuentran numerosos sectores de la población tengan un espacio que facilite la búsqueda de soluciones dentro de un contexto democrático.

Nota de la Secretaría: la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión es una oficina de carácter permanente, con independencia funcional y presupuesto propio, que ha sido creada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dentro de la esfera de sus atribuciones y competencias, operando dentro del marco jurídico de ésta (ver arts. 40 y 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 18 del Estatuto de la Comisión).

RELATORIA PARA LA LIBERTAD DE EXPRESION (OEA), “Informe sobre la situación de la libertad de expresión en Panamá”, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 47, 3-7-2003, en <http://www.cidh.org/Relatoria/Spanish/InfPaises/IndicePanama03.htm>.

POLICIA. REPRESIÓN. MINORIAS. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN RACIAL (CANADÁ).

Las relaciones entre la policía y los grupos étnicos se inscriben, tanto en Québec como en el resto de Occidente, en el marco de las relaciones políticas, sociales y profesionales entre una institución -la policía- y los grupos minoritarios víctimas de violencia, discriminación y racismo sociales.

La policía no está más exenta de estas conductas que las restantes instituciones, pero este cuerpo profesional se distingue de otros, como el de los médicos, trabajadores sociales, docentes, etc., en que se trata de una relación social única, ya que la policía es la única institución en la que el modo de control social se realiza tanto en términos de prevención y disuasión como de represión. Este control se traduce en diferentes estrategias y tácticas de aplicación de la ley y mantenimiento del orden. La Policía, brazo armado de la política, es la única institución habilitada a recurrir a la violencia, formando un cuerpo con una fuerte identidad profesional e ideológica, con el poder de portar armas y realizar acciones represivas cuando la situación lo requiere o justifica.

Se aborda aquí, en forma particular, la violencia policial contra los grupos discriminados en razón de su origen étnico (*groupes racialisés*) en el contexto de Québec y Montreal, haciendo notar que esta situación es extrapolable, en la mayoría de sus aspectos, a otros contextos nacionales. La violencia policial “legitimada”, desde la más suave hasta la más brutal, es, sin excepción, una manifestación de incompetencia profesional, puesto que, cuanto

más altamente calificado, formado y seguro de sus conocimientos y su práctica (*know-how*) profesional está un policía, tanto menos recurre a la fuerza, ya sea simbólica o física.

La violencia simbólica frente a los grupos minoritarios se expresa de diferentes maneras. Los ciudadanos provenientes de grupos discriminados en razón de su origen étnico gozan de una protección menor, padecen un estado de sospecha mayor y son tratados en consecuencia. En cuanto a la violencia física, ésta va desde el arresto más frecuente, pasando por la propensión a utilizar más fuerza de la realmente necesaria, el encarcelamiento de jóvenes provenientes de estos grupos, acusaciones sistemáticas y detenciones abusivas, llegando, inclusive, hasta hechos trágicos (afortunadamente muy raros y fuertemente mediatizados) que culminan con alguna muerte. Cuando esto último ocurre, se produce una gran movilización de la población en contra de tales conductas, denunciando las brutalidades policiales, lo que produce, generalmente, la aparición de una fase de moderación o de reticencia de la policía a recurrir a la fuerza.

Esta conducta errática tiene como efecto la deslegitimación policial tanto frente a los grupos minoritarios como a la población en general, y un policía que pierde legitimidad o aceptación, es un policía cuyo rendimiento decae.

Las reformas, puestas en marcha hace quince años en América del Norte y hace unos pocos años en Québec, surgen de la observación del fracaso: fracaso de la policía en el control y la disminución de la criminalidad, especialmente la criminalidad de la calle, incapacidad de responder a las demandas legítimas de las colectividades locales en materia de seguridad urbana y de poner fin a las relaciones tensas y conflictivas entre los grupos minoritarios y discriminados en razón de su origen étnico.

Es preciso, entonces, repensar las prácticas policiales, demasiado reactivas, técnicas y fundadas en el uso de la fuerza, y llevarlas a un marco sistemático de prevención -en sentido de previsión y anticipación- y de búsqueda de soluciones duraderas a los problemas locales, trabajando más con una lógica de labor en grupo (*partenariat*) con los demás actores institucionales y comunitarios, y teniendo una obligación de resultado.

Es importante mencionar que para ser policía en Québec, basta con tener trece o catorce años de escolaridad completa en un colegio con formación en técnica policial. Después, los aspirantes completan su formación en la Escuela Nacional de Policía (concebida según el modelo de la *police academy*), en donde las enseñanzas impartidas son esencialmente técnicas, los instructores son en su mayoría policías provenientes de grupos mayoritarios (quebequinos blancos francófonos) y donde el ambiente es muy similar al de los cuarteles y las bases militares. Desde el principio se les inculca a los aspirantes una subcultura paramilitar.

El abuso de la fuerza se explica a partir de cinco causas principales, que son: el miedo, la incompetencia, la incompreensión de la regla, la presión por los resultados y, finalmente, la autodefinición de los fines. Seguidamente, se hará referencia a tres de ellas.

El *miedo* procede de la subcultura insular de “nosotros y ellos” que se refuerza y se alimenta de la homogeneidad cultural del medio policial, ya que la mayoría de los policías no vive en la ciudad de Montreal, y su única relación con los extranjeros se entabla en el ámbito laboral. Cuando su jornada laboral culmina, ellos retornan a los suburbios de blancos. Por lo tanto, no conocen las colectividades locales en las que intervienen.

En cuanto a la *incompetencia*, el abuso de la fuerza está muy relacionado a la incapacidad de hacer, y esta incapacidad se explica por el hecho de que la relación entre policías y grupos discriminados en razón de su origen étnico jamás es tomada seriamente, salvo en las situaciones de crisis.

No se ha comprobado que existan serios planes de inversión en la formación permanente de los policías, y hay pocas exigencias en cuanto a los contenidos de la formación básica de los aspirantes a policías en materia de sociología de la migración, de relaciones interétnicas, mediación y resolución de conflictos, etc. Finalmente, la cultura general es muy pobre: faltan conocimientos en el campo de las relaciones interétnicas y de socioprevención,

falta práctica (*know-how*) y existen dificultades operacionales en el trabajo cotidiano de los patrulleros. El recurso de la fuerza surge ante la falta de otros remedios para asegurar el control, y por falta de autoridad.

La *presión por los resultados* es la expresión de la contradicción estructural de la tarea policial entre la obligación de medios y la obligación de resultados. La población presta mucha atención a la policía en cuanto a los resultados, pero sobre todo exige que, en el estado de derecho, estos resultados sean obtenidos en el más estricto respeto de las normas, empezando por el código procesal penal.

Los dirigentes de las organizaciones policiales deben considerar las prácticas límites como sintomáticas de un déficit de competencia. Para ello, deben integrar a sus políticas y orientaciones, así como a sus prácticas de gestión, el diagnóstico de prejuicios y el problema de las relaciones comunitarias como parte del fundamento de una policía de proximidad. A los dirigentes incumbe, entonces, la responsabilidad de redefinir el perfil de los jóvenes reclutas, sus competencias básicas y su capacidad de tratar con poblaciones heterogéneas. Asimismo, se deben asegurar de que los policías no estén imbuidos de prejuicios o de estereotipos con respecto a los grupos minoritarios en general y a los grupos discriminados en razón de su origen étnico en particular. Concretamente, esto significa que el cuerpo de policía debe desarrollar dispositivos para identificar mejor las conductas discriminatorias. Por ejemplo, los tests psicométricos utilizados en el reclutamiento y en los exámenes de promoción miden la calidad de la flexibilidad y la relación que los candidatos mantienen con la alteridad. También existen formas de evaluar sus aptitudes para la toma de decisiones.

De la misma manera que luego de cada operación policial se realiza un informe (*debriefing*), se podrían concebir informes perceptivos o emocionales, donde ya no se trata de sancionar la conducta del policía, sino más bien de comprender por qué se ha comportado de tal o cual modo, cuáles son los mecanismos o los sentimientos que lo han llevado a realizar un determinado acto.

Lo mismo sucede con las relaciones comunitarias. Se trata de inculcar en el seno de la fuerza policial la cultura del diálogo y de la persuasión, los métodos de la mediación y los de gestión y resolución de conflictos. Los miembros de grupos minoritarios, de hecho, exigen a las fuerzas de policía ser tratados de modo igual y, sobre todo, ser considerados ciudadanos completos. No se trata de tratamiento favorable o diferencial.

La misión propia de la policía es y debe seguir siendo la de una fuerza al servicio de la ley, y, a través de ella, de trato igualitario de todo ciudadano. Puede vislumbrarse, entonces, la puerta de un círculo virtuoso, el de la competencia profesional y la civilización de las costumbres. Lo mismo ocurre con la perdurabilidad de la policía ciudadana y de los valores democráticos.

Nota de la Secretaría: sobre el tema de la policía de proximidad mencionado en el artículo, ver: DIEU, FRANÇOIS, “Aperçu sur les expériences françaises de police de proximité”, en *Revue Internationale de Criminologie et de Police technique et scientifique*, Ginebra, Editions Marcel Meichtry, 2001, n° 3, pp. 259/270; y MATOESIAN, GREGORY M. y COLDREN, JAMES R., “Evaluer la police de proximité. Style indirect, ambiguïté et paroles rapportées dans un contexte juridique bureaucratique”, en *Droit et Société*, París, L.G.D.J., 2001, n° 48, pp. 395/415.

CHALOM, Maurice: “Police, violence et ethnies au Québec”, en *Revue Internationale de Criminologie et de Police technique et scientifique*, Ginebra, Editions Marcel Meichtry, 2002, n° 1, pp. 70/80.

PRESOS. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. DERECHOS SOCIALES. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ARTS. 7, 9 Y 10. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 3, 5 Y 18 (INTERNACIONAL).

1. Si bien habitualmente se considera incuestionable que los derechos civiles y políticos son justiciables, el carácter normativo de los derechos económicos, sociales y culturales es objeto de controversia tanto a nivel nacional como internacional. Ni siquiera los Estados de bienestar poderosos, como los del norte de Europa, tienen la tradición de definir, a nivel constitucional, los servicios y beneficios de bienestar social como derechos jurídicos, principalmente porque sostienen que los derechos económicos, sociales y culturales -a diferencia de los de la otra categoría mencionada- generan costos.

2. Los derechos humanos deben reflejar la complejidad de la actividad y vida humanas, cuyos diversos elementos se encuentran inextricablemente entrelazados, "atravesando los tratados". La ley debe reflejar esta complejidad fáctica y, no obstante la separación de los derechos humanos en dos Pactos, lo cierto es que estos dos grupos de derechos están anudados de varias maneras, existiendo entre ellos una cierta superposición e intertextualidad que parece permitir e incluso exigir una interpretación que disuelva las fronteras de estas dos categorías diferentes.

Hace ya tiempo que la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) reconoció por primera vez que el cumplimiento de un deber impuesto por la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) a veces requiere una acción positiva, que no existen divisiones drásticas entre los dos grupos de derechos, y que deberíamos interpretar la Convención como un instrumento vivo de acuerdo con la evolución de nuestras sociedades y no necesariamente con las intenciones de sus redactores de 1950 (v. *Tyrrer c. Reino Unido*, *Marckx c. Bélgica* y *Airey c. Irlanda*, sentencias del 25-4-1978, 13-6-1979 y 9-10-1979, respectivamente). Empero, no ha elaborado una teoría general de las obligaciones positivas, y por ello no existen principios jurídicos para decidir cuándo un organismo legal está autorizado u obligado a considerar objetivos que usualmente se estiman en términos de otro instrumento jurídico y quizás por parte de otro organismo legal.

3. La privación de la libertad habitualmente se legitima como una medida penal, reparadora de ilícitos, protectora de seguridad, dirigida a proteger simultánea o exclusivamente a la persona que va a ser objeto de la medida, al público o al bien común.

Los insanos, alcohólicos y drogadictos frecuentemente se ven privados de su libertad en razón de su necesidad de tratamiento, y la duración de la detención muchas veces depende de que se les ofrezca asistencia médica y social. La idea general de la detención indeterminada en estas situaciones refleja la falta de certeza en cuanto a la duración del desorden social. La cuestión a resolver es, entonces, si puede considerarse la licitud de la detención *per se* sin considerar las condiciones de la misma.

La inviolabilidad del derecho a la libertad y la seguridad de las personas está protegida por los arts. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto) y 5 de la Convención. Empero, se admite comúnmente que la privación de la libertad constituye a veces una medida necesaria y, ante la magnitud de la responsabilidad asumida por la sociedad al tomar esta decisión, se establecen, a nivel nacional, ciertos presupuestos que toda privación de la libertad debe satisfacer y que principalmente constituyen garantías procesales.

