

3[2003]

INVESTIGACIÓN DE DERECHO COMPARADO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

JURISPRUDENCIA

COMERCIO INTERNACIONAL. LIBRE COMPETENCIA. MONOPOLIOS. LEYES ANTIMONOPÓLICAS NORTEAMERICANAS. ÁMBITO DE APLICACIÓN (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: la *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* de 1982 (FTAIA) dispone que la *Sherman Act* “no se aplicará a los actos vinculados al comercio... con las naciones extranjeras” (15 U.S.C. sect. 6a), excepto a aquéllos que perjudiquen seriamente las importaciones, el comercio interno o a los exportadores norteamericanos. Ciertos compradores de vitaminas promovieron una acción de clase alegando que los fabricantes y distribuidores se habían puesto de acuerdo para fijar los precios, elevándolos en los Estados Unidos y en el extranjero, en violación a lo dispuesto por las leyes *Sherman* y *Clayton*. En lo que aquí resulta relevante, los demandados solicitaron la desestimación de la acción promovida por los compradores extranjeros (empresas extranjeras ubicadas en el exterior) que sólo habían adquirido vitaminas fuera del tráfico comercial norteamericano. El tribunal de distrito rechazó esta pretensión porque consideró que no encontraba sustento en ninguna de las excepciones de la FTAIA. La Cámara de Apelaciones revocó esta sentencia, juzgando aplicables no sólo la regla de exclusión de la FTAIA, sino también la excepción que ella prevé para los actos que produzcan un “efecto directo, sustancial y razonablemente previsible” en el comercio interno y “que hagan surgir un derecho fundado en la *Sherman Act*”. Si bien reconoció que el efecto que esos actos produjeron en el extranjero (precios más altos) era independiente del que habían tenido en el mercado interno (precios más altos también en los Estados Unidos), llegó a la conclusión de que el texto de la ley, sus antecedentes legislativos y su objetivo de desalentar las actividades perjudiciales de fijación de precios hacían intrascendente la falta de conexión entre los dos tipos de efectos. Los compradores de vitaminas interpusieron, entonces, un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: cuando la fijación de precios afecta en forma importante y perjudicial tanto a los clientes nacionales como internacionales, pero el daño que produce en el extranjero es independiente de cualquiera que genere a nivel nacional, no se aplica la excepción de la FTAIA y, por lo tanto, tampoco la ley *Sherman*, en las acciones exclusivamente fundadas en el efecto que estas políticas empresarias tienen en el exterior.

(a) Se rechaza el argumento inicial de los compradores de vitaminas de que las transacciones caen fuera del ámbito de aplicación de la FTAIA, porque su regla general de exclusión sólo se aplica cuando las actividades incluyen exportaciones. El Comité Judicial de la Cámara de Representantes deliberadamente cambió la expresión “*export trade or export commerce*”, que contenía el texto del proyecto original, por la de “*trade or commerce (other than import trade or import commerce)*”, a fin de alcanzar al tráfico comercial exclusivamente extranjero que no incluya exportaciones norteamericanas.

(b) Existen dos razones para que la excepción de la FTAIA no resulte aplicable en este caso. Primero, al interpretar leyes ambiguas, la Corte habitualmente evita interferir en forma irrazonable en el ejercicio del poder soberano de otras naciones. Esta regla interpretativa refleja principios de derecho internacional consuetudinario y aconseja a los tribunales presumir que los legisladores norteamericanos tomaron en cuenta los legítimos intereses soberanos de otros Estados cuando proyectaron las leyes. De este modo, facilita la aplicación armónica de leyes potencialmente conflictivas de diferentes naciones. Si bien la aplicación de las leyes antimonopólicas norteamericanas puede interferir en el ejercicio del derecho que tiene un país extranjero a regular sus propias cuestiones comerciales, lo cierto es que desde hace mucho tiempo los tribunales han sostenido que resulta razonable y consistente con los

principios de cortesía, por cuanto las leyes reflejan un intento del Poder Legislativo de reparar un daño que los actos anticompetitivos extranjeros han producido en los Estados Unidos. Sin embargo, esa aplicación no es razonable cuando el acto denunciado cause en el extranjero un daño independiente que, por sí solo, dé derecho a accionar. El riesgo de interferencia es el mismo, pero el fundamento para interferir parece insustancial. Si bien algunos de los actos anticompetitivos aquí denunciados se cometieron en los Estados Unidos, los precios más altos que se fijaron en el extranjero no resultaron de ninguna conducta anticompetitiva que el Congreso haya querido prohibir. Antes bien, éste quiso exceptuar del ámbito de aplicación de la ley *Sherman* las conductas anticompetitivas nacionales y extranjeras que causen daño en el extranjero. Contrariamente a lo que alegan los accionados, el interés en la cortesía sigue siendo real, dado que hay otros países que no han adoptado leyes monopólicas similares a las norteamericanas en todas las áreas y que, en cualquier caso, tienen diferencias drásticas en cuanto a las soluciones previstas. Resulta excesivamente complejo para ser viable el argumento alternativo de los compradores de vitaminas de que, a los fines de la cortesía, es mejor adoptar soluciones caso por caso que excluir en forma general los actos que causen perjuicios en el exterior. Segundo, el texto y antecedentes de la FTAIA sugieren que el Congreso quiso que esta ley aclarara cuándo se aplica al comercio que se realiza en el extranjero, quizás limitando pero no ampliando el alcance de la ley *Sherman*. No existe una indicación importante de que cuando el Congreso redactó la FTAIA los tribunales consideraran aplicable la ley *Sherman* en estas circunstancias, y los seis casos en que los compradores de vitaminas buscan sustento tampoco conducen a una conclusión diferente.

(c) El argumento lingüístico adicional esgrimido por los compradores de vitaminas puede mostrar una interpretación natural de la ley, pero las consideraciones vinculadas a la cortesía y a la historia previamente discutidas dejan en claro que ella no se compadece con el objeto de la FTAIA. Su tesis fundada en la disuasión tampoco resulta convincente a la luz de los argumentos en contrario articulados por los organismos de aplicación de las leyes antimonopólicas.

(d) Cuando se le devuelvan las actuaciones, la Cámara de Apelaciones podrá considerar si los compradores de vitaminas preservaron adecuadamente su argumento alternativo de que el perjuicio producido en el extranjero -aquí invocado- en realidad no fue independiente del generado a nivel nacional; y, en caso afirmativo, puede considerar y decidir la pretensión vinculada a ese aspecto.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 14-6-2004, *F. Hoffmann-La Roche Ltd., et al. v. Empagran S.A. et al.*, en 72 LW 4501.

CONTRATO DE TRABAJO. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO. LEY. INCONSTITUCIONALIDAD. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 23, 24 Y 25. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, ART. XIV. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, ARTS. 6 Y 7. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, ART. 11. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ART. 32. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL, ART. 5 (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: se cuestionó la constitucionalidad del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (según la ley 24.013) en cuanto limita la base salarial del cálculo de las indemnizaciones por despido sin justa causa. El primer párrafo del art. 245 dispone: “En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa [...], éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual normal y

habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor”.

2. Sentencia:

Corresponde poner de relieve dos de los caracteres de este instituto, que se infieren de los términos en que fue enunciado por el legislador. Primeramente, ha sido concebido como una indemnización, al igual que lo ocurrido en oportunidad de su aparición en el ordenamiento jurídico, en 1934 (Código de Comercio, art. 157.3, según ley 11.729).

En segundo lugar, se encuentra regulado, manteniendo análoga tradición, con arreglo a un doble orden de pautas fundamentales. Por un lado, el importe de la indemnización es tarifado. Empero, por el otro, esta suerte de rigidez es relativa, dado que la determinación de dicho importe tiende, explícitamente, a adecuarse a la realidad a la que pretende dar respuesta, mediante el cómputo de dos circunstancias propias del contrato disuelto: antigüedad y salario del trabajador despedido.

Es innecesario, por lo menos a los fines del caso, ahondar en otras consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la prestación en juego, punto que, como es sabido, ha despertado tanto la reflexión como el desencuentro entre los estudiosos. Sí importa subrayar que, por intermedio de la referencia a la realidad mencionada precedentemente, el legislador ha buscado, como era preciso, la protección contra el despido arbitrario en concreto, vale decir, con apego a las circunstancias de cada caso, tenidas por relevantes.

Lo antedicho no oculta que el citado art. 245 también ha establecido límites a uno de los datos del recordado binomio fáctico del contrato disuelto. Es el supuesto de la base remuneratoria, que, de acuerdo con la mencionada norma, no podrá exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido, o en el convenio colectivo más favorable, en el supuesto de empleados no amparados convencionalmente. Con ello, la Ley de Contrato de Trabajo, aunque bajo otro parámetro, reitera la impronta establecida en 1934, pero que no siempre rigió el diseño del régimen indemnizatorio, tal como lo atestigua la ley 23.697 (art. 48).

En tales condiciones, es posible que la fijación de un importe máximo a la mentada base pueda producir tensiones con los propósitos de alcanzar la reparación en concreto antes indicada. La evaluación legal del daño, que en un primer momento busca, naturalmente, anclar en la realidad por vía del cómputo de la “mejor remuneración mensual normal y habitual” del trabajador despedido, comienza a alejarse de esa realidad, a desentenderse de ésta, por el obrar de un tope. Y ello, en medida directamente proporcional al cuántum en que tal remuneración supere el promedio citado.

Por cierto, no hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, esto es, un sistema que resigne la puntual estimación del daño en pos de determinados objetivos, entre otros, la celeridad, certeza y previsibilidad en la cuantía de aquéllas. Con todo, si el propósito del instituto es reparar, tampoco hay dudas con respecto a que la modalidad que se adopte, en todo caso, debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación.

En efecto, no podría considerarse que la ley lograra su declarada finalidad reparadora si terminara desconociendo la concreta realidad a la que quiso atender, a causa de limitaciones en la evaluación de uno de los elementos de cálculo que, precisa e inequívocamente constituye uno de los dos indicadores de esa realidad: el salario realmente percibido por el trabajador despedido y no por otro u otros.

En tal sentido, es aplicable al presente caso la doctrina de la Corte según la cual el resarcimiento del empleado debe ser equitativo, y ello importa afirmar que la reglamentación legal del derecho a la llamada estabilidad impropia, constitucionalmente reconocido, debe ser

razonable, lo que a su vez quiere decir adecuada a los fines que contempla y no descalificable por razón de iniquidad. Más aún. Este precedente concierne a un supuesto en el que el Tribunal confirmó la declaración de inconstitucionalidad de una norma (art. 4° de la ley 21.274), en la medida en que las pautas fijadas para calcular el crédito conducían a “una insuficiencia de la indemnización” por despido. Más todavía. La necesidad del nexo entre la indemnización y la realidad concreta del trabajador dañado por la disolución del contrato laboral, dispuesta por el empleador sin justa causa, también se puso de manifiesto al puntualizarse que la reparación tiene contenido alimentario y se devenga, generalmente, en situaciones de emergencia para el empleado. Por lo tanto, aplicadas estas comprobaciones al presente caso, sólo ilusoriamente podrían tenerse por atendidos tales contenido y situación si los condicionamientos legales llevaran prácticamente a desdibujar la entidad de uno de los factores que los componen, como es el importe del salario que el trabajador venía percibiendo para la época del distracto.

Esta Corte, al entender que la finalidad del art. 245 es ponderar la base salarial de cálculo de la indemnización “sobre pautas reales”, juzgó que violentaba los arts. 14, 14 bis y 17 de la Constitución Nacional el hecho de que aquella norma fuese interpretada en el sentido de admitir que el salario a tomar en cuenta se apartase de esas pautas al ignorar el deterioro del poder adquisitivo de este último, acaecido durante el lapso que medió entre la finalización de un ciclo de trabajo (de temporada) y el momento del despido. Se advierte que la aplicación en la especie de tal *ratio decidendi* apareja que determinadas diferencias entre la remuneración establecida en el primer párrafo del art. 245 y el máximo previsto en su segundo párrafo también podrían tornar irreales las pautas indemnizatorias en juego y, por tanto, censurables con base en la Constitución Nacional.

Por cierto, dadas las características del régimen en debate, no todo apartamiento por parte de éste de los aspectos de la realidad a los que remite, justificaría el reproche constitucional. Si es válido como principio, de acuerdo con lo ya expresado, que la indemnización por despido sin justa causa pueda ser regulada por la ley con carácter tarifado, es decir, sin admitir prueba de los daños en más o en menos, también lo será, con análogos alcances, que aquélla someta la evaluación de los elementos determinantes de la reparación a ciertos límites cuantitativos.

Para resolver la contienda, es cuestión, entonces, de establecer un criterio que, sin desconocer el margen de apreciación del legislador y los equilibrios, balances y objetivos que motivaron a éste, señale los límites que impone a todo ello la Constitución Nacional mediante las exigencias de su art. 14 bis: “el trabajo [...] gozará de la protección de las leyes”, y éstas “asegurarán al trabajador [...] protección contra el despido arbitrario”. Máxime cuando su art. 28 enuncia el principio de supremacía de aquélla, al disponer, claramente, que “los principios, garantías y derechos” reconocidos constitucionalmente “no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

La intervención de esta Corte, en los términos precedentemente expuestos, no entraña injerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo ni quiebre del principio de separación de poderes o división de funciones. Se trata del cumplido, debido y necesario ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y actos de los gobernantes que le impone la Constitución. Es bien sabido que esta última asume el carácter de una norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano.

Asimismo, los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último.

Todo ello explica que la determinación de dicho contenido configure, precisamente, uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional. Explica también que al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (art. 75.23).

El mandato que expresa el tantas veces citado art. 14 bis se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a ese precepto.

El art. 14 bis -cabe subrayarlo- impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad. En efecto, en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes. Sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el primero es sujeto de preferente tutela, tal como se sigue de los pasajes del art. 14 bis anteriormente transcritos, así como de los restantes derechos del trabajador contenidos en esta cláusula.

Más aún. Al doble orden de exigencias mencionadas en el segundo párrafo del precedente considerando corresponde añadir un tercero, puesto que, cuando el art. 14 bis dispone que las leyes “asegurarán: condiciones [...] *equitativas* de labor” (itálica agregada), enuncia un mandato que traspasa este último marco. Al modo de un común denominador, se proyecta sobre los restantes contenidos de la norma que, sin perder su identidad y autonomía, también son susceptibles de integrar el concepto de condiciones de labor. Entre ellos se incluye, sin esfuerzos, la protección contra el despido arbitrario. Y “equitativo”, en este contexto, significa justo en el caso concreto.

No es casual, en consecuencia, que el Tribunal haya hecho mérito de la “justicia de la organización del trabajo”, al sostener la validez de normas que ponían en cabeza de los empleadores determinadas prestaciones en favor de los empleados. Que también haya juzgado, con expresa referencia a las indemnizaciones por despido, que “la regulación de las obligaciones patronales con arreglo a las exigencias de justicia, constituye un deber para el Estado”. Se trata, asimismo, de la observancia de un principio, el antedicho, que “también incumbe a la empresa contemporánea”.

Esta preferencia, por lo demás, es la respuesta constitucional dada en 1957 a diversas situaciones y comprobaciones fácticas, entre otras, la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo, pero que habían arraigado en la jurisprudencia de esta Corte anterior a la vigencia del art. 14 bis.

Se explica, así, que ya para 1938 el Tribunal haya considerado que el legislador argentino, al disponer que “el patrón no puede despedir a su dependiente sin justa causa - cualesquiera sean los términos del contrato de trabajo- sin indemnizarlo prudencialmente”, no hacía más que seguir el “ritmo universal de la justicia”.

A su turno, la incorporación del art. 14 bis a la Constitución Nacional tradujo ese ritmo en deberes “inexcusables” del Congreso a fin de “asegurar al trabajador un conjunto de derechos inviolables, entre los que figura, de manera conspicua, el de tener ‘protección contra el despido arbitrario’”. Su “excepcional significación, dentro de las relaciones económico-sociales existentes en la sociedad contemporánea, hizo posible y justo” que a las materias sobre las que versó el art. 14 bis “se les destinara la parte más relevante de una reforma constitucional”.

Sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (art.75.22). Son pruebas elocuentes de ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23/25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6 y 7), a los que deben agregarse los instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 32).

Al respecto, exhibe singular relevancia el art. 6 del citado pacto, pues, en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), enuncia el “derecho a trabajar” (art. 6.1), comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera que sea la clase de éste. Así surge, por otro lado, de los trabajos preparatorios de este tratado (v. CRAVEN, MATTHEW, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 197 y 223). Derecho al trabajo que, además de estar también contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.e.i), debe ser considerado “inalienable de todo ser humano”, en palabras expresas de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.a).

En suma, establecer una pauta en el caso en examen, teniendo en cuenta los principios que han venido siendo enunciados, es cuestión que sólo puede estar regida por la prudencia y los imperativos de justicia y equidad, antes aludidos.

En consecuencia, a juicio de esta Corte, no resulta razonable, justo ni equitativo que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, vale decir, “la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor”, pueda verse reducida en más de un 33% por imperio de su segundo y tercer párrafos. De acuerdo con ellos, tal remuneración no podrá exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable. Esta pauta, por cierto, recuerda conocida jurisprudencia del Tribunal relativa a que la confiscatoriedad se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje.

Permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el citado art. 14 bis acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes, y que éstas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor. Significaría, asimismo, un olvido del citado art. 28 de la Constitución Nacional.

La Corte no desconoce, desde luego, que los efectos que produzca la doctrina del presente fallo podrían considerarse, desde ciertas posiciones o escuelas, como inadecuados a los lineamientos que serían necesarios para el mejoramiento del llamado mercado de trabajo, cuando no del mercado económico en general.

Esta hipotética censura, sin embargo, al margen de la naturaleza sólo conjetural de las consecuencias que predica, resulta manifiestamente desechable. Puesto que, seguramente de manera involuntaria, omite hacerse cargo de que su eventual consistencia exige ignorar o subvertir tanto el ya mentado principio de supremacía de la Constitución Nacional cuanto el fundamento en el que toda ésta descansa según el texto de 1853-1860, robustecido aún más por los señeros aportes del art. 14 bis y la reforma de 1994 (esp. art. 75.22). Consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución Nacional, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, deba hoy resignar el sentido profundamente humanístico y

protectorio del trabajador que aquélla le exige; admitir que sean las “leyes” de ese mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica; dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos y otros de análoga procedencia, importaría (aunque se admitiere la conveniencia de tales “leyes”), pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional. Puesto que, si de ésta se trata, resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad.

Es perentorio insistir, ante la prédica señalada, que el trabajo humano no constituye una mercancía.

En este orden conceptual, es oportuno recordar lo expresado por la Corte al rechazar la impugnación constitucional de una ley que había elevado el tope máximo de la indemnización por antigüedad: “tratándose de cargas razonables [...] rige el principio según el cual el cumplimiento de las obligaciones patronales no se supedita al éxito de la empresa, éxito cuyo mantenimiento de ningún modo podría hacerse depender, jurídicamente, de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios” (*Fallos*: 252:158). La razonable relación que, según el Tribunal, debe guardar la base salarial de la indemnización por despido sin justa causa con la mejor remuneración mensual normal y habitual computable, toma en cuenta que esta última, por resultar la contraprestación del empleador por los servicios del trabajador, pone de manifiesto, a su vez, la medida en que aquél, en términos económicos, reconoció y evaluó los frutos o beneficios que éste le proporcionó con su labor subordinada. Dicho salario, para el empleador, justipreció el esfuerzo y la importancia de las tareas desarrolladas por el dependiente, y se adecuó a las posibilidades económicas y al rendimiento que estimó al contratarlo o promoverlo.

Esta Corte ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional “cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagren una manifiesta iniquidad”.

En el *sub lite* se ha configurado esta grave situación según se sigue de los guarismos y cálculos no controvertidos. Entonces, corresponderá aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrafos segundo y tercero del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 14-9-2004, V.967.XXXVIII, *Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa, S.A. s/ despido*.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. PODER JUDICIAL. ATRIBUCIONES EXCLUSIVAS. **PODER EJECUTIVO.** FACULTADES (EX REPÚBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA).

Antecedentes del caso: un ciudadano residente en Skopje presentó un recurso solicitando el estudio de la constitucionalidad de un artículo de la ley sobre el Gobierno, dado que, según manifestara, únicamente la Corte Constitucional tiene el derecho y el deber de derogar o anular las disposiciones no conformes a la Constitución, las leyes o a otros textos reglamentarios adoptados o promulgados por la Asamblea o el gobierno. El análisis del contenido de la norma impugnada indica que las competencias gubernamentales allí enunciadas difieren de las de la Corte Constitucional.

Sentencia:

Según la Corte, el Gobierno, en tanto órgano ejecutivo en un sistema de separación de poderes, tiene el derecho a derogar o anular los reglamentos u otros actos de los ministerios, de los órganos administrativos del Estado y de las organizaciones administrativas que no sean conformes a la Constitución, a las leyes y a otros textos reglamentarios adoptados por la Asamblea o el Gobierno. Esta competencia se desprende del poder constitucional del gobierno de enmarcar y controlar las actividades de los órganos administrativos (art. 91 de la Constitución). Tal facultad no impide a la Corte Constitucional ejercer su competencia.

En consecuencia, se desestima la presentación.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA EX REPÚBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA, sentencia del 10-7-2002, U. br. 91/2002, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 2, p. 291.

DECRETOS. NATURALEZA REGLAMENTARIA. LEY. JERARQUÍA (LITUANIA).

Las reglas enunciadas por una ley pueden ser implementadas por reglamentos u otros actos jurídicos de naturaleza reglamentaria. Sin embargo, estos actos no pueden sustituir la ley propiamente dicha ni crear nuevas reglas jurídicas de carácter general que compitan con disposiciones enunciadas en la ley. En tal caso, se violaría el principio de la superioridad de la ley sobre los actos de derechos derivados, principio éste que se inscribe en la Constitución.

Los decretos gubernamentales son actos de naturaleza reglamentaria. No pueden contener reglas jurídicas que se opongan a las que son enunciadas por ley.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LITUANIA, sentencia del 21-8-2002, 43/01, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 2, p. 303.

DELITOS SEXUALES. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA (ECUADOR).

Las declaraciones meticulosamente relatadas, con total verosimilitud y coincidencia una con la otra, muy excepcionales cuando se trata de delitos sexuales, y reforzadas con certificado médico, no pueden considerarse como pruebas ineficaces por no habérselas practicado ante el tribunal penal o, como expresa el juzgador, “por no haber sido judicializadas”.

El criterio del derecho procesal penal es que la prueba material evacuada generalmente antes de la iniciación de la causa penal, como diligencia preprocesal, debe ser entregada y controvertida en el plenario, sin perder validez, a menos que fuere impugnada o desvirtuada por otras pruebas.

La judicialización no consiste en que recepte la prueba el juez, que no lo puede hacer sino por excepción. La captación de vestigios que pueden desaparecer tiene que hacerse urgentemente por parte de la fiscalía, con ayuda de la policía judicial, y será sometida a contradicción en la audiencia de juzgamiento, en la que puede ser impugnada y perder su valor si se aprecia su invalidez.

En los delitos sexuales, el criterio de apreciación de la prueba es mucho más amplio que en otra clase de delitos, ya que se considera que muy difícilmente o nunca existirá prueba directa, testigos presenciales u otros medios de convicción.

Las reglas de la sana crítica contempladas en el art. 86 del Código de Procedimiento Penal permiten al juzgador hacer una apreciación inteligente, con base en el criterio que guía el acontecer común de las cosas, unida a la experiencia y a la lucidez de éste, norma que guarda relación con lo preceptuado en el art. 192 de la Constitución, que con mucho realismo declara que “no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL ECUADOR, sentencia del 20-11-2002, juicio penal n° 44-2002, en *Gaceta Judicial*, Quito, 2003, n° 12, p. 3912.

DERECHO ADMINISTRATIVO. ADUANA. TENENCIA DE MERCADERÍA EXTRANJERA SIN IDENTIFICAR (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: la Cámara Federal dejó sin efecto la multa que había sido impuesta por la Aduana a una empresa y el decomiso de la mercadería de origen extranjero en su poder, con fundamento en que carecía de la identificación -estampillas- que exige el art. 986 del Código Aduanero. Esa norma establece: “El que por cualquier título tuviere en su poder con fines comerciales o industriales mercadería de origen extranjero, que no presentare debidamente aplicados los medios de identificación que para ella hubiere establecido la Administración Nacional de Aduanas, será sancionado con el comiso de la mercadería de que se tratare y con una multa de 1 a 5 veces su valor en plaza”. La Cámara llegó a tal conclusión absoluta a pesar de reconocer la existencia de mercadería de origen extranjero sin los sellos identificatorios exigidos por la reglamentación, con los siguientes argumentos: a) que la actora había acreditado debidamente, mediante el despacho de importación, el ingreso legítimo de la mercadería; b) que aparece manifiesta la buena fe de la empresa con la presentación de los instrumentos que acreditaban la introducción legal de la mercadería, juntamente con la posterior presentación de las estampillas, y c) que fue la propia actora la que solicitó a la Administración de Aduanas que enviara funcionarios para la verificación de estampillados. Esta decisión fue recurrida ante la Corte Suprema de la Nación.

2. Sentencia:

No debe interpretarse la norma de modo tal que consagre una suerte de aplicación automática de la pena ante la sola ausencia de adherencias fiscales, pues tal inteligencia resultaría frustratoria de la garantía constitucional de la defensa en juicio, al hacer ilusoria toda posibilidad de defensa o descargo y aun la existencia misma de los procedimientos regulados y de los recursos que las leyes autorizan. Debe entenderse que la norma permite determinar la procedencia lícita de la mercadería por cualquier medio probatorio, sin que ello signifique que la adherencia del estampillado deje de constituir la prueba principal y casi siempre decisiva para determinar la existencia o no de infracción a las normas aduaneras.

Por ello, se confirma la sentencia de la Cámara Federal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA (un juez votó en disidencia), sentencia del 6-7-2004, S.1177.XXXVI, *Sanavirón, S.A. v. Fisco Nacional - Administración Nacional de Aduanas*.

DERECHO A LA IGUALDAD. ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS. DERECHO DE DEFENSA. RESPETO A LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA DE LOS TRIBUNALES CALIFICADORES. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONTROL JUDICIAL DE SUS DECISIONES INTERNAS (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: se interpuso una acción de amparo contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que anuló, por contraria a derecho, la decisión recaída en las pruebas selectivas de ingreso para cubrir un puesto vacante de periodista, adjudicado a la ahora demandante de amparo. La sentencia, asimismo, reconoció el derecho de la otra postulante, Sra. Redondo, a obtener y ocupar la referida plaza con todos los efectos. La demandante invocó, por un lado, la vulneración de su derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (arts. 14 y 23.2 CE), por cuanto el Tribunal Superior de Justicia había seguido un criterio distinto para valorar los méritos de las dos concursantes y, por otro lado, denunció la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al ignorarse el principio de respeto a la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadoros, que se deduce de la jurisprudencia constitucional.

2. Sentencia: se desestima el recurso intentado.

Dos son las cuestiones aquí planteadas. Por una parte, la del alcance del control judicial de la actuación de los organismos administrativos encargados de resolver los procesos de selección de empleados públicos, que pudiera suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE. Por otra, la de la posible existencia de una lesión del derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, reconocido en los arts. 14 y 23.2 CE.

2.1. Respecto a la primera de las cuestiones, ha de subrayarse que ni el art. 24.1 ni el 23.2 CE incorporan un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica, frente a la cual las modulaciones a la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican por la presunción de certeza o razonabilidad de esa actuación administrativa, apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Es ésta una presunción *iuris tantum*, por cierto, y de ahí que siempre quepa desvirtuarla si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega.

Pero en el caso que ahora se examina ningún exceso es apreciable en la actuación jurisdiccional llevada a cabo en la sentencia impugnada. En lo que ahora importa, la convocatoria a concurso planteaba, como cuestión previa, la determinación de los cursos que cumplían los requisitos necesarios para ser tomados en consideración, distinguiendo “los organizados por la universidad, institutos o escuelas oficiales de formación de funcionarios” de los promovidos por “otras entidades, siempre que en este último caso hubiesen sido homologados por el Instituto Valenciano de Administración Pública”.

Pues bien, la determinación de si un curso concreto cumple o no los requisitos exigidos en las bases de la convocatoria, “si era o no necesaria la homologación, si ésta existía o no”, no se encuentra en el ámbito de la discrecionalidad técnica, de suerte que, al decidir excluir determinados cursos por incumplimiento de los requisitos necesarios, el tribunal se limitó a fiscalizar desde el plano de la legalidad la actuación del órgano calificador.

2.2. El examen de las alegaciones que se refieren a las supuestas vulneraciones de los derechos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE) y a la igualdad (art. 14 CE) exige destacar, en primer término, que la plaza para la que se concursaba era de personal laboral fijo y que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal, el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las administraciones públicas, porque las funciones públicas englobadas en la protección que allí se dispensa son aquéllas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos en el sentido del art. 103.3 CE, esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración mediante una relación de servicios de carácter estatutario, es decir, preordenada legal y reglamentariamente, y no integrada contractualmente.

Por ello, el análisis de la sentencia impugnada en la demanda de amparo ha de llevarse a cabo conforme a los criterios que se derivan del derecho a la igualdad garantizado en el art. 14 CE, recordando a este respecto que éste sólo se vulnera por aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable, lo que no ocurre en el caso.

2.3. Desde el punto de vista del art. 14 CE, propio de esta jurisdicción constitucional, basta indicar que los cursos organizados por el CEU-San Pablo han sido incorporados a los méritos no sólo de Redondo, sino también a los de la demandante de amparo, y que no puede llegarse a una conclusión de igualdad respecto de aquéllos promovidos por la Confederación de Empresarios de Castellón y los organizados por el CEU-San Pablo, centro “adscrito a la Universidad Politécnica de Valencia”. En consecuencia, no es “arbitraria” ni carece de “fundamento racional” la diversidad de trato otorgada a los cursos organizados por dos entidades tan diversas y poco equiparables como las mencionadas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia del 10-5-2004, nº 86/2004, en <http://www.tribunalconstitucional.es/Stc2004/STC2004-086.htm>.

DERECHO A LA IGUALDAD. MATRIMONIO. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL. CONCUBINOS (PORTUGAL).

1. Antecedentes del caso: la peticionaria, una vez agotadas las instancias inferiores, presentó un recurso ante el Tribunal Constitucional a fin de que se considere la constitucionalidad del art. 496.2 del Código Civil, en tanto no admite que una persona que mantenía una unión de hecho con la víctima de un crimen tenga derecho, por tal motivo, a recibir una compensación por daño moral.

2. Sentencia:

La existencia de un vínculo matrimonial, en contraposición a la convivencia estable y duradera, no constituye por sí solo un fundamento razonable para excluir la compensación del sufrimiento y el dolor causados a la peticionante por la muerte de su compañero en un homicidio doloso, por lo que el art. 496.2 del Código Civil es inconstitucional, en virtud de la violación del principio de igualdad, protegido por el art. 13 de la Constitución.

En efecto, una norma carece de fundamento razonable no sólo cuando genera un tratamiento arbitrario, sino también cuando una conducta no es relevante para obtener un efecto jurídico buscado. En tal sentido, la utilización del régimen de la “reparación” del dolor y del sufrimiento causados por la muerte de la persona que vivía con la requirente, en condiciones similares a la de esposo, como un instrumento para perseguir eventuales objetivos políticos de incitación a la familia fundada en el matrimonio, no es adecuada ni aceptable tanto a la luz del reconocimiento constitucional de la protección de la familia como del valor de la dignidad humana.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL, sentencia del 19-6-2002, 275/02, en *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Tribunal Constitucional, 2003, 53º volume 2002, p. 479.

DERECHO A LA INTIMIDAD. DIFUSIÓN DE FOTOGRAFÍAS SIN CONSENTIMIENTO. DAÑO MORAL. REPARACIONES (BRASIL).

1. Antecedentes del caso: una revista publicó, sin expreso consentimiento, la fotografía de una consagrada actriz, violando el art. 5 de la Constitución, que establece que “son inviolables la intimidad, la vida privada, la honra y la imagen de las personas, y queda asegurado el derecho a la indemnización por el daño material o moral resultante de su violación”.

2. Sentencia:

La imagen de la actora es un producto que le pertenece y fue obtenido a lo largo de su carrera; compone su patrimonio y no puede ser utilizado sin su anuencia o contrato en revistas con evidente fin publicitario. Esto justifica el sentimiento de indignación que caracteriza el daño moral, sin que sea necesario que ofenda la reputación. Existe, por lo tanto, una agresión moral -si se considera la imagen como uno de los derechos a la personalidad- que debe ser compensada satisfactoriamente.

Por regla general, la publicación de la fotografía de una persona, con fin comercial o no, puede causar desagrado o malestar, sin que sea relevante el grado de tal malestar o desagrado. Desde el momento en que existe, puede decirse que hay daño moral, que debe ser reparado conforme al art. 5 de la Constitución.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL (Sala Segunda), sentencia del 4-6-2002, Recurso Extraordinario n° 215.984 - RJ, en *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasilia, Editora Brasília Jurídica Ltda., 2003, vol. 183, n° 3, p. 1096.

DERECHO A LA LIBERTAD. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DERECHO DE DEFENSA. GARANTÍAS PROCESALES. PLAZO RAZONABLE. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN. ASISTENCIA LETRADA. AUTOINCRIMINACIÓN. DERECHO DE PROPIEDAD. INCAUTACIÓN DE BIENES. TORTURAS Y MALOS TRATOS. REPARACIONES. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MATERIALES E INMATERIALES. OBLIGACIONES DEL ESTADO. DE INVESTIGAR E IDENTIFICAR, JUZGAR Y SANCIONAR A LOS RESPONSABLES. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. COMPETENCIA. AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-ECUADOR).

1. Antecedentes del caso:

El 25 de junio de 2003, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) una demanda contra el Estado de Ecuador. Conforme a los hechos alegados en la demanda, Daniel Tibi, comerciante de piedras preciosas, fue arrestado el 27 de septiembre de 1995, sin orden judicial, mientras conducía su automóvil en la ciudad de Quito y trasladado en avión a la ciudad de Guayaquil, donde fue recluido en una cárcel, en la que quedó detenido ilegalmente durante 28 meses. Tibi afirmó su inocencia sobre los cargos imputados, y fue obligado, mediante torturas, a confesar su participación en un caso de narcotráfico. Al ser arrestado, incautaron bienes de su propiedad, valuados en un millón de francos franceses, los cuales no le fueron devueltos al momento de su liberación, el 21 de enero de 1998.

1.1. Procedimiento ante la Comisión

El 16 de julio de 1998, Tibi presentó la denuncia y, el 7 de mayo de 1999, la Comisión abrió el caso, transmitió al Estado las partes pertinentes y le solicitó que suministrara cualquier elemento de juicio que permitiera apreciar si se habían agotado o no los recursos internos. El 12 de agosto de 1999, en su respuesta, el Estado indicó que el proceso penal aún se encontraba pendiente y señaló que si bien ocurrieron irregularidades en la tramitación de primera instancia, éstas habían sido subsanadas. Asimismo, presentó información adicional, la que fue

transmitida por la Comisión al peticionario, requiriendo observaciones al respecto. Éste argumentó que no tenía recursos disponibles que agotar, que ya había sido declarado inocente y que sólo el sistema interamericano ofrece un examen “imparcial y apolítico”. El 5 de octubre de 2000, la Comisión aprobó el Informe N° 90/00, declaró la admisibilidad del caso y concluyó que hubo retardo injustificado -aplicando la excepción prevista en el art. 46.2.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención)- observando que el Estado no especificó qué instancias habían sido ya agotadas. El 30 de octubre de 2000, la Comisión se puso a disposición de las partes con el objeto de alcanzar una solución amistosa, con resultado negativo. En consecuencia, procedió a preparar el informe sobre el fondo del caso, que fue aprobado el 3 de marzo de 2003. Allí recomendó al Estado que otorgara una reparación plena a Tibi y le solicitó que, en un plazo de dos meses, informara sobre las medidas adoptadas para su cumplimiento. El plazo concluyó sin que éste remitiera sus observaciones. La Comisión presentó la demanda ante la Corte el 25 de junio de 2003.

2. Excepciones preliminares

El Estado interpuso las siguientes excepciones preliminares:

a) Falta de agotamiento de recursos internos

La Convención atribuye a la Corte plena jurisdicción sobre todas las cuestiones relativas a un caso sujeto a su conocimiento. El art. 46.1 dispone que para que sea admisible una petición o comunicación presentada ante la Comisión, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna.

La Corte ha sostenido criterios fundamentales: el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita a la invocación de la falta de agotamiento de los recursos internos; esta invocación debe plantearse en la etapa de admisibilidad del procedimiento ante la Comisión, es decir, antes de cualquier consideración en cuanto al fondo; si no es así, se presume que el Estado renuncia tácitamente a valerse de ella; la falta de agotamiento de recursos es una cuestión de pura admisibilidad, y el Estado que la alega debe indicar los recursos internos que es preciso agotar, así como también acreditar que son efectivos.

El Estado, al no alegar durante el procedimiento de admisibilidad ante la Comisión el no agotamiento de los recursos de apelación, renunció tácitamente a un medio de defensa que la Convención establece a su favor.

La Corte no encontró motivo para reexaminar los razonamientos de la Comisión y, por tanto, desestimó la primera excepción preliminar interpuesta por el Estado.

b) Falta de competencia ratione materiae de la Corte para conocer sobre violaciones a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

Los representantes de la presunta víctima solicitaron que se condene al Estado por la supuesta falta de prevención, investigación y sanción de la tortura, y no un pronunciamiento sobre violaciones a la Convención contra la Tortura cometidas con anterioridad a su entrada en vigor en Ecuador. Estos hechos no caen bajo la competencia de la Corte en los términos de ese instrumento, aunque sí es competente para conocerlos a luz de la Convención.

La Corte desestimó la segunda excepción preliminar interpuesta por el Estado.

3. Hechos probados

3.1. Respetto de Daniel Tibi y sus familiares

Tibi, de nacionalidad francesa, tenía 36 años de edad cuando ocurrieron los hechos (fue detenido por agentes del Estado el 27 de septiembre de 1995 y liberado el 21 de enero de 1998). Residió en la ciudad de Quito, y se dedicaba al comercio de piedras preciosas y arte ecuatoriano. Convivía con Beatriz Baruet (embarazada de tres meses) y dos hijas de ella producto de una relación anterior. El 30 de marzo de 1996, nació Lisianne Judith Tibi. Por su parte, aquél tenía un hijo de 13 años que vivía en Francia.

Después de su liberación, Tibi regresó a Francia, se separó de Beatriz Bauret, de su hija e hijastras y, además, perdió toda comunicación con su hijo.

3.2. Respecto al procedimiento antinarcóticos llamado Operativo “Camarón”

El 18 de septiembre de 1995, en el marco de este operativo, se detuvo a Eduardo Edison García León, quien afirmó en su declaración preprocesal ante el Fiscal en lo Penal de Guayas que “un sujeto francés de nombre Daniel” llegó a proveerle hasta cincuenta gramos de cocaína en dos o tres ocasiones.

3.3. Respecto a la detención y diversas diligencias judiciales

La detención fue efectuada por agentes de la INTERPOL el 27 de septiembre de 1995, sin orden judicial y con la declaración de García León como única prueba. Tibi, en ese momento, no se encontraba cometiendo delito alguno; los policías no le notificaron los cargos en su contra, aunque le informaron que se trataba de un “control migratorio”; fueron incautadas todas sus pertenencias, y le anunciaron que debía ser trasladado a Guayaquil y que regresaría esa misma noche, pero, una vez en la ciudad, fue transferido esposado a la sede de la INTERPOL, donde no le permitieron comunicarse con familiares ni con el consulado de su país.

El 28 del mismo mes, el Juez Primero de lo Penal de Guayas expidió la orden judicial de detención, y Tibi fue llevado ante el fiscal. Allí rindió su declaración preprocesal, sin la presencia del juez ni de su abogado defensor, y le mostraron fotografías de personas involucradas en el Operativo “Camarón”, en las que reconoció a García León por haberlo visto en dos ocasiones para negociar una exportación de camperas de cuero (nunca se formalizó la transacción).

El jefe de la INTERPOL de Guayas, a efectos de su detención, había indicado que Tibi era proveedor de clorhidrato de cocaína a minoristas, para expenderla a consumidores.

El 4 de octubre de 1995, el juez emitió orden de prisión preventiva en su contra y del resto de los imputados en el operativo. Al día siguiente, Tibi fue trasladado al Centro de Rehabilitación Social de Varones de Guayaquil o Penitenciaría del Litoral, donde fue recluido durante 45 días en el pabellón conocido como “la cuarentena”. Estuvo sin defensa letrada durante un mes, pese a que en el proceso se le había designado un defensor de oficio, hecho que él ignoraba, a quien nunca tuvo oportunidad de conocer.

El 8 de diciembre de 1995, García León se retractó de la declaración en la que inculpó a Tibi, alegando que debió firmarla bajo presión física y moral, pero luego, el 6 de marzo de 1996, reiteró lo dicho en la primera.

Mucho tiempo después, el 5 de septiembre de 1997, el Juez Segundo de lo Penal de Guayas dictó el sobreseimiento provisional de Tibi. El 14 de enero de 1998, la Corte Superior de Justicia de Guayaquil confirmó la medida y éste fue puesto en libertad el 21 de ese mes.

3.4. Respecto a los recursos de amparo judicial interpuestos

a) El 1º de julio de 1996, Tibi interpuso el primero ante el Presidente de la Corte Superior de Guayaquil, alegando que no existía prueba en su contra, pero fue denegado;

b) el 2 de octubre de 1997, en el segundo, solicitó su libertad por incumplimiento del art. 246 del Código de Procedimiento Penal, ya que ésta se había ordenado por resolución del 5 de septiembre de 1997 y aún permanecía detenido.

3.5. Respecto a la queja interpuesta

Fue presentada en octubre de 1996 contra el Juez Primero de lo Penal de Guayas por la demora en resolver su caso y por su actuación. La Comisión de Quejas de la Corte Suprema de Justicia resolvió la queja en contra del juez, recomendando que tanto él como el fiscal debían ser amonestados severamente y que después de la lectura del expediente “forzosamente” se debía concluir que Tibi era inocente.

3.6. Sobre los bienes

La policía de Quito incautó los bienes y valores que tenía consigo cuando fue detenido. En septiembre de 1998, el Juez Segundo de lo Penal de Guayas dispuso la

devolución de los bienes, previa confirmación por la Sala Sexta de la Corte Superior de Justicia, a la que se elevó en consulta. No se tuvo conocimiento del resultado de la consulta.

3.7. Respecto de los daños materiales e inmateriales

Como consecuencia de la detención, al no tener un salario fijo mensual, ya que realizaba una actividad lucrativa como comerciante, sufrió grandes daños materiales.

Tibi fue objeto de actos de violencia y amenazas a fin de obtener su autoinculpación. Recibió golpes en el cuerpo y en el rostro; le quemaron las piernas con cigarrillos, todo en reiteradas oportunidades. Resultó con varias costillas fracturadas, le quebraron la dentadura y le aplicaron descargas eléctricas. En la Penitenciaría del Litoral, fue recluido en el pabellón conocido como la “cuarentena”, donde estuvo 45 días en condiciones de hacinamiento e insalubridad, y en el de indisciplinados, donde fue atacado por otros reclusos.

Fue examinado dos veces por médicos designados por el Estado, pero nunca recibió tratamiento.

3.8. Respecto de los daños materiales e inmateriales sufridos por los familiares

La detención, encarcelamiento y otros hechos derivados de estas situaciones han causado un gran sufrimiento y angustia a los miembros de la familia. Después de haber sido puesto en libertad, se produjo la ruptura del vínculo familiar.

4. Sentencia

4.1. Violación del art. 7 de la Convención (derecho a la libertad personal)

Para detener a una persona se requiere una orden judicial, salvo que haya sido aprehendida en delito flagrante. En la detención de Tibi, no se cumplió con el procedimiento establecido en las normas internas de Ecuador.

La prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, por lo que su aplicación debe tener un carácter excepcional, ya que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad. En este caso, la detención se sustentó sólo en la declaración singular de un coacusado.

Tibi no fue informado de las verdaderas razones de su detención, ni de los cargos que se le imputaban y los derechos con que contaba; tampoco se le mostró la orden de detención que el Juez Primero dictó un día después.

Rindió declaración ante un “escribano público” casi seis meses después de su detención. El Estado no cumplió con su función de hacer comparecer al detenido, sin demora, ante una autoridad judicial competente.

La Corte considera que el Estado violó, en perjuicio de Tibi, el art. 7.2, 3, 4 y 5 de la Convención, en relación con su art. 1.1.

4.2. Violación de los arts. 7.6 y 25 de la Convención (derecho a la libertad personal y protección judicial)

Los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son garantías judiciales indispensables para la protección de derechos. La presunta víctima interpuso un recurso de amparo judicial, la Convención exige que éste se resuelva sin demoras, presupuesto éste que fue incumplido ya que se denegó 21 días después de su interposición, plazo a todas luces excesivo. Un segundo recurso se presentó solicitando hacer efectiva su liberación cuando ya había vencido el plazo legal para resolver la consulta de la resolución que dictó su sobreseimiento. El Estado tampoco demostró que este recurso se había resuelto sin demora, por lo que la Corte concluyó que se violaron los arts. 7.6 y 25 de la Convención.

4.3. Violación del art. 5 de la Convención (derecho a la integridad personal)

Existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica. La Convención Interamericana contra la Tortura entró en vigor en Ecuador en diciembre de 1999, y forma parte del *corpus iuris* interamericano

que sirve a la Corte para fijar el contenido y alcance de la disposición general contenida en el art. 5.2 de la Convención.

Pueden calificarse como torturas físicas y psíquicas aquellos actos que han sido “preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma”.

Está demostrado que durante los meses de marzo y abril de 1996, cuando Tibi permanecía detenido en la Penitenciaría del Litoral, fue objeto, por parte de los guardias de la cárcel, de sesiones de violencia física con el objeto de lograr su autoinculpación.

Toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir su situación de detención compatible con su dignidad humana. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos. Las condiciones en las que vivió Tibi su detención evidencian que éstas no cumplieron los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno, en el sentido del art. 5 de la Convención.

A pesar de su grave situación física, Tibi nunca fue sometido a un tratamiento médico adecuado y oportuno en el centro penitenciario. La Corte entiende que conforme al citado art. 5, el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular, y atención y tratamientos adecuados cuando así se requiera. La deficiente atención médica recibida es violatoria de la norma referida.

La Corte consideró que el Estado había violado el art. 5.4 de la Convención, que establece que, “salvo en circunstancias excepcionales”, los procesados deben estar separados de los sentenciados. No había un sistema de clasificación de los detenidos en el centro penitenciario.

El Estado tiene el deber de iniciar de oficio una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en violación al art. 5. La Corte observó que el Estado no actuó con arreglo a esas previsiones.

4.4. Violación del art. 8 de la Convención (garantías judiciales)

a) Principio de plazo razonable del proceso penal

La razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva. En materia penal, el plazo comienza en la fecha de la aprehensión del individuo.

La Corte tomó en cuenta tres elementos: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; y c) conducta de las autoridades judiciales. Consideró que los fundamentos del Estado no fueron suficientes para justificar el retardo en el proceso al cual estaba sometido Tibi y concluyó que se violó el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, establecido en el art. 8.1 de la Convención.

b) Derecho a la presunción de inocencia

El principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. La Corte declaró que el Estado violó el art. 8.2 de la Convención. De éste deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios. La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida.

c) Derecho a la comunicación previa al inculpado de la acusación formulada

La Corte declaró que el Estado violó el art. 8.2.b de la Convención, el cual ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado de la acusación formulada en su contra.

d) Derecho de defensa

Tibi no tuvo acceso a un abogado durante su primer mes de detención. La Corte observó que, como detenido extranjero, no fue notificado de su derecho de comunicarse con un funcionario consular de su país. El Estado violó los arts. 8.2.d y 8.2.e de la Convención.

e) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo

Tibi fue víctima de torturas por parte de agentes estatales con el propósito de obligarlo a autoinculparse por determinadas conductas delictivas. El Estado violó el art. 8.2.g de la Convención.

4.5. Violación del art. 21 de la Convención (derecho a la propiedad privada)

El Juez Segundo de lo Penal del Guayas dispuso mediante resolución de septiembre de 1998 la devolución de los bienes del señor Tibi. Esta resolución debía ser previamente confirmada por la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, elevándose en consulta. Pero la Corte no tuvo conocimiento sobre la resolución que hubiese dictado.

La legislación ecuatoriana dispone que los bienes incautados a un detenido le serán restituidos cuando así lo disponga el juez. En este caso, existía una decisión judicial, pero no le fueron devueltos, por lo que se le privó de su derecho a la propiedad.

4.6. Reparaciones

Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional. La reparación del daño requiere, de ser posible, la plena restitución, que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser posible, el tribunal debe determinar las medidas que garanticen los derechos violados, reparando las consecuencias que las infracciones produjeron y estableciendo las indemnizaciones que compensen los daños ocasionados.

La Corte determinó una reparación por daños materiales e inmateriales. Para ello, tuvo en cuenta la pérdida de ingresos y el daño emergente, y la intensidad de los sufrimientos y aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados. Además, como otras formas de compensación, dispuso medidas de satisfacción y garantías de no repetición: obligación del Estado de investigar los hechos que generaron las violaciones, e identificar, juzgar y sancionar a los responsables; de publicar las partes pertinentes de la sentencia, como medida de satisfacción; de hacer pública una declaración escrita de reconocimiento de responsabilidad internacional y en desagravio de las víctimas, como garantía de no repetición; y de establecer un programa de formación y capacitación para el personal judicial, ministerio público, policial y penitenciario, incluyendo al personal médico, sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos, tomando en cuenta que los detenidos tienen derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal.

4.7. El Estado deberá abonar a Tibi, en concepto de costas y gastos incurridos en el proceso interno y en el procedimiento internacional ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, una suma especificada en euros.

4.8. Los pagos por concepto de daño material, inmaterial, costas y gastos establecidos en la presente sentencia no podrán ser afectados, reducidos o condicionados por motivos fiscales actuales o futuros. Se deberá cumplir con las medidas de reparación y de reembolso de gastos dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la sentencia.

4.9. Bajo la supervisión de la Corte, el caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (tres jueces emitieron votos concurrentes razonados), sentencia del 7-9-2004, caso *Tibi vs. Ecuador*, Serie C N° 114 en <http://www.corteidh.or.cr>.

DERECHO AL TRABAJO. DERECHO AL COMERCIO Y LA INDUSTRIA. DERECHO A LA SEGURIDAD Y TRANQUILIDAD PÚBLICAS. BLOQUEO DE RUTA. DAÑOS Y PERJUICIOS. DERECHO DE PETICIÓN. USO ABUSIVO. INMUNIDAD PARLAMENTARIA. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, ART. XXVIII (BOLIVIA).

1. Antecedentes del caso: la recurrente, propietaria de un hotel, alegó haberse visto impedida del normal desarrollo de sus actividades como consecuencia de un bloqueo de ruta, organizado por un movimiento cocalero, que le provocó serios daños y perjuicios al restringir totalmente sus derechos al trabajo y a la seguridad.

2. Sentencia:

2.1. Antes de entrar al fondo de la cuestión, conviene aclarar que el recurrido, líder del movimiento referido, por su condición de diputado nacional goza de inmunidad parlamentaria para ser juzgado, de conformidad con el art. 52 de la Constitución. Sin embargo, el art. 34 del mismo texto fundamental constituye una excepción a esa inmunidad cuando dispone que los que vulneren derechos y garantías constitucionales quedan sujetos a la jurisdicción ordinaria, razón por la cual no puede invocarse la mentada inmunidad.

En correcta aplicación e interpretación de la normativa citada, la línea jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional ha establecido que el art. 52 no es aplicable cuando la autoridad o funcionario público incurre en atentados contra los derechos fundamentales de la persona garantizados en su ejercicio por la Constitución.

2.2. Del contenido de las pruebas aportadas por la recurrente se evidencia que, por orden del recurrido, supuestamente en el ejercicio de su derecho de petición, procedió al bloqueo de la carretera impidiendo el libre tránsito y el normal desarrollo de las actividades, paralizando la actividad comercial económica del área.

Cabe recordar que el art. XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone: “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y el desenvolvimiento democrático”, lo que significa que ninguna persona puede ejercer de manera irrestricta y arbitraria sus derechos en desmedro de los derechos de los demás.

2.3. El recurrido y los que conforman el sector de los productores de coca, que éste dirige, están organizados para defender los intereses y metas de ese rubro, en uso de su derecho de asociación y, dentro de ello, ejercer el derecho de petición a través de los diferentes medios, en forma oral o escrita o cualquier otro medio de expresión, pero el ejercicio de estos derechos no es irrestricto, sino que está limitado por el respeto a los derechos de los demás, el orden público o la salud.

Por consiguiente, el bloqueo de caminos y las movilizaciones violentas constituyen un uso abusivo de los derechos que les reconoce la Constitución tanto a él, en su rol de dirigente, como a sus bases, con la consiguiente violación flagrante de los derechos de la recurrente, quien se vio impedida del ejercicio de sus derechos fundamentales, circunstancia que hace inaplicable la inmunidad parlamentaria reconocida por el citado art. 52, correspondiendo otorgar a la actora la tutela que brinda el art. 19, por cuanto el recurso de amparo procede contra actos ilegales que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por la Ley Fundamental.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, sentencia del 2-4-2003, n° 0429/2003-R, en *Gaceta Constitucional*, Sucre, 2003, n° 46, tomo I, p. 343.

DERECHO COMUNITARIO. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. PUBLICIDAD TELEVISIVA INDIRECTA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS. RETRANSMISIÓN DE ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS EXTRANJEROS. DIRECTIVA “TELEVISIÓN SIN FRONTERAS” (COMUNIDAD EUROPEA-FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: la ley francesa de lucha contra el tabaquismo y el alcoholismo prohíbe la publicidad televisiva, directa o indirecta, de bebidas alcohólicas, y la infracción de estas disposiciones se encuentra penalizada. Por otra parte, el código de buena conducta elaborado por las autoridades y cadenas de televisión francesas reglamenta la forma en que esta prohibición se aplica a las retransmisiones en Francia de los acontecimientos deportivos que tengan lugar en el territorio de otros Estados Miembros, tanto si son multinacionales (se retransmiten en un gran número de países y, por tanto, no pueden considerarse dirigidas principalmente al público francés) como binacionales (la retransmisión se dirige específicamente a éste). En este último supuesto, las emisoras francesas deben utilizar todos los medios disponibles para evitar la aparición en pantalla de la publicidad de bebidas alcohólicas. Se plantearon al Tribunal de Justicia dos asuntos vinculados al régimen francés. En el recurso por incumplimiento (C-262/02), la Comisión Europea le solicitó que declarase que la normativa francesa era incompatible con la libre prestación de servicios garantizada por el Tratado de la Comunidad Europea, en razón de los obstáculos impuestos a la retransmisión en Francia de acontecimientos deportivos extranjeros. Por su parte, la remisión prejudicial (C-429/02) tuvo su origen en el hecho de que la cadena de televisión francesa TF1 obligaba a las sociedades *Groupe Jean-Claude Darmon* y *GiroSport* (encargadas de negociar por su cuenta los derechos de retransmisión televisiva de partidos de fútbol) a evitar la aparición en pantalla de las marcas de bebidas alcohólicas. En consecuencia, algunos clubs de fútbol extranjeros se negaban a alquilar las vallas publicitarias que se colocan alrededor de la cancha a la empresa *Bacardi France*, productora y comercializadora de numerosas bebidas alcohólicas. Por ello, esta empresa demandó a TF1, *Darmon* y *GiroSport* ante los tribunales franceses con el objeto de que se les ordenase dejar de ejercer presiones sobre los clubs de fútbol extranjeros para impedir el alquiler de las mencionadas vallas publicitarias. En estas circunstancias, la Corte de Casación francesa quiso saber si el régimen francés violentaba las disposiciones del derecho comunitario y, en particular, la libre prestación de servicios establecida por el Tratado CE y la directiva comunitaria “Televisión sin Fronteras”.

2. Sentencia:

La publicidad televisiva indirecta de bebidas alcohólicas resultante de las vallas visibles en pantalla durante la retransmisión de acontecimientos deportivos no constituye un mensaje televisado individualizable destinado a promover bienes o servicios en el sentido de la directiva “Televisión sin Fronteras”. Dado que es imposible mostrar esta publicidad únicamente durante los intervalos entre las distintas partes del programa televisivo de que se trate, no se le aplica la mencionada norma comunitaria.

El régimen francés de publicidad televisiva, efectivamente, impone una restricción a la libre prestación de servicios en el sentido del Tratado: por una parte, porque los propietarios de las mencionadas vallas deben rechazar preventivamente todo anuncio de bebidas alcohólicas si el acontecimiento deportivo puede retransmitirse en Francia; por otra parte, porque las emisoras francesas deben negarse a emitir cualquier retransmisión de acontecimientos deportivos durante la cual sean visibles vallas publicitarias que anuncien bebidas alcohólicas comercializadas en Francia; y, además, porque los organizadores de este tipo de acontecimientos que se desarrollen fuera de Francia no pueden vender los derechos de retransmisión a las emisoras francesas si la difusión de los programas televisivos dedicados a estos acontecimientos puede implicar publicidad televisiva indirecta de bebidas alcohólicas. Por otro lado, si bien es técnicamente posible enmascarar las imágenes para ocultar de manera

selectiva las vallas que anuncien bebidas alcohólicas, lo cierto es que la utilización de estas alternativas generaría elevados costos adicionales para las emisoras francesas.

Sin embargo, corresponde examinar si la prohibición francesa puede justificarse.

El régimen francés de publicidad televisiva resulta adecuado para garantizar la consecución de su objetivo de proteger la salud pública y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo, dado que limita las situaciones en que pueden verse en televisión las vallas publicitarias que anuncien bebidas alcohólicas y, por tanto, puede restringir la difusión de estos mensajes, reduciendo así las ocasiones en las que los telespectadores podrían verse incitados a consumir bebidas alcohólicas.

Por tanto, cabe concluir que el principio de libre prestación de servicios establecido en el Tratado no se opone a una prohibición como la prevista por el régimen francés relativo a la publicidad televisiva indirecta de bebidas alcohólicas.

Nota de la Secretaría: sobre publicidad televisiva, ver: DIEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, “Publicidad televisiva y derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, n° 50, pp. 61/76 (un resumen del artículo puede verse en *investigaciones* 1/1998, pp. 167/173). En cuanto a la directiva “Televisión sin Fronteras”, ver MEYER-HEINE, ANNE, “Les apports de la nouvelle directive ‘Télévision sans frontières’ du 30 juin 1997 entrée en vigueur le 31 décembre 1998”, en *Revue trimestrielle de droit européen*, París, Sirey, 1999, n° 1, pp. 95/109; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, ANTONIO JESÚS, “Libertad de expresión y programación especial en Derecho norteamericano de los medios audiovisuales (y notas sobre la última Ley española de Televisión Sin Fronteras, Ley 22/1999, de 7 de junio)”, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2000, n° 151, pp. 513/532; y, como forma de proteccionismo cultural, MIDDLETON, JOE, “The Effectiveness of Audiovisual Regulation Inside the European Union: The Television Without Frontiers Directive and Cultural Protectionism”, en *Denver Journal of International Law and Policy*, Denver, University of Denver College of Law, 2003, n° 4, pp. 607/627.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, sentencia del 13-7-2004, asuntos C-262/02 y C-429/02, *Comisión de las Comunidades Europeas / República Francesa, Bacardi France SAS / Télévision Française 1 SA (TF1), Groupe Jean-Claude Darmon SA, GiroSport Sarl*, en http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=62002J0429&lg=ES.

DERECHO COMUNITARIO. MARCAS Y PATENTES. SIGNOS QUE PUEDEN REGISTRARSE COMO DISTINTIVOS DE UNA EMPRESA. COLORES (COMUNIDAD EUROPEA-ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: el 25 de marzo de 1995, la sociedad *Heidelberger Bauchemie* solicitó a la Oficina de Patentes alemana el registro, como marca, de los colores azul y amarillo para una serie de productos destinados a la construcción. En el epígrafe “reproducción de la marca”, incluyó una pieza de papel rectangular cuya mitad superior era de color azul y la mitad inferior, de color amarillo. Asimismo, afirmó que “la marca solicitada está constituida por los colores empresariales de la solicitante, que se utilizan en todas las formas imaginables, en particular para envases y etiquetas” y brindó la referencia exacta de los colores en cuestión. El 18 de septiembre de 1996, la Oficina de Patentes denegó esa solicitud con base en que el signo cuyo registro se solicitaba no podía constituir una marca ni ser objeto de una representación gráfica, y en que carecía de carácter distintivo. Sin embargo, cuando en 1998 el Tribunal Constitucional Federal alemán dictó la sentencia “marca de colores negro/amarillo”, la Oficina de Patentes reconsideró su postura y admitió que, en principio, los colores podían constituir una marca, pero denegó la solicitud de la *Heidelberger Bauchemie* por juzgar que carecía totalmente de carácter distintivo. La empresa interpuso, entonces, un

recurso ante el *Bundespatentgericht*, quien juzgó necesario interpretar el art. 2 de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, a fin de precisar si los colores o las combinaciones abstractas de colores se encontraban comprendidos en el concepto de signos susceptibles de constituir una marca, y hasta qué punto el ámbito de protección de las “marcas abstractas de colores” se conciliaba con la seguridad jurídica requerida por todos los operadores del mercado u obstaculizaba la libre circulación de mercaderías y de servicios al conferir a los titulares de las marcas derechos de monopolio muy amplios, irrazonables desde el punto de vista de los competidores. En estas circunstancias, el *Bundespatentgericht* decidió suspender el procedimiento y plantear ante el Tribunal de Justicia, como cuestiones prejudiciales, si los colores o combinaciones de colores presentados de forma abstracta y sin contornos podían constituir una marca con arreglo al art. 2 de la Directiva y, en caso de respuesta afirmativa, en qué condiciones.

2. Sentencia:

Para establecer una marca a los efectos del art. 2, los colores o combinaciones de colores deben satisfacer tres requisitos: a) constituir un signo; b) poder ser objeto de una representación gráfica; y c) ser apropiados para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras.

Como ya ha declarado el Tribunal, normalmente un color es una simple propiedad de las cosas. Incluso, en el ámbito específico del comercio, los colores y las combinaciones de éstos se utilizan, por lo general, por su poder de atracción o decorativo, sin que tengan significado alguno. No obstante, no cabe excluir que, en relación con un producto o servicio, puedan constituir un signo.

Por tanto, los colores o combinaciones de colores presentados en una solicitud de registro de forma abstracta y sin contornos, cuyos tonos se designan por medio de la referencia a una muestra del color y se precisan con arreglo a un sistema reconocido de clasificación de colores, pueden constituir una marca a los efectos del art. 2 de la Directiva 89/104/CEE, en la medida en que se determine que, en el contexto en el que se emplean, tales colores o combinaciones de colores se presentan efectivamente como un signo, y la solicitud de registro implique una disposición sistemática que asocie los colores de que se trata de manera predeterminada y permanente.

Aun cuando una combinación de colores satisfaga las exigencias para constituir una marca, la autoridad registral en la materia debe evaluar si la combinación de que se trata reúne los demás requisitos exigidos, en particular, en el art. 3 de la Directiva, y puede ser registrable como marca para los productos o servicios de la empresa solicitante. El examen debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo, cuando proceda, el uso que se ha hecho del signo que se intenta registrar como marca, así como también el interés general en que no se restrinja indebidamente la disponibilidad de los colores para los demás operadores que ofrecen productos o servicios del mismo tipo que aquéllos para los que se solicita el registro.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Segunda), sentencia del 24-6-2004, asunto C-49/02, en <http://oami.eu.int/es/mark/aspects/pdf/JJ020049.pdf>.

DERECHO COMUNITARIO. SERVICIO MILITAR. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. MEDIDAS ADOPTADAS POR LAS AUTORIDADES NACIONALES. MARGEN DE APRECIACIÓN (COMUNIDAD EUROPEA-ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: existe en Alemania una obligación general de prestar el servicio militar, que únicamente se impone a los hombres. El objeto de la presentación es la compatibilidad de esa obligación con la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la

aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

2. Sentencia:

En atención a que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres tiene un alcance general y la Directiva se aplica a las relaciones de empleo del sector público, como el acceso laboral en las fuerzas armadas, corresponde al Tribunal comprobar si las medidas adoptadas por las autoridades nacionales en el ejercicio del margen de apreciación que se les reconoce persiguen, en realidad, el objetivo de garantizar la seguridad pública, y si son adecuadas y necesarias para alcanzar ese objetivo.

El derecho comunitario no se opone a que el servicio militar obligatorio esté reservado a los hombres. Ciertamente, las decisiones de los Estados Miembros relativas a la organización de sus fuerzas armadas no pueden quedar completamente excluidas de la aplicación del derecho comunitario, especialmente cuando se trata de la observancia del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en particular en materia de acceso a los empleos militares. Sin embargo, de ello no se desprende que el derecho comunitario regule las decisiones de organización militar elegidas por los Estados Miembros que tengan por objeto la defensa de su territorio y de sus intereses esenciales, como la decisión de garantizarla a través de un servicio militar obligatorio. El retraso sufrido por la carrera profesional de los reclutas es una consecuencia inevitable de tal elección y no implica que esté comprendida en el ámbito de aplicación del derecho comunitario.

En efecto, so pena de usurpar las competencias propias de los Estados Miembros, la existencia de repercusiones desfavorables en el acceso al empleo no puede obligar al Estado Miembro de que se trate a extender a las mujeres la carga de prestar el servicio militar y, por tanto, a imponerles las mismas desventajas en la materia, ni a suprimir el servicio militar obligatorio.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, sentencia del 11-3-2003, asunto C-186/01, *Alexander Dory contra Bundesrepublik Deutschland*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 2003-3, p. 2479.

DERECHO COMUNITARIO. TRANSEXUALES. DERECHO A LA IGUALDAD. DERECHO A CASARSE. PENSIÓN POR FALLECIMIENTO DE CÓNYUGE. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 12 (COMUNIDAD EUROPEA-REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: la *Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)* planteó, con arreglo al art. 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (CE), una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 141 CE y de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, del 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. Esta cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre *K.B.*, afiliada al régimen de pensiones del *National Health Service* (Servicio Nacional de Salud; en lo sucesivo, NHS), y la *NHS Pensions Agency* (Oficina del Régimen de Pensiones) y el *Secretary of State for Health*, en relación con la negativa a conceder una pensión de viudez a su compañero transexual. *K.B.*, actora en el proceso principal, es una mujer que ha trabajado aproximadamente 20 años para el NHS como enfermera y está afiliada al *NHS Pension Scheme*. Ésta ha mantenido una relación sentimental y de convivencia durante varios años con *R.*, que nació mujer y fue inscrita como tal en el Registro de Nacimiento, pero tras someterse

a una operación quirúrgica de cambio de sexo, se transformó en hombre y no pudo corregir su certificado de nacimiento a fin de legalizar ese cambio. En consecuencia, en contra de sus deseos, *K.B.* y *R.* no pudieron casarse. Al no existir matrimonio, la Oficina del Régimen de Pensiones del NHS comunicó a *K.B.* que, si ella falleciera antes que *R.*, ésta no tendría derecho a gozar de la referida pensión, dado que sólo se paga al cónyuge sobreviviente, y que ninguna disposición del Reino Unido reconoce a una persona como tal en ausencia de matrimonio legal. *K.B.* presentó entonces una demanda ante el *Employment Tribunal* alegando que las disposiciones nacionales que restringen la pensión a viudos y viudas de los miembros del sistema constituyen discriminación sexual y son contrarias al art. 141 CE y a la Directiva 75/117, ya que esta normativa exige que, en tal contexto, el término “viudo” sea interpretado de modo que incluya al sobreviviente de una pareja que habría alcanzado esa condición si su estado sexual no hubiese sido el resultado de una operación de cambio de sexo. Tanto el *Employment Tribunal*, en su fallo del 16 de marzo de 1998, cuanto el *Employment Appeal Tribunal* de Londres, en su sentencia de apelación del 19 de agosto de 1999, consideraron que el sistema de pensiones en cuestión no era discriminatorio.

2. Sentencia:

Las prestaciones otorgadas con arreglo a un régimen de pensiones que varían, esencialmente, en función del empleo que ocupaba el interesado están vinculadas a la retribución que percibía este último y comprendidas dentro del ámbito de aplicación del art. 141 CE.

Tiene declarado el Tribunal, asimismo, que una pensión por viudez, que se otorga en un sistema como el aquí cuestionado, está incluida en tal ámbito de aplicación (v. C-262/88, *Barber*, párr. 28, y C-351/00, *Niemei*, párr. 40). Esta interpretación no queda desvirtuada por el hecho de que esa pensión, por definición, no se paga al trabajador sino a su sobreviviente, ya que el subsidio es una ventaja que se origina en la pertenencia del cónyuge al sistema y recae en el sobreviviente en razón del vínculo laboral de aquél (asuntos C-109/01, *Ten Oever*, párrafos 12 y 13, y C-379/99, *Menauer*, párr. 18). Por lo tanto, la pensión abonada en el marco de un régimen profesional de seguridad social como el establecido en el NHS constituye una remuneración en el sentido de la normativa comunitaria citada.

La decisión de reservar algunos beneficios a parejas que hayan contraído matrimonio, excluyendo a todas aquellas personas que viven juntas sin estar casadas, obedece o bien a la decisión del legislador o bien a la interpretación de las normas jurídicas de derecho interno efectuada por los órganos jurisdiccionales nacionales, sin que los particulares puedan invocar discriminación alguna por razón de sexo, prohibida por el derecho comunitario (asuntos acumulados C-122/99 P y C-125/99, *D. y Suecia v. Consejo*, párrafos 37 y 38).

En este caso, el requisito no puede considerarse discriminatorio *per se* en razón del sexo y, consecuentemente, contrario al art. 141 CE o a la Directiva 75/117, ya que, a efectos del otorgamiento de la pensión, es irrelevante que el demandante sea hombre o mujer.

Sin embargo, existe una desigualdad de trato que, si bien no socava el goce de un derecho protegido por el derecho comunitario, afecta uno de sus presupuestos. Concretamente, no incide en el reconocimiento de una pensión por viudez, sino en una condición previa indispensable para su concesión, es decir, la capacidad para contraer matrimonio.

En efecto, en el Reino Unido, una pareja heterosexual, en la que la identidad de alguno de sus miembros no es resultado de una operación de cambio de sexo, está en condiciones de casarse y, dado el caso, de acogerse a la pensión de supervivencia que forma parte de la remuneración de uno de ellos. En cambio, una unión como la de *K.B.* y *R.* no está en posición de percibirla, pues no puede satisfacer el requisito del matrimonio, tal como lo exige el Régimen de Pensiones del NHS.

El origen de esta imposibilidad objetiva reside: en el hecho de que la Ley Reguladora del Matrimonio de 1973 (*Matrimonial Causes Act 1973*) considera nulo todo matrimonio en el

que las partes contrayentes sean personas del mismo sexo; el sexo de una persona es el que figura en su certificado de nacimiento, y, por último, la Ley del Registro de Nacimientos y Defunciones (*Births and Deaths Registration Act*) no permite la modificación de un registro, salvo en caso de error de transcripción o material.

