

1-2[2004]

INVESTIGACIÓN DE DERECHO COMPARADO

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

JURISPRUDENCIA

ABORTO. INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO. PRÁCTICA MEDIANTE MEDICAMENTOS (FRANCIA).

La ley del 4 de julio de 2001, relativa a la interrupción voluntaria del embarazo, autoriza al médico a realizar esta práctica mediante medicamentos, fuera del establecimiento de salud.

Conforme a las condiciones previstas en el art. R. 5194 del Código de Salud Pública, el médico deberá encargar los medicamentos necesarios al farmacéutico (*pharmacien d'officine*) para administrarlos a la paciente durante la consulta.

Por su parte, el farmacéutico no podrá invocar la cláusula de conciencia contenida en el art. 18 del Código de Deontología Médica a efectos de negar la entrega de estos productos, ya que no conoce la identidad de la paciente y no participa en ningún momento del acto interruptivo del embarazo.

Nota de la Secretaría: ver sobre el tema el comentario de HÉLÈNE GAUMONT-PRAT, en *op. cit. infra*, quien refiere, entre otras cosas, que la interrupción voluntaria del embarazo en Francia fue autorizada bajo ciertas condiciones por la ley n° 75-17 del 17 de enero de 1975 y confirmada por la ley 79-1204 del 31 de diciembre de 1979, que introdujo modificaciones menores. La dificultad para aplicar las leyes sobre este tema llevó al legislador a crear el delito de obstaculización de la interrupción del embarazo (ley n° 93-121 del 27 de enero de 1993) y a ampliar el plazo de autorización de diez a doce semanas (ley del 4 de julio 2001 antes citada). La nueva ley facilitó el acceso a la interrupción voluntaria para las menores en dificultad y ajustó la cláusula de conciencia establecida en la ley de 1975, al permitir a los médicos negarse a practicarla siempre y cuando prevengan inmediatamente a la mujer a fin de no retrasar la interrupción. De esta manera, el art. 2212-8 del Código de Salud Pública establece que el médico no está en ningún caso obligado a practicar la interrupción, pero debe informar inmediatamente su negativa a la interesada y facilitarle el nombre de otros médicos que puedan realizarla. Asimismo, un establecimiento de salud pública puede negarse a practicar la intervención sólo si en el ámbito local otros establecimientos están en condiciones de dar respuesta, ya que de otro modo se vaciaría de contenido el principio de la interrupción del embarazo.

ASAMBLEA NACIONAL DE FRANCIA, respuesta JOAN, del 15-9-2003, a la cuestión n° 16517, en *Recueil Le Dalloz*, París, Dalloz, 2004, n° 8, p. 529.

ALLANAMIENTOS Y REGISTROS. VIOLACIÓN DE DOMICILIO (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico confirmó la condena de un imputado por haber sacado del país “con burla de los controles aduaneros y utilizando un remito original de carga a bordo apócrifo” treinta pallets de cuero. Contra este pronunciamiento, la defensora oficial interpuso recurso extraordinario. El tribunal a quo consideró que no se había vulnerado garantía constitucional alguna en el proceso, de modo tal que debía considerarse legítimo no sólo el ingreso en las oficinas, sino también el secuestro de los efectos relacionados con el hecho ilícito investigado, ello así, toda vez que el procesado no se opuso, pudiendo haberlo hecho, al ingreso de los inspectores en el inmueble, circunstancia que también demostraba su firma estampada al pie del acta correspondiente y su ratificación formulada en la declaración indagatoria prestada ante el juez, con todas las garantías y solemnidades requeridas por la ley. La apelante afirmó que el allanamiento no fue ordenado mediante la correspondiente providencia firmada por el juez de la causa, lo que resultaba imprescindible para llevar a cabo el registro domiciliario; consecuentemente, la

ausencia de dicho auto ocasionaba la nulidad de las actuaciones. Agregó que las normas procesales son las encargadas de reglamentar la forma en que el poder estatal puede acceder a ese ámbito de intimidad que está protegido constitucionalmente como inviolable y consideró que las formas procesales del acto de allanamiento de un domicilio no son otra cosa que la efectiva protección de tan importante garantía constitucional.

2. Sentencia:

Las consideraciones en mayoría de la sentencia del a quo que tienden a justificar la ausencia del auto prescripto por la ley y el consentimiento dado para la inspección domiciliaria resultan insuficientes para otorgar legitimidad al allanamiento, puesto que era preciso que se practicara un examen exhaustivo de todas las circunstancias que rodearon la situación en concreto.