El art. 9.1.a del Pacto dispone que la privación de la libertad no contradice dicho acuerdo cuando no resulta arbitraria y se realiza "por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta". La Convención, por su parte, en su art. 5 enumera exhaustivamente seis categorías de circunstancias en las cuales un Estado puede privar a una persona de su libertad, siempre con arreglo al derecho y procedimiento nacional. Entre ellas se

encuentran la detención de una persona condenada por un tribunal competente, la detención lícita de un menor para sujetarlo a supervisión educativa, y la detención lícita tendiente a impedir la transmisión de enfermedades infecciosas, la de las personas insanas, alcohólicas, drogadictas y vagabundas.

La Convención sólo regula explícitamente las condiciones de detención en el art. 3, el cual prohíbe la tortura y el trato o castigo inhumanos o degradantes. El Pacto contiene una disposición similar en el art. 7 y, además, una norma que exige que “toda persona privada de libertad sea tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (art. 10.1).

Es posible presumir que existe una estrecha relación entre las condiciones en que se priva a una persona de su libertad con base en su condición social o mental y la duración de dicha detención. Esta presunción plantea la cuestión de si puede darse al principio de la inviolabilidad de la libertad personal un significado más preciso y positivo a través de la penetración (*permeability*) del derecho social al acceso a los servicios de bienestar social, a la educación y a los servicios de salud, tal como fueron incluidos en la Carta Social Europea y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en las disposiciones de la Convención y del Pacto. Hablando en términos de interdependencia, la cuestión es si tenemos o podemos establecer una interdependencia orgánica jurídicamente relevante entre los derechos sociales y el derecho a la libertad personal en la Convención y en el Pacto.

4. Conforme a la jurisprudencia de la Corte, una persona detenida en razón de su condición social o mental puede invocar muy pocos derechos positivos con relación al tratamiento que recibe durante la detención. No existe una obligación correlativa de la sociedad de reconocer al detenido un derecho a recibir tratamiento, aun cuando éste muchas veces constituya el medio para poner fin a la detención. Puede decirse que la Corte, al interpretar el art. 5, se ha concentrado en un tercio de la obligación tripartita, a saber, la de respetar la libertad personal en el sentido de que una persona sólo puede ser privada de su libertad si se demuestra que tiene un desorden social o mental y, aun así, siempre que se sigan ciertas reglas procesales. Si se tiene suficiente suerte como para recuperarse con o sin el tratamiento adecuado, la detención puede terminar; de lo contrario, no existen soluciones internacionales.

En el caso *Ashingdane c. Reino Unido* (sentencia del 25-5-1985), la Corte dio un paso hacia la aceptación de los derechos sociales como elementos del derecho civil a la libertad personal, al exigir una relación entre el fundamento de la detención y la detención, e insistió en esta exigencia al resolver el caso *Bouamar c. Bélgica* (sentencia del 29-2-1988) la cual, empero, no establece más que un marco institucional dentro del cual las obligaciones relativas al tratamiento sólo se pueden derivar del art. 3. Si bien en dicha norma pueden juzgarse incluidas algunas obligaciones mínimas, la adopción del *minimum core approach* en relación a dicho artículo puede no constituir el instrumento más apropiado para plantear la discusión del tema -dado que esa norma sólo alcanza a las condiciones más angustiantes y se concentra más en el abuso que en las medidas positivas-, pero parece ser el más realista. La Corte difícilmente sea un foro para evaluar la realización progresiva de los derechos sociales, pero el concepto de obligaciones *minimum core* puede establecerse en términos del art. 5 y no del art. 3. Es, entonces, deseable, reinterpretar el art. 5, y la cuestión es qué es lo que impide a la Corte dar este paso.

Una explicación podría ser que aún prevalece la tesis tradicional de que la Convención sólo protege los derechos civiles y políticos. Empero, éste no es un argumento válido. Por otra parte, en otros casos la Corte ha demostrado estar perfectamente dispuesta a ignorar la mencionada clasificación (p.ej. *Feldbrügge c. Holanda*, *Deumeland c. BRD* y *Salesi c. Italia*, sentencias del 29-5-1986, las dos primeras, y del 26-2-1993, la restante; asimismo v. *Schuler-Zraggen c. Suiza*, del 24-6-1993).

Otra explicación de la renuencia de la Corte a aceptar el elemento social del derecho a la libertad personal podría vincularse a la presunción de que el Poder Judicial en general debe respetar la circunstancia de que no tiene legitimidad democrática. Empero, la Corte ya ha intervenido en cuestiones presupuestarias al exigir una relación (lejos de ser neutral en términos presupuestarios) entre los fundamentos de la detención y la detención efectiva. Por otra parte, en otros de los casos remitidos a los Parlamentos nacionales, decidió que debían crearse inmuebles institucionales apropiados para tratar a las personas que tienen desórdenes mentales o sociales. Podría sostenerse, entonces, que la Corte simplemente debiera haber declarado a los Estados responsables por la legislación que sus propios parlamentos, elegidos democráticamente, ya habían aprobado.

En la medida en que la aceptación de un elemento social en el derecho a la libertad personal tiene implicancias presupuestarias -lo que indudablemente sucede-, lo cierto es que la Corte y los poderes judiciales nacionales en general probablemente se vean limitados en su intervención en el proceso de toma de decisiones, dada su falta de legitimidad democrática y su carencia de conocimientos médicos y sociales. La Corte y los tribunales nacionales no deberían meramente cuestionar *a posteriori* las opiniones discrecionales de los siquiátras y de otros expertos de la administración social o sanitaria, ni las decisiones políticas de los Parlamentos nacionales. Empero, la buena disposición de la Corte para admitir la existencia de un derecho social al tratamiento dentro de la protección del art. 5, señalando que ciertas cuestiones políticas deben ser tratadas a nivel nacional, podría dar lugar a que los Estados Miembros del Consejo de Europa brindaran soluciones a nivel nacional para la protección de los detenidos que requieren asistencia médica o social. Señalar que un cierto número necesita una solución no es lo mismo que asumir un rol legislativo.

Además, el art. 18 de la Convención y la consideración de la proporcionalidad podrían llevar este proceso más allá. Conforme a dicha norma, las restricciones autorizadas por la Convención no pueden aplicarse para ningún objeto distinto de aquel para el cual fueron prescriptas. En el caso *Bouamar* citado, la Corte acordó gran importancia al objetivo de la supervisión educativa.

Es verdad que la redacción del subparágrafo d es más clara que la del e porque usa la expresión "con el objeto de vigilar su educación". Empero, toda privación de la libertad tiene un objeto y, en lo que atañe al subparágrafo e, uno de los objetivos debe ser el tratamiento a fin de superar la causa que dio lugar a la detención. Así, la sentencia *Guzzardi c. Italia* (del 6-11-1980) destaca los intereses de los insanos en la detención. Debe darse prioridad al interés de los detenidos y no a consideraciones de conveniencia del Gobierno. Esto debe ser así sin perjuicio de que la detención esté destinada a impedir que el detenido se cause daño a sí mismo o a la sociedad. Podría decirse que esta forma de argumentar es la más convincente cuando el objetivo es impedir que se perjudique a sí mismo, porque si no le brindamos un tratamiento adecuado, lo más probable es que el detenido se lastime a sí mismo dentro de la institución y no fuera, en la sociedad, a menos -por supuesto- que se lo coloque en una celda amortiguada, permanentemente atado con un cinturón o totalmente incapacitado con drogas, tratamiento éste que tampoco se compadecería con el art. 3. En la medida en que usemos acciones coercitivas, es hipócrita no brindar a la persona en cuestión al menos alguna asistencia para superar el problema.

Un argumento similar podría ser válido con relación a aquellas personas detenidas por consideraciones sociales. Los otros pacientes internados en la institución también forman parte de la sociedad -al igual que el personal que allí trabaja- y pueden pretender protección. Si no se brinda ningún tratamiento, el único medio de protección es aislar y someter al paciente violento en posible contravención al art. 3. Además, este paciente tiene un derecho a la libertad personal que pasa a ser hueco si se reduce a un derecho procesal. Detener a una persona por períodos indeterminados sin ofrecerle asistencia médica y social positiva y calificada, tarde o temprano va a resultar desproporcionado con el objetivo buscado,

dependiendo, por supuesto, de las concretas circunstancias del caso. Tratar lo intratable difícilmente pueda considerarse una obligación de derechos humanos, la cual, en estas situaciones consiste en brindar tanto confort como sea posible a la persona que va a tener que pasar toda su vida privada de su libertad. Empero, un principio a discernir en la jurisprudencia de la Corte es precisamente el de mantener el adecuado equilibrio entre el interés general y el individual. Cabe cuestionarse si se mantiene este equilibrio en los casos resueltos por la Corte fundados en el art. 5 de la Convención, particularmente aquellos en que estaban en cuestión las condiciones de detención de insanos (v., p.ej., *Winterwerp c. Holanda*, del 24-10-1979, *Ashingdane*, cit. y *Johnson c. Reino Unido*, del 24-10-1997), delincuentes juveniles (*Bouamar*, cit.) o de adictos a las drogas (*X c. Reino Unido* y *Bizzotto c. Grecia*, del 5-11-1981 y 15-11-1996, respectivamente).

Puede discutirse hasta dónde es posible y se debe llegar, pero algún grado de reinterpretación debe ser posible. La satisfacción del derecho a la libertad personal requiere el reconocimiento de algún grado de interdependencia orgánica entre los derechos sociales y el derecho civil a la libertad personal, cuya naturaleza exacta posiblemente sea difícil de expresar en términos generales. Sin embargo, esto no debería impedir que la Corte aumente cautelosamente la protección, con un criterio caso por caso, y, con ello, a lo largo del tiempo desarrolle principios jurídicos para la evaluación de las cuestiones sociales vinculadas a los derechos civiles como el derecho a la libertad personal.

En caso de reconocerse gradualmente, dicha interdependencia realmente tendría consecuencias legislativas y administrativas a nivel nacional. Por otra parte, el desafío es de un grado aún mayor, porque el derecho y la administración nacionales son más especializados. El respeto del principio de indivisibilidad a nivel nacional requiere de una especial consideración en el proceso de elaboración de las normas y una real disposición de cooperación entre los sectores a todos los niveles administrativos, coordinación ésta que resulta necesaria si el principio de indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos ha de convertirse en algo más que un dicho conveniente.

KOCH, Ida Elisabeth, "Social Rights as Components in the Civil Right to Personal Liberty: Another Step Forward in the Integrated Human Rights Approach?", en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Schoten, Intersentia Publishers, 2002, vol. 20, n° 1, pp. 29/51.

PROCESO PENAL. MINISTERIO PUBLICO. POLICIA. DELINCUENCIA ORGANIZADA (ALEMANIA).

La regulación normativa del procedimiento de instrucción procesal alemán se encuentra en contradicción con la realidad jurídica. El Ministerio Fiscal ostenta, de manera exclusiva, la dirección material de la lucha contra la tradicional delincuencia grave, como delitos capitales y delincuencia económica. En todos los demás casos, es decir, en la criminalidad menor y media, y especialmente en el ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia para combatir la criminalidad organizada, el verdadero dueño y señor ha pasado a ser la policía. La facultad de la fiscalía se limita a decretar u ordenar determinadas medidas coercitivas o la decisión del cierre de la instrucción.

Si bien esto resulta poco objetable e incluso necesario cuando se trata de criminalidad inferior o media, en el ámbito de la lucha preventiva contra la delincuencia se desarrolla un aparato policial autónomo que lleva a cabo intervenciones o medidas independientes, las cuales podrían afectar a cualquier ciudadano, a tal punto que ya se está hablando de una "vuelta a un proceso inquisitivo de una autoridad secreta sin forma judicial".

También la creciente internacionalización ha fortalecido la supremacía de la policía, y se manifiesta, a nivel europeo, en el fenómeno del "policialismo", carente de instancias de control jurídico, puesto que la Europol (Policía Europea), no sólo en lo que respecta a la

protección jurídica de datos, sino en general, no está sujeta a ningún tipo de control jurídico, ya que un Ministerio Fiscal europeo existe hasta la fecha sólo como proyecto. Por lo tanto es indispensable un control o contrapoder jurídico-estatal más eficiente. Un control de este tipo en un proceso acusatorio de instrucción al estilo alemán solamente puede ser ejercido a través del Ministerio Fiscal. El actual desequilibrio de recursos existente entre la policía y el Ministerio Fiscal debe eliminarse o, al menos, reducirse mediante una mejor dotación técnica y personal, así como por un refuerzo de la especialización en la fiscalía, no sólo normativo, sino fundamentalmente fáctico.

AMBOS, Kai, “Control de la policía por el fiscal versus dominio policial de la instrucción”, en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Bogotá, Legis, n° 1, 2002, pp.149/178.

SALUD. DEMOCRACIA SANITARIA. DERECHOS HUMANOS. DIGNIDAD HUMANA (FRANCIA).

1. A lo largo de los últimos decenios, se fueron explicitando progresivamente los derechos de los enfermos. Si bien la ley n° 2002-303 del 4 de marzo de 2002 “relativa a los derechos de los enfermos y calidad del sistema de salud”, también llamada ley Kouchner, es emblemática, no inicia un movimiento, sino que éste comienza con la apertura de los hospitales a todas las capas de la sociedad a mediados del siglo XX. No obstante ello, constituye una etapa importante en la búsqueda de un equilibrio más satisfactorio entre el enfermo y el poder del médico, aun cuando sea perfectible.