Corresponde señalar que la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que la imposibilidad de que un transexual se case con una persona del mismo sexo al que éste pertenecía con anterioridad a la operación, dado que a los fines del estado civil pertenecen al mismo sexo y que la legislación del Reino Unido no admite el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual, constituye una violación de su derecho al matrimonio, conforme al art. 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) -véase sentencias *Goodwin v. Reino Unido* e *I. v. Reino Unido*, párrafos 97 a 104 y 77 a 84, respectivamente-.

Una legislación como la controvertida en el caso, que vulnera la Convención y que impide que una pareja como *K.B.* y *R.* cumpla con el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda beneficiarse con parte de la remuneración del otro, debe considerarse, en principio, incompatible con los requisitos del art. 141 CE.

Puesto que compete a los Estados Miembros determinar las condiciones bajo las cuales se otorga reconocimiento legal al cambio de sexo de una persona en la situación de *R.* - como lo aceptó la Corte Europea en *Goodwin*-, es competencia de los tribunales nacionales decidir si en un caso como el presente una persona en la situación de *K.B.* puede invocar el art. 141 CE para obtener el reconocimiento de su derecho a designar a su pareja beneficiario de la pensión de supervivencia.

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

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, sentencia del 7-1-2004, asunto C-117/01, *K.B. v. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, en <http://www.curia.eu.int>.

DERECHO DE DEFENSA. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ART. 8. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, ART. 14 (BOLIVIA).

1. Antecedentes del caso: dentro del proceso disciplinario que se le siguió a la recurrente -titular del Juzgado de Instrucción de Cliza- por la supuesta falta grave de delegación de funciones, el tribunal sumariante, por resolución del 29 de julio de 2002, declaró no probada la acusación formulada. Ello motivó la presentación de un recurso de apelación, que resultó extemporáneo, por lo que la decisión fue declarada ejecutoriada. Ante esta determinación, el entonces denunciante promovió reposición, argumentando la falsedad de la fecha de notificación de la resolución, lo que fue rechazado. Con igual argumento, éste se dirigió al Pleno del Consejo de la Judicatura. Allí, los ahora recurridos, después de requerir informe al Director de la Unidad de Régimen Disciplinario -en el cual se sugería que se dé curso a la apelación debido al error del sello fechador-, dispusieron la nulidad de obrados hasta que se notifique nuevamente la citada resolución, fundándose en que: a) las normas procesales son de orden público y de cumplimiento obligatorio; b) como tribunal posee la facultad de revisar que el proceso se desarrolle sin vicios de nulidad, y c) que no se considera el fondo de la causa. Con estos antecedentes, la recurrente plantea amparo constitucional, por entender lesionados sus derechos fundamentales y garantías constitucionales (arts. 7.a y 16 de la Constitución Política del Estado).

2. Sentencia:

Previo al análisis de la problemática de fondo, se sostiene que no es aplicable al presente caso el principio de la subsidiariedad, motivo por el cual, ya que la recurrente no posee ninguna otra vía legal para lograr la protección inmediata y efectiva de sus derechos fundamentales y garantías constitucionales, se abre la vía del amparo constitucional.

Resulta procedente recordar, para dilucidar el planteo formulado, que el Tribunal, al interpretar la naturaleza y alcances del derecho a la seguridad jurídica, adoptó la definición establecida por la doctrina señalando que es “condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran, la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio”.

La Constitución consagra la seguridad como uno de los derechos fundamentales de las personas (entendida como exención de peligro o daño), de lo que se extrae que es deber del Estado proveer seguridad jurídica a los ciudadanos (art. 7.a).

Respecto al debido proceso consagrado como garantía constitucional (art. 16) y derecho humano (arts. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el Tribunal lo ha entendido en su jurisprudencia como “el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo en el que sus derechos se acomoden a lo establecido por disposiciones jurídicas generales aplicables a todos aquellos que se hallen en una situación similar... comprende el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”.

Para impugnar la resolución emitida por el tribunal sumariante, sólo está previsto el recurso de apelación, y el plazo para interponerlo es de tres días computables desde el día de la notificación. En el caso, el denunciante presentó su recurso fuera del plazo previsto por el Reglamento, ante lo cual el tribunal sumariante lo rechazó, ya que había declarado ejecutoriada su resolución.

El Pleno del Consejo de la Judicatura, al atender las denuncias planteadas sobre una supuesta irregularidad en la diligencia de notificación por fallas en el sello fechador, vulneró los derechos fundamentales y garantías constitucionales de la recurrente a la seguridad jurídica y al debido proceso. Debió remitir los antecedentes ante la autoridad competente para que investigue sobre el hecho, ya que no podía asumir de oficio la posibilidad de tal error.

Si bien es cierto que al denunciante en un proceso administrativo disciplinario también se le debe reconocer la garantía al debido proceso, no es menos cierto que no le es inherente el derecho a la defensa. De un entendimiento lógico y ontológico, la defensa responde a la acusación; el derecho a la defensa sólo está reconocido al denunciado o procesado, pero no al acusador, a quien se le consideran otros derechos como el acceso a la justicia, a la protección judicial, etc. Respecto al derecho de impugnar, por su negligencia, el denunciante dejó vencer el plazo para plantear su apelación, hecho que no puede ser subsanado por las autoridades recurridas infringiendo el procedimiento y lesionando los derechos fundamentales y garantías constitucionales de la recurrente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, sentencia del 15-4-2003, n° 0489/2003-R, en *Gaceta Constitucional*, Sucre, 2003, Tomo I, n° 46, p. 749.

DERECHO DE DEFENSA. GARANTÍAS PROCESALES. TESTIGOS. POSIBILIDAD DE INTERROGAR E IMPUGNAR SUS TESTIMONIOS (CHIPRE).

Corresponde al Poder Judicial la facultad de adaptar la legislación preexistente a las normas constitucionales en vigor. Conforme a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, no puede haber violación del derecho de un inculpado a impugnar la prueba aportada por cada testigo de cargo. La relación entre el derecho a un debido proceso y el derecho de cada parte del proceso a interrogar a los testigos que declaran contra ellos es un aspecto esencial de la administración de justicia. De no existir esta posibilidad, la parte se ve privada de las garantías de la justicia natural para su defensa. Este derecho está incluido en la noción de debido proceso y está directamente protegido en todo procedimiento judicial por las disposiciones del art. 30.3c de la Constitución.

En consecuencia, las disposiciones del art. 4.2 del capítulo 9 de la Ley sobre la Prueba, que permiten producir la declaración de un testigo aun cuando no es posible interrogarlo e impugnar su testimonio son contrarias a las prescripciones expresas de la Constitución (arts. 30.3 c y 12.5d). El no respeto de las garantías al debido proceso conlleva la anulación del proceso.

CORTE SUPREMA DE CHIPRE, sentencia del 30-9-2002, 7056-7057, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 2, p. 252.

DERECHO DE DEFENSA. NON BIS IN IDEM. IMPUESTOS. SANCIÓN PENAL. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 6 Y PROTOCOLO 7, ART. 4 (NORUEGA).

1. Antecedentes del caso: A. y B. fueron sancionados con un aumento del 60% en sus impuestos por no haber declarado el plus-valor imponible ocurrido en ocasión de la devolución de opciones de compra de acciones. Posteriormente se inició un procedimiento penal contra ambos. En él, A. y B. sostuvieron que la persecución penal debía dejarse sin efecto en virtud de la prohibición de un nuevo procedimiento penal para un mismo caso, prevista en el art. 4.1 del Protocolo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Protocolo 7). En Primera Instancia se decidió abandonar la persecución, lo que no fue avalado por la Cámara. En este punto, el caso llegó al pleno de la Corte Suprema.

2. Sentencia:

La prohibición de un nuevo proceso penal en un mismo caso, prevista en el art. 4.1 del Protocolo 7, impide acciones penales cuando una sanción definitiva de un aumento de impuesto suplementario se infligió a causa de un mismo comportamiento.

La aplicación de esta norma presupone que no exista diferencia material entre las condiciones previstas por las dos disposiciones penales en cuestión. La descripción del tipo del art. 10-2.1 de la ley relativa al cálculo del impuesto era idéntica a la del art. 12-1.1 de la misma ley. Asimismo, las condiciones subjetivas requeridas para que exista violación de la norma eran las mismas para las dos disposiciones.

El citado art. 4.1 impone condiciones en lo relativo a la naturaleza y al tenor del procedimiento y de la sanción. Una condena penal impide persecuciones penales posteriores por los mismos hechos. Esto debe aplicarse igualmente a la imposición de un aumento suplementario en el monto de un impuesto que, en virtud de una decisión de la Asamblea Plenaria del 23 de junio de 2000, se considera como una acusación penal en el sentido del art. 6 de la Convención. Un procedimiento que conduce a una acusación en materia penal debe ser, por regla general, valorado como un procedimiento penal. Un aumento suplementario en el impuesto es manifiestamente una sanción penal, y una persona que sufre ese aumento debe considerarse “sancionada penalmente” en un “procedimiento penal”.

CORTE SUPREMA DE NORUEGA, sentencia del 3-5-2002, 2001/1527, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 2, p. 307.

DERECHO DE DEFENSA. PLAZO RAZONABLE. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 6 (CROACIA).

Un tribunal no puede alegar problemas de organización o falta de personal para justificar la ausencia de actividad en la tramitación de una causa durante un plazo excesivo, dado que los Estados Miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) están obligados a organizar su sistema jurídico de forma tal que los tribunales puedan cumplir las obligaciones previstas en el art. 6.1 de la Convención. No corresponde considerar como una circunstancia objetiva, que explica la lentitud del procedimiento, la justificación dada por el tribunal cuando plantea la licencia por enfermedad de los jueces competentes.

La violación del derecho constitucional a obtener una decisión judicial en un plazo razonable debe examinarse considerando cada causa en particular. En este caso concreto, se constató una ausencia total de actividad del tribunal competente en el marco de una causa civil juzgada en primera instancia; el desarrollo del procedimiento no indicaba que el tribunal haya tenido algún problema particularmente complejo que resolver en el marco de la causa. El autor del recurso de inconstitucionalidad, por su parte, no contribuyó, con su comportamiento, a prolongar la duración del proceso; por el contrario, se dirigió por escrito al tribunal para tratar de acelerarlo solicitando que se tomaran las disposiciones pertinentes.

Por todo ello, se violó el derecho constitucional de la peticionante, garantizado por el art. 29.1 de la Constitución. Se fija un plazo de seis meses para pronunciarse.

CORTE CONSTITUCIONAL DE CROACIA, sentencia del 10-7-2002, U-III A-880/2002, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 2, p. 263.

DERECHO DE DEFENSA. PRESUNCION DE INOCENCIA. **BANCOS.** DESIGNACION DE CANDIDATOS. EXAMEN DE ANTECEDENTES (POLONIA).

No violan el principio de presunción de inocencia previsto por la Constitución las disposiciones de la ley sobre bancos que prevén que el Comité de Vigilancia de éstos debe rechazar la designación, como miembro del consejo de dirección, de personas contra las cuales se iniciaron procesos penales o procedimientos como consecuencia de actos delictivos.

El Comité de Vigilancia es una autoridad que, con base en las disposiciones pertinentes de la ley sobre bancos, tiene competencia para fijar las reglas de funcionamiento de esas entidades, controlar la manera en que aplican la ley y realizar exámenes periódicos de su situación financiera. Las responsabilidades del Comité incluyen, en particular, el examen de los antecedentes de las personas cuya candidatura es propuesta para puestos importantes y la designación de aquéllos que sean más competentes para cumplir las funciones en el futuro. La negativa de designar a alguien en un puesto dado, con independencia de los motivos, no puede considerarse como una sanción contra esa persona.

El legislador tiene razón en suponer que las personas contra las cuales se iniciaron procesos penales o procedimientos como consecuencia de actos delictivos no deben ser nombrados en puestos que dan gran prestigio social. La negativa de nombrar una persona en el consejo de dirección de un banco no limita de manera alguna la libertad del candidato de presentarse en otro tipo de empleo. El alcance de la presunción de inocencia no puede ser

comprendida de manera tan amplia que limite la libertad de decidir quién debe ocupar puestos en instituciones fundadas en la confianza del público y caracterizadas por responsabilidades importantes y un gran prestigio social. Asimismo, no puede admitirse el argumento por el cual el rechazo de nombrar una persona como miembro del consejo referido equivale a una sanción o puede compararse con una sanción penal. En las disposiciones en cuestión, el legislador solamente limitó la posibilidad de cumplir una función específica en un establecimiento particular durante una cierta cantidad de tiempo. En tal sentido, fue guiado por el objetivo de proteger los intereses de los clientes del banco.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 29-1-2002, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 2, p. 312.

DERECHO DE DEFENSA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. PRUEBA. VALIDEZ. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 6 (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: los demandantes fundamentaron la violación del derecho a la presunción de inocencia en la ausencia de prueba de cargo que sustentó sus condenas, ya que la autoría de los hechos se consideró acreditada a través de los testimonios de referencia de los agentes de seguridad que efectuaron las detenciones.

2. Sentencia:

2.1. El contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia se identifica como el derecho a no ser condenado si no es en virtud de pruebas de cargo, obtenidas con todas las garantías, a través de las cuales sea posible considerar acreditado, de forma no irrazonable y conforme a las reglas de la lógica y la experiencia, el hecho punible en todos sus elementos y la intervención del acusado en ellos.

Ahora bien, expuesta la afirmación genérica, conviene realizar algunas precisiones. En principio, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio tendrá lugar, necesariamente, en el debate contradictorio que se desarrollará ante el mismo juez o tribunal que dictará sentencia. Con carácter excepcional admitió este Tribunal la validez de prueba preconstituida siempre que se observara el cumplimiento de determinados requisitos materiales (imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral), subjetivos (necesaria intervención del juez de instrucción), objetivos (posibilidad de contradicción) y formales (introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos).

En segundo término, si bien la prueba testifical debe realizarse en el juicio oral, pues de sus propias características no deriva ni su carácter irreplicable ni una imposibilidad genérica de ser practicada, excepcionalmente puede ser incorporada en el proceso como prueba anticipada si, dadas las circunstancias del caso, existe una imposibilidad real de su incorporación en juicio (no concurrencia del testigo por fallecimiento).

La tercera precisión, referida ya al testimonio de referencia, parte de su admisión como uno de los actos de prueba que los tribunales penales pueden tomar en consideración en orden a fundar la condena, si bien se ha negado que por sí sola y en cualquier caso pueda erigirse en prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. La reserva a su aceptación se fundamenta, por un lado, en que en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y, por otro, en la limitación de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba que su utilización comporta.

En efecto, incorporar al proceso declaraciones testificales de referencia implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba, pues impide que el juez presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de

elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad. Asimismo, supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar y someter a contradicción el testimonio, que integra el derecho a un proceso con todas las garantías, reconocido en el art. 6.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). Los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 de la Convención “cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario” (Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 27 de febrero de 2001, caso *Lucà*).

2.2. En el caso, la única prueba de cargo con contenido incriminador que acredita la autoría del robo atribuido a los acusados es la identificación efectuada por la víctima y sus acompañantes en el momento en que aquéllos fueron detenidos, y es la que se tuvo en cuenta para sustentar la condena. La identificación realizada ante la policía podía haber sido incorporada al proceso mediante la lectura del documento que garantizara su ratificación ante el juez de instrucción en tanto que prueba preconstituida, o bien mediante las declaraciones efectuadas en el juicio oral por los agentes que la presenciaron.

Como prueba preconstituida, no podía ser incorporada sin lesionar el derecho a un proceso con todas las garantías ni sustentar la condena sin afectar el derecho a la presunción de inocencia, ya que en tales actuaciones no estuvieron presentes los acusados ni su abogado, por lo que no fue salvaguardado el derecho de interrogar y contestar a los testigos. La falta de contradicción de la prueba en el momento de su práctica no puede justificarse, pues no es éste un caso en el que el acusado estuviera en paradero ignorado, que hiciera imposible o no factible su sometimiento.

Ante ello, el a quo entendió que era posible incorporar la identificación de los acusados como autores del robo a través de las declaraciones realizadas en el juicio oral por los policías. Pues, aunque este Tribunal haya declarado que la residencia fuera del territorio nacional constituye una dificultad para la comparecencia en juicio que no puede ser equiparada con “la imposibilidad de citación o de articular fórmulas para trasladar directamente al proceso las declaraciones de la víctima del delito”, ello no significa que en las condiciones del caso no pudiera utilizarse el testimonio de referencia, partiendo de la efectiva residencia de los testigos presenciales en el extranjero.

A tal efecto, se incorporó un elemento probatorio plenamente incriminatorio -la identificación de los acusados- y no un mero indicio, de modo que, por sí mismo y sin la concurrencia de otra prueba, es suficiente para considerar acreditada la autoría de los hechos.

Por tanto, las resoluciones impugnadas no han infringido el derecho a la presunción de inocencia de los recurrentes, ya que, a pesar de la injustificada omisión de la citación de la defensa a la ratificación de las declaraciones de la víctima, la condena se ha sustentado en una actividad probatoria de cargo suficiente obtenida con todas las garantías.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia del 22-10-2001, nº 209/2001, en *Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2001, tomo 61, p. 456.

DERECHO DE DEFENSA. PROCESO PENAL. CONDENA POR UN HECHO QUE NO HABÍA SIDO OBJETO DEL REQUERIMIENTO DE ELEVACIÓN A JUICIO. **PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN** (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: los defensores de quienes fueron condenados por los delitos de atentado a la autoridad y robo a un agente de policía, a quien le arrebataron la pistola reglamentaria, sostuvieron que la acusación fue inválida, en la medida en que el Ministerio Público no ejerció su pretensión punitiva ni requirió pena alguna respecto de la sustracción del

arma, ya que sostuvo en su alegato que si bien cabía el reproche por la sustracción y la tenencia del arma, ello no había sido materia de requerimiento de elevación a juicio; consecuentemente solicitó a este respecto que se devolvieran las actuaciones a la justicia de instrucción a fin de que se investigara el robo de la pistola.

2. Sentencia:

Según surge del requerimiento de elevación a juicio y de lo actuado durante el debate, el hecho llegó a juicio sin que estuvieran claras muchas de sus particularidades. Por ejemplo, se estableció sólo durante el debate que habrían sido los procesados quienes, al atacar al agente, lo habían despojado de su arma reglamentaria; como consecuencia, al finalizar la producción de la prueba, el fiscal describió el hecho incluyendo esta nueva circunstancia, pero indicó expresamente que, por una valla procedimental (el no haber estado incluida en el requerimiento), debía quedar fuera de la acusación.

En lo fundamental, el tribunal oral consideró que, en la medida en que la circunstancia “sustracción del arma” había sido incluida en la descripción que el fiscal hizo del resultado de la prueba producida en el debate, su pretensión de excluirla para que fuera investigada en forma autónoma era irrelevante, por cuanto se trataría de un caso de concurso ideal, por lo cual sería improcedente separar esa circunstancia de hecho, integrante de un único acontecimiento histórico. Sobre esa base, condenó también por el delito de robo en poblado y en banda.

Según surge del requerimiento de elevación a juicio, la circunstancia de que los procesados se hubieran “apoderado” del arma, en los términos del delito de robo, no fue incluida, sino que, a lo sumo, se sostuvo que la habrían utilizado durante el atentado a la autoridad. En este sentido, la reinterpretación de lo que el fiscal expresó en el requerimiento que hizo el tribunal oral al considerar que, a pesar de “una objetable falta de definición sobre el punto”, la secuencia de la descripción permitía tener por incluido el apoderamiento del arma, no es más que una conclusión arbitraria, que distorsiona la exigencia básica del derecho de defensa con respecto a la necesidad de que la acusación sea clara y circunstanciada.

Si bien es cierto que el tribunal de juicio no se encuentra vinculado por la calificación jurídica seleccionada por el fiscal y que el enjuiciado ha de defenderse de una imputación consistente en la descripción de un “acontecimiento histórico”, en el caso el fiscal había indicado que la circunstancia “apoderamiento del arma” integraba el acontecimiento histórico tal como posiblemente había sucedido, pero no tal como podía ser legítimamente juzgado por el tribunal. En efecto, la exclusión que el fiscal hace de esa circunstancia se basó en un argumento normativo y no fáctico: que no había estado incluida en el requerimiento. En tales condiciones, la defensa no se ve sorprendida por una diferente calificación jurídica del hecho que bien pudo haber previsto (concurso ideal en vez de concurso real), sino por la incorporación de una circunstancia agravante que el fiscal había excluido del objeto de la acusación por razones procesales: en otras palabras, la defensa se ve sorprendida por la violación al principio de congruencia. En este sentido, carece de relevancia que hubiera cuestionado efectivamente que se remitieran las actuaciones a instrucción, sobre la base de que esto “fragmentaría” el hecho, pues ello no alcanza para satisfacer el derecho de defensa. En efecto, la perspectiva con la que enfocó el problema fue la posible violación al *ne bis in idem*, y no la procedencia y alcances de la valoración de ese aspecto del hecho dentro del art. 54 del Código Penal, como hubiera correspondido.

No obsta a lo señalado que la calificación de concurso ideal tenga como única consecuencia que la circunstancia en cuestión sea relevante para la determinación de la pena, en la medida en que se trata de un aspecto del hecho de suma significación para la agravación del delito, que fue descrito de una forma y no de otra, y respecto de la cual los imputados tenían derecho a ejercer su defensa. Esto se advierte en forma palmaria en el caso del imputado a cuyo respecto la subsunción del hecho como robo agravado en concurso ideal con atentado a la autoridad tuvo el efecto concreto, por aplicación de la regla establecida en el art.

54 del Código Penal, de reemplazar por una más grave la escala penal de la que el tribunal partió al momento de individualizar la pena.

En la medida en que ni en el requerimiento de elevación a juicio ni en el alegato final del fiscal existió una descripción suficiente del hecho sometido a juzgamiento que incluyera la circunstancia “apoderamiento del arma”, la cuestión planteada en el presente se aparta de la doctrina del precedente en el que se admitió la posibilidad de que el tribunal de juicio condenara a pesar del pedido de absolución del fiscal, pero nunca llegó al extremo de afirmar que no hiciera falta que el hecho por el que se condena al imputado hubiera sido previamente descrito en forma circunstanciada -en su caso, en el requerimiento de elevación a juicio- a fin de que el imputado hubiera podido ejercer su derecho de defensa en forma razonable.

2.1. Voto concurrente de los Dres. Carlos S. Fayt y Adolfo Roberto Vázquez

En la medida en que el requerimiento de elevación a juicio careció de una descripción suficiente del acontecimiento histórico sometido a juzgamiento del tribunal, en tanto no incluyó la circunstancia “apoderamiento del arma”, la cuestión a decidir se distingue claramente de lo resuelto en el precedente del tribunal; de éste no se podría derivar, de ningún modo, la convalidación de una condena que no estuviera precedida por una acusación clara y circunstanciada. La posibilidad de condenar a pesar del pedido de absolución del fiscal de juicio -sin vulneración del derecho de defensa- pudo formularse, precisamente, como corolario de la existencia de una acusación válida. En efecto, sólo sobre esta premisa pudo enunciarse una doctrina como la allí establecida. La concurrencia de una acusación así definida, contenida en el requerimiento de elevación a juicio, es indispensable para garantizar el debido proceso legal. Por el contrario, los informes finales (*Plädoyer*) sólo tienen por misión permitir a las partes una valoración del contenido del debate como facultad otorgada a aquéllas para influir sobre la voluntad del juzgador, quien conserva el poder de decisión sobre la procedencia o improcedencia de la acusación contenida en aquel requerimiento. Es por ello que, en tanto único objeto alrededor del cual se instala el debate, su correcta formulación -como imputación a una persona determinada de un hecho delictivo concreto y singular- resulta aún más exigible para garantizar la inviolabilidad de la defensa.

Las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio exigen que la acusación describa con precisión la conducta imputada, a los efectos de que el procesado pueda ejercer en plenitud su derecho de ser oído y producir prueba en su descargo, así como también el de hacer valer todos los medios conducentes a su defensa, que prevén las leyes de procedimientos. En efecto, así como “el demandado en juicio civil no se podría defender si no existiera esa concreta y clara manifestación de voluntad que debe estar contenida en la demanda, el imputado no se podría defender si el juicio penal no reposara en una acusación formal que describa el hecho delictuoso que se le atribuye. Nadie puede defenderse debidamente de algo que ignora”. Ello resulta un requisito ineludible del principio de contradicción, que -en tanto enfrentamiento dialéctico entre las partes- coloca a la defensa en posición de resistir la acusación y controlar la prueba de cargo. Precisamente, lo que debe evaluarse en cada caso es que el imputado haya tenido la posibilidad de colocarse en una situación tal capaz de resistir la acusación. Para ello es necesario verificar si la sentencia contuvo alguna precisión que hubiera podido significar una “sorpresa” para quien se encuentra sometido a proceso, es decir, algo que no haya podido rebatir.

Se observa claramente en el caso que la acusación -requerimiento fiscal de elevación a juicio- no presentó todos los elementos para garantizar una defensa válida y razonable. En efecto, al omitirse en ella la circunstancia “apoderamiento del arma”, el imputado no vio satisfecho su derecho a conocer todas las consecuencias que podían derivarse de la comprobación de su conducta delictiva en el presente caso.

Por último, cabe puntualizar que si, contrariamente a lo dicho hasta aquí, se admitiera la posibilidad de condenar por un hecho distinto al contenido en la requisitoria de elevación a juicio, se arribaría a la inadmisibles consecuencia de dejar en manos del tribunal la

determinación del objeto mismo de la acusación, lo que además de violar el principio de contradicción afectaría el principio de imparcialidad. En efecto, el principio acusatorio supone como regla de garantía que el juzgador quede ligado a la acusación en el sentido de su imposibilidad de condenar a persona distinta de la acusada y por hechos distintos de los imputados en el requerimiento de elevación a juicio.

En el caso, se ha verificado una clara distorsión de la garantía de defensa en juicio, en tanto la condena no ha respetado el principio acusatorio formal y la exigencia de que al juicio preceda una acusación clara y circunstanciada acorde con los principios de imparcialidad y contradicción.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 6-7-2004, F.179.XXXVII, *Fariña Duarte, Santiago y otros s/ recurso de casación*.

DERECHO DE PROPIEDAD. LÍMITES. INTERÉS GENERAL. DEPÓSITOS BANCARIOS EN MONEDA EXTRANJERA. DERECHO A LA IGUALDAD (URUGUAY).

1. Antecedentes del caso: los presentantes, en su calidad de partes en el contrato de depósito a plazo fijo en moneda extranjera constituido en el Banco de la República Oriental del Uruguay, promovieron acción de inconstitucionalidad de los arts. 3 y 4 de la ley n° 17.523, que prorrogaron el vencimiento de tales depósitos, por ser violatorios de los derechos de propiedad, igualdad y libertad, amparados por la Constitución de la República (arts. 7 y 8).

2. Sentencia:

2.1. El derecho a la propiedad, como todo otro derecho (salvo el derecho a la vida), no es absoluto ni irrestricto, y tolera las limitaciones que la ley establezca por razones de interés general. La tutela y reglamentación de tales derechos importa, en la generalidad de los casos, una colisión entre dos órdenes de intereses, el subjetivo del titular y el colectivo de la sociedad, y en la dilucidación legislativa del conflicto, si no existe posibilidad de conciliarlos, el primero debe ceder en tributo de los intereses comunitarios, cuya valoración prioritaria es incuestionable en todo estado de derecho.

Parece claro que toda restricción y aun privación por vía legal de los derechos individuales fundada en claras razones de interés general no puede comprometer la regularidad de la ley, máxime cuando el propio mandato constituyente así lo proclama y patrocina (art. 7.2 de la Constitución).

Las razones de interés general, en este caso, subyacen en la *ratio* de las disposiciones cuestionadas y lucen en la exposición de motivos que acompañó el proyecto de la ley 17.523, que es la situación de crisis económico-financiera -hecho notorio- que generó la necesidad de prorrogar los vencimientos de los depósitos existentes en el país constituidos a plazo fijo en moneda extranjera antes del 30 de julio de 2002.

En el momento en que se dictaron las normas impugnadas, sin duda, existían poderosas razones de interés general para adoptar las medidas en ellas incluidas, como lo fue el retiro del 45% de los depósitos de la plaza local.

La Constitución ha consignado limitaciones especiales respecto a algunos derechos, pero no siendo posible prever ni establecer en ella las condiciones a que sería menester subordinarlos para hacerlos adaptables a la vida de relación, ha confiado al Poder Legislativo la misión de reglamentar su ejercicio, poniendo, al mismo tiempo, un límite a esa facultad reguladora. Al Tribunal le incumbe, pues, examinar si la limitación de derechos se encuadra en los márgenes del interés general, pero sin que le quepa juzgar el mérito o acierto de la ley concreta, que constituye obviamente otro aspecto de la cuestión. En consecuencia, no puede declararse inaplicable una ley dictada por razones de interés general alegando que hubiera sido

más acertada o preferible una solución de mérito distinta. Ello, en rigor, pertenece a la órbita o potestad de la Asamblea General (art. 85.3 de la Carta).

2.2. Tampoco se advierte que haya sido vulnerado el principio de igualdad de las personas ante la ley. Este principio, consagrado por el art. 8 de la Ley Fundamental, importa la prohibición de imponer por vía legal un tratamiento discriminatorio, es decir, un tratamiento desigual, entre aquéllos que son iguales; pero no la de adoptar, por vía legislativa, soluciones distintas para situaciones o personas que se encuentran en posición diferente. Resulta ajustado a la normativa superior que se legisle para grupos o sectores de personas, siempre que éstos se constituyan racionalmente.

En el *sub examine* no se observa que se legislara en forma discriminatoria, sino que, en la situación especial prevista por las normas cuestionadas, a todos los integrantes del grupo considerado en ellas se les aplica por igual. La circunstancia de que el legislador haya comprendido a una determinada categoría de depósitos, como son los constituidos a plazo fijo en moneda extranjera, y no a los incluidos en cuentas corrientes y cajas de ahorro, además de que encuentra su fundamento en la diferente disponibilidad de éstos por parte del titular, no constituye una distinción que afecte el principio de igualdad, en tanto tolera el diverso tratamiento legislativo para distintas clases. Por tanto, en la medida que a todos los que integran el grupo se les aplica igual normativa, no corresponde entender violado el principio constitucional en cuestión.

2.3. Con relación a la vulneración del derecho a la protección en el goce de la libertad contractual planteada, debe decirse que tampoco es absoluto: tal libertad es pasible de limitación legal por razones de interés general.

Sin perjuicio de señalar que resulta extremadamente pernicioso legislar sobre contratos en vías de ejecución, es preciso poner de relieve que no toda ley que modifique sus efectos es inconstitucional, puesto que el constituyente ha otorgado dicha potestad al legislador, en tanto se atenga al interés de la generalidad y a preservar el beneficio de la mayoría de los distintos grupos que componen la sociedad.

2.4. Se asiste, en definitiva, a un conflicto entre el derecho y el interés general o entre diversos intereses generales. En tal situación, el legislador se ve abocado a la consulta del interés general superior, que no es otro que el que contemple el mayor beneficio para la sociedad en la emergencia; y ante la hipótesis de verdadera necesidad, deberá preferirse y sacrificarse uno por otro. Se debe apreciar el tema según la escala de valores que exista en el país en cierto tiempo, a los fines de determinar cuál es el interés general que se califica de superior y que, por lo tanto, permite privar o limitar esos derechos, alejándolos de su mismo plano.

Sin ninguna duda, son excepcionálísimas las circunstancias que se dan en el caso y que justifican que el legislador, contemplando ese interés general eje de la cuestión, adopte las soluciones como las ahora impugnadas.

Por estos fundamentos, por unanimidad, se desestima la acción de inconstitucional interpuesta, con costas.

Nota de la Secretaría: los artículos de la ley 17.253 cuestionados dicen: “Prorróganse los vencimientos de los depósitos existentes en el país y constituidos a plazo fijo en moneda extranjera en el Banco de la República Oriental del Uruguay y el Banco Hipotecario del Uruguay antes del día 30 de julio de 2002. Lo dispuesto precedentemente, no comprende a los intereses generados o que generen tales depósitos, que serán atendidos normalmente”(art. 3); y “La prórroga establecida cesará en un término máximo de un año para el 25% (veinticinco por ciento) de las sumas depositadas, en dos años para el 35% (treinta y cinco por ciento) y en tres años para el restante 40% (cuarenta por ciento). Los plazos mencionados se computarán a partir de los respectivos vencimientos” (art. 4).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY, sentencia del 14-5-2004, n° 133/04, *Armando Lamagni, Roberto y otro c/ Banco de la República Oriental del Uruguay, Ministerio de Economía y Finanzas y Banco Central del Uruguay - acción de inconstitucionalidad arts. 3 y 4 de la ley n° 17.523.*

DERECHO DE PROPIEDAD. SANCIÓN PECUNIARIA. RAZONABILIDAD. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (REPÚBLICA CHECA).

Una sanción prevista por la ley, por mínima que sea, debe definirse teniendo en cuenta la situación personal y los recursos del autor de la infracción, por lo menos en cierta medida. La sanción impuesta, aun cuando su monto se reduzca al mínimo, no debe conducir a la quiebra del autor de la infracción ni imposibilitar durante varios años la continuación de la actividad comercial que haya ejercido.

Se violan las libertades y derechos fundamentales cuando la sanción impuesta perturbe de manera significativa las relaciones de propiedad. La importancia del perjuicio que puede resultar de esta violación debe ser tomada en cuenta para saber si la sanción es proporcional al objetivo buscado. La sanción mínima fijada por el legislador limita la libertad relativa que goza el órgano administrativo competente en el proceso de toma de decisión. Puede oponerse a que se tome en cuenta no sólo la gravedad de las infracciones específicas, sino también la situación económica de la entidad juzgada responsable de su comisión. En casos concretos, la sanción puede aparecer extremadamente injusta. Es, por lo tanto, necesario definir las reglas que el legislador debe seguir para fijar el nivel de la sanción mínima. En tal contexto, todo ataque al derecho de propiedad puede traducirse en la pérdida de la propiedad, a causa de la pena que modifica las relaciones de propiedad de la entidad en cuestión. De tal forma, no puede admitirse una sanción pecuniaria cuyo monto provoque la quiebra de la empresa. En principio, ese tipo de sanción representa la violación más grave al derecho de propiedad y podría generar la violación del art. 26.1 de la Carta (derecho de manejar una empresa y ejercer cualquier otra actividad económica).

De igual modo, viola el derecho de propiedad la sanción que excede las posibilidades financieras de las personas físicas de forma tal que vuelve prácticamente imposible su actividad. Si las personas físicas, como los gerentes de empresas, por ejemplo, se incluyen en este tipo de medidas, ello puede resultar en una amenaza grave no sólo para el autor de la infracción, sino también para otros miembros de su familia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA CHECA, sentencia del 13-8-2002, PI. US 3/02, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 2, p. 332.

DERECHOS HUMANOS. ASILO. REFUGIADO POLÍTICO. PERSECUCIÓN POR EL RÉGIMEN MILITAR. INDEMNIZACIÓN (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: la Cámara de Apelaciones desestimó la pretensión de que se asimile la situación de los asilados o refugiados políticos, en la que se había encontrado la actora, a la de quienes estuvieron a disposición de autoridades militares durante el último gobierno de facto. Consideró que ello excedía del marco indemnizatorio instituido por la ley 24.043, pues no podía equipararse la situación de quienes habiendo sido detenidos ilegítimamente fueron obligados a exiliarse con la de quienes optaron por el exilio por la propia valoración que realizaron de la situación imperante en aquella época. La actora sostuvo que las autoridades militares que detentaron el poder en ese período de la historia argentina asesinaron primero a su esposo y luego a su hijo, mientras que todo el grupo familiar,

conformado por veintiséis personas, fue perseguido políticamente, tuvo que buscar asilo político y diplomático en la embajada de México en Buenos Aires, y, después de permanecer varios días sin poder salir de la sede diplomática porque las vidas y libertades de sus integrantes corrían serios riesgos, abandonaron el país bajo el *status* de refugiados políticos. Afirmó, asimismo, que no tuvo la facultad de optar o de elegir salir del país, porque o abandonaba el territorio nacional y salvaba su vida, o permanecía y se enfrentaba a un destino por demás incierto y peligroso.

2. Sentencia: la mayoría del Tribunal se remitió al Dictamen del Procurador General de la Nación, quien expresó lo siguiente:

La actora sostuvo, en esencia, que su situación se encuentra aprehendida por el art. 21 de la ley 24.906, en cuanto establece que el beneficio indemnizatorio alcanzará a los civiles que hubieren estado a disposición de autoridades militares o del Poder Ejecutivo, de modo que amplía, *ratione personae*, el ámbito de aplicación de la ley 24.043. Señaló que es arbitraria la decisión de negar el derecho reparatorio a las personas que fueron perseguidas políticamente por el solo hecho de no haber estado detenidas a disposición del Poder Ejecutivo o de autoridades militares, máxime cuando ambas situaciones traducen una restricción a la libertad y, en general, al efectivo ejercicio de los derechos humanos que reconoce la Constitución y los tratados internacionales.

Así planteada la cuestión, conviene recordar que la ley 24.043, que contempla la situación de las personas que *durante la vigencia del estado de sitio hubieran sido puestas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, por decisión de éste, o que siendo civiles hubiesen sufrido detención en virtud de actos emanados de autoridades militares* (art. 11), tiene una finalidad reparadora de situaciones injustas, propias de la concepción absolutista y excluyente de todo disenso que imperó en esa etapa no lejana de la historia nacional, en la que la persecución se extendió no sólo a la persona que se alzaba contra el régimen, sino a su familia, a sus bienes y hasta a su memoria.

Fue por medio de esa ley, así como de otras posteriores complementarias, que el Congreso Nacional, al mismo tiempo que cumplió el compromiso asumido por la República ante organismos internacionales encargados de velar por los derechos humanos, expresó su voluntad política de compensar, al menos económicamente, a las personas privadas injustamente de su libertad durante ese período.

Así quedó plasmado en los debates que se suscitaron en ambas cámaras del Congreso al tratar el proyecto que luego se convirtió en la ley 24.043. En tal sentido, el senador Marín, autor del proyecto de ley y miembro de la comisión informante, aclaró que la finalidad perseguida era *hacer justicia a todos aquéllos que sufrieron una detención ilegal*, mientras que el senador Brasesco, por su parte, también resaltó que el bien jurídico tutelado por el proyecto es la libertad del hombre, la dignidad del ser humano y que *en nombre de esa dignidad del ser humano, de esa reparación histórica, hombres de las distintas bancadas, inclusive con interpretaciones distintas sobre el proceso que vivimos, llegamos a este proyecto que cuenta con dictamen de comisión. Se trata de un proyecto consensuado, madurado, que no se basó en el deber ser sino en lo que había ocurrido en el país.*

Asimismo, por su especial relación con el tema bajo examen, resulta pertinente traer a colación las expresiones vertidas en la Cámara de Diputados cuando se consideró el proyecto enviado por el Senado. En aquella oportunidad, ante el reclamo efectuado por el diputado Caviglia, que cuestionó al proyecto de ley por considerarlo injusto y perverso, ya que, en su opinión, no constituía una reparación integral, en tanto el beneficio no se otorgaba respecto de las víctimas del terrorismo de Estado *que no tuvieron la suerte de estar detenidos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional*, el diputado Gentile expresó que *el debate parlamentario serviría para aclarar el sentido que se ha querido dar a la redacción del proyecto, sin perjuicio de las imprecisiones que han quedado plasmadas y que son consecuencia de haberse*

incluido en el texto el régimen de pagos mediante mecanismos que surgen de la ley de convertibilidad... pues se estaba frente a una reparación histórica y los legisladores obraban con justicia frente a tantas arbitrariedades cometidas por años y en detrimento económico de numerosas personas cuyas vidas fueron arruinadas durante la vigencia del estado de sitio impuesto por el último gobierno militar.

A su turno, el diputado Lázara, aun cuando reconoció que las observaciones tenían una dosis de validez, consideró que la elección de cualquier otra alternativa, por más buena voluntad que se pusiera, podría hacer naufragar el proyecto y, en términos elocuentes, señaló que aquél *...resuelve [...] un gran problema que data del principio del proceso de reinstauración democrática. En 1983 muchos familiares de detenidos y las mismas personas que habían sufrido represión en la época de la dictadura consideraban doloroso recurrir a la justicia y hacer planteos y reclamaciones en torno al tiempo de detención o a las torturas sufridas. ...Este proyecto promueve por extensión las distintas cuestiones, amplía los márgenes del decreto originario, permite resolver problemas planteados y descomprime la situación anterior.*

Con el mismo espíritu reparador de las vejaciones a los derechos humanos padecidas en ese período de la historia nacional, el Congreso prorrogó varias veces el plazo previsto por la ley 24.043 para solicitar la reparación que establece (vgr., leyes 24.436, 25.497 y 25.814).

También en este contexto se encuentra la ley 24.906, que además aclaró que gozarán de la indemnización todas las personas que hubiesen estado a disposición del Poder Ejecutivo Nacional y de autoridades militares desde la fecha en que se declaró el estado de sitio que antecedió al advenimiento del gobierno militar y la asunción del gobierno democrático, es decir, desde el 6 de noviembre de 1974 hasta el 10 de diciembre de 1983, según surge de los fundamentos del proyecto de ley, presentado por los senadores Losada y Fernández Meijide.

Para tener un cabal marco de situación que permita desentrañar las finalidades que persiguió el legislador al sancionar estas leyes de contenido reparador y de tal modo contar con una guía segura al momento de evaluar su aplicación a los casos concretos, es necesario señalar que junto a la ley 24.043, el Poder Legislativo también plasmó la voluntad política de la Nación de compensar otro tipo de ultrajes a la dignidad humana que se cometieron en aquellos años, de igual o mayor intensidad que los previstos en esa ley.

En efecto, mediante la ley 24.411 se otorgó un beneficio extraordinario a los causahabientes de las personas que, al tiempo de su sanción, se encontraran en situación de desaparición forzada (art. 11), aclarando que en caso de duda sobre el otorgamiento de la indemnización prevista, deberá estarse a lo que sea más favorable al beneficiario, a sus causahabientes o herederos, conforme al principio de la buena fe (art. 61, texto según la ley 24.823).

La Corte, por su parte, ha señalado que la finalidad de la ley 24.043 fue otorgar una compensación económica a las personas privadas del derecho constitucional a la libertad, no en virtud de una orden de autoridad judicial competente, sino en razón de actos -cualquiera que hubiese sido su expresión formal- ilegítimos, emanados en ciertas circunstancias de tribunales militares o de quienes ejercían el Poder Ejecutivo de la Nación durante el último gobierno de facto y destacó que *lo esencial no es la forma que revistió el acto de autoridad... sino la demostración del menoscabo efectivo a la libertad, en los diversos grados contemplados en la ley 24.043*, pues ésta abarcó un amplio espectro que incluyó desde el menoscabo más radical a la libertad y a la vida, actos atentatorios de derechos humanos que podían provocar lesiones gravísimas o la muerte, hasta un quebranto más atenuado.

También la Procuración General tuvo en cuenta estos parámetros cuando debió expedirse sobre la aplicación de la ley 24.043 a distintos supuestos que, en principio, parecían no amoldarse a sus términos literales, pero que, en realidad, estaban comprendidos en el espíritu amplio que animó al legislador al establecer el régimen reparatorio.

A partir de las pautas indicadas y el contexto que impone el plexo normativo de reparación histórica a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos, debe analizarse si la situación planteada en autos encuentra cabida en la ley 24.043 y sus complementarias.

Es opinión del Procurador que cabe una respuesta afirmativa a dicho interrogante por la vocación reparadora que traducen las leyes bajo análisis, en tanto las condiciones en las que la actora tuvo que permanecer y luego abandonar el país demuestran que su decisión de ampararse, primero, bajo la bandera de una nación amiga, y emigrar después, lejos de ser considerada como voluntaria o libremente adoptada, fue la única y desesperada alternativa que tuvo para salvar su vida ante la amenaza del propio Estado o de organizaciones paralelas o, cuanto menos, de recuperar su libertad pues al momento de su decisión de extrañarse, ya sufría la mengua de tal derecho básico.

Por tanto, la sentencia apelada no se ajusta al amplio espíritu que guió al Congreso Nacional al dictar la ley que, según se viene analizando, buscó hacer efectivo el compromiso internacional asumido por la República y reparar sin restricciones extrañas a su propósito las graves violaciones a la dignidad del ser humano que se cometieron en aquellos años de nuestra historia reciente.

Pensar que el *sub lite* queda fuera del ámbito de aplicación de la ley 24.043 significa menospreciar la voluntad política de la Nación que surge nítidamente de los debates parlamentarios transcritos, ya que de ahí se deduce que el cuerpo legislativo, por encima de las precisiones terminológicas, procuró y puso su mayor dedicación en lograr un resarcimiento omnicompreensivo de quienes habían sufrido esa penosa situación.

Por ello, corresponde desestimar el razonamiento que pretende excluir de las reparaciones este tipo de violaciones a los derechos humanos, so capa de una interpretación literal, porque tanto la intención del legislador como la *ratio* del texto legal indican que situaciones como las aquí examinadas quedan aprehendidas en la ley, más allá de las imprecisiones de su texto.

Así, por sobre las dudas que puedan subsistir tras una exégesis literal, vale la pena reiterar que esta última solución recoge con fidelidad la voluntad legislativa, en tanto supone una inteligencia valiosa de lo que la norma ha querido mandar, que compatibiliza el fin común de la tarea legislativa y de la judicial, sin que sea obstáculo para ello la posible imperfección técnica de su instrumentación legal.

De tal forma, el fallo impugnado no se ajusta a la interpretación que cabe asignarle a la expresión *detención ilegal* que se utiliza tanto en las motivaciones como en el texto de la ley.

Porque *detención*, no sólo en esa ley sino también para el sentido común, significa distintas formas de menoscabo a la libertad ambulatoria. Así, curioso sería negarle el carácter de detenido, por ejemplo, al General José María Paz, cuando cambiando siete años de calabozo, fue trasladado a Buenos Aires, por decisión de Rosas, *teniendo la ciudad por cárcel*.

Además, el Tribunal ha considerado que, a los fines de la ley, la detención es equiparable al ostracismo, en tanto debe computarse el lapso transcurrido en el exilio por personas perseguidas ilegalmente (y no puede ser sino así, si se atiende que, conforme enseña la historia, el castigo de extrañamiento se reservó, principalmente, para quienes disintían con el régimen; y que, por su extremada crueldad, en cuanto involucra la prohibición de pisar el suelo natal, era considerado en la antigüedad como la mayor de las penas; entendimiento que queda reflejado en el pensamiento del filósofo: *cuán preferible es la muerte a ser privado de la vista de Atenas*).

Por ello, no cabe duda que también se encuentra ínsito en el concepto de detención de la ley en análisis el confinamiento obligado de toda una familia -abuelos, hijos, cónyuges y nietos- en el recinto de una embajada extranjera y su posterior exilio inexorable, como único medio de torcer el destino de muerte que ya habían sufrido dos de sus integrantes.

Por último, es oportuno señalar que el *sub lite* difiere del caso “López Rega” (*Fallos*: 323:1656), ya que, en dicha causa, la orden de detención librada contra la persona no pudo ser

cumplida porque se encontraba fuera del país, por propia decisión, desde mucho tiempo antes del dictado de la medida, en circunstancias totalmente diferentes a las que padeció la actora.

Nota de la Secretaría: el juez Antonio Boggiano, en voto concurrente, se remitió al precedente “Quiroga” (*Fallos*: 323:1491), donde se resolvió que la ley 24.043 resultaba aplicable a quien únicamente se le permitió escoger entre permanecer en cautiverio en el centro clandestino donde se hallaba detenido o exiliarse en otro país.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA (un juez emitió una opinión concurrente), sentencia del 14-10-2004, Y.43.XXXVIII, *Yofre de Vaca Narvaja, Susana c/ Ministerio del Interior - resolución M.J.D.H. 221/00 (expte. 443.459/98)*.

DERECHOS HUMANOS. TERRORISMO. PRESIDENTE DE LA NACIÓN. ATRIBUCIONES EN TIEMPOS DE GUERRA. COMBATIENTES ENEMIGOS. ARRESTO MILITAR. **DERECHO DE DEFENSA.** CONTROL JUDICIAL. **TRIBUNALES FEDERALES.** JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: agentes federales, por orden del Tribunal de Distrito Sur de Nueva York, detuvieron a José Padilla (ciudadano norteamericano) para hacerlo comparecer mediante la fuerza pública a prestar declaración como testigo importante en la investigación que el Gran Jurado de ese distrito estaba realizando por los ataques terroristas de *al Qaeda* del 11 de septiembre de 2001. Padilla pidió la anulación de la medida, pero, antes de que el tribunal resolviera, el presidente de los Estados Unidos dictó una orden al Secretario de Defensa en la que se declaraba a Padilla “combatiente enemigo” y se disponía su arresto en una prisión militar. En un primer momento, Padilla quedó detenido en Nueva York, pero luego fue trasladado a una prisión naval en Charleston, Carolina del Sur. Su abogado, entonces, interpuso un pedido de hábeas corpus fundado en el art. 2241 del Título 28 del Código de los Estados Unidos, alegando que el arresto militar de Padilla violaba la Constitución. La acción fue promovida contra el Presidente, el Secretario de Defensa y Melanie Marr, comandante de la prisión. El Gobierno pidió la desestimación de la demanda alegando, entre otras cosas, que Marr -guardián inmediato (*immediate custodian*) de Padilla- era la única demandada apropiada o admisible (*proper respondent*) y que el Tribunal de Distrito carecía de jurisdicción sobre la oficial naval, porque ella se encontraba fuera del territorio de ese distrito. El tribunal sostuvo que el Secretario había estado personalmente involucrado en la detención militar de Padilla, y que esto lo convertía en un demandado apropiado o admisible, sobre el cual podía ejercer su jurisdicción en términos de la *long-arm statute* de Nueva York, aun cuando no estuviera físicamente en el distrito. En cuanto al fondo de la cuestión, admitió la pretensión del Gobierno de que el Presidente, en su calidad de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, tenía atribuciones para detener, como combatientes enemigos, a los ciudadanos capturados en territorio norteamericano en tiempos de guerra. La Cámara Federal de Apelaciones confirmó el criterio jurisdiccional adoptado en la sentencia, pero la revocó en lo que hace al fondo de la cuestión planteada y decidió que el Presidente carecía de atribuciones para detener militarmente a Padilla. El Secretario de Estado, entonces, interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

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

Dado que esta Corte resuelve en forma negativa la cuestión de la jurisdicción, no entra a analizar si el Presidente tiene poder para detener militarmente a Padilla.

El Distrito Sur carece de jurisdicción para entender en el hábeas corpus interpuesto por Padilla.

2.1. La comandante Marr es la única demandada apropiada y admisible en la acción promovida por Padilla, porque ella -no el secretario Rumsfeld- es el guardián del aquí apelado. La Ley Federal de Hábeas Corpus dispone abiertamente que el demandado apropiado y admisible es “la persona” que tiene la custodia del peticionante (ver arts. 2242 y 2243), y la forma sistemática en que emplea el artículo determinado indica que generalmente hay un solo demandado apropiado y admisible y que el guardián es la persona que tiene la capacidad para llevar el cuerpo del prisionero ante el tribunal interviniente (*Wales v. Whitney*, 114 US 564, 574 -1885-). De acuerdo con el texto de la ley y con la regla del guardián inmediato de *Wales*, la práctica tradicional de los tribunales federales confirma que, en las impugnaciones centrales a una reclusión actual y efectiva instrumentadas a través de un hábeas corpus, la regla subsidiaria es que el demandado apropiado y admisible es el responsable de la cárcel en donde se encuentra el prisionero, y no el Procurador General o algún otro remoto funcionario con facultades de supervisión. No se aplica aquí ninguna excepción -reconocida ni implícita- a esta regla. Si bien Padilla no niega la aplicabilidad general de la misma, alega que ella es flexible y que no debería aplicarse en las circunstancias excepcionales de este caso. La Corte no comparte este criterio.

A lo largo de los años, este Tribunal fue ampliando su definición de “custodia” hasta llegar a incluir restricciones que no constituyen una reclusión efectiva (*physical confinement*). Empero, esto no debilita la base o fundamento estatutario de la regla *Wales* cuando, en procesos centrales como éste, está en cuestión la custodia física (*physical custody*). De hecho, esa regla se ha aplicado sistemáticamente en este contexto. La Cámara Federal incurrió en un error al adoptar el criterio de que la Corte ha flexibilizado la aplicación de la regla del guardián inmediato a los prisioneros detenidos por motivos ajenos a la comisión de un acto criminal federal, y al sostener que el demandado adecuado y admisible es la persona que ejerce “el control jurídico real” (*the “legal reality of control”*) sobre el peticionante de hábeas corpus. La ley no establece esa diferencia y la jurisprudencia de esta Corte tampoco brinda fundamento alguno para apartarse, en este caso, de la regla del guardián inmediato. Antes bien, los casos que Padilla cita postulan la simple proposición de que la mencionada regla no se aplica cuando el peticionante de hábeas corpus impugna algo que no es su reclusión actual y efectiva (ver, por ejemplo, *Braden v. 30th Judicial Circuit Court of Kentucky*, 410 US 484 -1973-; *Strait v. Laird*, 406 US 341 -1972-). Esto no es lo que sucede en este caso: Marr ejerce el control cotidiano de la detención de Padilla. El peticionante no puede demandar a ninguna otra persona, precisamente porque su reclusión deriva de una orden militar dictada por el Presidente. La identificación de quien ejerce el control jurídico del detenido sólo entra a jugar cuando no hay un guardián físico inmediato (*Ex parte Mitsuye Endo*, 323 US 283, 304/305 -1944-, *distinguished*). Si bien la detención de Padilla es excepcional en muchos aspectos, lo cierto es que, en el fondo, es una simple impugnación a la reclusión física que le impuso el Poder Ejecutivo. Su detención no es, por ende, excepcional en ningún modo que pueda justificar apartarse de la regla del guardián inmediato.

2.2. El Distrito Sur no tiene jurisdicción sobre la comandante Marr. El texto del art. 2241(a) -que sólo autoriza a los tribunales de distrito a hacer lugar a los recursos de hábeas corpus “dentro de sus respectivas jurisdicciones”- requiere que “el tribunal que emite la orden tenga jurisdicción sobre el guardián” (*Braden, supra*, en p. 495). Dado que el Congreso agregó la expresión “sus respectivas jurisdicciones” para impedir que los jueces de un lugar muy apartado emitan una orden de hábeas corpus a favor de peticionantes que se encuentran lejos (*Carbo v. United States*, 364 US 611, 617 -1961-), la regla tradicional siempre ha sido que sólo puede conceder un hábeas corpus un tribunal del distrito donde el prisionero se encuentra detenido. Esta interpretación está fundada en el sentido común, en otras partes de la Ley de Hábeas Corpus y en la Regla 22(a) de las Reglas Federales de Procedimiento Apelado. El Congreso también ha legislado en este contexto al formular excepciones explícitas: cuando un prisionero está cumpliendo una condena penal estadual en un Estado que contiene más de un

distrito federal, tienen jurisdicción concurrente “el distrito... en donde la persona está detenida” y aquél “en donde tiene su asiento el tribunal estadual que lo juzgó y condenó” (art. 2241.d). Esas excepciones hubieran sido innecesarias si, como creyó la Cámara Federal de Apelaciones, el art. 2241 autorizara a un prisionero a interponer un hábeas corpus fuera del distrito en donde se encuentra arrestado. Pese a este amplio historial estatutario e histórico, Padilla alega que, en virtud de lo resuelto en *Braden y Strait*, tiene jurisdicción cualquier distrito en el cual el demandado puede recibir válidamente el traslado de la demanda. La Corte no comparte ese criterio y distingue esos dos casos. Padilla trata de impugnar su actual detención en Carolina del Sur. Como se aplica la regla del guardián inmediato, el demandado adecuado es la comandante Marr, quien se encuentra en Carolina del Sur. Por ende, no hay oportunidad para designar a un guardián “nominal” y determinar si se está “presente” en el mismo distrito que el peticionante. La frase “dentro de sus jurisdicciones respectivas” incluida en la ley de hábeas corpus constituye un importante corolario de la regla del guardián inmediato en las impugnaciones a una detención actual y efectiva fundadas en el art. 2241. En conjunto, componen una regla simple que ha sido aplicada sistemáticamente por los tribunales inferiores, incluso en el contexto de detenciones militares: siempre que un peticionante que interpone un hábeas corpus en términos del art. 2241 tiene por objeto impugnar su detención actual y efectiva dentro de los Estados Unidos, debe demandar al responsable del lugar donde se encuentra y promover la acción en el distrito en que está detenido. Esta regla tiene el importante objeto de impedir la búsqueda de un juez amigo (*forum shopping*) por parte de los peticionantes de hábeas corpus. Padilla debiera haber interpuesto su recurso ante el Distrito de Carolina del Sur, y no ante el Distrito Sur.

2.3. La Corte rechaza los argumentos adicionales que formula la disidencia para dar sustento al concepto equivocado de que existen excepciones a las reglas del guardián inmediato y a la del distrito donde el prisionero se encuentra detenido, aplicables a los casos excepcionales, especiales o inusuales.

Nota de la Secretaría: las *long arm statutes* son las leyes estaduales que establecen la jurisdicción personal, a través de un medio alternativo de traslado de la demanda, sobre personas o sociedades que no son residentes de ese estado y que voluntariamente ingresan en su territorio, directamente o por un agente, o se comunican con personas que están en él, con objetivos limitados, en acciones vinculadas al cumplimiento o ejecución de esos objetivos. Asimismo, sobre el fallo, ver comentario de AMANN, DIANE MARIE, en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, París, Dalloz, 2003, n° 2, pp. 441/443.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 28-6-2004, *Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense v. José Padilla and Donna R. Newman, as next friend of José Padilla*, en 72 LW 4584.

DERECHOS HUMANOS. TERRORISMO. PRESIDENTE DE LA NACIÓN. ATRIBUCIONES EN TIEMPOS DE GUERRA. COMBATIENTES ENEMIGOS. ARRESTO MILITAR. **DERECHO DE DEFENSA.** CONTROL JUDICIAL. **TRIBUNALES FEDERALES.** JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: con arreglo a la resolución conjunta del Congreso que autoriza el uso de la fuerza que resulte necesaria y apropiada contra las naciones, organizaciones o personas que hayan planeado, autorizado, cometido o ayudado en los ataques terroristas de *al Qaeda* del 11 de septiembre de 2001, el Presidente de los Estados Unidos envió fuerzas armadas a Afganistán para hacer una campaña militar contra *al Qaeda* y el régimen talibán que lo patrocina. Los peticionantes -capturados en el extranjero durante las

hostilidades- son dos australianos y un kuwaití que se encuentran bajo arresto militar en la base naval de la Bahía de Guantánamo, Cuba, ocupada por los Estados Unidos en virtud de un arrendamiento (*lease*) y un tratado que reconoce la soberanía eventual de Cuba, pero que otorga a los norteamericanos jurisdicción y control absolutos en la medida en que no abandonen las áreas arrendadas. Los mencionados peticionantes promovieron una acción fundada en el derecho federal impugnando la constitucionalidad de su detención y alegando no haber sido nunca combatientes contra los Estados Unidos, intervenido en actos terroristas, ni haber sido acusados de actos ilícitos, autorizados a consultar a un abogado o tenido acceso a una corte o algún otro tribunal. El tribunal de distrito interpretó que estas acciones eran hábeas corpus y las desestimó por falta de jurisdicción, sosteniendo que conforme a lo resuelto en *Johnson v. Eisentrager* (339 US 763 -1950-), los extranjeros detenidos fuera del territorio soberano de los Estados Unidos no pueden interponer estos recursos. La Cámara de Apelaciones confirmó esta decisión. Los mencionados prisioneros extranjeros interpusieron, entonces, un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

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

Los tribunales de los Estados Unidos tienen jurisdicción para considerar las impugnaciones a la legalidad de la detención de los extranjeros capturados en el exterior, en conexión con las hostilidades y que se encuentran prisioneros en la Bahía de Guantánamo.

2.1. El Tribunal de Distrito tiene jurisdicción para entender en estos recursos de hábeas corpus en virtud de lo dispuesto por el art. 2241 del Título 28 del Código de los Estados Unidos que autoriza a estos tribunales, “dentro de sus respectivas jurisdicciones”, a entender en solicitudes articuladas por personas que alegan estar “detenidas en violación a lo dispuesto por las ... leyes ... de los Estados Unidos”. Esa jurisdicción alcanza a los extranjeros detenidos en un territorio sobre el cual los Estados Unidos ejercen una jurisdicción plena y exclusiva, pero no la eventual soberanía.

2.1.1. La Corte rechaza la pretensión fundamental de los apelados de que estos casos se rigen por el *holding* de *Eisentrager*, conforme al cual los tribunales de distrito carecían de atribuciones para conceder el hábeas corpus a los ciudadanos alemanes capturados en China por las fuerzas norteamericanas, juzgados y condenados por crímenes de guerra mediante una comisión militar norteamericana con sede en Nankín, y encarcelados en la Alemania ocupada. Al revocar la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones que se declaraba competente, en *Eisentrager*, la Corte encontró seis hechos cruciales: los prisioneros alemanes eran (a) extranjeros enemigos que (b) nunca estuvieron ni residieron en los Estados Unidos, (c) habían sido capturados fuera del territorio norteamericano y mantenidos allí bajo arresto militar, (d) donde fueron juzgados y condenados por el ejército (e) por delitos cometidos en ese lugar, y (f) allí permanecieron encarcelados en todo momento (cit., en p. 777).

Los aquí peticionantes tienen diferencias importantes con los detenidos en el caso *Eisentrager*: no son ciudadanos de países que estén en guerra con Estados Unidos y niegan haber intervenido o conspirado para cometer actos de agresión contra este país; nunca han tenido acceso a ningún tribunal ni han sido acusados ni condenados por un acto ilícito, y han estado encarcelados durante más de dos años en un territorio sobre el cual los Estados Unidos ejercen una jurisdicción y control exclusivos. En el caso *Eisentrager*, la Corte también dejó en claro que todos los hechos críticos mencionados solamente eran relevantes a los fines de la legitimación **constitucional** para interponer un hábeas corpus. La única mención de la Corte a su legitimación **estatutaria** fue una rápida referencia a su inexistencia. Este tratamiento superficial se explica por la decisión adoptada poco antes en *Ahrens v. Clark* (335 US 188 - 1948-), donde se sostuvo que el Tribunal de Distrito de Columbia carecía de competencia para entender en los hábeas corpus interpuestos por los extranjeros detenidos en la isla de Ellis, porque la frase “dentro de sus respectivas jurisdicciones” que contiene la ley reglamentaria del recurso requiere que los peticionantes se encuentren físicamente dentro de la jurisdicción

territorial del tribunal. Sin embargo, en *Braden v. 30th Judicial Circuit Court of Kentucky* (410 US 484, 494/495 -1973-), la Corte sostuvo que esa presencia física no constituía “un prerrequisito constante” para ejercer la jurisdicción del art. 2241, porque el hábeas corpus actúa sobre la persona que tiene al prisionero -no sobre el prisionero mismo- y, por ende, el tribunal procede “dentro de su respectiva jurisdicción” cuando se puede entrar en contacto con el guardián a través de una notificación. Dado que *Braden* dejó sin efecto el predicado estatutario del *holding* de *Eisentrager*, éste no impide ejercer la jurisdicción a que alude el art. 2241 con relación a la acción promovida por los peticionantes.

2.1.2. También se rechaza la pretensión de los apelados de que el art. 2241 se encuentra limitado por la presunción de que las leyes no se aplican en forma extraterritorial a menos que el Congreso manifieste claramente otra intención (*EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 US 244, 248 -1991-), por cuanto esa presunción no afecta la forma de aplicación de la ley de hábeas corpus a las personas detenidas dentro de la “jurisdicción territorial de los Estados Unidos” (*Foley Bros. Inc. v. Filardo*, 336 US 281, 285 -1949-). En virtud de los términos expresos de su acuerdo con Cuba, los Estados Unidos ejercen una jurisdicción y control plenos en la base de Guantánamo y pueden continuar haciéndolo si optan por ello. Los apelados admiten que los tribunales federales tendrían jurisdicción en términos de la ley de hábeas corpus para entender en un recurso interpuesto por un ciudadano norteamericano detenido en esa base. Teniendo en cuenta que el art. 2241 no distingue en forma alguna entre norteamericanos y extranjeros detenidos por el Gobierno Federal, no hay motivos para pensar que el Congreso haya querido que el ámbito geográfico de aplicación de la ley variara de acuerdo con la ciudadanía del detenido. Los extranjeros detenidos en la base, al igual que los ciudadanos norteamericanos, están legitimados para solicitar acceso a los tribunales federales.

2.1.3. Los peticionantes alegan estar detenidos por el Gobierno Federal en violación a lo dispuesto por las leyes norteamericanas, y no es objeto de controversia que el Tribunal de Distrito tenga jurisdicción sobre los guardianes de los peticionantes (*Braden*, p. 495). Ésta es la única condición que requiere el art. 2241. En consecuencia, esa norma otorga jurisdicción a los tribunales de distrito.

2.2. El Tribunal de Distrito también tiene jurisdicción para entender en la acción promovida por los peticionantes de *Al Odah* con base en el art. 1331 del Título 28 del Código de los Estados Unidos (que requiere la existencia de una cuestión federal) y el art. 1350 (*Alien Tort Statute*). La Cámara Federal de Apelaciones, fundándose nuevamente en *Eisentrager*, sostuvo que el Tribunal de Distrito acertadamente había desestimado estas demandas y se había declarado incompetente, dado que los peticionantes no estaban legitimados para litigar ante los tribunales federales. No hay nada en *Eisentrager* ni en ningún otro caso resuelto por la Corte que impida categóricamente que los extranjeros sujetos a detención militar fuera de los Estados Unidos tengan ese derecho. Tradicionalmente los extranjeros no residentes han podido acceder a los tribunales norteamericanos (*Disconto Gesellschaft v. Umbreit*, 208 US 570, 578 -1908-). Y, de hecho, el art. 1350 sólo otorga expresamente a los extranjeros el derecho a accionar con base en un “acto ilícito... cometido en violación al derecho de las naciones o a un tratado suscripto por los Estados Unidos”. Resulta insustancial la circunstancia de que los peticionantes se encuentren bajo custodia militar.

2.2.1. No se analiza aquí la posibilidad de que pueda resultar necesario la realización de ciertos procedimientos después de que los apelantes respondan la demanda ni cuáles eventualmente serían los trámites en cuestión.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 28-6-2004, *Shafiq Rasul, et al. v. George W. Bush, President of the United States, et al.*, junto con *Fawzi Halid Abdullah Fahad Al Odah, et al. v. United States, et al.*, en 72 LW 4596.

DERECHOS HUMANOS. TERRORISMO. PRESIDENTE DE LA NACIÓN. ATRIBUCIONES EN TIEMPOS DE GUERRA. COMBATIENTES ENEMIGOS. ARRESTO MILITAR. **DERECHO DE DEFENSA.** CONTROL JUDICIAL. **TRIBUNALES FEDERALES.** JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: después de que el Congreso aprobó la *Authorization for Use of Military Force* (AUMF), que autorizaba al Presidente a “usar todas las fuerzas que resulten necesarias y apropiadas” contra “las naciones, organizaciones o personas” que él determine que “planearon, autorizaron, cometieron o ayudaron” en los ataques terroristas de *al Qaeda* del 11 de septiembre de 2001, éste ordenó el traslado de fuerzas a Afganistán para que sometieran a *al Qaeda* y acabaran con el régimen talibán que lo respaldaba. El peticionante Hamdi, ciudadano norteamericano a quien el Gobierno calificó como “combatiente enemigo” por haber luchado, presuntamente, junto a los talibanes durante el conflicto, fue capturado en Afganistán y, actualmente, se encuentra detenido en una prisión naval en Charleston, Carolina del Sur. El padre de Hamdi, en nombre de su hijo, promovió un recurso de hábeas corpus con base en el art. 2241 del Título 28 del Código de los Estados Unidos alegando, entre otras cosas, que el Gobierno había detenido a su hijo en violación a lo dispuesto por las Enmiendas V y XIV. Si bien la petición no entró en detalles sobre las circunstancias de la captura y posterior detención de Hamdi, su padre afirmó en otros documentos agregados al expediente que su hijo había ido menos de dos meses antes del 11 de septiembre a Afganistán a ayudar a los damnificados y no pudo recibir entrenamiento militar. Al responder a la demanda, el Gobierno adjuntó una declaración de Michael Mobbs (Declaración Mobbs), funcionario del Ministerio de Defensa, en la que se alegan varios detalles vinculados al viaje de Hamdi a Afganistán, la forma en que allí se afilió a una unidad talibán en una época en que éste estaba combatiendo a los aliados de los Estados Unidos y su posterior entrega de un rifle de asalto. El Tribunal de Distrito encontró que la Declaración Mobbs, por sí sola, no justificaba la detención de Hamdi, y ordenó al Gobierno que entregara varios documentos para que fueran revisados a puertas cerradas. La Cámara Federal de Apelaciones revocó esta decisión, destacando que no resultaba necesario ni adecuado realizar ninguna investigación fáctica o convocar a ninguna audiencia de prueba que brindara a Hamdi la oportunidad de ser oído o de refutar las afirmaciones del Gobierno, porque no estaba controvertido que el peticionante haya sido capturado en una zona de combate activo. La Cámara llegó a la conclusión de que -en caso de ser veraces- las aseveraciones que la Declaración Mobbs contenía en relación a los hechos brindaban fundamento suficiente para decidir que el Presidente había detenido válidamente a Hamdi. En consecuencia, ordenó la desestimación de la demanda. Sostuvo que, asumiendo que el art. 4001(e) del Título 18 del Código de los Estados Unidos requiere que el Congreso autorice expresamente la detención (“los Estados Unidos sólo podrán encarcelar o detener de algún otro modo a un ciudadano conforme a lo dispuesto por una ley del Congreso”), la expresión “fuerza necesaria y apropiada” de la AUMF era suficiente. También llegó a la conclusión de que Hamdi sólo tenía derecho a un revisión limitada de la legalidad de su detención en términos de los poderes de guerra que tienen las Ramas Políticas, y no a una revisión inquisitiva de las determinaciones sobre cuestiones de hecho que fundaron su captura. En este estado, Hamdi interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

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

La *Justice O'Connor*, con la adhesión del *Chief Justice Rehnquist* y de los *Justices Kennedy* y *Breyer*, llegó a la conclusión de que si bien el Congreso autorizaba la detención de combatientes en las circunstancias invocadas en este caso, el debido proceso exige que se brinde a todo ciudadano detenido en los Estados Unidos como combatiente enemigo una

oportunidad significativa para refutar el fundamento fáctico de esa detención ante una persona neutral con capacidad para tomar decisiones.

En el voto del *Justice* Souter, con la adhesión de la *Justice* Ginsburg, se afirmó que la detención de Hamdi no estaba autorizada, pero se compartió la parte dispositiva del voto mayoritario en cuanto a que, cuando se devolvieran las actuaciones, Hamdi debía tener una oportunidad significativa para ofrecer pruebas que demuestren que no era un combatiente enemigo.

Por su parte, el *Justice* Scalia formuló una disidencia, a la que adhirieron los *Justices* Stevens y Thomas.

Nota de la Secretaría: sobre el fallo, ver comentario de AMANN, DIANE MARIE, en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, París, Dalloz, 2003, n° 2, pp. 441/443.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 28-6-2004, *Yaser Esam Hamdi and Esam Fouad Hamdi, as next friend of Yaser Esam Hamdi v. Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense et al.*, en 72 LW 4607.