En este sentido, aparecen razonables, para no atribuirle el carácter de lícita a la referida requisita, las consideraciones expuestas en el voto en minoría cuando sostiene que “...el acta confeccionada por los funcionarios que efectuaron el registro, concebida con la habitual terminología que suele emplearse en esos casos, consigna que la persona que atendió a los inspectores, enterada del motivo de la presencia de estos últimos, manifiesta no tener impedimento en [permitirles] el acceso al lugar. Nada dice el acta de cuáles fueran esos motivos ni de cómo le habrían sido explicados al circunstancial morador. Consigna luego la presencia del acusado..., quien sería titular de la oficina visitada y expresa posteriormente que, con la presencia del primero de los moradores..., se procede a revisar un escritorio en el que se encontró el documento que resultó sospechoso y dio lugar a la investigación posterior. Está claro que hasta ese momento no había ninguna indagación en curso relativa a la exportación con la que se vinculó el documento...”.

En el art. 18 de la Constitución Nacional se consagra “el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante”, correlativo al principio general del art. 19 en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público. Si bien la cláusula constitucional previó la reglamentación del tema por vía de una ley, son diversas las leyes especiales que contienen disposiciones sobre el modo en que puede efectuarse el allanamiento en determinadas materias y, en particular, es en algunas constituciones y en los códigos de procedimientos locales donde se regulan las excepciones a la inmunidad del domicilio.

De las constancias del *sub lite* surge que el allanamiento, “que en sí mismo constituye una severa intervención del Estado en el ámbito de la libertad individual”, llevado a cabo con el consentimiento de la persona que atendió a los inspectores y ejecutado pese a que no fue dispuesto en las actuaciones que dieron origen a la causa, se apartó claramente de la ley reglamentaria del art. 18 de la Constitución Nacional, quebrantando de ese modo la garantía constitucional protectora del domicilio.

Nota de la Secretaría: el juez Augusto César Belluscio votó en disidencia, remitiéndose a los fundamentos del dictamen del Procurador Fiscal, quien expresó que la propia naturaleza de los planteos de la defensa determina su improcedencia, pues exhiben una mera discrepancia con el criterio para juzgar acreditada la responsabilidad penal del imputado y se refieren a la comprobación del cuerpo del delito, la valoración e individualización de la prueba y remiten a la consideración de extremos de hecho, de prueba y de derecho común, que resultan ajenos a la vía intentada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 22-2-2005, V.208.XXXVI, *Ventura, Vicente Salvador y otro s/ contrabando -causa N° 9255-*.

CONSUMIDORES. DERECHO A LA IGUALDAD. TARIFAS. SERVICIOS PÚBLICOS. ENERGÍA ELÉCTRICA (GEORGIA).

La política tarifaria debe tomar en cuenta los intereses de todos los ciudadanos. La existencia de una tarifa igualitaria es una condición indispensable para preservar la normalidad y la estabilidad del sector privado en este tema. En la medida en que ese sector se refiere a consumidores definidos, no puede admitirse el establecimiento de tarifas que les impidan acceder al servicio.

La tarifa impugnada instaura, manifiestamente, una desigualdad entre las personas y no es resultante de las exigencias de un sector privado igualitario. En efecto, la tarifa establecida por la Comisión Nacional de Regulación Energética no satisface las exigencias del orden público social, que tiene por finalidad esencial evitar el incumplimiento de los principios fundamentales del sector privado, lo que colocaría al consumidor en una situación extremadamente difícil. Dada la coyuntura económica, la mayoría de la población no tiene los medios de pagar los valores actuales de electricidad. En tales condiciones, no se favorece la libre empresa (el sector privado) ni la protección de los derechos de los consumidores, sino que, por el contrario, constituye un obstáculo.

Por otra parte, el pago de las cargas de electricidad en función del número de ambientes no es conforme a los intereses de los consumidores, ya que este sistema no puede ser considerado eficaz para medir la cantidad de consumo de energía. Es posible consumir mucha energía en un espacio relativamente restringido. En efecto, en la actualidad la mayor parte de la energía se consume para usos análogos, sin importar las dimensiones de los inmuebles.

CORTE CONSTITUCIONAL DE GEORGIA, sentencia del 30-12-2002, 1/3/136, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 3, p. 468.

CONSUMIDORES. PROTECCIÓN. SERVICIOS PÚBLICOS. TELEFONÍA CELULAR (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: la peticionante interpuso, el 12 de agosto de 2002, acción de amparo contra el Organismo Supervisor de Inversiones Privadas en Telecomunicaciones (OSIPTEL) y contra Telefónica Móviles S.A.C., alegando la arbitrariedad de la Resolución N° 001 expedida por OSIPTEL, pues pretende defender a la codemandada, vulnerando el principio de legalidad y del debido proceso. Fundó lo manifestado en el hecho de que OSIPTEL consintió la efectivización de un pago por un servicio de telefonía celular que jamás utilizó, a causa de la venta de un aparato en mal estado por parte de la codemandada, en virtud de la cual presentó una denuncia penal por el delito de estafa. El Juzgado Especializado en lo Civil declaró improcedente la demanda por considerar que no se encontraba amenazado ningún derecho constitucional, y la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia confirmó la decisión. La requirente interpuso entonces recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional con el objeto de que se declare nula e inaplicable la Resolución N° 001 y que se deje sin efecto el pago por un servicio que nunca recibió.