Esto fue preparado por avances jurisprudenciales y legales relativamente antiguos, que a veces datan de épocas inesperadas, como el fallo *Teyssier* del 28 de enero de 1942 de la Corte de Casación en el que aparecería por primera vez la expresión “derechos de los enfermos”. Más recientemente, dos decisiones judiciales sitúan al derecho de los enfermos en lo más profundo de la jerarquía de las normas jurídicas y del sistema democrático de protección de los derechos. En octubre de 2001, la Corte de Casación contribuyó a la constitucionalización de los derechos de los enfermos, cuando fundó la obligación de información del médico en “el respeto del principio constitucional de protección de la dignidad de la persona humana”, y no en el art. 35 del Código de deontología. En agosto de 2002, el Consejo de Estado, al considerar que el derecho por parte del paciente mayor de edad de prestar su consentimiento a un tratamiento médico reviste el carácter de libertad fundamental, y al acordarle la protección que brindan las medidas cautelares previstas por la ley del 30 de junio de 2000, aseguró a los pacientes la mejor garantía posible en un régimen democrático, la de la intervención del juez.

Más allá de los derechos individuales, como por ejemplo el de recibir información apropiada sobre el estado de salud, la obligación del médico de procurar el consentimiento del paciente en cualquier circunstancia y el derecho de éste de beneficiarse de tratamientos contra el dolor y cuidados paliativos, son reafirmados los derechos colectivos de los enfermos, mediante la representación reforzada en el seno de la organización hospitalaria. El reconocimiento oficial de las asociaciones de usuarios en todos los niveles de las instituciones sanitarias, desde el consejo de administración de los hospitales al alto consejo de la salud pública, pasando por los consejos regionales de salud, aparece como un incentivo para mejorar la calidad del servicio prestado por el sistema de salud.

La afirmación de los derechos de los enfermos guarda estrecha relación con la emergencia de la democracia sanitaria. Esta designa la participación conjunta de los profesionales, usuarios y políticos en la definición de la política sanitaria pública con el fin de mejorar el funcionamiento y la eficacia del sistema de salud. Si los derechos de los enfermos precedieron de manera dispersa a este proyecto de democracia sanitaria, hoy en día los

caminos abiertos en materia de concertación y participación de los usuarios del sistema de salud contribuyen al reconocimiento y al refuerzo de estos derechos y permiten incluirlos en una construcción coherente.

Cabe aclarar que la expresión “derecho de los enfermos” incluye derechos de los “sanos”. El legislador busca, en efecto, asegurar a los destinatarios de las medidas de prevención los mismos derechos y garantías que a los destinatarios de las medidas curativas. Por otra parte, el derecho de los enfermos incluye, en ciertos aspectos esenciales, a las personas con discapacidad, y en particular a los discapacitados mentales. Aun cuando su discapacidad se distingue de la enfermedad, en la medida en que reciben cuidados médicos, deben ser tratados como sujetos de derecho: de tal forma, la ley estipula que el consentimiento del mayor bajo tutela debe ser sistemáticamente buscado si es apto para expresar su voluntad y participar de la decisión médica a su respecto.

2. ¿Nuevos derechos o derechos humanos explicitados?

Los derechos humanos, que forman el basamento de toda democracia, son indivisibles y, por lo tanto, aplicables a todos, enfermos o sanos. Al ser universales son válidos en todo momento y en todo lugar, inclusive en el caso de aquellos que son curados y no conviene establecer la idea de que los enfermos constituyen una población separada para la cual habría que reconocer derechos específicos siguiendo un procedimiento de discriminación positiva de inspiración anglosajona.

Los derechos de los enfermos pasan, en primer lugar, por el respeto de la libertad y dignidad humanas, de donde derivan todos los derechos relacionados con las personas.

En la ley del 4 de marzo de 2002, los valores republicanos fundamentales, libertad, igualdad y fraternidad, reciben, sin embargo, un trato desigual. La ley da prioridad a la traducción en términos sanitarios de las libertades clásicas que constituyen los derechos fundamentales, como lo ilustra el artículo particularmente emblemático relativo al consentimiento a los cuidados médicos (art. L 111-4 del Nuevo Código de Salud Pública). Es en otros textos que hay que buscar los valores de igualdad y de fraternidad, reunidos en la afirmación de la solidaridad, en especial en la ley del 22 de mayo de 1946 relativa a la generalización de la seguridad social o la del 29 de julio de 1999 relativa a la creación de una cobertura médica general.

A pesar de todo esto, es de constatar la persistencia de desigualdades que se manifiestan por la existencia de zonas de menor democracia sanitaria: la medicina penitenciaria, el sector psiquiátrico, muy marcado todavía por la ley del 28 de junio de 1838, a pesar de la apertura debido al movimiento anti-encierro que hizo evolucionar el sistema casi carcelario que prevaleció durante mucho tiempo en el tratamiento del enfermo mental.

El mayor interés que reviste la puesta en perspectiva de los derechos del enfermo en el edificio general de los derechos humanos reside en el hecho que, ante el silencio de los textos específicos, que pueden contener lagunas, una jurisdicción nacional o internacional siempre podrá aplicar al enfermo peticionario los derechos fundamentales comunes. La Corte Europea de Derechos Humanos lo hace regularmente.

3. El futuro de los derechos de los enfermos y de la democracia sanitaria

Corresponde al Estado y a todos los actores sociales poner en práctica los derechos de los enfermos, así como ejercer una vigilancia específica para canalizar las consecuencias políticas, económicas y sociales de su desarrollo. No se puede descartar la eventualidad de que los enfermos se preocupen únicamente en defensa de los derechos individuales, con el riesgo de una degeneración consumista al estilo norteamericano y los *lobbies* de las asociaciones de enfermos frente al “poder médico”. La yuxtaposición de individuos egocéntricos, que consideran únicamente sus derechos, sólo puede conducir al debilitamiento de la noción de solidaridad.

La democracia sanitaria tiene un precio, pero que resulta infinitamente menor al del no respeto de la autonomía de la persona y de su dignidad. La democracia sanitaria y los derechos de los enfermos, como los derechos humanos y la democracia en general, continúan siendo esencialmente conquistas de cada instante. La formación para la ética y los derechos, vectores de un civismo sanitario, van a ser los mejores garantes.

Nota de la Secretaría: la *Revue de droit sanitaire et social*, París, Dalloz, dedicó un número completo (nº 4-2002) a la referida ley nº 2002-303. Los artículos compilados en la publicación analizan los siguientes temas: I. La solidaridad hacia las personas discapacitadas; II. La democracia sanitaria; III. La calidad del sistema de salud; y IV. La reparación de las consecuencias de los peligros sanitarios.

GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle, “Droits des malades. Vers une démocratie sanitaire?: Avant Propos”, en *Problèmes politiques et sociaux*, París, La documentation Française, 2003, nº 885, pp. 5/8.

NOTICIAS

BIENES CULTURALES. ARCHIVOS, PROTECCIÓN. PATRIMONIO HISTÓRICO (CUBA).

Con fecha 8 de agosto de 2001 fue aprobado el Decreto Ley nº 221 sobre los archivos de la República de Cuba que deroga la ley 714, del 22 de enero de 1960, “Ley Orgánica del Archivo Nacional”. La nueva ley crea el Sistema Nacional de Archivos integrado por el Archivo Nacional de la República de Cuba y por los archivos históricos, los de gestión (archivo de oficina que produce los documentos), los centrales (que recibe, organiza y guarda, por un plazo de hasta 25 años, los documentos transferidos por los archivos de gestión, una vez que su consulta haya dejado de ser frecuente), los particulares, cuyos titulares decidan integrar sus documentos a los mismos, y otros que tengan bajo su custodia materiales especiales.

Entre otras disposiciones, se establece que “el Archivo Nacional de la República de Cuba y demás instituciones del Sistema Nacional de archivos, trabajarán para localizar,

adquirir o reclamar documentos históricos o sus reproducciones que se encuentren fuera del país y que por su carácter formen parte, o sean de interés del patrimonio de la Nación”.

“Los archivos provinciales y municipales tienen la responsabilidad de contribuir a mantener actualizada la memoria documental de la nación cubana, para lo cual han de organizar de forma efectiva el reabastecimiento sistemático de sus fondos y colecciones con aquellos documentos de archivo de valor histórico o permanente que hayan perdido su vigencia administrativa y están autorizados a recibir donaciones, herencias, legados, así como a realizar intercambios, compras y copias de documentos de relevancia territorial”.

Se crea, asimismo, el Fondo Estatal de Archivos en el que se registrarán los documentos de valor histórico o permanente, independientemente que su conservación esté a cargo de personas naturales o jurídicas. Estas están obligadas a poner en conocimiento de los archivos mencionados la tenencia de documentos de valor histórico, lo que no implica en modo alguno la obligación de su entrega ni la modificación del justo título con que el declarante posea estos documentos. A partir de la inscripción, los archivos quedan obligados a brindar el asesoramiento necesario y las vías de recurso para su conservación y los poseedores, a su vez, a mantenerlos en condiciones óptimas que garanticen su integridad.

Se prohíbe destruir, deteriorar o alterar los documentos que por su valor histórico formen o deban formar parte del Fondo Estatal de Archivos, y no se podrá sacar del país ningún documento que forme o deba formar parte del Fondo.

REPUBLICA DE CUBA, “Decreto Ley de los Archivos de la República de Cuba”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, Ministerio de Justicia, 2001, año XCIX, edición ordinaria, n° 57, p. 1269.

BIENES CULTURALES. PROTECCIÓN. PATRIMONIO SUBACUÁTICO (UNESCO).

El 6 de noviembre de 2001, la UNESCO, reunida en París, aprobó la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático (Convención) y el Anexo “Normas relativas a las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático”.

En su exposición de motivos, manifiesta ser consciente de la amenaza que representan para el patrimonio cultural subacuático (Patrimonio) las intervenciones no autorizadas y la necesidad de tomar medidas rigurosas para impedir esas actividades. Asimismo, se manifiesta profundamente preocupada por la creciente explotación comercial del Patrimonio, especialmente por ciertas actividades que tienen por objetivo la venta, adquisición o trueque de sus elementos. Finalmente, expresa su decisión de mejorar la eficacia de las medidas adoptadas en el ámbito internacional, regional y nacional para preservar *in situ* los elementos referidos o, de ser ello necesario para fines científicos o para su protección, proceder cuidadosamente a su recuperación.

La Convención entiende por *patrimonio cultural subacuático* todos los rastros de existencia humana que presenten un carácter cultural, histórico o arqueológico que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, periódica o permanentemente, desde, por lo menos, un período de cien años.

Entre los objetivos de la Convención cabe destacar que “los Estados Partes preservarán el Patrimonio cultural Subacuático en beneficio de la humanidad, de conformidad con lo dispuesto en esta Convención”; “El patrimonio cultural subacuático recuperado se depositará, guardará y gestionará de tal forma que se asegure su preservación a largo plazo”; finalmente, “el patrimonio cultural subacuático no será objeto de ninguna explotación comercial”.

Para ello, los Estados Partes son invitados a concluir acuerdos bilaterales, regionales u otro tipo de acuerdos multilaterales, y a mejorar los acuerdos existentes a fin de proteger el Patrimonio.

En el ejercicio de su soberanía, los Estados Partes tienen el derecho exclusivo de reglamentar y autorizar las actividades dirigidas al Patrimonio en sus aguas interiores, aguas archipelágicas y mar territorial, así como el Patrimonio presente en la zona contigua. Todos los Estados Partes tienen la responsabilidad de proteger el Patrimonio en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental y, por consiguiente, el nacional o el capitán de buque que descubra o considere la posibilidad de intervención sobre un Patrimonio, debe informar al Estado Parte (y eventualmente al otro Estado) que, a su vez debe notificar al Director General de la UNESCO, que debe poner estas informaciones a disposición de todos los Estados Partes. Estos tienen la responsabilidad de proteger el Patrimonio en la Zona y deben, por ende, informar al Director General de la UNESCO y al Secretario General de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos los descubrimientos o actividades dirigidas al Patrimonio de que hayan sido informados. El primero informará a todos los Estados Partes.

Los Estados Partes deben, además, tomar medidas para impedir la entrada en su territorio, el comercio y la posesión de Patrimonio exportado ilícitamente y/o recuperado, cuando tal recuperación sea contraria a la mencionada Convención.

Cada Estado Parte debe imponer sanciones respecto de las infracciones de las medidas que haya adoptado y la sanción debe ser suficientemente severa para hacer efectivo el cumplimiento de la Convención, desalentar las infracciones y privar a los autores de tales infracciones de los beneficios derivados de sus actividades ilegales. Finalmente, cada Estado debe tomar medidas para proceder a la captura, en su territorio, de los elementos del Patrimonio que fueron obtenidos de manera no conforme a las disposiciones de la presente Convención.

UNESCO (Naciones Unidas), “Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique”, en *Annuaire du Droit de la Mer 2001*, París, Pedone, 2001, tomo IV, p. 463.