DIGNIDAD HUMANA. SEGURIDAD SOCIAL. PRESTACIONES SOCIALES. INGRESO MÍNIMO. DERECHO A UNA EXISTENCIA MÍNIMA DIGNA. OBLIGACIONES DEL ESTADO. PROHIBICIÓN DEL RETROCESO SOCIAL. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA EDAD (PORTUGAL).

1. Antecedentes del caso: el Presidente de la República presentó una solicitud ante el Tribunal Constitucional a efectos de verificar la constitucionalidad del art. 4.1 del Decreto de la Asamblea de la República n° 18/IX ,que debe ser promulgado como ley. El citado artículo regula la titularidad del derecho al ingreso social de inserción (*rendimento social de inserção*) y modifica la ley n° 19-A/96, que creaba el ingreso mínimo garantizado. Esta ley reconocía la titularidad del derecho a la prestación a los individuos a partir de los 18 años, al tiempo que el presente proyecto garantiza ese derecho desde los 25. La duda de constitucionalidad planteada reside en saber si, al transformar de forma general el ingreso mínimo garantizado en ingreso social de inserción, el legislador podía privar, genéricamente, a las personas de edad inferior a los 25 años de la posibilidad de ser titulares de los derechos que anteriormente se les reconocían, sin que se vislumbre una justificación constitucional para proceder a tal discriminación. La modificación legislativa puede ser inconstitucional en el sentido de que viola el derecho de *todos* a la seguridad social e ignora la obligación del Estado de proveer en las situaciones de falta o disminución de los medios de subsistencia o de capacidad para el trabajo, garantizado por el art. 63.1 y 3 de la Constitución. Se plantea, asimismo, la posibilidad de la violación del art. 13 de la Constitución, protector del principio de igualdad, en la medida en que discrimina, sin fundamento constitucional, a las personas menores de 25 años.

2. Decisión:

La cuestión de la prohibición del retroceso no existe únicamente en lo que se refiere a los derechos sociales. Por el contrario, el Consejo Constitucional de Francia produjo una jurisprudencia del denominado *effet cliquet* precisamente en el tema de los derechos fundamentales, en su decisión DC 83-165, del 20 de enero de 1984, considerando que no es posible la revocación total de una ley en tales asuntos, sin sustituirla por otra que ofrezca garantías con eficacia equivalente. Posteriormente, se estableció que el *effet cliquet* puede operar en el ámbito de los derechos económicos y sociales.

El principio de *prohibición del retroceso social* puede formularse de la siguiente manera: el núcleo esencial de los derechos sociales ya realizado y efectivizado a través de medidas legislativas queda constitucionalmente garantizado, siendo inconstitucional cualquier disposición estatal que, sin crear otros esquemas alternativos o compensatorios, se traduzca en la práctica, por una “anulación”, “revocación” o “aniquilación” pura y simple de este núcleo esencial.

La apreciación de la *prohibición del retroceso social* perdería interés en el caso de que el derecho a una existencia básica digna fuera garantizado con un mínimo de eficacia jurídica por otros instrumentos.

Es doctrina del Tribunal que a partir del momento en que el Estado cumple (total o parcialmente) las tareas constitucionalmente impuestas en la realización de un derecho social, el respeto constitucional deja de consistir en una obligación positiva para transformarse o incluir también una obligación negativa.

Asimismo, corresponde reconocer, aunque sea de forma indirecta, la garantía del derecho a un ingreso mínimamente digno o a un mínimo para la supervivencia, ya sea para la actualización de las pensiones por accidentes de trabajo, ya sea por la imposibilidad de embargar ciertas prestaciones sociales.

El principio de respeto de la dignidad humana, proclamado en el art. 1 de la Constitución y que emana igualmente de la idea de Estado de Derecho democrático, protegido por el art. 2, y que surge del art. 63.1 y 3, implica el reconocimiento del derecho o la garantía a una subsistencia mínima digna.

El legislador goza de un margen de autonomía necesaria para elegir los instrumentos adecuados a efectos de garantizar el derecho a una existencia mínima digna, pudiendo modelarla en función de las circunstancias y de sus criterios políticos propios. De tal forma, podría perfectamente considerar que, en lo referente a los jóvenes, no debería escogerse la vía del subsidio, sino la de otras prestaciones, pecuniarias o en especie, como becas de estudios, pasantías, salarios de aprendizaje. En todos los casos, se exige que la elección debe asegurar, con una eficacia jurídica básica, la garantía del derecho a una existencia mínima digna.

Por todo ello, el Tribunal se pronuncia por la inconstitucionalidad del art. 4.1 del Decreto de la Asamblea de la República n° 18/IX, por violar el derecho a una existencia mínima digna, inherente al principio de respeto de la dignidad humana, que surge de las disposiciones conjugadas de los arts. 1, 2 y 63.1 y 3 de la Constitución.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL, decisión del 19-12-2002, n° 509/02, en *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Tribunal Constitucional, 2004, 54° volume 2002, p. 19.

DIVORCIO. TENENCIA DE LOS HIJOS. MENORES. INTERÉS SUPERIOR. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ART. 3 (BOLIVIA).

1. Antecedentes del caso: la recurrente, madre del menor, impugnó la decisión que confirmó la adoptada en primera instancia, en cuanto confió, en un proceso de divorcio intentado por ambos cónyuges, la tenencia del hijo en común en forma compartida (una semana a cada progenitor), quien debía reintegrarse los días lunes, a determinada hora, en la secretaría del juzgado.

2. Sentencia:

El juez, velando por el interés de los hijos, puede dictar en cualquier tiempo, a pedido de parte, las providencias modificatorias que requiera el cuidado de aquéllos, vale decir, que las decisiones respecto a la situación de los hijos, a la asistencia familiar, autoridad de los padres, derechos de visita y tutela, previstas por los arts. 143, 145 y 147 del Código de

Familia, son revisables y modificables en cualquier tiempo, lo que haría improcedente el recurso de casación. Sin embargo, ante el ostensible error de hecho en el que se ha incurrido al no haberse tomado en cuenta el informe bio-psico-social solicitado oportunamente, este tribunal, preocupado por el interés superior del menor, ingresa a conocer la impugnación extraordinaria.

El desarrollo físico, mental, moral, espiritual, emocional y social que proclama el art. 1° de la ley 2026 (Ley del Código del Niño, Niña y Adolescente) no se logra manteniendo al menor en una constante inestabilidad al pasar una semana en el hogar materno y otra en el paterno, y menos aún cuando éste es “devuelto” cada semana en la secretaría del juzgado, cual si fuera un objeto y no un pequeño que, por una decisión judicial, tiene que considerar a un tribunal de justicia como la puerta que lo conduce a su hogar precario, como desacertadamente ha determinado el juez a quo y confirmado el tribunal ad quem, quienes, en ningún momento, han tomado en cuenta el interés del menor.

La Convención sobre los Derechos del Niño considera que el menor debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, y que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deben atender al interés superior del niño (art. 3).

Teniendo presentes el texto de la Convención citada y las disposiciones internas previstas por el Código de Familia, y tomando en cuenta los informes psicológico y social, la Corte considera conveniente que el niño permanezca en el hogar materno para asegurar su desarrollo y educación en un ambiente de afecto y seguridad al lado de sus otros hermanos y, por consiguiente, se otorgue la guarda y tenencia a su madre, para evitar violentar sus vínculos afectivos y ocasionar trastornos de conducta que a futuro causen en su ánimo efectos negativos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE BOLIVIA (Sala Civil), sentencia del 22-10-2003, Auto Supremo N° 331, *Jorge Roberto Piñero Romay c/ Mireya Leticia Herrero Téllez - Divorcio*, en *Gaceta Judicial de Bolivia*, Sucre, octubre 2003, n° 1900, p. 149.

ELECCIONES. CAMPAÑAS ELECTORALES. LÍMITES A LA PROPAGANDA ELECTORAL. DERECHO A LA IGUALDAD (ITALIA).

Es justificada la intervención del legislador dirigida a regular, durante la campaña electoral, la participación de ciudadanos y partidos en la propaganda política, ya que, según la propia doctrina, va tutelado en forma prioritaria el derecho a la completa y objetiva información del ciudadano, con referencia a valores constitucionales primarios conectados al correcto desarrollo de la confrontación política, base del sistema democrático.

Las normas impugnadas establecen una obligación que incide sobre modalidades organizativas (disponer en la programación tipologías de transmisiones específicas y muy limitadas en el tiempo observando el criterio de la participación contradictoria y de la confrontación dialéctica entre los participantes) que no afectan la libertad de expresión. Tales disposiciones, que derivan del régimen de concesión ordenado por la regulación de facultades y deberes, tutelan un interés constitucional general: la información y formación consciente de la voluntad del ciudadano-oyente. No hay eliminación de la identidad política de las emisoras, por cuanto las normas en cuestión no se aplican a los programas de información fuera del período electoral.

No es admisible el planteo de inconstitucionalidad del art. 7 de la ley 28 de 2000 por violación del art. 3 de la Constitución, en tanto que la emisión radiotelevisiva y la prensa escrita tienen regímenes jurídicos con características netamente diferentes.

En comparación, la heterogeneidad de los medios es tal que excluye cualquier disparidad de tratamiento. La especificidad del mensaje televisivo, por su peculiar capacidad de difusión y penetración, justifica la adopción de recaudos que impidan cualquier condicionamiento impropio en la formación de la voluntad de los electores.

Es inexacta la referencia a que, estableciendo un reembolso para las emisoras locales por los mensajes electorales emitidos durante la campaña electoral, se produce una “expropiación del espacio radiotelevisivo privado”, en alusión a los medios nacionales, en tanto que los actos cercenadores de la propiedad privada postulan la correspondiente indemnización. La transmisión de los citados mensajes no es una obligación para las emisoras nacionales (excluida la concesionaria del servicio público), sino una elección que depende de valoraciones generales de carácter empresarial acerca de la oferta de programas. La diferencia de recursos financieros disponibles para unas y otras emisoras, así como también las diferencias de orden fáctico y jurídico, tornan del todo justificada la previsión del reembolso para las emisoras locales.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia del 7-5-2002, n° 155, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Milán, Giuffré, 2002, n° 3, p. 1303.

ELECCIONES. PARTIDOS POLÍTICOS. CANDIDATOS (ESTONIA).

Limita de manera desproporcionada el derecho a presentar candidatos, así como también el derecho de voto, el hecho de prohibir la presentación en las elecciones locales de listas de coaliciones electorales de ciudadanos (personas que no pertenecen a un partido político formalmente constituido).

Conforme a la Carta Europea para la Autonomía Local, los órganos locales deben ser constituidos de manera democrática. Esto no significa que los derechos electorales subjetivos no puedan ser restringidos de manera razonable. Por ejemplo, puede exigirse un depósito de dinero o una cantidad de firmas de apoyo, a fin de desalentar las candidaturas fantasiosas. Sin embargo, las restricciones no deben impedir que se presenten personas o grupos que gozan de un público real. En tal caso, se violaría el derecho a presentarse a elecciones, el de voto y el de presentar candidatos, y se debilitarían las bases de las colectividades locales, ya que el órgano elegido no sería suficientemente representativo.

En 1999, las listas que no pertenecían a partidos políticos obtuvieron el 78% de las bancas en los consejos locales. En la mayoría de las circunscripciones, con excepción de las grandes aglomeraciones, los candidatos se presentaron mayoritariamente en listas por fuera de los partidos.

En el caso concreto que motivó la demanda, los partidos políticos en el poder elaboraron, poco antes de las elecciones, una reglamentación electoral que les resultaba ventajosa. El plazo existente entre la adopción de la ley y el comienzo del registro de los candidatos para las elecciones locales de 2002 era de tres meses, período demasiado acotado para establecer nuevos partidos políticos (en lugar de las listas informales que no pertenecían a ningún partido). En consecuencia, no habría otra solución realista que la lista de los partidos que existían a escala nacional. Por otra parte, teniendo en cuenta que se exigen por lo menos mil miembros para establecer un partido político, era imposible crear partidos locales en la mayoría de las circunscripciones. Una alternativa hubiese sido que los candidatos se presentaran en la lista de un partido político en tanto candidato sin partido o miembro de otro partido. La ley electoral no lo prohíbe, pero corresponde al partido en cuestión pronunciarse sobre la aceptación de una candidatura.

Por todo ello, en la medida en que no permite la participación en listas que no correspondan a partidos políticos, la ley sobre elecciones locales restringe, de manera desproporcionada, el derecho a presentar candidatos y presentarse a elecciones, así como también el derecho de voto, y, por lo tanto, se opone al art. 156.1 de la Constitución, interpretado en función del art. 11.

CORTE SUPREMA DE ESTONIA, sentencia del 15-7-2002, 3-4-1-7-02, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 2, p. 268.

EXPROPIACIÓN. NECESIDADES DE LA SOCIEDAD. DERECHO DE PROPIEDAD (LITUANIA).

Como la ley establece que los bienes inmobiliarios (incluida la tierra) no deben ser restituidos en especie a sus antiguos propietarios, pero que éstos deben ser restablecidos en sus derechos de propiedad de alguna otra manera fijada por ley, es aceptable que aquéllos indispensables a las “necesidades de la sociedad” no sean restituidos en especie. Por “necesidades de la sociedad” se entienden los intereses del conjunto o de una parte de la sociedad, que, en el ejercicio de sus funciones, el Estado debe defender; corresponden en cualquier caso a necesidades concretas y claramente expresadas con relación a un bien específico, que no se cumpliría si el bien en cuestión fuera restituido a sus propietarios.

Las tierras que no son restituidas a sus antiguos propietarios deben ser adquiridas por el Estado y los propietarios indemnizados conforme a las modalidades y a los procedimientos fijados por ley. Al definir las modalidades y el procedimiento de indemnización, la ley debe procurar el equilibrio apropiado entre los intereses legítimos del individuo y los de la sociedad.

Una disposición por la cual las tierras afectadas a establecimientos científicos y de enseñanza deben ser adquiridas por el Estado significa que las tierras en cuestión no tienen que ser restituidas a sus antiguos propietarios y que ninguna parcela de las tierras afectadas puede reservarse para satisfacer necesidades no públicas, como la construcción de casas de habitación privadas, ya que esto significaría que las parcelas en cuestión no eran necesarias para esos establecimientos.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LITUANIA, sentencia del 10-5-2002, 15/2000, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 2, p. 297.

EXTRADICIÓN. INEXISTENCIA DE RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE LA SOLICITA (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: contra la resolución del juez que declaró procedente la extradición de Andrey Nikolaevich Andreev, solicitada por la Federación Rusa para su juzgamiento en orden a los delitos de raptó, robo, extorsión y asesinato agravados, la defensa interpuso recurso de apelación ordinario. Sus agravios se refirieron a la ausencia del recaudo contemplado por el art. 13, inc. d), de la ley 24.767, en cuanto exige “resolución judicial” tanto respecto de la solicitud de extradición como de la orden de detención que le da sustento.

2. Sentencia:

Si bien el agravio fundado en el incumplimiento del recaudo de “resolución judicial” sólo fue planteado ante la Corte, tratándose de una cuestión susceptible de afectar el orden público argentino y siendo un presupuesto necesario para que el Estado Nacional conceda la extradición, debe igualmente ser tratado. El inc. d) del art. 13 de la ley 24.767 dispone que “la solicitud de extradición de un imputado debe contener... testimonio o fotocopia autenticada de

la resolución judicial que dispuso la detención del procesado, con explicación de los motivos por los que se sospecha que la persona requerida habría tomado parte en el delito, y de la que ordenó el libramiento de la solicitud de extradición”. La norma es suficientemente clara en cuanto establece que tanto la resolución que dispone la detención del procesado como la que ordena la extradición deben revestir el carácter de resolución judicial para que sea posible asignarle efectos en jurisdicción argentina.

En el caso, la solicitud de extradición sólo aparece firmada por el fiscal general adjunto de la Federación Rusa. En tales condiciones, lo presentado no constituye el recaudo formal exigido por la ley, porque ni la orden de detención ni la solicitud de extradición emanan de un tribunal judicial conceptuado como tal por el derecho de la Federación Rusa. Admitir el pedido sin más sería un peligroso precedente derogatorio de la ley penal argentina y de la garantía del debido proceso, consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional y enriquecida por los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional.

No obstante, tampoco corresponde su rechazo definitivo, pues el encauzamiento del trámite judicial permitiría favorecer la cooperación internacional en la lucha mundial contra la delincuencia.

Por ello, corresponde suspender la decisión sobre la procedencia o rechazo de la extradición por un plazo de noventa días a fin de que se presente el requerimiento solicitado que ordene, apruebe o ratifique la detención y la solicitud de extradición del requerido.

Nota de la Secretaría: los jueces Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt y E. Raúl Zaffaroni, en disidencia, expresaron que debía rechazarse el pedido de extradición.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 13-7-2004, A.208.XXXIV, *Andreev, Andrey s/ extradición*.

EXTRANJEROS. PRISIÓN PREVENTIVA. JUSTIFICACIÓN (REPÚBLICA CHECA).

1. Antecedentes del caso: con base en las conclusiones del fiscal, el juez del tribunal de instancia tomó la decisión de dictar la prisión preventiva del peticionante, quien se hallaba procesado por el delito de malversación. Contra esa decisión, éste presentó un recurso, y la Cámara de Apelaciones estableció que ningún hecho justificaba la prisión preventiva, pero, no obstante ello, consideró la medida razonable y fundada en derecho, dado que el acusado era un ciudadano alemán. Subrayó que, conforme a los medios de derecho invocados, el peticionante hubiese podido tanto ser encarcelado preventivamente como permanecer en libertad bajo fianza. Por otra parte, después de varias demandas infructuosas de revocación de la medida, se dictó finalmente la libertad bajo fianza. Conforme a la interpretación de la Cámara de Apelaciones, los motivos invocados para la prisión preventiva seguían siendo válidos, y es por ello que el recurrente presentó un recurso constitucional, afirmando que habían sido violados sus derechos fundamentales.

2. Sentencia:

La Corte Constitucional sólo puede pronunciarse sobre el procedimiento normal en el dictado de una prisión preventiva si la decisión tomada por el tribunal ordinario no está motivada por medios de derecho suficientes o si, conforme al capítulo 10 de la Constitución (III.US 18/96, expediente 6), las razones invocadas, pero insuficientemente apoyadas en los hechos para mantener un sujeto en la cárcel, están en flagrante contradicción con el orden constitucional de la República o con los tratados internacionales.

La decisión de dictar la prisión preventiva en la fase preliminar del procedimiento fue justificada por hechos de carácter general (el acusado era extranjero y no disponía de un domicilio permanente en la República Checa) y de carácter especulativo (tenía muy probablemente lazos familiares con el extranjero). Con base en lo precedente, la Cámara concluyó que el peticionante podía legalmente salir del país. Estas conclusiones constituirían medios generales, no específicos, y, por consiguiente, insuficientes para justificar un detención.

En anteriores ocasiones, esta Corte se pronunció en el sentido de que desde el punto de vista del procedimiento, la exigencia de una justificación apropiada y global de las decisiones de los poderes públicos es una de las condiciones esenciales que deben cumplirse para que sean conformes a la Constitución. Las razones invocadas en este caso, que el peticionante era un ciudadano extranjero, no son suficientes para justificar su detención. Hubiese sido necesario acreditar que existía una amenaza específica sobre la sociedad en función de los hechos debidamente establecidos. El hecho de que el peticionante podía salir de la República Checa en cualquier momento no constituye tampoco un motivo suficiente para justificar la prisión preventiva.

La Constitución garantiza la libertad de circulación, y, por ello, los motivos que pueden justificar el mantenimiento de una persona en detención no pueden ser supuestos, sino debidamente constatados. Las razones invocadas en la decisión impugnada no se basaron en hechos específicos que, desde un punto de vista constitucional, hubiesen podido justificar que se continúe con la detención del peticionante, y las presunciones de los tribunales ordinarios no pueden satisfacer la exigencia de precisar y establecer los medios de derecho que justifiquen una detención.

Una decisión de carácter general que establece la naturaleza de extranjero de un sujeto de derecho no es suficiente para justificar su arresto. Este hecho sólo constituye un riesgo potencial y abstracto, y no una amenaza concreta, apoyada en hechos, que podría eliminarse con el arresto de la persona en cuestión.

Aun cuando el recurrente fue finalmente liberado bajo fianza, esta medida no tuvo incidencia en el caso concreto, ya que se basó en una decisión inconstitucional que planteaba la existencia de medios de derecho que justificaron la detención. Es por todo ello que corresponde anular la decisión de la Cámara.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA CHECA, sentencia del 6-6-2002, iii. Us 121/02, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 2, p. 325.

FUNCIONARIOS. INMUNIDADES PROCESALES. RESPONSABILIDAD DE LOS GOBERNANTES.
GARANTÍAS PROCESALES. DOBLE INSTANCIA. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ART. 8 (URUGUAY).

1. Antecedentes del caso: los presentantes formularon denuncia penal contra Juan María Bordaberry -presidente de facto entre el 27 de junio de 1973 y el 12 de junio de 1976-, en orden a los delitos de revelación de secretos y atentado contra la Constitución, previstos y reprimidos por el art. 132.3 y 6 del Código Penal, respectivamente. Sostuvieron al efecto que, como es público y conocido, el país participó en esa época del “Plan Cóndor”, que consistió en una actuación coordinada de los gobiernos del cono sur para ejercer la represión en los territorios de esos países. En su ejecución, se cometieron homicidios, torturas, desapariciones, robos, etc., y está en la base de estas operaciones conjuntas el intercambio de información e, inevitablemente, la revelación de secretos políticos y militares. Asimismo, señalaron que en el año 1973 el imputado dictó los decretos 464/73 y 465/73, por los cuales disolvió el Parlamento

y las Juntas Departamentales, incurriendo de este modo en el delito prescrito en el art. 132.6 citado. La denuncia fue interpuesta en razón de que el art. 239.1 de la Constitución atribuye, en estos casos, competencia originaria a la Suprema Corte de Justicia. Los presentantes defendieron la viabilidad de la acción en razón de que no son aplicables al caso los arts. 93, 102, 103 y 172 de la Ley Fundamental. Si bien el art. 172 dispone que el Presidente no podrá ser acusado, sino en la forma que señala el art. 93 -juicio político- y, aun así, sólo durante el ejercicio del cargo o dentro de los seis meses siguientes a la expiración del mismo, afirmaron que no fue posible llevar a cabo el juicio político al imputado dentro del plazo estipulado por el citado artículo, en razón de que el gobierno de facto se mantuvo en el poder hasta casi nueve años después de que fuera sustituido Bordaberry en la presidencia.

2. Sentencia:

2.1. A juicio del tribunal, la atribución de competencia prevista por el art. 239.1 de la Carta Magna opera exclusivamente en aquellos casos en los que alguno de los sujetos mencionados en el referido art. 93 sea separado del cargo por juicio político, por habersele atribuido una violación de la Constitución. Ello por cuanto así surge del art. 14 de la ley 3.246 (Ley Orgánica de la Corte de 1907): “Los juicios de que habla el primer período del artículo 96 (actual art. 239) de la Constitución son los determinados en el artículo 29 (actual 93) de la misma”: es decir que la ley de 1907 interpretó la disposición constitucional como una referencia a los sujetos pasivos del juicio político.

Por lo expuesto, para que pueda operar la competencia originaria asignada por el art. 239.1, se requiere que el sujeto denunciado como “infractor de la Constitución” sea un funcionario que se encuentre amparado por la prerrogativa del juicio político previo a su enjuiciamiento.

2.2. Ahora bien, contrariamente a lo sostenido por el fiscal de Corte, el ex presidente denunciado no se encuentra comprendido en el art. 93 como un sujeto pasible de juicio político y, por ende, no goza de la prerrogativa procesal prevista por el art. 172, ya que, como es notorio, ha cesado en el cargo y han transcurrido más de seis meses desde entonces, en razón de lo cual puede ser sometido a juicio como cualquier ciudadano, lo que enerva la posibilidad de que se despliegue la competencia originaria del tribunal, prevista por el art. 239.

La prerrogativa procesal de la cual, según la Carta, gozan determinados altos funcionarios del Estado (juicio político previo) cesa -salvo previsión constitucional expresa- cuando finaliza el desempeño del correspondiente cargo. Las inmunidades (propriamente, inviolabilidades) constituyen situaciones excepcionales, funcionales y relativas, y que sólo amparan a su titular en cuanto éste ejerce la función.

Únicamente para el Presidente se exige el juicio político como garantía más allá del cese del cargo, ya que, tal como lo dispone el art. 172, aquél “...no podrá ser acusado, sino en la forma que señala el art. 93 y aun así sólo durante el ejercicio del cargo o dentro de los seis meses siguientes a la expiración del mismo...”. Vencido el semestre, no hay ninguna inmunidad y puede ser enjuiciado como cualquier otro individuo. Y ello es así porque uno de los componentes de principio del concepto de democracia republicana (forma de gobierno según el art. 82) es la responsabilidad de los gobernantes. El art. 172 se está refiriendo al Presidente de la República durante su mandato y hasta seis meses después; no está aludiendo a un ciudadano común, que es la situación jurídica de un ex presidente (transcurrido el término de “residencia”).

Por lo tanto, es equivocado fundamentar una irresponsabilidad penal en un giro gramatical contenido en un artículo referido a un presidente y no a un ciudadano común.

Si la Constitución es una norma axiológica, esto es, una norma que define los valores superiores sobre los que se ha de nuclear el ordenamiento jurídico, los principios superiores de igualdad de los ciudadanos ante la ley (art. 8) y el de responsabilidad de los gobernantes, derivado de la forma republicana de gobierno (art. 72), impiden que prerrogativa o privilegio

procesal alguno se erija en obstáculo insuperable para el juzgamiento de eventuales ilícitos penales cometidos por un ex presidente durante el ejercicio de su mandato.

2.3. En suma, como el denunciado no es pasible de juicio político por “violación de la Constitución”, no se ha verificado el supuesto fáctico previsto por el art. 14.2 de la ley 3.246 y, por ende, la competencia originaria asignada al tribunal por el art. 239.1 de la Constitución no puede operar. Su juzgamiento deberá hacerse por el órgano jurisdiccional de primera instancia en la materia penal que resulte competente por razón de turno.

Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al regular las garantías mínimas con las que debe contar toda persona inculpada de un delito, dispone que tendrá “derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior” (art. 8.h).

En consecuencia, aun cuando erróneamente se entendiera que la Corte posee competencia originaria en el presente asunto, correspondería remitir la causa a un órgano jurisdiccional cuya decisión sea susceptible de ser impugnada por el denunciado frente a un tribunal superior, hipótesis ésta que no se verificaría si este Tribunal conociera en forma exclusiva y excluyente.

Por las razones expuestas, se declara la incompetencia del tribunal para conocer en el caso en esta etapa procesal, disponiendo la remisión de los autos al juzgado letrado de primera instancia en lo penal que resulte competente por razón de turno.

Nota de la Secretaría: Código Penal, art. 132: “Será castigado con diez a treinta años de penitenciaría, y de dos a diez años de inhabilitación absoluta: ... 3. (Revelación de secretos) El ciudadano que revelare secretos políticos o militares, concernientes a la seguridad del Estado, o facilitare su conocimiento... 6. (Atentado contra la Constitución) El ciudadano que, por actos directos, pretendiere cambiar la Constitución o la forma de gobierno por medios no admitidos por el Derecho Público Interno”. Constitución, arts. 93: “Compete a la Cámara de Representantes el derecho exclusivo de acusar ante la Cámara de Senadores... al Presidente y el Vicepresidente de la República..., por violación de la Constitución u otros delitos graves, después de haber conocido sobre ellos a petición de parte o de algunos de sus miembros y declarado haber lugar a la formación de la causa”; 102: “A la Cámara de Senadores corresponde abrir juicio político a los acusados por la Cámara de Representantes... y pronunciar sentencia al solo efecto de separarlos de sus cargos, por dos tercios de votos del total de sus componentes”; 103: “Los acusados, a quienes la Cámara de Senadores haya separado de sus cargos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, quedarán, no obstante, sujetos a juicio conforme a la ley”; 172: “El Presidente de la República no podrá ser acusado, sino en la forma que señala el art. 93 y aun así sólo durante el ejercicio de su cargo o dentro de los seis meses siguientes a la expiración del mismo durante los cuales estará sometido a residencia...”; y 239: “A la Suprema Corte de Justicia corresponde: 1) Juzgar a todos los infractores de la Constitución sin excepción alguna... Para los asuntos enunciados y para todo otro en que se atribuye a la Suprema Corte jurisdicción originaria, será la ley la que disponga sobre las instancias que haya de haber en los juicios que de cualquier modo serán públicos y tendrán sentencia definitiva motivada con referencia expresa a la ley que se aplique”.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY, sentencia del 15-8-2003, n° 973/03, *Olivera, Bernardo y otros -denunciantes- Bordaberry, Juan María -denunciado- “atentado contra la Constitución” art. 132.6 del Código Penal - denuncia penal.*

FUNCIONARIOS. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ALCANCE (COSTA RICA).

1. Antecedentes del caso: el recurrente -director del laboratorio de un hospital municipal (Hospital) y también concejal- denunció a un periódico ciertas irregularidades, tales como la suficiente capacidad de los laboratorios del hospital para atender la demanda sin necesidad de contratar servicios privados y externos y el “montaje” de las listas de espera. En virtud de esas declaraciones, el Hospital inició un procedimiento disciplinario en su contra por

no respetar el principio de buena fe: específicamente, por faltar a su deber de lealtad con la institución. Si bien dentro de ese procedimiento disciplinario quedó demostrado que las expresiones habían sido dadas en el carácter de concejal y por ello la Junta Nacional de Relaciones Laborales había recomendado no imponer sanción alguna, el Hospital agotó la vía administrativa, resolvió tener por demostradas las faltas laborales y suspendió al recurrente por ocho días sin goce de sueldo. Éste interpuso, entonces, una acción de amparo.

2. Sentencia: se impone hacer lugar al recurso interpuesto con las consecuencias de ley.

2.1. Los funcionarios o servidores públicos, por la circunstancia de estar sometidos a una relación estatutaria, no pueden ver diezmada o limitada su libertad de expresión y opinión y, en general, ninguno de los derechos fundamentales de los que son titulares por intrínseca dignidad humana. Las organizaciones administrativas no son compartimentos estancos o separados del conglomerado social, y la existencia de una carrera administrativa o de una relación estatutaria no justifica el despojo transitorio o las limitaciones de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos, de los cuales gozan en todas las facetas de su vida.

Ciertamente, la libertad de expresión en el ámbito de una relación funcional o estatutaria puede sufrir leves modulaciones por razón de la relación de jerarquía inherente a la organización administrativa, la confianza que debe mediar entre el superior y el inferior, los deberes de lealtad de ambos con los fines institucionales y de reserva respecto de las materias que han sido declaradas secreto de Estado por una ley. Sobre el particular, conviene agregar que tal matización ha de ser proporcionada y razonable, y que ni siquiera un interés público podría limitar o restringir los derechos fundamentales de los funcionarios por la vinculación más fuerte, la eficacia directa e inmediata y la superioridad jerárquica de éstos. Los conceptos de buena fe y lealtad no pueden enervar la libertad de expresión cuando a través de su ejercicio no se causa una lesión antijurídica al ente u órgano público al cual pertenecen y representan o a terceros. Los superiores jerárquicos de un ente estatal, por sus especiales y acusadas responsabilidades y exposición al público, deben estar sujetos y tolerar la crítica no dañina o antijurídica tanto de los usuarios de los servicios públicos, administrados en general, como de los propios funcionarios.

Lo anterior es, también, predicable respecto de las formas e instrumentos de gestión o administración. La crítica de todos los mencionados sobre el desempeño individual de algún servidor e institucional del ente u órgano público constituye una poderosa herramienta para el control y fiscalización de la gestión pública y, desde luego, para obtener mayores niveles de rendimiento -resultados-, rendición de cuentas y transparencia administrativa. Ningún funcionario público puede ser inquietado, perseguido, recriminado o sancionado por expresar sus opiniones, ideas, pensamientos o juicios de valor acerca de la gestión del ente público o las actuaciones de otro funcionario público.

2.2. Resulta en este caso evidente que las críticas o irregularidades apuntadas por el recurrente no fueron transmitidas con una intención vejatoria o ultrajante y, por consiguiente, no afectaron el honor subjetivo y objetivo de cada uno de los profesionales que integran el cuerpo médico del Hospital, como tampoco el prestigio de la institución, valor este último que no se puede identificar con el honor de las personas físicas y que, desde luego, no puede gozar de igual protección que un derecho fundamental.

No pueden pretender las autoridades recurridas anteponer los deberes de buena fe y lealtad al goce y ejercicio del derecho de expresión u opinión y, más concretamente, a las críticas acerca de la contratación de laboratorios privados y el supuesto montaje de las listas de espera, puesto que están referidas a la gestión de los centros de salud indicados. En lo tocante a la veracidad de las opiniones vertidas por el recurrente, es menester indicar que, tratándose del ejercicio de la libertad de expresión, las críticas o juicios de valor emitidos -a diferencia de

lo que acontece con la libertad de información- no se deben someter a la demostración de su exactitud, certeza y objetividad. Bajo esta inteligencia el procedimiento administrativo y la sanción impuesta resultan flagrantemente inconstitucionales por quebrantar la libertad de opinión o expresión del recurrente.

Nota de la Secretaría: la misma sala, en la causa 2004-01789, resuelta el 20-2-2004, aplicó igual doctrina para resolver un amparo promovido por un empleado judicial contra la legalidad de las sanciones disciplinarias que se le habían impuesto por las “manifestaciones irrespetuosas” formuladas contra una auxiliar judicial, consideradas falta leve, y por su falta de respeto al Poder Judicial al calificar a la Corte Suprema de Justicia de “institución mediocre”.

CORTE SUPREMA DE COSTA RICA (Sala Constitucional), sentencia del 26-2-2003, causa 2003-01527, en http://196.40.21.182/scij/index_pj.asp?url=busqueda/jurisprudencia/jur_ficha_completa_sentencia.asp?nBaseDatos=1&nSentencia=229756.

HOMOSEXUALES. EDAD. DERECHO A LA IGUALDAD. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 8 (AUSTRIA).

Antecedentes del caso: la Cámara de Apelaciones de Innsbruck (*Oberlandesgericht*) presentó una solicitud ante la Corte Constitucional a fin de que se examinara el art. 209 del Código Penal (*Strafgesetzbuch*), alegando que esta disposición era incompatible con el principio constitucional de igualdad ante la ley y con el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), pues establecía que una relación homosexual entre hombres adolescentes de edades diferentes, que no era pasible de sanción hasta que uno de los miembros de la pareja cumpliera los 19 años, se volvía en ese momento delictiva y dejaría de serlo cuando el miembro más joven llegase a los 18 años.

Sentencia:

La Constitución no impide al legislador proteger a los niños y adolescentes de contactos sexuales prematuros y perjudiciales, ya sean éstos hetero u homosexuales, y de la explotación sexual.

Sin embargo, la disposición jurídica que prohíbe las relaciones sexuales entre un hombre de más de 19 años y un adolescente de sexo masculino de más de 14 años, pero de menos de 18, es arbitraria y, por lo tanto, inconstitucional.

El artículo en cuestión viola el principio de igualdad ante la ley, ya que incluye diversos tipos de relaciones homosexuales entre hombres, algunas de las cuales están penadas y otras, no. Al no estar penadas las relaciones homosexuales entre hombres mayores de 14 años, el objetivo del legislador, manifiestamente, no era el de sancionar una relación homosexual cuando una de las partes de la pareja llegaba a los 19 años y hasta que el miembro más joven llegara a los 18 años. No existe, por lo tanto, ninguna razón objetiva que justifique que el art. 209 del Código Penal se aplique en ciertos casos a hombres que mantienen una relación homosexual que, con anterioridad al cumplimiento de tal condición, no era pasible de sanción.

CORTE CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA, sentencia del 21-6-2002, G 6/02, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 2, p. 226.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN. ESTADOS EXTRANJEROS. ACTIVIDAD COMERCIAL (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: con el fin de estabilizar su moneda, la Argentina y su Banco Central (en adelante, conjuntamente, Argentina) emitieron bonos llamados “Bonods”, que preveían el reembolso en dólares norteamericanos mediante transferencias a los mercados de Londres, Frankfurt, Zurich o Nueva York, a elección del acreedor. La Argentina llegó a la conclusión de que carecería de suficiente moneda extranjera para recuperar los Bonods cuando éstos comenzaron a vencer y, en consecuencia, amplió unilateralmente el plazo de pago y ofreció a los tenedores la posibilidad de sustituirlos por otros instrumentos. Tres de ellos -dos empresas panameñas y el Swiss Bank- rechazaron la propuesta de reprogramación e insistieron en que el reembolso se efectivizara en Nueva York. Ante la negativa de Argentina, promovieron acción de incumplimiento contractual ante un tribunal de distrito, que rechazó la presentación del Estado para que se desestimara la acción. La Cámara de Apelaciones confirmó la decisión, juzgando que el tribunal tenía jurisdicción en los términos de la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 (FSIA) (art. 1602 y sptes. del Título 28 del Código de los Estados Unidos), que permite que los Estados extranjeros sean demandados ante los tribunales norteamericanos, entre otras cosas, “en conexión con una actividad comercial” que tenga “un efecto directo en los Estados Unidos” -art. 1605(a)(2)-. La Argentina interpuso, entonces, un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: se confirma la decisión del tribunal de distrito de que tiene jurisdicción en virtud de lo dispuesto por la FSIA.

(a) La emisión de los Bonods constituye una “actividad comercial” en términos de la FSIA, y la reprogramación de las fechas de vencimiento de esos instrumentos se realizó “en conexión con” tal actividad, conforme lo dispuesto en el art. 1605(a)(2). La FSIA establece la naturaleza “comercial” de las acciones que los gobiernos extranjeros realizan como actores privados y no como reguladores del mercado (*Alfred Dunhill of London Inc. v. Republic of Cuba*, 425 US 682 -1976-, voto de varios *justices*). Por otra parte, al art. 1603(d) dispone que el carácter comercial de un acto depende de la “naturaleza” y no del “objetivo” del mismo, lo cual torna innecesario establecer si un gobierno extranjero está actuando con fines de lucro o para cumplir objetivos exclusivamente soberanos. La cuestión a decidir reside, en cambio, en determinar si esas acciones específicas del gobierno (cualquiera sea su fundamento) pertenecen a la categoría de aquéllas mediante las cuales un particular ejerce el comercio. Los Bonods son, en casi todos sus aspectos, instrumentos de deuda comunes y corrientes e, incluso, cuando se los considera en pleno contexto, su emisión resulta análoga a una transacción comercial privada.

La circunstancia de que fueran creados para ayudar a estabilizar la moneda argentina no constituye una base válida para distinguirlos de los instrumentos de deuda, dado que el art. 1603(d) hace irrelevante el motivo por el cual Argentina participó en el mercado de bonos de la misma forma en que lo hacen los particulares. Sólo importa que lo haya hecho.

(b) La reprogramación unilateral de los Bonods tuvo “un efecto directo en los Estados Unidos”, a los fines del art. 1605(a)(2). Los apelados habían designado sus cuentas en Nueva York como lugar de pago, y Argentina había hecho algunos pagos de intereses en estas cuentas antes de anunciar que estaba reprogramándolos. Nueva York era, entonces, el lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales de Argentina y, en consecuencia, la reprogramación de esas obligaciones necesariamente tuvo un “efecto directo” en los Estados Unidos, dado que el dinero que supuestamente se enviaría a un banco de Nueva York no llegó. La pretensión argentina de que, en este caso, no se satisfizo la exigencia del “efecto directo” porque los tenedores de bonos peticionantes son empresas extranjeras sin otra conexión con los Estados Unidos resulta insostenible en virtud de lo resuelto en *Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria* (461 US 480, 489 -1983-). Además, asumiendo que un Estado extranjero pueda ser una “persona” a los fines de la Cláusula del Debido Proceso de la V Enmienda,

Argentina satisfizo el estándar del “contacto mínimo” formulado en *Insternational Shoe Co. v. Washington* (326 US 310, 316 -1945-), al emitir instrumentos negociables de deuda denominados en dólares norteamericanos y pagaderos en Nueva York, y al designar un agente financiero en esa ciudad.

Nota de la Secretaría: esta sentencia ha sido citada en numerosos fallos posteriores para definir a las actividades de los Estados extranjeros incluidas dentro del género “actividad comercial”.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 12-6-1992, *Republic of Argentina and Banco Central de la República v. Weltover, Inc., et al.*, en 504 US 607.

LIBERTAD DE CULTO. PATRIA POTESTAD. DERECHOS EXCLUSIVOS. LEGITIMACIÓN PROCESAL (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: el distrito escolar peticionante exige que todos los alumnos de las escuelas primarias -entre los cuales se encuentra la hija del Sr. Newdow- reciten el *Pledge of Allegiance*, que es el compromiso de fidelidad a la bandera norteamericana, y cuyo texto contiene la expresión “*under God*” (“ante los ojos de Dios”). Newdow es ateo y promovió una acción alegando que, al contener las palabras “*under God*”, el recitado del *Pledge* constituía un acto de adoctrinamiento religioso que violentaba las Cláusulas del Establecimiento y del Libre Ejercicio de la Constitución. También adujo tener legitimación activa por derecho propio y como representante (*next friend*) de su hija. El tribunal de distrito llegó a la conclusión de que el *Pledge* es constitucional y rechazó la demanda. La Cámara Federal de Apelaciones revocó la sentencia, sosteniendo que Newdow estaba legitimado, como padre, a impugnar una práctica que interfería con su derecho a dirigir la educación religiosa de la menor, y que la política del distrito escolar violentaba la Cláusula del Establecimiento. Sandra Banning, madre de la niña, solicitó entonces ser tenida por parte y la desestimación de la acción, alegando, entre otras cosas, que ella tenía la tenencia exclusiva y que, en ejercicio de los derechos que ello le confería, consideraba que no constituía el mejor interés de la niña ser parte en el proceso promovido por Newdow. La Cámara llegó a la conclusión de que la tenencia exclusiva que tenía Banning no privaba a Newdow de la legitimación que requiere el Artículo III de la Constitución para impugnar una acción inconstitucional del Gobierno que afecta a su hija. En consecuencia, sostuvo que, en términos de la ley de California, Newdow conservaba el derecho a exponerle sus creencias religiosas -aun cuando contradijeran las de su madre- y a buscar la reparación de una supuesta lesión a los derechos que tiene como padre. El distrito escolar interpuso, entonces, un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: se revoca la sentencia recurrida.

La ley de California priva a Newdow del derecho a accionar como representante de la menor y, en consecuencia, éste carece de *prudential standing* para impugnar ante los tribunales federales la política del distrito escolar. La exigencia de tener legitimación deriva de los límites constitucionales y “prudenciales” (*prudential*) impuestos a las atribuciones de un Poder Judicial no electivo y no representativo (ver *Allen v. Wright*, 468 US 737, 750 -1984-).

La jurisprudencia de la Corte sobre el *prudential standing* incluye, entre otras cosas, “la prohibición general de que un litigante invoque los derechos jurídicos de otra persona” (*idem*, p. 751), y el Tribunal, generalmente, se niega a intervenir en las relaciones domésticas, tradicionalmente reguladas por el derecho estadual (*In re Burrus*, 136 US 586, 593/594 -1890-). En este caso, la magnitud del problema que, en términos de legitimación activa, plantean las

relaciones domésticas no resultó evidente hasta que Banning tomó intervención e invocó la tenencia exclusiva de la niña.

El argumento de Newdow de que conserva un derecho ilimitado a inculcar sus creencias religiosas a su hija falla porque sus derechos no pueden considerarse en forma aislada, dado que este caso también afecta los derechos que la tenencia de la niña otorga a Banning y, fundamentalmente, el interés de una menor que se encuentra en el centro de un debate muy publicitado. La legitimación de Newdow se funda exclusivamente en la relación que tiene con su hija, pero no le da derecho a accionar en calidad de representante de ella. Sus intereses no son análogos, sino potencialmente contradictorios. El estatus que Newdow tiene como padre se rige por el derecho estadual, y la Corte tradicionalmente respeta las interpretaciones del derecho estadual que hace el tribunal federal de la región (*Bishop v. Wood*, 426 US 341, 346-347 -1976-).

En este caso, la Cámara Federal de Apelaciones buscó sustento en la jurisprudencia de las cámaras estatales, que reconoce a cada uno de los progenitores -tengan o no la tenencia- el derecho a transmitir a su hijo su punto de vista religioso. Sin embargo, ninguno de los actos de Banning o de la junta escolar violenta el derecho de Newdow a instruir religiosamente a su hija. Antes bien, es él quien solicita que se impida que su hija sea expuesta a las ideas religiosas que profesa su madre; es él quien esgrime una forma de poder de veto y usa su estatus de padre para cuestionar las influencias a que puede estar expuesta la menor en el colegio cuando está en desacuerdo con Banning. La jurisprudencia de California realmente no admite la pretensión de que Newdow tenga un derecho a traspasar la esfera de la relación padre/hija para ordenar a otros lo que pueden y lo que no pueden decir a su hija en cuanto a la religión. El representante de un menor o incapaz ciertamente podría ejercer ese derecho, pero Newdow carece de ese estatus.

Nota de la Secretaría: *prudential standing*: en materia de legitimación activa, la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos tiene dos vertientes: la legitimación en términos del Art. III de la Constitución, que es necesaria para satisfacer el presupuesto constitucional de que exista un caso o controversia; y la legitimación prudencial, que incorpora los límites que el propio Poder Judicial se impone en el ejercicio de la jurisdicción federal. La Corte no ha definido exhaustivamente el alcance prudencial de la doctrina de la legitimación activa, pero ha explicado que incluye las prohibiciones generales de que uno de los litigantes plantee los derechos de otra persona y de decidir agravios genéricos que pueden ser resueltos de forma más satisfactoria por los otros dos poderes del gobierno, así como la exigencia de que la demanda se encuentre amparada por el derecho que invoca el accionante.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 14-06-2004, *Elk Grove Unified School District and David W. Gordon, Superintendent v. Michael A. Newdow et al.*, en 72 LW 4457.

LIBERTAD DE CULTO. POLICÍA. PARTICIPACIÓN OBLIGATORIA EN UNA PROCESIÓN RELIGIOSA (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: un oficial de policía interpuso un recurso de amparo contra la sentencia confirmatoria de la legalidad de la orden que lo había obligado a participar, contra su voluntad, en un desfile procesional de carácter religioso, con base en que violentaba el ordenamiento jurídico y su derecho a la libertad religiosa, reconocido en el art. 16 de la Constitución española (CE). Igualmente, afirmó que el hecho de que el Cuerpo Nacional de Policía tuviera la condición de “Hermano Mayor de la Hermandad de Nuestro Padre Jesús El Rico de Málaga” también contrariaba la aconfesionalidad del Estado, garantizada en el referido artículo constitucional.

2. Sentencia: se otorga parcialmente el amparo solicitado y, en consecuencia, se reconoce el derecho del recurrente a la libertad religiosa (art. 16.1 CE); se anulan las resoluciones administrativas y la sentencia de Cámara, y se desestima la demanda de amparo en todo lo demás.

2.1. La Constitución garantiza la libertad religiosa tanto a los individuos como a las comunidades, “sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley” (art. 16.1 CE). En su dimensión objetiva, esta libertad comporta una doble exigencia que surge del art. 16.3, el cual, tras establecer la neutralidad de los poderes públicos (ínsita en la aconfesionalidad del Estado), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a dichos poderes mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales.

2.2. Corresponde, en primer término, dilucidar si el hecho de que el quejoso haya sido forzado a participar en la procesión religiosa (no obstante haber manifestado por el conducto reglamentario su voluntad de no tomar parte en ella) ha supuesto una lesión de su derecho a la libertad religiosa en su vertiente, ya apuntada, que faculta a los ciudadanos a actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros.

La defensa posible de la constitucionalidad de las órdenes recibidas sería la de argumentar que se estaba ante un servicio propiamente policial, sin connotación religiosa alguna, que trataba de asegurar el orden público en un acto con asistencia masiva de personas. Pero este razonamiento se debilita, desaparece dialécticamente, cuando en las mismas resoluciones de la Dirección General de la Policía se presenta como fundamento de la obligación de participar en el acto religioso el hecho de que “el Cuerpo Nacional de Policía es Hermano Mayor de la Hermandad de Nuestro Padre Jesús El Rico de Málaga”. Además, resulta evidente, sin la menor duda, que un servicio de las características del que aquí nos ocupa -unidad de caballería, uniformidad de gala, armas inusuales como sables y lanzas, etc.- no es un servicio policial ordinario que tenga por objeto cuidar de la seguridad del desfile procesional; servicio que, por otra parte, no se presta con estas características a otras hermandades. Se trata, más bien, de un servicio especial cuya principal finalidad no es garantizar el orden público, sino contribuir a realzar la solemnidad de un acto religioso de la confesión católica, como es la procesión de la hermandad citada.

Alcanzado el convencimiento de que ésta es la naturaleza del caso, son claras las implicaciones de tipo religioso de la participación en tal servicio, las cuales fundamentan sobradamente la negativa de quien no profese la religión católica a tomar parte en manifestaciones de culto de esa religión, como es desfilar procesionalmente. Al no dispensar al recurrente de hacerlo, las resoluciones de la Dirección General de la Policía y la posterior sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que las confirma, han lesionado su derecho a la libertad religiosa, por lo que procede otorgar el amparo, reconociendo su derecho a no participar, si ése es su deseo, en actos de contenido religioso.

2.3. La segunda pretensión del recurrente tiene por objeto la nulidad del vínculo que une al Cuerpo Nacional de Policía con la referida hermandad; se dirige, por tanto, contra el art. 106 de los estatutos de “La Real, Excelentísima, muy ilustre y venerable Cofradía de culto y procesión de nuestro Padre Jesús Nazareno bajo la advocación de ‘El Rico’ y María Santísima del Amor” (aprobados por el Obispado de Málaga el día 4 de mayo de 2000), en el que se dispone que “son hermanos de esta Cofradía el Cuerpo de Instituciones Penitenciarias y el Cuerpo Nacional de Policía”. Sucede, sin embargo, que la disposición transcrita no es imputable a un poder público, por lo que nada puede pretenderse contra ella a través de un recurso de amparo (art. 41.2, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), independientemente de que el eventual acto de aceptación pueda ser impugnado en la vía procedente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia del 2-6-2004, nº 101/2004, en <http://www.tribunalconstitucional.es/Stc2004/STC2004-101.htm>.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EXPRESIONES VEJATORIAS. DERECHO AL HONOR (ESPAÑA).

Si bien es cierto que el Tribunal ha aseverado que el derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos (art. 20.1, Constitución) dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para su exposición, no es menos cierto que también ha mantenido inequívocamente que la Constitución no reconoce, en modo alguno, un pretendido derecho al insulto.

La Constitución no veda, en cualquier circunstancia, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero en la protección que otorga el art. 20.1 están excluidas aquéllas absolutamente vejatorias, es decir, las que, dadas las concretas circunstancias del caso y al margen de su veracidad o no veracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate.

No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos, e innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone inferir una lesión injustificada a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones. Pues una cosa es efectuar una evaluación personal de una conducta, por desfavorable que ésta sea, y otra muy distinta, emitir expresiones, afirmaciones o calificativos claramente vejatorios, desvinculados de esa información y que resultan proferidos gratuitamente, sin justificación alguna.

El art. 18.1 otorga rango constitucional a no ser escarnecido o humillado ante sí mismo o ante los demás. El derecho al honor opera como un límite insoslayable que la misma Constitución (art. 20.4) impone al derecho a expresarse libremente, prohibiendo que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, o atente injustificadamente contra su reputación haciéndola demerecer ante la opinión ajena.

No es posible afirmar que alguien pueda quedar privado de su derecho al honor por acceder y participar en un debate público, aun cuando sea empleando el medio de comunicación en el que supuestamente se le ofendió.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia del 12-10-2001, nº 204/2001, en *Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2001, tomo 61, p. 362.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. REGLAMENTACIÓN. ALCANCE. INTERNET. EXPRESIONES OBSCENAS. PORNOGRAFÍA. MENORES. PROTECCIÓN (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: en 1996, el Congreso intentó, por primera vez, convertir Internet en un lugar seguro para los menores mediante la aprobación de la *Communications Decency Act*, que criminalizaba la difusión de ciertas expresiones sexualmente explícitas, pero la Suprema Corte, en *Reno v. American Civil Liberties Union* (521 US 894 -1997-), la declaró inconstitucional con base en que no estaba estrictamente diseñada (*narrowly tailored*) para perseguir la consecución de un interés importante del Gobierno y en que existían medios menos restrictivos de la libertad de expresión para lograr dicho objetivo. El Poder Legislativo, entonces, sancionó la *Child Online Protection Act* (COPA), la cual, entre otras cosas, impone una multa y seis meses de prisión a quien, conscientemente, difunda en Internet, “con fines comerciales”, material que resulte “perjudicial para los menores”, pero autoriza a los sitios comerciales que limiten el acceso a esa información (p.ej., exigiendo el uso de una tarjeta de

crédito o mediante cualquier otra medida razonable) a invocar hechos o circunstancias en su defensa, aunque no nieguen los descriptos en la demanda (es decir, los legitima para oponer una *affirmative defense*). La *American Civil Liberties Union* y otras organizaciones que se expresan en Internet o que están interesadas en proteger la libertad de expresión promovieron una acción solicitando el dictado de una prohibición preliminar de aplicar la COPA. Después de considerar la prueba presentada por las partes, el tribunal de distrito interviniente juzgó probable que, ulteriormente, la ley fuera declarada inconstitucional ante la existencia de alternativas menos restrictivas de la libertad de expresión, como los sistemas de filtro y bloqueo; en consecuencia, libró la orden que se le solicitaba. La Cámara Federal de Apelaciones confirmó por otros fundamentos esta decisión, pero la Corte la revocó en *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* (535 US 564 -2002-). Al recibir nuevamente las actuaciones por devolución, la Cámara llegó a la conclusión de que la COPA no era el medio menos restrictivo que tenía el Gobierno para proteger su interés en impedir que los menores usen Internet para acceder a material perjudicial y, en consecuencia, volvió a confirmar la sentencia del tribunal de distrito. El Gobierno interpuso, entonces, un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: la Cámara actuó correctamente al confirmar la decisión del tribunal de distrito de prohibir preliminarmente la aplicación de la COPA, ya que esta ley probablemente violente la Primera Enmienda.

(a) Al adoptar su decisión, el tribunal de distrito no ejerció su discrecionalidad en forma abusiva. Para revisar la validez de este tipo de prohibiciones, corresponde aplicar el estándar del abuso de discrecionalidad. El art. 1254(1) del Título 28 del Código de los Estados Unidos, al atribuir a esta Corte competencia de apelación, no la autoriza a apartarse de los estándares de revisión establecidos (ver *Walters v. National Assn. of Radiation Survivors*, 473 US 305, 336 -1985-). En consecuencia, si se cierra la cuestión constitucional, se debe confirmar la prohibición de aplicar la COPA y devolver las actuaciones para que se resuelva el fondo de la cuestión. No resulta necesario, por ende, considerar las interpretaciones más amplias de la ley adoptadas por la Cámara de Apelaciones. El tribunal de distrito se centró, básicamente, en que existen alternativas para cumplir el objetivo que persigue el Gobierno que restringen menos la libertad de expresión que la COPA (*Reno* cit., p. 874). En las impugnaciones a la validez de las restricciones al contenido de la libertad de expresión, el Gobierno tiene la carga de demostrar que las medidas alternativas no resultarían tan efectivas como la ley cuestionada. Este estándar tiene por objeto asegurar que sólo se limita la libertad de expresión en la medida indispensable para cumplir el objetivo del Congreso. La conclusión del tribunal de distrito de que los accionantes probablemente logren la declaración de inconstitucionalidad de la COPA no resultó del ejercicio abusivo de su discrecionalidad, sino de la circunstancia de que el Gobierno no cumplió con su carga probatoria. Los aquí apelados alegaron que el *software* de bloqueo y filtro constituye una alternativa menos restrictiva, y resulta particularmente importante que el Gobierno no haya demostrado que los recurrentes no tenían posibilidad alguna de acreditar esa pretensión en el juicio. Los filtros restringen selectivamente las expresiones en el punto de recepción, en lugar de limitarlas universalmente en la fuente. Permiten que los adultos sin hijos vean lo que tienen derecho a ver, sin tener que identificarse o brindar información vinculada con sus tarjetas de crédito; y que los que sí los tienen accedan a las mismas expresiones, en los mismos términos, si desconectan el filtro de las computadoras de sus hogares. La promoción del uso de filtros no incrimina ninguna categoría de expresiones y, por lo tanto, elimina -o al menos, reduce mucho- un potencial efecto disuasivo. Es de destacar que los filtros pueden resultar más efectivos que la COPA porque se aplican a todas las formas de comunicación por Internet, incluyendo el correo electrónico, y pueden impedir que los menores vean cualquier tipo de pornografía y no sólo la difundida desde los Estados Unidos. La circunstancia de que la COPA no impida que los niños

accedan a material perjudicial difundido desde el extranjero determina, *per se*, que los filtros pueden ser más efectivos para lograr los objetivos buscados. Es probable que si se estableciera la validez constitucional de esta ley, su efectividad disminuiría aún más porque los proveedores del material alcanzado se trasladarían al exterior. Cabe destacar, además, que el tribunal de distrito encontró que los sistemas de verificación pueden ser eludidos, por ejemplo, por los menores que tienen sus propias tarjetas de crédito. La superioridad que los filtros tienen sobre la COPA resulta también de las conclusiones explícitas de la *Commission on Child Online Protection*, creada por el Congreso para evaluar el mérito relativo de los diferentes medios de limitar el acceso de los menores al material perjudicial existente en Internet. Si bien este sistema no constituye una solución perfecta, porque puede bloquear material que no es perjudicial y no identificar otro que sí lo es, lo cierto es que el Gobierno no ha cumplido con su carga de acreditar específicamente que los filtros son menos efectivos. Resulta insustancial el argumento de que los filtros no constituyen una alternativa porque el Congreso no puede imponer su uso, dado que sí puede alentarlos otorgando incentivos a colegios y bibliotecas (*United States et al. v. American Library Association, Inc., et al.*, 539 US 194 -2003-), y promoviendo su desarrollo a nivel industrial y su uso familiar. El precedente más próximo es *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.* (529 US 803 -2000-), en el cual también se impugnó la validez de una restricción al contenido de expresiones destinada a proteger a los menores del acceso a material perjudicial. En ese caso, la Corte llegó a la conclusión de que la alternativa más restrictiva elegida por el Congreso no podía sobrevivir a un escrutinio estricto si no se demostraba que era más efectiva que aquellas con que contaban los padres. La línea de razonamiento de *Playboy Entertainment Group*, los *holdings* y la vigencia de los precedentes de esta Corte obligan a confirmar la prohibición de aplicar la COPA. De lo contrario, no se estaría dando cabal cumplimiento a lo dispuesto por la I Enmienda.

(b) Importantes razones prácticas justifican, también, dejar subsistente la prohibición de aplicar la COPA hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión. Primero, los daños que potencialmente generaría la revocación de tal decisión son mayores que los de dejarla vigente por error, ya que las personas que se expresan optan por autocensurarse cuando tienen un alto riesgo de ser objeto de un proceso penal en el cual sólo podrían oponer una *affirmative defense* (cf. *Playboy Entertainment Group*, cit., p. 817). Segundo, en este caso subsisten importantes hechos controvertidos e incluso una seria laguna probatoria en cuanto a la efectividad de los filtros. Al confirmar la prohibición preliminar, esta Corte exige al Gobierno que cumpla cabalmente su obligación constitucional vinculada a la alternativa menos restrictiva, en lugar de excusarlo por no hacerlo. Tercero, las constancias del expediente judicial no reflejan la realidad tecnológica actual -lo cual resulta particularmente serio dada la celeridad con que evoluciona Internet- y es razonable presumir que en los cinco años transcurridos desde que el tribunal de distrito hizo la determinación de los hechos se hayan producido innovaciones tecnológicas importantes. Al confirmar la prohibición preliminar de aplicar la COPA y devolver las actuaciones para que se decida el fondo de la cuestión, la Corte permitió que las partes actualicen y completen esas constancias del expediente y que el tribunal de distrito tomara en cuenta el nuevo marco jurídico existente ya que, con posterioridad a la determinación de los hechos, el Congreso aprobó dos leyes que pueden constituir alternativas menos restrictivas que la COPA (una que prohíbe los nombres de dominio engañosos y otra que crea un dominio “.kids”, seguro para los menores).

Nota de la Secretaría: un resumen de los fallos *Reno v. American Civil Liberties Union, United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.* y *Ashcroft v. American Civil Liberties Union* pueden verse en *investigaciones* 3 (1998), p. 569; 2 (2000), p. 359; y 1 (2002), p. 92, respectivamente.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 29-06-2004, *John Ashcroft, Attorney General v. American Civil Liberties Union et al.*, en 72 LW 4649.

MATRIMONIO. CASAMIENTO RELIGIOSO. CLÁUSULA CONTRACTUAL. DERECHO DE DEFENSA. DEBIDO PROCESO. DERECHO DE PROPIEDAD. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 6 Y PROTOCOLO 1, ART. 1 (BOSNIA-HERZEGOVINA).

1. Antecedentes del caso: la peticionante, mediante el rito coránico y en presencia de varios testigos, contrajo matrimonio con MD ante la comunidad islámica de Bosnia-Herzegovina. Una cláusula del contrato matrimonial establecía que, en caso de separación, el marido debía pagar a la esposa la suma de 1000 KM en concepto de indemnización por el perjuicio sufrido (el *mahr*). Este contrato fue autenticado bajo la forma de un certificado de matrimonio de aquella comunidad islámica; no hubo ceremonia civil. Posteriormente, con la disolución, el marido se negó a pagar el *mahr*. Los esfuerzos de la peticionaria para obtener el pago fueron vanos; tanto en primera instancia como en la Cámara consideraron que, al haberse celebrado el matrimonio conforme a la ley coránica, no debían aplicarse las disposiciones del derecho de familia, comunes a los matrimonios civiles, dado que no se hacía referencia al *mahr*, en el que se fundaba la demanda. La peticionante consideró que fueron violados, entre otros, sus derechos reconocidos en los arts. 6 (al debido proceso), 13 (a un recurso efectivo) y 1 del Protocolo 1 (al goce pasible de sus bienes) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). Alegó, asimismo, la violación del art. 17 de la Convención, que dispone la prohibición de abuso de derecho.

2. Sentencia:

No hubo violación al debido proceso. La competencia de la Corte está limitada a las cuestiones de naturaleza constitucional (art. VI.3b de la Constitución de Bosnia-Herzegovina), y no a verificar la veracidad de los hechos o la interpretación y aplicación de leyes ordinarias por jurisdicciones inferiores, a menos que las decisiones de estas últimas constituyan violaciones a los derechos reconocidos por la Constitución.

El derecho a un debido proceso confiere a una de las partes, entre otras cosas, el derecho a conocer la motivación de una sentencia judicial y a ejercer útilmente todos los recursos legales a su disposición. Sin embargo, el art. 6.1 de la Convención no exige que la Corte trate el conjunto de los argumentos planteados por una de las partes en el transcurso del procedimiento, sino únicamente aquéllos que considere pertinentes. Deben tenerse en cuenta los argumentos de las partes, pero no es necesario que la totalidad de ellos aparezcan en la sentencia. Las decisiones definitivas de las jurisdicciones de apelación no necesitan en general un razonamiento muy extenso. En el caso concreto, las decisiones cuestionadas eran constitucionalmente inobjectables. Si bien es cierto que el tribunal de primera instancia pudo no haber examinado de oficio los fundamentos jurídicos alternativos de la demanda de la peticionante, como ser, específicamente la cuestión de si el contrato sobre el *mahr* tenía fuerza obligatoria en el derecho contractual ordinario, la decisión del Tribunal Cantonal hacía referencia, en su motivación, al derecho de familia y al “derecho positivo”, mostrando así que el juez había estudiado todas las bases legales posibles de la demanda de la peticionante.

En lo relativo a la violación alegada del derecho de propiedad, las jurisdicciones ordinarias consideraron que la cláusula del *mahr* del contrato de matrimonio no era válida en el plano jurídico, y que esta conclusión era razonable y, por ende, no contestable en el plano constitucional. En virtud de estas circunstancias, no corresponde a la Corte reemplazar las jurisdicciones ordinarias tomando posición en esta cuestión de orden jurídico. Por consiguiente, la peticionante no adquirió ninguna posesión en el sentido del art. 1 del Protocolo 1 de la Convención, por lo cual el presente caso no se enmarca en este artículo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE BOSNIA-HERZEGOVINA, sentencia del 5-4-2002, U62/01, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 2, p. 243.

MATRIMONIO. CASAMIENTO RELIGIOSO. SANCIÓN PENAL. FAMILIA. PROTECCIÓN. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (TURQUÍA).

1. Antecedentes del caso: el Tribunal de Primera Instancia de Orhangazi planteó ante la Corte Constitucional la cuestión sobre la compatibilidad del art. 237.4 del Código Penal turco con la Constitución. Tal disposición establece la condena a una pena de dos a seis meses de prisión, a todo hombre y toda mujer que contraiga matrimonio religioso antes de la conclusión del matrimonio civil.

2. Sentencia:

Conforme al principio de igualdad, las infracciones análogas deben ser sancionadas por el derecho penal, con penas análogas. Las sanciones impuestas a las infracciones deben equilibrarse según la estructura social actual y su efecto en la sociedad. Sin embargo, al legislar en materia de sanciones, el Parlamento debe respetar la Constitución y los principios universales de derecho.

El Parlamento tiene el poder discrecional de decidir qué actos se consideran infracciones y qué sanción les es aplicable, a condición de que actúe dentro de los límites de la Constitución y conforme a los principios generales del derecho penal. En Turquía, el Código Civil constituyó uno de los más importantes conjuntos de leyes cuando se pasó al sistema jurídico secular moderno. En virtud del art. 174 de la Constitución, la institución del casamiento civil es objeto de una protección particular. Por otra parte, el art. 41 de la Constitución fija las disposiciones ligadas a la protección de la familia. Cuando se examina la responsabilidad del Estado teniendo presente estos puntos, se percibe que, para eliminar los efectos negativos de la práctica de los matrimonios religiosos, no es inconstitucional imponer sanciones a quienes concluyen este tipo de matrimonio antes del matrimonio oficial.

Dado que la ley no impide el casamiento religioso después de la celebración del civil, la prohibición de realizar con anterioridad la ceremonia religiosa no es contraria a la Constitución. Por ello, el art. 237.4 del Código Penal es constitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL DE TURQUÍA, sentencia del 24-11-1999, K 1999/42, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 2, p. 359.

MEDIOS DE COMUNICACIÓN. INDEPENDENCIA. LIBERTAD DE IMPRENTA (PORTUGAL).

1. Antecedentes del caso: el Presidente de la República solicitó ante el Tribunal el estudio de la constitucionalidad del art. 1º del Decreto de la Asamblea de la República nº 3/IX, recibido el 24 de mayo de 2002 para su promulgación, por el que se elimina la competencia del Consejo de Opinión del servicio público de televisión para dar su parecer vinculante sobre la composición del órgano de administración de la empresa concesionaria, reemplazándolo por una opinión no vinculante sobre el nombramiento y destitución de los directores que tengan a su cargo las áreas de programación e información. En la actualidad, la voz del Consejo de Opinión constituye, en el plano de la empresa, la principal, si no la única, expresión normativa ordinaria codificadora de aquella garantía institucional.

2. Decisión:

La Constitución garantiza la libertad y la independencia de los órganos de comunicación social frente al poder político y económico. En lo que se refiere al sector público, la Constitución exige una garantía suplementaria al obligar, en el art. 38.6, a que la estructura y el funcionamiento salvaguarden esa independencia ante el Gobierno, la Administración y los demás poderes públicos.

En tal sentido, la competencia atribuida a la Alta Autoridad para la Comunicación Social en lo referente a la intervención en el nombramiento y exoneración de los directores de los órganos de comunicación social del sector público no agota el programa del art. 38.6. Ello significa que la “estructura” de las empresas tiene que crear mecanismos que puedan asegurar aquella independencia.

Por su parte, la libertad de imprenta implica la autonomía de los medios de comunicación social, en general, ante el poder político (en particular, ante el Gobierno), lo que significa igualdad de tratamiento, con independencia de la orientación editorial seguida, prohibición de discriminación en los apoyos públicos e imparcialidad de los medios de comunicación social ante el poder económico. El art. 38.4 de la Constitución indica varios mecanismos que conducen a ese objetivo, que pueden concentrarse en tres principios: transparencia, especialización y pluralismo.

La Constitución y la ley establecen diversos mecanismos jurídicos para asegurar la neutralidad de los medios de comunicación social del sector público: modo de designación de la entidad que debe asegurar el derecho a la información y la libertad de imprenta, definición de las reglas de integración de los órganos colectivos, establecimiento de no elegibilidad e incompatibilidades, inadmisibilidad de la reelección, limitación del poder de exoneración de los miembros de los órganos de administración.

La eliminación de la competencia del Consejo de Opinión para emitir su parecer previo vinculante sobre la composición del órgano de administración de la empresa concesionaria del servicio público de televisión que no esté acompañada por la creación de un modo de control, que sea por lo menos equivalente, privaría al orden jurídico portugués de mecanismos de salvaguarda, a nivel de estructura de empresa, de la independencia de la televisión pública ante el Gobierno, la Administración y los demás poderes públicos (art. 38.6 de la Constitución).

En tal perspectiva, dejar enteramente al Gobierno el poder de nombrar y, en particular, de destituir el consejo de administración antes mencionado es incompatible con el imperativo constitucional de independencia de los medios de comunicación social del sector público ante el Gobierno, dada la ausencia de otros mecanismos susceptibles de asegurar el cumplimiento de este imperativo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL, decisión del 11-6-2002, 254/02, en *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Tribunal Constitucional, 2003, 53º volume 2002, p. 7.

MENORES. RESPONSABILIDAD PENAL. LÍMITES A SU DETENCIÓN. **PRISIÓN PREVENTIVA.** DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, ARTS. 8 Y 9 (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: un grupo de más de sesenta diputados y senadores presentó un recurso ante el Consejo Constitucional de Francia a fin de examinar la constitucionalidad de varios puntos de la ley de orientación y programación para la justicia. Entre ellos, el art. 16 del proyecto, que modifica de tres formas el punto I del art. 4 de la ordenanza de 1945 relativa a la detención de los menores de 10 a 13 años: reduce de siete a cinco años la duración de la pena de prisión del delito a partir del cual la detención es posible por motivos de investigación; amplía de diez a doce horas la duración máxima de la detención; sustituye la

condición relativa a los “indicios graves y concordantes que permiten suponer que el menor cometió o intentó cometer un crimen o delito” por una condición análoga, pero mencionando “indicios graves o concordantes”. Por otra parte, la modificación propuesta establece que en materia correccional los menores de 13 a 16 años podrán ser colocados bajo control judicial únicamente en un centro educativo cerrado, y la detención de estos menores sólo será posible si se sustraen a las obligaciones del control judicial, por ejemplo, en caso de fuga.

2. Decisión:

2.1. Desde comienzos del siglo XX, las leyes de la República reconocieron la atenuación de la responsabilidad penal de los menores en función de la edad, así como también la necesidad de buscar el sacar adelante a los menores delincuentes mediante medidas educativas y morales adaptadas a su edad y personalidad por parte de una jurisdicción especializada o por procedimientos apropiados. Este principio fundamental no excluye las sanciones o las medidas coercitivas, aun cuando, en lo posible, deben ser evitadas en pos de otras propiamente educativas.

Surge de los arts. 8 y 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que deben ser respetados, tanto para los menores como para los mayores, el principio de la presunción de inocencia, el de necesidad y el de la proporcionalidad de las penas y el derecho de defensa. Asimismo, es necesario que sea respetado el art. 66 de la Constitución, cuando establece que “nadie puede ser arbitrariamente detenido. La Autoridad Judicial, guardiana de la libertad individual, debe asegurar el respeto de este principio en las condiciones previstas por ley”.

El legislador está facultado para prever un procedimiento apropiado que permita retener a menores de 10 a 13 años a los fines de una investigación. Sólo puede acudirse a tal medida en casos excepcionales y con motivo de infracciones graves. La implementación de este procedimiento debe estar subordinada al control de un magistrado especializado en la protección de la infancia, y exige garantías particulares.

Al prever una duración máxima de doce horas, que sólo excepcionalmente puede ser prolongada por otras doce, y las garantías relativas a su desarrollo, en particular la asistencia de un abogado desde el comienzo de la detención, la modificación no desconoció las exigencias antes mencionadas.

2.2. En lo relativo a los arts. 17 y 18 del proyecto, los menores sólo pueden colocarse bajo control judicial después de un debate contradictorio durante el cual el juez debe escuchar las observaciones del menor, las de su abogado y, en su caso, las del responsable del servicio que sigue el expediente del menor. El magistrado que decide sobre el control judicial debe motivar su sentencia y notificar al interesado, en presencia de su abogado y de los representantes legales, de las obligaciones impuestas y las consecuencias de su incumplimiento.

La prisión preventiva sólo es posible en la medida que es indispensable o si es imposible tomar otra medida. Debe efectuarse ya sea en un establecimiento penitenciario especializado o en uno que garantice la separación entre detenidos mayores y menores. Las disposiciones impugnadas prevén, además, la presencia de educadores en condiciones que han de ser fijadas por decreto del Consejo de Estado y un acompañamiento educativo al final de la detención. Finalmente, la duración de la detención se limita, conforme a la pena posible, de quince días a un mes, renovable una sola vez.

Por todo ello, los arts. 17 y 18 no infringen ninguna exigencia constitucional.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, decisión del 29-8-2002, n° 2002-461, en *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel*, París, Dalloz, 2002, p. 204.

PENA DE MUERTE. DERECHO DE DEFENSA. GARANTÍAS PROCESALES. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO. DERECHO A UN JUICIO IMPARCIAL. **TESTIGOS.** FALTA DE CREDIBILIDAD. **JUICIO POR JURADOS.** TENTATIVA DE SOBORNO. **OBLIGACIONES DEL ESTADO.** PRESENTACIÓN DE INFORMES. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ARTS. 2, 6, 14 Y 28 Y PROTOCOLO FACULTATIVO, ARTS. 2 Y 5 (NACIONES UNIDAS-GUYANA).

1. Antecedentes del caso: Rookmin Mulai, en nombre de sus dos hermanos Bharatraj y Lallman Mulai, ambos ciudadanos de Guyana, presentó una comunicación ante el Comité de Derechos Humanos (Comité). Alega que éstos, pendientes de ser ejecutados en la cárcel de Georgetown (Guyana), son víctimas de violaciones a los derechos humanos por parte de Guyana. Afirma que son inocentes y que es injusto el juicio al que se les sometió. En su opinión, unos desconocidos trataron de sobornar al presidente del jurado, ofreciéndole una suma de dinero no especificada si influía en el jurado a favor de sus hermanos; éste dio cuenta de la cuestión al fiscal y al juez, pero nunca fue revelada a la defensa. A diferencia de lo ocurrido en otros casos, el incidente no propició la interrupción del proceso. Por otra parte, la presentante considera que la declaración de uno de los testigos no puede considerarse fidedigna, ya que en sede policial realizó dos exposiciones distintas, y las que surgen en el proceso inicial y en la etapa de revisión se contradicen. El 9 de abril de 1998, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 86 del Reglamento del Comité, el Relator Especial sobre nuevas comunicaciones pidió al Estado Parte que no ejecutara la pena de muerte impuesta mientras el caso fuera examinado.

2. Dictamen:

2.1. El 20 de julio de 2004, el Comité emite un dictamen a tenor del párrafo 4 del art. 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, en el que deja constancia de que se solicitó al Estado Parte, en cinco oportunidades, que presentara información sobre el fondo de la comunicación, sin haber recibido contestación. El Comité deplora esta actitud y recuerda que en el Protocolo Facultativo está implícito el deber de los Estados Partes de facilitar lo requerido. A falta de contestación del Estado Parte, deberán tenerse debidamente en cuenta las afirmaciones de la autora en la medida que éstas hayan sido suficientemente fundamentadas.

En primer lugar, de conformidad con el art. 87 de su Reglamento, el Comité debe decidir si la comunicación presentada es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto. Se ha comprobado, conforme a lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del art. 5 de ese instrumento, que el mismo asunto no ha sido sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

En cuanto a la alegación de la autora acerca de la falta de credibilidad de las declaraciones de los testigos, el Comité recuerda su constante jurisprudencia de que la evaluación de los hechos de un caso concreto corresponde a los tribunales de los Estados Partes en el Pacto, y no al Comité. La información presentada y los argumentos expuestos por la autora no acreditan que tal evaluación por el tribunal y su interpretación de la ley sean manifiestamente arbitrarios o supongan una denegación de justicia. En consecuencia, esta parte de la comunicación es inadmisibles en virtud del art. 2 del Protocolo Facultativo.

El Comité declara que las demás alegaciones relacionadas con el incidente de soborno del jurado son admisibles en la medida en que al parecer suscitan cuestiones comprendidas en el párrafo 1 del art. 14 del Pacto, y procede al examen del fondo de la cuestión, a la luz de toda la información facilitada, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 5 del Protocolo Facultativo.

2.2. En cuanto al fondo de la cuestión, el Comité señala que la independencia e imparcialidad de un tribunal son aspectos importantes del derecho a un juicio imparcial. En un

juicio con jurado, la necesidad de evaluar los hechos y las pruebas de manera independiente e imparcial vale también para el jurado; es importante que todos los miembros del jurado estén en condiciones de evaluar los hechos y las pruebas en forma objetiva para poder emitir un veredicto justo. Por otra parte, el Comité recuerda que, en caso de que una de las partes tenga conocimiento de tentativas de soborno del jurado, tendrá la obligación de denunciar esas irregularidades ante el tribunal.

En el presente caso, la autora afirmó que el presidente del jurado para la revisión del proceso informó a la policía y al magistrado superior, el 26 de febrero de 1996, que habían tratado de influir en el jurado; que correspondía al juez hacer una indagación al respecto y determinar si se había cometido una injusticia contra Bharatraj y Lallman Mulai, al privarlos de un juicio imparcial; que el incidente no fue revelado a la defensa pese a que el presidente del jurado había dado cuenta de él al juez y al fiscal, y que, a diferencia de lo ocurrido en otros juicios, ello no dio lugar a la interrupción del proceso contra sus hermanos.

El Comité observa que, aunque no está en condiciones de determinar si la actuación y las conclusiones del jurado y de su presidente reflejaron parcialidad y prejuicio contra Bharatraj y Lallman Mulai, de la documentación existente se desprende que el Tribunal de Apelación examinó la cuestión de la posible imparcialidad, pero no se ocupó de los motivos de la apelación relacionados con el derecho de los acusados a la igualdad ante los tribunales, consagrado en el párrafo 1 del art. 14 del Pacto y en virtud del cual la defensa podría haber pedido la interrupción del juicio. En consecuencia, el Comité considera que hubo violación del párrafo 1 del art. 14.

De conformidad con su práctica constante, el Comité opina que la imposición de la pena de muerte tras un juicio en el que no se han respetado las disposiciones del Pacto constituye una violación de su art. 6. Por tanto, en las circunstancias del presente caso, el Estado Parte ha violado los derechos de Bharatraj y Lallman Mulai.

A tenor de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 3 del art. 2 del Pacto, el Estado Parte tiene la obligación de proporcionar a Bharatraj y Lallman Mulai un recurso efectivo, en particular, la conmutación de la pena de muerte que se les ha impuesto. El Estado Parte tiene también la obligación de evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro.

Teniendo presente que, al adherirse al Protocolo Facultativo, el Estado Parte reconoció la competencia del Comité para determinar si se ha producido una violación del Pacto y que, en virtud de su art. 2, el Estado Parte se ha comprometido a salvaguardar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en éste y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe que se ha cometido una violación, el Comité desea recibir del Estado Parte, en un plazo de noventa días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide también al Estado Parte que publique lo dictaminado.

Nota de la Secretaría: el Protocolo Facultativo del Pacto entró en vigor para el Estado Parte en el momento de su adhesión, el 10 de agosto de 1993. El 5 de enero de 1999, el gobierno de Guyana notificó al Secretario General que había decidido denunciar dicho Protocolo Facultativo con efecto a partir del 5 de abril de 1999, es decir, después de que la comunicación fuera presentada. En esa misma fecha, el gobierno de Guyana se adhirió de nuevo al Protocolo Facultativo con una reserva: "Guyana se adhiere de nuevo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con una reserva al artículo 6 del Pacto en el sentido de que el Comité de Derechos Humanos no será competente para recibir y examinar comunicaciones de ninguna persona condenada a muerte por los delitos de asesinato y traición respecto de cualquier asunto relacionado con su acusación, detención, juicio, condena, sentencia o ejecución de la pena de muerte, ni de cualquier otra cuestión conexa. Al aceptar el principio de que los Estados no pueden en general utilizar el Protocolo Facultativo como un medio para formular reservas al propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el gobierno de Guyana insiste en que su reserva al Protocolo Facultativo en modo alguno desvirtúa sus obligaciones y compromisos en virtud del Pacto, incluido el compromiso de respetar y garantizar a todas las personas

en el territorio de Guyana, y sujetas a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto (en la medida en que no haya reservas al respecto) según se consigna en el artículo 2 del mismo Pacto, así como su compromiso de informar al Comité de Derechos Humanos en virtud del mecanismo de vigilancia establecido por el artículo 40”.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), Caso N° 811/1998, *Mulai c. la República de Guyana*, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, volumen I, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n° 40 (A/59/40), Ginebra, 2004, p. 127, y en CCPR/C/81/D/811/1998, del 18-8-2004.

PODER LEGISLATIVO. REGLAMENTO INTERNO. DURACIÓN DE LAS INTERVENCIONES. TRATADOS INTERNACIONALES. LEGISLACIÓN QUE IMPIDE SU DISCUSIÓN ANTES DE LA RATIFICACIÓN (TURQUÍA).

1. Antecedentes del caso: varias modificaciones fueron realizadas al Reglamento de la Gran Asamblea turca. Algunas de éstas limitaban los debates y las cuestiones de la Asamblea. Un grupo de ciento quince parlamentarios presentaron un recurso ante la Corte Constitucional a fin de que se anulen las referidas disposiciones. El art. 60 del Reglamento en cuestión establece que: “Durante los debates relativos a los proyectos de ley ante la Asamblea, las intervenciones realizadas en nombre de los grupos, los partidos políticos, las comisiones parlamentarias y el gobierno no pueden exceder los veinte minutos y la de los otros parlamentarios, los diez minutos”. Antes de esta modificación, no existían restricciones de tiempo a las preguntas y respuestas. Por otra parte, el art. 81.1.d. del Reglamento preveía que no podían ser objeto de discusiones ni se podían proponer modificaciones sobre los artículos de las leyes relativos a la ratificación de los tratados concluidos con los Estados extranjeros y las Organizaciones Internacionales.

2. Sentencia:

En las democracias contemporáneas, los diputados están encargados de controlar que las preferencias y las opciones políticas de la población sean respetadas. De tal forma, no se puede negar la importancia del período de preguntas y respuestas que reflejan la voluntad del Parlamento. Por otra parte, es necesario dejar tiempo para la discusión detallada de casos complejos, para que los diputados que no disponen de informaciones suficientes tengan tiempo para comprender el tema. Por consiguiente, durante la discusión de los proyectos de ley, no es aceptable limitar a diez minutos el tiempo de las preguntas y respuestas e impedir que los diputados ejerzan su derecho a formular preguntas. Por todo ello, esta disposición debe ser anulada.

En lo relativo a la modificación del art. 81.1.d., el art. 90 de la Constitución estipula que “la ratificación, en nombre de la República turca, de los tratados internacionales concluidos con los Estados extranjeros o las organizaciones internacionales queda subordinada a la ratificación mediante una ley emanada de la Gran Asamblea Nacional turca”. Este artículo otorga a la Asamblea el poder de ratificar o no los tratados. Cuando es posible formular reservas sobre un tratado determinado, la Asamblea es competente para decidir estas cuestiones. Es claro que esta competencia sólo puede ejercerse mediante los debates en el seno de la Asamblea. Por ello, la disposición en cuestión es inconstitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL DE TURQUÍA, sentencia del 31-1-2002, K.2002/24, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 2, p. 360.

PROCESO PENAL. DERECHO DE DEFENSA. APRECIACIÓN DE PRUEBA DECLARADA INVÁLIDA. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 6 (BÉLGICA).

1. Antecedentes del caso: uno de los acusados en un caso de homicidio presentó un recurso contra la disposición legislativa modificatoria del Código de Instrucción Criminal que le prohibía utilizar ciertas piezas del expediente, susceptibles, en su opinión, de probar su inocencia (testimonios anulados en instrucción y separados del principal). Sostuvo que las partes en un proceso penal en el cual el expediente fue purgado de pruebas irregulares son discriminadas, en cuanto a su derecho de defensa, con respecto a las partes en otro tipo de proceso penal, dado que a causa de la nueva ley, les es difícil, y aun imposible, probar su inocencia. Invocó el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

2. Sentencia:

El legislador viola de manera desproporcionada el derecho de defensa al decidir de manera absoluta y general que los elementos de prueba anulados en la instrucción no pueden ser utilizados en el proceso penal de fondo, aun como descarga.

Es posible conciliar el fin de la ley con las exigencias del debido proceso si se prevé que un juez aprecie en qué medida el respeto del derecho de defensa exige que una parte pueda utilizar las pruebas declaradas nulas, evitando afectar los derechos de las otras partes.

Corresponde, por lo tanto, anular la disposición legislativa en cuestión.

CORTE DE ARBITRAJE DE BÉLGICA, sentencia del 8-7-2002, 86/2002, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 2, p. 235.

PROCESO PENAL. DISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN. PROCESO SUMARIO. ADMISIÓN DE CULPABILIDAD. POSIBILIDAD DE RETRACTACIÓN. ERROR EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS REGLAS PROCESALES. PLANTEO OPORTUNO (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: después de haber confesado a un informante que vendía drogas, Domínguez Benítez (DB) fue acusado de posesión de drogas y conspiración. Esta última acusación lo expuso a recibir una pena mínima de diez años de prisión. En el *plea agreement* celebrado, DB se declaró culpable de conspiración, y el gobierno desistió de la acusación de posesión de drogas y se comprometió a solicitar la aplicación del art. 3553 del Título 18 del Código de los Estados Unidos para que el tribunal pudiera imponerle una condena inferior a la mínima mencionada. El acuerdo estipulaba expresamente que carecía de efecto vinculante para el tribunal de sentencia y que el acusado no podría retractarse en el supuesto de que el tribunal rechazara las recomendaciones del gobierno. Sin embargo, en el *plea colloquy*, el juez no mencionó -a pesar de que el acuerdo escrito sí lo decía- que DB carecía de este derecho -ver Regla Federal de Procedimiento Penal 11(c)(3)(B) (Regla 11)-. Posteriormente, la Oficina de Libertad Vigilada encontró que el acusado había tenido tres condenas previas, circunstancia ésta que lo inhabilitaba para acceder a una condena inferior al mínimo legal. En consecuencia, el tribunal de distrito le impuso la mínima obligatoria. Al apelar, DB planteó, por primera vez, que la omisión del tribunal de advertirle su incapacidad para retractarse exigía la revocación de su condena. La Cámara Federal de Apelaciones hizo lugar a su pretensión, con cita de *United States v. Olano* (507 US 725 -1993-), aplicando el estándar del error evidente, previsto en la Regla Federal de Procedimiento Penal 52 (Regla 52). En este estado, el gobierno de los Estados Unidos interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: para obtener la reparación de un error en el cumplimiento de la Regla 11 que no ha sido planteado oportunamente, el acusado debe acreditar una probabilidad razonable de que no se hubiera declarado culpable de no ser por ese error.

(a) Cuando un acusado invoca tardíamente un error en el cumplimiento de la Regla 11, la revocación de la sentencia resulta injustificada a menos que el error sea evidente (*United States v. Vonn*, 535 US 55, 63 -2002-). Con excepción de ciertos errores estructurales que debilitan la equidad del procedimiento criminal como un todo, la reparación judicial de un error está ligada a la existencia de un efecto perjudicial, y el estándar del “error que afecta derechos subjetivos sustantivos” (Regla 52) alude a un error que tiene un efecto perjudicial en el resultado de un procedimiento judicial (*Kotteakos v. United States*, 328 US 750 -1946-). En *Kotteakos*, se declaró que para afectar “derechos subjetivos sustanciales” un error debe tener un “efecto o influencia importante y dañosa en la determinación del ... veredicto” (p. 776).

En los supuestos en que los condenados piden la revocación y tienen la carga de demostrar el perjuicio (o la relevancia del mismo), la Corte aplica un estándar similar que requiere la acreditación de “una probabilidad razonable de que, de no ser por el error invocado, el resultado del procedimiento hubiera sido diferente” (*United States v. Bagley*, 473 US 667, 682 -1985-, voto de Blackmun). Los acusados como DB no deberían encontrar excesivamente fácil demostrar su derecho a la reparación de un error evidente: primero, porque se debe hacer cumplir la finalidad general de la Regla 52(b), para alentar el planteo oportuno de objeciones y reducir las onerosas revocaciones resultantes de planteos tardíos (*Vonn*, cit., p. 73); y, segundo, porque se debe respetar la particular importancia que reviste el carácter irrevocable de las declaraciones de culpabilidad del acusado en una audiencia pública (*guilty pleas*), las cuales constituyen elementos indispensables del funcionamiento del moderno sistema de justicia penal (*United States v. Timmreck*, 441 US 780, 784 -1979-).

(b) El test aplicado en este caso por la Cámara de Apelaciones resulta inadecuado. Su primer elemento, a saber, si el error fue “menor o técnico”, no requiere evaluar la gravitación que la falta de advertencia tuvo en la decisión del acusado. Esta omisión se repite, en gran medida, en el segundo elemento del test (si el acusado entendió los derechos que estaban en juego al declararse culpable). El estándar de la Cámara no permite considerar la prueba tendiente a acreditar la intrascendencia del error en la decisión del acusado o la importancia relativa de otras circunstancias que pudieron haber gravitado en su elección. Tampoco toma en cuenta la importancia de la pretensión del gobierno. En este caso, en el cual constan la venta de sustancias controladas a un informante y una confesión, cabe preguntarse qué cree que puede ganar en el juicio un acusado que intenta retractarse de su declaración (*plea*). La cuestión no consiste en evaluar *a posteriori* la real decisión del acusado, sino en investigar si la advertencia no formulada hubiera hecho la diferencia exigida por el estándar de la probabilidad razonable; es difícil ver aquí la forma en que la advertencia podría haber afectado la evaluación que hizo DB de su posición estratégica. Además, el *plea agreement* -léído a DB en su lengua materna- específicamente contenía la advertencia de que no podría retractarse si el tribunal se negaba a aceptar las recomendaciones del gobierno. Esta circunstancia, no controvertida por DB, tiende a demostrar que el error en el cumplimiento de la Regla 11 no influyó, en este caso, en el resultado del proceso.

Nota de la Secretaría: ver comentario a este caso en 72 LW 1751, “Justices Adopt ‘Reasonable Probability’ Test for Claims of Rule 11 Plain Error”.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 14-6-2004, *United States v. Carlos Domínguez Benítez*, en 72 LW 4478.

PRUEBA. VALIDEZ. REGLA DE EXCLUSIÓN (COLOMBIA).

Existe la creencia de que la prueba ilegalmente obtenida vicia de nulidad la actuación procesal posterior. Esta valoración es equivocada. Cuando una prueba ha sido irregularmente allegada al proceso, y el juez la toma en cuenta al momento de dictar sentencia, se está en presencia de un error de apreciación probatoria, que se soluciona con la separación de la prueba ilegal del juicio, en virtud de la cláusula o regla de exclusión, que como mecanismo de saneamiento, opera en estos casos, y que la Constitución establece en su art. 29, al declarar que es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

La Ley Fundamental no consagra como sanción la nulidad del proceso, sino sólo de la prueba ilegalmente incorporada, y así ha sido entendido en la jurisprudencia del Tribunal cuando se sostiene que la ilegalidad del medio afecta su validez, pero no la eficacia de la actuación procesal posterior.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA (Sala de Casación Penal), sentencia del 23-7-2001, Rad. 13.810, en *Corte Suprema*, Santafé de Bogotá, 2001, n° 14, p. 17.

SALUD PÚBLICA. FALTA DE SERVICIO. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (CHILE).

1. Antecedentes del caso: la actora cursaba su segundo embarazo cuando fue derivada al Hospital Higuera, calificada como paciente de alto riesgo obstétrico. Durante aproximadamente un mes fue controlada semanalmente, indicándosele un embarazo en perfectas condiciones, corroboradas por dos monitoreos. El 29 de noviembre de 1998, fue hospitalizada para evaluación. El 1° de diciembre le dieron el alta con indicación de volver en una semana, pero, al presentar contracciones uterinas dolorosas, regresó el mismo día y fue hospitalizada en parto. A las 0.58 del 2 de diciembre, el niño nació por parto natural, extraído con fórceps -cuando debieron haber realizado una cesárea, teniendo en cuenta su peso (4,870kg.)-, presentando un diagnóstico de asfixia severa y encefalopatía hipóxica, con las siguientes secuelas: sordera, mudez, ceguera, parálisis y un estado casi vegetativo. Los damnificados iniciaron una acción por indemnización de perjuicios contra el Servicio de Salud, fundamentándola en la llamada responsabilidad del Estado por falta de servicio. En sentencia de primer grado, se rechazó la demanda interpuesta. Contra este fallo, la actora interpuso recurso de casación.

2. Sentencia:

La Corte ya sintetizó la doctrina de la calificación jurídica de la responsabilidad del Estado, en que los órganos de éste deben adecuar estrictamente su proceder al ordenamiento jurídico vigente y su contravención generará las responsabilidades que determina la ley. Toda persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades tiene el derecho a “reclamar ante los Tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”, derecho cuyo ejercicio permite a la jurisdicción ordinaria conocer y juzgar las acciones de resarcimiento fundadas en actos irregulares de la Administración.

La expresión “falta de servicio” es el presupuesto que constituye la fuente generadora de la responsabilidad del Estado. Se produce cuando los órganos o agentes estatales no actúan debiendo hacerlo, o cuando su accionar es tardío o defectuoso, lo que provoca, en uno u otro caso, un daño a los usuarios o beneficiarios del respectivo servicio público. En estos procesos, los perjudicados deben invocar y acreditar la existencia de esta falta en la actividad del órgano administrativo, y que ella es la causa del daño experimentado.

Las pruebas presentadas, especialmente la pericia médico-legal y el sumario administrativo, permitieron observar el error en la estimación del peso del feto, que por ser de más de 4kg. médicamente, en las condiciones de la parturienta, debía ser extraído mediante cesárea. Asimismo, no se interpretó en forma adecuada la monitorización del trabajo de parto, ya que aparecían signos evidentes de que existía sufrimiento fetal. Agregado a esto, no se evaluó a la paciente durante un período de setenta minutos, pese a haberse tomado conocimiento de las complicaciones presentadas, y se le practicó la anestesia una hora después de haber sido solicitada.

Estos antecedentes acreditaron la “falta de servicio” como causa del daño que presenta el menor. La responsabilidad por falta de servicio es objetiva, y basta la causalidad material como factor de su atribución.

No corresponde aplicar el funcionamiento medio del servicio para eximir o atenuar la responsabilidad de los entes descentralizados, invocando que la falta de eficacia responde a una carencia de recursos. Los damnificados no tienen por qué sufrir las consecuencias en la distribución del Presupuesto Nacional.

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia del 18-12-2003, Rol 6.381-2002, en *Ius Publicum*, Santiago de Chile, Universidad Santo Tomás, 2004, n° 12, p. 245, con comentario de SOTO KLOSS, EDUARDO, en pp. 252/264.

SEGURIDAD PÚBLICA. ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS. VIGILANCIA POR VIDEO (HUNGRÍA).

La vigilancia de las manifestaciones deportivas establecida por la Ley sobre los Espectáculos Deportivos tiene por objeto proteger la seguridad de los espectadores, de sus bienes y resguardarlos de la violencia racista. Busca, por lo tanto, proteger la dignidad humana y la integridad física.

Esta vigilancia, realizada por video, perjudica el derecho a la autodeterminación en materia de información de las personas que asisten a los partidos y a los juegos, pero no puede afirmarse que tal restricción al derecho fundamental sea injustificada y desproporcionada.

CORTE CONSTITUCIONAL DE HUNGRÍA, sentencia del 19-7-2002, 35/2002, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 2, p. 281.

SUSTRACCIÓN DE MENORES. DELITO PERMANENTE. LEY PENAL MÁS BENIGNA. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ART. 9. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, ART. 15 (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: trata la aplicación de la ley penal más benigna a quien se le imputó el delito permanente de sustracción, retención y ocultamiento de un menor de diez años, que comenzó a ejecutarse con anterioridad a la vigencia de la ley 24.410, que agravó la pena, y cesó con posterioridad.

2. Sentencia:

2.1. Decisión de la mayoría

La doctrina nacional, incluso la más tradicional, ha entendido que las figuras de retención y ocultamiento de un menor de diez años integran la categoría de los delitos permanentes, en los que la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse los mismos, sino que perdura en el tiempo, de modo que todos los momentos de su duración pueden imputarse

como consumación. Son delitos de resultado, cuya efectividad se prolonga un cierto tiempo. El mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, así que, en cierta manera, el hecho se renueva constantemente.

De tal forma, el delito permanente o continuo supone el mantenimiento de una situación típica, de cierta duración, por la voluntad del autor, lapso durante el cual se sigue realizando el tipo, por lo que el delito continúa consumándose hasta que cesa la situación antijurídica. Y cuando se dice que lo que perdura es la consumación misma, se hace referencia a que la permanencia mira la acción y no sus efectos. Por ello, en estas estructuras típicas, está en poder del agente el hacer continuar o cesar esa situación antijurídica; pero mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su esquema constitutivo.

Privada de libertad la víctima del secuestro, el delito es perfecto; este carácter no se altera por la circunstancia de que la privación dure un día o un año. Desde la verificación inicial del resultado hasta la cesación de la permanencia, el delito continúa consumándose. En tanto dure la permanencia, todos los que participen en él serán considerados coautores o cómplices.

La sustracción, cuya consumación principia con el desapoderamiento del tenedor del menor o con el impedimento de la reanudación de su tenencia, se prolonga, volviendo permanente el delito, con la detención u ocultación del menor fuera del ámbito legítimo de su tenencia.

Dice el primer párrafo del art. 2 del Código Penal: “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”. Como puede apreciarse, esta norma menciona tres momentos: a) el tiempo de cometerse el delito; b) el del fallo, y c) el lapso intermedio entre ambos. Según el principio enunciado, se deberá aplicar la ley más benigna que haya estado vigente en cualquiera de esos momentos. Ahora bien, ocurre que en este caso el tiempo de comisión del delito -es decir, el momento a)-, y teniendo en cuenta lo ya dicho respecto a la permanencia de la consumación en la retención u ocultación de un menor de diez años, es un lapso que va desde la posible fecha de nacimiento del menor, hacia fines de 1978, hasta la del estudio genético, el 30 de agosto de 2000, que, en principio, haría cesar la situación de ocultamiento.

En ese prolongado tiempo, se promulgó, el 28 de diciembre de 1994, la ley 24.410, que aumentó la pena mínima y máxima de este delito.

No aparece aquí, entonces, la hipótesis del art. 2 del Código Penal, que plantea únicamente el supuesto de un cambio de leyes entre el tiempo de la comisión del delito y el de la condena o, eventualmente, el intermedio. Ni tampoco la de los arts. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues en estos instrumentos se habla del “momento de la comisión del delito”, pero nada dicen sobre si este momento se prolonga y rigen dos leyes distintas. En efecto, esta situación no está expresamente contemplada en los dispositivos legales que establecen el principio de la ley penal más benigna, por lo que tal garantía no está en juego en el presente caso.

Se está aquí ante un delito continuo e indivisible jurídicamente, y durante cuyo lapso de consumación rigieron dos leyes, ambas plenamente vigentes -sin que sea éste un caso de ultra actividad o retroactividad de alguna de ellas-, con base en el principio general del art. 3 del Código Civil (*tempus regit actum*). Por lo tanto, no se trata de un caso de sucesión de leyes penales (hipótesis del art. 2 del Código Penal, donde se debe aplicar la más benigna), sino de un supuesto de coexistencia teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de los delitos permanentes.

Ahora bien, como una sola de estas leyes es la que debe aplicarse -porque uno es el delito cometido-, se está ante un concurso aparente de tipos penales, pues necesariamente uno debe desplazar al otro, y, en tal caso, debe privar la ley 24.410, pues es la vigente en el último

tramo de la conducta punible. Por otro lado, resulta claro que esta conducta delictiva continuó ejecutándose durante la vigencia de la nueva ley, que se reputa conocida por el autor (art. 20 del Código Civil) y que, siendo posterior, deroga a la anterior (*lex posterior, derogat priori*).

Si el sujeto persiste en su conducta punible, si sigue adelante con su acción pese a lo que manda la nueva disposición legal, deberá aplicársele la ley nueva más severa, que voluntaria y deliberadamente insiste en seguir infringiendo; no podrá luego ampararse para mejorar su situación en la circunstancia de que un tramo de la acción delictiva desarrollada la ejecutó bajo una ley más benigna, ya que a pesar de la consecuencia más grave dispuesta por la última norma legal, siguió adelante con su conducta criminal. El autor está en condiciones de adecuar su conducta a las nuevas exigencias normativas y, sin embargo, persiste en su acción delictiva pese a conocer la mayor gravedad de ésta, cuando puede desistir de su empeño criminal.

Paul Roubier dice que para algunos autores el momento relevante de la comisión del delito permanente es cuando el estado de ilicitud termina, para lo cual tienen en cuenta el conjunto de argumentos esgrimidos en torno a la prescripción de estos delitos.

En este sentido, puede apreciarse cómo el art. 63 del Código Penal prevé que si el delito fuere continuo, la prescripción comenzará a contarse a partir del día en que cesó de cometerse, norma que señala la relevancia típica del momento en que se agota el hecho delictivo.

Y conviene recordar que esta disposición se originó en el Proyecto de 1891, fundándose en el criterio de la buena conducta -pues sólo desde ese momento puede cumplirse tal condición-, lo que permite argumentar, *contrario sensu*, que mientras se mantenga la situación antijurídica permanente, y por lo tanto se renueve la voluntad delictiva, no corresponde aplicar la institución beneficiosa, sea la prescripción o la ley anterior más benigna, por la mera razón de que el delito no está terminado.

Si la imputada hubiera consumado el delito con anterioridad, le hubiera correspondido la pena más benigna; como lo siguió cometiendo -siempre según la imputación- después de la vigencia de la ley 24.410, le corresponderá una pena mayor.

Este agravamiento de su posición tiene como base su voluntad de seguir delinquiriendo, al prolongar la consumación del hecho ilícito. Tal solución resulta acorde con el principio de culpabilidad y, desde otra óptica, no hiere el de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional), puesto que no puede equipararse la situación de quien cesó de cometer el delito, una vez que la conminación penal se tornó más severa, con la de quien lo continuó cometiendo a pesar de ello.

2.2. Voto disidente de los jueces Augusto César Belluscio, Adolfo Roberto Vázquez y E. Raúl Zaffaroni

Para resolver el recurso extraordinario debe tomarse en cuenta, esencialmente, el acatamiento al principio de legalidad que enuncia el art. 18 de la Constitución Nacional, el cual requiere que tanto la descripción de la conducta por la que una persona puede ser sometida a proceso como la escala penal prevista para la misma deben haber sido establecidas en una ley sancionada con anterioridad a la comisión del hecho.

En el derecho penal, reviste singular trascendencia la regla cardinal de irretroactividad de la ley (*tempus regit actum*), el cual se expresa en el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, según el cual el juez penal debe aplicar la ley que se hallaba vigente al tiempo de producirse la conducta delictiva. Este principio de irretroactividad de la ley penal rige como regla en la materia y reconoce como única excepción la aplicación retroactiva de un ley penal posterior más benigna para el imputado.

En el caso, para determinar cuál es la ley aplicable, resulta necesario establecer el momento de comisión del hecho. En este sentido, y al tratarse de un delito permanente, donde la comisión de la conducta se extiende aun después de la consumación, se plantea como

conflicto la vigencia de dos leyes en el período de comisión. Así, al momento de consumarse el hecho, se encontraba vigente la redacción del art. 146 del Código Penal de la Nación según la ley 11.179, mientras que al momento de cesar la comisión, ya había sido sancionada la ley 24.410, que modificó la escala penal del mismo tipo, agravándola. Es importante tomar en cuenta que en estos delitos la conducta comisiva se desarrolla en el tiempo: tiene un momento inicial y uno en el que termina, y es esta particularidad la que permite que coexistan diferentes criterios de interpretación en referencia a cuál de los momentos ha de tomarse en cuenta a los fines de establecer la comisión del hecho y, en consecuencia, la ley aplicable.

En este contexto, corresponde adoptar el criterio del comienzo de la actividad voluntaria como momento de comisión, no sólo porque permite una interpretación más restrictiva de la norma, sino porque evita incurrir en una contradicción que resultaría más gravosa; porque si bien la comisión del delito se prolonga en el tiempo desde su comienzo y hasta su conclusión, cuando una ley más gravosa entra en vigencia con posterioridad al comienzo, pero antes del cese de la acción, existe un tramo de la conducta que no se encuentra abarcado por la nueva ley y obligaría a resolver la cuestión planteada retrotrayendo los efectos de la ley más gravosa, lo que constituye una violación del principio contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional y en el art. 2º del Código Penal de la Nación.

Definido el momento de comisión del hecho como el del inicio de la actividad voluntaria, corresponde aplicar la ley vigente en ese momento, salvo que la ley posterior fuese más benigna. En este caso, entonces, corresponde aplicar la redacción del art. 146 del Código Penal, según texto de la ley 11.179. La aplicación de la ley 24.410 resulta violatoria del principio de irretroactividad de la ley penal, establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Nota de la Secretaría: la decisión de la mayoría se remitió a los fundamentos del dictamen del Procurador General de la Nación. El juez Antonio Boggiano, por su parte, agregó que la solución de la causa no dependía de la interpretación o alcance de ningún tratado internacional, y la jueza Elena I. Highton de Nolasco aplicó el *certiorari*, que faculta a la Corte a rechazar el recurso extraordinario según su sana discreción y con la sola invocación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 24-8-2004, J.46.XXXVII, *Jofré, Teodora s/ denuncia*.

TORTURAS Y MALOS TRATOS. TRATOS CRUELES E INHUMANOS. CASTIGO CORPORAL. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ART. 7 (NACIONES UNIDAS-JAMAICA).

Independientemente de la naturaleza del delito que se fuera a reprimir y del grado de brutalidad con que se hubiese cometido, el castigo corporal constituye trato o pena cruel, inhumano o degradante que contraviene el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La imposición al autor del delito de una pena de flagelación con vara de tamarindo, así como la forma en que se ejecutó la pena, constituye violación de sus derechos con arreglo al citado art. 7.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), Caso N° 793/1998, *Pryce c. Jamaica*, en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, volumen I, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n° 40 (A/59/40), Ginebra, 2004, p. 117.

TRABAJADORES. ACCIDENTES DEL TRABAJO. RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR. EXENCIÓN. **LEY.** INCONSTITUCIONALIDAD. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 19, 21 Y 26. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, ARTS. 7 Y 12. CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER, ART. 11. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ART. 32. DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, ART. 22 (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: la Corte examinó la validez constitucional del art. 39.1 de la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT), que reza: “Las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos, con la sola excepción de la derivada del artículo 1072 del Código Civil”.

2. Sentencia:

2.1. Decisión de la mayoría

2.1.1. El art. 19 de la Constitución Nacional establece el “principio general” que “prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero”: *alterum non laedere*, que se encuentra entrañablemente vinculado con la idea de reparación. A ello se yuxtapone que la responsabilidad fijada en los arts. 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el citado principio general, de manera que la reglamentación que hace el código en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.

La jurisprudencia del Tribunal cuenta con numerosos antecedentes que han profundizado la razón de ser de los alcances reparadores integrales que establecen las mencionadas normas del Código Civil, las cuales, como se ha visto, expresan el también citado “principio general” enunciado en la Constitución. Cabe recordar, entonces, que el “valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia. No se trata, pues, de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo. Resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues las manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquel valor vital de los hombres”. Es, lo transcrito, la *ratio decidendi* expuesta en *Fallos*: 292:428, considerando 16, entre muchos otros, y que el paso del tiempo y las condiciones de vida que lo acompañaron no han hecho más que robustecer, sobre todo ante la amenaza de hacer del hombre y la mujer, un “esclavo de las cosas, de los sistemas económicos, de la producción y de sus propios productos” (Juan Pablo II, *Redemptor hominis*, 52).

En esta línea de ideas, la Corte también tiene juzgado, dentro del antedicho contexto del Código Civil y con expresa referencia a un infortunio laboral, que la reparación también habrá de comprender, de haberse producido, el “daño moral”. Más aún; la incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable. En el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la pérdida de “chance”, cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera (*Fallos*: 308:1109).

Estos precedentes, por lo demás, se corresponden, de manera implícita pero inocultable, con los principios humanísticos que, insertos en la Constitución Nacional, han nutrido la jurisprudencia constitucional de la Corte. En primer lugar, el relativo a que 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 valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental” (*Fallos*: 323:3229). En segundo término, el referente a que el trabajo humano tiene características que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el marco del mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, normativamente comprendidos en la Constitución Nacional. Y ello sustenta la obligación de los que utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan (*Fallos*: 304:415). El Régimen de Contrato de Trabajo (ley 20.744) se inscribe en esta perspectiva cuando preceptúa que el “contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico...” (art. 4). En breve, como fue expresado hace varios siglos, no es la mano la que trabaja, sino el hombre mediante la mano: *homo per manum*.

2.1.2. La Corte juzgó que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera “justa”, puesto que indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento, lo cual no se logra si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida (*Fallos*: 268:112). Si esta doctrina fue enunciada y aplicada en el campo de la indemnización derivada de una expropiación y con base en el art. 17 de la Constitución Nacional, resulta a todas luces evidente que con mayor razón deberá serlo en la presente controversia. Por un lado, no está ahora en juego la protección de la integridad patrimonial, esto es, un valor instrumental, sino uno fundamental, la protección de la inviolabilidad física, psíquica y moral del individuo trabajador ante hechos o situaciones reprochables al empleador. Por el otro, la propia Constitución Nacional exige *expressis verbis*, y no ya implícitamente, como ocurre con el citado art. 17, que la ley asegurará condiciones “equitativas”, es decir, justas, de labor (art. 14 bis). Y aun podría agregarse que si el expropiado amerita tan acabada reparación, insusceptible de mayores sacrificios ante nada menos que una causa de “utilidad pública” (art. 17 cit.), *a fortiori* lo será el trabajador dañado, por cuanto la “eximición” de responsabilidad impugnada tiene como beneficiario al empleador, que no ha sabido dar cumplido respeto al principio *alterum non laedere*.

Asimismo, el Tribunal reconoció la aplicación del art. 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa” a reclamos fundados en violaciones al derecho a la vida, dando así a tales bienes un alcance que trasciende la esfera de lo patrimonial.

2.1.3. Resulta fuera de toda duda que el propósito perseguido por el legislador en el art. 39.1 de la LRT no fue otro que consagrar un marco reparatorio de alcances menores que los del Código Civil. Es manifiesto que, contrariamente a lo que ocurre con el civil, el sistema de la LRT se aparta de la concepción reparadora integral, pues no admite indemnización por ningún otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancia del trabajador, la cual, a su vez, resulta conmensurable de manera restringida.

La LRT, mediante la prestación del art. 15.2, segundo párrafo, y la consiguiente eximición de responsabilidad del empleador de su art. 39.1, sólo indemniza daños materiales y, dentro de éstos, únicamente el lucro cesante: pérdida de ganancias, que, asimismo, evalúa menguadamente.

2.1.4. No se requiere un mayor esfuerzo de reflexión para advertir que la LRT, al excluir, sin reemplazarla con análogos alcances, la tutela de los arts. 1109 y 1113 del Código Civil, no se adecua a los lineamientos constitucionales antes expuestos, a pesar de haber proclamado que tiene entre sus “objetivos”, en lo que interesa, “reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales” (art. 1, inc. 2.b). Ha negado, a la hora de proteger la integridad psíquica, física y moral del trabajador, frente a supuestos regidos por

el principio *alterum non laedere*, la consideración plena de la persona humana y los imperativos de justicia de la reparación, seguidos por la Constitución y, consiguientemente, por esta Corte, que no deben cubrirse sólo en apariencia.

Es manifiesto que el art. 14 bis de la Ley Fundamental no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores sujetos de preferente tutela constitucional. Al prescribir lo que dio en llamarse el principio protectorio: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”, y al precisar que éstas “asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor”, la reforma constitucional de 1957 se erige en una suerte de hito mayúsculo en el desarrollo de nuestro orden constitucional, por haber enriquecido el bagaje humanista del texto de 1853-1860 con los renovadores impulsos del constitucionalismo social desplegados, a escala universal, en la primera mitad del siglo XX. Impulsos éstos percibidos por la Corte en temprana hora (1938), cuando juzgó válidas diversas reglamentaciones tutelares de la relación de trabajo con base en que el legislador argentino, mediante ellas, no hacía otra cosa que seguir “el ritmo universal de la justicia”. Ritmo que, a su turno, la reforma de 1957 tradujo en deberes “inexcusables” del Congreso a fin de asegurar al trabajador un conjunto de derechos inviolables. La excepcional significación, dentro de las relaciones económico-sociales existentes en la sociedad contemporánea, hizo posible y justo que a las materias sobre las que versó el art. 14 bis se les destinara la parte más relevante de una reforma constitucional.

2.1.5. Esta norma, que tiene ya cumplidos 47 años, a su vez, se ha visto fortalecida y agigantada por la singular protección reconocida a toda persona trabajadora en textos internacionales de derechos humanos que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) es asaz concluyente al respecto, pues su art. 7 preceptúa: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: [...] a.ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias [...]; b) La seguridad y la higiene en el trabajo”. A ello se suma el art. 12, relativo al derecho de toda persona al “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, cuando en su inc. 2 dispone: “Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar este derecho, figurarán las necesarias para [...] b. El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo [...]; c. La prevención y el tratamiento de las enfermedades [...] profesionales”.

El citado art. 7.b del PIDESC -corresponde subrayarlo- implica que, una vez establecida por los Estados la legislación apropiada en materia de seguridad e higiene en el trabajo, uno de los más cruciales aspectos sea la reparación a que tengan derecho los dañados.

Se añaden a este listado de normas internacionales con jerarquía constitucional, por un lado, la relativa a la específica protección de la mujer trabajadora contenida en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, como es, más allá de las previstas en cuanto a la discriminación respecto del trabajador masculino, el art. 11, que impone la “salvaguardia de la función de reproducción” (inc. 1.f) y que obliga al Estado a prestar “protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado pueden resultar perjudiciales para ella” (inc. 2.d). Por el otro, no puede ser pasada por alto la protección especial del niño trabajador, claramente dispuesta en el art. 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño y, de manera general, en el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este orden de ideas, cuadra poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa -bueno es acentuarlo- en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75.22 de la Constitución Nacional. Dicha actividad es demostrativa de la gran importancia que el PIDESC reconoce a la protección del trabajador víctima de un accidente laboral. Por ejemplo, no ha faltado en el seno de ese órgano la censura

a la *New Zealand Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act* de 1992, en cuanto ponía en cabeza del trabajador víctima de un accidente una parte del costo del tratamiento médico. A su vez, las *Directrices relativas a la Forma y el Contenido de los Informes que deben presentar los Estados Partes*, elaboradas por el citado Comité, requieren que éstos den cuenta de las disposiciones legales, administrativas o de otro tipo, que prescriban condiciones mínimas de seguridad e higiene laborales, y proporcionen los datos sobre el número, frecuencia y naturaleza de accidentes (especialmente fatales) o enfermedades en los últimos 10 y 5 años, comparándolos con los actuales. Se agrega a ello que no son escasas las advertencias y recomendaciones del mencionado órgano internacional dirigidas a los países en los que las leyes de seguridad en el trabajo no se cumplen adecuadamente, de lo que resulta un número relativamente elevado de accidentes laborales tanto en el ámbito privado como en el público.

Respecto de la Argentina, el Comité mostró su inquietud con motivo de la “privatización de las inspecciones laborales”, y por el hecho de que “a menudo las condiciones de trabajo [...] no reúnan las normas establecidas”. De tal suerte, lo instó “a mejorar la eficacia de las medidas que ha tomado en la esfera de la seguridad y la higiene en el trabajo [...], a hacer más para mejorar todos los aspectos de la higiene y la seguridad ambientales e industriales, y a asegurar que la autoridad pública vigile e inspeccione las condiciones de higiene y seguridad industriales”. Cabe acotar que, ya el 8 de diciembre de 1994, este órgano había advertido a la Argentina “que la higiene y la seguridad en el lugar de trabajo se encuentran frecuentemente por debajo de las normas establecidas”, por lo que también había instado al Gobierno “a que analice los motivos de la falta de eficacia de sus iniciativas de seguridad e higiene en los lugares de trabajo y a que haga más esfuerzos para mejorar todos los aspectos de la higiene y la seguridad medio ambiental y laboral”.

Desde otro punto de vista, el ya mencionado principio protectorio del art. 14 bis guarda singular concierto con una de las tres obligaciones que, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, impone el PIDESC al Estado ante todo derecho humano: la de “proteger”, por cuanto requiere que este último “adopte medidas para velar que las empresas o los particulares” no priven a las personas de los mentados derechos.

En línea con lo antedicho, no huelga recordar los más que numerosos antecedentes que registra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto de las llamadas “obligaciones positivas” de los Estados, que ponen en cabeza de éstos el deber de “garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder, y también en relación con actuaciones de terceros particulares”.

Más aún; en el terreno de las personas con discapacidad, en el que se insertan, naturalmente, las víctimas de infortunios laborales, el PIDESC exige “claramente que los gobiernos hagan mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas” para esas personas. “En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena realización e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas”, máxime cuando la del empleo “es una de las esferas en las que la discriminación por motivos de discapacidad ha sido tan preeminente como persistente. En la mayor parte de los países la tasa de desempleo entre las personas con discapacidad es de dos a tres veces superior a la tasa de desempleo de las personas sin discapacidad”.

2.1.6. Si se trata de establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican “alterar” los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28). De tal manera, el proceder legislativo resultaría, además, acorde con los postulados seguidos por las jurisdicciones internacionales en materia de

derechos humanos. Valga citar, por hacerlo de uno de los recientes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero reiterativo de su tradicional jurisprudencia, que cuando no sea posible el restablecimiento de la situación anterior a la violación del derecho que corresponda reparar, se impone una “justa indemnización”. Y las reparaciones, “como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial” y no pueden implicar el “empobrecimiento de la víctima” (*Bámaca Velázquez vs. Guatemala*, sentencia del 22-2-2002).

2.1.7. Desde otro ángulo, es un hecho notorio que la LRT, al excluir la vía reparadora del Código Civil, eliminó, para los accidentes y enfermedades laborales, un instituto tan antiguo como este último, que los cuerpos legales específicos no habían hecho más que mantener, como fue el caso de la ley 9688 de accidentes del trabajo, sancionada en 1915.

Ahora bien, este retroceso legislativo en el marco de protección, puesto que así cuadra evaluar a la LRT según lo que ha venido siendo expresado, pone a ésta en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general y del PIDESC en particular. En efecto, este último está plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual todo Estado Parte se “compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (art. 2.1). La norma, por lo pronto, “debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata”. Luego, se siguen del citado art. 2.1 dos consecuencias: por un lado, los Estados deben proceder lo “más explícita y eficazmente posible” a fin de alcanzar ese objetivo; por el otro, y ello es particularmente decisivo en el *sub lite*, “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes -párrafo 1 del artículo 2 del Pacto-*, párr. 9 [v. *investigaciones 1/2* (2001), pp. 170, 172]; asimismo: *Observación General N° 15, El derecho al agua -artículos 11 y 12 del Pacto-*, párr. 19 [v. *investigaciones 2/3* (2002), pp. 602, 609], y específicamente sobre cuestiones laborales: *Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, presentado por Phillipe Texier, miembro del Comité, E/C12.2003/7, p. 14, párr. 23).

Más todavía; existe una “fuerte presunción” contraria a que tales medidas regresivas sean compatibles con el tratado, sobre todo cuando la orientación del PIDESC no es otra que “la mejora continua de las condiciones de existencia”, según reza, preceptivamente, su art. 11.1.

El mentado principio de progresividad, que también enuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos precisamente respecto de los derechos económicos y sociales (art. 26), a su vez, ha sido recogido por tribunales constitucionales de diversos países. Así, la Corte de Arbitraje belga, si bien sostuvo que el art. 13.2.c del PIDESC no tenía efecto directo en el orden interno, expresó: “esta disposición, sin embargo, se opone a que Bélgica, después de la entrada en vigor del Pacto a su respecto [...], adopte medidas que fueran en contra del objetivo de una instauración progresiva de la igualdad de acceso a la enseñanza superior...” (*Arrêt n° 33792*, 7-5-1992, IV, B.4.3; en igual sentido: *Arrêt n° 40/94*, 19-5-1994, IV, B.2.3). Este lineamiento, por cierto, es el seguido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al censurar, por ejemplo, el aumento de las tasas universitarias, dado que el art. 13 del PIDESC pide por lo contrario, esto es, la introducción progresiva de la enseñanza superior gratuita (*Observaciones finales al tercer informe periódico de Alemania*, 2-12-1998, E/C.12/1/Add.29, párr. 22).

En un orden de ideas análogo, el Tribunal Constitucional de Portugal ha juzgado que “a partir del momento en que el Estado cumple (total o parcialmente) los deberes constitucionalmente impuestos para realizar un derecho social, el respeto de la Constitución por parte de éste deja de consistir (o deja sólo de consistir) en una obligación *positiva*, para transformarse (o pasar a ser también) una obligación *negativa*. El Estado, que estaba obligado a *actuar* para dar satisfacción al derecho social, pasa a estar obligado a *abstenerse* de atentar contra la realización dada al derecho social” (*Acórdão N° 39/84*, 11-4-1984, la itálica es del original; asimismo: Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 4a. ed., pág. 469 y la doctrina allí citada, a propósito del “principio de prohibición de retroceso social” o de “prohibición de evolución reaccionaria”).

De su lado, el Consejo Constitucional francés, con referencia a los objetivos de valor constitucional, tiene juzgado que, aun cuando corresponde al legislador o al Gobierno determinar, según sus competencias respectivas, las modalidades de realización de esos objetivos, y que el primero puede, a este fin, modificar, completar o derogar las disposiciones legislativas proclamadas con anterioridad, esto es así en la medida en que no se vean privadas las garantías legales de los principios de valor constitucional que tales disposiciones tenían por objeto realizar (*Décision n° 94-359 DC* del 19-1-1995, *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 1995*, París, Dalloz, pp. 177/178, párr. 8). Es ésta una muestra de la jurisprudencia llamada *du cliquet* (calza que impide el deslizamiento de una cosa hacia atrás), que prohíbe la regresión, mas no la progresión.

Cabe memorar, en este contexto, las palabras del miembro informante de la Comisión Redactora de la Asamblea Constituyente de 1957 sobre el destino que se le deparaba al proyectado art . 14 bis, a la postre sancionado. Sostuvo el convencional Lavalle, con cita de Piero Calamandrei, que “un gobierno que quisiera substraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino que se irá adelante”, aun cuando ello “podrá desagradar a alguno que querría permanecer firme”.

2.1.8. La exclusión y eximición *sub discussio* impuestas por la ley de 1995 también terminan mortificando el fundamento definitivo de los derechos humanos, enunciado desde hace más de medio siglo por la Declaración Universal de Derechos Humanos: la dignidad del ser humano, que no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta “intrínseca” o “inherente” a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo (Preámbulo, primer párrafo, y art. 1; asimismo, PIDESC, Preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *ídem* y art. 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional). Fundamento y, a la par, fuente de los mentados derechos pues, según lo expresa el PIDESC, los derechos en él enunciados “se desprenden” de la dignidad inherente a la persona humana (Preámbulo, segundo párrafo; en iguales términos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Preámbulo, segundo párrafo. Ver asimismo: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo). Por demás concluyente es este último tratado de raíz continental: ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano [...]” (art. 29.c), así como también lo es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Considerando: Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen, que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar materialmente y alcanzar la felicidad...” (primer párrafo). Protección de la dignidad del hombre que, inserta en el texto constitucional de 1853-1860, como será visto más adelante, ha recibido un singular énfasis si se trata del trabajador, por vía del art. 14 bis: las leyes asegurarán a éste condiciones “dignas” de trabajo. Incluso el

trabajo digno del que habla el PIDESC es sólo aquel que respeta los derechos fundamentales de la persona humana y los derechos de los trabajadores, entre los cuales “figura el respeto de la integridad física y moral del trabajador en el ejercicio de su actividad” (v. *Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (artículo 6º)*..., cit., p. 5, párr. 8).

Luego, el hecho de que los menoscabos a la integridad psíquica, física y moral del trabajador, prohibidos por el principio *alterum non laedere*, deban ser indemnizados sólo en los términos que han sido indicados, vuelve al art. 39.1 de la LRT contrario a la dignidad humana, ya que ello entraña una suerte de pretensión de reificar a la persona, por vía de considerarla no más que un factor de la producción, un objeto del mercado de trabajo. Se olvida, así, que el hombre es el señor de todo mercado, y que éste encuentra sentido si, y sólo si, tributa a la realización de los derechos de aquél. La expresión mercado de trabajo, empleada en más de una oportunidad por el Mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó al entonces proyecto de LRT, parece no haber reparado siquiera en la precisa observación de Pío XI, cuando habla del mercado que “llaman” del trabajo: *in mercatu quem dicunt laboris (Quadragesimo anno, 36, 408)*. Fue precisamente con base en que “el trabajo no constituye una mercancía” que esta Corte descartó que la normativa laboral a la sazón en juego pudiera ser inscrita en el ámbito del comercio y tráfico del art. 75.13 de la Constitución Nacional.

Es oportuno, entonces, que el Tribunal recuerde que la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional y haga presente el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos y sociales “indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Es por ello que, en la jurisprudencia de la Corte, no está ausente la evaluación del daño como “frustración del desarrollo pleno de la vida”.

2.1.9. El régimen de la LRT cuestionado tampoco se encuentra en armonía con otro principio señero de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la justicia social, que cobra relevante aplicación en el ámbito del derecho laboral a poco que se advierta que fue inscripto, ya a principios del siglo pasado, en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, como un medio para establecer la paz universal, pero también como un fin propio. Entre otros muchos instrumentos internacionales, los Preámbulos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a su turno, no han cesado en la proclamación y adhesión a este principio, que también revista en el art. 34 de la antedicha Carta (según Protocolo de Buenos Aires).

Empero, es incluso innecesario buscar sustento en los mentados antecedentes, por cuanto la justicia social, como lo esclareció esta Corte en el ejemplar caso “*Berçaitz*”, ya estaba presente en la Constitución Nacional desde sus mismos orígenes, al expresar ésta, como su objetivo preeminente, el logro del “bienestar general” (*Fallos*: 289:430). Más aún; el citado antecedente de 1974 no sólo precisó que la justicia social es “la justicia en su más alta expresión”, sino que también marcó su contenido: “consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización”; es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el “bienestar”, esto es, “las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad”.

Es oportuno destacar, aun, que fue esta justicia la que inspiró, precisamente, la elaboración y sanción del ya citado art. 14 bis. Más todavía. La llamada nueva cláusula del progreso, introducida en la Constitución en 1994, es prueba manifiesta del renovado impulso que el constituyente dio en aras de la justicia social, habida cuenta de los términos en que concibió el art. 75.19 con arreglo al cual corresponde al Congreso proveer a lo conducente al “desarrollo humano” y “al progreso económico con justicia social”. No es casual, además, que

en el proceso de integración del MERCOSUR, los Estados partícipes se hayan atendido, en la Declaración Sociolaboral, al “desarrollo económico con justicia social”.

Desarrollo humano y progreso económico con justicia social, que rememoran la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1986 (Resolución 41/128 itálica agregada): “Los Estados tienen el *derecho* y el *deber* de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su *participación* activa, libre y significativa en el desarrollo y en la *equitativa distribución de los beneficios* resultantes de éste” (art. 3), máxime cuando también les corresponde garantizar “*la justa distribución de los ingresos*” y hacer las reformas económicas y sociales adecuadas con el objeto de “erradicar todas las *injusticias sociales*” (art. 8.1). En este último sentido, resulta de cita obligada la Corte Europea de Derechos Humanos: “Eliminar lo que se siente como una injusticia social figura entre las tareas de un legislador democrático” (*James y otros*, sentencia del 21-2-1986, Serie A nº 98, párr. 47).

Es cuestión de reconocer, por ende, que “el Derecho ha innegablemente evolucionado, en su trayectoria histórica, al abarcar nuevos valores, al jurisdiccionalizar la justicia social...”, por reiterar las palabras del voto concurrente del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antônio A. Cançado Trindade (*Medidas provisionales en el caso de la Comunidad de Paz de San José Apartado*, resolución del 18-6-2002, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2002*, San José, 2003, p. 242, párr. 10 y sus citas). También lo es de reconocer, al unísono, que mediante la eximición de la responsabilidad civil del empleador frente al daño sufrido por el trabajador, la LRT no ha tendido a la realización de la justicia social, según ha quedado ésta anteriormente conceptualizada. Antes bien, ha marchado en sentido opuesto al agravar la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo y, en consecuencia, formular una “preferencia legal” inválida por contraria a la justicia social. Ello encierra, paralelamente, la inobservancia legislativa del requerimiento de proveer reglamentaciones orientadas a “asegurar condiciones humanitarias de trabajo y libertad contra la opresión”, según lo afirmó esta Corte.

Al respecto, corresponde acotar que en un precedente nacional de 1961, se impugnó la constitucionalidad de la obligación a la sazón impuesta a los empleadores de pagar a sus empleados una determinada asignación mensual por cada uno de los hijos menores o discapacitados a cargo de aquéllos, y este Tribunal rechazó el planteo haciendo explícito que “el fundamento valorativo de la solución reposa en inexcusables principios de justicia social y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones económico-sociales de la colectividad a la que se aplica”. El requisito de la “justicia de la organización del trabajo” daría fundamento a la Corte para rechazar otros cuestionamientos dirigidos a diversas prestaciones en beneficio de los empleados puestas por el legislador en cabeza de los empleadores, sobre todo cuando la observancia de ese principio “también incumbe a la empresa contemporánea”.

2.1.10. Frente a este cúmulo de objeciones con fundamento constitucional, corresponde recordar que la lectura del ya citado Mensaje del Poder Ejecutivo y de las intervenciones de los legisladores de las dos cámaras del Congreso que intervinieron en defensa del art. 39.1 da cuenta de las diversas razones que apoyaban la iniciativa: establecer condiciones para que el financiamiento imponga costos previsibles y razonables”, evitar los “desbordes que pueden generar evaluaciones que se apartan de criterios técnicos” y los tratos “desiguales frente a personas en idéntica situación”, garantizar una “respuesta ágil frente a las necesidades de un trabajador siniestrado, sin generar a sus empleadores situaciones traumáticas desde el punto de vista financiero”, eliminar “el negocio de empresas que pagaban mucho y accidentados que cobraban poco”, por citar sólo algunos ejemplos. También se dijo que, después “de la reforma del Código Civil, mediante la incorporación de las teorías de la culpa y la concausa en su artículo 1113, la doctrina y la jurisprudencia realizan un desarrollo

de la acción civil donde se plantea el tema de la reparación integral, que ha sido distorsionada en los últimos años y ha conformado lo que en la Argentina se dio en llamar la industria del juicio”.

No hay dudas, para esta Corte, que es justo y razonable que la legislación contemple el abanico de intereses y expectativas que pone en juego la relación laboral con motivo de un accidente o enfermedad, en términos que atiendan, equilibradamente, a todos los actores comprometidos en ese trance. Tampoco las hay en cuanto a que la solución de estas cuestiones debe ser encarada desde una perspectiva mayor, comprensiva del bien común.

Empero, esto es así bajo la inexcusable condición de que los medios elegidos para el logro de tales fines y equilibrios resulten compatibles con los principios, valores y derechos humanos que la Constitución enuncia y manda respetar, proteger y realizar a todas las instituciones estatales.

Incluso si la búsqueda legislativa se hubiera orientado hacia el bien común, debería afirmarse que éste es “un concepto referente a las condiciones de vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal” y que tiende, como uno de sus imperativos, a “la organización de la vida social en forma [...] que se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La colegiación obligatoria de periodistas*. Arts. 13 y 29 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-5/85, 13-11-1985, Serie A Nº 5, párr. 66). Todo lo relativo al trabajo subordinado -cuadra añadir- denota una situación a la que en su momento están llamados a ocupar numerosos miembros de la sociedad.

En todo caso, es falsa y tiene que ser desechada la idea de que la prosperidad general, buscada al través de los medios del art. 75.18 de la Constitución Nacional, constituye un fin cuya realización autoriza a afectar los derechos humanos. La verdad, ajustada a las normas y a la conciencia jurídica del país, es otra. Podría expresársela diciendo que el desarrollo y el progreso no son incompatibles con la cabal observancia del art. 28 de la Constitución Nacional, que dispone que “los principios, garantías y derechos” reconocidos en ésta “no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Asimismo, es de plena aplicación al presente litigio uno de los elocuentes fundamentos del caso *Mata c/ Ferretería Francesa*, que también juzgó sobre un derecho amparado por el primer párrafo del art. 14 bis: “tratándose de cargas razonables [...] rige el principio según el cual el cumplimiento de las obligaciones patronales no se supedita al éxito de la empresa, éxito cuyo mantenimiento de ningún modo podría hacerse depender, jurídicamente, de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios” (*Fallos*: 252:158).

Si el régimen anterior al de la LRT había demostrado su “fracaso para proveer una reparación integral y oportuna a quien sufre las consecuencias del siniestro”, como lo asevera el varias veces citado Mensaje del Poder Ejecutivo, lo cierto es que su reemplazo, supuesto que hubiese logrado mejorar la reparación en términos de oportunidad, importó un franco retroceso del predicado carácter integral, por vía del art. 39.1.

2.1.11. Desde antiguo, esta Corte ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional “cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagren una manifiesta iniquidad”. En tales condiciones, por cuanto ha sido expresado, el art. 39.1 de la LRT es inconstitucional al eximir al empleador de responsabilidad civil mediante la prestación del art. 15.2, segundo párrafo, de aquélla. Esta conclusión torna inoficioso que el Tribunal se pronuncie a la luz de otros principios, valores y preceptos de la Constitución Nacional.

Finalmente, se imponen dos advertencias. En primer lugar, el desenlace de este litigio no implica la censura de todo régimen legal limitativo de la reparación por daños, lo cual incluye al propio de la LRT. Lo que sostiene la presente sentencia radica en que, por más

ancho que fuese el margen que consienta la Constitución Nacional en orden a dichas limitaciones, resulta poco menos que impensable que éstas puedan obrar válidamente para impedir que, siendo de aplicación el tantas veces citado principio contenido en el art. 19 de la Ley Fundamental, *alterum non laedere*, resulte precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales. En segundo término, la solución alcanzada no acarrea la frustración de los elevados propósitos de automaticidad y celeridad del otorgamiento de las prestaciones perseguidos por la LRT. En efecto, es manifiesto que del hecho de ser constitucionalmente inválido que la mentada prestación de la LRT origine la eximición de responsabilidad civil del empleador (art. 39.1) no se sigue que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo queden relevadas de satisfacer las obligaciones que han contraído en el marco de la citada ley. De tal suerte, este pronunciamiento no sólo deja intactos los mentados propósitos del legislador, sino que, a la par, posibilita que el empleador pueda encontrar protección en la medida de su aseguramiento.

2.2. Votos concurrentes

2.2.1. Los jueces Augusto César Belluscio, Juan Carlos Maqueda y Antonio Boggiano afirmaron que debía considerarse probada la diversidad de daños irrogados a la víctima en relación causal adecuada con el accidente por el que reclamó, los cuales resultan insuficientemente reparados por el régimen de la LRT en medida tal que importa la frustración de la finalidad esencial del resarcimiento por daños a la integridad psicofísica del trabajador.

En el caso, la afirmada insuficiencia pone de manifiesto una circunstancia de este régimen que, aunque no autorice a considerar que la tarifa respectiva resulte de suyo reñida con los principios constitucionales aludidos, invita a poner especial atención frente a la posibilidad de que otros trabajadores o sus derechohabientes experimenten menoscabos asimilables al *sub examine*.

En concreto, la LRT no admite indemnización por otro daño que no sea la pérdida de la capacidad de ganancia del trabajador, la cual, a su vez, resulta conmensurable de manera restringida. De no ser esto así, el valor mensual del “ingreso base” no habría sido el factor determinante del importe de la prestación, sobre todo cuando el restante elemento, “edad del damnificado”, no ha hecho más que proyectar ese factor en función de este último dato (LRT, art. 15.2, segundo párrafo, según texto vigente a noviembre de 1997). Súmanse a ello otras circunstancias relevantes. El ingreso base (art.12.1): a. sólo ha tomado en cuenta los ingresos del damnificado derivados del trabajo en relación de dependencia y, aun en el caso de pluriempleo (art. 45.a), lo hizo con el limitado alcance del decreto 491/97 (art. 13), y b. aun así, no comprende todo beneficio que aquél haya recibido con motivo de este vínculo, sino sólo los de carácter remuneratorio, y, además, sujetos a cotización, lo cual, a su vez, supuso un límite derivado del módulo previsional (MOPRE, ley 24.241, art. 9, modificado por decreto 833/97). Finalmente, la prestación, sin excepciones, quedó sometida a un cuántum máximo que, según el texto legal aplicable, no podía derivar de un capital superior a los \$55.000 (LRT, art. 15.2, segundo párrafo).

Desde otro ángulo, es un hecho notorio que la LRT, al haber excluido la vía reparadora del Código Civil (con excepción de la derivada del art. 1072), eliminó, para los accidentes y enfermedades laborales, un instituto tan antiguo como este último, que los cuerpos legales específicos no habían hecho más que mantener, como fue el caso de la ley 9688 de accidentes, sancionada en 1915 (art. 17). Sin perjuicio de que tal exclusión no resulta en principio censurable, sí lo es, en la medida en que se invoque y demuestre que el desarraigo del principio general que aquella vía reglamenta comporta un menoscabo sustancial al derecho a la adecuada reparación.

Para esta Corte, es justo y razonable que la legislación contemple el abanico de intereses y expectativas que pone en juego la relación laboral con motivo de un accidente o

enfermedad, en términos que atiendan, equilibradamente, a todos los actores comprometidos en ese trance. Empero, esto es así bajo la inexcusable condición de que los medios elegidos para el logro de tales fines y equilibrios resulten compatibles con los principios, valores y derechos humanos que la Constitución Nacional enuncia y manda respetar, proteger y realizar; lo cual no ha sucedido en el caso (conf. arts. 28 y 75.22, Constitución Nacional).

2.2.2. La jueza Elena I. Highton de Nolasco, en los fundamentos de su voto, agregó que la exención de responsabilidad del empleador que consagra el régimen legal constituye en sí misma un elemento distorsionante de la relación laboral, en claro apartamiento de los lineamientos constitucionales que se orientan en dirección a la protección del trabajador y no de su desamparo. Es requisito inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, tanto en general como en lo que concierne a las propias de cada actividad. La prevención en la protección de la salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios, que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana.

Las normas *sub examine* exteriorizan un retroceso en la concepción humanista que exalta la calidad intrínseca del trabajo como expresión de la persona consagrada, entre otros documentos, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23).

En ese contexto, la exención de responsabilidad del empleador frente a infortunios laborales se presenta como una vía apta para eludir el cumplimiento de los deberes constitucionales y legales de preservar el estado de seguridad, higiene y dignidad del trabajo, ya que mediante la simple contratación de un seguro legal se podrá lograr la impunidad ante la culpa o desaprensión que pudieren causar un daño.

Queda, de tal modo, desarticulado un sistema construido a través de los años y de duras experiencias históricas, que impone al empleador responsabilidad por las condiciones en que se presta el trabajo bajo su dependencia, como modo de asegurar que se respeten los derechos universalmente reconocidos al trabajador.

Es contrario a las normas constitucionales en juego y a los principios generales del derecho que el causante de un daño se exima de las consecuencias de su accionar ilícito, defecto que no se ve superado por la automática asignación de una prestación dineraria a la víctima, desvinculada, además, de la realidad del perjuicio. Y así, al excluir al empleador de las consecuencias de su accionar, el sistema legal que lo establece desatiende fines más amplios y objetivos más elevados que una mera contraprestación económica.

Nota de la Secretaría: la decisión de la Corte fue suscripta por los jueces Enrique Santiago Petracchi y E. Raúl Zaffaroni, y a ella adhirieron, con sus propios fundamentos, los restantes magistrados del tribunal. Un resumen de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso “*Bámaca Velásquez*” puede verse en *investigaciones* 1 (2002), p. 119.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 21-9-2004, A.2652.XXXVIII., *Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales, S.A. s/ accidentes ley 9688*.

TRABAJADORES. DESPIDO. ABUSO DEL DERECHO. EMPRESA BINACIONAL YACYRETÁ. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, ART. 31 (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: la Cámara de Apelaciones hizo lugar a la acción de daños y perjuicios, y condenó al pago de una indemnización que excedía la tarifa contenida en el Reglamento de Trabajo de la Entidad Binacional Yacyretá, en favor de varios ex integrantes

del personal, fundándose en que la demandada había obrado con abuso del derecho al despedirlos.

2. Sentencia:

2.1. Decisión de la mayoría

El Reglamento de Trabajo de la demandada contiene un sistema específico de causales de extinción de la relación: contempla la resolución unilateral, para la cual prevé una indemnización por preaviso y otra por antigüedad equivalente a un mes de la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante la relación laboral, por cada año de servicio en la entidad o fracción mayor de tres meses (art. 43), y establece que “en todo aquello que no estuviere expresamente dispuesto en este reglamento, regirá el Protocolo de Trabajo y Seguridad Social, y la legislación o Convenios Colectivos de Trabajo más favorables al trabajador suscritos por la entidad en cualquiera de las márgenes” (art. 44).