COMITE PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION RACIAL. RECONOCIMIENTO DE COMPETENCIA. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION RACIAL, ART. 14 (NACIONES UNIDAS).

Al 23 de agosto de 2002, fecha de clausura del 61° período de sesiones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Comité), eran 162 los Estados Partes en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Convención), aprobada por la Asamblea General en la Resolución 2106 A (XX) de 21 de diciembre de 1965 y abierta a la firma y ratificación en Nueva York el 7 de marzo de 1966. La Convención entró en vigor el 4 de enero de 1969, de conformidad con lo dispuesto en su art. 19.

Al clausurarse dicho período de sesiones, 41 de los 162 Estados Partes habían efectuado la declaración prevista en el párrafo 1 del art. 14 de la Convención. Este artículo entró en vigor el 3 de diciembre de 1998 tras el depósito de la décima declaración en que se reconocía la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos de personas que alegasen ser víctimas de la violación por un Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención.

Asimismo, 36 son las Naciones que han aceptado las enmiendas a la Convención que fueron aprobadas en la 14a. reunión de Estados Partes. Para que tales enmiendas entren en vigor, se debe recibir la aceptación de dos tercios de los Estados que integran la Convención.

Nota de la Secretaría: la Argentina es uno de los Estados Partes que aún no ha hecho la declaración prevista en el art. 14.1 de la Convención. Por otra parte, Andorra, Bhután, Comoras, Granada, Guinea-Bissau, Nauru, Paraguay, Santo Tomé y Príncipe, y Turquía, han firmado pero no han ratificado la Convención.

COMITE PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION RACIAL (Naciones Unidas), *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n° 18 (A/57/18), Nueva York, 2002, p. 1.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. NUEVAS DESIGNACIONES (OEA).

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) eligió durante su XXXIII reunión anual, celebrada en Santiago de Chile del 8 al 10 de junio de 2003, a tres nuevos jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte): Manuel E. Ventura Robles, de Costa Rica (20 votos); Cecilia Medina Quiroga, de Chile (19 votos) y Diego García Sayán, de Perú (19 votos), en reemplazo de Máximo Pacheco (Chile), Carlos Vicente de Roux (Colombia) y Hernán Salgado Pesantes (Ecuador), quienes finalizaron su mandato. También fue reelecto Sergio García Ramírez, de México (19 votos). La nueva integración de la Corte rige a partir del 1 de enero de 2004.

En el mismo marco, la citada Asamblea General designó a cuatro nuevos integrantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Evelio Fernández Arévalo, de Paraguay (22 votos); Florentín Meléndez, de El Salvador (22 votos); Paulo Sergio Pinheiro, de Brasil (20 votos) y Freddy Gutiérrez, de Venezuela (20 votos), que actúan en reemplazo de los Comisionados Juan Méndez (Argentina), Julio Prado Vallejo (Ecuador), Robert Goldman (Estados Unidos de América) y Martha Altolaguirre (Guatemala), desde el 1 de enero de 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Comunicado de Prensa CIDH-CP-05/03, en <http://www.corteidh.or.cr/prensa2002/index.html>.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. PRIVILEGIOS E INMUNIDADES (CORTE PENAL INTERNACIONAL).

La Corte Penal Internacional (Corte), de acuerdo a su Estatuto constitutivo, juzgará a las personas responsables de cometer uno o más de los delitos de su competencia, a saber, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el delito de agresión (art. 5). Para que este mandato pueda ser cumplido en forma efectiva es necesaria la cooperación de los Estados con la Corte.

Por este motivo, el Estatuto reconoce en su art. 48, a la Corte y a las personas que trabajan para ella, el goce de ciertos privilegios e inmunidades para el cumplimiento de sus funciones. A fin de enumerar y detallar estas protecciones y obligaciones de los Estados, el 9 de septiembre de 2002, la Asamblea de los Estados Partes (AEP) adoptó el “Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte” (APIC) redactado por la Comisión Preparatoria de la Corte.

La necesidad de este acuerdo se debe al carácter del mandato de la Corte, ya que sin el reconocimiento de ciertos privilegios e inmunidades a los funcionarios y personal de ésta, sería imposible realizar determinadas medidas imprescindibles para una efectiva investigación,

tales como la identificación, la búsqueda de personas y objetos, la producción y transporte de pruebas a través y dentro de las fronteras nacionales, entre otras. Asimismo, se detallan en el acuerdo los privilegios e inmunidades de los asesores jurídicos, expertos, testigos u otro personal cuya presencia sea requerida en la sede de la Corte, para lo cual se necesita una voluntad estatal de desarrollar una legislación de implementación para poder cooperar con dicho tribunal.

En este sentido, la experiencia de los tribunales penales internacionales ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda ha demostrado la importancia y la necesidad de beneficiarse de algunos privilegios e inmunidades, ya que estos tribunales, al ser órganos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), poseen los mismos privilegios e inmunidades que ésta. En cambio, la Corte, al no ser un órgano de la ONU, debe contar con su propio Acuerdo en la materia.

El Acuerdo se encuentra abierto a la firma de todos los Estados, no sólo de aquellos que son Parte en el Estatuto de Roma. El Acuerdo entrará en vigor una vez que haya sido ratificado por diez Estados. Al 19 de febrero de 2004, cuarenta y seis (46) Estados han firmado el Acuerdo y seis (6) lo han ratificado (Austria, Francia, Islandia, Namibia, Noruega y Trinidad y Tobago).

El reconocimiento de estos privilegios e inmunidades agrega una herramienta más para lograr un efectivo funcionamiento de la Corte.

COALICION POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, “Preguntas y Respuestas. Acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte Penal Internacional”, en <http://www.iccnw.org/espanol>.

DERECHO A LA SEGURIDAD. OBLIGACIONES DEL ESTADO. DEBER DE INVESTIGAR. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. PETICIONES. ADMISIBILIDAD. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-ARGENTINA).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró admisible la petición presentada por Zulema Fátima Yoma contra la República Argentina, en cuanto se refiere a presuntas violaciones de los derechos reconocidos en los arts. 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con respecto al fallecimiento de su hijo Carlos Saúl Menem (h), de 26 años de edad, y a los esfuerzos de aquélla tendientes a lograr una investigación completa. En la petición, que lleva el número 12.257, presentada el 19 de octubre de 1999, la Sra. Yoma sostiene que el Estado argentino incurrió en responsabilidad internacional por no haber proporcionado las medidas de seguridad necesarias a Carlos Saúl, hijo del entonces presidente de la Nación, en especial teniendo en cuenta que había recibido amenazas en relación con las funciones de su padre. Sostiene, también, que el Estado no investigó la causa de la muerte con la debida diligencia, ni proporcionó una eficaz protección y garantías judiciales al sustanciar esa investigación y los trámites judiciales conexos.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe N° 3/03 de 20-2-2003, petición 12.257, “Carlos Saúl Menem (hijo), Argentina”, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Argentina.12257.htm>.

DERECHO AL DESARROLLO. DERECHO AMBIENTAL. PRINCIPIO DE PRECAUCION. CONFERENCIA DE JOHANESBURGO (NACIONES UNIDAS).

Un balance de la Cumbre Mundial de Johannesburgo sobre Desarrollo Sustentable (CMDS) debe tener en cuenta la totalidad del proceso y no únicamente los diez días de agosto y septiembre de 2002, en los cuales se realizó el acto final de una obra en varios actos.

1. El contexto de la Cumbre

1.1. La conjunción de una triple evolución

La CMDS es el resultado de una triple dinámica que caracterizó a las cuestiones medioambientales, económicas y comerciales desde los primeros preparativos de la Cumbre de Río. En lo que respecta al medio ambiente, el paisaje conceptual, jurídico e institucional se diversificó considerablemente y tornó más complejo desde 1992, con la adopción de más de una decena de acuerdos importantes (*majeurs*) y la creación de nuevas instituciones internacionales que procuran la puesta en práctica de la *Agenda 21* (la Comisión para el Desarrollo Sustentable de la ONU) o la firma de acuerdos específicos. En el plano conceptual, se reforzó la importancia y la complejidad de los problemas globales (como los cambios climáticos), la afirmación de principios nuevos (el principio de precaución, por ejemplo), el desarrollo de herramientas de intervención, el surgimiento de acercamientos innovadores y la afirmación de las relaciones entre protección del medio ambiente y otras problemáticas (seguridad, comercio, derechos humanos, comportamiento de las empresas).

Por otra parte, la globalización de los intercambios y las cuestiones comerciales, en gran medida ausentes en la Cumbre de Río, redefinieron la problemática del desarrollo del medio ambiente. Las relaciones entre los regímenes de liberalización de los intercambios y la protección del medio ambiente están en el centro de la ecopolítica internacional contemporánea y plantean crecientes controversias. La CMDS se sitúa, entonces, en la intersección de estas tres evoluciones paralelas pero relacionadas entre ellas.

1.2. La culminación de un proceso

Frente a la Cumbre de Río, de la que muchos países criticaron la focalización excesiva sobre la protección del medio ambiente y los problemas que genera a escala mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas no llamó a otra “Cumbre sobre la Tierra”, sino a una sobre el desarrollo (sustentable); por lo tanto, la agenda cambiaba fuertemente de naturaleza. No se trataba de adoptar tratados espectaculares sino de tomar medidas concretas. La fase preparatoria se concentró en un período corto, de alrededor de quince meses. Se realizó un importante número de reuniones regionales que buscaban construir un consenso alrededor de las cuestiones claves, identificar prioridades de acción y subrayar las buenas prácticas regionales. Paralelamente, se entabló una serie de discusiones formales sobre la reforma de la gobernabilidad (*gouvernance*) internacional del medio ambiente bajo la protección (*égide*) del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Este proceso concluyó con una decisión adoptada en la séptima sesión especial del Consejo de Administración del PNUMA en febrero del 2002, que fue íntegramente retomada en el organigrama (*plan*) de puesta en práctica de Johannesburgo.

2. Las dimensiones de la CMDS

La Cumbre de Johannesburgo reunió varias manifestaciones paralelas, muchas de ellas sin relación entre sí, que incluían actores sin mayor relación entre ellos y cubrían cuestiones diversas. A las reuniones oficiales se agregaban numerosos eventos paralelos en los que cada actor (gobiernos, OIG, empresas, ONG, grupos de investigación) promocionaba sus ideas, sus esperanzas o sus logros. Muchos grupos no se interesaron en las negociaciones en sí mismas, sino que se preocuparon, principalmente, de promover su agenda y ampliar su lista de contactos. Por lo tanto, una Cumbre constituye una “instantánea” de lo que la comunidad internacional estima políticamente aceptable, los deseos de ciertos Estados y las aspiraciones de una multitud de actores. Permite visualizar el camino recorrido y la difusión de las normas, desarrollar la coherencia entre las evoluciones sectoriales (y estimular la difusión de normas

de un sector hacia otro) e identificar los grandes temas factibles de formar parte de la agenda política futura.

3. Los elementos del balance

Las críticas a la CMDS fueron numerosas y no aguardaron el comienzo de la Cumbre. En lo relativo a los objetivos iniciales, quedó claro que algunos fueron rápidamente abandonados. Es lo que ocurrió, en especial, con el balance que debía ser hecho y no se realizó. De igual modo, la CMDS debía solucionar las limitaciones de Río en lo que respecta al financiamiento y los compromisos concretos. Las ONG denunciaron ampliamente la ausencia de objetivos sobre las energías renovables y el carácter vago o el vencimiento demasiado alejado de otros objetivos.

Sin embargo, se debe ser cauteloso al considerar la adopción de numerosos objetivos precisos como el indicador principal del éxito o del fracaso de esta reunión. Esto supondría que se dispone de indicadores y datos confiables, lo que ocurre raramente para el medio ambiente, y aun para el desarrollo.

Otro aspecto negativo fue el de las tentativas de impugnación de los logros anteriores: el principio de precaución, enfoque ecosistémico, etc. En lugar de ampliar el alcance y la naturaleza de las normas y compromisos sobre desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente adoptados previamente, la Cumbre expuso como una victoria la paralización de todos los esfuerzos tendientes a impugnar o subordinar el desarrollo sustentable a las reglas de los regímenes comerciales.

Por el contrario, desde una perspectiva más optimista, se puede considerar que después de la evolución sectorial de las cuestiones en el seno o en la intersección de los diferentes regímenes creados en tal sentido y el desarrollo de agendas paralelas (medio ambiente, desarrollo, comercio), el CMDS fue la ocasión de identificar las relaciones entre problemáticas que parecían discordantes, de entrever posibles cooperaciones y estimular la difusión de normas de un sector hacia otro.

Esta Cumbre también tuvo aspectos positivos y prometedores. El nivel de participación internacional fue importante. Los Estados adoptaron un Plan de acción substancial, una declaración, y, sobre todo, promovieron el desarrollo de iniciativas llamadas "de segundo tipo" (*type II*), o sea la acción conjunta entre el sector público y el privado. Ello hace referencia a iniciativas que alían a los gobiernos, sector privado y sociedad civil (ONG), en la realización de proyectos concretos que procuren la puesta en práctica del desarrollo sustentable.