De acuerdo con el art. VI del referido Protocolo, “Cualquiera sea el lugar de celebración del contrato de trabajo, se aplicarán las siguientes normas especiales uniformes... m) En caso de rescisión del contrato de trabajo sin causa justificada por parte del empleador, el trabajador tendrá derecho a una indemnización por tiempo de servicio, que será establecida sobre la base de un mes de salario de la mayor remuneración por año de servicio o fracción superior a tres meses”. De ello se sigue que tanto el reglamento como el protocolo establecen una indemnización tarifada en los supuestos de ruptura arbitraria del contrato de trabajo que, como principio general, comprende la totalidad de los daños ocasionados. Y también se deriva que la legislación o convenios colectivos de trabajo más favorables al trabajador que podrían considerarse aplicables en los casos no previstos en el reglamento son los suscritos por la entidad y no la legislación interna y exclusiva de alguna de las partes contratantes, como el Código Civil y la Ley de Contrato de Trabajo.

2.2. Voto concurrente del Dr. Juan Carlos Maqueda

No corresponde la aplicación de normas del Código Civil ni de la Ley de Contrato de Trabajo, con fundamento en el art. V del Protocolo de Trabajo y Seguridad, pues sus normas sólo son aplicables con carácter supletorio, y el Reglamento de Personal contiene prescripciones que expresamente regulan la extinción del vínculo laboral y el alcance de las indemnizaciones correspondientes.

2.3. Voto disidente del Dr. Antonio Boggiano

Se encuentra en juego la posibilidad de reclamar una indemnización que excede la tarifa, cuestión que no se halla contemplada en el Reglamento, por lo que cabe integrar la laguna según lo dispuesto por su art. 44. Dicho precepto debe interpretarse de acuerdo con lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), esto es, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de éstos, teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31.1), y dándoles un sentido especial sólo si consta que tal fue la intención de las partes (art. 31.4).

Corresponde entender que la expresión “suscriptos” está referida a los convenios colectivos -que son los únicos susceptibles de suscribirse- y no a la legislación. Si el Reglamento hubiera querido referirse a ésta -asignándole el sentido restringido de derecho interno de la entidad- habría empleado los términos “dicta”, “incorpora” u otro sinónimo, en vez de efectuar una mención genérica sin hacer distinciones. Por lo tanto, se impone concluir que remite al derecho interno y exclusivo de las partes contratantes y que prevalecerá la ley o la convención colectiva, según cuál sea más favorable.

De lo expuesto se sigue que para integrar el vacío normativo, según el citado art. 44, cabe acudir en primer término al protocolo, pues aunque los actores no se encuentren comprendidos en él, es aplicable en forma supletoria porque así lo dispone expresamente la norma, y, en segundo lugar, ante el silencio de aquél, a la legislación, que es la interna de las partes. Una interpretación distinta haría imponible cualquier reclamo con sustento en el

abuso del derecho u otro principio básico del orden jurídico, lo que se hallaría en pugna con la garantía de defensa en juicio y el derecho a la reparación, reconocidos por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

Por lo tanto, en razón de la ausencia de disposiciones convencionales y de la expresa remisión que el Reglamento efectúa a la ley más favorable al trabajador, no cabe rechazar de plano la posibilidad de que concurran supuestos de excepción que impongan el deber de reparar -con arreglo a lo dispuesto por el art. 1071 del Código Civil y los arts. 63 y 68 de la Ley de Contrato de Trabajo- perjuicios no alcanzados por el resarcimiento a que se hizo referencia en los considerandos precedentes.

Respecto a la pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del accionar ilícito de la demandada constitutivo de abuso de derecho, si bien el abuso del derecho y la buena fe son principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, la Cámara no pudo dejar de ponderar que también lo es la autonomía de la voluntad (art. 1197 del Código Civil), que, aun cuando es objeto de limitaciones en materia laboral, en el caso guarda estrecho nexo con las facultades de dirección y administración empresaria, máxime tratándose de un organismo internacional que, en razón de su naturaleza, ha normado expresamente en el Reglamento el régimen de ingreso del personal, estableciendo requisitos específicos al respecto, así como lo atinente a la ejecución de la relación de empleo y su extinción. La Cámara afirmó que la demandada hizo un ejercicio antifuncional del derecho sin ponderar que el retiro voluntario importa una forma de extinción del contrato por voluntad concurrente de las partes (art. 241 de la Ley de Contrato de Trabajo), lo cual lleva ínsito la potestad de elegir al empleado con quien celebrar tal acuerdo; es decir, el poder discrecional que es imprescindible reconocer a los empleadores en lo concerniente a la integración de su personal, en razón de la garantía del art. 14 de la Constitución Nacional, que consagra la libertad de comercio e industria.

La Cámara no dio razones para justificar que la decisión adoptada por la empleadora en el marco de su derecho de organizar y dirigir la empresa haya configurado una discriminación arbitraria hacia los actores (arts. 16 de la Constitución Nacional; 5, inc. h, del Reglamento, y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo), lo que era imprescindible para arribar a una conclusión debidamente fundada sobre el ejercicio abusivo del derecho y de la violación del principio de igualdad de trato.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 13-7-2004, M.608.XXXIV, *Masciotta, José y otros v. Entidad Binacional Yacyretá*.

TRABAJADORES. LIBERTAD DE CULTO. DESCANSO SABÁTICO. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN RELIGIOSA (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: el recurrente, perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, interpuso una acción de amparo ante el Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo, solicitando que no se le obligue a prestar servicios los días sábados, por vulnerar sus derechos constitucionales a la libertad de conciencia y a la libertad de religión, y a no ser discriminado por motivos religiosos. Cuestiona así el fallo de la Corte Superior de Justicia de Lambaye, que declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa e improcedente la demanda, por considerar que éste no se encontraba comprendido en alguna de las excepciones previstas en el art. 28 de la ley n° 23.506. En su decisión, la Corte refirió que, antes de interponer la demanda, el requirente no había formulado ningún reclamo previo ante la propia institución y que la orden laboral de distribución equitativa de los días sábados entre los médicos se justificaba por necesidad institucional y no constituía discriminación alguna, pues respondía a un trato de igualdad del horario laboral. Sostuvo, además, que las prácticas

religiosas no pueden obligar a las instituciones públicas a modificar, a favor de algún trabajador, la distribución de turnos laborales.

2. Sentencia:

2.1. Decisión de la mayoría

En primer lugar, es preciso analizar si la vía administrativa debió agotarse. Si bien en la fecha en que se interpuso la demanda aún no se habían incluido los días sábados en el rol laboral del demandante, esa programación se llevó a cabo con posterioridad, circunstancia que fue debidamente advertida por el recurrente. Por tanto, cuando se interpuso la demanda, no sólo se estaba frente al supuesto de una amenaza de lesión de derechos constitucionales ante la cual no cabía exigirse el agotamiento de la vía previa, sino que, incluso, cuando ésta se materializó, la amenaza que se cuestionaba se había convertido en un acto concreto que, al haberse ejecutado inmediatamente, tampoco era exigible impugnarse en sede administrativa, por lo que cabe pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

El recurrente exige que se le exima del cumplimiento de una orden dictada por su empleadora en razón de que su confesión religiosa no le permite obedecerla. Se está, pues, ante un caso que en doctrina y en algunas constituciones comparadas, como la Ley Fundamental de Bonn y la española (ésta, en referencia al servicio militar obligatorio), se denomina “objeción de conciencia”. Siendo que el Estado constitucional promueve en los individuos la formación de sus propias convicciones y de una jerarquía de valores y principios, no puede dejar de reconocerse que existen determinadas circunstancias que pueden importar el dictado de una obligación cuya exigencia de cumplimiento riñe con los dictados de la conciencia o de la religión que se profesa. Estas obligaciones pueden provenir, incluso, de un mandato legal o constitucional. Así, mediante el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y luego de una razonable ponderación de los intereses que están en juego, puede eximirse al objeto del cumplimiento de tales obligaciones.

Es de advertirse que la Norma Fundamental carece de un reconocimiento explícito del derecho de objeción de conciencia, razón por la que resulta imperioso preguntarse si se trata de un derecho constitucional y, por ende, si es susceptible de ser protegido por la vía del amparo. Para llegar a una respuesta frente a la disyuntiva planteada, resulta conveniente recurrir a la doctrina de los derechos “no enumerados” o derechos “no escritos”.

La Constitución recoge en su art. 3 una enumeración abierta de derechos, lo cual no obsta para pensar que en ciertos derechos explícitamente reconocidos, subyacen manifestaciones que antaño no habían sido consideradas. En la medida en que sea razonablemente posible, deben encontrarse en el desarrollo de estos derechos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, a fin de desalentar la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de aquéllos “no enumerados” y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación del art. 3, en ese sentido, debe quedar reservada sólo para las especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, de ningún modo, pueda considerarse que está incluido en alguno ya admitido en forma explícita.

Así las cosas, y habiéndose considerado que en virtud de la libertad de conciencia toda persona tiene derecho a formar la propia, no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos de esta libertad esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia. De qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar o dejar de hacerlo conforme a los designios de esa conciencia. No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia implicaría que el derecho a la formación de ésta carece de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por

ende, en su dignidad de ser humano. De allí que el Tribunal Constitucional considere que el derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia. Así, esta última tiene una naturaleza estrictamente excepcional, ya que en un Estado social y democrático de derecho, que se constituye sobre el consenso expresado libremente, la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos no puede considerarse la regla, sino, antes bien, la excepción, pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos.

Por tanto, la procedencia de la eximente solicitada por el objetor debe ser declarada expresamente en cada caso, y no podrá considerarse que la objeción de conciencia garantiza *ipso facto* a éste el derecho de abstenerse del cumplimiento del deber. Y por ello, también, la comprobación de la alegada causa de exención debe ser fehaciente.

El recurrente pertenece a la Iglesia Adventista del Séptimo Día desde el 6 de noviembre de 1993, lo que significa que, con el transcurrir del tiempo, incorporó a su patrimonio ideológico determinadas convicciones que se desprenden de la doctrina profesada por la iglesia antes referida, uno de cuyos preceptos ordena el reposo durante los días sábados. Asimismo, el propio director del hospital indica que “se tiene conocimiento de que dicho profesional practica la religión adventista, cuyos integrantes toman descanso los días sábados”. Es claro entonces que se tenía pleno conocimiento de la confesión religiosa del recurrente, razón por la que puede presumirse, con razonable objetividad, que éste fue el motivo por el que no se lo programó en las jornadas laborales de los días sábados durante los años 1999 y 2000.

En ese sentido, el Tribunal considera que si en un principio se optó por respetar los designios derivados de los dogmas religiosos profesados por el recurrente, no existen razones legítimas para que, con posterioridad, se decidiera cambiar de decisión. Este criterio, desde luego, no significa que se desconozca el *ius variandi* del empleador; pero en atención a su carácter de derecho fundamental, derivado del principio de dignidad humana, para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad en sus fundamentos.

Tampoco puede considerarse que el otorgar el beneficio de la eximición de acudir los días sábados pudiera significar una afectación al derecho de igualdad de los demás médicos que prestan servicios a la emplazada, toda vez que el recurrente ha demostrado que cumple durante los demás días con las horas mensuales promedio que los médicos asistentes están obligados a trabajar.

De este modo, dadas las particulares circunstancias del caso, la objeción de conciencia al deber de asistir a laborar los días sábados encuentra fundamento en la medida en que la empresa no ha aportado razones objetivas que permitan concluir que el cambio en la programación laboral obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria compatibles con el sacrificio del derecho del recurrente, que, aunque excepcional, resulta plenamente aplicable a esta causa.

2.2. Votos disidentes

2.2.1. No es constitucionalmente aceptable que un trabajador, cualquiera sea su credo religioso, se ampare en éste para pedir ser exceptuado de su obligación de laborar un determinado día de la semana por considerar que, de acuerdo con su fe, se encuentra proscrito el trabajo en cualquiera de sus formas. Además, la modalidad de trabajo solicitada por el profesional médico, en el caso específico, no se compadece con la tarea encomendada, que es el cuidado de la salud afectada de los pacientes, quienes podrían requerir de sus servicios precisamente en el día en que no trabaja. En consecuencia, no resulta constitucionalmente compatible con la libertad de conciencia y de creencia solicitar, basándose en estos atributos fundamentales, un trato privilegiado que comporta el hecho de no trabajar un determinado día de la semana amparándose en una opción de carácter religioso, aunque pudiera completar en los otros días el total de la jornada ordinaria establecida en la legislación pertinente.

El solicitante ha venido tomando descanso un día de la semana en razón de su credo; ello no puede perennizarse alegando que ha devenido en una suerte de costumbre, porque ésta se lleva a cabo en el desarrollo eventual o al margen de la ley, pero no en forma contraria a ella, y que, sin embargo, los demás trabajadores observan cumplidamente bajo un ineludible sentido de igualdad laboral, por cuanto la costumbre, en tal caso, no es sino fuente supletoria de derecho y no puede por ello anteponerse a la ley, que es fuente inmediata y primordial de derecho, y menos aún derogarla.

Finalmente, según la función directriz que orienta la gestión responsable del empleador y el principio *ius variandi* que le es inherente, éste puede efectuar cambios y regularizar actividades laborales sin incurrir en discriminación alguna, en procura de alcanzar cumplidamente los objetivos establecidos en la entidad a su cargo y dentro de la observancia estricta de las regulaciones legales (voto del Dr. Guillermo Rey Terry).

2.2.2. El hospital no ha prohibido al accionante ejercer su derecho de conciencia ni le ha impedido optar por la religión de su elección. Nótese que ha sido el propio demandante quien libremente decidió ser profesional médico -con todas las limitaciones que a la libertad personal y al reposo exige la profesión-, trabajar en la entidad demandada y optar como religión por la Adventista del Séptimo Día, con las restricciones laborales -en los días sábados- que ésta impone.

Es razonable deducir que, al aceptar trabajar en un hospital, el demandante conocía que debía ceñirse a la organización laboral que imponían sus autoridades. Además, no condicionó su contratación laboral en ese centro médico a no trabajar los días sábados. Él sí -y no la institución- sabía del impedimento religioso antes de celebrar el contrato laboral. Por otra parte, es obvio que los pacientes no pueden elegir los días en que se enferman y es igualmente evidente que también hay necesidad de servicio médico -y generalmente más que en otros- días sábados. El hecho de que las autoridades anteriores permitieron al demandante no trabajar esos días no es fundamento válido para obligar a todas las autoridades futuras del hospital a hacer lo mismo, salvo que ello constara en su contrato de trabajo, que no es el caso.

El buen funcionamiento del hospital y la atención a la salud de los pacientes son valores que la ley pone por encima de autorizaciones benevolentes por razones de culto, aunque tales concesiones hayan sido reiterativas. En teoría, todos los médicos de un mismo centro de salud podrían exigir no trabajar el mismo día de la semana basándose en que optaron por la misma religión. El principio de igualdad exige que estas inevitables restricciones al reposo semanal se repartan equitativamente entre todos los profesionales del hospital. Acceder a la solicitud de uno de ellos, porque busca ejercer un derecho que los demás también tendrían, implicaría la posibilidad negativa de tener que conceder igual ventaja a todos los que protegen el orden público. Más bien, se crearía un desorden público, pues esta sentencia permitiría que todos los que profesan la religión de la Iglesia Adventista -que son muchísimos- dejaran de trabajar tanto en el sector público como en el privado los días sábados y, consecuentemente, que todos los trabajadores católicos de ambos sectores -que son la mayoría-, lo hagan los domingos. Esto es inaceptable tratándose de la salud de la población, que exige ser atendida de forma inmediata e ininterrumpida. El Tribunal Constitucional debe dar mayor peso al valor de la salud colectiva como bien social que al derecho individual del demandante a descansar los días sábados por razones de culto (voto de la Dra. Delia Revoredo Marsano).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, sentencia del 19-8-2002, exp. N° 0895-2001-AA/TC, *Lucio Valentín Rosado Adanaque s/ amparo*.

TRABAJADORES. SUBSIDIO POR DESEMPLEO. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN POR EDAD. SEGURIDAD SOCIAL (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha planteó la supuesta inconstitucionalidad de la derogada disposición adicional segunda, párrafo segundo, del Real Decreto-ley 3/1989, de 31 de marzo, de Medidas Adicionales de Carácter Social, en cuanto excluye a los trabajadores fijos discontinuos de la condición de beneficiarios del subsidio por desempleo para trabajadores mayores de 52 años.

2. Sentencia: se desestima la cuestión de constitucionalidad.

2.1. El hecho de que la norma cuya constitucionalidad se impugna no se encuentre ya en vigor no priva de contenido a la cuestión de inconstitucionalidad, al resultar aplicable al supuesto enjuiciado. El objeto del proceso de inconstitucionalidad no resulta alterado porque la nueva disposición vigente tenga un contenido preceptivo idéntico a la derogada, pues el objeto de este tipo de procesos no es la norma -incluso en el supuesto de sucesión de normas en el tiempo- sino la ley, el texto legal o vehículo formal como signo sensible a través del cual se manifiesta el mandato normativo. En este sentido, conviene recordar que la cuestión de inconstitucionalidad responde, en el diseño constitucional, a un mecanismo de control en el cual los hechos y las pretensiones deducidas en el proceso acotan y delimitan el ámbito del juicio de inconstitucionalidad, y los requisitos que establecen para su planteamiento los arts. 163 de la Constitución Española (CE) y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) pretenden evitar que estas cuestiones se conviertan en un mecanismo abstracto de control normativo.

2.2. Para rechazar la posible existencia de un trato discriminatorio entre trabajadores discontinuos por razón de edad, es suficiente la lectura de las disposiciones legales reguladoras de las distintas modalidades del subsidio por desempleo, pues en ellas no se establece diferencia alguna entre esa categoría de trabajadores en función de la circunstancia aludida. La diferencia de tratamiento se da entre las categorías de trabajadores que pueden ser beneficiarios del subsidio por desempleo para mayores de 52 años y la de los fijos discontinuos, que quedan excluidos como posibles beneficiarios de tal subsidio, por lo que, carente de fundamento el segundo de los tratos discriminatorios denunciados, la cuestión a dilucidar es la de si ese tratamiento diferenciado, consecuencia de tal exclusión en razón de la condición de trabajadores fijos discontinuos, es o no razonable a la luz de nuestra doctrina constitucional sobre el principio de igualdad por tener su fundamento objetivo en un hecho o elemento diferencial relevante al respecto.

2.3. Ha de resaltarse, en primer lugar, que los considerados son trabajadores afiliados a un mismo régimen de seguridad social y respecto de una misma contingencia (subsidio asistencial por desempleo), de modo que no resulta de aplicación la reiterada doctrina constitucional de que, a los efectos del art. 14 CE, no cabe comparar aisladamente el marco jurídico de prestaciones de distintos regímenes de seguridad social y que la Constitución permite -aunque no impone- una diferente protección en atención a las causas que originan las situaciones de necesidad, por lo que no es ilegítimo ni irrazonable que el legislador o el Gobierno puedan tomar en consideración estos factores causales para establecer en función de ellos regímenes jurídicos diversos.

Parece, pues, que es la diferente modalidad de la relación contractual el factor determinante para excluir a los trabajadores fijos discontinuos del beneficio del subsidio asistencial por desempleo para trabajadores mayores de 52 años, el cual, al orientarse a asistir a los desempleados de cierta edad en su tránsito hacia la jubilación, permite que queden excluidos de su cobertura quienes son empleados, aun cuando sea con carácter discontinuo.

2.4. De acuerdo con la doctrina constitucional que se acaba de transcribir, la norma cuestionada -dado su carácter de disposición con rango y valor de ley- puede conferir a los trabajadores fijos discontinuos, en razón de la naturaleza o modalidad de su relación contractual, un trato distinto al dispensado al resto de los trabajadores en cuanto a la fijación de la extensión, duración o cuantía del subsidio asistencial por desempleo. Por ser ello así,

cabe analizar si ese tratamiento diferente que puede establecer el legislador le permite excluir, sin vulnerar el art. 14 CE, a los trabajadores fijos discontinuos de una modalidad de subsidio asistencial por desempleo como la prevista para los trabajadores mayores de 52 años.

El problema del trabajador fijo discontinuo consiste en que para él existen dos situaciones legales de desempleo: una, de pérdida del trabajo objeto del contrato; y otra, de falta de ocupación efectiva entre los períodos de actividad. La primera se rige por las reglas generales. Pero estas reglas no serían aplicables a la segunda situación, que no sería técnicamente una situación de desempleo, pues no se produce en ella la pérdida de un empleo preexistente. Sentado lo anterior, fácilmente se comprende que un trabajador fijo discontinuo, mientras mantenga dicha condición, no es (en rigor) un desempleado, aun cuando la interrupción de su actividad de temporada sea considerada por la ley como situación legal de desempleo. De manera que cuando la norma cuestionada define el círculo subjetivo de sus afectados en esos términos, esto es, los trabajadores fijos discontinuos “mientras mantengan esa condición” (lo que supone que conservan su empleo), está contemplando una realidad bien distinta de la correspondiente al supuesto de hecho mencionado en primer lugar. Por ello, mientras mantenga esa condición, el fijo discontinuo no es un desempleado, sino una persona vinculada por un contrato laboral vigente que se encuentra en situación de seguir causando derecho a nuevos períodos de cobertura en el nivel contributivo hasta la definitiva e integral extinción de su relación laboral.

Ello así, y dado que la clave del juicio de igualdad se encuentra en el criterio con el que se agrupan los individuos o las situaciones en iguales o desiguales, en suma, en los factores que contribuyen a crear una clase lógica o un círculo de igualdad, en el presente caso no cabe apreciar la existencia de un adecuado y válido término de comparación, pues la cuestión en él planteada pretende equiparar la situación de los que pierden definitivamente su empleo con la de aquellos otros que mantienen vigente su relación laboral (si bien, claro está, en los términos específicos que la caracterizan).

2.5. A lo anterior cabe añadir que el Tribunal ha venido señalando que las pretensiones de atención o remedio de situaciones de necesidad por parte de la seguridad social han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en el que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, disponibilidades del momento y necesidades de los diversos grupos sociales; asimismo, que no puede excluirse que el legislador, al apreciar la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y las condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las consideraciones de interés general. Los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento de los derechos reconocibles al amparo de los principios constitucionales. En definitiva, si bien la cobertura de las situaciones de necesidad de los colectivos sociales es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que la Constitución asume y que han de informar la legislación positiva (art. 53.3 CE), no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia del 15-4-2004, nº 53/2004, en <http://www.tribunalconstitucional.es/Stc2004/STC2004-053.htm>.

DOCTRINA

ACCIDENTES DEL TRABAJO. RESPONSABILIDAD CIVIL. INDEMNIZACIÓN. SEGURIDAD DEL TRABAJADOR (BÉLGICA).

El 24 de diciembre de 2003, se cumplieron cien años de la ley que instituyó en Bélgica un régimen especial de reparación de los daños resultantes de los accidentes del trabajo. Esta ley instauro un momento central en la evolución del derecho de la reparación.

Antes de la ley de 1903, el derecho de la reparación se organizaba exclusivamente con base en el Código Civil, promulgado en 1804. Si bien éste constituye uno de los más maravillosos monumentos de la historia del derecho, sus redactores no entendieron que la revolución de 1789 marcó el fin de la sociedad agraria en la que vivían y habían estudiado. No comprendieron que el mundo se dirigía a la Revolución Industrial, en la que los accidentes se multiplicarían. Se aplicaba todavía el viejo principio por el cual el daño debía ser soportado por quien lo sufría, salvo que consiguiera probar que era imputable a la falta de otro.

Los siniestros más frecuentes han sido laborales y de transporte. La literatura del siglo XIX describió en distintas oportunidades el drama de la caldera que explotó e hirió al obrero, al que se le amputó un miembro y quedó lisiado. La fraternidad que existía en las aldeas había desaparecido y si el trabajador pretendía ser indemnizado debía probar, conforme al art. 1382 del Código Civil, que el hecho provenía de la culpa del patrón o de otra persona determinada; prueba imposible de obtener: aquél no sabe por qué explotó la caldera. Con la industria, la culpa se vuelve anónima. Y aun en los casos en los que el obrero conozca la causa de la explosión, no podría aportar la prueba ni acusar al patrón, dado que eso significaría la pérdida del trabajo y la miseria de sus allegados.

Es comprensible, entonces, que tales situaciones hayan indignado a la opinión pública. Las reglas de la responsabilidad se vuelven injustas porque no permiten la reparación de los daños injustamente sufridos. Los jueces, por su lado, también se indignaron. Consideraron que si la regla de derecho era incompatible con la equidad, era necesario pasar por encima de la regla. Los jueces no dudaron en desnaturalizar la noción de culpa.

La ley tuvo por objeto permitir a los obreros víctima de accidentes corporales en su trabajo obtener indemnizaciones sin tener que probar que el accidente tuvo por causa una falta del empleador. Esta legislación “se separa de la noción tradicional de justicia individual basada en la falta: las víctimas reciben indemnización aun cuando el siniestro no es culpa del patrón; de igual modo, en los casos de siniestros que ciertamente resultan de la falta del patrón, las víctimas sólo reciben las indemnizaciones legales, inferiores al perjuicio causado. Pero, en el conjunto, en el plano colectivo, la nueva legislación está más cerca de la equidad; toda víctima recibe una indemnización: la indemnización tarifada (*forfait*)”. Al instituir un régimen de indemnización automático de las víctimas de accidentes de trabajo, el legislador se vio confrontado con las objeciones que se plantean cada vez que se organiza un régimen de reparación basado en un mecanismo diferente al de la responsabilidad, entre las cuales cabe destacar: a) en el plano de los principios, la puesta en práctica de un régimen de indemnización automática no debe tener como efecto el aumento del número de accidentes. En tal sentido, la experiencia demostró que es falsa la tesis según la cual la indemnización automática de las víctimas tendría por efecto “desresponsabilizar” a quienes pueden evitar los accidentes; b) en el plano del financiamiento del sistema de reparto. Es necesario establecer un equilibrio entre las indemnizaciones pagadas a las víctimas y los recursos financieros del régimen de indemnización. La indemnización automática no significa indemnización sin límites. Es necesario circunscribir los daños que necesitan una reparación automática. La ley se encarga únicamente del perjuicio económico: gastos médicos, hospitalarios y otros; pérdida del ingreso y de la capacidad de trabajo. Ésta es la indemnización “tarifada”; excluye la reparación de los perjuicios no económicos que son de naturaleza diferente.

Detrás de este sistema, se encuentra una filosofía de la solidaridad, que se traduce en la colectivización de la reparación por medio de la técnica del seguro, que permite organizar su financiamiento. Desde el momento en que la carga de la reparación se transfiere, por el mecanismo del seguro, al conjunto de la sociedad, se puede ahorrar el gasto que implica la responsabilidad civil; es más simple prever un seguro que cubra directamente los peligros a los que están expuestas las potenciales víctimas.

Los mecanismos de seguro implican que la reparación de los accidentes de trabajo son financiados por las empresas que están obligadas a contratar uno. Éstas toman en cuenta su costo en la fijación de los precios de sus productos y servicios. Son, por ende, los consumidores los que soportan la reparación de los accidentes de trabajo.

Se plantea la cuestión de saber si el régimen de indemnización de los accidentes de trabajo puede ser transpuesto a otros ámbitos en los que existen accidentes corporales. En efecto, toda lesión al cuerpo humano es considerada por los sujetos como la peor de las injusticias. Es por ello que el daño corporal justifica una indemnización incondicional. Numerosas leyes ya organizan la reparación del daño corporal sin tener en cuenta la responsabilidad. Existe, asimismo, en los ámbitos en donde no hay indemnización automática, la necesidad de organizarla. La jurisprudencia actual se caracteriza por la voluntad de indemnizar los accidentes corporales en todos los ámbitos. En los casos de atentados contra la integridad física, se transforma la obligación de seguridad en una de resultado; exige que se tomen “todas las precauciones” a fin de eliminar “todo peligro”. Esta evolución es especialmente sensible en el ámbito de la responsabilidad médica.

En este tercer milenio, Bélgica debe realizar una reflexión profunda sobre la indemnización a las víctimas del daño corporal. En una sociedad moderna y justa, esta indemnización constituye un objetivo esencial. Para ello, se utiliza, aun en un cierto número de temas, el mecanismo gravoso y muchas veces ineficaz del derecho de la responsabilidad civil. Su único interés, cuando funciona, es el de generar una indemnización por parte del asegurador. Conviene, en tal sentido, adoptar el régimen de accidentes de trabajo. Esta solución tiene los beneficios de simplicidad, humanismo y economía de recursos financieros.

FAGNART, Jean-Luc, “Un régime nécessaire et exemplaire de réparation des atteintes à l’intégrité physique. Rapport de synthèse”, en *1903-2003 Accidents du travail: cent ans d’indemnisation*, Bruselas, Bruylant, 2003, pp. 307/318.

BIOÉTICA. GENOMA HUMANO. DISCRIMINACIÓN GENÉTICA (NACIONES UNIDAS).

1. Discriminación genética: la búsqueda de una definición

Los errores genéticos son responsables de entre 3000 y 4000 enfermedades hereditarias, desempeñando un papel en el cáncer, las cardiopatías, la diabetes y muchos otros males comunes. Sin embargo, no toda persona que tiene genes anormales presentará afecciones perceptibles. Numerosos factores ambientales tienen un efecto considerable sobre la salud humana. Solos o combinados con un determinado gen, pueden aumentar o reducir el riesgo de que una enfermedad se manifieste en una persona. Los diagnósticos siguen siendo aproximados e imperfectos: según datos proporcionados por la Comisión Europea, todos los años se realizan en la Unión Europea más de 700.000 pruebas genéticas, en las que se ponen de manifiesto un 30% de errores de diagnóstico.

Los bancos de datos genéticos se multiplican mundialmente. En los últimos años, países como Islandia, Estonia, Singapur y Reino Unido han creado sus bases de datos genéticos nacionales a fin de aprovechar los conocimientos adquiridos sobre el genoma

humano¹. Esos datos proporcionan respuesta a algunas cuestiones planteadas por la justicia o la policía (p.ej., sobre la paternidad o la identidad de los delincuentes), es decir, son fuente de gran información, pero, como otros aspectos de la revolución genética en curso, también son motivo de inquietud.

En efecto, ¿no se corre el riesgo de allanar el camino a la discriminación genética? ¿No se prestan a usos contrarios a los derechos humanos y las libertades fundamentales? Existe el peligro de reducir la vida humana y las relaciones sociales a su dimensión genética, lo que puede llevar a la discriminación social. Axel Kahn, experto francés, dijo: “Si no tenemos cuidado, estaremos preparando una sociedad en que los derechos de los genes reemplazarán a los derechos humanos”.

La discriminación genética puede distinguirse de la discriminación tradicional -basada en la discapacidad- por cuanto la primera incluye sólo a personas que en el momento del trato discriminatorio no presentan síntomas. Así, en materia de empleo, comprende decisiones desfavorables al trabajador, ya que no se basa en su capacidad actual sino que el empleador se funda en los resultados de pruebas de detección genéticas para calcular el riesgo de una disfunción futura y la carga financiera que representará.

Una de las formas más comunes de discriminación es la negativa de los aseguradores a dar cobertura médica a determinadas personas sobre la base de sus genes. Las compañías de seguro reúnen y utilizan información médica para predecir el riesgo de una persona de contraer una enfermedad y morir, por lo que lo informado desempeña un papel decisivo en el acceso a la atención médica.

1.1. En los instrumentos internacionales y nacionales

En 1997, la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) aprobó la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, que contiene diversas disposiciones encaminadas a impedir la discriminación genética, como por ejemplo el derecho de todos a que se respete la dignidad y los derechos humanos, cualesquiera sean las características genéticas (art. 2.b).

Asimismo, se ha intentado proteger la confidencialidad genética en el plano internacional mediante la Convención Europea sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina de 1997. Este instrumento prohíbe todas las formas de discriminación basadas en los caracteres genéticos de una persona y permite la realización de pruebas genéticas de pronóstico sólo con fines médicos. Además, fija normas para las investigaciones médicas y reconoce el derecho del paciente a ser informado, pero también a no serlo si así lo prefiere.

En su resolución 2001/39, el Consejo Económico y Social instó a los Estados a que garantizaran que nadie fuera objeto de discriminación debido a sus características genéticas y los invitó a que adoptasen medidas para impedirlo en cualquier esfera, en particular las sociales, médicas o las relacionadas con el empleo, sean del sector público o privado.

La UNESCO, en octubre de 2003, publicó su Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (Declaración), donde establece los principios éticos que deben regir la recolección, tratamiento, utilización y conservación de tales datos. El art. 7 dispone: “a) Debería hacerse todo lo posible por garantizar que los datos genéticos humanos y los datos

¹ En diciembre de 1998, el Parlamento islandés sancionó una ley que creó una base de datos centralizada con información sobre la salud y muestras de ADN de sus ciudadanos; en igual mes, pero de 2000, Estonia aprobó la Ley de Investigación Genética Humana, que establece un marco legal y ético para el manejo de una base de datos genética de la población, con información de por lo menos el 75% del país. Por su parte, Singapur anunció en el año 2002 la apertura oficial de la Red de Tejidos Humanos, un banco nacional sin fines de lucro que contribuye a un mejor conocimiento de las enfermedades humanas. Por último, en septiembre de 2003, el proyecto *Biobank* del Reino Unido publicó la primera versión de su marco ético de gobierno, un protocolo para la recolección de muestras de ADN y registros médicos de 500.000 voluntarios.

proteómicos humanos no se utilicen con fines que discriminen, al tener por objeto o consecuencia la violación de los derechos humanos, las libertades fundamentales o la dignidad humana de una persona, o que provoquen la estigmatización de una persona, una familia, un grupo o comunidades; b) A este respecto, habría que prestar la debida atención a las conclusiones de los estudios de genética de poblaciones y de genética del comportamiento y a sus interpretaciones”.

La mayoría de las disposiciones internas que afectan a la confidencialidad y la discriminación genéticas se encuentran en normas de aplicación más general (constituciones, leyes sobre secreto profesional, leyes provinciales que se ocupan de la información sobre la salud y protección de datos, etc.). A pesar de que muchas de estas leyes se elaboran sin tener en cuenta la genética, constituyen un marco jurídico importante, si bien incompleto, para tratar la información genética personal. El número de ellas va en aumento en los países desarrollados, principalmente en tres ámbitos: los seguros, el empleo y la medicina forense penal.

Algunos países se muestran renuentes a incorporar una protección específica contra la discriminación genética en su legislación de derechos humanos. Podría ser que no reconozcan la necesidad de aplicar un criterio centrado específicamente en la genética o que les preocupen las consecuencias que tendría la incorporación de un motivo más de discriminación en los documentos legales, a menudo constitucionales. Otros han expresado su inquietud en cuanto a que al diferenciar en la legislación la información genética de otros motivos de discapacidad, se reforzaría el determinismo genético: la creencia de que ser portador de una mutación genética concreta tiene un efecto mucho más determinante e inevitable que otros factores sanitarios en la salud, el bienestar y, potencialmente, incluso, en el comportamiento de la persona. Esta actitud contribuye a la estigmatización de los afectados y a su discriminación y, por ende, tiene un efecto contrario al buscado.

2. Derecho a la privacidad

En vista de que las exigencias en materia de confidencialidad defienden el control directo y total de la información médica por la persona, el problema es cómo mantener los objetivos de hacer avanzar la medicina y mejorar la salud pública si no es a través de la investigación, que necesita imperativamente un acceso inmediato, aunque controlado, de esa información. Las historias clínicas y los tejidos de generaciones de pacientes que se han conservado han resultado ser una fuente excepcional de conocimientos sobre las enfermedades y sus tratamientos.

De conformidad con el art. 8.a) de la Declaración, para “recolectar datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos o muestras biológicas, sea o no invasivo el procedimiento utilizado, y para su ulterior tratamiento, utilización y conservación, ya sean públicas o privadas las instituciones que se ocupen de ello, debería obtenerse el consentimiento previo, libre, informado y expreso de la persona interesada, sin tratar de influir en su decisión mediante incentivos económicos u otros beneficios personales. Sólo debería imponer límites a este principio del consentimiento por razones poderosas el derecho interno compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos”.

Para que sea válido el consentimiento de un posible participante en un estudio, previamente deberá informarse a la persona de las consecuencias de su participación. Aunque es motivo de polémica cuánta información debe dársele, se coincide en general que el candidato debe estar bastante bien instruido. Por ejemplo, en Islandia las normas de 2001 sobre cómo obtener el consentimiento para procesar datos personales establecen que el interesado debe ser notificado por escrito sobre el propósito del proyecto, la forma en que se realizará, los aspectos relacionados con la seguridad, cómo y dónde se utilizará la información, y cuándo se destruirán los datos.

3. Empleo y seguros

La renuencia del público ante el uso de pruebas genéticas por los aseguradores se basa en la idea de que la discriminación no es sino el lado visible de una tendencia eugenésica que puede estar imponiéndose junto con la nueva supremacía genética. Encuestas realizadas demuestran que un gran porcentaje de las personas en cuyas familias hay trastornos genéticos han sido objeto de discriminación por las aseguradoras. Está comprobado que éstas cobran primas más bajas a quienes consideran más saludables, y se llega, en casos extremos, a una “subclase genética” de personas que no pueden acceder a los seguros y a los bienes sociales que dependen de ellos.

Los trabajadores, empleadores y terceros (p.ej., sindicatos) pueden intentar obtener la información genética reunida por los servicios de atención de salud durante los controles realizados en los lugares de trabajo. Los primeros la necesitan para tomar decisiones relacionadas con su empleo o su salud; los segundos la utilizan cuando examinan la aptitud de un empleado para realizar una tarea determinada, y los últimos cuentan con ella para garantizar la seguridad general en el lugar de trabajo. Un gran número de investigaciones, por ejemplo, apuntaron a descubrir las diferencias genéticas sobre la susceptibilidad de las personas a los químicos ambientales, inclusive los que se encontraban en el lugar de trabajo. Con ello los empleadores pretendieron utilizar las pruebas para excluir a los trabajadores más susceptibles a los químicos en lugar de higienizar su lugar de empleo.

Si un empleador, agencia de empleo, organización sindical o comisión paritaria poseen información genética, deben tratarla como parte de la historia clínica confidencial y archivarla en expedientes separados y, además, no pueden revelarla a menos que así lo soliciten el empleado o un tribunal.

4. Grupos vulnerables

4.1. Indígenas

Los genes de algunos pueblos indígenas son de especial interés para los investigadores debido a que su relativa homogeneidad facilita la búsqueda de correlaciones entre genes concretos y rasgos fenotípicos. Con tal fin, durante los años noventa, se recogieron muestras de ADN de centenares de grupos en el marco del Proyecto sobre la Diversidad del Genoma Humano. El proyecto se ha dejado sin efecto, pero los pueblos indígenas siguen siendo objeto de investigaciones genéticas. Por tal razón, preocupa que se patente y comercialice la información derivada de las muestras, el hecho de que muchas de las personas de quienes se tomaron no hayan dado su consentimiento debidamente fundamentado, la posibilidad de una discriminación sobre la base de la identificación de diferencias entre los grupos, y la asignación desproporcionada de fondos públicos a las investigaciones genéticas y no a programas de atención de salud y prevención directos.

A pesar de que se han adoptado mayores medidas de protección, el proyecto *HapMap* aún puede ser usado de forma indebida. A diferencia del Proyecto sobre la Diversidad del Genoma Humano, el objetivo de *HapMap* es biomédico: crear un recurso que pueda utilizarse en diversos estudios futuros sobre salud y patologías. Asimismo, también difiere en que éste sólo estudiará grandes poblaciones menos vulnerables, mientras que aquél se concentró principalmente en pequeñas poblaciones aisladas. Otro problema relacionado con la interpretación de la variación genética es asumir que el término “genético” significa “invariable” y que por el hecho de que una persona tenga una variación genética particular, está “condenada” a enfermarse. Estas afirmaciones incorrectas, generalmente aceptadas, se conocen como determinismo genético, corriente que desestima la fuerte influencia que tienen los factores ambientales sobre las enfermedades, así como también el hecho de que puede haber formas de reducir el riesgo de contraer esas patologías. Así, si bien puede haber personas que tengan variantes genéticas en su constitución que elevan ese riesgo, muchas de ellas nunca se enfermarán. Tanto la discriminación genética como el determinismo genético

constituyen problemas potenciales que pueden surgir de cualquier estudio en el que los investigadores relacionen la variación genética con el riesgo de enfermarse.

Un breve repaso de los planes futuros de las empresas más importantes de genética farmacológica demuestra que algunos trabajos se refieren a problemas de salud específicos de los pueblos indígenas, tales como la diabetes o la osteoporosis. Las investigaciones más recientes se han orientado hacia el cáncer, el asma y las alergias, las enfermedades cardiovasculares y las neurodegenerativas, como el Parkinson y Alzheimer. La principal preocupación de estos pueblos para el futuro deberá ser que los estudios tengan en cuenta las necesidades de las sociedades con características genéticas propias, pero marginalizadas, para que así puedan beneficiarse de las nuevas tecnologías médicas en lugar de seguir siendo una curiosidad académica.

La distribución de los beneficios surge del art. 19.a) de la Declaración, cuando dispone: “Los beneficios resultantes de la utilización de datos genéticos humanos obtenidos con fines de investigación médica y científica deberían ser compartidos con la sociedad en su conjunto y con la comunidad internacional en consonancia con la legislación nacional. Cuando el investigador extraiga algún tipo de provecho comercial, el donante de material/datos biológicos debería beneficiarse del mismo de manera adecuada en consonancia con la legislación nacional y de conformidad con los acuerdos internacionales pertinentes. Los beneficios que deriven de la aplicación de estos principios podrán revestir las siguientes formas: i) asistencia especial a las personas y los grupos que hayan tomado parte en la investigación; ii) acceso a la atención médica; iii) prestación de servicios para dispensar nuevos tratamientos o medicamentos obtenidos gracias a la investigación; iv) apoyo a los servicios de salud; v) instalaciones de creación de capacidades para la investigación; vi) incremento y fortalecimiento de la capacidad de los países en desarrollo de obtener y tratar datos genéticos humanos, tomando en consideración sus problemas específicos; vii) cualquier otra modalidad compatible con los principios enunciados en esta Declaración”.

El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas designó la cuestión de los conocimientos indígenas como tema de su período de sesiones de 2005 con la necesidad de proteger el derecho de esos pueblos a dar su consentimiento previo y fundamentado para el uso de sus conocimientos, innovaciones y prácticas, tanto tradicionales como contemporáneas, incluidas las expresiones culturales, las formas de arte y todo lo relacionado con la utilización de los recursos genéticos.

4.2. Personas con discapacidad

Los adelantos de la ciencia genómica plantean nuevos desafíos. Hay padres con discapacidad que exigen el derecho a optar por no tener hijos en su misma condición, para lo cual recurren a las nuevas pruebas genéticas. Pero también existen aquéllos que han juzgado que se les debe permitir “elegir” hijos que se les parezcan. La cuestión ha enfrentado a obstetras y ginecólogos partidarios y oponentes. En sus debates, consideran que el concepto de elegir deliberadamente un embrión que presenta genes de sordera o enanismo equivale a consentir los deseos de los padres en lugar de reflejar el interés superior del niño.

El modelo social de la discapacidad saca la responsabilidad de la conformación biológica, psíquica o cognitiva de la persona para trasladarla al mundo social, institucional y físico en cuyo diseño sólo se tuvieron en cuenta las necesidades y características de los no discapacitados. El concepto de la discapacidad tal como la concibe el público, concretamente como “enfermedades” o “deformidades” que deben erradicarse, es difícil de mantener cuando está al alcance la eliminación de las diferencias mediante la manipulación genética.

5. Conclusión

Usar la información genética personal en contra de los particulares puede, con toda razón, sofocar la aceptación de nuevas investigaciones científicas. Si no se protege la

confidencialidad y se impide la discriminación, se corre el peligro de reducir, en gran medida, las posibilidades que ofrece la genética de mejorar la atención de la salud.

La clave para beneficiarse de la información genética, evitando al mismo tiempo sus aspectos negativos, radica en determinar cómo se utilizará, más allá de las necesidades médicas de la persona a quien pertenece. El ADN obtenido y analizado con fines médicos no puede destinarse automáticamente a otros usos, incluida la investigación, si ese ADN puede vincularse a una persona identificable.

Las leyes generales que rigen la información sobre la salud personal pueden a menudo proteger la información genética, aun cuando, en algunos casos, esas normas sean inadecuadas. Es posible que sea necesario aprobar leyes para abordar cuestiones concretas relacionadas con las pruebas genéticas a fin de complementar el cuerpo legal existente. La legislación que rige la toma de muestras de ADN de los sospechosos de haber cometido delitos y la creación de bancos de datos de ADN de los condenados debe supervisarse estrechamente para impedir que adquieran proporciones no justificadas.

Es necesaria la formación de las personas para proteger la confidencialidad de la información genética e impedir las discriminaciones. Los gobiernos, en particular, tienen la obligación de explicar el uso que se hace de esta información y sus posibles repercusiones en la sociedad, y educar al público y a los investigadores sobre lo que quieren y no quieren decir los resultados de los estudios genéticos. Los investigadores deberían centrarse en las variaciones individuales dentro de los grupos de población y no entre pueblos; concebir sus estudios y presentar los resultados con cautela; definir precisamente qué grupos de población estudian y explicar en qué medida el peligro de una enfermedad puede deberse a variantes genéticas y cómo se relacionan esas variantes con los factores ambientales. Cuando los conocimientos sobre estas cuestiones no sean suficientes, se debe reconocer que existen dudas.

Aun cuando los nuevos tratamientos son todavía parte del futuro y en la actualidad se hace hincapié en el desarrollo genético con fines de diagnóstico, se está en un momento crucial en que es indispensable examinar con prudencia las deficiencias de estas tecnologías antes de generalizar su utilización.

Por último, corresponde tener en cuenta las consecuencias de las pruebas genéticas desde la perspectiva de la salud pública. Así, tal como se afirma en la Declaración de Yakarta sobre la Promoción de la Salud en el siglo XXI, “las instancias decisorias deben comprometerse firmemente a cumplir con su responsabilidad social. Es preciso que los sectores público y privado promuevan la salud siguiendo políticas y prácticas que eviten perjudicar la salud de otras personas; protejan el medio ambiente y aseguren el uso sostenible de los recursos; restrinjan la producción y el comercio de bienes y sustancias intrínsecamente nocivos, como el tabaco y las armas, así como las tácticas de mercado y comercialización perjudiciales para la salud; protejan al ciudadano en el mercado y al individuo en el lugar del trabajo; incluyan evaluaciones del efecto sobre la salud enfocadas en la equidad como parte integrante de la formulación de políticas”.

Nota de la Secretaría: los textos íntegros de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos pueden encontrarse en *La Revista*, Ginebra, Comisión Internacional de Juristas, 1997, n° 58-59, pp. 121/128, y en *Revista Derechos Humanos*, Montevideo, Cátedra Unesco de Derechos Humanos-Universidad de la República, 2003, n° 1, pp. 215/230. Asimismo, ver sobre el tema: PORRAS DEL CORRAL, MANUEL, “La dignidad, alfa y omega de la libertad. A propósito del genoma humano”, y GUTIÉRREZ CASTILLO, VÍCTOR LUIS, “La protección internacional del genoma humano y de los derechos del hombre ante los nuevos avances de la ciencia”, en *Derecho y Opinión*, Córdoba (España), Universidad de Córdoba, 1993, n° 1 y 1999, n° 7, pp. 377/380 y 115/121, respectivamente; LENOIR, NOËLLE, “Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights: The First Legal and Ethical Framework at the Global Level”, en *Columbia Human Rights Law Review*, New York, 1998, vol. 30, n° 3, pp. 537/552; MATHIEU, BERTRAND, “Constitution et génome humain”, en *Annuaire International de Justice*

Constitutionnelle, París, Economica-PUAM, 1998, XIV, pp. 508/545, y “Force et faiblesse des droits fondamentaux comme instruments du droit de la bioéthique: le principe de dignité et les interventions sur le génome humain”, en *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, LGDJ, 1999, n° 1, pp. 93/111; BYK, CHRISTIAN, “La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme”, en *Journal du droit international*, París, Juris Classeur, 1998, n° 3, pp. 675/695; APARISI MIRALLES, ÁNGELA, “El proyecto genoma humano: una aproximación desde el derecho”, en *Suplemento Humana Iura de derechos humanos*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2000, n° 10, pp.143/172; ELLE TAUER, JENNIFER, “International Protection of Genetic Information: The Progression of the Human Genome Project and the Current Framework of Human Rights Doctrines”, en *Denver Journal of International Law and Policy*, Colorado, University of Denver College of Law, 2001, vol. 29, n° 3-4, pp. 209/237; ISENSEE, JOSEF, “Los antiguos derechos fundamentales y la revolución biotecnológica. Perspectivas constitucionales tras el descifrado del genoma humano”, en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2001, n° 45, pp. 139/173; PRIDAN-FRANK, SHIRA, “Human-Genomics: A Challenge to the Rules of the Game of International Law”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, Nueva York, Columbia University School of Law, Columbia Journal of Transnational Law Association, 2002, vol. 40, n° 3, pp. 619/676; TEIXEIRA DE AZEVEDO, DAVID, “Breve Reflexão sobre os Aspectos Filosóficos da Experiência com o Genoma Humano”, en *Revista da Faculdade de Direito*, San Pablo, Universidade de São Paulo, 2002, vol. 97, pp. 499/511.

SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), “Cuestiones concretas de derechos humanos. Los derechos humanos y el genoma humano. Informe preliminar presentado por la Relatora Especial, Sra. Iulia-Antoanella Motoc”, E/CN.4/Sub.2/2004/38, del 23-7-2004.

BIOÉTICA. PROTECCIÓN DE EMBRIONES. MENORES. DERECHOS DEL NIÑO (FRANCIA).

El estudio de la protección y los derechos del niño plantea, en un principio, la cuestión de la definición. Se puede hablar de niño a partir del comienzo de la vida, o sea, con la constitución del embrión. Conocidas son las controversias surgidas en torno a la naturaleza de este embrión: persona, suma de células, persona humana potencial. La posición adoptada es importante para las protecciones a instaurar. Sin embargo, tampoco es fácil determinar cuándo el menor deja de serlo. Cierto es que se puede pensar en la mayoría legal. Pero ya no es posible considerar como niños a adolescentes de 15, 16 ó 17 años, que deben prestar su consentimiento para que se les realice una intervención quirúrgica. Es paradójico, asimismo, que el fisco considere “menor a cargo” a jóvenes hasta los 25 años. Por lo tanto, hay que recurrir al primer término: protección. La necesidad de protección, que varía en función del grado de madurez, no se da al niño porque es definido como tal, sino por la fragilidad que presenta.

Protección contra la destrucción. La fecundación *in vitro* supone la constitución de más embriones que los necesarios para asegurar el embarazo. Se plantea entonces la cuestión de saber qué ocurre con los embriones que no son ingresados al cuerpo de la mujer. Las parejas muchas veces los abandonan. En tal caso, se presentan tres soluciones: que otra pareja los reciba; la destrucción después de la experimentación, y la destrucción pura y simple.

Protección contra la alteración. La alteración puede ser física o moral. En cuanto a la primera, se suelen probar nuevos productos sobre personas que prestan su consentimiento. En ciertos casos, sin embargo, estas pruebas no pueden realizarse sobre adultos porque la investigación es específicamente pediátrica. Esto plantea el tema del ataque a los niños. La alteración moral, por su lado, pasa por el trabajo, la prostitución, la pedofilia o, más simplemente, la renuncia a la educación que algunos padres realizan, derecho al que la sociedad ha dejado de otorgar el rol capital que le corresponde.

Éstos son los derechos generales de los niños: derechos que no deben ser destruidos, alterados o desnaturalizados. Existen otros que surgen de la ley y que pueden ser considerados protectores. El aborto tiene como consecuencia una destrucción, pero la ley que lo autoriza lo encuadra estrictamente. Es posible durante las diez primeras semanas y durante todo el embarazo en la medida en que el niño por nacer sufra de una enfermedad particularmente grave e incurable cuando nazca. La ley protege también al embrión resultante de la fecundación asistida. Hasta la fecha, el legislador se esforzó en evitar, en la medida de lo posible, la destrucción de los embriones supernumerarios, subordinándola a la decisión de la pareja e intentando favorecer la recepción por parte de otra pareja.

En el marco europeo, existen también regulaciones legales que protegen a los menores. La Convención de Oviedo del 4 de abril de 1997 sobre los derechos humanos y la biomedicina contiene una serie de principios protectores significativos. En el capítulo 2 relativo al consentimiento, se establece que no puede efectuarse ninguna intervención sobre un menor sin la autorización de quien tiene la tutela, y no puede obviarse su opinión en función de su edad y grado de madurez. En cuanto a la experimentación científica sobre personas que no están en edad de prestar su consentimiento, se exige que exista un beneficio real y directo para la salud, que sea imposible recurrir a un sujeto capaz y que el interesado no se oponga. En la misma Convención, existen otras disposiciones que se aplican a quienes donan órganos. De ser menores, se imponen las condiciones siguientes: que no haya donante capaz; que el donante sea hermano/a del paciente; que sea para preservar la vida del paciente; que exista una autorización expresa para la donación y que no haya oposición del donante.

Por todo esto, se pueden formular varias consideraciones generales. En primer lugar, la noción de niño tiende a reducirse y a ampliarse: reducirse en la medida en que la personalidad y la identidad del niño son tomadas como tales y no se confunden con la minoridad; ampliarse, ya que actualmente se puede observar al ser humano antes de su nacimiento. Por otra parte, el rol tutelar de la familia se detiene por dos razones: el niño que llega a la madurez no suele soportar la autoridad, aunque sea bajo forma de protección, y los padres solicitados cada vez más fuera del círculo familiar (trabajo-ocio) pueden desentenderse. La sociedad, consciente de los peligros que ello conlleva, busca tomar medidas protectoras, pero teniendo cuidado de limitar lo menos posible la libertad que cada vez más se le reconoce al menor.

Proteger al niño es considerarlo, durante el tiempo suficiente, como a un niño y no admitirlo demasiado pronto en el mundo de los adultos; es prepararlo, apoyándose en los textos y con la ayuda de organismos que sirven a esta causa, para su adultez.

MICHAUD-JEANNIN, Emilie, "Protection et droits de l'enfant", en *Bioéthique, bioéthiques*, por AZOUX-BACRIE, LAURENCE (dir.), Bruselas, Bruylant-Nemesis, 2003, pp. 281/291.

DELITOS SEXUALES. IMPUTABILIDAD (GUATEMALA).

La imputabilidad se presenta como determinante para la atribución de la culpabilidad de un hecho delictivo a un sujeto. Como consecuencia, es viable tomar en consideración cada uno de los elementos que la fundamentan y los factores que tienden a negarla, para lograr así obtener una mejor justicia.

1. Concepto

La noción de imputabilidad es poco pacífica en la doctrina. Hay concordancia en que ésta debe concurrir para que exista delito, pero discrepancia en cuanto al punto en el que se debe incidir para su definición. La escuela clásica aludía al bienestar individual, centrándose

en el individuo como persona y la existencia en torno a él de un conjunto de procesos patológicos susceptibles de determinar su libertad de acción; su máximo exponente, con la concepción indeterminista basada en la idea del libre albedrío y de la responsabilidad moral, fue Francesco Carrara. Por su parte, la escuela positiva, representada por Enrique Ferri, era determinista: entendía la imputabilidad dentro de los límites de la peligrosidad social, en un intento de preservar a la sociedad de los individuos mentalmente alterados.

En la actualidad, Manuel Cobo del Rosal y Tomás Salvador Vives Antón la definen como “el conjunto de requisitos psicobiológicos exigidos por la legislación vigente, que expresan que la persona tenía capacidad de valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado por ella y de actuar en los términos requeridos por el ordenamiento jurídico”. Para el catedrático Juan Bustos Ramírez, desde una perspectiva más sociológica, es el “juicio de incompatibilidad de la conciencia social de un sujeto en su actuar frente al ordenamiento jurídico”.

Asimismo, pueden encontrarse definiciones que tienden a la función motivadora de la norma penal y en los fines preventivos de la pena. Así, los penalistas Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán afirman que para determinar la culpabilidad de una persona que ha cometido un hecho típico y antijurídico, es necesario que el individuo pueda sentirse motivado por la norma, que conozca su contenido y que además se encuentre en una situación que pueda regirse por ella, sin grandes esfuerzos. Para ellos, la imputabilidad es uno de los requisitos de la culpabilidad, concebida “como el conjunto de las formalidades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico”, y, conceptualmente, “un tamiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que pueden ser atribuidos a su autor y permiten que, en consecuencia, éste pueda responder por ellos”. Por su parte, el profesor Hans-Heinrich Jescheck señala que aquélla alcanza a quien tenga una determinada edad y no sufra graves perturbaciones psíquicas, ya que posee un mínimo de capacidad de determinación que el ordenamiento jurídico requiere para la responsabilidad penal. Por ello, Claus Roxin expresa que para ser imputable se necesita la capacidad de comprender lo ilícito del hecho y de actuar conforme a esa comprensión.

A tenor de las definiciones expuestas, puede concluirse que para que exista imputabilidad es necesario que el sujeto sea capaz de comprender el significado antijurídico del hecho que ejecuta y que tenga la capacidad de autodeterminarse y de controlarse de conformidad con la comprensión de la ilicitud de la acción realizada.

El Código Penal guatemalteco se hace eco de esta doctrina cuando en su art. 23.2 refiere que quien no tenga la “capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión” es inimputable.

Por tanto, son eximentes de la responsabilidad penal: la minoría de edad, la enfermedad mental y el trastorno mental transitorio.

2. La imputabilidad en los delitos sexuales

De todas las conductas delictivas, los delitos contra la libertad sexual son los que despiertan mayor alarma social. Esto es debido, en parte, al ataque físico que sufre la víctima, pero también influye el componente de humillación y afectación psicológica que conlleva. Este trauma es más intenso al ser causado por otro ser humano que, en principio, actúa intencionalmente.

En esta clase de delitos, como en todos, hay que partir de la premisa de que *no todo el que delinque es un enfermo, y no todos los enfermos cometen delitos*. Es más, al contrario de la creencia popular que asocia la violación con la patología mental, se ha demostrado que la incidencia de la enfermedad mental no es más elevada en los delincuentes sexuales que en la población general. Así, algunos estudios realizados en delincuentes de esta naturaleza arrojaron escasos diagnósticos psiquiátricos, aunque no se puede generalizar. Lo que sí aparece con frecuencia en estos sujetos son alteraciones en los instintos sexuales, denominadas *parafilias*.

Cuando estas conductas parafilias llegan a ser difíciles de dominar, pueden desembocar en la realización de delitos sexuales, aunque estas alteraciones no necesariamente conllevan un comportamiento no social. Así, las parafilias más frecuentes que pueden afectar la imputabilidad son: pedofilia, gerontofilia, sadismo, zoofilia y exhibicionismo.

3. Perfil del delincuente sexual

Básicamente comprende a varones, con edades entre los 20 y 30 años, que tienen escasos antecedentes delictivos, suelen estar casados y conocen con frecuencia a su víctima. Durante el cumplimiento de la condena se comportan bien, respetan las normas de régimen y tratamiento de los centros penitenciarios, no suelen plantear grandes problemas y mantienen una actitud correcta con los funcionarios de prisión. Sin embargo, las relaciones con otros presos suelen ser bastante negativas por el rechazo que se suele tener con este tipo de delincuentes.

El delito más frecuente e importante por su trascendencia social es la violación. Para José Antonio García Andrade, “el violador es una persona de escasa dotación intelectual que, al no poder actuar de manera normal en la dialéctica sexual con la mujer, utiliza la fuerza, lo cual es asimismo una venganza, porque las mujeres se han reído de él”. Ésa es la razón por la cual no es infrecuente el asalto a menores, más alcanzables a su corta inteligencia.

Otro delito, mucho más habitual de lo que la gente cree, es el incesto, constatándose aquél que se da entre padre e hija. Estas relaciones suelen comenzar desde épocas muy jóvenes de la niña; el padre incestuoso es con frecuencia alcohólico y generalmente realiza sus primeros ataques en grado de intoxicación plena o semiplena. Estos ataques, normalmente, continúan estando o no presente el alcohol, se mantienen durante años y se extienden a otras hijas.

Debe tenerse en cuenta que los casos de pedofilia suelen quedar en la sombra por ser realizados con frecuencia por familiares de las víctimas.

4. Valoración de la imputabilidad

Se deberá efectuar relacionando el tipo del delito cometido con la personalidad del delincuente, analizando el conocimiento y su voluntad.

4.1. La minoría de edad

Al respecto, puede decirse que la imputabilidad no tiene una repercusión excesiva en este tipo de delitos, toda vez que las estadísticas demuestran que la generalidad de los delincuentes sexuales suelen cometerlos entre los 20 y 30 años. Lo que sí puede darse con asiduidad es el caso de los menores que previamente han sido víctimas y que, llegados a la pubertad, realizan como actores las conductas que ellos mismos sufrieron.

Normalmente el menor, por falta de madurez, carece de la capacidad suficiente para motivarse por la norma, y ello hace que no responda penalmente hasta que cumpla una determinada edad (18 años). Sólo a partir de allí la persona es plenamente responsable por sus actos, independientemente de que se pueda demostrar en el caso concreto que el menor de edad sí poseía capacidad suficiente.

Teóricamente, la cuestión de la edad debería solucionarse a través de un estudio pormenorizado de cada caso, huyendo de la rigidez de la norma, pero ello llevaría implícitos graves problemas de procedimiento y atentaría contra el principio de responsabilidad jurídica.

El problema de la criminalidad juvenil es muy amplio y preocupante, tanto por su aumento en los últimos años como por su gran repercusión social. La población observa que jóvenes delincuentes cometen hechos delictivos y se encuentran amparados por una causa de exención de responsabilidad. Al respecto, ha sido señalado que “el delincuente juvenil es aquella persona que no posee la mayoría de edad penal y que comete el hecho que está castigado por las leyes. La sociedad, por este motivo, no le impone un castigo, sino una

medida de reforma, ya que le supone falta de discernimiento ante los modos de actuar legales e ilegales”.

4.2. La enfermedad mental

El art. 23.2 declara exento de responsabilidad a quien “en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, desarrollo psíquico incompleto o retardado, ... la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho...”. Esta redacción parece incluir todas las anomalías psíquicas que afectan tanto al conocimiento como a la voluntad de las personas.

4.2.1. Particular trascendencia tienen los delitos sexuales cometidos por oligofrénicos, ya que la sexualidad del retrasado suele ser bastante precaria y tiene una presentación muy precoz. Junto con los psicópatas, es el grupo que con más asiduidad entra en conflicto con el Código Penal. Ello se debe, en gran parte, a los problemas sociales que tienen estos sujetos y a sus dificultades en las elecciones interpersonales que los vuelven irritables. La violación del débil mental suele ser brutal, primitiva y sin inhibiciones; son abundantes los asaltos a niños, por ser personas más próximas a su mentalidad. Si a ello se añade algo de alcohol o drogas, la agresividad de éstos se dispara y puede causar la muerte.

La imputabilidad, en estos casos, va unida al grado de déficit mental que presente el sujeto. En los niveles profundos, queda totalmente descartada, ya que el individuo carece de la suficiente capacidad para conocer la norma y, por tanto, motivarse por ella. Mayores problemas se presentan con los casos “límite”, es decir, los que se encuentran en la frontera de la normalidad y los llamados “tontos de salón”. En estos supuestos, habrá que relacionar el desarrollo intelectual con el concreto delito cometido, sin olvidarse que no sólo está afectada la inteligencia, sino todo el desarrollo de la personalidad.

4.2.2. Con respecto a los esquizofrénicos, en contra de lo que suele pensarse, existe una desproporción entre el número de estos enfermos psicóticos y los actos por ellos cometidos. Lo que ocurre es que, cuando se dan, adquieren una peculiar hostilidad y violencia que genera alarma social. No suelen utilizar cómplices, y sus crímenes se caracterizan por la falta de historicidad y motivación, teniendo como víctimas a las personas más cercanas, vecinos y familiares. En cumplimiento de sus propias alucinaciones, hay dos notas fundamentales en estos delincuentes: el automatismo y la impulsión.

Estos cuadros, como regla general, suponen una total anulación de la imputabilidad, ya que la conducta les viene impuesta y el conocimiento de la realidad está totalmente distorsionado. Los sujetos en tales condiciones no son capaces de comprender la ilicitud de sus hechos, por lo que deberán ser declarados exentos. La voluntad puede darse, pero siempre estará viciada, porque a pesar de que quieran o no ejecutar la acción, siempre parten de supuestos falsos.

4.2.3. Las neurosis tampoco tienen especial incidencia en la criminalidad sexual. Lo que sí aparece como freno desinhibidor, favoreciendo la comisión de estos delitos, es la adicción al alcohol y las drogas. Se afirma que el empleo de estupefacientes es el derivado del 60% de la delincuencia. La mayoría de las personas drogadictas delinquen contra la propiedad, pero los impulsos desencadenados por efecto propio de la droga (estimulantes o inhibidores) los hacen cometer ataques sexuales. Más incidencia en estos ataques tiene la ingesta de alcohol, ya que su consumo genera grandes dosis de violencia que, por la distorsión de los valores éticos y sociales que produce el alcoholismo, lleva al sujeto a cometerlos.

Los neuróticos rara vez se verán incluidos en la reducción de la imputabilidad, puesto que su conocimiento suele estar intacto y mantienen plena conservación del pensar, el sentir y el obrar. No hay afectación de la inteligencia, conciencia o voluntad.

4.2.4. Por último, con relación a las alteraciones de la personalidad, se destacan el psicópata anéxico (de ánimo frío) y el explosivo. Las estadísticas demuestran que estos individuos han sufrido agresiones psíquicas o sexuales en la infancia, generalmente por su

progenitores, por lo que se han refugiado en un mundo de fantasía que al crecer lo confunden con el real, hasta incluso no distinguir el placer del dolor.

Los anéxicos conocen los valores, pero no los sienten. Difícilmente establecen relaciones cálidas o tiernas, son sociables en ocasiones pero muy superficiales, y delinquen constantemente sin ningún tipo de arrepentimiento. Son incorregibles y repiten sus actos en el futuro. Sus crímenes son muy peculiares: conocen a las víctimas por encuentro, mantienen un diálogo y ejercen un dominio total sobre ellas con frecuente sadismo sexual.

El explosivo, por su parte, presenta una personalidad bifronte (dos caras), ya que en un primer momento se trata de una persona pacífica, dócil y disciplinada, pero luego se presenta con una gran excitabilidad e irritabilidad que tiende a cometer toda clase de hechos delictivos. Son sujetos, en principio, imputables, aunque hay que tener en cuenta su tendencia común a la ingestión de bebidas alcohólicas que potencia su explosividad. Su bajo umbral de tolerancia al alcohol puede hacerlos entrar de lleno en el cuadro de la borrachera patológica, que supone una exención plena de la responsabilidad.

4.3. Trastorno mental transitorio

El art. 23.2 expresamente indica que no es imputable quien “en el momento de la acción u omisión no posea, a causa... de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio haya sido buscado de propósito por el agente”.

Se observa que la norma no tiene una definición sobre este tipo de trastorno, por lo que es necesario adecuarse a lo que enseña la doctrina cuando lo toma como una reacción vivencial anómala del sujeto ante una causa externa o bien, como refiere García Andrade, “todo aquel que tiene una causa inmediata, necesaria y fácilmente evidenciable, de aparición brusca, de duración no extensa y que termina con la curación sin dejar huellas, produciéndose en el individuo la alteración de la mente, en términos tales que lo hacen irresponsable de los actos en aquel momento ejecutados por el mismo”. Dentro de este concepto, se incluyen situaciones como una enfermedad somática, la histeria, la intoxicación plena o los síndromes de abstinencia.

4.3.1. El síndrome de abstinencia está relacionado, básicamente, con la drogadependencia. Aparece cuando el sujeto se encuentra totalmente influenciado y dirigido a obtener droga para satisfacer su necesidad dependiente, lo que le provoca la imposibilidad de comprender la ilicitud del hecho que realiza.

En lo que respecta al último párrafo del art. 23.2, cuando dice “salvo que el trastorno mental transitorio haya sido buscado de propósito por el agente”, puede establecerse con claridad que se conecta con lo que se conoce como *actio libera in causa*, ya que recoge aquellos supuestos en los que un determinado individuo no es imputable al tiempo de cometer un delito, pues él mismo propicia la situación colocándose en ella creyendo que de esa forma se librará de la responsabilidad criminal. La legislación penal, claro está, no lo exime.

Quien se coloca voluntariamente en situación de inimputabilidad para llevar a cabo el delito ya está iniciando su ejecución, por lo que no existe una disociación entre el momento de la acción y el de la imputabilidad.

Nota de la Secretaría: respecto a los “tontos de salón”, hay personas que tienen una inusual capacidad mnésica, y pueden retener y recordar una cantidad impresionante de datos; esta cualidad parece estar desligada de la inteligencia, ya que se da tanto en genios como en oligofrénicos.

LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio, “La imputabilidad en los delitos sexuales”, en *Justicia Penal y Sociedad. Revista Centroamericana*, Guatemala, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, 2002, n° 16-17, pp. 45/76.

DERECHO A LA IGUALDAD. HOMOSEXUALES. CONVIVENCIA REGISTRADA. MATRIMONIO (ALEMANIA).

1. Introducción

Hasta hace poco tiempo, el ordenamiento jurídico alemán, forjado en la cultura de las iglesias cristianas, reconocía exclusivamente el matrimonio entre el hombre y la mujer. La mayor parte de los civilistas y publicistas consideraba inadmisibles la convivencia entre personas del mismo sexo por presunta violación de la tutela constitucional del matrimonio (art. 6.1, *GG -Grundgesetz-* Ley Fundamental).

En la República Federal alemana, además, había permanecido vigente una norma penal introducida por el régimen nacionalsocialista que infligía duras sanciones a cualquier actividad sexual entre personas de sexo masculino. Esta norma, atenuada en 1969, fue derogada recién en 1994, tras la reunificación alemana.

Varios Estados europeos han llegado a la conclusión de que el hecho de que la tutela estatal se aplique solamente a la convivencia entre hombre y mujer trae aparejada una verdadera discriminación contra las parejas homosexuales. En Dinamarca, Noruega, Suecia, Islandia, Holanda, Bélgica y Francia ya han entrado en vigor normas comparables a las del matrimonio.

Fundándose en la absoluta prohibición de discriminación dispuesta en el art. 8.2 de la Constitución Federal suiza, que contempla también las tendencias homosexuales, el Parlamento suizo está elaborando actualmente una ley sobre la convivencia registrada. En Holanda, desde hace poco tiempo, las parejas homosexuales pueden acceder al matrimonio.

El Legislativo alemán, con la “Ley sobre Cesación de la Discriminación contra las Uniones Homosexuales: Convivencias” (*Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften -LPartDisBG-*), que entró en vigor el 1° de agosto de 2001, introdujo la figura jurídica de la convivencia registrada. Sus normas esenciales están contenidas en la “Ley de Convivencia Registrada” (*Lebenspartnerschaftsgesetz -LPartG-*, del 16-2-2001), que regula la convivencia entre dos personas del mismo sexo. Según varios sondeos, la promulgación de la ley ha sido acogida favorablemente por alrededor del 55 a 60% de la población alemana, mientras que un 37% de los ciudadanos se ha pronunciado negativamente. Las grandes iglesias de Alemania, sobre todo la católica, y los partidos democristianos de la oposición, unánimemente, han rechazado la ley, no sólo por motivos de orden moral y político, sino también porque la norma contrastaría con la tutela del matrimonio concedida por la Constitución (art. 6.1) y con el principio de igualdad (art. 3.1 y 3). Estos argumentos han sido esgrimidos por los estados federales (*Länder*) gobernados por el partido democristiano, es decir, por Baviera, Sajonia y Turingia, para recurrir al Tribunal Constitucional alemán con el fin de que controle su constitucionalidad, requiriendo que se declare nula por presunta incompatibilidad con la Ley Fundamental.

2. La figura jurídica de la convivencia registrada

De conformidad con la *LpartG*, la convivencia registrada se establece entre dos personas del mismo sexo (convivientes) que declaran ante las autoridades competentes (párr. 1, inc. 1, primer período); deben declarar su régimen patrimonial (párr. 1, inc. 1, cuarto período); pueden optar entre la comunión de compensación (*Ausgleichsgemeinschaft*), con separación de bienes hasta la disolución de la convivencia (párr. 6, inc. 1), y la estipulación de un contrato de convivencia (párr. 7); elegir un nombre común (párr. 3); están obligados a la mutua asistencia y sostén, así como también a la organización de la vida en común, y son recíprocamente responsables (párr. 2); en lo que concierne a la duración de la convivencia, la ley se acoge a las normas vigentes para el matrimonio (cfr. párrafos 1360a, 1360b *BGB*).

Asimismo, la *LPartG* introdujo una forma modificada de la obligación de manutención en caso de separación y tras la disolución de la convivencia (párrafos 12 y 16). Una vez establecida la convivencia, los convivientes son considerados miembros de la familia de su pareja (párr. 11). Al conviviente de un progenitor le asiste el derecho a frecuentar al hijo si han vivido bajo el mismo techo por largo tiempo (art. 2, n. 12, *LpartDisBG*, párr. 1685, inc. 2, *BGB*). De acuerdo con el progenitor con patria potestad, el conviviente tiene hasta el derecho de tomar decisiones, juntamente con aquél, sobre las vicisitudes de la vida cotidiana del niño (párr. 9 *LPartG*). Al igual que un cónyuge, el conviviente es heredero legítimo (párr. 10, *idem*). El establecimiento de una convivencia determina, entre otras cosas, que le sea extendido al conviviente el seguro legal por enfermedad (art. 33, párrafos 52, 54 y 56, *LPartDisBG*). En cuanto al derecho de los extranjeros, las normas vigentes para los cónyuges en materia de inmigración de los familiares se aplican también a las convivencias (art. 3, párr. 11, *LPartDisBG*). Por el contrario, no se aplican algunas normas esenciales en materia de matrimonio, como ser: adopción de un hijo, reparto compensatorio de los derechos a la pensión en caso de disolución de la unión, pensión correspondiente a los funcionarios públicos por la muerte de uno de los cónyuges, entre otras.

La convivencia cesa con la muerte de uno de los convivientes o con la disolución a instancias de uno de ellos. La decisión corresponde a la sección familiar del tribunal competente, con base en los motivos indicados en el art. 15.2, *LPartG*, que reproducen en gran parte las causas de divorcio.

3. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (*BVerfG*)

En la sentencia del 17 de julio de 2002, a instancias de los *Länder* alemanes de Baviera, Turingia y Sajonia, el *BVerfG* examinó, con base en el derecho material, si la ley era incompatible con la tutela que la Constitución concede al matrimonio (art. 6.1) y con el principio de igualdad (art. 3.1 y 3, primer período). Además, debió asegurarse de que algunas disposiciones de la norma no se opusieran al derecho de los progenitores a educar a los propios hijos (art. 8.2) y a la libertad testamentaria tutelada por la Carta (art. 14.1).

3.1. Tutela del matrimonio

a) El art. 6.1 coloca al matrimonio bajo la tutela del Estado. Sobre la base de esta garantía constitucional, la jurisprudencia del *BVerfG* ha elaborado distintos niveles de tutela estatal y, de acuerdo con esa orientación, la norma concede a los cónyuges, ante todo, el derecho fundamental a contraer matrimonio con un *partner* de su elección. Asimismo, comprende el derecho a organizar la vida privada dentro de la unión matrimonial, derecho promovido por el Estado y orientado a prevenir intervenciones (invasivas) del mismo. Bajo el perfil del derecho objetivo, el art. 6.1 sanciona también el deber constitucional de ofrecer el matrimonio como forma de vida y de tutelarlos. Su contenido institucional no ofrece, sin embargo, una garantía abstracta del matrimonio, y es tarea del legislador regularlo dentro de un marco discrecional. El referido artículo, al expresar una opción vinculante sobre el valor a atribuirse a todas las normas de derecho privado y público en materia matrimonial, garantiza una tutela particular mediante el ordenamiento estatal.

Ateniéndose a la orientación jurisprudencial seguida precedentemente por el *BVerfG*, el legislador constitucional ha “instituido una escala de valores objetiva”. Sucesivamente el Tribunal habla de “principios objetivos” de los derechos fundamentales. Para realizar la tutela requerida, es deber del Estado abstenerse de todo aquello que dañe o perjudique al matrimonio, así como de adoptar disposiciones para su promoción.

b) Al recurrir ante el *BVerfG*, los *Länder* no sostuvieron que la nueva figura jurídica contrastara con el derecho fundamental reconocido a los cónyuges de contraer matrimonio o de defenderse de intervenciones estatales sobre los derechos surgidos de esta forma de organización de la vida. Sin embargo, se han expresado varias tesis según las cuales la convivencia registrada violaría las dimensiones jurídico-objetivas de la tutela particular

otorgada al matrimonio, perjudicando su imagen y la de la familia, que está en la base de la Constitución y que tiene como finalidad la unión entre hombre y mujer y la comunión entre padres e hijos. El valor del matrimonio se considera “la semilla de cualquier comunión humana”, y el “modelo de matrimonio y de familia” se vería menoscabado si el legislador tutelase las convivencias no matrimoniales con normas de contenido idéntico o similar a la institución y las promoviera en calidad de pares. En general, se ha recurrido a una escala de valores cristiano-occidental, que sitúa entre sus elementos centrales al matrimonio en su forma tradicional y lo tutela como tal.

c) El *BVerfG* afirma que la particularidad de la tutela concedida al matrimonio por el art. 6.1 estaría dada por el hecho de que se confiere exclusivamente a esa figura y no a otras formas de organización de vida. Por tanto, el legislador no puede abrogar el matrimonio o modificar sus principios estructurales esenciales. Además, la Constitución impone al Estado promover únicamente esa unión. El significado de la tutela particular concedida no va más allá. No surge de la garantía constitucional que el legislador esté obligado a tutelar el matrimonio más que a cualquier otra forma de organización de vida.

El *BVerfG* ha fundado su decisión casi exclusivamente sobre el material elaborado en ocasión del surgimiento de la Constitución, observando, asimismo, que la nueva figura jurídica de la convivencia registrada no perjudicaría ni siquiera el deber de promoción ligado al matrimonio. Semejante hipótesis podría configurarse solamente si el legislador creara otra figura, que estuviera en concurrencia con el matrimonio y previera los mismos deberes pero menos obligaciones para los cónyuges. Éste sería el caso, por ejemplo, si se introdujera una convivencia registrada a la que pudieran recurrir también las parejas heterosexuales y que no impusiera el deber general de convivir para toda la vida o previera un mantenimiento recíproco inferior pero derechos comparables a los de los cónyuges. Una intercambiabilidad semejante contrasta, en opinión del *BVerfG*, con la garantía particular del matrimonio y no subsiste respecto a la convivencia registrada, que no puede ser constituida por parejas heterosexuales sino sólo por las homosexuales, con lo que se excluye, por tanto, cualquier competencia entre los dos grupos de personas.

d) Semejante motivación deja en suspenso algunas preguntas. Parecería justificada, en cierto sentido, la crítica del Presidente del *BVerfG* quien, al emitir un voto disidente que lo aleja de la mayoría de la Sala, observó que la sentencia no estaría suficientemente fundamentada en cuanto a que la nueva figura de la convivencia registrada no violaría la constitucionalmente garantizada del matrimonio, entre cuyos elementos estructurales indispensables está la diferencia de sexos. De hecho, con su introducción, el legislador habría creado una figura jurídica que no respeta este principio estructural. En efecto, a pesar de que existe una denominación diferente para ambas figuras, declaró la aplicabilidad de las normas del matrimonio a una comunión de vida que no satisfaría uno de sus principios estructurales esenciales.

e) De todos modos, la crítica promovida por el voto de la minoría no está justificada. Un contraste entre la tutela especial concedida al matrimonio y la introducción de la convivencia registrada podría configurarse sólo si se pudiera demostrar que aquélla cumple una función de exclusión respecto a otras comuniones de vida. La mayoría ya ha ilustrado con profundidad que en este contexto nada surge del material del Consejo Parlamentario que ha formulado gran parte de la Constitución. Lo mismo vale para el tenor literal del art. 6.1, según el cual el matrimonio y la familia gozan de una tutela particular ofrecida por el ordenamiento del Estado: “tutela particular” no equivale a “tutela preferencial”. La falta de exclusividad del matrimonio surge además de la confrontación sistemática con otros derechos fundamentales. Según el art. 4.1 *GG*, por ejemplo, la libertad de culto está solamente “garantizada” y, por tanto, le permite al individuo defenderse de intervenciones estatales. La particularidad de la tutela del matrimonio es que el Estado también está obligado a promoverlo.

Por otro lado, como institución jurídica, la tutela matrimonial apunta únicamente a evitar actos legislativos que tengan como finalidad su eliminación o intervenciones substanciales sobre ella. Lo dicho ya ha sido puesto de relieve por Carl Schmitt, quien colocó la garantía de la institución entre los elementos integrantes de los derechos fundamentales. De todas formas, esta garantía no impide al legislador constituir una figura no garantizada en la Constitución que coexista junto al tutelado constitucionalmente. Dado que la *LPartG* no invalida mínimamente el matrimonio entre hombre y mujer ni las normas de derecho público y privado que lo regulan, se excluye cualquier contraste entre aquélla y la garantía de la figura dispuesta en el art. 6.1.

Finalmente, la exclusión eventual de la convivencia registrada a la luz del derecho fundamental al matrimonio sólo podría deducirse de su naturaleza como norma fundadora de valor (*wertentscheidende Grundsatznorm*) que, por un lado, impone al Estado ofrecer tutela al matrimonio y comprende, según la orientación jurisprudencial del *BVerfG*, el deber de proteger el matrimonio y la familia contra perjuicios provocados por fuerzas no estatales, y de promoverlos con medidas idóneas; por otro lado, le prohíbe dañar al matrimonio o perjudicarlo de otra forma. Es obvio que el legislador no contraría estos deberes con la introducción de la *LPartG*, ya que no existe ninguna regulación que limite la promoción estatal del matrimonio o que lo dañe o perjudique. La preocupación es además infundada porque la convivencia registrada no daña de ninguna manera el modelo social del matrimonio como unión estable entre hombre y mujer. Semejantes temores están rebatidos por las experiencias adquiridas en otros Estados europeos y están injustificados, ya que esta institución jurídica no invalida la situación de vida de las parejas heterosexuales, ni bajo el perfil material ni bajo el jurídico. Siendo la convivencia registrada una comunión durable fundada sobre la responsabilidad y la asistencia de aquéllos para quienes el matrimonio está por tradición excluido, la ley subraya, por el contrario, el valor particular atribuido por el legislador al matrimonio como unión para toda la vida. Aunque con la tutela especial ofrecida a éste, el Estado tenga la esperanza de haber creado presupuestos particularmente favorables a la reproducción de la vida a través de la concepción y de la educación común de los hijos en su seno, no emergen elementos contrarios a la admisibilidad constitucional de la convivencia registrada en cuanto el matrimonio puede ser contraído aun entre un hombre y una mujer que no pueden o no quieren tener hijos.

Por tanto, todas las reflexiones sobre la exclusividad del matrimonio respecto de la convivencia reservada a personas homosexuales se refieren exclusivamente a una concepción preliminar según la cual el matrimonio estaría tutelado por ser parte integrante de la escala de valores cristiano-occidental. Al atribuir este significado a la tutela ofrecida por el art. 6.1, se descuida el hecho de que esta tesis no encuentra confirmación en las culturas occidentales, porque el instituto del matrimonio representa una forma de convivencia bastante reciente y éstas han estado caracterizadas por formas muy diferentes. De hecho, la pretendida exclusividad del matrimonio no es más que la inserción de un elemento que pertenece a la enseñanza de las grandes iglesias, sobre todo la católica. Según la cosmovisión del catolicismo, el matrimonio puede contraerse exclusivamente entre hombre y mujer, está dirigido a la procreación y a la educación de la prole, y es el único lugar en el que la actividad sexual del hombre es considerada moralmente aceptable. Por lo tanto, los actos homosexuales son considerados incompatibles con el diseño divino.

El Estado de derecho no deja lugar a los conceptos morales de la Iglesia. El art. 6.1 no tutela el matrimonio que puede ser considerado o no instituido por Dios, sino únicamente el civil. La Constitución garantiza, asimismo, la libertad de culto, de la que deriva la obligación del Estado de mantener la neutralidad en cuestiones religiosas y de no interpretar las normas de la Carta unilateralmente a favor de asociaciones religiosas. Las enseñanzas de la Iglesia representan verdades creadas por la fe y justamente por este motivo no son aptas para servir de parámetros en las decisiones del Estado, dado que no dar fe a estas verdades puede

considerarse igualmente justificado. La tesis que sostiene la Iglesia Católica con relación a la admisibilidad de las convivencias homosexuales se presenta en neto contraste con la escala de valores fijada por los derechos fundamentales. La tutela ofrecida por la Constitución no se limita al matrimonio y, a la luz de la libertad general de acción sancionada por el art. 2.1, se extiende también a otras uniones de vida, aun cuando éstas tengan como finalidad el cumplimiento de actos sexuales. Lo dicho concierne, sin limitación alguna, también a las comuniones homosexuales. Los intentos hechos en los inicios de la República Federal para abrogar la tutela concedida por el art. 2.1, extendida también a los actos homosexuales con la introducción de la Ley de la Buena Costumbre (*Sittengesetz*), que se habría inspirado en las tesis mantenidas por las dos grandes Iglesias, han de considerarse contrarios a los derechos del hombre, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (v. casos “Dudgeon”, “Norris” y “Modinos”, Serie A nros. 45, 142 y 259, respectivamente).

La situación jurídica vigente antes de que entrara en vigor la *LPartG* se caracterizaba además por el hecho de que con frecuencia la tutela del art. 2.1 no se ofrecía a las convivencias homosexuales. Como ejemplo, puede indicarse que el *partner* homosexual extranjero no era admitido como inmigrante, el derecho de abstenerse de brindar testimonio no estaba previsto para las parejas homosexuales, y las normas en materia de cuota legítima y sucesión no se aplicaban al *partner* sobreviviente. El *BVerfG*, considerando la libertad general de acción garantizada por la Constitución en el art. 2.1, invitó al legislativo a disponer una normativa sobre la convivencia homosexual.

Mientras que la Constitución prohíbe la discriminación por sexo, nacimiento, raza, idioma, país de origen, extracción social, culto u opiniones religiosas y políticas (art. 3.3), no está prevista una prohibición concreta de discriminación fundada en las tendencias sexuales. Todos los argumentos que sostienen el principio específico de igualdad sancionado por el art. 3.3, es decir, el respeto a la dignidad humana y la tutela de las minorías, en el interior del Estado de derecho, así como también las experiencias adquiridas en la época del nacionalsocialismo con su ideología discriminatoria y despreciativa de la humanidad, pueden utilizarse sin embargo para defender a las personas discriminadas por el Estado por causa de sus tendencias sexuales. En cuanto a la Unión Europea, la laguna que todavía existe en la base de la Constitución se ha colmado con la introducción del art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales. Aplicando este parámetro, el legislador tendría que crear, de todas formas, una figura jurídica con un contenido esencialmente idéntico al del matrimonio para las parejas homosexuales, con intención de formar una unión estable. En ese caso, la introducción de una figura jurídica con garantías menores que las del matrimonio contrastaría inevitablemente con el ordenamiento constitucional.

f) A la luz de estas observaciones, resulta inaceptable sostener que el derecho fundamental al matrimonio obsta a la convivencia registrada ofrecida a las parejas homosexuales. El art. 6.1 no ofrece tutela constitucional exclusiva al matrimonio; por consiguiente, semejante garantía no justifica la hipótesis de que la figura de la convivencia registrada viole la particular tutela concedida a aquél.

3.2. El principio de igualdad

El art. 3.3 *GG* prohíbe al legislador discriminar a las personas por su sexo. En este contexto, el *BVerfG* ha subrayado que la *LPartG* no relaciona los derechos y las obligaciones con el sexo de la persona, sino que únicamente regula el sexo de las personas que pueden establecer entre sí una convivencia registrada. Así como el matrimonio está limitado a la relación entre hombre y mujer y no se opone a la prohibición de diferenciación del art. 3.3, la convivencia registrada no perjudica a las personas heterosexuales.

Dado que la *LPartG* se aplica exclusivamente a los *partners* del mismo sexo y no a las parejas heterosexuales, la ley reserva un tratamiento desigual a ambos grupos de personas, por lo que se configura una disparidad respecto del principio de igualdad del referido art. 3.3. Según el *BVerfG*, está justificada: el hombre y la mujer podrían contraer matrimonio y, por

tanto, no sufrirían perjuicios respecto de una pareja homosexual que no puede acceder al matrimonio.

El Tribunal no profundizó el hecho de que, en algunos puntos, las normas vigentes para el matrimonio y para la convivencia son, sin lugar a dudas, diferentes y pueden determinar mayores cargas para el cónyuge que para el conviviente. Esto ha sido aceptado al considerar el hecho de que, en opinión del legislador, pueden nacer hijos del matrimonio pero no así de la convivencia. Se suscita un problema especial también por el tratamiento desigual entre convivencia de hermanos por largo tiempo y convivencia de *partners* homosexuales. La violación del principio general de igualdad se ha negado también bajo este aspecto, pues la exclusividad de la relación entre los convivientes no encontraría similitud con el vínculo entre hermanos. Además, ya existirían numerosas normas a favor de este último parentesco que contemplan su comunión de vida. El *BVerfG* indica, como ejemplos, el derecho a abstenerse de testimoniar, los derechos sucesorios y las ventajas fiscales.

3.3. La potestad de los progenitores

El art. 6.1 *GG* establece que el cuidado y la educación de los hijos son derechos naturales de los progenitores. Ello comprende, por tanto, decidir qué personas tendrán derecho a frecuentarlos. Según la orientación jurisprudencial del *BVerfG*, sin embargo, es tarea del legislador trazar el marco normativo de la potestad de aquéllos. Ello surge del art. 6.2, segundo período, *GG*, cuando prevé que el derecho a la educación está sujeto al control del Estado.

La norma de la *LPartG*, que legitima al conviviente a frecuentar al hijo del cual no es progenitor y a ejercer potestad en caso de peligro inminente, no se opone a la potestad de los progenitores. Al respecto, el *BVerfG* ha puntualizado que el derecho a la educación que le corresponde al progenitor ajeno a la convivencia no sufriría perjuicios, dado que la *LPartG* presupone que la potestad ya se le ha revocado en virtud de otra sentencia, y, en cuanto a las normas a favor del conviviente no progenitor, no determinarían ningún cambio. Es necesario añadir que tampoco se viola el derecho del conviviente titular de la potestad principal porque el párr. 9, inc. 1, *LPartG* condiciona el derecho de codecisión de su pareja al consentimiento de aquél. El ejercicio de la potestad en caso de peligro inminente (párr. 9, inc. 2, primer período *LpartG*) está justificado por la función de control que desarrolla el Estado con base en el art. 6.2 citado.

3.4. Libertad testamentaria

Además del derecho a la propiedad, el art. 14.1 *GG* garantiza también el derecho a la sucesión. La Constitución tutela particularmente la libertad testamentaria del moribundo, el derecho del *de cuius* a prever, antes de su muerte, una distribución del propio patrimonio diferente a la de la sucesión legítima. El legislador puede, asimismo, definir el contenido y los límites de este derecho. En primer lugar, la *LPartG* no limita el derecho del *de cuius* a establecer por testamento una sucesión en derogación a las normas de ley. Además, el *BVerfG* afirmó que el derecho sucesorio del *de cuius* no se violaría ni siquiera faltando un testamento u otra disposición de última voluntad. Este derecho y la legitimidad que le corresponde al conviviente sobreviviente se justificarían, pues los convivientes se obligan a la recíproca previsión y asistencia, así como también a la manutención. Las normas en materia de sucesión que contiene la *LPartG* no serían más que la continuación de tales obligaciones.

Justamente, el *BVerfG* ha precisado que tampoco existiría violación al derecho de sucesión que les corresponde a los herederos legítimos y legitimarios. Aun cuando la Constitución reconoce a los parientes del *de cuius* el derecho sucesorio y la cuota legítima, no subsistirían, de todas formas, previsiones sobre el monto y la cuota que le corresponde al heredero. Por el contrario, sería tarea del legislador regular la asignación material. El reconocimiento del derecho a la sucesión y a la legitimación del conviviente sobreviviente no excluye el derecho sucesorio de los parientes legitimados para la sucesión. El hecho de que se lo involucre determina, solamente, una modificación en este derecho. Por ende, la posición de los otros parientes no difiere de la de un cónyuge cuyo derecho sucesorio tampoco es violado.

4. Conclusión

Con el instituto jurídico de la convivencia registrada, el legislador no ha eliminado del todo la discriminación existente hasta el momento contra las parejas homosexuales, pero ha logrado atenuarla notablemente. El último paso -la total equiparación jurídica de matrimonio y convivencia registrada- no se ha dado aún, porque el Legislativo ha sostenido que se impone diferenciar la tutela constitucional de ambos institutos.

Con la sentencia del 17 de julio de 2002, el *BVerfG* ha decidido, por un lado, que la *LPartG* no es inconstitucional en un Estado de derecho respetuoso de los derechos fundamentales y de los derechos del hombre, y que los argumentos utilizados acerca de la tutela del matrimonio y basados sobre todo en concepciones eclesíásticas no están fundamentados. Por otro lado, el Tribunal ha precisado que no existen principios fundamentales que impidan que el contenido de la normativa sea idéntico para el matrimonio y la convivencia registrada. Son infundados los temores que han llevado al legislador a emitir normas parcialmente diferentes en este campo. En otros términos, la Constitución no impide proceder a una completa equiparación legislativa de matrimonio y convivencia registrada. Este paso tendría que darse en breve, para poner fin a la discriminación contra las parejas homosexuales. La sentencia pronunciada por el *BVerfG* reviste, además, una importancia que no ha de ser subestimada, en tanto sirve para el debate jurídico en otros Estados europeos, sobre todo en países como Italia, que todavía no han introducido normas para parejas homosexuales.

Nota de la Secretaría: en la sentencia comentada, los jueces Papier y Haas emitieron votos disidentes. El primero de ellos no acordó la decisión de la mayoría en cuanto al significado de la garantía institucional del matrimonio y de las consecuencias que de ella se desprenden. El legislador no puede disponer a discreción los principios esenciales del matrimonio, uno de los cuales es la diferencia de sexo entre los cónyuges. Esta institución se encuentra protegida de la intervención del legislador no sólo por su denominación, sino también por las características que dan forma a su estructura. Si el legislador concibe, aun designándola con otro nombre, una figura jurídica para la convivencia entre personas del mismo sexo, que, por lo demás, en cuanto a derecho y obligaciones, equivale al matrimonio, desdeña un principio estructural predeterminado conforme al art. 6.1 de la Constitución. Es una conclusión errónea suponer que, precisamente por la desviación de un principio estructural esencial del referido artículo, la garantía institucional queda excluida como medida de orientación. El voto de la mayoría debería haber fundamentado que la *LPartG* no afecta este principio estructural protegido constitucionalmente. El significado de la garantía institucional es más importante que la protección de medidas no autorizadas contra el matrimonio. Por eso, la opinión de la mayoría, en cuanto a que esta garantía permanece intacta, dado que la *LPartG* no afecta al matrimonio porque no modifica las normas vigentes para éste, resulta inapropiada. Asimismo, la mayoría no pone ninguna limitación para una sustancial equiparación de la convivencia de personas del mismo sexo al matrimonio. Por su parte, la juez Haas tampoco concuerda con la interpretación mayoritaria sobre el art. 6.1. Esta norma protege la institución del matrimonio debido a la potencial paternidad a que está ligada y, por ende, al significado del matrimonio para la familia y la sociedad. Ninguna otra comunidad de vida está protegida de modo comparable por la Ley Fundamental. El legislador no puede, por el hecho de no mencionar el término “matrimonio”, eludir las especificaciones del art. 6.1. Su garantía institucional se opone a la introducción de la figura jurídica de convivencia entre personas del mismo sexo si ésta equivale, en cuanto a deberes y derechos, al matrimonio. Esto debería haberse probado completamente. Habrían sido necesarios más argumentos sobre la compatibilidad de la convivencia registrada con el principio de igualdad. Por último, de los fundamentos dados por la mayoría, no surge por qué una convivencia estable entre hermanos o parientes del mismo sexo no pueda ser susceptible de acogerse a la figura de convivencia registrada. Debería haberse explicado, concretamente, por qué una convivencia de ese tipo no es comparable con otro tipo de convivencias o por qué las normas legales vigentes justifican un trato desigual. Asimismo, sobre el tema en cuestión, ver: ŠARČEVIĆ, PETAR, “Private International Law Aspects of Legally Regulated Forms of Non-Marital Cohabitation and Registered Partnerships”, y HOHLOCH, GERHARD y KJELLAND, CECILIE, “The New German Conflicts Rules for Registered Partnerships”, en *Yearbook of Private*

International Law, La Haya-Londres-Boston, Kluwer Law International, vols. I (1999), pp. 37/48, y III (2001), pp. 223/235, respectivamente; BRAULIO MARTÍNEZ, MILDRED, “Matrimonio sin género: La legalización de las relaciones entre personas del mismo sexo”, en *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, San Juan, Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho, 2002, vol. XXXVI, n° 3, pp. 517/531; GAVIDIA SÁNCHEZ, JULIO V., “Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, n° 61, pp. 11/58; MARTÍN SERRANO, JESÚS MARÍA, “Los matrimonios homosexuales: una aproximación desde el Derecho internacional privado español”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales-Boletín Oficial del Estado, 2003, n° 1, pp. 291/305; y BONINI BARALDI, MATTEO, “Società pluraliste e modelli familiari: il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Olanda”, SAVOLAINEN, MATTI, “Registered Partnership Act Adopted in Finland”, y GIARDINI, FEDERICA, “Verso una disciplina giuridica delle *same-sex partnerships* in diritto inglese”, en *op. cit. infra*, 2001, n° 2, pp. 419/458, 2002, n° 3, pp. 775/779, y 2004, n° 1, pp. 149/171, respectivamente.

WASMUTH, Johannes, “La convivencia registrada tra persone dello stesso sesso in Germania e l’orientamento giurisprudenziale della Corte costituzionale tedesca”, en *Familia. Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, Milán, Giuffrè, 2003, n° 2, pp. 503/519.

DERECHO INTERNACIONAL. COSTUMBRE (INTERNACIONAL).

Contrariamente a lo que ocurre en el derecho interno, particularmente en Francia, en donde la costumbre ocupa un rol residual, en el derecho internacional es necesario remitirse siempre a ella. Sigue siendo, como en el pasado, el modo esencial de formación del Derecho Internacional Público, y, por ende, uno de los temas principales que debate la doctrina.

Si bien en algún momento se pudo pensar que la costumbre estaba siendo marginada por el creciente número de tratados sobre diversos temas que afirmaban su vocación a ser ratificados por todos, la costumbre conoció un nuevo impulso a partir de los años sesenta.

1. La costumbre, fuente ambigua del derecho internacional

La ambigüedad se manifiesta tanto en los modos de formación de la costumbre como en las interpretaciones doctrinales contrastadas relativas a su naturaleza jurídica. La costumbre es el término mediante el cual se designan a la vez dos realidades: el proceso de formación de una regla no escrita y el resultado de este proceso, que es la regla en sí misma. La norma designada por el nombre de costumbre coloca actualmente a los Estados bajo una doble incertidumbre: ¿cuál es exactamente el contenido, el sentido (y, por ende, el alcance) de la nueva costumbre? ¿A partir de qué fecha se puede considerar que la práctica reconocida como derecho se volvió norma estable?

Existe desde hace tiempo un debate doctrinal fundamental entre dos grandes corrientes: la posición voluntarista, por la que se inclina la mayoría, cuyo principal representante es sin duda Anzilotti, que ve en la costumbre una forma de tratado implícito, ya que no puede crearse una obligación en cabeza de un Estado sin su consentimiento; y la objetivista, con Georges Scelle a la cabeza, que cree, por el contrario, que la costumbre es esencialmente el fruto de una necesidad social. Los Estados deben entonces transformar la regla del *derecho objetivo* al positivo por las vías de formalización del derecho.

La doctrina estableció la teoría “de los dos elementos”, por la cual la costumbre sería el resultado de un elemento material y de uno psicológico, de una práctica y de una *opinio juris*. En otras palabras, la costumbre sería una *opinio juris* manifestada en y por una práctica. En realidad, comporta una parte de artificialidad. En lo concreto, la práctica es, en la época

contemporánea, la manifestación tangible de la *opinio juris*. El elemento material no es previo a la aparición del elemento psicológico. Por lo tanto, el proceso de formación de la costumbre es indeterminado, incapaz de garantizar con certeza el momento en que la norma se vuelve positiva. Esto vuelve vana toda tentativa intelectual de revestirla de procedimiento.

Por todo ello, se puede admitir que la costumbre es una fuente formal del derecho internacional, pero sólo en el sentido de *norma ya constituida* y no en el procedimiento de formación, que carece de formalización.

2. La costumbre, fuente fundamental del derecho internacional

En la actualidad, la costumbre internacional no perdió nada de su carácter fundamental. No tiene un rol subsidiario o jerárquico inferior al tratado, sino que posee el mismo valor jurídico. Cierto es que un tratado puede modificar una costumbre, por lo menos si no constituye una norma imperativa. Pero, por el contrario, la costumbre puede perfectamente modificar un tratado o contribuir a transformar substancialmente el contexto de su interpretación.

Los nuevos Estados, surgidos de la descolonización de los años sesenta, ocuparon un lugar mayoritario en el seno de organismos deliberativos de las organizaciones con vocación universal, entre ellos, la Organización de las Naciones Unidas. Este organismo tiene, sin embargo, sólo un poder deliberativo. Era necesario, por lo tanto, hacer prevalecer la importancia ética y política de las normas proclamadas mediante recomendaciones adoptadas por la Asamblea General sobre el carácter formalmente no obligatorio de estos instrumentos jurídicos. Por ello, la costumbre se afirmó como el instrumento de cambio del orden imperante y no como una fuente arcaica que mira al pasado. Si bien este fenómeno perdió su fuerza desde el comienzo de los años ochenta, a partir de la imposición de la primacía del Consejo de Seguridad sobre la Asamblea General, la herencia del período anterior sigue siendo considerable. El fenómeno de la *soft law*, resultante de la multiplicación de las negociaciones con vocación normativa que no conducen necesariamente a la adopción de instrumentos jurídicamente obligatorios, confirma la tendencia contemporánea a que surja primero la práctica de la *opinio juris*, contrariamente al esquema básico de la teoría de los dos elementos antes mencionada.

Cualquiera sea el crecimiento de la red internacional de normas convencionales, la costumbre continuará afirmándose como una fuente fundamental del derecho internacional. Esto se manifiesta en el hecho de que recientemente los nuevos tribunales penales internacionales la aplicaron, como por ejemplo el tribunal encargado de juzgar los crímenes humanitarios cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia. Asimismo, la costumbre permite el mantenimiento de la unidad jurisprudencial de la interpretación de los principios fundamentales del derecho internacional. Esta unidad va a ser necesaria por la multiplicación actual y futura de las jurisdicciones internacionales.

La costumbre internacional no constituye en sí misma la única fuente de derecho no escrito en el derecho internacional. Junto con ella se encuentran los principios generales del derecho internacional y los principios que fueron calificados como los “reconocidos por las naciones civilizadas”. Sin embargo, es la única fuente no escrita cuya flexibilidad y plasticidad garantizan que conservará esta función en un orden jurídico en expansión rápida, dados la ampliación constante de su campo de aplicación y el enriquecimiento de las técnicas jurídicas que implementa.

Las condiciones actuales del diálogo normativo casi permanente establecido entre los gobiernos, en el seno o fuera de las organizaciones internacionales, favorecen la toma de conciencia de las nuevas necesidades jurídicas. La flexibilidad tradicional de la costumbre se adapta bien a un mundo carente de legislador institucional. La costumbre trasciende o completa las obligaciones jurídicas establecidas por vía convencional.

Su adaptación a las condiciones actuales de la diplomacia multilateral garantiza que seguirá siendo lo que es desde el comienzo del comercio entre las naciones: una fuente inagotable del derecho de gentes.

DUPUY, Pierre-Marie, “La coutume internationale”, en *Les règles et principes non écrits en droit public*, por AVRIL, PIERRE y VERPEAUX, MICHEL (dir.), París, Éditions Panthéon-Assas, 2000, pp. 167/177.

ESTADO DE DERECHO. CONCEPTO. DESARROLLO (INTERNACIONAL).

El concepto de Estado de Derecho fue forjado por y para los juristas en el transcurso del siglo XIX. Estaba asociado a la concepción de Estado y de Derecho imperante en Europa continental, más precisamente en Alemania y Francia. En los países anglosajones, por el contrario, el *Rule of Law* británico constituía el modelo de referencia. A partir de la década de 1980, el concepto migra hacia afuera del campo jurídico para transformarse en una figura impuesta al discurso político y se difunde tanto en los países anglosajones como en los del Este y Sur. Esto conduce a que el Estado de Derecho se transforme en un verdadero estándar internacional al que todo Estado debe conformarse.

1. Una teoría jurídica

El concepto de Estado de Derecho aparece a fines del siglo XIX en la doctrina jurídica alemana (*Rechtsstaat*) y se traspa a Francia, después de un par de adaptaciones. El Estado de Derecho es tanto el Estado que actúa mediante el derecho como el que está sujeto al derecho o cuyo derecho comporta ciertos atributos intrínsecos. Estas tres versiones (instrumental, formal y sustancial) plantean, desde el inicio, varias figuras posibles, varios tipos de configuración del Estado de Derecho que no están exentos de implicancias políticas.

La concepción formal va a terminar por imponerse, haciendo que el Estado de Derecho se considere como un tipo particular de Estado, sometido a un “régimen de derecho”: en tal Estado, el poder sólo puede utilizar los medios autorizados por el orden jurídico en vigor, al tiempo que los individuos disponen de recursos jurisdiccionales contra los abusos que pueda cometer. En principio, los diversos órganos del Estado sólo pueden actuar en virtud de una habilitación jurídica: todo uso de la fuerza material debe estar fundado en una norma jurídica; el ejercicio del poder se transforma en una competencia, instituida y enmarcada por el derecho. Así concebido, el Estado de Derecho contrasta con el *Rule of Law* británico, que implica no solamente el principio de la autoridad suprema de la ley (lo que excluye toda idea de supremacía constitucional) y de la igualdad de todos ante la ley, sino también un cierto número de cualidades sustanciales de la legislación, entre ellas la previsibilidad, así como también el reconocimiento de derechos y libertades de los individuos.

Esta construcción de la teoría del Estado comporta un desafío político subyacente: busca encuadrar y canalizar las transformaciones de un Estado basado en el sufragio universal e intervencionista, conservando la continuidad de los principios liberales tradicionales. Al considerar que la lógica representativa fue desnaturalizada y pervertida por la democratización del sufragio, que conduce a la tiranía de las mayorías, la teoría del Estado de Derecho aporta una caución teórica y ofrece una vía práctica (el control de constitucionalidad de las leyes) para la reevaluación del papel del Parlamento. Sin embargo, durante el período de entreguerras, la concepción del Estado de Derecho, fundada en un positivismo estricto, fue criticada.

2. Un marco axiológico

En el período de la segunda posguerra, lo que hasta entonces era un concepto de la doctrina va a ser incluido en el derecho positivo. Alemania fue el primer país en

implementarlo, en el art. 28 de la Ley Fundamental de la República Federal del 23 de mayo de 1949. La fórmula “Estado de Derecho” ya no evoca únicamente la existencia de un orden jurídico jerarquizado, sino un conjunto de derechos y libertades; el Estado de Derecho tiende a adquirir un carácter sustancial que lo acerca al *Rule of Law* británico. La concepción formal se deja de lado en pos de una concepción material o sustancial que la engloba y la supera: la jerarquía de las normas se transforma en un componente del Estado de Derecho sustancial, que contiene dos aspectos: por un lado, la idea de que la regla de derecho debe tener ciertos atributos intrínsecos que respondan al imperativo de seguridad jurídica: contener, para los destinatarios, un marco claro, preciso, estable que les aporte los elementos de seguridad necesarios y les dé la posibilidad de prever las consecuencias de sus actos; por el otro, el reconocimiento de un conjunto de derechos fundamentales. Por todo esto, se puede decir que el Estado de Derecho abandonó los caminos de la teoría jurídica para inscribirse en el derecho positivo, al precio de una sensible inflexión de su contenido. Se consideró que la perfección de la arquitectura formal no significa nada en sí misma, si no está al servicio de ciertos fines, a saber, la protección de los derechos y libertades. Desde entonces, las diferencias con el *Rule of Law* se vuelven secundarias y la internacionalización de los derechos humanos contribuye al acercamiento de las perspectivas.

3. Un modelo socio-político

El Estado de Derecho se modificó a lo largo de los años ‘80. Fue propulsado a la plaza pública y puesto en el centro de los debates filosóficos y políticos relativos al rol del Estado y al juego de los mecanismos democráticos. El Estado de Derecho presupone que los representantes no disponen más de una autoridad sin contrapartida, sino que el poder es en su esencia limitado. Es el juez quien debe asegurar el “imperio del derecho”. La omnipotencia de los representantes es puesta en duda en nombre de una concepción más exigente de la democracia, que supone el respeto del pluralismo, la participación más directa de los ciudadanos en las tomas de decisiones colectivas y la garantía de los derechos y libertades. Para Habermas, es necesario que los ciudadanos puedan concebirse en todo momento como los autores del derecho al que están sometidos en tanto son sus destinatarios.

Correlativamente, la dogmática del Estado de Derecho lleva a conferir al derecho un lugar cada vez más importante en la sociedad, con signos tales como la aparición de nuevas instituciones judiciales a nivel tanto europeo como local; la explosión judicial muestra que los actores sociales recurren cada vez más a los dispositivos de protección jurídica; la formulación de reivindicaciones sociales en términos de derecho a conquistar; la proclamación constante de nuevos “derechos”, cuyo alcance es sobre todo simbólico.

Sin embargo, este movimiento presenta una cierta cantidad de efectos perversos. Cuanto más se desarrolla y se perfecciona el Estado de Derecho, más expone sus límites y carencias: la representación de una sociedad enteramente enmarcada y regida por el derecho, subyacente en el Estado de Derecho, es evidentemente ilusoria. Al condensar demasiadas expectativas, el derecho suscita reacciones contradictorias: se exigen reglas, pero se condena el exceso de textos; se acude al juez, pero se denuncia la lentitud y la ineficacia de la justicia.

4. Un estándar internacional

El Estado de Derecho no es un punto de referencia en el orden interno. Desde el comienzo de los años ‘90 fue consagrado en el plano internacional: incluido explícitamente en una serie de textos y documentos internacionales, se transformó en este ámbito en una de las figuras obligatorias del discurso político. De tal modo, el Estado de Derecho es uno de los pilares del nuevo orden internacional, junto con la democracia y los derechos humanos, con los que forma un tríptico cuyos elementos se consideran indisolubles.

Esta difusión demuestra la fuerza de atracción de un modelo que logró imponerse como hegemónico: ya no se trata de construir modelos alternativos, sino de calcar lo más

fielmente posible las instituciones de los países occidentales. Las constituciones de los países de la ex URSS proclaman solemnemente la adhesión al Estado de Derecho. Lo mismo ocurre en los países africanos.

Sin embargo, entre el discurso y la práctica existe una distancia considerable. Al faltar las condiciones que en Occidente permitieron el desarrollo, la afirmación del Estado de Derecho es en muchos casos retórica y los dispositivos implementados a tal fin pueden estar vacíos de contenido.

El Estado de Derecho se plantea como un valor en sí mismo, cuyo fundamento no puede ser puesto en duda. Al incluir significados múltiples y en parte contradictorios, se presenta como una noción vaga y variable; las implicancias concretas tienden a borrarse detrás de su poder de evocación. De tal forma, el mito del Estado de Derecho tiende a trascender las doctrinas de las que se nutrió. Nacido en la penumbra del campo jurídico, adquirió, con su difusión en el campo social y político, un alcance simbólico, un poder evocador y aun una fuerza emocional nueva, que vinieron a sobredeterminar el contenido conceptual que los juristas le habían dado en su origen.

Nota de la Secretaría: lo precedentemente extractado es el prólogo a una compilación de textos seleccionados de importantes juristas sobre el Estado de Derecho. Estos textos están clasificados en cuatro puntos: a) la teoría del Estado de Derecho; b) el Estado de Derecho Substantial; c) la globalización del Estado de Derecho; y d) las controversias en torno al Estado de Derecho.

CHEVALLIER, Jacques, “L’État de droit. Avant propos”, en *Problèmes politiques et sociaux*, París, La documentation Française, n° 898, 2004, pp. 5/13.

EUTANASIA. TIPOS. ENCUADRAMIENTO PENAL. LEGISLACIÓN VIGENTE. **DIGNIDAD HUMANA.** CONCEPTO (ITALIA).

1. La paradoja de la eutanasia y el concepto de dignidad humana

El desarrollo de la tecnología ha puesto en evidencia dilemas éticos y jurídicos que acompañan el momento solemne del fin de la vida. Las cuestiones que surgen de allí no pueden resolverse confiando sólo en la nueva disciplina de la bioética. En el campo del bioderecho existen dos orientaciones contrapuestas que se enfrentan sin encontrar puntos de acuerdo significativos. Por un lado, están quienes sostienen una ética tradicionalmente influenciada por la doctrina de la fe católica que, invocando el principio de la sacralidad de la vida humana, teoriza su absoluta intangibilidad. Por otro lado, están quienes sostienen una ética laica, utilitarista, que asigna a la vida humana un valor relativo.

Para el jurista, la discusión no puede plantearse exclusivamente en la esfera de la doctrina ética, religiosa o política. La eutanasia ha de ser presentada como una cuestión perteneciente a los estudiosos del derecho. Una vez que se ha tomado conciencia de los conflictos morales, culturales e ideológicos que se suscitan alrededor de su discusión jurídica, el penalista no puede asumir un punto de vista abstencionista ni refugiarse en las posturas del llamado tecnicismo jurídico, ya que tal actitud conduciría a la legitimación de la obsolescencia de la disciplina vigente, que se remonta a 1930.

La investigación resulta compleja, dado que la “irrupción” de los dilemas existenciales no puede ser “sofocada” invocando *tout court* la aplicación de los principios constitucionales o el “transplante” de los modelos presentes en los otros sistemas de derecho civil o de *common law*. Además, las dificultades que encuentra la ciencia penal contemporánea para analizar la temática del fin de la vida tienden a acentuarse frente a los conceptos que caracterizan la transformación “postmoderna” del derecho penal.

Especialmente la noción de “dignidad de la persona humana”, en este contexto, corre el riesgo de perder sus connotaciones en un proceso de “idealización” de los objetos de tutela penal. De hecho, la “paradoja” de la eutanasia -el individuo desea su propia muerte- determina que el mismo concepto de “dignidad de la persona humana” constituya un argumento “fuerte” que se utiliza para sustentar soluciones opuestas: la legitimación de las prácticas eutanásicas o su represión.

El esfuerzo por dar una identidad “histórico social” al valor de la dignidad humana debe realizarse en armonía con el principio de tolerancia, evitando apriorismos ideológicos. Idéntica cautela debe adoptarse con el concepto de “autonomía” y el argumento de “los mejores intereses del paciente”. Estos criterios evocan una diversidad de significados que pueden ser utilizados en modo arbitrario. Se trata entonces de actuar realmente desde una perspectiva laica y pluralista, poniéndose como objetivo un equilibrio recíproco entre el principio de autonomía de la persona y el de respeto por la dignidad del otro. La problemática de una operación tal es evidente porque en el caso trágico de la eutanasia no se debe producir un conflicto entre instancias contrapuestas aportadas desde diferentes lados, sino que se deben valorizar en direcciones diferentes principios que se originan en el mismo sujeto.

El principio de la concepción personalista no debe ponerse en discusión en el ámbito de un Estado secularizado. Es necesario garantizar la máxima expansión posible del principio de autodeterminación en tanto libertad para disponer del propio cuerpo. Al mismo tiempo, es inadmisibles una visión individualista que, invocando el “derecho a ser dejados solos” -que no se deduce de la impronta solidaria de la Constitución-, ignora la ulterior faz aplicativa del principio de autonomía de la persona, es decir, la tutela de la autonomía de los sujetos más débiles (minusválidos, ancianos, enfermos), que corren el riesgo de ser privados de su libertad para rechazar los condicionamientos o las presiones del ambiente que los rodea.

2. Diferentes tipos de eutanasia

El término eutanasia deriva del griego “*eu thanatos*” (dulce muerte). En el contexto actual de referencia, consiste en la supresión de la vida de otro *pietatis causa*. Resulta oportuno distinguir tres tipos de eutanasia:

a) “activa” (“*mercy killing*”): comprende la hipótesis de supresión de la vida de una persona a través de una conducta comisiva efectuada por familiares o conocidos o por el médico que tiene a su cargo al paciente. Los presupuestos fácticos son: la condición del enfermo -un estado de sufrimiento insoportable que incide en la faz terminal de una enfermedad mortal- y la motivación de la conducta de homicidio, la piedad para con la víctima;

b) “pasiva” (“*letting die*”): es la suspensión del tratamiento que mantiene con vida al paciente. El rasgo distintivo con relación a la primera figura es la naturaleza omisiva del comportamiento, que hace posible calificar como causa de la muerte directamente la enfermedad en lugar de la conducta humana.

Esta categoría es muy problemática. No resulta útil trazar una diferencia entre formas comisivas y omisivas respecto de aquellas situaciones en las que es necesaria una intervención activa, como desconectar un respirador o una máquina que alimenta al paciente, mantener el ritmo cardíaco, etc. Los casos más dramáticos y discutidos se ven pacientes que son incapaces de consentimiento por pérdida irreversible de la conciencia; e

c) “indirecta”: se vincula con el tema de la “terapia del dolor” cuando ésta comporta el acortamiento de la vida. El efecto secundario de anticipar la muerte del paciente producido por una conducta positiva es consecuencia de los cuidados paliativos dirigidos a mitigar el dolor, no a suprimir la vida.

Evidentemente hay que analizar esta forma eutanásica desde un punto de vista normativo, individualizando los casos en los que la conducta que ha causado el fin de la vida es penalmente irrelevante porque es conforme a los deberes profesionales del facultativo.

3. Encuadramiento penal de las formas eutanásicas en la legislación vigente

En el ordenamiento italiano falta una disciplina específica sobre la eutanasia, a pesar de que el caso de homicidio de quien consiente -que incrimina los actos de disposición de la propia vida *manu aliena*- asume un significado paradigmático. Por un lado, la previsión del art. 579 del Código Penal ha sido concebida por el legislador de 1930 para afirmar el principio de indisponibilidad de la vida prescindiendo de la voluntad del titular del bien, que no es relevante como causa de justificación, sino -eventualmente- como causa de disminución de la culpabilidad. Por otro lado, son evidentes las dificultades para hacer entrar en el ámbito de este artículo las figuras que conducen al género “eutanasia”.

La fórmula textual de la norma presenta muchos problemas aplicativos. En primer lugar, hay que tomar conciencia del silencio del legislador en eventuales motivos de piedad respecto a la causa de muerte y respecto al sufrimiento del paciente. Además, un obstáculo casi insuperable es el de la validez del consentimiento sobre el que se funda.

En efecto, el inciso 2° desconoce expresamente la validez del consentimiento que proviene de una persona “enferma de mente o que se encuentra en condiciones de deficiencia psíquica, a raíz de otra enfermedad o por abuso de sustancias alcohólicas o estupefacientes”. Es evidente que el estado de deficiencia psíquica recurre justamente en el caso de los enfermos terminales que piden la muerte, dado que existe un fuerte deterioro psicofísico producido por los dolores insoportables o por el mismo suministro de fármacos anestésicos que con frecuencia va aparejado con intervenciones invasivas.

En consecuencia, las hipótesis de eutanasia activa integran los extremos del homicidio común doloso (art. 575) con la aplicación eventual de los atenuantes previstos por los arts. 62, n° 1 y 62 bis. En realidad, el atenuante de los motivos particulares de valor moral y social no logra mitigar el rigor de esa disciplina.

En primer lugar, la jurisprudencia ha excluido a menudo la compatibilidad de semejante atenuante, utilizando en forma discutible argumentos de naturaleza objetiva, en particular la falta de una apreciación positiva “incondicionada” por parte de la sociedad actual respecto de las prácticas eutanásicas. En segundo lugar, el mismo atenuante puede resultar perdedor en el juicio de equiparación respecto de los agravantes que con frecuencia se configuran en los hechos eutanásicos.

Se hace referencia a la premeditación (arts. 576.1 y 577.1, n° 3), al uso de sustancias tóxicas como instrumento de muerte y a la eutanasia piadosa llevada a cabo por un ascendiente o por un descendiente del sujeto pasivo (arts. 576 y 577.1, nos. 1 y 2). En estos casos, el homicidio agravado que podría comprender también la eutanasia pasiva por el principio de equivalencia entre acción y omisión prevé un tratamiento sancionatorio censurable bajo el perfil de la proporción, en tanto resulta abstractamente punible hasta con la pena de prisión perpetua.

Finalmente, el Código Penal italiano -a diferencia de otras legislaciones europeas (por ejemplo, las vigentes en Alemania y en España)- también incrimina la instigación y la ayuda al suicidio. La postura de los compiladores del Código Rocco, que equipara en el ámbito de una hipótesis autónoma de delito las conductas de determinación, instigación y facilitamiento, con penas de reclusión de hasta doce años si efectivamente sobreviene la muerte o por lo menos una lesión grave o gravísima (art. 580), se expone a consistentes críticas.

El amplio espacio aplicativo del caso en examen resulta coherente con la ideología estatista del legislador de los años ‘30 -que sostenía el principio de antijuridicidad del suicidio-, pero no está de ninguna manera en sintonía con la visión personalista de la Constitución, de la que se deduce la incoercibilidad jurídica de vivir. Además, sin considerar ulteriores observaciones sobre la incongruencia de la respuesta sancionatoria, la disposición del art. 580 puede dar lugar a aplicaciones erróneas justamente respecto a las prácticas eutanásicas, particularmente a las figuras de eutanasia “pasiva” e “indirecta”.

4. Eutanasia indirecta

Como ya se ha dicho, la eutanasia se define “indirecta” cuando el acortamiento de la vida resulta del efecto ulterior de terapias -practicadas con el consentimiento del paciente- destinadas a mitigar el sufrimiento agudo de los enfermos próximos a morir. Tal expresión no puede considerarse feliz, porque se funda en una diferenciación “ambigua” entre terapia del dolor y eutanasia activa “directa”, en la que el acortamiento de la vida del paciente representa la finalidad principal que persigue el médico.

Respecto al suministro de sustancias analgésicas -en condiciones de determinar una disminución de las resistencias orgánicas-, las posturas a favor son numerosas, tanto en el plano deontológico como en el ético. La valoración positiva del acercamiento “paliativo” a la enfermedad ha encontrado un significativo reconocimiento, aun a nivel legislativo, a través de la ley n° 12, del 8 de febrero de 2001, que introduce “Normas para facilitar el uso de fármacos analgésicos opiáceos en la terapia del dolor” (publicada en el Boletín Oficial n° 41, del 19 de febrero de 2001).

Dicho esto, es necesario considerar que las hipótesis en las que se verifica el doble efecto -aceleración del fin de la vida del sujeto como consecuencia del suministro de medios antálgicos- son frecuentes a pesar del incesante progreso de los cuidados paliativos (por ejemplo, electroanalgesia). En estos casos, los riesgos de una dilatación arbitraria de la responsabilidad penal del médico resulta evidente: en verdad, en un plano puramente naturalista, la conducta del médico que prescribe o suministra dosis de sedativos que anticipen el momento de la muerte es comisiva y causal respecto al fin de la vida y directamente productora de efectos en el organismo del paciente. En consecuencia, la literatura penal ha previsto diferentes soluciones para evitar una aplicación indiscriminada -al fenómeno de la llamada eutanasia indirecta- de homicidio doloso o culposo, o de las figuras criminosas de los arts. 579 y 580.

Las tentativas de basar la licitud de la terapia del dolor a nivel del elemento subjetivo no resultan convincentes, ya que conducen a la exclusión del dolo del facultativo con base en ciertas valoraciones de naturaleza moral. Por otro lado, no puede denominarse persuasiva la orientación que se basa en el grado de probabilidad de la consecuencia letal. En efecto, se trataría de excluir la punibilidad del suministro de sedativos cuando la anticipación de la muerte haya sido prevista como posible o probable, pero no como altamente probable o cierta. Tal conclusión contrasta con los principios generales: respecto del médico nunca se podría configurar la imputación por dolo eventual mientras el pleno conocimiento de los efectos secundarios inducidos sostendría “automáticamente” una responsabilidad por homicidio voluntario (art. 579).

En realidad, no hay duda de que el encuadramiento de la terapia del dolor ha de ser efectuado a nivel normativo. Es necesario, en especial, ser plenamente consciente del hecho de que el desenlace mortal es consecuencia de una conducta conforme a los deberes profesionales -curativos y terapéuticos- del médico.

En cuanto a la calificación jurídica, no es necesario recurrir al atenuante del cumplimiento de un deber (art. 51 C.P.). Es oportuno hacer referencia directamente a la obligación jurídica de curar ligada a la posición de garantía del médico. La obligación de curar, de hecho, no se limita a impedir el desenlace mortal (cuando es posible), sino que comporta también el deber de desplegar todas aquellas actividades que puedan servir para aliviar el sufrimiento.

La reticencia de la literatura a resolver en estos términos “radicales” la cuestión de la terapia del dolor -la actividad de suministro de terapias contra el dolor es lícita en tanto conforme a los deberes jurídicos propios de la profesión médica- depende de dos motivos: por un lado, la corriente naturalista, que considera la forma omisiva como excepción a la regla de la punibilidad de la figura comisiva y, por el otro, la dificultad de valorizar la figura del *homo*

eiusdem professionis et condicionis como “personificación del punto de vista del ordenamiento jurídico” en la dinámica fáctica concreta.

En definitiva, el equilibrio entre los factores de relieve en la constelación de la llamada eutanasia indirecta debe ser buscado utilizando el criterio del agente modelo -el médico que posee los mayores conocimientos científicos y técnicos del momento-, sin recurrir al juicio de proporción de una causa de justificación. Así, en el plano de la actividad terapéutica concreta, los límites son comunes a la *legis artis* del tratamiento médico: proporción entre los medios de curación disponibles, el dolor, la gravedad de la enfermedad y la necesidad de terapia contra el dolor que se suministra sólo cuando otros medicamentos sin efectos colaterales resultan inútiles o no indicados. En consecuencia, en las hipótesis en las que el cuidado paliativo sea necesario y proporcionado al dolor, la anticipación de la muerte no es imputable al médico que ha prescrito o suministrado los medios terapéuticos. Por el contrario, si la aceleración del desenlace mortal es consecuencia de una actividad médica que viola reglas de cautela, se puede configurar el delito de homicidio culposo. Además, cuando el médico acepta acortar la vida del paciente, asumiendo un riesgo (no permitido) “doloso” -que ni siquiera aquél puede tomar en consideración-, subsiste una responsabilidad dolosa “indirecta”. Por ejemplo, se puede integrar el dolo eventual de homicidio de quien consiente, en el caso “extremo” en que el médico acepte el pedido del paciente de suministrar, antes de la faz terminal de la enfermedad, dosis masivas de sedativos, aceptando determinar una muerte rápida o una súbita e irreversible pérdida de la conciencia.

En conclusión, es necesario recalcar la importancia de una información adecuada. El enfermo debe conocer los riesgos de la terapia contra el dolor (ofuscamiento de las facultades mentales, acortamiento de la vida) y consentir su suministro. Dicho esto, cuando el paciente se encuentra imposibilitado para consentir (y en ausencia de una voluntad expresa en contrario), el médico debe proceder -de conformidad con las obligaciones jurídicas que derivan del ejercicio de su profesión- al suministro de los cuidados paliativos. Por el contrario, frente al rechazo del paciente, el médico que igualmente proceda a la terapia contra el dolor responderá con violencia privada, es decir, con lesión personal (por ejemplo, en la hipótesis en que se aplique una inyección), mientras el desenlace mortal le podría ser adscripto.

5. Eutanasia pasiva

Con respecto a esta figura, es necesario distinguir dos situaciones diferentes: la renuncia o la suspensión de las terapias de mantenimiento de la vida a pedido del enfermo consciente y capaz de entender y querer, y la suspensión o la falta de activación de medidas de mantenimiento con vida en pacientes incapaces de expresar una elección consciente.

5.1. Eutanasia pasiva consensual

En lo concerniente a la primera hipótesis, la literatura dominante afirma con razón que el rechazo consciente de los cuidados constituye el ejercicio de un derecho constitucionalmente garantizado. De la disposición del art. 32.2 de la Constitución (“Nadie puede verse obligado a un determinado tratamiento de salud si no es por disposición de ley”) deriva la prohibición de prácticas médicas sin el consentimiento del paciente, aunque se trate de terapias necesarias para su supervivencia.

En consecuencia, una vez que se ha reconocido la “incoercibilidad de vivir”, cesa la obligación jurídica de curar, relativa a la posición de garantía que caracteriza a la profesión médica. Por el contrario, para el médico surge el deber de respetar la voluntad del paciente que rechaza el tratamiento que salva la vida. Donde se verifique una ilegítima prórroga de los cuidados, se puede configurar el delito de violencia privada (art. 610 C.P.).

La cuestión es más compleja cuando el rechazo de las terapias comporta la interrupción técnica de un sostén artificial activado para garantizar que el paciente se salve. Se hace referencia a las hipótesis en las que el enfermo solicita que el médico desconecte el respirador artificial o que desconecte la máquina para el latido cardíaco.

En estos casos, la conclusión coincide sólo parcialmente. Por un lado, hay que confirmar la licitud de la conducta del médico que respeta la libertad de autodeterminación del paciente. Por tanto, no se integra el delito de homicidio de quien consiente. Por otro lado, sin considerar la validez del esquema conceptual de la “omisión mediante acción” (*Unterlassung durch Tun*) frente al explícito disenso del enfermo, cae la obligación jurídica de curar por parte del médico. La interrupción técnica del tratamiento no es una obligación, dado que debe estar garantizada la libertad del médico para seguir sus propias convicciones éticas o deontológicas.

5.2. Eutanasia pasiva respecto a los sujetos en estado de inconciencia y directivas anticipadas

En la práctica, son frecuentes los sucesos dramáticos en los que el paciente no es capaz de expresar su propia voluntad por pérdida irreversible de la conciencia. La cuestión central es hasta dónde el médico tiene la obligación de curar en una época en la que los instrumentos de reanimación permiten mantener las funciones vitales, aun en presencia de daños cerebrales que eliminan la conciencia hasta en el caso de destrucción total del encéfalo. Los dilemas que surgen son angustiantes: por un lado, hay que evitar la terrible situación de la distansia o encarnizamiento terapéutico y, por el otro, es necesario garantizar las pocas esperanzas de vida del enfermo.

El punto de partida para analizar esta problemática no puede ser otro que la individualización del momento de la muerte. Como es sabido, en el ordenamiento italiano se asume el criterio de muerte cerebral total, introducido por el art. 1 de la ley n° 578, del 29 de diciembre de 1993 (“Normas para la verificación y la certificación de la muerte”), en armonía con las conclusiones de un vivo debate internacional.

Con base en tal normativa, la muerte ha de identificarse con la cesación definitiva e irreversible de todas las funciones del encéfalo, de la corteza cerebral y del tronco cerebral sede del sistema nervioso central. Esta toma de posición del legislador adhiere a las conclusiones del Comité Nacional de Bioética y ha recibido el aval de la Corte Constitucional (sentencia n° 414 de 1995 sobre la legitimidad constitucional del art. 589 C.P.).

En consecuencia, una vez que se ha asegurado la muerte, según el criterio de la disciplina vigente, el médico debe cesar toda actividad terapéutica, so pena de la aplicación de los arts. 410-413 C.P. (vilipendio de cadáver; destrucción, supresión o sustracción de cadáver; ocultamiento de cadáver; uso ilegítimo de cadáver). Por el contrario, si no se verifica el estado de muerte cerebral irreversible, el médico debe cumplir con la obligación de mantener en vida al paciente. Dicho esto, es necesario precisar que la condición clínica del coma -que prevé diferentes grados y diferentes posibilidades de recuperación- no puede ser remitida al concepto de muerte cerebral.

En este punto, es necesario hacer referencia a un cuadro clínico particular, denominado estado vegetativo permanente (EVP). La pérdida de conciencia es completa e irreversible, pero se conservan funciones biológicas fundamentales (respiración, circulación, termorregulación, actividad gastrointestinal y renal). Asimismo, están presentes reflejos del tronco encefálico y a veces movimiento espontáneo de la deglución, aun cuando la movilidad voluntaria está completamente ausente. Para los sujetos en estado vegetativo permanente es posible sólo el mantenimiento en vida mediante nutrición e hidratación artificiales (NHA) por vía parenteral o por vía de una sonda gástrica.

Las problemáticas que surgen del EVP son múltiples y complejas, como lo demuestran los trágicos sucesos objeto de pronunciamientos jurisprudenciales. En primer término, se discute si es oportuno distinguir entre estado vegetativo persistente y estado vegetativo permanente, frente a la dificultad empírica de demostrar la irreversibilidad de la condición clínica del paciente. En segundo lugar, no hay acuerdo sobre la calificación de la NHA como tratamiento médico o como medidas ordinarias de asistencia.

La falta de solución de tales cuestiones compromete la validez de los principales criterios utilizados para establecer los límites de licitud de la actividad médica respecto de los

individuos en EVP. Como es evidente, al argumento del “mejor interés del paciente” se puede oponer la solución *in dubio pro vita* y el riesgo de una “*slippery slope*” capaz de conducir y arbitrar anticipaciones del momento de la muerte. En un contexto caracterizado por graves incertidumbres, también la noción de “encarnizamiento terapéutico” -ya propuesta en varias acepciones en la literatura bioética italiana- no puede ofrecer “prestaciones” convincentes, dado que no está anclada en presupuestos científicos sólidos.

Se impone, pues, enfrentar con urgencia la temática de las llamadas “directivas anticipadas de tratamiento”. Como es sabido, esta práctica -definida en maneras diferentes sólo en parte equivalentes como *living will*, testamento en vida, testamento biológico, carta de autodeterminación del enfermo- tiende a valorizar la responsabilidad decisional del paciente. Se trata, en efecto, de declaraciones con las que un sujeto expresa la propia voluntad, en mérito a los cuidados que prefiere recibir o que quiere rechazar cuando se encuentre en estado de inconsciencia o en condición de enfermo terminal.

Han sido serias las reservas manifestadas en cuanto a reconocer el valor de las directivas anticipadas. Se subraya con preocupación la cuestión del contenido de las *advance directives* -que no debe ser genérico y ambiguo, compatible con diferentes opciones terapéuticas-, de su autenticidad o espontaneidad, de su modalidad de revocación; de la representación de los sujetos en estado de incapacidad.

No resulta fácil dar una respuesta a esta problemática, pero ello no significa afirmar la irrelevancia de las directivas anticipadas. Este instrumento es compatible con el ordenamiento constitucional italiano, dado que valoriza el respeto por las convicciones personales aplicando el criterio de menor alejamiento posible de la voluntad del sujeto interesado. Se trata de evitar, entonces, el riesgo de una aplicación indiscriminada de las *advance directives*, que podría aumentar si se adhiriera a la opción del valor vinculante de estos documentos.

Se comparte la posición asumida por la “Convención Europea sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina” (conocida como “Convención de Oviedo”), “respecto a una intervención médica que concierne a un paciente, el cual, en el momento de la intervención, no está en condiciones de expresar su propio deseo, se han de tomar en consideración los deseos expresados por éste precedentemente” (art. 9).

En esta perspectiva, la directiva anticipada asume un valor doble: por un lado, es un acto informativo dirigido a los facultativos, quienes tendrán que “tenerlo en cuenta” en virtud de las reglas de diligencia que caracterizan su actividad profesional, y, por el otro, representa una tentativa que de por sí no podrá vincular a los médicos, pero influirá en su elección discrecional.

6. El problema del suicidio

Es necesario hacer algunas consideraciones breves sobre el valor que el ordenamiento vigente le da al suicidio.

Sancionado en el derecho romano, con base en la idea del perjuicio causado al Estado, y, en el derecho medieval, con el agregado de la concepción cristiana del pecado y de la vida -de la que el hombre no es propietario, sino mero “administrador”-, la no punibilidad del suicidio es un fenómeno relativamente reciente, que además hoy en día encuentra confirmación en todas las legislaciones modernas.

Dado que en el sistema penal italiano el suicidio (tentativa de suicidio) no es punible, se discute su naturaleza jurídica.

Una corriente doctrinaria sostiene que el suicidio es *contra ius*, como se deduce del art. 580. Si es ilícita la actividad de instigación, tendría que considerarse también ilícita la actividad instigada o facilitada. Prescindiendo de la validez de tal argumentación, el fundamento de la antijuridicidad del suicidio en general se encuentra en una obligación de tipo “solidaria” de ejercer la suma de deberes hacia la sociedad -por ejemplo, de ciudadano, soldado, trabajador o contribuyente- que presuponen la vida. Semejantes concepciones no se

pueden justificar en el plano constitucional, dado que son deudoras de una visión publicista del bien “vida”, que sería tutelado no en sí mismo sino en función de intereses externos.

La orientación opuesta deriva del principio de la plena autonomía del individuo, del suicidio como derecho inviolable y “garantizado” -no sólo concedido- por la Constitución. Ni siquiera esta opinión puede compartirse, aun a la luz de las consecuencias inaceptables que comportaría su acogimiento.

Por lo tanto, un derecho “garantizado” sería factible como pretensión frente al Estado, que tendría la obligación de satisfacer la voluntad de aquellos sujetos que, por inhabilidad física, no están en condiciones de suicidarse solos (justamente con base en el art. 2 de la Constitución, con el fin de remover una posible discriminación). Además, sería inculparable la conducta de salvataje de un tercero frente al suicida como violencia privada y, por el contrario, debería no inculparse por legítima defensa el comportamiento del suicida que mate al socorrista. Finalmente, si se trata del derecho de disponer de la propia vida, la garantía no debería estar limitada a la sola condición de enfermedad o de sufrimiento, sino a cualquier elección madurada en un contexto de libertad.

Es oportuno reafirmar que no todo aquello que es lícito penalmente constituye el ejercicio de un derecho constitucionalmente garantizado, en cuanto la Carta Fundamental no tiene una impronta de radicalismo individualista. Parece, por tanto, correcto adherir a las reconstrucciones que, excluyendo la antijuridicidad del suicidio, consideran tal conducta como un mero ejercicio de una libertad “autorizada negativamente” por el ordenamiento. Verdaderamente este último debe asumir una actitud “neutral”, sin intromisiones, respecto a todas las actividades que, moralmente desaprobadas o no, no ponen en peligro bienes jurídicos de otros. Obviamente la calificación de suicidio como libertad sanciona el derecho del paciente a rechazar terapias de mantenimiento en vida, dejando pendiente de juicio la cuestión de la disponibilidad de la vida en manos ajenas, es decir, la eutanasia activa consensual.

7. Observaciones conclusivas: ¿una legislación posible del fenómeno eutanásico?

De las consideraciones hechas surgen algunas soluciones con vista a una reforma. Con la premisa de que el encuadramiento de la eutanasia activa en el ámbito del homicidio voluntario común (agravado con frecuencia por la premeditación y por las relaciones de parentesco) resulta incongruente, es necesario predisponer una disciplina *ad hoc* en sintonía con eventuales intervenciones reformadoras del futuro legislador con relación a las normas vigentes (arts. 579 y 580).

Desde este punto de vista, es necesario trazar una distinción preliminar entre eutanasia activa consensual y no consensual. Por lo que respecta a la segunda hipótesis, existe la posibilidad de prever una circunstancia atenuante del homicidio doloso -quedando establecidas las reflexiones sobre el valor jurídico a atribuirse a las llamadas directivas anticipadas- sobre el modelo de la que se ha individualizado en el esquema para la emanación de un nuevo código penal (1992). Por cierto, el art. 59, números 1 y 3, del llamado “Proyecto Pagliaro” ha previsto una circunstancia específica -aunque no precisa el efecto atenuante- en la que el hecho se realice “con medios indolores y exclusivamente por motivos de piedad hacia la persona incapaz de prestar un consentimiento válido, que por razones de enfermedad se encuentre en condición irreversible de sufrimiento físico insoportable o particularmente grave, cuando se haya constatado la impotencia de los tratamientos antálgicos”.

Respecto a la eutanasia activa consensual, los recorridos de una eventual reforma son fundamentalmente dos. La primera directriz conduce a la introducción de una figura inculparia autónoma -especial respecto del homicidio de quien consiente y caracterizada por un tratamiento sancionatorio menos severo- que contemple los motivos de piedad y describa con precisión los presupuestos fácticos: uso de medios indolores, grave estado de postración por sufrimiento, irreversibilidad del proceso letal y proximidad de la muerte. La segunda opción del futuro legislador consiste en una solución radical orientada hacia la

legalización de la eutanasia activa consensual, quizás a través de un modelo de “justificación procesal”, hoy patrocinado también por sectores de la literatura italiana.

A favor de la última elección legislativa, pueden invocarse argumentos plausibles. En consecuencia, asume un valor decisivo el análisis global de costos y beneficios de una opción semejante. Los defensores de la despenalización de la eutanasia activa consensual ponen el acento en la exigencia de garantizar el respeto por la autodeterminación de los pacientes que piden morir. Como es evidente, semejante argumento asume una importancia particular para el enfermo terminal que no es capaz de hacer cesar por sí mismo su vida.

Por otra parte, es necesario realizar una evaluación profunda de los riesgos ligados a una eventual legalización de la eutanasia activa consensual. En realidad, un examen semejante debería realizarse a la luz de conocimientos empíricos mayores, dado que algunas contraindicaciones a la despenalización tienen carácter “ambivalente”: por ejemplo, el peligro de un debilitamiento de la relación de confianza entre médico y paciente.

Es oportuno subrayar aquí que algunas consecuencias negativas, determinadas por una legalización de la eutanasia activa consensual, resultan bastante probables. Esencialmente, dos tipos de riesgo que se consideran de gran importancia: en primer lugar, el debilitamiento del empeño por brindar una asistencia sanitaria adecuada a los moribundos, es decir, todos los cuidados paliativos practicables, así como también diagnósticos y terapias psicológicas o psiquiátricas. En verdad, es difícil hacer una hipótesis de una política social que prevea costos económicos onerosos en dos direcciones: la implementación de una ley que permita la eutanasia o el suicidio asistido con rigurosas garantías procesales fundadas en complejas verificaciones (comisiones instituidas en entes públicos compuestos por expertos calificados en varias disciplinas, etc.) y una consolidación de las estructuras destinadas al cuidado de las fases terminales de la vida. En segundo lugar, la eventualidad de que las elecciones de los sujetos más débiles (minusválidos, ancianos, pobres) puedan ser influenciadas con presiones coercitivas por parte de familiares o de la sociedad, con el fin de liberarse de los costos económicos y humanos de los enfermos.