Como toda Cumbre, en Johannesburgo se reforzaron ciertos temas y se inscribieron otros nuevos en la agenda diplomática. En el primer caso, estimuló la reflexión y la acción en favor del desarrollo sustentable y mostró cuestiones que le están relacionadas, tal como el financiamiento de la lucha contra la desertificación o la aparición de la problemática del agua. En el segundo caso, a través de las discusiones ministeriales sobre gobernabilidad internacional del medio ambiente, se inició una profunda reflexión sobre la arquitectura institucional de la ONU relativa a la protección del medio ambiente y a la promoción del desarrollo sustentable. Conviene agregar la cuestión de la relación entre Derechos Humanos, por un lado, y medio ambiente, salud o prácticas religiosas, por el otro.

Finalmente, se pueden retomar los argumentos sobre los efectos indirectos de estas Cumbres. Estos son difíciles de percibir y evaluar y varían considerablemente de un país u organización a otro, y dependen en gran medida del compromiso de cada Estado. La realización de la Cumbre puede, en efecto, estimular las condiciones internas necesarias para la realización del desarrollo sustentable o la adopción de los objetivos de protección del medio ambiente.

4. Conclusión.

La CMDS constituye un hecho complejo con facetas y resultados múltiples que tiene límites ciertos, pero también muchos aspectos positivos. En el plano político, mostró la afirmación del rol motor que, en ausencia de los Estados Unidos, tiene la Unión Europea, la cual en numerosos casos se alió con el Grupo de los 77 para oponerse a dicho país y a Canadá.

La dinámica de Johannesburgo muestra igualmente de qué forma la comunidad internacional continúa tratando de asimilar la Cumbre de Río y darle cuerpo a la evolución política, jurídica, institucional y social de estos últimos años. *Agenda 21* es un documento inmenso y complejo, una agenda para un siglo, no para una década.

Johannesburgo puede ser considerado el fin de un ciclo pero no es el fin de las grandes conferencias de la ONU. Si bien es cierto que una pausa de diez años es posible, como ocurrió después del ciclo de las conferencias sectoriales de los años 70, estas conferencias van a ser siempre necesarias a fin de instalar nuevas cuestiones en la agenda, afirmar la evolución de la cooperación internacional en una variedad de temas o estimular las condiciones internas para el progreso de cada país. Sin embargo, cabe agregar que las conferencias podrían derrumbarse con el peso de sus propias agendas o de sus propias contradicciones.

LE PRESTRE, Philippe, “Le Sommet de Johannesburg Quel avenir pour l’écopolitique internationale?”, en *Etudes internationales*, Quebec, Université de Laval, 2003, vol. XXXIV, n° 2, pp. 263/279.

DERECHO AMBIENTAL. PRINCIPIO DE PRECAUCION. PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA (INDIA).

La Corte Suprema de Justicia de la India emitió una importante sentencia concerniente a la necesidad de contar con asesoramiento de expertos cuando los tribunales deban pronunciarse en relación a cuestiones ambientales. Al derivar algunos asuntos técnicos y científicos a la *National Environmental Appellate Authority*, el juez Jagannadha Rao reconoció las dificultades que enfrentan los tribunales nacionales al tratar asuntos altamente tecnológicos o científicos por su falta de conocimientos científicos precisos. El juez rastreó el desarrollo del “criterio de precaución”, y citó el Principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

El juez destacó que la aplicación de ese criterio requiere una carga de la prueba especial en los casos ambientales: “El criterio de precaución apunta a que cuando existe un riesgo identificable de daño grave o irreversible... puede ser apropiado que la carga de la prueba recaiga en la persona o entidad que postula que la actividad en cuestión es potencialmente dañina al medio ambiente”. Como consta más arriba, la Corte Suprema de Bangladesh utilizó un concepto amplio de *locus standi* en los litigios ambientales.

Reviews and Notices, en *Commonwealth Law Bulletin*, Londres, Commonwealth Secretariat, 2001, vol. 27, n° 1, p. 695.

DERECHO CIVIL. NUEVO CÓDIGO (BRASIL).

El 10 de enero de 2003 entró en vigor el nuevo Código Civil Brasileño, aprobado por ley 10.406 del 10 de enero de 2002. Este Código tiene como antecedente la “Comisión Revisora y Elaboradora del Código Civil”, creada en 1969, con la esperanza de poder aprovechar el texto del Código de 1916. Bien pronto fue evidente la imposibilidad de modificar el Código vigente, y se procedió a la reelaboración de un nuevo Proyecto, enviado por el Gobierno al Congreso en 1975. Una Comisión Revisora se encargó del estudio de las modificaciones y adiciones propuestas por juristas, entidades de clase y aun de letrados. Por todo esto, el proyecto se encuentra plenamente actualizado a pesar del tiempo transcurrido.

El Código se basa en tres principios fundamentales: a) *elasticidad*. Se intentó superar el apego del Código anterior al formalismo jurídico, fruto de la influencia del derecho tradicional portugués y de la Escuela Germánica de las Pandectas. No obstante los méritos de estos valores técnicos, no puede dejar de reconocerse, en la actualidad, la indeclinable participación de los valores éticos en el ordenamiento jurídico. Por ello el Código, frecuentemente, hace referencia a la probidad, buena fe, así como a la corrección (*corretezza*), contrariamente a lo que ocurría en el Código anterior, demasiado parsimonioso en tal materia, como si todo pudiese ser regido por determinaciones de carácter estrictamente jurídico; b) *Comunitarismo (socialidade)*. El nuevo Código busca superar el manifiesto carácter individualista del anterior, hecho en un país que era eminentemente agrario, con una población rural cercana al 80%. Actualmente, la población de Brasil habita en la misma proporción en las ciudades, lo que representa una alteración de 180 grados en la mentalidad reinante. De ahí el predominio de lo social sobre lo individual. Cabe citar, como ejemplo, el art. 1239, pues dispone que bastan cinco años ininterrumpidos para que el poseedor no propietario del inmueble rural o urbano, adquiera el dominio de un área en zona rural no superior a cincuenta hectáreas, cuando la tornó productiva por su trabajo o el de su familia y habita en ella. Sólo es necesario que no haya habido oposición; por otra parte, es revolucionario lo dispuesto en los incisos 4 y 5 del art. 1228 que determinan que: “el propietario puede también ser privado de la cosa si el inmueble reivindicado consiste en una extensa área, con posesión ininterrumpida y de buena fe, por más de cinco años, por un considerable número de personas, que hayan en ella realizado, ya sea en conjunto o separadamente, obras y servicios considerados por el juez de interés social y económico relevante”; en este caso “el juez fijará la justa indemnización debida al propietario; y, una vez pagado el precio, la sentencia equivaldrá a título para la inscripción del inmueble a nombre de los poseedores”; c) *operatividad*. El nuevo Código establece soluciones normativas tendentes a facilitar su interpretación y aplicación por parte del operador de derecho. En tal sentido, se procuró eliminar las dudas que existían durante la aplicación del anterior Código. Por ejemplo, la diferencia entre prescripción y caducidad, que planteaba problemas en el sentido de verificar en qué casos se aplicaba la una o la otra, con graves consecuencias en la práctica. Para evitar este inconveniente, se resolvió enumerar, en la Parte General, los casos de prescripción en *numerus clausus*. Se procuró, asimismo, utilizar un lenguaje preciso y actual, menos apegado a modelos clásicos superados.

En cuanto a las demás líneas directrices, se conservó una Parte General, que es una tradición en el derecho brasileño desde Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua. En lo relativo a la parte especial, se prefirió seguir una secuencia más lógica, comenzando por el Derecho de las Obligaciones, siendo importante acentuar que hay un tratamiento conjunto de las obligaciones civiles y comerciales, lo que ya constituía la orientación dominante en la experiencia jurídica, en virtud de la superación del vetusto Código de Comercio de 1850. Del Derecho de las Obligaciones se pasa al Libro que trata del Derecho de la Empresa. Seguidamente son tratados el Derecho de las Cosas, el Derecho de Familia y el Derecho de Sucesiones. En cuanto al Derecho de Familia, cabe señalar la distinción realizada entre el Derecho Personal y el Patrimonial de Familia, lo que trae más claridad al texto. Asimismo, el cónyuge pasó a ser también heredero en virtud de la adopción del nuevo régimen general de los bienes en el casamiento, con división parcial y comunión de gananciales, lo que hasta

ahora no había sido objeto de la ley. Finalmente, el art. 1597 agregó tres hipótesis de “presunción de filiación”, todas surgidas de diferentes formas de inseminación artificial.

Nota de la Secretaría: ver, sobre el tema, DE CAMPOS LUDWIG, MARCOS, “Panorama comparativo entre o Código Civil de Québec e o novo Código Civil Brasileiro: duas experiências recentes de recodificação”, en *Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002, vol. 21, marzo, pp. 203/232.

REALE, Miguel, “O Novo Código Civil brasileiro”, en *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Río de Janeiro, Renovar, 2001, n° 19-20, pp. 155/162.

DERECHO PROCESAL. CITA DE JURISPRUDENCIA (REINO UNIDO).

La siguiente Instrucción se aplica a todos los tribunales, incluidos los tribunales penales y la *Court of Appeal (Criminal Division)*.

En los últimos años ha habido un crecimiento substancial en el número de sentencias disponibles en esta y otras jurisdicciones, a través de publicaciones o transcripciones. La divulgación de las sentencias de los tribunales es muy encomiable, pero el actual peso del material disponible causa problemas tanto a los abogados como a los tribunales, que deben limitar la naturaleza y la cantidad de material que se utiliza en la preparación y argumentación de los nuevos casos. Los continuos esfuerzos para aumentar la eficiencia y reducir los costos judiciales, se verán amenazados si se sobrecarga a los tribunales con una cantidad desmedida e innecesaria de citas de jurisprudencia, y si los abogados no cuentan con un marco normativo que especifique hasta qué punto es necesario hacerlo en la elaboración de la argumentación de un caso. A tales fines, esta Instrucción Práctica brindará algunas reglas con respecto al material que se puede citar, y el modo en que este puede ser manejado. Si bien estas reglas son observadas ya por muchos tribunales que buscan eficiencia en los litigios, es mejor que la normativa a seguirse sea uniforme para todos:

1. Sigue siendo deber de los abogados llamar la atención del tribunal si la parte contraria no cita una jurisprudencia que es adversa al caso que se está tratando. Una sentencia perteneciente a las categorías que se enumeran en el punto 2 no podrá ser citada en el futuro por ningún tribunal, a menos que indique claramente que establece un nuevo principio o que amplía el derecho actual. Con respecto a las sentencias emitidas con posterioridad a la fecha de esta Instrucción, tal indicación deberá ser expresa. En las sentencias pronunciadas con anterioridad a la fecha de esta Instrucción, la indicación debe ser claramente deducible del lenguaje utilizado en la misma.

2. El punto 1 se refiere a las siguientes categorías de sentencias: pedidos de autorización para apelar; sentencias en las que se debe resolver si la demanda es fundada (*arguable*); casos de los tribunales municipales, a menos que se citen para ilustrar la medida convencional de daños en un caso de daños personales, o que sean citados por un tribunal municipal para demostrar la jurisprudencia actual en un asunto respecto del cual no existe otra sentencia de mayor jerarquía. Estas categorías serán revisadas permanentemente, a fin de considerar la inclusión de otras nuevas.

3. Los tribunales deberán en el futuro prestar particular atención, cuando optan por citar otra categoría de sentencia, a cualquier indicación dada por el tribunal que emitió esa sentencia que considere esa doctrina sólo aplicable a ese caso particular.

4. Los abogados deberán en el futuro aclarar, con respecto a cada jurisprudencia que desean citar, el enunciado que la cita demuestra, y las partes de la sentencia que apoyan tal

enunciado. Si se cita más de una jurisprudencia para fundamentar un enunciado, los abogados deben justificar tal proceder.

5. Los casos resueltos en otras jurisdicciones pueden constituir una valiosa fuente de derecho si se los utiliza de manera apropiada, pero no deben ser citados sin analizar si realmente agregan algo al cuerpo de derecho ya existente, y que no se encuentra en la jurisprudencia de esa jurisdicción. Esta regla no se aplicará a los casos que sean sometidos al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o a los órganos de la Convención Europea de Derechos Humanos.

CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO, Instrucción Práctica, en *Commonwealth Law Bulletin*, Londres, Commonwealth Secretariat, 2001, vol. 27, n° 1, p. 390.

EUTANASIA. SUICIDIO ASISTIDO. REQUISITOS. CONDICIONES. CONSENTIMIENTO. BIOÉTICA (HOLANDA-BÉLGICA).