Aun a la luz de estas consideraciones, resulta de gran interés la experiencia española. Como es conocido, el Código Penal de 1995 ha previsto una figura autónoma que sanciona con pena disminuida “la causación y la cooperación activa con actos necesarios y dirigidos a la muerte de otra persona, bajo expreso pedido, serio e inequívoco de ésta, en el caso en que la víctima sufra de enfermedad grave que conducirá necesariamente a su muerte, o que provoca graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar” (art. 143.4).

Si bien tal disposición se expone a algunas críticas, la introducción de una norma análoga en el código italiano representa una solución posible para la disciplina de la eutanasia activa consensual. A propósito se debe poner en evidencia que la utilización de una locución como “actos necesarios y directos” tendría el valor de sancionar -de manera definitiva- la licitud de la eutanasia “pasiva” consensual y de la “indirecta”, en total armonía con los principios constitucionales italianos.

Para concluir, vale la pena destacar que justamente una plena legitimación de la eutanasia indirecta -que ya se deduce de los principios generales del ordenamiento- podría determinar beneficios en muchas situaciones dramáticas. De hecho, son comunes los casos de médicos que no cumplen su mandato deontológico -allí donde se indica el objetivo de brindar alivio al enfermo terminal- por temor a los riesgos penales conexos al suministro de elevadas dosis de sedantes, con el efecto eventual del acortamiento de la vida del paciente.

La superación de prácticas erróneas podría reforzar la toma de conciencia en los facultativos de la importancia de la terapia del dolor. Es de esperar que semejante toma de conciencia pueda hacer más eficaz la demanda de políticas públicas innovadoras, capaces de favorecer con urgencia el crecimiento de los cuidados paliativos (en el ámbito de la asistencia domiciliaria o en el de estructuras especializadas).

Nota de la Secretaría: art. 575: Homicidio: “Quienquiera que cause la muerte de un hombre está penado con reclusión no inferior a veintidós años”; art. 576: Circunstancias agravantes. Prisión perpetua: “Se aplica la prisión perpetua si el hecho previsto por el artículo precedente es cometido: 1) con el concurso de algunas de las circunstancias indicadas en el n. 2) del art. 61; 2) contra el ascendiente o el descendiente (art. 540 C.P.), cuando concurre alguna de las circunstancias de los incisos 1 y 4 del art. 61 o cuando se usa un medio venenoso u otro medio insidioso o bien cuando existe premeditación; 3) por el contumaz, para sustraerse al arresto, a la captura o a la encarcelación o bien para procurarse los medios de subsistencia durante la contumacia; 4) por el cómplice (arts. 416 y 416 bis C.P.), para sustraerse al arresto, a la captura o a la encarcelación; 5) en el acto de cometer alguno de los delitos previstos por los arts. 519, 520 y 521. Es contumaz a los efectos de la ley penal, quien se encuentra en las condiciones indicadas en el inciso 6 del art. 61”; art. 577: Otras circunstancias agravantes. Prisión perpetua: “Se aplica la pena de prisión perpetua si el hecho previsto por el art. 575 se comete : 1) contra el ascendiente o el descendiente (art. 540 C.P.); 2) a través de sustancias venenosas, o bien con otro medio insidioso; 3) con premeditación; 4) con el concurso de algunas de las circunstancias indicadas en los incisos 1 y 4 del art. 61. La pena es la reclusión de veinticuatro a treinta años, si el hecho se comete contra el cónyuge, el hermano o la hermana (art. 540 C.P.), el padre o la madre adoptivos o el hijo adoptivo, o contra un afín en línea directa”; art. 579: Homicidio de quien consiente: “Quienquiera que cause la muerte de un hombre con su consentimiento, está penado con reclusión de seis a quince años. No se aplican los agravantes indicados en el art. 61. Se aplican las disposiciones relativas al homicidio (arts. 575-577 C.P.) si el hecho se comete: 1) contra una persona menor de dieciocho años; 2) contra una persona mentalmente enferma o que se encuentra en condiciones de deficiencia psíquica a raíz de otra enfermedad o por abuso de sustancias alcohólicas o estupefacientes; 3) contra una persona cuyo consentimiento haya sido arrancado con violencia, amenaza o sugestión o bien haya sido sustraído con engaño”; art. 580: Instigación o ayuda al suicidio: “Quienquiera que lleve a otro al suicidio o refuerce su propósito de suicidio, o bien facilite de alguna manera su ejecución, está penado, si el suicidio ocurre, con reclusión de cinco a doce años. Si el suicidio no ocurre, está penado con reclusión de uno a cinco años siempre y cuando de esa tentativa de suicidio derive una lesión personal grave o gravísima (art. 583 C.P.). Las penas aumentan (art. 64 C.P.) si la persona instigada o ayudada se encuentra en una de las condiciones indicadas en los números 1 y 2 del artículo precedente. Sin embargo, si la persona susodicha es menor de catorce años o carece de la capacidad de entender o de querer, se aplican las disposiciones relativas al homicidio (arts. 575-577 C.P.)”.

CANESTRARI, Stefano, “Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile”, en *Rivista italiana di medicina legale*, Milán, Giuffrè, 2003, n° 5, pp. 751/775.

FILOSOFÍA DEL DERECHO. ÉTICA SOCIAL. FRATERNIDAD. BIEN COMÚN.

1. La fraternidad: ¿sentimiento o concepto político?

En *A Theory of Justice*, de John Rawls, se encuentra una llamada a la fraternidad a propósito del segundo principio de justicia, según el cual las desigualdades sociales y económicas están justificadas sólo si conllevan ventajas para todos y están conectadas a cargos y a puestos abiertos a todos. Rawls nota que este principio de diferencia brinda una interpretación del principio de fraternidad y así comenta: “El principio de diferencia parece corresponder al significado natural de la fraternidad: es decir, a la idea de no desear mayores ventajas, a no ser que esto redunde en beneficio de aquellos que están en peor situación. La familia, en términos ideales, pero a menudo también en la práctica, es uno de los lugares en los que el principio de maximizar la suma de las ventajas es negado. En general, los miembros de una familia no desean tener ventajas, a menos que esto promueva los intereses de los miembros restantes. El querer obrar según el principio de diferencia tiene exactamente las mismas consecuencias. Aquéllos que se encuentran en condiciones mejores desean obtener mayores beneficios sólo dentro de un esquema en el cual esto va en ventaja de los menos

afortunados”. Según el referido autor, sólo de este modo la noción de fraternidad puede ser elevada a noción política fundamental junto a la libertad y la igualdad, y así rescatarla del olvido en el que ha caído. ¿Bajo qué condiciones es posible pensar la fraternidad como un concepto político verdadero y preciso?

En efecto, la fraternidad de la Revolución Francesa es básicamente un sentimiento, fuerte cuanto se quiera, pero no más que un sentimiento, vivido según dos registros: el cívico y el universal. Los *citoyens* (ciudadanos) se sienten hermanos entre sí y hermanos de todos los hombres, pero esta fraternidad carece de fundamentos y, por eso, está destinada a convivir con la contradicción de la violencia y el patriotismo exagerado. Una revolución necesita esta fuerza de comunión por la cual todos los que participan en una empresa tan radical se sienten unidos por un vínculo más fuerte que el de la carne y la sangre. A tal punto es necesario que cuando el espíritu de fraternidad no surge espontáneamente, es preciso prescribirlo mediante una ley. Saint-Just, amigo de Robespierre, había pensado transformar la amistad en un deber cívico mediante declaraciones oficiales de amistad ante un funcionario público. El buen ciudadano sería aquél que pudiera exhibir la mayor cantidad de certificados de amistad. Pero Saint-Just no logró realizar su proyecto porque fue guillotinado por sus hermanos revolucionarios. Sin embargo, la obligación de alegrarse en banquetes fraternos, es decir, la obligación de fraternizar, y la idea de imponer el tuteo pertenecen a la misma lógica.

¿Se puede exigir la fraternidad? No hay que sorprenderse si este valor, que ha estado mucho más presente en la cultura revolucionaria que en sus textos oficiales, desaparece junto con el fin de la Revolución Francesa, cuyo legado político es fundamentalmente el de la libertad y la igualdad. Cuando la empresa que aglutinaba finaliza, se retorna a casa, es decir, a una vida aislada, y la fraternidad se desvanece. Pero una verdadera fraternidad debe ser duradera o, de alguna manera, más sólida y profunda. Esto sólo es posible si se demuestra que la actividad cooperativa no se limita a ser episódica y contingente, sino que está estructuralmente presente en la vida social e involucra a personas relacionadas de algún modo por un fin común, no obstante su diversidad.

Rawls dice que se puede pensar la fraternidad de modo no reductible a buenos sentimientos y vínculos afectivos, que en sí mismos se adaptan poco a las teorías de la democracia y de la justicia, y que la noción natural de fraternidad está en prestar atención a aquéllos que están peor en referencia a un contexto unitario de grupo, cuyo paradigma es la familia. No dice que puede llegarse a estar peor para que otros estén mejor, ya que no es necesario confundir el amor de los padres por los hijos con el amor entre hermanos. Sólo estos últimos pueden asumir el rostro de la plena reciprocidad, de la ayuda recíproca en un horizonte de paridad y, consecuentemente, de mutuo provecho. Estos hermanos están libres del dominio paterno, iguales en dignidad y, de algún modo, moderadamente interesados cada uno en el bien del otro. Sólo por esta última característica se conserva una cierta referencia a la familia. En sustancia, Rawls reconoce que, si bien es necesario -siguiendo a Locke- abandonar el paradigma de la familia para explicar la sociedad política, al menos algo de aquélla debe permanecer, esto es, el vínculo fraterno entre los ciudadanos o entre las personas políticas, porque sólo así se pueden fundar el principio de reciprocidad y el de cooperación. Todo esto tiene sentido, pero requiere una justificación ulterior y más fundante. No se puede, de hecho, decir que las personas son hermanas por el hecho de ser “libres e iguales”. En particular, sería preciso explicar cómo puede salvarse en la democracia contemporánea este resto de la familia patriarcal, es decir, cómo puede conservarse el espíritu de la familia sin que se trate de la familia. Esta tarea es ardua.

2. La fraternidad y el individualismo

En el tercer capítulo de *La democracia en América*, Tocqueville señala agudamente que en la democracia americana no hay más lugar para el “espíritu de familia”. El fin de la paternidad está marcado por el ocaso del mayorazgo en favor del derecho sucesorio

igualitario. Esto determina una revolución en la propiedad, modifica su estructura y lleva a peleas entre hermanos, que están naturalmente inclinados a la uniformidad, pero no a la unidad. “En el pueblo democrático -nota Tocqueville a propósito del individualismo- surgen nuevas familias de la nada, otras caen en ella incesantemente y aquéllas que quedan cambian su faz; la trama del tiempo se rompe a cada instante, y la impronta de las generaciones desaparece. Nos acordamos fácilmente de aquéllos que nos han precedido, y no tenemos ninguna idea de aquéllos que nos seguirán. Sólo nos interesan los más cercanos... Así, la democracia no sólo le hace olvidar al hombre sus ancestros, sino que le oculta también sus descendientes, lo separa de sus contemporáneos y lo vuelve permanentemente sobre sí mismo, amenazando con encerrarlo en la soledad de su propio corazón”.

Se podría decir entonces, en este contexto, que el signo residual de la fraternidad consiste en la envidia, que Elster ha considerado como el “cemento de la sociedad”. En realidad, para envidiarse no es suficiente la igualdad, sino que se necesita cierta comunidad. Cuanto mayor sea la comunidad, tanto más grande será la envidia. Cuando se tiene en vistas no ya la conservación del patrimonio familiar, sino la uniformidad entre los hermanos, la más mínima desigualdad se vuelve insoportable. “El hombre de la época democrática no obedece sino con extrema repugnancia a su vecino que es su igual, se niega a reconocer en este hombre una capacidad superior a la suya; no confía en su justicia y ve con celos su poder; le teme y lo desprecia. Se regocija haciéndole sentir continuamente que los dos dependen del mismo patrón”. Sobre esta base “fraterna”, la democracia puede conducir al despotismo. El hermano se vuelve “grande” y el padre, para ganar confianza, se hace (aparentemente) pequeño.

En efecto, el individualismo más consecuente debería erradicar toda comunidad originaria posible entre los hombres. Ser hermanos normalmente significa ser hijos del mismo padre. Hermano se nace. Por eso, el más consecuente pensador individualista, Thomas Hobbes, cree en un estado de naturaleza poblado de individuos que vienen al mundo como hongos, es decir, por autogeneración, que se encuentran de golpe ya adultos, es decir, no sujetos por naturaleza a la necesidad de ayuda de los demás, y sin obligaciones hacia nadie. No descienden de nadie y no generan a nadie. Se trata, obviamente, de una hipótesis absurda, y, aun admitiéndola, no queda dicho que la fraternidad se pueda evitar del todo. Si se evita la fraternidad natural, queda siempre la posibilidad de una fraternidad adquirida. Se puede suponer que los adultos, surgidos de la nada y por tanto extraños por naturaleza -o incluso rivales o enemigos por naturaleza-, se vuelven hermanos por costumbre de vida o por convención. Por cierto, éste no es el caso de Hobbes, que tenía poco en cuenta una confianza social que no se apoyara en la espada. Pero no cabe duda de que una empresa común de alguna manera fraterniza; vivir y trabajar juntos crea vínculos muchas veces más profundos que los de la sangre, es decir, todas aquellas actividades que se realizan con el aporte indispensable de varias personas, como en los equipos deportivos, los compañeros de armas, los marineros de las carabelas de Colón, etc. Por otra parte, ésta es la gran enseñanza del Cristianismo. En todos estos casos existe un fin común que es perseguido en conjunto por personas de diversa procedencia, formación y cultura. Cuanto más fundamental es este fin, tanto más compromete a la persona y la vuelve más fraterna que los mismos lazos de sangre.

3. ¿Nacer hermanos o convertirse en hermanos?

Existe una fraternidad de origen y una de resultado. Se puede nacer hermano, pero también alguien puede convertirse en hermano. Mientras que la fraternidad de origen es imborrable, la de resultado puede ser más profunda, radical y comprometida, porque es en alguna medida voluntaria. Así, ser hermanos en tanto hijos del mismo padre, o participantes de la misma naturaleza racional, o seres libres, significa hermandad de origen. Pero, en cuanto fieles de la misma religión o que perseguimos un mismo bien o valor significa ser hermanos como resultado. Puede decirse entonces que la fraternidad de origen requiere un fundamento ontológico, mientras que la de resultado exige un fundamento práctico.

Cabe recordar que cuando los revolucionarios franceses se consideraban hermanos, tenían en mente esta fraternidad de resultado, ligada al espíritu republicano y democrático de una ciudadanía militante. En las democracias actuales, debe preguntarse en qué condiciones aún tiene sentido referirse a la idea de fraternidad y, más en profundidad, cuál es el fundamento más adecuado de ésta desde el punto de vista práctico y, específicamente, político.

Un primer paso en esta dirección puede darse si se tiene en cuenta una cita del mismo Tocqueville. Él observa que la democracia ha llevado a la luz una noción que la época aristocrática no había permitido surgir, esto es, el concepto de *semejanza*. La democracia abre la puerta de la vida social y política a la idea de semejanza universal, que en el pasado solamente era cultivada por los filósofos y por aquéllos de espíritu religioso. Los aristócratas sentían como semejantes sólo a quienes pertenecían a su misma casta. Sin embargo, si la semejanza es universal, tiene sentido ponerse en el lugar del otro, padecer sus sufrimientos y gozar con sus alegrías. Entre los no semejantes, la cooperación es una exigencia; entre los semejantes, es espontánea. Así, la idea de la semejanza universal conduce a un nuevo modo de pensar las relaciones sociales y políticas. Hay que añadir -y esto es otro punto decisivo- que esta concepción no surge de una reflexión teórica sobre la naturaleza humana o sobre la racionalidad y mucho menos de instancias religiosas. Esta idea madura sobre la base de la convergencia de fines de la vida en sociedad, de la problemática inherente a la organización de la actividad cooperativa, de la observación referida a la uniformidad de las necesidades y de los intereses, y de la injustificada exclusión de acceso a bienes fundamentales para la realización de la vida humana, como la libertad y la cultura. Por este motivo, el campo de la experiencia jurídica y de la política es el terreno fértil para que madure el concepto de semejanza universal.

A primera vista, esta afirmación puede parecer muy discutible. Es opinión generalizada que el concepto de fraternidad nunca se concretó en instituciones jurídicas y políticas expresas, más allá de su fugaz presencia en la Revolución Francesa. En sí mismo, el derecho no presupone ningún vínculo particular de pertenencia entre sus destinatarios, pues regula la relación entre extraños, e incluso cuando regula relaciones entre socios, parientes o amigos, los considera desde el punto de vista de su extrañeza. En efecto, cuando se litiga, un cierto extrañamiento penetra en la relación intersubjetiva e impide tener en cuenta los vínculos personales. “Extraño” no significa necesariamente “extranjero” o “enemigo”, sino otro hombre considerado con base en la igualdad y la reciprocidad, dentro del contexto histórico y cultural determinado.

Es cierto que de un tiempo a esta parte se ha vuelto a hablar de “derecho fraterno” estrechamente ligado al neoconstitucionalismo y al espíritu democrático de tolerancia. El derecho se abriría, por tanto, al código fraterno, abandonando el código paterno, por el cual fue gobernado tradicionalmente (*dura lex sed lex*). Se haría más cercano a la particularidad del caso concreto, moderando la fría imparcialidad. En esta óptica se nota el actual surgimiento de formas de mediación jurídica como alternativa al pleito. El juez-mediador no se pone por encima de las partes, conforme al modelo paterno, sino *entre* las partes, para favorecer su reconciliación, en sustitución de la decisión impersonal sobre quién tiene razón o no. Sin embargo, la difusión de esta forma de mediación requiere que entre los contendientes exista algún tipo de relación de amistad, vínculos comunitarios consistentes o una cultura de fondo suficientemente estable y vital. Todo esto es hoy muy improbable en la dimensión de la mundialización y de la globalización, pero es más plausible en la pequeña dimensión de la comunidad local.

Es interesante recordar que en el antiguo derecho hebreo existían dos procedimientos para reparar las injusticias: uno imparcial, para los extraños, y otro amistoso, para los amigos o parientes. El recurso a una tercera persona en este último caso se consideraba inadmisibles, incluso ofensivo, porque en primer lugar se trata de volver a unir una comunidad destrozada y no ya de resarcir daños. También el llamado evangélico a ponerse de acuerdo con el

adversario se remonta a esta práctica. En la primera cristiandad, se consideraba impropio que los cristianos pleitearan ante un tribunal pagano. Pero todos estos ejemplos muestran que el derecho fraterno se puede aplicar entre aquéllos que ya son hermanos y conservan vivo el sentido de la fraternidad y de la amistad. Estas condiciones son hoy en día cada vez más raras, por no decir que con frecuencia -como ha recordado Tocqueville- la conflictividad es mayor cuando existen vínculos personales. Por eso, el derecho moderno se ha construido poniendo entre paréntesis la idea de fraternidad. Sin embargo, se piensa que está presente, pero es preciso buscarla en otra parte y de otro modo.

4. La fraternidad y la regla de oro

Se ha dicho que el derecho y la política regulan las relaciones entre extraños iguales. Para la fraternidad, no basta la mera igualdad, porque exige una cierta relación entre iguales. El derecho debe permanecer abierto a la diversidad antropológica, que está implícita en el objetivo de hacer convivir a los extraños. Es necesario añadir que el derecho y la política toman en consideración la interacción en la cual está en juego de alguna manera el interés en cooperar. No implica que este interés debe estar presente de hecho, pero sí presuponerse para dar sentido a las relaciones sociales. De hecho, se vive en sociedad debido a los beneficios comunes y no para disfrutar de la ayuda de los otros sin dar nada a cambio. La vida social es un entremezclarse de aspectos, que no son solamente, aunque sí necesariamente, mutuos. En la cooperación social, la coordinación de las acciones redunda en beneficio común y está gobernada por la idea de la reciprocidad y la mutualidad.

El problema de la coordinación, del cual se ocupan el derecho y la política, está marcado por el interés en cooperar, por el mutuo condicionamiento de las preferencias (ciertas acciones son preferibles a otras porque favorecen y no obstaculizan las preferencias de los otros) y por la pluralidad de soluciones. Si la solución fuera obligatoria en lugar de ambigua, no sería necesario recurrir a la función reguladora del derecho; bastaría solamente con la sancionatoria en caso de incumplimiento. Se puede decir que el objetivo principal del derecho es proteger, favorecer y reforzar este interés en cooperar. Desde este punto de vista, el derecho es generador de una fraternidad artificial, en tanto que refuerza la tendencia natural a la cooperación. El hecho de que existan normas artificiales y públicas que guíen mejor a los individuos deseosos de cooperar en la coordinación de acciones, en especial cuando las interrelaciones se dan entre desconocidos y extraños, que a menudo no pueden comunicarse entre sí ni formular previsiones sobre la conducta del otro, da vida a expectativas legítimas.

Entonces, si el derecho y la política producen fraternidad artificial o cultural, presuponen en cierto modo una fraternidad natural, que se basa en el deber natural de la cooperación y el mutuo respeto. Para cooperar, hace falta reconocer que hay cosas que no pueden llevarse a cabo individualmente, entre ellas, algunas estrictamente esenciales para la realización de la vida humana. Es preciso reconocer que el *partner* es alguien como uno, es decir, similar en todos los sentidos relevantes (aspectos biológico y ético), y cuya pretensión de bienestar es tan legítima como la de todos. No es posible la cooperación verdadera entre seres de diversa especie o entre hombres y máquinas: el derecho y la política son prácticas sociales que ocurren entre seres humanos. Pero la similitud no es la igualdad pura y simple, ya que no excluye la particularidad. Hay que respetar a todos los hombres porque son semejantes a aquéllos con los que existen vínculos particulares (y, sobre todo, a uno mismo). De este modo, el derecho y la política permiten la comunicación entre extraños, aumentando la posibilidad de cooperación y, así, la pluralidad de los bienes producidos o alcanzados. El reconocimiento de la semejanza es, entonces, un presupuesto indispensable de la cooperación. Pero no se trata de una disposición ética de favorecer el bienestar del otro ni de un cálculo preciso sobre la propia utilidad. No se debe confundir con la “simpatía” de Adam Smith, que permanece ligada a la problemática del interés, sea propio o ajeno. En el acto de cooperar, los semejantes se reconocen como iguales por la común humanidad y, al mismo tiempo, como

diferentes por su identidad. Justamente por esto la cooperación es en general posible y fructífera. En este sentido, el semejante no es un *alter ego*, no es como mirarse al espejo, como tiende a pensar el altruismo.

Las raíces del reconocimiento de la semejanza están en la consideración de sí mismo, pero con ciertas condiciones. Se trata de rechazar tanto al *yo* que permanece aislado en su identidad incomunicable cuanto al *yo* neutral, separado de los propios fines y de la propia elección; es decir, a una consideración de sí mismo en la que se conserva la capacidad de distanciarse del propio yo sin renunciar a la propia identidad y al propio interés. Es a este modo de considerarse que se refería Aristóteles cuando invitaba a ser “amigo de sí mismo”, es decir, preocupado por todos los aspectos fundamentales del humano que todo hombre encuentra. Esto induce a pensar en sí mismo como en una instancia del humano, como en un *caso concreto* de humanidad, y ya no como en un *caso único*. No puede tomarse en consideración al otro por lo que es, sino sobre la base de la consideración que uno tiene de sí mismo por aquello que se es en el horizonte de la semejanza. Ésta permite la conexión entre la autoestima y la atención al otro: “no puedo estimarme rectamente a mí mismo sin estimar al otro de igual forma”.

Es ésta la idea de reciprocidad propia de la regla de oro: “haz a los demás aquello que quisieras que hagan contigo”, con la advertencia de que no se trata de proyectar en el otro las propias preferencias, sino de tratarlo en el horizonte de la humanidad común. Esta reciprocidad no debe entenderse en la óptica del intercambio de bienes equivalentes, del *do ut des*, porque ésa es la condición de la posibilidad de ponerse de acuerdo sobre determinados objetos. No debe ni siquiera entenderse en la óptica de la mutua ventaja, que no excluye en principio la persecución del propio interés en perjuicio del otro. Y está también lejos de identificarse con la imparcialidad, porque no elimina el interés personal, ya que nadie adhiere a un orden social sin esperar de él algún beneficio. En realidad, tiene que ver con una reciprocidad en el reconocimiento de los principios que pueden o deben ser aceptados por todos y en la comunicación de perspectivas diversas a la luz de los valores fundamentales del ser humano. La certeza de la rectitud del amor por uno mismo se da por el hecho de que no se oponga al amor por el otro. Si el hombre ama lo humano en sí, también el amor por el otro es una cosa natural. No puedo amar al otro por aquello que es si no es sobre la base de amarse a uno mismo por aquello que se halla en el horizonte de la semejanza. El amigo es un *otro mí mismo*. La semejanza permite la conexión entre la autoestima y la preocupación por el otro. Amar al otro por aquello que el otro es corresponde al amarse a sí mismo por lo que no es, que es el amor propio de la regla de oro. Es posible ponerse en el punto de vista del otro sólo sobre la base de la posibilidad de comunicación de la perspectiva.

Se ha hecho una distinción entre la *mera reciprocidad*, por la cual se reconoce al otro como dotado de un propio punto de vista, y la *reciprocidad reversible*, por la cual uno se identifica con la perspectiva del otro. Esta distinción no se pone en el plano de la regla de oro, que coloca la comunicación de las perspectivas en el ámbito de los valores fundamentales del ser humano. Ella introduce la noción de humanidad como término mediador entre la diversidad de las personas, superando el carácter asimétrico de la relación intersubjetiva debido a la alteridad. En todo caso, para la regla de oro, *reciprocidad* no significa *mutua ventaja*, aun a largo plazo. No dice “haz al otro lo que quisieras que te hicieran a ti con la condición de que los demás hagan lo mismo”. En este sentido, prescribe el amor de benevolencia y prefigura las relaciones sociales entre “dadores de regalos”.

En la regla de oro, el amor propio es el principio de la bondad. Pero éste es un horizonte muy general que considera toda la vida moral y la multiplicidad de las relaciones intersubjetivas. En el plano de la moral social y política, la regla de oro introduce el principio de la solidaridad entendida como ayuda mutua. Porque hay una comunidad de todos a propósito de los bienes humanos fundamentales, y promoverlos para los otros es lo mismo que promoverlos para uno mismo. Cada individuo se vuelve parte de un conjunto que contribuye a

alimentar y del cual surgen sus recursos. Su realización misma es parte constitutiva de esta comunidad. No se trata aún de una comunidad política, sino de aquella comunidad moral de todos los seres humanos que es inmanente a toda comunidad concreta, aquélla por la que toda persona tiene derecho a ser tratada como “uno de nosotros”. Es aquí evidente que sin el principio de solidaridad, no se podría tener el concepto general de bien común, que precede al de justicia. Pero esta solidaridad debe ser fraterna, es decir, basada en la igualdad, la semejanza y la reciprocidad.

5. A las raíces de la fraternidad

Existen muchas maneras de justificar la fraternidad humana y hay diversos grados de intensidad y de extensión de la fraternidad, desde la particular hasta la universal. La experiencia jurídica y política contemporánea, marcada por el espíritu democrático, cultiva un sentido de la fraternidad que, aun sin considerar el origen paterno y materno, conserva aquél de un patrimonio común del ser humano, que debe ser accesible a todos los hombres para que puedan realizar una vida buena, ejerciendo su libertad de elección y la comunicación recíproca. Se trata de los valores fundamentales de la vida humana, que no son ya planes o proyectos de vida, sino el horizonte dentro del cual la variedad de opciones y de la identidad personal y colectiva toma forma de manera comunicable a todos. Destruir este patrimonio común, que se hermana en el pluralismo, significaría caer en la insignificancia, en la imposibilidad del reconocimiento y, en definitiva, en el nihilismo.

Los hermanos deben poder reconocerse, y esto es posible si a través de la multiplicidad infinita de sus proyectos de vida descubren la persistencia de los mismos fines fundamentales y redescubren la identidad de la fuente de la cual proviene su sustento.

La fraternidad no es una condición biológica; no consiste en ser hijos de los mismos padres, o provenir de las mismas células. Desde este punto de vista, la comunidad podría extenderse más allá de la especie humana a todo lo viviente, dado que la estructura del ADN está compuesta por los mismos elementos de base en todos los seres vivos. El concepto de sistema ecológico, del cual el hombre es parte en un régimen de interdependencia igualitaria, se ha utilizado como paradigma de una comunidad universal de todos los seres, pero no puede considerarse éste estar ligados los unos a los otros como un contexto de fraternidad. Interdependencia no significa fraternidad; al contrario, podría ser vivida como una esclavitud insoportable. El mismo Evangelio invita a dejar padre y madre de este mundo. La fraternidad evangélica no es biológica.

Por esto mismo, la fraternidad ni siquiera radica en la pertenencia común, el reconocerse como unidos por el origen o por cualquier otra característica. Francisco de Asís llamaba “hermano” al sol y “hermana” a la tierra en cuanto todas eran creaturas de Dios, pero es claro que esto no permite subrayar la especificidad de la fraternidad entre todos los hombres. Detenerse en esto sería como afirmar que la fraternidad no es un concepto ético-político, sino ecológico-religioso.

Si, en cambio, se considera la fraternidad como un concepto político, debe reconocerse que puede serlo a condición de que no sea exclusivamente político o resoluble en una justificación racional. Desde este punto de vista, el concepto de fraternidad, como el de autoridad, implica apelar a una dimensión trascendente, que no puede encerrarse plenamente en categorías conceptuales. Ciertamente se puede hablar de semejanza en la comunidad humana, de ayuda mutua y de cooperación, pero ser hermanos significa otra cosa ulterior. Tampoco el volverse hermanos es posible, a menos que se descubra que ya lo somos. La fraternidad es un reencuentro de aquello que se perdió.

Esta prominencia de la fraternidad respecto de las categorías sociales y políticas no es un agregado innecesario o supererogatorio, sino la condición para que se pueda desarrollar adecuadamente su función política. Así como la autoridad pierde sentido si se reduce a un rol meramente funcional y organizativo, así también la fraternidad se vuelve un artificio retórico

si quiere renunciar al misterio de la comunidad de origen y de destino. Si la libertad es sagrada, entonces igualmente lo será de algún modo la autoridad que le pone límites. Si la comunidad política se entiende como una comunidad de fines y de valores fundamentales del ser humano, y no ya como mera coexistencia de individuos separados, será necesario presuponer vínculos originarios entre los mismos hombres. Por eso, en la tríada famosa, la libertad y la igualdad han alcanzado la plena dignidad de un concepto ético-político, en tanto que la fraternidad, habiendo resistido a toda tentación de secularización, ha sido apartada rápidamente. Pero la vida política no puede prescindir de la fraternidad sin quedar reducida a un lugar de apacentamiento, en el cual -según la imagen de Aristóteles- todos pacen indiferentes del otro salvo en la medida en que lo consideran un competidor.

Por lo tanto, la democracia no puede hacer a un lado la fraternidad sin menoscabar los otros dos conceptos: la libertad y la igualdad. Sólo la analogía del ser puede reflejar cómo la libertad se puede entender no sólo como libertad de elección y asunción de responsabilidad, sino también como ejercicio de actividad cooperativa y solidaria. Sin la fraternidad, la libertad se torna incomunicabilidad y separación. La identidad en la diferencia no es aún fraternidad, porque, por el contrario, ella requiere una diferencia en la identidad. Ser hermanos quiere decir subrayar la desigualdad de los iguales. Incluso los hermanos gemelos no han visto la luz en el mismo instante. Hay hermanos mayores y hermanos menores, pero no hermanos superiores e inferiores. La libertad y la igualdad, características de la identidad, son el presupuesto o la condición de la fraternidad, pero no bastan para definirlo de modo específico. El ser hermanos subraya más la diferencia en la identidad, en tanto que la igualdad quiere preservar la identidad en la diferencia. Fraternidad e igualdad son, por tanto, complementarias y sólo conjuntamente aseguran la posibilidad de que los individuos sean realmente considerados como personas, esto es, como partícipes de una comunidad verdadera en la cual cada uno es un todo de libertad y no ya una parte subordinada o funcional.

VIOLA, Francesco, “La fraternità nel bene comune”, en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2003, n° 49, pp. 141/161.

FUENTES DEL DERECHO. FILOSOFÍA DEL DERECHO (INTERNACIONAL).

La cuestión de las fuentes es un tema recurrente en la doctrina. Generalmente, cuando un problema suscita controversias inextinguibles, es porque se enfrascó en una formulación inexacta. Si se quiere salir, es necesario considerar la forma en que la cuestión fue abordada, antes que ver las soluciones aportadas. Aplicar este principio supone volver sobre los términos empleados en la formulación de la interrogación: “¿cuáles son las fuentes del derecho?”. Es perceptible que la palabra “fuente” está en la base del problema.

1. Las fuentes como manifestación del derecho

Durante el siglo XIX surge la ciencia jurídica, basada en la observación de las reglas de derecho en vigor, cuya vocación es la de entender la organización metódica profunda. Seguir esta metodología conduce a constatar su pluralidad de fuentes de derecho.

Sin embargo, sería reduccionista hacer del derecho una simple realidad objetivamente observable, un “objeto”, necesariamente inerte, ya que está fundado en una ideología que lo anima, en el sentido literal: le da un alma, que irradia a tal punto el derecho en su totalidad que se vuelve la llave fundamental de la comprensión. El teórico, cuando se interesa por las fuentes del derecho, está influido por ella. Es esta ideología la que lo incita a reconocer como legítima una sola fuente del derecho. Se genera así un malestar entre la observación, que lleva a constatar la pluralidad de fuentes de derecho, y la ideología de nuestro sistema jurídico, que

legítima una sola. Esto genera una controversia en función del lugar que los autores le den a cada uno de estos componentes.

La ley, tanto en sentido formal como material, que reagrupa las reglas que tienen en común el ser impuestas por el poder público, constituye la primera fuente del derecho sobre el que existe acuerdo en la doctrina. La supervivencia de la costumbre incomoda a los juristas. Su lugar en el derecho moderno es mucho más considerable de lo que se cree generalmente. El sueño de un derecho sin costumbre es el de un derecho desencarnado, que como tal es una utopía. Como la ley es, o pudo ser, insuficiente, los actores jurídicos crearon la norma que les era necesaria. La sedimentación de estas prácticas formó la costumbre, que debe reconocerse como fuente de derecho. En cuanto a la jurisprudencia, ésta se impone de hecho como una fuente de derecho y son raros los autores que hoy niegan esto.

Si se pregunta a la doctrina cuáles son las fuentes del derecho, responderá que son los autores de la norma. El legislador, el juez y el pueblo son las fuentes de las reglas legales, jurisprudenciales y de costumbre que forman el derecho. Sin embargo, la verdadera pregunta es cuál es la autoridad que *legítimamente* puede crear derecho. En tal sentido, la respuesta parece evidente: el derecho emana del soberano, que es la Nación, y lo hace mediante el acto fundador, que es la Constitución. Ante la aparente trilogía de las fuentes (ley, costumbre y jurisprudencia), la doctrina plantea la ideología del monismo de la soberanía nacional, única habilitada para fijar el derecho. Sin embargo, detrás de la Nación existe el aparato estatal, que es el que posee la violencia legítima y es el único que puede garantizar la efectividad de las reglas jurídicas que plantea. Este poder de coerción se vuelve la marca de la regla de derecho, que, de esta forma, se aleja de la Nación para acercarse al Estado. La única fuente del derecho proviene del Estado, antes que de la Nación. Por ello, se puede admitir el rol creador de la jurisprudencia, pero no de la costumbre. Esta teoría de *la* fuente del derecho tiene el defecto de ser refutada por los hechos, dado que la jurisprudencia y la doctrina son plenamente fuentes del derecho.

2. Las fuentes como causas del derecho

En su *Metafísica*, Aristóteles dice que si una estatua ecuestre es tal como se la ve, es porque existe una causa material (el pedazo de mármol), una causa eficiente (la acción del escultor), una causa formal (la representación que se busca) y una causa fin (el destino de la estatua). Si se postula que el derecho es una creación humana, resultado de un arte, sólo puede existir si estas cuatro causas se conjugan. Cuando la doctrina plantea la cuestión de las fuentes del derecho, sólo considera, conforme a la metodología tomada de las ciencias exactas, la causa efectiva. El derecho nace de la voluntad de la Nación, así como la estatua existe por la sola voluntad del escultor. Esta aproximación, aunque no es errada, es parcial.

La causa material del derecho es el conflicto. Sin embargo, si estalla un conflicto, su solución va a requerir violencia, que va a generar una venganza. En este estado, el derecho está totalmente ausente. Para que exista, es necesario que aparezca una tercera persona cuya palabra sea aceptada por las partes. El derecho nace, por lo tanto, de una relación triangular. Estos elementos condicionan el nacimiento del derecho vigente. Resta saber cómo el tercero resolverá el problema. La cuestión es entonces la de la causa formal del derecho.

El tercero no puede, mediante la observación de la naturaleza armoniosa, redescubrir, por él mismo, lo que es justo. Por ello, debe poder remitirse a lo justo, que ya fue expresado y descubierto. Debe buscar en la sociedad la visión de lo justo. La ventaja es doble: el juez economiza sus esfuerzos y su tiempo; y, especialmente, decide, conforme a la concepción de lo justo, que, al ser la de la sociedad, ya existe. Las partes, cuando la reconocen, en la sentencia del juez la aceptarán porque la pudieron prever: se trata de que el vencido quede convencido.

Lo justo, principio que rige la solución del litigio, está contenido en la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Para el juez, como para el arquitecto, la regla es

sólo una guía para encontrar el camino correcto. No se puede dejar de lado el rol de la moral y de la equidad en la génesis de soluciones que terminan por conformar el derecho. Por ello, si se considera que la fuente de éste es la interrogación que se formula un hombre, es necesario incluir una multitud de factores, aunque éstos no tengan la misma jerarquía en la solución del litigio.

La causa fin es la voluntad de resolver las diferencias entre los hombres. Si la cuestión del fin no tiene sentido para las ciencias físicas, es central en las ciencias humanas. Por todo ello, las condiciones de existencia del derecho son cuatro: la causa material (un conflicto), la causa eficiente (la intervención de un tercero), la causa formal (la idea de lo justo) y la causa fin (una sociedad pacificada).

DROSS, William, “Retour aux sources”, en *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruselas, Facultés universitaires Saint-Louis, 2003, n° 50, pp. 155/188.

LEY. INFLACIÓN LEGISLATIVA (FRANCIA).

Desde el artículo fundador de René Savatier en 1977, se utiliza la palabra inflación legislativa para designar la pérdida de confianza causada por la multiplicación de leyes y el efecto espiral que genera: más leyes se sancionan, menos son aplicadas por el ciudadano, que pierde conciencia de la intangibilidad de la norma, y, por lo tanto, se vuelven necesarias más leyes.

1. Relatividad de los números

El primer problema para comprender las estadísticas del número de leyes en Francia es un problema de división del flujo y reserva. Una ley nueva sólo se interpreta con respecto a una antigua que completa o deroga. Nada asegura que el aumento del número de leyes conduce a un aumento del derecho vigente: una política de desregulación genera una gran cantidad de leyes derogativas. El número de leyes promulgadas cada año no es un indicador preciso de la producción legislativa. Habría que afinarlo evaluando el porcentaje de las disposiciones derogativas del total de las leyes promulgadas. Tal estudio, por el hecho de que una gran parte de los textos votados no indica sus efectos en el derecho vigente, es hoy imposible.

La ley no es una buena unidad de medida, dado que la tradición jurídica francesa identifica la ley con el órgano que la adopta y no con su contenido. El problema se plantea en la división entre ley y reglamento y dentro del bloque legislativo en sí mismo. En efecto, el número de leyes promulgadas cada año depende de los recortes o agrupamientos que decide hacer el gobierno. Por ejemplo, de un informe único del Ministerio de Trabajo se adoptaron entre 1982 y 1983 trece leyes relativas a la modificación del derecho laboral.

Una ley encuentra su alcance simbólico en la fuerza de la idea que la sostiene. La calidad del derecho supone pequeñas leyes unitarias y coherentes, como la que establece que “queda abolida la pena de muerte”. En la V República, la identificación del contenido de las leyes se volvió incierta por el control que ejerce el gobierno de la agenda de las Asambleas, lo que conduce a que la presentación de un texto no responda ya a un proceso espontáneo de comunicación de ideas, sino a la elección de la agenda de un gobierno. En tal sentido, el número de leyes refleja, sobre todo, las modalidades de organización del trabajo de gobierno antes que el número de disposiciones legislativas que se agregan al derecho vigente.

2. La relatividad de la ley

Si se comparan las estadísticas, el promedio de leyes sancionadas anualmente se mantuvo estable en los últimos años. Sin embargo, la impresión que surge de las estadísticas es falseada por la diversificación de las funciones de la ley relativa a la autorización para ratificar tratados, la transposición del derecho comunitario y la adaptación del derecho metropolitano a los territorios ultramarinos.

En la actualidad, la ley francesa continúa siendo formalmente un bloque monolítico. Sin embargo, se desarrollaron posibilidades de voto sin debate o con debate restringido. Estas posibilidades son cada vez más utilizadas desde la reforma del reglamento de la Asamblea del 7 de mayo de 1991. Varios proyectos de ley fueron presentados para modificar el tiempo de trabajo parlamentario. Mediante el uso de modelos del derecho comparado, se intenta repensar los mecanismos de voto de la ley.

El estudio de las estadísticas muestra un ciclo electoral de las leyes: la relación entre el fin de los mandatos presidenciales y el número de leyes es patente. Durante el año de la elección, la perspectiva del voto ejerce un efecto depresivo sobre la actividad legislativa. Por otra parte, la elección presidencial alimenta la ambición de reforma de los franceses, renueva los proyectos del gobierno y ejerce de tal modo un efecto impulsivo sobre el número de leyes votadas. Por otra parte, el impacto de las elecciones legislativas sobre el trabajo parlamentario es incierto. Sin embargo, la observación cierta de los ciclos electorales no debe conducir a un determinismo. El número de leyes adoptadas cada año continúa siendo el resultado de consideraciones propiamente políticas. La idea, en el fondo, es tranquilizadora: la inflación de la ley es la manifestación de la respiración democrática.

Existe una tendencia al crecimiento del volumen de la ley. En este caso, la inflación legislativa muestra todo su sentido: es la consecuencia de la porosidad de la ley y del derecho de modificación. Mientras que el promedio de su espacio en el Boletín Oficial era de dos páginas en los años '70, en los '80 pasó a ser de cuatro y en los '90 se extendió a casi siete páginas. Simultáneamente, el crecimiento de los proyectos de ley genera propuestas de modificaciones más numerosas y, en sentido inverso, la cantidad de las modificaciones puede ser considerada como una causa del volumen de las leyes promulgadas. La inflación de las modificaciones de la ley corresponde a una ampliación de la gama de funciones del derecho de modificación. Éste no es más utilizado solamente como una herramienta de perfeccionamiento de la ley, sino también como un mecanismo de sustitución de las cuestiones orales y de las propuestas de resolución. En otras palabras, la batalla parlamentaria contra el tiempo, que se traduce en la limitación del tiempo de habla de los parlamentarios, engendra leyes menos numerosas pero, al mismo tiempo, menos concisas y más porosas. Cuanto más objeto de debate ideológico es la ley, menos expresiones vagas y páginas de literatura comporta.

GRASS, Étienne, "L'inflation législative a-t-elle un sens?", en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, L.G.D.J., 2003, n°1, pp. 139/162.

OBJECIÓN DE CONCIENCIA. TESTIGOS DE JEHOVÁ. TRANSFUSIONES DE SANGRE. AUTODETERMINACIÓN DEL PACIENTE. **LIBERTAD DE CULTO.** **TRANSPLANTE DE ÓRGANOS.** DEFINICIÓN LEGAL DE MUERTE (JAPÓN).

1. Introducción

En febrero de 2000, la Corte Suprema de Japón, en el caso de un paciente testigo de Jehová, entendió que su decisión de rehusar una transfusión sanguínea era inviolable. Esta declaración de principios se basó en la necesidad de respetar los deseos del individuo cuando son manifestación de libertades garantizadas por la Constitución, tales como la de culto (art. 20).

Considerando su cultura milenaria, tan distante de la llamada “cultura occidental”, Japón revela frecuentemente aproximaciones sorprendentes a la temática de la bioética.

Desde el punto de vista de su ordenamiento jurídico, no debe engañar su aparente alineación con la estructura de pensamiento europea (antes de la Segunda Guerra Mundial) y americana (en la posguerra). El jurista japonés de hoy utiliza institutos y categorías jurídicas en gran parte parecidas a las de Occidente, pero lo hace con la absoluta originalidad que conlleva la profunda influencia de la estructura social y ética del mundo japonés.

2. Hemotransfusión y consenso

Con la sentencia de 2000, el tribunal japonés toca un tema largamente debatido: la hemotransfusión de miembros de la iglesia Testigos de Jehová. El principio afirmado es lapidario: el médico -dicen los jueces- debe informar al paciente testigo de Jehová que la estructura hospitalaria elegida no consiente la negativa a la transfusión de sangre en caso de peligro de vida. Sólo de este modo está garantizado el respeto del valor constitucional de la libertad de religión, permitiendo al paciente rehusarse a la internación e identificar una estructura en la que esté garantizado el respeto de su voluntad.

La decisión gira en torno a dos ejes fundamentales: la afirmación del derecho positivo a la manifestación de las propias convicciones religiosas, tal como está garantizado por el art. 20 de la Constitución japonesa, y la especificación de la información como instrumento para poner al paciente en la condición de ejercitar en modo pleno y consciente los propios derechos de libertad con relación a un tratamiento de tipo sanitario. Naturalmente, la premisa es que los jueces japoneses no dudan ni siquiera por un instante de la intangibilidad, por vía de principio, de la elección del paciente de no someterse a una hemotransfusión, aun cuando esté en juego la vida. Está claro que no habría tenido ningún sentido discutir la información omitida respecto a un tratamiento sobre el cual el poder decisional del enfermo haya estado limitado. Por lo tanto, en el equilibrio entre el bien objetivo de la conservación de la vida y el respeto de la voluntad del individuo, los jueces japoneses prefieren privilegiar el segundo aspecto, afirmando que la determinación de rehusar hemotransfusiones, dado que ello va en contra de convicciones religiosas, debe ser respetada en tanto parte de los derechos personales del paciente.

Si esto es verdad, existen no obstante algunos “hilos subterráneos” que ligan el discurso en modo profundo.

El primero es el de la afirmación del respeto necesario de la elección del paciente, en tanto manifestación de la libertad de religión, a su vez modalidad de manifestación de las libertades personales del individuo constitucionalmente garantizadas. La apelación a los derechos fundamentales de la persona y al respeto de la voluntad del particular es la principal vía conceptual de la que se sirven las interpretaciones espontáneas, sea de los jueces occidentales o de los japoneses, para llegar al resultado común de la legitimidad del rechazo a la hemotransfusión.

El segundo aspecto es el del consenso informado. En este caso, los jueces orientales, al afirmar la centralidad del rol de la información, utilizan una noción declaradamente de importación. Es notable que sólo a partir de los años setenta, y gracias a la obra influyente del profesor Koichi Bai, el concepto de “deber de información del médico”, de matriz germana, ingresa en la doctrina y la jurisprudencia japonesa. Pero luego ha sido la constante confrontación con la praxis norteamericana la que ha inducido progresivamente a la magistratura, sobre el camino de las fuertes tendencias provenientes de la misma sociedad civil, a apropiarse de un concepto tradicionalmente extraño (por no decir descuidado) a su cultura.

3. El problema de los trasplantes

La siguiente cuestión se refiere al tema -entre los más discutidos en Japón- del trasplante de órganos y de las consabidas problemáticas ligadas a la definición legal de la muerte.

En agosto de 1968, sólo un año después del primer trasplante cardíaco de Barnard, el profesor Wada, del Hospital de la Universidad de Sapporo, decidió seguir la vía abierta por el cirujano sudafricano. En ausencia de toda legislación de mérito, Wada tomó el corazón del joven Yamaguchi Yoshimasa, ahogado en el mar y cerebralmente muerto, y lo transplantó en el pecho de un joven de 18 años, enfermo cardíaco.

Desde el punto de vista científico, la intervención fue un éxito indiscutible: el paciente transplantado sobrevivió por 83 días. Sin embargo, aparecieron las polémicas, y una asociación de medicina tradicional china denunció al profesor Wada. Se abrieron investigaciones y los agentes fiscales, haciendo uso de la vasta discrecionalidad que les es propia en el ejercicio de la acción penal, dejaron dormir el expediente por más de diez años y sólo en 1979 designaron una serie de expertos a quienes realizar consultas sobre el caso. Al mismo tiempo, se creó un comité público, formado por representantes ministeriales y exponentes de asociaciones para la tutela de los derechos humanos, para investigar los fundamentos de las acusaciones formuladas contra el ilustre profesor. La cuestión era: ¿podía afirmarse con certeza que la sola cesación de las funciones cerebrales fuera condición suficiente para aseverar la muerte del paciente del cual había sido tomado el órgano? Es claro que en caso contrario no habría habido otra solución que considerar al profesor Wada autor de un homicidio.

A principios de los años ochenta, la fiscalía decidió el definitivo archivo de la investigación, afirmando no haber alcanzado prueba decisiva alguna sobre la culpabilidad de Wada. Ni el grupo de expertos designados por la fiscalía ni el comité público habían alcanzado una conclusión que satisficiera la pregunta central: ¿debía considerarse legalmente muerto a Yamaguchi al momento de la toma del órgano cardíaco?

Frente a una situación de gran incertidumbre, la fiscalía renunció a intervenir con una posición pesada en el tema de la definición de la muerte legal, probablemente prefiriendo esperar el desarrollo del debate en el interior de la sociedad y de la comunidad científica.

En 1984 se verifica un nuevo incidente: un equipo del Hospital de Tsukuba intentó un trasplante simultáneo de córneas, riñón e hígado, tomando los órganos de una mujer con hemorragia cerebral y declarada muerta según los criterios de muerte cerebral en curso de discusión, en aquellos años, en una comisión del Ministerio de Sanidad, presidida por el notable cirujano profesor Takeuchi Kazuo.

La reacción no se hizo esperar, y noventa días después de la operación la *Patients' Rights Conference* (PRC) de la Universidad de Tokio, guiada por el doctor Honda Katsunori, presentó dos denuncias por homicidio y daño de cadáver contra el equipo del Hospital de Tsukuba.

En los años siguientes, la PRC realizó numerosas presentaciones penales de igual naturaleza. Veinticuatro médicos fueron denunciados por homicidio con relación a ocho casos diferentes de trasplante, pero la técnica adoptada por la fiscalía japonesa fue la misma: simplemente congelar las investigaciones sin indagar y sin archivar.

Las razones de esta conducta son varias y tal vez no todas nobles. La categoría de los médicos, en Japón, supone un peso social y político no indiferente. Además, en esos años, estaba en curso, por iniciativa del Ministerio de la Salud, una intensa actividad de estudio y confrontación de expertos, dirigida a la búsqueda de un consenso generalizado sobre el tema de los trasplantes, y era razonable pensar que los titulares de las fiscalías japonesas hubieran preferido no interferir con iniciativas que, en todo caso, habrían arriesgado ser políticamente fatigosas.

Pero es preciso remarcar un dato: decidiendo no avanzar en la acusación pública, en Japón se ha elegido efectivamente dejar a otros segmentos de la sociedad el tomar una posición sobre el tema del criterio legal de la muerte.

Recién en 1997 llegó una palabra parcialmente definitiva sobre esta cuestión, al dictar Japón una ley sobre transplantes con la cual, después de más de veinte años de discusiones, se ha definido también la cuestión del concepto de muerte legal. Tal normativa, por otra parte actualmente objeto de revisión, establece que la muerte legal debe considerarse, en principio, la muerte cardíaca, y refleja las enormes dificultades del ambiente cultural y religioso japonés para aceptar una definición de muerte sólo ligada a las facultades cerebrales de la persona. No obstante, se establece también que es facultad de todo individuo expresar el deseo, a través de una forma especial, de convertirse en donante: en este caso, del criterio de la muerte cardíaca se pasa al de la muerte cerebral, definida según los parámetros establecidos en la ley.

Resulta interesante la semejanza conceptual de la ley japonesa con la de otro contexto cultural: el de los Estados Unidos de Norteamérica. La ley de 1993 de Nueva Jersey, en materia de definición legal de muerte, establece que el criterio de base de la muerte cerebral debe derogarse a favor de la muerte cardíaca, toda vez que se considere que las convicciones religiosas del paciente no lo habrían inducido a aceptar la muerte cerebral como muerte física. La normativa japonesa y la de Nueva Jersey parten de dos puntos de vista exactamente opuestos: el primero asume como regla de fondo para el ciudadano japonés la definición de muerte cardíaca; el segundo adopta para el ciudadano de Nueva Jersey el criterio de la muerte cerebral. Pero en ambos casos se abre la puerta a la derogación que se apoya en una elección axiológica esencialmente común: la de la convicción por la cual el Estado no puede sustituir integralmente al individuo en la determinación de una elección tan personal como la definición del concepto de muerte.

Se ha considerado necesario, respetando las convicciones religiosas y personales de toda persona, permitir a todos expresar una voluntad distinta y determinante respecto a aquella que la ley considera adecuada para adoptar por la colectividad. Parece ser que, sea en el caso japonés o en el de Nueva Jersey, la preocupación de respetar la autonomía individual conduce a un resultado análogo bajo el perfil del mecanismo normativo y, sobre todo, extremadamente avanzado en cuanto al respeto de las convicciones personales.

GENNARI, Giuseppe, "Informazione e autodeterminazione del paziente in Giappone: due casi emblematici", en *Notizie di Politeia. Rivista di etica e scelte pubbliche*, Milán, Tipolito Subalpina, 2002, n° 65, pp. 59/63.

POLÍTICA CRIMINAL. ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO (COSTA RICA).

1. Introducción

La política criminal constituye la facultad delegada por el conglomerado social al Estado para que defina, mediante procesos de criminalización y descriminalización, la cuestión criminal dentro de la estructura social, y, por lo tanto, dirija y organice el conjunto de métodos utilizables como respuesta al fenómeno en un marco democrático de legalidad. Así es como se establecen la prioridad de derechos que deben protegerse y las formas a implementar para lograr esa protección. Su función principal se concentra, entonces, en el establecimiento de los modelos de prevención y de lucha contra el crimen.

Esta política no sólo se circunscribe a las conductas evaluadas como delitos y a las cuales se les asignaron una sanción, sino que implica, además, una serie de respuestas extrapenales que se realizan muchas veces con participación de organismos no gubernamentales o grupos sociales, tendientes a la prevención temprana de la criminalidad y en la mayor o menor frecuencia de ciertas formas delictivas (p.ej., programas de educación,

empleo, socialización, integración comunitaria, resolución de conflictos previos a los penalizados, entre otros).

En tal sentido, su formulación requiere que la totalidad del sistema de control social sea interceptado por otras áreas de la política estatal (vivienda, educación, trabajo, salud) y que exista una comprensión interdisciplinaria de los distintos aspectos que implica el proceso de criminalización para cada una de las unidades integrantes de este sistema: leyes, instancias (policía, sistema penitenciario, proceso penal y organismos sociales) y sus operadores, con el fin de mantener una dirección política unívoca y coordinada acorde con la realidad social.

De esta manera, la política criminal como metodología se convierte en el punto de unión entre el saber empírico (investigaciones criminológicas) y su concreción normativa, condición necesaria para que los principios de un derecho penal justo y equitativo puedan manifestarse libremente.

2. Política criminal y Estado de Derecho

El clima de inseguridad ciudadana que se ha gestado en los últimos años, estimulado por la creencia de un aumento desmedido de las tasas de criminalidad y por la dramatización que sobre los hechos delictivos realiza la prensa, ha propiciado que la política criminal tienda hacia la búsqueda de métodos que proporcionen respuestas cada vez más “eficaces” con las que se puedan enfrentar el fenómeno de la criminalidad y las consecuencias que ocasiona para el nuevo orden económico y político instaurado.

La sensación de temor al delito que parte de todos los sectores sociales ha generado una serie de cuestionamientos sobre el rol que deben ocupar las instituciones estatales en materia de seguridad. Por ello, la desconfianza en la gestión ha demandado, con mayor frecuencia y en forma generalizada, medidas cada vez más drásticas con las que se puedan controlar y frenar los efectos que la delincuencia ocasiona en la ciudadanía.

Así, la mayoría de las soluciones exigidas para resolver el problema de inseguridad están centradas en la represión penal. En este contexto, el Estado redefine sus funciones al afirmar la necesidad de reducir su papel social y ampliar su intervención penal por medio de una política criminal represiva en su contenido y con una planificación repulsa del conocimiento serio y científico de la realidad social.

La política criminal se convierte, en la coyuntura, en una cuestión moral más que de seguridad ciudadana, donde los sujetos son vistos como “objetos” del sistema penal, al ser la finalidad de los programas de acción la seguridad de sus potenciales víctimas y no la seguridad de sus derechos. De tal modo, se elabora una política criminal caracterizada por la creación de nuevos delitos o por agravar los ya existentes, es decir, se concentra en los tipos penales y en las conminaciones sin interesarle las consecuencias que ello pueda generar. Además, extiende su ámbito de aplicación a los sectores que en la opinión pública se consideran más amenazantes, contribuyendo a estigmatizar ciertos grupos sociales.

Es así como se establece una política de apaciguamiento o de “reflejos condicionados” destinada a calmar los ánimos perturbados por el delito reciente, que pretende dar la impresión de que es combatido por normas expeditas de gran rigor, las cuales se aplican sin ningún respaldo en su viabilidad y utilidad. Es el tipo de política dependiente del hecho, que obedece únicamente al principio de acción-reacción frente a impulsos emotivos provocados por tragedias aisladas.

Se da entonces sólo un interés de enfrentar o contener la oleada de protestas y de inconformidad social real o infundada, provocada por el crecimiento delictivo y la frustración acumulada por la inoperancia estatal demandada en el campo de la seguridad y la justicia. Esto convierte a la política criminal en una herramienta electoral y no en un estudio serio de medidas, criterios y argumentos para prevenir y reaccionar frente al delito. Es decir, en la medida en que es utilizada por los gobernantes para responder a las demandas sociales, antes

que aplicarse a la solución de los problemas que subyacen en el fondo de la criminalidad, se crea una politización de la justicia penal.

El Estado plantea soluciones que en nada favorecen la prevención y tratamiento de la criminalidad, por cuanto proponen la represión penal como el único medio para responder a los efectos de ésta sin conocimiento de las causas que inciden en este fenómeno, tales como los factores sociales y económicos. Esta afirmación encuentra fundamento en las siguientes propuestas: ampliación de las acciones de control punitivo, endurecimiento de las penas, creación de nuevos tipos penales, militarización de la policía, disminución de los beneficios de encarcelamiento y de penas alternativas, y conversión de las contravenciones en delitos.

Estas medidas, al ir en contrasentido de los lineamientos jurídicos que proclaman la vigencia de un derecho penal mínimo o de *ultima ratio* que legitime la intervención estatal en los casos en que no exista otra alternativa y la pena sea sólo una necesidad, pueden provocar un quebrantamiento de los esquemas democráticos establecidos en el marco de un Estado de Derecho. Así, el problema que ocasiona el aumento de la criminalidad se incrementa con los instrumentos estatales utilizados para enfrentarlo.

3. Sistema penitenciario

En el campo penitenciario, la prisión preventiva y las medidas tutelares constituyen los principales instrumentos de control criminal utilizados para impedir la libre circulación de los infractores penales. Ello hace que la ejecución penitenciaria asuma una función estrictamente retributiva (castigar al delincuente por el daño causado) y de prevención general (tranquilizar a la población). Esta situación, por cierto, genera inconvenientes en el sistema de justicia penal costarricense, no sólo por el costo material y humano que implica para todo el aparato estatal, sino también por las condiciones en que se desarrolla, lo que demuestra el “simbolismo” propio de tales políticas de seguridad.

Debe destacarse, además, que cuando se obstaculiza el normal desempeño de los sistemas carcelarios en relación con la higiene, alimentación, descanso, salud, seguridad, recreación, trabajo, educación y visita íntima, la pena de prisión se convierte en una pena degradante y cruel, violatoria de los derechos humanos.

Los inconvenientes que presenta el sistema penitenciario no se resuelven con la simple construcción de más cárceles, pues no dependen únicamente de la carencia de recursos económicos, sino también de la naturaleza misma del encierro, la cual ha demostrado, reiteradamente, que brinda pocas posibilidades de rehabilitación y resocialización para los reclusos.

4. Derechos humanos

La orientación que se pretende dar a la política criminal demuestra un descuido en la protección de los derechos fundamentales de los individuos sujetos al sistema de control penal, ya que se sustenta en el sostenimiento de un derecho penal del enemigo en el que se resalta la llamada criminalidad tradicional que el sentido común estereotipa y dramatiza.

Así, corresponde dar una nueva dimensión a los derechos humanos, a fin de percibir un sistema penal y de justicia enfocado en la supremacía de los intereses del propio ser humano, reconociendo a éste como único legitimante de la existencia estatal. En suma, se debe reforzar y recalcar la condición de subsidiariedad que tienen las instituciones públicas en la protección y el bienestar de las personas a las que sirven.

La legitimidad del sistema penal sólo se obtendrá cuando su discurso sea coherente con lo interno y mantenga una fundamentación antropológica básica en donde el hombre sea considerado como persona, y quienes integran y practican el sistema penal estén sujetos a la experiencia social. Esto no implica que se dejen de fijar obligaciones a quienes con sus conductas violenten la esfera de los derechos de otros. Los límites y sanciones que se impongan a estos comportamientos extremos deben realizarse de modo tal que se garantice y

respete el cumplimiento de los fines sociales que conllevan, de manera que el Estado no transforme su potestad punitiva en un fin para sí mismo, pues cuanto más incisivos son los mecanismos de control, mayores deben ser las garantías de los sujetos sometidos a proceso.

ACEVEDO MATAMOROS, Mayra. “La política criminal contemporánea y la práctica penitenciaria costarricense”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, Universidad de Costa Rica-Colegio de Abogados, 2004, n° 103, pp. 39/51.

NOTICIAS

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. ATRIBUCIONES. CREACIÓN DE ORGANISMOS JURISDICCIONALES. TRIBUNAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LA UNIÓN EUROPEA (COMUNIDAD EUROPEA).

El art. 225 A del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (CE) y el art. 140 B del Tratado Euratom permiten al Consejo de la Unión Europea (Consejo) crear salas jurisdiccionales encargadas de conocer en primera instancia de determinadas categorías de recursos, fijar las normas relativas a la composición de dichas salas y precisar el alcance de las competencias que se les atribuyan.

En ejercicio de esas atribuciones, el Consejo, respondiendo a la invitación formulada a tal efecto por la Declaración n° 16 relativa a las disposiciones antes citadas del Tratado CE, formulada con ocasión de la firma del Tratado de Niza, el 2 de noviembre de 2004, adoptó una decisión agregando al Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas una sala jurisdiccional denominada “Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea” para resolver sobre el contencioso de la función pública de la Comunidad.

1. El nuevo tribunal entiende, en primera instancia, en los litigios que se susciten entre las Comunidades y sus agentes en virtud del art. 236 del Tratado CE y del art. 152 del Tratado Euratom, incluidos aquéllos que surjan entre cualquier órgano u organismo y su personal respecto de los cuales se haya atribuido competencia al Tribunal de Justicia.

2. Originalmente, el tribunal está compuesto por siete jueces, pero, a pedido del Tribunal de Justicia, el Consejo puede, por mayoría calificada, aumentar este número. Los miembros permanecen seis años en sus cargos y son reelegibles.

3. Los jueces son designados por el Consejo, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 4° del art. 225 A del Tratado CE y en el párrafo 4° del art. 140 B del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa), cuidando que la composición del tribunal sea equilibrada, atendiendo a una base geográfica lo más amplia posible entre los nacionales de los Estados Miembros y en lo que se refiere a los sistemas jurídicos nacionales representados.

Todo ciudadano europeo que cumpla los requisitos previstos en el párrafo 4° del art. 225 A del Tratado CE y en el párrafo 4° del art. 140 B del Tratado CEEa puede presentar su candidatura conforme a las condiciones y modalidades que fije el Consejo, previa recomendación del Tribunal de Justicia.

Se constituirá un comité de siete miembros, elegidos por el Consejo, previa recomendación del Presidente del Tribunal de Justicia, entre antiguos miembros del Tribunal de Justicia europeo y del Tribunal de Primera Instancia, y juristas de reconocida competencia. Este comité dictaminará sobre la idoneidad de los candidatos para el ejercicio de las funciones de juez del nuevo tribunal y elaborará una lista de los que posean la experiencia de alto nivel más oportuna, cuyo número mínimo debe duplicar al de vacantes.

4. Los jueces eligen al presidente del tribunal por un período de tres años, renovable.

5. El tribunal actúa en salas compuestas por tres jueces, pero, en los casos que determine el reglamento de procedimiento, puede resolver en asamblea plenaria, en salas de cinco jueces o de juez único.

6. El procedimiento ante este tribunal se rige por el Título III del Estatuto del Tribunal de Justicia, con excepción de sus arts 22 y 23, y será precisado y completado -en cuanto sea necesario- por el reglamento de procedimiento del nuevo tribunal.

7. Contra sus decisiones, las partes pueden interponer un recurso de casación ante el Tribunal de Primera Instancia.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, decisión del 2-11-2004 por la que se crea el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea, en http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/es/oj/2004/l_333/l_33320041109es00070011.pdf.

CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. COOPERACIÓN INTERNACIONAL. CAPTURA INDEBIDA. DETENIDOS. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ACUSADO. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. COMPETENCIA (INTERNACIONAL).

1. A fines de abril de 2000, Dragan Nikolic fue arrestado por desconocidos en el territorio de la ex República Federal de Yugoslavia, actualmente República de Serbia y Montenegro, y consignado a la SFOR (Fuerza de Estabilización), que lo transfirió a La Haya.

2. En octubre de 2002, la Sala II de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (Tribunal) tuvo que pronunciarse sobre la legalidad del arresto y, en consecuencia, sobre la existencia o no de impedimentos para el ejercicio de su jurisdicción.

Rechazadas sus demandas, el arrestado impugnó ese pronunciamiento ante la Cámara de Apelaciones, que emitió su decisión el 5 de junio de 2003.

La Cámara destacó que se trataba de una cuestión nueva para el Tribunal, cuyo estatuto y reglamento conexo de procedimiento y prueba no ofrecen indicaciones al respecto. De allí la exigencia de considerar la práctica de los Estados, y por ello la distinta jurisprudencia de derecho interno. Se tomaron así en consideración los casos *Argoud*, *Stocke*, *Alvarez*, *Machain* y, también, *Jacob*, *Salomón*, *Ebrahim* y *Bennet*, en los cuales, a diferencia de los precedentes, se había declinado el ejercicio de la jurisdicción.

Particular atención se prestó -por la similitud- a los casos *Eichmann* y *Barbie*.

3. Aun reconociendo la imposibilidad de marcar una tendencia ni de generalizar, la Corte consideró que podía identificar dos principios que emergen de la práctica analizada de los Estados: “En primer lugar, en los procedimientos que se refieren a crímenes como el genocidio, a los otros crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, que son universalmente reconocidos y condenados como tales, los tribunales nacionales parecen individualizar, en la naturaleza particular de estos crímenes y, sin duda, en su gravedad, una buena razón para no declararse incompetentes. En segundo lugar, está facilitada la declaración de competencia en caso de que el Estado cuya soberanía sea violada no haya interpuesto alguna queja o en caso de que se haya alcanzado una solución diplomática”.

4. El Tribunal ha subrayado que los crímenes universalmente reconocidos representan objeto de preocupación para toda la comunidad internacional. Éste ha considerado legítima y justificada la pretensión de que los acusados de tales crímenes sean llevados frente a los jueces y que la responsabilidad por esos crímenes representa una condición necesaria para el cumplimiento de la justicia internacional, objetivo que “juega un papel clave en la reconciliación y en la reconstrucción fundadas en el derecho interno de los Estados y en la sociedad lacerada por conflictos internacionales e internos”.

El Tribunal también valoró que “el daño que causaría a la justicia internacional el hecho de que los prófugos, acusados de violaciones graves al derecho internacional humanitario, no fueran capturados, es comparativamente superior a aquél que se produjera a la soberanía del Estado a través de una injerencia limitada sobre su territorio, y en particular cuando esa injerencia opera por el incumplimiento de cooperación por parte del Estado considerado”.

5. Se debatió también la cuestión de la eventual incidencia de la violación de los derechos fundamentales de los acusados en el ejercicio de la jurisdicción. Salvo excepciones, el Tribunal consideró “desproporcionada” la solución que considera incompetente la jurisdicción investida, y que es necesario “mantener un justo equilibrio entre los derechos fundamentales del acusado y el interés primordial, para la comunidad internacional, de perseguir a personas consideradas responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario”.

Por tanto, no fueron violados los derechos del acusado y, en consecuencia, el Tribunal se encuentra facultado para ejercer su jurisdicción.

Nota de la Secretaría: la decisión interlocutoria concerniente a la legalidad del arresto del acusado, en el caso *The Prosecutor v. Dragan Nokolic*, se encuentra en <http://www.un.org/icty/Supplement/supp42-e/nikolic.htm>.

PISANI, Mario, “La regola ‘male captus...’ e i crimini internazionali”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milán, Giuffré, 2003, n° 3, pp.1063/1065.

EUTANASIA (FRANCIA).

Con fecha 3 de octubre de 2003, fue entregado al Ministro de Salud de Francia el “Quinto informe sobre el final de la vida”, elaborado por María de Hennezel, relativo al debate actual sobre la posibilidad de reglamentar el derecho de toda persona a solicitar que se ponga fin a sus días.

El informe indica que, por el peso de la soledad o de la vergüenza de estar disminuido, depender y ser una carga para otros, muchas personas cercanas a la muerte solicitan poner fin a sus vidas. Suele ocurrir que esas personas están expresando al mismo tiempo otros pedidos, casi en silencio, que es necesario descifrar: atención y presencia que confirme la permanencia de una identidad; compromiso recíproco del que va a depender la calidad del tiempo que vivan.

El debate sobre la eutanasia tiene un fuerte componente de ambigüedades, miedos e ideas ya superadas.

La *ambigüedad* está asociada al término “eutanasia”, que confunde tres modos de terminación de la vida: la limitación y el fin de terapias activas, los cuidados paliativos, y el acto voluntario de provocar la muerte. No puede entablarse el debate sin resolver antes esta confusión. Es necesario distinguir las limitaciones y el fin de tratamientos que resultaron inútiles o rechazados por el paciente, que corresponden a una buena práctica médica, de la eutanasia, que es el acto de provocar voluntariamente la muerte. Ésta, asimismo, debe distinguirse de las prácticas que pueden producir una muerte no deseada y que tienen por finalidad aliviar dolores insoportables.

Los *miedos* están relacionados con la angustia de morir en medio de sufrimientos extremos e insoportables, temor a la decadencia y dependencia, al abandono y a la soledad. Estos temores existen dentro del cuerpo social y especialmente en aquéllos que fueron testigos de agonías dolorosas mal acompañadas.