1. El 28 de noviembre de 2000 fue sancionada en Holanda la ley que permite la eutanasia y el suicidio asistido. Dicha ley modifica el Código Penal. Para ser llevado a cabo el suicidio asistido, el médico debe cumplir una serie de requisitos: a) tener la convicción de que la solicitud del paciente es voluntaria y bien meditada; b) estar convencido de que el sufrimiento del paciente es intolerable; c) haberle informado al paciente de su estado de salud y de las perspectivas; d) la convicción del paciente de que no existe otra solución razonable para la situación en la que se encuentra; e) la visita de otro médico independiente que haya examinado al paciente y haya formulado su parecer por escrito sobre el cumplimiento de los puntos a y d; y f) haber puesto previamente término a una vida o haber cooperado en un suicidio asistido. Si el paciente no está en condiciones de expresar su voluntad, pero antes de haber llegado a ese punto pudo comprender sus propios intereses y escribió una declaración que contiene la solicitud de que se termine con su vida, el médico puede proceder en tal sentido. Si el paciente tiene entre los 16 y 18 años, y estuvo en condiciones de comprender sus propios intereses, el médico puede acceder a la solicitud de terminación de la vida, con la participación en la decisión del o los padres que ejercen la patria potestad o del tutor. En aquellos entre 12 y 16 años, si el menor tiene una razonable comprensión de sus propios intereses, el médico puede satisfacer su demanda siempre y cuando los padres que ejercen la patria potestad o el tutor estén de acuerdo con la terminación de la vida o el suicidio asistido.

Por otra parte, es creado un Comité Regional de revisión de la terminación de la vida y el suicidio asistido (Comité). El Comité determina si el médico que puso fin a una vida o ayudó al paciente a suicidarse, lo hizo cumpliendo los requisitos enumerados. El Comité puede solicitar al médico que complete su informe, ya sea oralmente o por escrito, cuando sea necesario para la precisa valoración de la actuación del médico. Si el Comité considera que el médico no actuó de acuerdo con los requisitos de la debida asistencia, debe informar al Fiscal General y al Centro de Inspección de la Sanidad. Los Miembros del Comité tienen la obligación de mantener en secreto las informaciones recibidas en el desarrollo de sus deberes y deben presentar un informe anual relativo a la actividad del Comité.

2. Con fecha 28 de mayo de 2002, fue sancionada en Bélgica la ley relativa a la eutanasia, que regula el art. 78 de la Constitución. La ley define eutanasia como “el acto, ejecutado por un tercero, que pone intencionalmente fin a la vida de una persona a pedido de ésta”. El médico no comete infracción si: 1) el paciente es adulto o menor emancipado, capaz y consciente en el momento de la solicitud; 2) la solicitud fue formulada de forma voluntaria, pensada y en reiteradas ocasiones, y no resulta de una presión exterior; y 3) el paciente se

encuentra en una posición médica sin salida y el sufrimiento físico o psíquico es constante e insoportable y no puede ser mitigado. Sin perjuicio de estas disposiciones, el médico tiene además la obligación de: a) informar al paciente de su estado de salud y de su esperanza de vida, reunirse con el paciente que solicitó la eutanasia y discutir con él las posibilidades terapéuticas que son todavía posibles, así como los cuidados paliativos y sus consecuencias. Debe llegar, juntamente con el paciente, a la convicción de que no hay otra solución razonable en la situación y que la solicitud del paciente es enteramente voluntaria; b) asegurarse de la persistencia del sufrimiento físico o psíquicos del paciente y de la voluntad reiterada en el tiempo de terminar con su vida; c) consultar a otro médico en lo relativo al carácter grave e incurable de la afección, debiendo precisar las razones de la consulta. El médico consultado debe tomar conocimiento de la historia clínica, examinar al paciente y asegurarse del carácter constante, insoportable e inatenuable del sufrimiento físico y psíquico. Debe redactar un informe conteniendo estas comprobaciones. El paciente puede revocar su solicitud en todo momento y, de hacerlo, el documento escrito conteniendo su solicitud debe ser retirado de la historia clínica y devuelto al paciente.

Por otra parte, la ley establece que todo adulto o menor emancipado capaz puede redactar una declaración de voluntad de que un médico practique la eutanasia si comprueba: que tiene una enfermedad accidental o patológica grave e incurable, que está inconsciente y que la situación es irreversible en el estado actual de la ciencia. Dicha declaración debe ser realizada en presencia de dos testigos adultos, de los cuales uno por lo menos no tenga interés material en la muerte del declarante, y contener la fecha y la firma del declarante y de dos testigos.

La ley crea la Comisión Federal de Control y de Evaluación (Comisión) a la que el médico que practica la eutanasia debe remitir en un plazo de cuatro días hábiles desde el deceso, un documento de registro. La Comisión verifica, sin conocer los datos del paciente, si la eutanasia fue realizada conforme a las condiciones y al proceso establecido en la presente ley. En caso de duda puede levantar el anonimato y solicitar al médico todos los elementos de la historia clínica. En un plazo de dos meses y con mayoría de dos tercios, la Comisión puede, si estima que las condiciones previstas por la presente ley no fueron respetadas, remitir el expediente al fiscal del domicilio del paciente.

Finalmente, la ley prevé que ningún médico, ni persona, está obligado a practicar la eutanasia y que el individuo que fallece como consecuencia de ésta, conforme a las disposiciones de la presente ley, es considerado como fallecido de muerte natural en lo relativo a la ejecución de los contratos de los que era parte, en particular los de seguro.

Nota de la Secretaría: sobre la ley holandesa, ver también MORA MOLINA, JUAN JESÚS, “Despenalización de la eutanasia en los Países Bajos. El proyecto de ley Korthals/Borst”, en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, Universidad Carlos III, 2002, n° 11, pp. 535/581. Asimismo, sobre el tema, ver *Diane Pretty c. Reino Unido*, en este número de *investigaciones*, sección *JURISPRUDENCIA*, p. 434; LOZANO VILLEGAS, GERMÁN, “La eutanasia activa en Colombia. Algunas reflexiones sobre la jurisprudencia constitucional”, en *investigaciones* 3 (2001), pp. 447/449; “È lecito il diritto all’eutanasia?”, comentario de CASSANO, GIUSEPPE al fallo dictado el 31-12-1999 por la Cámara de Apelaciones de Milán, en *Familia. Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, Roma, Giuffrè, 2002, n° 1, p. 231; BYK, CHRISTIAN, “L’eutanasie ou l’éternel retour?”, en *Journal international de bioéthique/International Journal of Bioethics*, Lyon, Alexandre Lacassagne, 2002, n° 1, pp.51/72; AMARASEKARA, KUMAR Y BAGARIC, MIRKO, “The Vacuousness of Rights in the Euthanasia Debate”, en *The International Journal of Human Rights*. Londres, Frank Cass, 2002, n° 1, pp. 19/44. MONTERO, ETIENNE, “El derecho a la autonomía en el debate sobre la legalización de la eutanasia voluntaria”, en *Ius Publicum*, Santiago, Universidad Santo Tomás, 2002, n° 8, pp. 31/52; y SERRANO RUIZ-CALDERÓN, JOSÉ MIGUEL, “Sobre el reconocimiento y regulación legal del derecho a la eutanasia”, en *Suplemento Humana Iura de derechos humanos*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2000, n° 10, pp. 111/143.

1. GIUSTI, Giusto, “La legge olandese sull’eutanasia e il suicidio assistito”, en *Rivista italiana di medicina legale*, Milán, Giuffrè, 2001, vol. XXIII, n° 6, noviembre-diciembre, pp. 1103/1112. **2.** “28 mai 2002. - Loi relative à l’euthanasie”, en http://www.just.fgov.be/doc/rech_f.htm.

INMIGRANTES. TRABAJADORES MIGRANTES. CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES (NACIONES UNIDAS).

Tras la ratificación por Guatemala, el 14 de marzo de 2003, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, entró en vigor el 1 de julio de 2003, de conformidad con el párrafo 1 de su art. 87.

El Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares estará integrado, en un primer momento, por 10 expertos, aumentándose el número a 14 cuando se hayan recibido 41 ratificaciones.

Fue previsto que la elección de los miembros del Comité por los Estados Partes haya tenido lugar antes de finalizar el año 2003.

Nota de la Secretaría: 22 son los Estados que a la fecha depositaron los instrumentos de ratificación o adhesión. La Argentina aún no suscribió la Convención.

Examen de los acontecimientos recientes relacionados con la labor de los órganos creados en virtud de los tratados, en *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*, Naciones Unidas, HRI/MC/2003/2, 5 de junio de 2003, p. 15.

JUECES. RESPONSABILIDAD (INTERNACIONAL).

Los días 5 y 6 de mayo de 2000 dieron lugar en Aix-en-Provence (Francia) al coloquio organizado por el Instituto de Ciencias Penales y de Criminología de la mencionada ciudad. El tema del coloquio era “Los jueces: ¿de la irresponsabilidad a la responsabilidad?”. Entre los puntos tratados cabe mencionar la responsabilidad de los jueces en Francia y en otros países. En tal sentido, la responsabilidad en el derecho francés se resume en: a) penal: la responsabilidad en tal sentido siempre existió pero, si bien el derecho de fondo en la materia está globalmente adaptado, no ocurre lo mismo con el derecho de forma; b) disciplinaria: responsabilidad que se caracteriza por su carácter secreto y la debilidad de las sanciones aplicadas; c) civil: es inexistente en Francia tanto en la letra como en la práctica.

En lo que respecta al derecho comparado, la dificultad material de estudiar el conjunto de los Estados llevó a elegir ejemplos significativos.

En el derecho inglés las posibilidades de hacer valer la responsabilidad civil o penal son excepcionales dado que esto va a contra corriente de la cultura jurídica de los países del *common law*. Sólo ciertas situaciones, estrictamente definidas, pueden comprometer la responsabilidad de los jueces. Además, es necesario distinguir entre los jueces del *Superior Courts of Record*, que no son pasibles de responsabilidad y los jueces de los tribunales inferiores, incluso los *Magistrates Courts*, sometidos a un doble régimen (el *common law* y la ley de 1997).

En el derecho italiano es importante la reforma del sistema de responsabilidad civil de los jueces que proviene de la ley n° 117/1988. Los jueces son protegidos a costa del Estado

que, en caso de dolo, puede repetirse contra el juez en condiciones muy estrictas. Es necesario, igualmente, que haya independencia entre el régimen civil y el disciplinario.

En el derecho belga la responsabilidad penal de los magistrados es posible en las mismas hipótesis que en Francia. Sin embargo, existe un “privilegio de jurisdicción” en materia correccional. En materia de responsabilidad civil, hay que hacer una distinción entre los casos de responsabilidad personal de los jueces, taxativamente enumerados por la ley, y la responsabilidad del Estado que se divide en regímenes especiales de responsabilidad y el régimen general, elaborado por la jurisprudencia. Cabe destacar, finalmente, la complejidad del régimen disciplinario de la responsabilidad.

En cuanto al derecho brasileño, existen tres tipos de responsabilidad. Corresponde subrayar la existencia de un régimen particular de responsabilidad penal. La responsabilidad civil de los jueces y del Estado existe en caso de acto intencional o de negación de justicia. El Estado puede igualmente ser responsable en caso de error judicial. La responsabilidad disciplinaria aparece como una responsabilidad compleja.

Nota de la Secretaría: sobre el tema ver “Estatuto del Juez Iberoamericano” y “Estatuto Universal del Juez”, en *investigaciones* 1/2 (2001), pp. 230 y 236, respectivamente.

SAMPER, Christophe, “Les juges: de l’irresponsabilité à la responsabilité? Colloque organisé par l’Institut de Sciences Pénales et de Criminologie d’Aix-en-Provence (ISPEC)”, en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, París, Dalloz, 2001, n° 1, pp. 226/230.

LIBERTAD DE EXPRESION. NOTICIAS FALSAS (ZIMBABWE).

La sentencia favorable más importante en Zimbabwe relativa a la libertad de expresión es aquella en la que la Corte Suprema de ese país dejó sin efecto una norma legislativa que definía el delito de “noticia falsa”, y cuyo origen se remontaba al Estatuto de Westminster de 1275. La tipificación de este delito, que databa de la época colonial, se refería a la publicación de dichos falsos que podían causar temor, alarma o desazón en el público. El acusado podía, sin embargo, defenderse ante el tribunal si, antes de la difusión de la noticia, había comprobado su veracidad. Un delito de esta naturaleza jamás se había suscitado en la Zimbabwe independiente hasta que una causa iniciada contra el editor responsable de un periódico alcanzó repercusión internacional y puso el tema en el tapete. La Corte Suprema hizo lugar a la demanda y declaró la legislación inválida, por considerar que la norma era vaga, especulativa y que comportaba un riesgo para la libertad de expresión, no justificable en el marco de una sociedad democrática.

Reviews and Notices, en *Commonwealth Law Bulletin*, Londres, Commonwealth Secretariat, 2001, vol. 27, n° 1, p. 684.

MEDIDAS PROVISIONALES. PRÓRROGA (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-GUATEMALA).