Finalmente, las *ideas ya superadas* están relacionadas con el argumento de que los cuidados paliativos no consiguen aliviar los dolores extremos. Se ignora que se realizaron inmensos progresos y que la medicina paliativa no abandona a una persona que sufre. Explora junto a ella todos los medios disponibles para aliviar los dolores, aun cuando signifique acortar la vida.

Cabe agregar que se presenta el tiempo de la muerte como una circunstancia desagradable, inútil, carente de sentido. Rara vez se lo exhibe como un momento importante, que contiene una dinámica relacional sorprendente cuyo desafío es tan primordial para el que muere como para quienes tendrán que vivir el duelo. Es el período de los últimos intercambios, y esto es vital.

Existe una falta de formación y una gran soledad del personal médico cuando se enfrenta a casos de muertes que no saben acompañar. Esto genera posiciones contradictorias: algunos piensan que es oportuno modificar la ley para “encuadrar” estas prácticas; otros consideran que no es necesario regular, sino ayudar al personal médico a cambiar sus prácticas y recurrir a los principios de la medicina paliativa. Tomando esta última perspectiva, convendría actuar en cuatro campos: el de la comunicación, suprimiendo las ambigüedades del debate e informando sobre los cuidados paliativos; el de la organización de los cuidados, reforzando la cantidad de psicólogos que puedan hacer frente a la fuerte carga emocional y angustia; el de la formación, creando una especialización en medicina paliativa y desarrollando una reflexión ética por parte de los médicos; finalmente, mejorar las prácticas del personal médico que enfrenta situaciones límite.

Por todo ello, no se trata de una ley que va a mejorar las conciencias ni disminuir la soledad de los médicos que están confrontados con casos difíciles de fin de la vida. Por el contrario, es de temer que frene los esfuerzos del personal médico para mejorar sus prácticas, para pensar sobre ellas y para crear una manera de ser humildes ante aquéllos que no pueden curarse.

DE HENNEZEL, Marie, “Mission ‘Fin de vie et accompagnement’”, en http://www.sante.gouv.fr/html/actu/hennezel/rapport_complet.pdf.

MENORES. RESPONSABILIDAD PENAL (ESPAÑA).

Con fecha 30 de agosto de 2004, fue publicado en el Boletín Oficial el Real Decreto 1774/2004, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Conforme a su art. 1, por menor se entiende toda persona que no haya cumplido 18 años, sin perjuicio de lo previsto en los arts. 4 y 15 de la Ley Orgánica, cuando sea aplicable. A lo largo de sus 85 artículos, el Reglamento aborda tres materias concretas: la actuación de la Policía Judicial y del equipo técnico, la ejecución de las medidas cautelares y definitivas, y el régimen disciplinario de los centros.

Transcurrido un año desde su entrada en vigor (seis meses después de la publicación), el Gobierno procederá a evaluar los resultados de su aplicación, consultando para ello a las comunidades autónomas, al Consejo General del Poder Judicial y al Fiscal General del Estado.

Nota de la Secretaría: el art. 4 de la Ley Orgánica 5/2000 dispone: “El artículo 19 del vigente Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, fija efectivamente la mayoría de edad penal en los dieciocho años y exige la regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores de dicha edad en una Ley independiente. También para responder a esta exigencia se aprueba la presente Ley Orgánica, si bien lo dispuesto en este punto en el Código Penal debe ser complementado en un doble sentido. En primer lugar, asentando firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable. En segundo término, la edad límite de dieciocho años establecida por el Código Penal para referirse a la responsabilidad penal de los menores precisa de otro límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en los

catorce años, con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado”. Por su parte, el art. 15 establece: “La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad, que, en consonancia con el artículo 25.2 de nuestra Constitución [*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la redacción y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad*], no podrá imponerse sin consentimiento del menor, consiste en realizar una actividad, durante un número de sesiones previamente fijado, bien sea en beneficio de la colectividad en su conjunto, o de personas que se encuentren en una situación de precariedad por cualquier motivo. Preferentemente, se buscará relacionar la naturaleza de la actividad en que consista esta medida con la de los bienes jurídicos afectados por los hechos cometidos por el menor. Lo característico de esta medida es que el menor ha de comprender, durante su realización, que la colectividad o determinadas personas han sufrido de modo injustificado unas consecuencias negativas derivadas de su conducta. Se pretende que el sujeto comprenda que actuó de modo incorrecto, que merece el reproche formal de la sociedad, y que la prestación de los trabajos que se le exigen es un acto de reparación justo”.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO del 30-8-2004, n° 209, *Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.*

MERCOSUR. CONSEJO DEL MERCADO COMÚN. IMPORTACIONES PROVENIENTES DE PAÍSES NO MIEMBROS. APLICACIÓN DE MEDIDAS DE SALVAGUARDIA (MERCOSUR).

El Consejo del Mercado Común, mediante la Decisión N° 07/04, estableció la vigencia de las Disposiciones Transitorias contenidas en el Capítulo XII del Reglamento Relativo a la Aplicación de Medidas de Salvaguardia a las Importaciones Provenientes de Países No Miembros del MERCOSUR, por un período de dos años contados desde la entrada en vigor del Reglamento (art. 1), y solicitó a los Estados Partes que instruyeran a sus respectivas representaciones ante la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) para que protocolizaran la Decisión en el marco del Acuerdo de Complementación Económica n° 18 (art. 2) y la incorporaran a sus ordenamientos jurídicos nacionales antes del 1° de enero de 2005 (art. 3).

No obstante, su aplicación será efectiva a partir de la vigencia del referido Reglamento.

SECRETARÍA ADMINISTRATIVA DEL MERCOSUR, MERCOSUR/CMC/DEC. N° 07/04, “Disposiciones Transitorias del Reglamento Relativo a la Aplicación de Medidas de Salvaguardia a las Importaciones Provenientes de Países No Miembros del MERCOSUR”, en *Boletín Oficial del Mercosur*, Montevideo, 2004, abril/junio, n° 29, p. 32.

MERCOSUR. CONSEJO DEL MERCADO COMÚN. RÉGIMEN DE ORIGEN (MERCOSUR).

El Consejo del Mercado Común (CMC), mediante la Decisión N° 01/04, aprobó el nuevo texto del “Régimen de Origen MERCOSUR” y solicitó a los Estados Partes que instruyeran a sus respectivas representaciones ante la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) para que protocolizaran la Decisión en el marco del Acuerdo de Complementación Económica n° 18 y la incorporaran a sus ordenamientos jurídicos nacionales antes del 15 de mayo de 2004.

El Régimen, a lo largo de sus cincuenta y dos artículos, divididos en diez capítulos, define las normas de origen del MERCOSUR, las disposiciones y las decisiones administrativas a ser aplicadas por los Estados Partes, a los efectos de: a) calificación y determinación del producto originario (arts. 2 a 10); b) emisión de los certificados de origen (documento que permite la comprobación del origen de las mercaderías) y los requisitos que deberán satisfacerse a los efectos de su presentación (arts. 11 a 17); c) verificación y control (arts. 18 a 44); y d) sanciones por adulteración o falsificación de los certificados de origen por no cumplimiento de los procesos de verificación y control (arts. 45 a 47).

En las Disposiciones Generales, se faculta a la Comisión de Comercio del MERCOSUR a modificar el presente Régimen por medio de Directivas (art. 48).

Por último, en las Disposiciones Finales, se determina que los Estados Partes que no hubieran incorporado las modificaciones realizadas por Resoluciones del Grupo Mercado Común en los plazos previstos, no podrán negarse a dar curso, en condiciones preferenciales, a las importaciones procedentes de los demás Estados Partes amparadas por certificados de origen válidos, basadas en divergencias de nomenclatura (art. 50). Asimismo, para acceder a los beneficios previstos en las Decisiones CMC n° 09/01 “Condiciones de Acceso en el Comercio Bilateral Brasil-Uruguay para productos provenientes de la Zona Franca de Manaus y la Zona Franca de Colonia” y n° 01/03 “Condiciones de Acceso al Comercio Bilateral Argentina-Uruguay del Área Aduanera Especial de Tierra del Fuego y la Zona Franca de Colonia”, y en el Acuerdo Bilateral Manaus-Tierra del Fuego, los productos deberán cumplir con el presente Régimen (art. 51).

SECRETARÍA ADMINISTRATIVA DEL MERCOSUR, MERCOSUR/CMC/DEC. N° 01/04, “Régimen de Origen MERCOSUR”, en *Boletín Oficial del Mercosur*, Montevideo, 2004, enero/marzo, n° 28, p. 51.

MERCOSUR. CONSEJO DE MERCADO COMÚN. VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS (MERCOSUR).

El Consejo de Mercado Común (CMC) aprobó la Decisión 22 de 2004, a los efectos de la vigencia y aplicación en los Estados Partes de las normas del MERCOSUR (decisiones, resoluciones y directivas) emanadas de los órganos con capacidad decisoria que no requieran aprobación legislativa. Para ello, se adoptará un procedimiento con arreglo al respectivo ordenamiento jurídico interno y teniendo en cuenta los lineamientos establecidos en el Anexo que forma parte de la decisión.

Los Estados Partes iniciarán o complementarán la implementación de aquel procedimiento en un plazo de noventa (90) días. A partir de la fecha en que los Estados lo adopten, todas las normas del MERCOSUR deberán incluir la fecha de su entrada en vigor.

La Secretaría del MERCOSUR no ha recibido aún información de ninguno de los cuatro Estados Partes.

SECRETARÍA ADMINISTRATIVA DEL MERCOSUR, MERCOSUR/CMC/DEC. N° 22/04, “Vigencia y aplicación de las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR”, en <http://www.mercosur.org.uy>.

MERCOSUR. GRUPO MERCADO COMÚN. ESTUPEFACIENTES. PUNTOS DE INGRESO Y EGRESO (MERCOSUR).

El Grupo Mercado Común (GMC), por Resolución N° 02/04, aprobó los puntos de ingreso y egreso de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en los Estados Partes del MERCOSUR (art. 1), estableció el mecanismo a seguir cuando se produzca alguna modificación de los puntos aprobados (art. 2) y determinó quiénes serán los organismos de cada Estado Parte encargados de poner en vigencia las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la normativa (art. 3).

Asimismo, dispuso que los Estados Partes la incorporaran a sus ordenamientos jurídicos nacionales antes del 1° de julio de 2004.

A partir de su vigencia, se deroga la Resolución GMC N° 24/98.

SECRETARÍA ADMINISTRATIVA DEL MERCOSUR, MERCOSUR/GMC/RES. N° 02/04, “Puntos de Ingreso/Egreso de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”, en *Boletín Oficial del Mercosur*, Montevideo, 2004, abril/junio, n° 29, p. 108.

MERCOSUR. NORMATIVA. CONSEJO DEL MERCADO COMÚN. GRUPO MERCADO COMÚN. COMISIÓN DE COMERCIO (MERCOSUR).

1. Consejo del Mercado Común:

Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR (creación) (DEC n° 11/03). Reunión de Ministros de Turismo (creación) (DEC n° 12/03). Designación de los Consultores Técnicos para el Sector de Asesoría Técnica de la Secretaría del MERCOSUR (DEC n° 13/03). Designación del Presidente de la Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR (DEC n° 14/03). Presupuesto de la Presidencia de la Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR (DEC n° 15/03). Acuerdo para la Creación de la “Visa MERCOSUR” (DEC n° 16/03). Régimen de Certificación de Mercaderías Originarias del MERCOSUR Almacenadas en Depósitos Aduaneros de unos de sus Estados Partes (DEC n° 17/03). Régimen de Origen MERCOSUR (DEC n° 18/03). Reunión de Ministros de Medio Ambiente (creación) (DEC n° 19/03). Estrategia Regional para el Control del Tabaco en el MERCOSUR (DEC n° 20/03). Estrategia Regional para el Control del Tabaco en el MERCOSUR y en la República de Chile (DEC n° 21/03). Cuarta Ronda de Negociación de Compromisos Específicos en Materia de Servicios (DEC n° 22/03).

1.1. Recomendaciones

Aprobación y Ejecución de Proyectos en el Área de Frontera (REC n° 01/02).

2. Grupo Mercado Común:

Requisitos y Certificados Zoosanitarios para el Intercambio de Animales Bovinos y Bubalinos entre los Estados Partes del MERCOSUR (deroga RES. GMC N° 50/96) (RES n° 41/02). Requisitos y Certificados Zoosanitarios para el Intercambio de Animales Caprinos entre los Estados Partes del MERCOSUR (deroga RES. GMC N° 65/94) (RES n° 42/02). Requisitos Zoosanitarios para la Habilitación de Centros de Colecta y Procesamiento de Semen Bovino y Bubalino y Certificado Zoosanitario para la Comercialización de Semen de estas Especies entre los Estados Partes del MERCOSUR (deroga RES. GMC N° 68/94) (RES n° 43/02). Criterios para el establecimiento de Tasas por la Emisión de Certificado de Libre Plástica y Desratización / Exención de la Desratización (RES n° 44/02). Pautas Negociadoras del Subgrupo de Trabajo N° 6 “Medio Ambiente” (RES n° 45/02). Pasaporte Sanitario Equino

(deroga RES. GMC N° 07/96) (RES n° 46/02). Requisitos para la Certificación No Definitiva de Lotes de Semillas Botánicas de la Clase/Categoría Certificada (RES n° 47/02). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre Lista de Sustancias que los Productos de Higiene Personal, Cosméticos y Perfumes no deben contener, excepto en las Condiciones y con las Restricciones Establecidas (derogación de las RES. GMC Nros. 26/95 y 07/99) (RES n° 48/02). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre Buenas Prácticas de Distribución de Productos Farmacéuticos (RES n° 49/02). Contratación de Servicios de Tercerización para Productos Farmacéuticos en el Ámbito del MERCOSUR (RES n° 50/02). Modificación de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común (RES n° 51/02). Estándar 3.7 Requisitos Fitosanitarios Armonizados por la Categoría de Riesgo para el Ingreso de Productos Vegetales, 2da. Revisión (RES n° 52/02). Procesos de Acreditación para la Certificación de Semillas y Certificación de Semillas Botánicas en la Región (RES n° 53/02). Reglamento Técnico MERCOSUR para Empresas Especializadas en la Prestación de Servicios de Desinfestación, Desinfección, Higienización y Limpieza (RES n° 54/02). Arancel Externo Común (RES n° 55/02). Directrices para la Elaboración y Revisión de Reglamentos Técnicos MERCOSUR y Procedimientos MERCOSUR para la Evaluación de la Conformidad (derogación de las RES. GMC Nros. 152/96 y 7/01) (RES n° 56/02). Modificación de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común (RES n° 57/02). Presupuesto Correspondiente al Ejercicio 2003 (RES n° 58/02). Estructura y Funcionamiento de la Secretaría del MERCOSUR (RES n° 01/03). Asignación de Gastos de Traslado e Instalación del Director de la SM (RES n° 02/03). Arancel Externo Común (RES n° 03/03). Modificación de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común (RES nros. 04 y 05/03). Procedimientos Mínimos de Inspección Sanitaria en Embarcaciones que Navegan por los Estados Partes del MERCOSUR (RES n° 06/03). Inclusión de Síndrome Respiratorio Agudo Grave (SARS) en el Listado y Definición de Enfermedades de Notificación Obligatoria entre los Estados Partes del MERCOSUR (RES n° 07/03). Procedimientos de Vigilancia Epidemiológica y Sanitaria en Medios de Transporte y Áreas de Puertos, Aeropuertos, Terminales y Puntos de Frontera en el MERCOSUR con relación al Síndrome Respiratorio Agudo Grave (RES n° 08/03). Declaración de Salud del Viajero en el MERCOSUR (RES n° 09/03). Reglamento Técnico MERCOSUR para el Procedimiento de Muestreo y Tolerancias para Lotes de 5 a 49 Unidades en Productos Premedidos Comercializados en Unidades de Longitud y/o Número de Unidades (RES n° 10/03). Conferencia Regional de Empleo (RES n° 11/03). Derogación RES. GMC N° 69/94 “Normas Sanitarias y Certificado Zoosanitario Único para el Intercambio Regional de Équidos (Equíferos)” (RES n° 12/03). Modificación de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común (RES nros. 13, 14, 15, 16, 19, 20, 21 y 23/03). Programa de Capacitación de Inspectores para Verificación del Cumplimiento del Reglamento Técnico MERCOSUR de Medicina Transfuncional (RES n° 17/03). Estructura y Funcionamiento de la Secretaría del MERCOSUR (Modificación de la RES. GMC N° 01/03) (RES n° 18/03). Tratamiento Aduanero Aplicado al Ingreso y Circulación en los Estados Partes del MERCOSUR de Bienes Destinados a las Actividades Relacionadas con la Intercomparación de Patrones Meteorológicos, Aprobados por los Organismos Competentes (RES n° 22/03). Glosario de Términos Relativos a Evaluación de la Conformidad (RES n° 24/03). Directrices para la Celebración de Acuerdos de Reconocimiento de Sistemas de Evaluación de la Conformidad (RES n° 25/03). Reglamento Técnico MERCOSUR para Rotulación de Alimentos Envasados (deroga la RES. GMC N° 21/02) (RES n° 26/03). Criterios y Lineamientos para la Evaluación y Reconocimiento de Sistemas de Producción de Materiales de Propagación (RES n° 27/03). Niveles de Tolerancias de Campo y Laboratorio Armonizados para las Diferentes Categorías en la Certificación de Semillas Botánicas de Once Especies (RES n° 28/03). Deroga RES. GMC N° 41/02 “Requisitos y Certificados Zoosanitarios para el Intercambio de Animales Bovinos y Bubalinos entre los Estados Partes

del MERCOSUR” (RES n° 29/03). Requisitos Zoosanitarios para el Intercambio de Animales Bovinos y Bubalinos para Reproducción entre los Estados Partes del MERCOSUR (RES n° 30/03). Requisitos Zoosanitarios para el Intercambio de Bovinos para Recría y Engorde entre los Estados Partes del MERCOSUR (RES n° 31/03). Requisitos Zoosanitarios para el Intercambio de Bovinos para Faena Inmediata entre los Estados Partes del MERCOSUR (RES n° 32/03). Deroga Resolución GMC N° 74/99 “Estándar Fitosanitario: Lineamientos para la Identificación de Plagas no Cuarentenarias Reglamentadas (PNCR) y Establecimiento de sus Requisitos Fitosanitarios (RES n° 33/03). Sub-Estándar 3.7.10 - “Requisitos Fitosanitarios para *Lolium* sp., según País de Destino y Origen para los Estados Partes del MERCOSUR (RES n° 34/03). Sub-Estándar 3.7.11 - “Requisitos Fitosanitarios para *Lotus* sp., según País de Destino y Origen para los Estados Partes del MERCOSUR (RES n° 35/03). Sub-Estándar 3.7.18 - “Requisitos Fitosanitarios para *Solanum tuberosum* (papa), según País de Destino y Origen para los Estados Partes del MERCOSUR (RES n° 36/03). Sub-Estándar 3.7.20 - “Requisitos Fitosanitarios para *Ananas comosus* (piña, ananá), según País de Destino y Origen para los Estados Partes del MERCOSUR (RES n° 37/03). Sub-Estándar 3.7.25 - “Requisitos Fitosanitarios para *Gossypium* sp. (algodón), según País de Destino y Origen para los Estados Partes del MERCOSUR (RES n° 38/03). Sub-Estándar 3.7.27 - “Requisitos Fitosanitarios para *Oryza sativa* (arroz), según País de Destino y Origen para los Estados Partes del MERCOSUR (RES n° 39/03).

3. Comisión de Comercio:

Acciones puntuales en el ámbito arancelario por razones de abastecimiento (DIR n° 06/03). Reglamento del Área de Control Integrado Clorinda (AR) - Puerto Falcon (PY), ambas cabeceras (DIR n° 07/03). Reglamento del Área de Control Integrado Santa Helena (BR) - Puerto Indio (PY), cabecera única en Santa Helena (BR) (DIR n° 08/03).

SECRETARÍA ADMINISTRATIVA DEL MERCOSUR, “Normativa”, en *Boletín Oficial del Mercosur*, Montevideo, nros. 25, 26 y 27, abril/junio, julio/septiembre y octubre/diciembre 2003, pp. 15/211, 17/99 y 17/215, respectivamente.

METODOLOGÍA JURÍDICA. REDACCIÓN DE SENTENCIAS (BÉLGICA).

La Asociación Sindical de Magistrados de Bélgica publicó un libro titulado *Decir el derecho y ser entendido: ¿cómo hacer más accesible el lenguaje judicial? Vademécum para la redacción de sentencias*. El objetivo de la obra es formular propuestas concretas a los magistrados a fin de que el lenguaje judicial sea más accesible para los justiciables. No se trata de que todas las decisiones judiciales puedan ser entendidas por cualquier persona, sino de que el mayor número de ellas las entienda.

Si un magistrado quiere simplificar el lenguaje que utiliza, debería, en primer lugar, cambiar de actitud: adoptar el punto de vista del lector, o sea, de las partes que leen la decisión judicial. Si el justiciable entiende la sentencia, el diálogo con su abogado será más fructífero. El rol del abogado es el de aconsejar a su cliente, no el de descifrar una sentencia como si estuviera escrita en lengua extranjera.

1. La estructura de la sentencia

En primer lugar, sería necesario que el lector distinga claramente la decisión de la motivación. La fórmula tradicional “por estos motivos” no es generalmente comprendida por los justiciables. Convendría, por lo tanto, utilizar un título explícito y claro, como “Decisión”. Asimismo, sería importante que el justiciable identifique la parte dispositiva. Para ello, resultaría conveniente colocarla al comienzo de la sentencia, justo después de la indicación de

la identidad de las partes. De tal forma, habría que empezar por lo que interesa realmente al justiciable, que en muchas ocasiones lee una sentencia por primera vez, resultándole extremadamente difícil separar lo central de lo accesorio. Si esta nueva estructura parece demasiado revolucionaria, se propone conservar la forma tradicional, pero resaltando tipográficamente la parte dispositiva.

En lo relativo a la motivación, conviene incluir subtítulos para que se vean las subdivisiones, y éstos deberían ser pensados para ser leídos por el justiciable y no por el letrado. Así, en un juicio sobre locación, el título “alquileres adeudados” es preferible antes que “demanda principal”. La primera parte de la motivación, que corresponde a los hechos, debería respetar estrictamente el orden cronológico y resaltar las fechas. La segunda parte, la exposición de las demandas y los argumentos, debería ser tratada de tal forma que se distingan bien los argumentos de cada una de las partes. Sería mejor hacer subdivisiones. De esta forma, el lector podría guiarse en el texto y el juez controlar que trató todos los puntos. En la tercera parte, la discusión, sería necesario separar la opinión de las partes de la del juez: el justiciable podría confundirlas.

Actualmente, toda sentencia comienza con una larga serie de indicaciones procesales, como ser la cronología de los actos de procedimiento, verificación de la regularidad del procedimiento, opinión del Ministerio Público, entre otras. Si bien estas indicaciones son necesarias, corresponde recordar que el profano ignora que esta parte es esencialmente formal y que no tiene relación con el contenido de la decisión. Es preferible, por lo tanto, colocar todas estas indicaciones al final del fallo, o bien mantenerlas al comienzo, pero en letra de menor tamaño.

2. El contenido de la información

Se recomienda poner las referencias de doctrina y jurisprudencia como nota al pie de página o al final de la sentencia. Estas referencias, cuando están entre paréntesis, hacen que el texto sea pesado de leer y aun pierda coherencia cuando en una misma frase se realizan varias citas.

Interesa, asimismo, tener un tono neutro y objetivo, ya que muchas veces las sentencias tienen connotaciones moralizantes que no agregan nada a la resolución del conflicto. La designación de las personas debe hacerse según las reglas de uso. Así, no corresponde referirse a X, sino al Sr. X. Finalmente, es aconsejable ser claro en la parte dispositiva: decir quién debería pagarle qué a quién; si se contabilizan intereses, indicar claramente cuál es el monto y a partir de cuándo deben ser pagados.

3. El vocabulario

En este sentido, se propone la supresión de los arcaísmos, que pueden ser substituidos por locuciones actuales. Las expresiones latinas son incomprensibles para la mayoría de la gente y generalmente se emplean mal. Se aconseja traducirlas. Así, *de cuius* podría ser substituido por “el difunto”, o *intuitu personae*, por “en consideración de la persona”.

En el caso de las palabras técnicas del lenguaje jurídico, de no ser posible reemplazarlas por una palabra de uso común o una perífrase, conviene agregarles entre guiones la explicación de su sentido o bien el significado mediante la expresión “o sea”.

Los términos “el demandante” y “el defensor” no son indispensables. Hacen que el texto se torne particularmente difícil de entender. La confusión es aún mayor cuando se emplean expresiones como “el intimado” o “el apelante en incidente”. Todos estos términos deberían ser reemplazados por el nombre de la persona en cuestión. Si varias personas son parte, convendría llamarlas por su calidad común en el proceso: los locatarios, los trabajadores, etc., o, eventualmente, “Sr. X y los otros demandantes...”.

La preocupación de expresarse en un estilo elegante hace que muchas veces se utilicen sinónimos para evitar la repetición frecuente de una misma palabra. Sin embargo, el empleo de

dos términos diferentes para una misma noción jurídica presenta el grave peligro de que el justiciable busque el matiz, sin que exista. Por lo tanto, sería mejor no utilizar dos palabras para una realidad jurídica análoga.

4. Adoptar el punto de vista del justiciable

Al redactar la sentencia, sería conveniente adoptar el punto de vista del lector. Para ello, habría que tratar de tomar distancia con respecto a la propia producción, releendo el proyecto de sentencia como si lo hiciera un no iniciado en el Derecho y preguntándose la conveniencia de utilizar determinada palabra o la necesidad de desarrollar determinada argumentación jurídica. También sería oportuno dejar descansar la sentencia y releerla unos días después.

ASSOCIATION SYNDICALE DES MAGISTRATS, *Dire le droit et être compris. Comment rendre le langage judiciaire plus accessible? Vade-mecum pour la rédaction de jugements*, Bruselas, Bruylant, 2003, 111 pp.

PENA DE MUERTE. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO PARA IMPUGNAR LA PENA. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA (OEA).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) opinión consultiva sobre si es congruente con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención) y con las correspondientes protecciones de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Declaración) que los Estados adopten medidas legislativas o de otra índole que niegan a los condenados a muerte el acceso a recursos judiciales o a otros recursos efectivos para impugnar la sanción impuesta.

La posición de la Comisión es que las medidas legislativas de esa naturaleza serían manifiestamente incompatibles con las disposiciones de la Convención y la Declaración, considerando de vital importancia, para la protección del derecho a la vida y de otros derechos fundamentales, la postura de la Corte. Esto responde a la reciente evolución legislativa de la región de la comunidad del Caribe, que impide que los condenados a muerte impugnen ese castigo con base en la defensa de los derechos humanos.

La Comisión recalca que su propósito no es reabrir la cuestión de si las leyes sobre sentencias obligatorias de pena de muerte son compatibles con la Convención. Esta cuestión fue decidida por la Corte en el caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros c. República de Trinidad y Tobago* y ha sido materia de numerosas decisiones. La Comisión solicita una determinación en cuanto a la interpretación y aplicación de la Convención y la Declaración respecto de las medidas legislativas adoptadas por los Estados Partes conforme a las cuales se consideraría que la pena de muerte obligatoria y otras medidas relacionadas con la pena capital son compatibles con sus constituciones nacionales, eliminando así toda posibilidad de impugnarlas judicialmente.

En el contexto del sistema interamericano, junto con los principios más importantes que lo sustentan, estas medidas -al limitar el acceso de los condenados a los tribunales locales y a órganos como la Comisión y la Corte- constituirían un ataque contra los mecanismos nacionales e internacionales de protección de los derechos fundamentales.

Nota de la Secretaría: un resumen del fallo *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros c. República de Trinidad y Tobago* puede verse en *investigaciones* 1 (2002), p. 107.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) respecto de las medidas legislativas o de otra índole que niegan un recurso judicial u otro recurso efectivo para impugnar la pena de muerte (Artículos 1.1, 2, 4, 5, 8, 25, 29 y 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, en <http://www.corteidh.or.cr>.

PODER LEGISLATIVO. LEGISLACIÓN CONSTITUCIONAL. CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL (PERÚ).

El 31 de mayo de 2004 fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el Código Procesal Constitucional adoptado por el Congreso de la República mediante ley n° 28.237.

Esta norma contiene disposiciones generales y particulares de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data, de cumplimiento, de acción popular y el de inconstitucionalidad. Existe un título particular sobre jurisdicción internacional y otro sobre el Tribunal Constitucional.

En el título correspondiente a la jurisdicción internacional, quedan expresamente establecidos los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución o tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado, a saber: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen a Perú.

A su vez, hace expresa mención a la obligatoriedad de la ejecución de las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido el Estado, sin necesidad de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno para su validez y eficacia. El sistema previsto consiste en la comunicación directa de esas resoluciones por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Poder Judicial, quien las remitirá al tribunal donde se agotó la jurisdicción nacional, y dispondrá su ejecución por el juez competente, de acuerdo con lo previsto por una ley nacional que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales.

La normativa de este código también especifica la obligación de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional de cooperar con esos organismos remitiendo la documentación o todo elemento que, a juicio del organismo internacional, fuere necesario para resolver mejor el asunto sometido a su competencia.

El código entró en vigencia, de conformidad con la disposición transitoria segunda, el 30 de noviembre de 2004.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, ley n° 28.237, en *El Peruano*, Lima, 31 de mayo de 2004, p. 269424.

TRATADOS INTERNACIONALES (ARGENTINA).

El 15 de septiembre de 2003, de conformidad con lo dispuesto por la ley n° 24.080, fueron publicados en el Boletín Oficial los siguientes tratados o convenciones internacionales en los que la Nación es parte:

1. Instrumentos bilaterales que requieren aprobación legislativa

Convenio de Cooperación Cultural y Educativa entre la República Argentina y la República de Albania, firmado en Buenos Aires el 11 de mayo de 2000, aprobado por ley 25.490 (en vigor: 23 de julio de 2003).

2. Instrumentos bilaterales que no requieren aprobación legislativa

2.1. Protocolo Adicional para actualizar el Convenio Básico sobre Cooperación Económica, Industrial, Tecnológica y Comercial entre la República Argentina y la República Bolivariana de Venezuela, firmado en Buenos Aires el 19 de agosto de 2003 (en vigor: 19 de agosto de 2003).

2.2. Cartas de intención entre la República Argentina y la República Bolivariana de Venezuela: a) para la modernización y suministro de implementos, maquinaria y tecnología agroindustrial y alimentaria; b) para evaluar la instalación de centros o módulos de medicina nuclear de origen argentino en la República Bolivariana de Venezuela; y c) en materia de productos agroalimentarios básicos, firmadas en Buenos Aires el 19 de agosto de 2003 (en vigor: 19 de agosto de 2003).

2.3. Acuerdos por canje de notas entre los gobiernos de la República Argentina y de la República Federal de Alemania sobre los proyectos: “Desarrollo Sustentable en Zonas Áridas y Semiáridas de la Argentina mediante la lucha contra la desertificación”, “Programa de fomento de la protección medioambiental urbano-industrial”, y “Manejo Sostenible de los Recursos Naturales en el Chaco Sudamericano”, firmados en Buenos Aires el 20 de agosto de 2003 (en vigor: 20 de agosto de 2003).

3. Instrumentos multilaterales

3.1. Acuerdo para Promover el Cumplimiento de las Medidas Internacionales de Conservación y Ordenación por los Buques Pesqueros que Pescan en Alta Mar, firmado el 24 de noviembre de 1993, aprobado por ley 24.608 (en vigor: 24 de abril de 2003).

3.2. Convención del Unidroit sobre Objetos Culturales Robados o Exportados Ilegalmente, firmada en Roma el 4 de junio de 1995, aprobada por ley 25.257 (en vigor: 1° de enero de 2003).

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO,
publicación conforme ley n° 24.080, en *Boletín Oficial*, 15-9-2003, n° 30.234, p. 15.

ESTUDIOS

LA CENSURA JUDICIAL²

por Augusto César Belluscio

SUMARIO: I. *LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES ARGENTINOS; SUS ANTECEDENTES.* — II. *ORIGEN DE LA CENSURA.* — III. *LA INTERPRETACIÓN DE LOS TEXTOS ARGENTINOS.* — IV. *LA CENSURA JUDICIAL. LOS TEXTOS INTERNACIONALES Y LA JURISPRUDENCIA EUROPEA.* — V. *LA JURISPRUDENCIA AMERICANA.* — VI. *LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA.* — VII. *CONCLUSIÓN.*

I. *LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES ARGENTINOS; SUS ANTECEDENTES*

La Constitución de la República Argentina, desde su texto originario de 1853-60, contiene tres disposiciones que resultan aplicables a la determinación de si es admisible la censura judicial: el art. 14, según el cual todos los habitantes de la Nación gozan, entre otros, del “*derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...*” conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, el 32, que establece que “*el Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal*”, y el 33, que añade que “*las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”.

El texto de 1853-60 reconoce como primer antecedente el Reglamento para la Libertad de Imprenta dictado por la Primera Junta de Gobierno el 20 de abril de 1811, en cuyo art. 1° se disponía que todos los cuerpos y personas particulares tienen libertad de “*escribir, imprimir, y de publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión y aprobación alguna anteriores a la publicación*”. En el art. 2° se decretaba la abolición de los antiguos Juzgados de Imprenta y se disponía que los autores o editores serían responsables del abuso de aquella libertad. Finalmente, en el art. 6° se establecía la salvedad de que todos los escritos en materia de religión quedaban sujetos a la “*censura previa de los ordinarios eclesiásticos, según lo establecido en el Concilio de Trento*”, en virtud del cual el Papa Pío IV hizo publicar por primera vez, en 1564, el “Index” con la nómina de las obras impresas cuya publicación y lectura estaban prohibidas por la Iglesia de Roma. Ese texto inicial fue seguido por el decreto del Primer Triunvirato del 26 de octubre de 1811, en el que se reiteró la libertad de todo hombre de “*publicar sus ideas libremente y sin censura previa*”, es decir, sin hacer referencia ya a las “*ideas políticas*”, y manteniendo la censura previa en materia religiosa. Además, dispuso la creación de una “Junta Protectora de la Libertad de Imprenta”, cuya función era examinar los textos ya publicados para determinar si el papel que había dado lugar a alguna reclamación tenía mérito para ser remitido a los tribunales judiciales. El Estatuto Provisional de 1815 y el Reglamento Provisorio sancionado por el Congreso de las Provincias Unidas del Sud de 1817 reprodujeron, a su turno, las disposiciones del decreto sobre libertad de imprenta de 1811, las que también fueron incluidas en los textos de las constituciones de 1819 y 1826, antecedentes de la Constitución de 1853-60.

II. *ORIGEN DE LA CENSURA*

² Con la colaboración de la Dra. María Laura Funes.

Las modalidades con que los reyes medievales y las monarquías absolutas imponían la censura previa a las ideas eran, en resumidas cuentas, tres:

a) La licencia real previa a la instalación de imprentas y publicaciones. La Corona retenía como parte de la autoridad real la libertad de permitir o rechazar la instalación y utilización de las imprentas, que conllevaba para los titulares de la licencia el poder de requisar y destruir toda imprenta o publicación hecha por terceros. Además, la Corona se reservaba el derecho de censurar el contenido de las publicaciones hechas con licencia real. En Francia, la primera imprenta fue establecida en los sótanos de la Sorbona en 1470 y en Inglaterra la primera licencia fue concedida en 1476 a un grupo de aproximadamente 90 imprenteros de Londres. Desde los tiempos de la Reina Elizabeth I nada podía ser publicado sin que previamente hubiera sido visto, examinado y admitido por el arzobispo de Canterbury o por el obispo de Londres. La prerrogativa de la censura previa que resultaba del requisito de licencia era ejercida por los reyes en nombre de la Iglesia Católica, y se hacía efectiva mediante la requisita y destrucción por medio del fuego de todas las obras no autorizadas o prohibidas, listadas en el Index. El mismo método utilizó a su turno Lutero, que en 1520 quemó en la hoguera la Bula que decretaba su excomunión, junto con las Decretales y otros textos del derecho canónico.

b) El segundo modo de controlar el contenido del discurso oral e impreso era el ejercicio de las acciones por difamación, expresión tomada del derecho eclesiástico. La ley “*De Scandalis Magnatum*” (1275) imponía prisión a todo aquel que relatará historias falsas relacionadas con los prelados, duques, condes, barones y demás grandes hombres del reino, porque se consideraba que tales historias constituían motivo de discordia entre el Rey y su pueblo, de la que inevitablemente provenía la subversión del orden natural de las cosas. Las leyes de esta clase, antes que defender la reputación personal de la corona y de los nobles, constituían el medio de impedir la revuelta política y la propagación de las ideas contrarias al poder absoluto. El juicio de estos delitos correspondía a la Star Chamber, directamente dependiente del Rey. En cambio, la reputación de las personas ordinarias, es decir, de los villanos, correspondía originariamente a los clérigos y, en caso de ofensas o difamación, el responsable debía retractarse públicamente en el atrio frente a los clérigos y parroquianos. Esta jurisdicción eclesiástica, relacionada con el orden y estado espiritual de los ofensores y ofendidos y la moral de la comunidad, fue paulatinamente pasando a manos de los tribunales ordinarios, que administraban justicia en nombre del Rey.

c) La tercer modalidad de imponer el poder absoluto e impedir la propagación de cualquier idea contraria a él tenía lugar mediante la aplicación de las leyes de traición, que penaban con la muerte “imaginar o planificar la muerte del Rey” tanto como ayudar a sus enemigos. Por aplicación de una ley de este tipo, el imprentero John Twyn fue ahorcado y descuartizado en razón de haberse descubierto en su domicilio pruebas de imprenta de un libro en el que se sostenía que el Rey debía ser responsable de sus actos ante el pueblo.

Sin embargo, después de las revueltas campesinas, la separación del poder temporal del espiritual, la reforma, la abolición de los monopolios y demás transformaciones políticas de la época, para 1769 Blackstone, en sus Comentarios a las Leyes de Inglaterra, reflejaba la idea ya establecida de que la libertad de imprenta consiste en no imponer restricciones previas sobre las publicaciones. Sujetar a la prensa al poder restrictivo de una “licencia” o permiso previo, decía, es “sujetar” toda la libertad de opinión a los prejuicios de un solo hombre y convertirlo en el juez arbitrario e infalible de todos los puntos controvertidos en materia de educación, religión y gobierno.

Esta breve reseña de los orígenes de la censura pone en evidencia que el control de la prensa tuvo desde su génesis propósitos políticos, aunque a veces estuvieran encubiertos, como en el caso de la necesidad de licencia previa, la sujeción a la autoridad eclesiástica, o por la vía indirecta de la represión de los delitos de la supuesta o real afectación de la reputación de los personajes públicos. El control de la prensa en materia de “educación, religión y

gobierno”, como decía Blackstone, sintetiza la idea de que la censura como medida de control sobre la prensa tuvo, como aún lo tiene, el propósito de controlar y dominar políticamente el espacio de lo público, definido por oposición a lo que constituye la esfera de la vida privada de los particulares.

Esta tensión entre la libertad de prensa -entendida como prohibición de control sobre el discurso, es decir, sobre la palabra y sobre los medios alternativamente utilizados para su transmisión- y la protección del ámbito de lo privado de cada individuo -cuya libre extensión y desarrollo constituye la justificación misma de las instituciones políticas y explica la existencia de la autoridad pública como tal- constituye el tema constante de todas las decisiones que deben tomar los jueces cuando se pretende que, acción judicial mediante, censuren las palabras o expresiones concretamente cuestionadas.

Por esta razón es indispensable examinar los razonamientos sucesivamente utilizados por los tribunales en la búsqueda de reglas de decisión justas, esto es, que aseguren la vigencia efectiva de la pluralidad de opiniones inherente a toda sociedad que se pretenda democrática, y garanticen el respeto, también indispensable, de la esfera de la vida privada del individuo; ya que en definitiva la democracia liberal, que es el sistema de gobierno común a todos los países de la región, es el único sistema en el cual los individuos se gobiernan a sí mismos conservando plenamente su individualidad.

III. LA INTERPRETACIÓN DE LOS TEXTOS ARGENTINOS

Una interpretación literal y aislada del texto del art. 14 conduciría a dos conclusiones: la primera, que el derecho se limita a la publicación de ideas u opiniones, lo que excluiría las noticias o informaciones; la segunda, que ese derecho es susceptible de ser reglamentado; la última, que solamente está protegida la prensa escrita -libros, folletos, periódicos, etc.- mas no los otros medios de divulgación de informaciones o ideas. Sin embargo, ninguna de esas conclusiones sería correcta. En primer lugar, porque el contenido de las normas adoptadas se explica por la preocupación de los constituyentes de desterrar la persecución ideológica que había imperado en la Argentina durante las primeras décadas de vida independiente; y, luego, porque no podían prever el ulterior desarrollo de los medios de comunicación.

Que la protección constitucional no se limita a la publicación de ideas resulta del art. 32, que alude a la libertad de imprenta en general; de la primacía otorgada por esta disposición a dicha libertad resulta también que no es susceptible de reglamentación a pesar de la disposición general del art. 14. Por tanto, cabe establecer como principio fundamental del sistema constitucional argentino, que las garantías que rodean al derecho de prensa impiden a las autoridades públicas controlar las noticias, relatos, opiniones e ideas antes de su impresión, como así también toda acción u omisión que restrinja la publicación y la circulación de la prensa. Lo dicho respecto de la libertad de prensa es aplicable a la libertad de expresión en general, no sólo por el carácter enunciativo de las garantías establecido en el art. 33 sino también porque una interpretación dinámica del texto constitucional obliga a incluir a los medios de comunicación distintos de la prensa que no existían al tiempo de sancionarse la Constitución ni podía ser previsible para los constituyentes que apareciesen luego, y cuya importancia es similar a la prensa escrita. De ahí que queden comprendidos la radiofonía, la televisión, internet, los espectáculos públicos -teatro y cinematografía-, la exhibición de imágenes, las grabaciones de palabras o sonidos, etc.

Cabe recordar que en varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia argentina ha afirmado que entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que tienen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal. La Constitución protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica.

Es posible también preguntarse si corresponde aplicar las limitaciones que resultarían del art. 13, incisos 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establecen respectivamente que “*los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia...*” y que “*estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional*”.

A ese respecto, corresponde señalar en primer término que la reforma de 1994 estableció en el nuevo art. 75, inc. 22, la “*jerarquía constitucional*” de ese y otros tratados internacionales de derechos humanos, añadiendo que no derogan “*artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*”. Por tanto, en modo alguno podría aceptarse que la convención limite la libertad de expresión asegurada por los textos internos. De todos modos, la objeción a un espectáculo únicamente podría tener lugar una vez realizada su primera representación, con lo que la prohibición ulterior no tendría el carácter de “previa”; en cuanto a la propaganda bélica y la apología del odio, sólo podrían ser reprimidas una vez producidas.

IV. LA CENSURA JUDICIAL. LOS TEXTOS INTERNACIONALES Y LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

Los textos fundamentales a la luz de los cuales corresponde examinar la posibilidad de la censura judicial, esto es, la censura impuesta por vía de una resolución o sentencia judicial fundada en ley, son la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Europea sobre Derechos Humanos, y, asimismo, sus interpretaciones respectivamente formuladas por la Corte Interamericana y la Corte Europea de Derechos Humanos.

El art. 13 de la Convención Americana dispone que el ejercicio del derecho de libertad de pensamiento y de expresión, que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole a través de cualquier procedimiento “*no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores*” expresamente fijadas por la ley. Sólo admite la censura previa en materia de espectáculos públicos con el exclusivo objeto de regular el acceso para la protección moral de la infancia y la adolescencia, aunque podría considerarse otra excepción a este principio el inciso 5°, que prohíbe toda propaganda en favor de la guerra y la apología del odio nacional, racial o religioso que incite a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas.

Por su parte, la Convención Europea no reconoce la misma explícita prohibición absoluta de censura previa que el sistema interamericano, ya que, sin perjuicio de prohibir la injerencia de la autoridad estatal, establece que el ejercicio de las libertades de opinión y de recibir o comunicar informaciones o ideas podrá ser sometido a ciertas formalidades, consideraciones, restricciones o sanciones previstas por la ley que constituyan medidas necesarias para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial. Sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sido renuente a permitir restricciones previas a la libre expresión, como lo ilustran las sentencias dictadas en los siguientes casos:

a) *Observer and Guardian c. Reino Unido* (Serie A N° 216) y ***Sunday Times c. Reino Unido*** (Serie A N° 217), del 26 de noviembre de 1991.

“Spycatcher” era un libro, publicado en Estados Unidos, que contenía las memorias de un ex alto miembro del Servicio de Seguridad Británico (MI5). Dicho libro versaba sobre la organización operativa, los métodos y el personal de MI5 e incluía un relato de presuntas actividades ilegales del Servicio de Seguridad. Ante una orden judicial basada en fundamentos de seguridad nacional que impedía la publicación de información obtenida del libro, los periódicos ingleses denunciaron ante la Corte que aquélla constituía una restricción incompatible con la libertad de expresión. La Corte Europea llegó a la conclusión de que la orden no podía considerarse necesaria para la protección de la seguridad nacional debido a que la confidencialidad del material se había destruido por la publicación del libro en otro país; por lo tanto, era incompatible con la libertad de expresión.

b) *Sunday Times*³, también conocido como “el caso de la talidomida”, del 26 de abril de 1979.

De 1958 a 1961 una sociedad farmacéutica británica (la Distillers) comercializó un medicamento con efectos sedantes que contenía talidomida, prescripto especialmente para mujeres embarazadas; éstas dieron a luz a niños que sufrían malformaciones. Los padres de los niños malformados denunciaron al laboratorio haciéndolo responsable de negligencia en la producción y comercialización del medicamento. Muchas de las acciones emprendidas se resolvieron amistosamente mediante las negociaciones llevadas a cabo entre el laboratorio y los padres. Durante este tiempo aparecieron regularmente en la prensa y en la televisión comentarios sobre los niños víctimas de malformaciones por la talidomida. El “Sunday Times” fue uno de los periódicos que publicó un artículo en el que se examinaba el problema, y muy especialmente las propuestas de acuerdo entre los padres y el laboratorio, calificándolas de “grotescas” en relación con los perjuicios causados. El artículo en cuestión terminaba anunciando otro nuevo en el que se narraría la historia de la tragedia. La sociedad farmacéutica presentó una demanda contra el “Sunday Times” alegando que incurría en “*contempt of court*” debido a que trataba un caso que todavía estaba *sub judice*. La Cámara de los Lores prohibió la publicación del artículo señalando que impedía una administración de justicia imparcial porque las partes en litigio podían sentirse presionadas y la autoridad del tribunal menoscabada como consecuencia de la publicación. La Corte Europea dejó sin efecto la orden que prohibía la publicación, sosteniendo que en las concretas circunstancias del caso dicha orden constituía una injerencia gubernamental innecesaria para asegurar la autoridad del poder judicial en una sociedad democrática, por lo que violaba uno de los requisitos básicos establecidos en el art. 10 de la Convención. En particular, tomó en cuenta que la existencia de los juicios por la talidomida era conocida desde varios años antes, que el asunto se había debatido en el parlamento mismo y había sido seguido por diversos medios de prensa, de modo tal que el contenido específico del artículo que el Sunday Times no había podido publicar no constituía un peligro real para la imparcial administración de justicia. Concluyó que la injerencia no se correspondió a una necesidad social tan imperiosa como para privilegiar el interés público sobre la libertad de expresión en el sentido en que lo entiende el Convenio.

c) *Lingens* (Serie A N° 103), del 8 de julio de 1986.

El señor Lingens, un periodista austríaco, publicó en 1975 dos artículos en los que se criticaba a Friedrich Peter, jefe del Partido Liberal, por haber sido miembro de las S.S. durante el nazismo (participación que Peter había admitido), y al canciller Bruno Kreisky por haber hecho declaraciones públicas en defensa de Peter frente a las acusaciones dirigidas contra éste por Simón Wiesenthal. Kreisky había dicho que Wiesenthal utilizaba “métodos mafiosos”. Lingens llamó a Kreisky oportunista, inmoral e indigno por haber salido en respaldo de Peter y

³ Serie A: *Judgments and Decisions*, vol. 30.

haberse mostrado benevolente hacia los ex-nazis en vísperas de una elección en tiempos en que se hablaba de una posible alianza con los liberales. Kreisky querelló a Lingens por difamación, en los términos del art. 111 del Código Penal austríaco, y el Tribunal de Viena condenó al periodista al pago de una multa, dispuso el secuestro de los artículos remanentes y ordenó la publicación del fallo. Como circunstancia atenuante, dijo que en el caso de personalidades políticas la existencia de injurias debía juzgarse con un criterio menos estricto, pero igualmente consideró que las expresiones de Lingens habían constituido manifestaciones falsas y deshonrosas para el canciller, sin que el periodista hubiera podido demostrar la veracidad de sus afirmaciones. La Corte Europea señaló que la condena equivalía a una forma de censura en tanto amenazaba con disuadir a los periodistas de participar en el debate político. Por otra parte, formuló una distinción entre las opiniones, entendidas como juicios de valor no susceptibles de ser verdaderos o falsos, y las afirmaciones sustentadas en circunstancias de hecho, cuya verdad o falsedad puede ser determinada. Dijo que los calificativos de “oportunista”, “inmoral” e “indigno” atribuidos por Lingens a Kreisky constituían juicios de valor, razón por la cual el imputado no había podido valerse de la defensa consistente en demostrar la veracidad de sus afirmaciones, prevista en el art. 111 del Código Penal de Austria. Sobre la base de estos fundamentos, concluyó en que la condena impuesta a Lingens significaba una restricción innecesaria a la libertad de publicar sus ideas por la prensa en tanto no respondía a ninguna exigencia imperativa propia de una sociedad democrática.

d) *Prager y Oberschlick* (Serie A N° 313), del 26 de abril de 1995.

En 1987 Prager, un periodista radicado en Viena, publicó en la revista “Forum”, editada por Oberschlick, un artículo titulado “¡Cuidado! Jueces Brutales” (cruels, “*harsh*”) en el que se cuestionaba la actuación de varios jueces penales austríacos y, en particular, la actitud de nueve miembros de la Corte Regional de Viena. Las críticas decían que los jueces se comportaban de manera arrogante, que humillaban a los imputados y abogados defensores, que imponían las penas más severas que era posible, que extendían las detenciones provisionales hasta el máximo admitido, y que prescindían invariablemente de la opinión de los jurados cuando no estaban de acuerdo con ella. En abril de 1987 uno de esos jueces querelló a Prager en los términos del art. 111 del Código Penal austríaco, y la corte local confirmó la condena a Prager a pagar una multa y dispuso el secuestro de los ejemplares del artículo existentes. También, por aplicación de la ley de medios de comunicación (que establece la responsabilidad objetiva del editor en caso de difamación y permite condenarlo juntamente con el autor del delito) condenó solidariamente a Oberschlick en su calidad de editor. En este caso la Corte Europea confirmó la condena, sosteniendo que no violaba el art. 10 de la Convención pues Prager había formulado acusaciones basadas en circunstancias fácticas cuya veracidad o falsedad no se había tomado el trabajo de comprobar, tanto como que había admitido no haber asistido a ningún juicio tramitado en el juzgado del magistrado querellante, ni lo había entrevistado ni dado la oportunidad de replicar o responder a las afirmaciones que el periodista hacía sobre el juez en su artículo, actitud que constituía una regla ética básica del periodismo.

Del examen de estos casos resulta, en primer lugar, que la Corte Europea establece una distinción entre la libertad para publicar “opiniones”, entendidas como meros juicios de valor, y la de publicar aserciones susceptibles de ser confirmadas como verdaderas o falsas mediante la comprobación de hechos objetivamente verificables. Asimismo que, sin perjuicio de que en los casos en que existió una orden judicial que preventivamente prohibía la publicación ella no estaba justificada, no considera que la prohibición cautelar de publicar un artículo periodístico esté definitivamente prohibida por constituir una forma de censura previa. Es decir, que las leyes que permiten la prohibición preventiva de una publicación no son *per se* contrarias al art. 10 de la Convención Europea ni, por tanto, restricciones ilegítimas de la

libertad de expresión, si se cumple la exigencia de que se correspondan con una “necesidad social imperiosa” justificable en una sociedad democrática.

En este sentido, corresponde citar el caso *Mitterrand*, en el cual, en el año 1996, la Corte de Apelaciones de París confirmó la resolución cautelar por medio de la cual se había prohibido la difusión del libro *Le Grand Secret*. En este libro el médico de Mitterrand revelaba detalles sobre la enfermedad padecida por quien había sido presidente de Francia y había fallecido pocos días antes de su aparición.

Se sostuvo para ello que toda persona, cualquiera que sea su rango, su nacimiento, sus funciones, tiene derecho al respeto de su vida privada y que esa protección se extiende a las personas más próximas al personaje, por lo que aquellas revelaciones importaban una violación del secreto profesional y una injerencia arbitraria en la vida del ex presidente Mitterrand y su familia. Asimismo, que esta prohibición -que hacía cesar una perturbación manifiestamente ilícita- no desconocía las exigencias impuestas por el art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano ni las de la Convención Europea de Derechos del Hombre en relación al derecho de libertad de expresión.

En lo que se refiere a seguridad nacional, la Comisión Europea de Derechos Humanos declaró inadmisibles los recursos fundados en que las restricciones a comunicadores radiales del Reino Unido por las que se les impedía irradiar entrevistas con personas vinculadas a una organización proscripta -Ejército Republicano Irlandés y el Sinn Fein, partido político que sostiene al I.R.A.- violaban el art. 10° de la Convención (casos *Purcell y otros contra Irlanda*⁴, de 1991; *Brind y otros contra Reino Unido*⁵ y *Mc Laughlin contra Reino Unido*, de 1994). La Comisión llegó a la conclusión de que las restricciones eran aceptables en virtud de la Convención debido a la gravedad de la amenaza terrorista y a que ellas en realidad no restringían la información a que el público tenía acceso sino que limitaban el formato en que la información se podía transmitir.

V. LA JURISPRUDENCIA AMERICANA

En lo que se refiere a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en febrero de 2001 este tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse expresamente contra el régimen de censura previa en razón de la prohibición de exhibición de la película “**La Última Tentación de Cristo**”⁶.

En 1988, el Consejo de Calificación Cinematográfica de Chile había prohibido su exhibición con fundamento en el art. 19, inc. 2, de la Constitución de Chile, que establece un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica. En el año 1996 el Consejo, ante una nueva petición de la empresa “United International Pictures Ltda.”, revisó la prohibición de exhibición de la película, autorizándola, finalmente, para espectadores mayores de 18 años. Un grupo de particulares -por y a nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos- impugnó judicialmente esa autorización y la Corte de Apelaciones de Santiago dejó sin efecto la resolución administrativa del Consejo, decisión que fue posteriormente confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile en el año 1997. Ese mismo año el presidente Frei presentó un proyecto de reforma del art. 19, inc. 2, de la Constitución, que pretendía eliminar la censura cinematográfica y sustituirla por un sistema de calificación que consagrara el derecho a la libre creación artística, pero al tiempo de la sentencia de la Corte Interamericana todavía no había completado los trámites para su aprobación. La Corte sostuvo en términos concluyentes que en el régimen de la Convención

⁴ Decisión N° 15404/89 del 16-4-1991, *Decisions and reports*, 70, p. 262.

⁵ Decisión N° 18714/91 del 9-5-1994, *Decisions and reports*, 77-A/B, p. 42 y su nota.

⁶ Sentencia del 5-2-2001, caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*), Serie C, N° 73. Un resumen del fallo puede verse en *investigaciones* 1 (2002), p. 81.

Americana no es posible ninguna forma de censura previa, excepto la relativa al acceso a los espectáculos públicos en protección de la moral de la infancia y adolescencia y la apología del odio nacional, racial o religioso. Puso de manifiesto que el régimen adoptado por la convención es el de las responsabilidades ulteriores a la publicación y, en consecuencia, consideró que en el caso se había violado el art. 13 de la Convención y que el Estado chileno debía modificar sus disposiciones de derecho interno para adaptarlas al régimen de la Convención Americana.

La Comisión Interamericana también se pronunció en este sentido en el caso *Martorell*⁷. Éste se suscitó a raíz de una acción judicial promovida por un ciudadano chileno con el objeto de impedir la circulación del libro “Impunidad Diplomática” en la República de Chile, con fundamento en que afectaba su privacidad. Este libro, publicado en la Argentina y cuyo autor era Martorell, narraba hechos acaecidos en Santiago de Chile durante la permanencia en esa ciudad del embajador Spinoza Melo. El tribunal dictó una medida de no innovar, la que fue confirmada por la Corte Suprema de Chile. El gobierno de Chile, en su alegato ante la Comisión, sostuvo que la decisión había sido adoptada en aras de la defensa del honor y la dignidad, derechos también tutelados por la Convención. La Comisión resolvió que la interdicción de la censura previa, dispuesta por el art. 13 de la Convención, es absoluta; que la única excepción a ello es la contenida en el inciso 4º de ese artículo; que el derecho al honor no tiene una jerarquía superior que la que tiene el derecho a la libertad de expresión; que la forma que había utilizado el Estado de Chile para proteger la honra era ilegítima; y que al reglamentar la protección de la honra y la dignidad, los Estados Partes tienen la obligación de respetar el derecho a la libertad de expresión. Concluyó que la censura previa, cualquiera que sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el art. 13 de la Convención.

Por su parte, si bien la Corte Suprema de los Estados Unidos ha contemplado la posibilidad de la censura previa por razones de seguridad nacional, nunca emitió una orden judicial con estos fundamentos.

Efectivamente, en el caso *Near c. Minnesota* (283 US 697 -1931-) expresó como hipótesis que “*nadie cuestionaría que un gobierno pudiera impedir ... la publicación de las fechas de partida de los transportes o el número y la ubicación de las tropas...*”.

Sin perjuicio de ello, durante la guerra de Vietnam, en el momento en que la oposición interna al enfrentamiento se encontraba en su clímax, tuvo lugar el caso conocido como “**Los documentos del Pentágono**” (1971)⁸ -el primero en que el gobierno federal de los Estados Unidos intentó reprimir a la prensa alegando que estaba en peligro la seguridad nacional- en el cual la Corte dejó sin efecto la decisión judicial que impedía que dos importantes periódicos publicaran partes de un informe gubernamental clasificado en el cual se detallaban operaciones militares y negociaciones diplomáticas secretas. Ello sobre la base de que no podía inmolarse la Primera Enmienda ante la duda de la conveniencia o inconveniencia de la publicación de los documentos por “The New York Times” y “The Washington Post”.

En el caso de la “**Bomba H**”, un juez del Tribunal del Distrito Federal había prohibido, a pedido del gobierno y durante seis meses, a la revista *The Progressive* que publicara un artículo conteniendo información sobre el diseño y la fabricación de la bomba de hidrógeno por considerar que ello posibilitaría que otros países que no tenían tecnología nuclear pudieran hacer grandes avances basándose en la información publicada. Sin embargo, la Corte Suprema no llegó a pronunciarse porque en el momento en que debía decidir la cuestión esos detalles habían llegado al conocimiento público por diversos medios, incluso la divulgación científica.

VI. LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

⁷ Informe N° 11/96 del 3-3-1996. Ver extracto del caso en *investigaciones* 1 (1996), p. 10.

⁸ *New York Times Co. vs. Estados Unidos*, 403 US 713.

1. *Servini de Cubría*⁹

En el año 1992, una magistrada argentina promovió acción de amparo solicitando que se procediera, previa visualización, al secuestro del tape correspondiente a un programa del cómico conocido por el seudónimo de Tato Bores que se iba a difundir dos días más tarde, con el objeto de que se impidiese la proyección de las partes deshonrosas hacia su persona. A tal fin, relató que en las anteriores emisiones del programa había sido gravemente ofendida - motivo por el cual sus abogados estaban preparando una querrela criminal por los delitos de injuria y desacato- y que un llamado telefónico la había alertado de que, en respuesta a las querrelas que proyectaba, se emitiría el domingo siguiente un programa en el cual se la injuriaría y difamaría aún más.

El juez de primera instancia denegó la medida cautelar solicitada por considerar que se trataba de restringir un derecho ajeno mediante una inconstitucional censura previa. La alzada, después de considerar innecesario “visualizar” el tape por el carácter limitado y provisional de la medida que ordenaría, revocó esa decisión sobre la base de que el honor y la fama son derechos personales que hacen a la dignidad de la persona humana y cuya jerarquía no es menor que la libertad de prensa. Asimismo, dio intervención a la justicia penal por la supuesta comisión de los delitos de amenazas y extorsión.

La Corte Suprema no fue clara al revocar esta resolución pues el argumento del voto de la mayoría fue que la Cámara había actuado erróneamente al resolver el caso sin haber visto el tape del programa, lo que genera la duda sobre cuál habría sido el resultado del proceso si, de haberlo visualizado, hubiera comprobado que su contenido era injurioso para la actora.

En cambio, en mi voto reafirmé el carácter absoluto de la prohibición de censura previa. Ello debido a que el constituyente atribuyó al derecho de expresarse libremente por la prensa una importancia superior, a punto tal que no se conformó con consagrar en el art. 14 el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa sino que añadió en el art. 32 la explícita prohibición al Congreso de dictar leyes restrictivas de la libertad de prensa. En otros términos, la Constitución argentina veda terminantemente el control previo de lo que se va a expresar por medio de la prensa, y la coordinación válida entre la libertad de hacerlo y la protección del honor de los demás está en la responsabilidad civil y penal de quienes, abusando de la libertad que la Constitución les reconoce, violan los derechos de los otros.

2. *Maradona*¹⁰

En un juicio de filiación iniciado con el objeto de establecer la paternidad del jugador de fútbol Diego Armando Maradona respecto de una menor de edad, la parte actora solicitó y obtuvo de la juez de primera instancia la decisión de hacer saber a los medios de prensa en general que debían abstenerse de difundir cualquier noticia o dato que involucrara a la menor, bajo apercibimiento de multa y desobediencia. Al ser apelada por la agencia Diarios y Noticias, la Cámara limitó la prohibición a la difusión de cualquier noticia relativa al juicio de filiación.

La mayoría de los integrantes de la Corte Suprema señaló que de la armonización de las garantías constitucionales en juego -la libertad de prensa y consiguiente prohibición de censura previa por un lado, y la tutela de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias en su intimidad, conforme a lo establecido por el art. 16, inc. 1º, de la Convención sobre los Derechos del Niño, por el otro- cabía entender que la protección judicial del interés del menor debía estar estrictamente ceñida a lo que resultaba indispensable a fin de evitar una injustificada restricción de la libertad de prensa. En consecuencia, resolvió que la prohibición formulada excedía la tutela requerida por la Convención sobre los Derechos del Niño y que

⁹ Fallos: 315:1943.

¹⁰ Fallos: 324:975.

debía dictarse un nuevo pronunciamiento que limitase la prohibición a la difusión de cualquier dato que pudiera conducir a la identificación de la niña debido a que ello representaba una indebida intromisión en su esfera de intimidad que podía causar un daño en su desenvolvimiento psicológico y social.

Disentí con la decisión de la mayoría debido a que la Constitución argentina veda terminantemente el control previo de lo que se va a expresar por medio de la prensa, y la coordinación válida entre la libertad de hacerlo y la protección de la dignidad y de la intimidad de las personas está en la responsabilidad civil y penal de quienes, desvirtuando la libertad que la Constitución les reconoce, utilizan la prensa para cometer delitos o actos ilícitos civiles. Cuanto mayor es la libertad, mayor será también la responsabilidad. Esta distinción entre la prohibición de censura previa y la responsabilidad ulterior por el abuso ha sido también recogida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 13, inc. 2°. Las normas y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño dan el criterio para que una conducta se califique de acto ilícito civil, sin perjuicio de su tipificación penal si correspondiera. Coartar la libertad antes de la publicación o de la emisión de las ideas significa prejuzgar sobre la incapacidad de los medios de prensa de ejercer responsablemente su función, y entrañaría desconocimiento sobre el efecto disuasivo de la sanción ulterior que el ordenamiento jurídico prevé para quien vulnere la intimidad de un menor o tenga indebida injerencia en su vida privada y familiar. Por otra parte, nuestro país ha conocido una dramática historia de ocultamientos en la filiación de los niños como para creer que necesariamente es de su mejor interés que la prensa permanezca ajena a toda información y no sea capaz de fijar por sí los límites de su función dentro de la ley.

3. *Verbtsky*¹¹

Esta causa se inició con la solicitud presentada ante un juzgado federal por el periodista Horacio Verbtsky (el 23-5-1987) de que se adoptara una medida de no innovar tendiente a evitar la publicación de una solicitada en los diarios más importantes de la Argentina mediante la que se expresaba reconocimiento y solidaridad para con el ex presidente de facto Jorge Rafael Videla por su desempeño en la represión de la subversión. Denunció la presunta comisión del delito de apología del delito por parte de los responsables del texto cuestionado.

El juez de primera instancia entendió que la solicitada cuya publicación se pretendía importaba, en principio, la comisión del delito de apología del crimen, en grado de tentativa, y cuya consumación debía impedir sobre la base de facultades legales. En su opinión, las libertades de prensa y de ideas son derechos que, aunque garantizados constitucionalmente, no son absolutos sino que reconocen límites en la ley. Como consecuencia de ello, ordenó la no publicación de la solicitada.

La cámara de apelaciones revocó esta resolución pese a considerar que ese hecho constituía una apología del crimen. Al respecto expresó: *“Plantéase de este modo una situación dilemática: impedir la consumación de un delito -por lo que optó, no sin razón, el a quo- o consentir el sacrificio de un bien jurídico en aras de un interés superior jerárquicamente más valioso y cuya vigencia compromete la del sistema político, garantizador de libertades, por lo que esta sociedad está bregando en esta difícil transición democrática”*. Al optar, en el dilema planteado, por el respeto a la libertad de expresión, manifestó: *“Poco importa si para defenderla han de soportarse algunos males, la diatriba insolente, la injuria abierta o solapada, la referencia procaz y obscena, la calumnia y hasta la apología de un crimen si es que ello puede servir para garantizar una forma de vida, en la que la mayoría del pueblo cree, y que aparece expuesta desde los albores mismos de nuestra nacionalidad”*.

¹¹ Fallos: 312:916.

Esta decisión fue recurrida por vía extraordinaria ante la Corte Suprema, por un lado por el fiscal de cámara y, por el otro, por varias personas que, pese a que la resolución habría sido favorable a sus pretensiones, se consideraron damnificadas al entender que sus fundamentos importaban una violación al derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa, como asimismo no solamente una amenaza cierta de que, en caso de publicarse, los responsables cometerían el delito de apología del crimen, sino la afirmación de que tal delito ya se habría cometido en grado de tentativa.

El Procurador General de la Nación desistió del recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal de Cámara en lo referente a los alcances de la libertad de expresión y consideró improcedentes los demás recursos extraordinarios interpuestos por falta de un gravamen actual y concreto.

La Corte Suprema coincidió con el dictamen del Procurador General con relación a la ausencia de gravamen actual y concreto -el cual únicamente se produciría en caso de dictarse una sentencia condenatoria- y agregó que la afirmación de la cámara en el sentido de que los autores de la solicitada se hallarían incurso en responsabilidad penal, no era más que un “*obiter dictum*”, es decir, un razonamiento que no era relevante para la solución del caso y que, por ello, carecía de todo efecto normativo. En consecuencia, declaró inadmisibles los recursos extraordinarios interpuestos.

Evidentemente, la amenaza de una posterior incriminación consistió un modo indirecto, pero eficaz, de censura previa, ya que los firmantes de la solicitada finalmente la publicaron dejando un espacio tachado en negro en el lugar en que se mencionaba al general Videla, con el fin de evitar una eventual responsabilidad penal.

4. R.R., A. c/ Diario Clarín y otros¹²

Un particular inició una acción judicial contra seis de los más importantes diarios de la Argentina con el objeto de que se ordenase el cese de la publicación de los avisos clasificados que ofrecen servicios de índole sexual mediante textos, fotos y dibujos obscenos que consideró agraviantes a los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, en tratados internacionales y en leyes especiales. Adujo que es público y notorio que las publicaciones mencionadas están al alcance de cualquier persona, lo cual lo afectaba especialmente en su carácter de consumidor y padre de hijas menores de edad.

La defensa de los demandados se agravió de que dicha solicitud importaba requerir el dictado de una medida de censura previa.

El fallo de la Cámara Civil, dictado en noviembre de 2003, acogió el pedido condenando a los codemandados a que en el plazo de cinco días cesaran en la publicación de fotografías de personas en posturas obscenas que ofreciesen servicios de prostitución, homosexualidad, bisexualidad y similares, y ordenó asimismo la limitación del texto de los avisos. Para concluir así entendió que las publicaciones atacadas encuadraban en la clase de mensajes de “menor valor”, sobre los cuales puede recaer una mayor restricción a fin de evitar daños, en contraposición de los considerados “serios o valiosos” (políticos, religiosos, filosóficos o artísticos), que merecen una amplia protección y sólo pueden ser restringidos en circunstancias excepcionales; y que frente a la colisión que se plantea entre proteger la libertad de prensa admitiendo la difusión de dichos mensajes en un diario de circulación masiva y defender el derecho de los niños y adolescentes a ser protegidos, consagrados en diversas convenciones, pactos, tratados y declaraciones internacionales, han de prevalecer estos últimos. Agrega que no todo lo que se difunde por la prensa escrita o se emite en programas radiales o televisivos o por cualquier otro medio goza del amparo de la prohibición de censura previa, sino solamente aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o

¹² Sala “L”, sentencia del 4-11-2003, publicada en *La Ley* (suplemento) del 10-8-2004, p. 4.

difusión de ideas, y que habrá de ser el interés superior del niño el que guíe los pronunciamientos judiciales que lo atañen.

Asimismo, hizo mérito de que la prevención del daño se impone como única protección judicial efectiva atento la insuficiencia de las responsabilidades ulteriores para reparar eventuales agravios. Y que la prohibición de censura previa no es absoluta, por lo que la defensa de la libertad de prensa no es ilimitada.

Esta decisión no fue llevada a conocimiento de la Corte Suprema, la cual no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre ella. En su caso, habría motivado grandes dudas pero, de todos modos, es obvio que el problema no guarda relación con la libertad de expresar libremente las ideas ni con la de información sino que se trata de establecer si la moral y las buenas costumbres pueden ser un límite a las publicaciones en general, máxime cuando se trataba de un órgano de prensa que llega a las manos de todos y no está destinado a un público restringido y prevenido de su contenido.

VII. CONCLUSIÓN

Citaré palabras de **Alexis de Tocqueville**, quien decía que quería la prensa por consideración a los males que impide, más que a los bienes que realiza. En ciertas naciones que se pretenden libres -agregaba-, cada uno de los agentes del poder puede impunemente violar la ley, sin que la constitución del país dé a los oprimidos el derecho de quejarse ante la justicia. En esos pueblos no hay ya la independencia de la prensa como una de las garantías, sino como la única garantía que queda de la libertad y la igualdad de los ciudadanos. En un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso. La soberanía del pueblo y la libertad de prensa son, pues, dos cosas enteramente correlativas.

En fin, si la censura proveniente del poder político es un inadmisibles riesgo para la libertad, la impuesta por los jueces es más grave aún, pues son precisamente ellos quienes deben garantizar el respeto de los derechos humanos y no desconocerlos ni atacarlos.