El 6 de junio de 2003 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) resolvió requerir al Estado de Guatemala que mantenga las medidas necesarias para la protección de la vida e integridad personal a favor de Floridalma Rosalina López Molina, Víctor Hansel Morales López, Edgar Ibal Martínez y Sylvia Patricia Martínez López. Los nombrados, familiares directos de Justo Victoriano Martínez Morales -testigo clave del caso Blake-, se encontraban beneficiados con medidas provisionales a su favor desde el año 1995, dispuestas por la Corte y requeridas al gobierno de Guatemala (el Estado) por resolución de 16 de agosto

de 1995, reiterada por resoluciones de 22 de septiembre de 1995, 18 de agosto de 2000 y 2 de junio de 2001. Las referidas decisiones fueron adoptadas por la Corte con motivo de las reiteradas amenazas de las que fue objeto el Sr. Martínez Morales en el sentido de que atacarían contra su vida y la de sus familiares, por haber informado a funcionarios de la Embajada de Estados Unidos de América en Guatemala sobre la forma en que, según él, fue asesinado el Sr. Blake, así como por haber brindado información relativa a los miembros de la patrulla que participaron en su secuestro y asesinato.

La nueva resolución adoptada al respecto, obedeció a la presentación efectuada por el Estado mediante la cual puso en conocimiento del Tribunal el deceso del señor Justo Victoriano Martínez Morales a consecuencia de una cirrosis hepática, y solicitó el levantamiento de las medidas de protección establecidas en favor del nombrado y sus familiares, con fundamento en que “durante los siete años en los cuales se mantuvieron no se registraron incidentes que evidenciaran una situación real e inminente de peligro para la vida y seguridad del testigo y sus familiares”.

Nota de la Secretaría: una síntesis de la sentencia de fondo del caso *Blake* puede verse en *investigaciones* 1 (1999), p. 18.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, resolución del 28-2-2003, “Medidas provisionales respecto del Estado de Guatemala: Caso *Blake*”, en <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/jurisp/caso%20blake%206-6-03.htm>.

MERCOSUR. NORMATIVA. CONSEJO DEL MERCADO COMÚN. GRUPO MERCADO COMÚN. COMISIÓN DE COMERCIO. LAUDOS ARBITRALES (MERCOSUR).

1. Consejo del Mercado Común:

Tercera Ronda de Negociación de Compromisos Específicos en Materia de Servicios (DEC n° 10/01). Exención MERCOSUR para futuras reglamentaciones restrictivas en el marco del Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios (DEC n° 11/01). Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (DEC n° 12/01). Complementación y adecuación del Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional, entre los Estados Partes del MERCOSUR (Modificación de la DEC. N° 22/99) (DEC n° 13/01). Complementación y adecuación del Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional, entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (Modificación de la DEC. N° 23/99) (DEC n° 14/01). Estructura Orgánica y Plan de Acción 2001-2005 del Sector Educativo del MERCOSUR, Bolivia y Chile (DEC n° 15/01). Prórroga de los plazos (DEC n° 16/01). Fortalecimiento institucional (DEC n° 01/02). Coordinación entre el Grupo Mercado Común y el Foro de Consulta y Concertación Política (DEC n° 02/02). Acuerdo sobre el Proyecto “Fomento de Gestión Ambiental y Producción más Limpia en Pequeñas y Medianas Empresas” (DEC n° 03/02). Régimen de Origen MERCOSUR (DEC n° 04/02). Grupo Ad Hoc sobre Integración fronteriza (DEC n° 05/02). Prórroga de los plazos (DEC n° 06/02). Enmienda al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del MERCOSUR (DEC n° 07/02). Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (DEC n° 08/02). Adecuación del Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad

Regional entre los Estados Partes del MERCOSUR (DEC n° 09/02). Adecuación del Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (DEC n° 10/02).

2. Grupo Mercado Común:

Marco Regulatorio para el Servicio de Radiodifusión Sonora por Modulación de Frecuencia (FM) (RES n° 31/01). Modificación del Arancel Externo Común (derogación de la RES N° 25/01 “Modificación del Arancel Externo Común”) (RES n° 32/01). Pautas Negociadoras del Subgrupo de Trabajo N° 9 Energía y Minería (RES n° 33/01). Criterios para la Administración Sanitaria de Desechos Líquidos y Aguas Servidas en Puertos, Aeropuertos, Terminales y Puntos de Frontera, en el MERCOSUR (RES n° 34/01). Reunión Especializada de Cooperativas (RES n° 35/01). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre Inflamabilidad de los Materiales (RES n° 36/01). Reglamento Técnico MERCOSUR para Triángulo de Señalización de Emergencia (derogación de la RES N° 37/94) (RES n° 37/01). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre Incorporación en la Lista General Armonizada de Aditivos, en la Lista General Armonizada de Colorantes y en la Lista de Aditivos Alimentarios con sus Clases Funcionales (RES n° 38/01). Acciones puntuales en el ámbito arancelario por razones de abastecimiento (RES n° 39/01). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre Determinación del Punto H (RES n° 40/01). Reglamento Técnico MERCOSUR de Traba de Capot de los Vehículos Automotores (RES n° 41/01). Reglamento Técnico MERCOSUR para Ventanilla con Accionamiento Eléctrico (RES n° 42/01). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre Limpia-Lavaparabrisas (RES n° 43/01). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre Identificación de Mandos Manuales, Luces Testigos e Indicadores (RES n° 44/01). Modificación de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común (RES nros. 45/01, 46/01 y 48/01). Evaluación de Proyectos de Cooperación Técnica en el MERCOSUR (RES n° 47/01). Nómina de Puntos de Frontera de Controles Integrados entre los Estados Partes del MERCOSUR (Derogación de la Resolución GMC N° 43/97) (RES n° 49/01). Lista Positiva de Aditivos para Materiales Plásticos Destinados a la Elaboración de Envases y Equipamientos en Contacto con Alimentos (Modificación de la Resolución GMC N° 95/94 - Derogación de las Resoluciones nros. 36/97, 53/97, 9/99, 10/99, 12/99, 14/99) (RES n° 50/01). Requisitos y certificados zoosanitarios para el intercambio de animales ovinos entre los Estados Partes del MERCOSUR (Deroga la Resolución GMC N° 66/94) (RES n° 51/01). Formulario para Consulta Previa sobre la Importación de Animales, Semen, Embriones y Huevos Fértiles de Aves del País o Zona donde se Registran Enfermedades Exóticas para el MERCOSUR (Derogación de la Resolución GMC N° 3/96) (RES n° 52/01). Fe de Erratas a la Resolución GMC N° 69/98 Modificación a la Resolución GMC N° 60/97 “Estándar para Acreditación, Habilitación, Funcionamiento, Inspección, Auditoría y Pruebas de Referencia de Laboratorios de Análisis de Semillas” (RES n° 53/01). Análisis de Riesgo de Plaga (RES n° 54/01). Requisitos para el Establecimiento de Areas Libres de Plagas (RES n° 55/01). Glosario de Términos Fitosanitarios (RES n° 56/01). Lineamientos para la Codificación de Vegetales y Productos Vegetales Objeto de Intercambio (RES n° 57/01). Principios Éticos Médicos del MERCOSUR (RES n° 58/01). Formación Profesional (RES n° 59/01). Manual de Procedimientos para la Coordinación de Frecuencias para Estaciones Terrenas y Terrestres (RES n° 60/01). Pautas Negociadoras del SGT N° 1 “Comunicaciones” (RES n° 61/01). Remuneración de Arbitros y Expertos en el Ambito del Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR (RES n° 62/01). Proyectos de Decisión (RES n° 63/01). Acciones Puntuales en el Ambito Arancelario por Razones de Abastecimiento (RES n° 64/01). Arancel Externo Común. Incorporación a la Nomenclatura Común del MERCOSUR de la Tercera Enmienda del Sistema Armonizado de Designación y

Codificación de Mercancías y versión única del idioma español (RES n° 65/01). Gastos de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR (RES n° 66/01).

3. Comisión de Comercio:

Acciones puntuales en el ámbito arancelario por razones de abastecimiento (DIR nros 01/02 y 02/02). Dictamen de Clasificación Arancelaria N° 01/02 (DIR n° 03/02). Reglamento de Funcionamiento del Area de Control Integrado / Estación Aduanera de Frontera - Cargas Ferrocarril - Cabecera Unica en Uruguayana (BR) (DIR n° 04/02). Formulario para Modificaciones de la Nomenclatura Común del MERCOSUR (NCM) y/o del Arancel Externo Común (AEC) (DIR n° 05/02). Acciones puntuales en el ámbito arancelario por razones de abastecimiento (DIR nros. 06/02 y 07/02).

4. Laudos arbitrales:

Laudo del Tribunal Arbitral Ad-Hoc del MERCOSUR constituido para entender en la Controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Federativa del Brasil sobre “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados (Remolded) procedentes de Uruguay”. Laudo del Tribunal Arbitral Ad-Hoc del MERCOSUR constituida para entender en la Controversia presentada por la República Argentina a la República Federativa del Brasil sobre “Obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. No incorporación de las Resoluciones GMC nros. 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98, lo que impide su entrada en vigencia en el MERCOSUR”. Laudo del Tribunal Arbitral Ad-Hoc del MERCOSUR constituido para decidir en la Controversia entre la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay sobre la aplicación del “IMESI (Impuesto Específico Interno) a la comercialización de cigarrillos”.

SECRETARIA ADMINISTRATIVA DEL MERCOSUR, “Normativa”, en *Boletín Oficial del Mercosur*, Montevideo, nros. 20, enero/marzo 2002, pp. 36/371; 21, abril/julio 2002, pp. 15/235; y 22, julio/septiembre 2002, pp. 15/217.

MERCOSUR. PROCESO DE INTEGRACIÓN. DERECHO AL DESARROLLO. POBREZA. TERRORISMO. COOPERACIÓN JUDICIAL. CORRUPCION (MERCOSUR-BOLIVIA-CHILE).

El 6 de diciembre de 2002, en oportunidad de la XXIII Reunión del Consejo del Mercado Común, en la ciudad de Brasilia, los Presidentes de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile, reconocieron el carácter estratégico y prioritario del proceso de integración, reafirmando su determinación de ampliar y profundizar la cooperación existente, y de continuar avanzando en la instancia de convergencia para asegurar una incorporación creciente de Bolivia y Chile, así como también ahondar en el desarrollo económico y la integración regional dentro de un marco de mayor justicia y equidad social.

Como condición esencial para el avance de dicho proceso de integración, reiteraron su firme compromiso de preservar y fortalecer las instituciones democráticas y el Estado de Derecho, y la alta prioridad que atribuyen al perfeccionamiento del sistema judicial y la protección, promoción y garantía de la plena vigencia de las libertades fundamentales y de todos los derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo económico y social.

Entre otras acciones, renovaron su compromiso de no dar tregua a la lucha contra la pobreza y la igualdad social mediante el aumento de la oferta de empleo productivo y el acceso más amplio e irrestricto de toda la población, en particular los más necesitados, a la educación y la salud, con especial atención a la infancia y a los demás grupos vulnerables.

Manifestaron su satisfacción por la entrada en vigor del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, que representa un progreso histórico en los esfuerzos de la comunidad internacional para poner fin a la impunidad de los autores de crímenes atroces que afectan a toda la humanidad, enfatizando la importancia de garantizar la independencia y eficacia del Tribunal, como así también su alcance universal mediante la adhesión de todos los Estados.

Asimismo, reafirmaron su inquebrantable determinación en la permanente lucha contra el terrorismo, de modo de erradicar todas sus formas y manifestaciones, no prestando ayuda o refugio a los autores, promotores, participantes o cómplices de acciones terroristas y delitos conexos, que atenten contra la paz, la estabilidad y la democracia. Además, reconociendo que la eficacia en el combate contra ese flagelo presupone una responsabilidad compartida, anunciaron con satisfacción el “Acuerdo (N° 24/02) sobre Cooperación en Operaciones Combinadas de Inteligencia Policial sobre Terrorismo y Delitos Conexos”, instrumento que favorecerá una creciente y fluida cooperación entre los órganos policiales y otras autoridades competentes, garantizando, de tal modo, una mayor seguridad a los ciudadanos, dentro de un espacio de libertad, justicia y pleno reconocimiento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Por su parte, aceptando que la corrupción afecta seriamente el funcionamiento de las instituciones políticas y democráticas y corroe los esfuerzos a favor del crecimiento económico y de un mayor equilibrio social, recibieron con bienestar el “Acuerdo (N° 18/02) sobre el Combate a la Corrupción en las Fronteras”. Igualmente, y con el propósito de impedir los delitos perpetrados en vuelos ilegales, comunicaron el “Acuerdo (N° 16/02) sobre Cooperación para Combatir las Actividades Ilícitas Transnacionales derivadas del Tráfico Ilegal de Aeronaves”. La aplicación de ambos instrumentos simplificará y agilizará la cooperación sub-regional, proporcionando mayor eficiencia en el combate de tales ilícitos.

SECRETARIA ADMINISTRATIVA DEL MERCOSUR, “Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile. Brasilia, 6 de diciembre de 2002”, en *Boletín Oficial del Mercosur*, Montevideo, 2002, n° 23, pp. 207/212.

OBLIGACIONES DEL ESTADO. DEBER DE INVESTIGAR. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. PETICIONES. ADMISIBILIDAD. AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS. COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CUARTA INSTANCIA (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-ARGENTINA).

El 20 de febrero de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) decidió declarar admisible el caso presentado por Francisco Gutiérrez, Nilda Maldonado, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) contra la República Argentina (el Estado), en relación con el presunto asesinato de Jorge Omar Gutiérrez, en cuanto se refiere a presuntas violaciones de los derechos reconocidos en los arts. 4, 8, 25 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención).

Sostienen los peticionarios en su presentación que Jorge Omar Gutiérrez, entonces Subcomisario de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, fue asesinado el 29 de agosto de 1994 por agentes del Estado -especialmente un oficial de Policía junto a otros oficiales-, que procuraban detener las investigaciones sobre actos de corrupción realizadas por la víctima contra funcionarios gubernamentales de alta jerarquía. Afirman, asimismo, que la investigación del asesinato fue obstruida por la Policía Federal y que el procesamiento del presunto asesino fue parcial y presentó vicios que permitieron a los responsables eludir el castigo e impedir que se hiciera justicia a la familia de Gutiérrez. Señalan, por último, que sus aseveraciones cuentan con el respaldo de las conclusiones de una Comisión Especial

Investigadora de la Cámara de Diputados de la Nación, creada para investigar supuestos actos de corrupción en la administración aduanera.

Por su parte, el Estado cuestionó la admisibilidad de la denuncia por dos motivos: en primer lugar, por la falta de agotamiento de los recursos internos, pues, sostiene, si bien en el proceso resultó absuelto el único imputado, la investigación permanece abierta y la familia de Gutiérrez continúa actuando en calidad de parte. Y, en segundo término, dado que las denuncias de los peticionarios referentes a la absolución de Alejandro Santillán debido a la insuficiencia de pruebas, obligaría a la Comisión a actuar como una “cuarta instancia” de revisión. Señala que el proceso seguido contra Santillán y la investigación que lo precedió, fueron realizados por los órganos jurisdiccionales pertinentes que actuaron dentro de la esfera de su competencia y conforme al derecho interno. Si la Comisión revisara ese proceso estaría tomando parte en evaluaciones de hecho y de derecho interno que corresponden al sistema jurídico nacional. Destaca que la obligación de investigar es de medio, y no de resultado, y que se cumplió plenamente en el caso.

Respecto del primer punto, la Comisión señaló en su informe que los recursos que los peticionarios deben agotar son los que están disponibles y son eficaces; consideró que, como lo confirma la jurisprudencia firme del sistema, los recursos que no sean rápidos no pueden considerarse disponibles ni efectivos; por ende, atento el estado de la investigación, que sigue abierta, el transcurso de más de ocho años desde el asesinato del Subcomisario, y la inexistencia de información específica proveniente del Estado acerca de qué medidas concretas, si las hay, falta completar, concluyó que los peticionarios quedaron excusados del cumplimiento del requisito del agotamiento de este proceso, de conformidad con el art. 46.2 de la Convención.

En orden a la cuestión de si al examinar la petición la Comisión estaría actuando como “cuarta instancia” de revisión del asunto, ésta señaló que su jurisprudencia establece claramente que “no es competente para revisar sentencias dictadas por tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y apliquen las debidas garantías judiciales”. La Comisión no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que pudieran cometer los tribunales nacionales. No obstante, puntualizó, dentro de los límites de su mandato de garantizar la observancia de los derechos consagrados en la Convención, que es necesariamente competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando ésta se refiera a una sentencia judicial nacional que haya sido dictada al margen del debido proceso, o a la violación de cualquier otro derecho garantizado por la Convención, tal como ocurre en el caso de autos.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 1/03 de 20-02-2003, petición 12.221, “Jorge Omar Gutiérrez, Argentina”, en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Argentina.12.221.htm>.

PENA DE MUERTE (NACIONES UNIDAS-VIETNAM).

En Vietnam, en los últimos años, la pena capital se ha impuesto sobre todo a personas dedicadas al tráfico de drogas, ya que éste se ha convertido en un problema muy grave para el desarrollo del país y ha supuesto una amenaza directa para todas las familias (según estadísticas no exhaustivas, a finales de 2000, el número de drogadictos del país era de 101.036, de los cuales 2000 eran escolares y estudiantes, y 4799, niños).

Sin embargo, Vietnam estima que la pena capital debe aplicarse únicamente a las personas que cometen delitos especialmente graves. Por dicha razón, en su Código Penal

Revisado de 1999, los delitos castigados con dicha pena se redujeron de 44 a 29 con respecto al Código Penal de 1985.

Por último, la pena de muerte no se aplica a los menores delincuentes cuyas edades comprenden entre los 14 años cumplidos y los 18, y a las mujeres embarazadas o con niños lactantes menores de 3 años en el momento de la comisión del delito o de su enjuiciamiento.

COMITE DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Vietnam”, en *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto*, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, CCPR/CO/75/VNM/Add.2, del 24 de julio de 2003, párrafo 1.

PENAS. DELITOS SEXUALES. VIOLACIÓN. SIDA (BOTSWANA).

El actual flagelo del SIDA, que ha tomado proporciones pandémicas en algunas partes de Africa, dio lugar a un caso notable referido al derecho a la igualdad. La *Court of Appeal* de Botswana analizó la validez de una norma que prescribía que los procesados por el delito de violación debían someterse al test del SIDA, correspondiéndoles 20 años de prisión a aquellos que sabían que estaban infectados, 15 años a los que lo ignoraban y 10 años a los que el test de SIDA les diera resultado negativo. El tribunal sostuvo que en la lista de causales de discriminación plasmadas en la Constitución de 1966 se podía incluir el tratamiento diferencial efectuado a las personas infectadas con el virus. Si bien la idea de una condena mayor para el violador que se sabía infectado al momento de cometer el ilícito era justificable, la aplicación de esta norma a aquellos que resultaron seropositivos luego del proceso era insostenible, puesto que podrían haber contraído el virus después de cometer el delito y no se los podía castigar sobre la base de circunstancias que ocurrieron con posterioridad al hecho, y que no se conectan con el mismo. La legislación fue considerada válida, sujeta a ser pasible de aplicación sólo a los condenados que ya eran seropositivos cuando cometieron el delito, aunque ellos no lo supieran.

Reviews and Notices, en *Commonwealth Law Bulletin*, Londres, Commonwealth Secretariat, 2001, vol. 27, n° 1, p. 684.

SEGURIDAD SOCIAL. PRESTACIÓN SOCIAL. MUJERES. EDUCACIÓN DE LOS HIJOS (CUBA).

Con fecha 30 de abril de 2001 fue aprobada la Resolución n° 11/2001 por la cual se dispone el otorgamiento de una prestación social del 60% del salario, a las trabajadoras que cumplan con los requisitos establecidos para obtener la prestación económica por maternidad y no puedan reincorporarse al trabajo en razón del cuidado de sus hijos. Las trabajadoras pueden acogerse opcionalmente a esta prestación social, la cual se concede a partir del vencimiento de la licencia pos-natal y hasta que el niño arribe al primer año de vida, o antes de esa fecha, si la madre se incorpora al trabajo.

MINISTERIO DE TRABAJO DE CUBA, “Trabajo y Seguridad Social: Resolución n° 11/2001”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, Ministerio de Justicia, 2001, año XCIX, edición ordinaria, n° 38, p. 978.

TORTURAS Y MALOS TRATOS. PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES (NACIONES UNIDAS).

Con fecha 18 de diciembre de 2002 fue aprobado el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Protocolo), quedando abierto a la firma de los Estados Partes de la Convención el 4 de febrero de 2003.

De conformidad con el párrafo 1 de su art. 28, entrará en vigor una vez que 20 Estados lo ratifiquen o se adhieran a él.

Nota de la Secretaría: con un total de 37 artículos, el objetivo del Protocolo es “establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (art. 1). Su entrada en vigor permitirá el establecimiento de un Subcomité para la Prevención independiente del Comité contra la Tortura, encargado de realizar visitas a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, guiándose por los principios de confidencialidad, imparcialidad, no selectividad, universalidad y objetividad (art. 2). A su vez, los Estados Partes establecerán, designarán o mantendrán, a nivel nacional, uno o varios órganos de visitas para la prevención enunciada en el art. 1 (mecanismos nacionales de prevención) (art. 3). Cada Estado Parte permitirá las visitas, de conformidad con el Protocolo, “a cualquier lugar bajo su jurisdicción y control donde se encuentren o pudieren encontrarse personas privadas de la libertad ... Estas visitas se llevarán a cabo con el fin de fortalecer, si fuera necesario, la protección de estas personas contra la tortura...”. Se entiende por privación de libertad, a los efectos de este Protocolo, “cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente” (art. 4). Los miembros del Subcomité “serán elegidos entre personas de gran integridad moral y reconocida competencia en la administración de justicia, en particular en materia de derecho penal, administración penitenciaria o policial, o en las diversas materias que tienen que ver con el tratamiento de personas privadas de su libertad” (art. 5.2). Su mandato durará cuatro años y podrán ser reelegidos una vez si se presenta nuevamente su candidatura (art. 9). Dicho mandato será el siguiente: a) visitar los lugares mencionados en el art. 4 y hacer recomendaciones a los Estados Partes en cuanto a la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; b) en cuanto a los mecanismos nacionales de prevención (MNP): I) asesorar y ayudar a los Estados Partes, cuando sea necesario, a establecerlos; II) mantener contacto directo, de ser indispensable confidencial, con éstos y ofrecerles formación y asistencia técnica con miras a aumentar su capacidad; III) ayudarlos y asesorarlos en la evaluación de las necesidades y las medidas destinadas a fortalecer la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura; IV) hacer recomendaciones y observaciones a los Estados Partes con miras a reforzar su capacidad y mandato; y c) cooperar, para la prevención de la tortura en general, con los órganos y mecanismos pertinentes de las Naciones Unidas así como con instituciones u organizaciones internacionales, regionales y nacionales cuyo objeto sea fortalecer la protección de todas las personas contra la tortura (art. 11). A fin de que el Subcomité pueda cumplir con su mandato, los Estados Partes se comprometerán a: a) recibir al Subcomité en su territorio y darle acceso a todos los lugares de detención; b) compartir toda la información pertinente que el Subcomité solicite para evaluar las necesidades y medidas que deben adoptarse con el fin de fortalecer la protección de las personas privadas de su libertad contra la tortura; c) alentar y facilitar los contactos entre el Subcomité y los MNP; y d) examinar las recomendaciones del Subcomité y entablar un diálogo con éste sobre las posibles medidas de aplicación (art. 12). Asimismo, de conformidad con el art. 14, los Estados Partes se obligan a darle al Subcomité: acceso sin restricciones a toda la información acerca del número de personas privadas de su libertad en lugares de detención y sobre el número de lugares y su emplazamiento; a toda aquella relativa al trato de esas personas y a las condiciones de su detención; y a todos los lugares de detención y a sus instalaciones y servicios (apartados a, b y c); d) posibilidad de entrevistarse con las personas privadas de su libertad, sin testigos, personalmente o con la asistencia de un intérprete en caso necesario, así como con cualquier otra persona que el Subcomité considere que pueda facilitar información pertinente; y e) libertad para seleccionar los lugares que desee visitar y las personas a las que desee entrevistar. Sólo podrá objetarse

una visita a un determinado lugar de detención por razones urgentes y apremiantes de defensa nacional, seguridad pública, catástrofes naturales o disturbios graves, que impidan temporalmente su realización. El Estado Parte no podrá hacer valer la existencia de un estado de excepción para oponerse a una visita. Los MNP tendrán, como mínimo, las siguientes facultades: a) examinar periódicamente el trato de las personas privadas de su libertad en lugares de detención con miras a fortalecer, si fuera necesario, su protección contra la tortura; b) hacer recomendaciones a las autoridades competentes con objeto de mejorar el trato y las condiciones de las personas privadas de su libertad y de prevenir la tortura, tomando en consideración las normas pertinentes de las Naciones Unidas; y c) hacer propuestas y observaciones acerca de la legislación vigente o de los proyectos de ley en la materia (art. 19). A efectos de que los MNP puedan desempeñar su mandato, los Estados Partes se comprometen a darles toda la información tal como lo hicieran con el Subcomité, de conformidad con el art. 14 (art. 20). Ninguna autoridad o funcionario ordenará, aplicará, permitirá o tolerará sanción alguna contra una persona u organización por haber comunicado al MNP cualquier información, sea verdadera o falsa, y ninguna de estas personas u organizaciones sufrirá perjuicios de ningún tipo por este motivo. La información confidencial recogida por el MNP tendrá carácter reservado. No podrán publicarse datos personales sin el consentimiento expreso de la persona interesada (art. 21). Los Estados Partes se comprometen a publicar y difundir los informes anuales de los MNP (art. 23).

Examen de los acontecimientos recientes relacionados con la labor de los órganos creados en virtud de los tratados, en *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*, Naciones Unidas, HRI/MC/2003/2, 5 de junio de 2003, p. 14.