2. Sentencia:

Corresponde advertir, en primer lugar, que la demanda debió desestimarse parcialmente, pues la recurrente no agotó en forma debida la vía administrativa. El recurso de apelación interpuesto en el expediente administrativo se presentó fuera del plazo establecido (15 días), motivo por el cual fue declarado improcedente. La no impugnación administrativa dentro del período señalado por la ley tiene efecto de “cosa juzgada”, tornándola impugnada tanto por vía administrativa como por vía judicial.

Ahora bien, sobre el fondo, OSIPTEL señaló que la recurrente no tenía interés para apelar, puesto que el agravio causado había cesado tras declararse procedente su reclamo ante Telefónica Móviles S.A.C. y disponerse la reducción de la deuda. Efectivamente, mediante una comunicación del 8 de julio de 2002, esta última hizo saber a la recurrente que a la deuda

vencida -obligación que se derivaba del hecho de haber adquirido un teléfono celular que nunca pudo utilizar- “por esta única vez” se le efectuaría un ajuste.

El agravio ocasionado por el cobro de un servicio que jamás recibió la recurrente no cesa por el simple hecho de haberse disminuido la suma adeudada. Todo usuario de un servicio público tiene, por un lado, el derecho de recibir la prestación de ese servicio en forma óptima y, por el otro, el deber de sufragar los costos que su prestación pudiera representar en forma proporcional al uso dado.

Resulta evidente que no existe ese deber y es jurídicamente inexigible si el sujeto con quien se contrató la prestación de un servicio público, por causas imputables a él, no lo brinda. Es un principio general del derecho que se reconozca en el usuario el derecho de ser indemnizado por los agravios que pudieran habersele ocasionado.

OSIPTEL convalidó la existencia de una deuda, pese a conocer que su codemandada no prestó el servicio público debido.

Se entiende que, detrás de la forma como ha resuelto la demandada la controversia, existe una violación al “deber especial de protección” de los derechos fundamentales que repercute directamente en el derecho constitucional a la protección de los usuarios y consumidores (art. 65 de la Constitución). En el ámbito de la protección del servicio público de telefonía, el mencionado deber está en manos de OSIPTEL, a quien se le ha confiado la defensa de aquéllos. Como tal, involucra la existencia de un papel garantista frente a las amenazas o violaciones que pudieran provenir de los agentes económicos que prestan aquel servicio, y tiene el deber de adoptar todas las medidas oportunas y eficaces para contrarrestar apropiadamente las lesiones o amenazas de violaciones de los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios.

Por lo tanto, la demandada afectó el derecho constitucional de la recurrente a una protección especial en su condición de consumidora y usuaria del servicio público de telefonía.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, sentencia del 18-6-2004, en <http://www.cajpe.org.pe>.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. OPINIONES CONSULTIVAS. LEGALIDAD DE LA CONSTRUCCIÓN DE UN MURO. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA (NACIONES UNIDAS).

1. En diciembre de 2003, la Asamblea General de las Naciones Unidas (Asamblea) solicitó a la Corte Internacional de Justicia (Corte) que emitiera una opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de la construcción del muro que levanta Israel, la potencia ocupante, en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores.

En relación con las cuestiones de admisibilidad presentadas, Israel alegó que la Asamblea había excedido los límites de la competencia que le confiere la Carta de las Naciones Unidas (Carta) cuando solicitó esta opinión y que no había prestado su consentimiento para el ejercicio de la competencia de la Corte, además de tratarse de un asunto contencioso entre Israel y Palestina.

En cuanto al primero de estos argumentos, el tribunal señaló que la Asamblea podía solicitar una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica dentro de los límites de la Carta y, específicamente, respecto de toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que presente a su consideración cualquier miembro de las Naciones Unidas (arts. 10, 11 y 96 de la Carta). El único límite temporal que se le impone es que no podrá hacer recomendaciones sobre una controversia o situación mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna la Carta con respecto a esa controversia o situación, a no ser que lo solicite el propio Consejo, en virtud de lo dispuesto en

el párrafo 1 del art. 12. Sin embargo, en la práctica ha habido una tendencia cada vez mayor de la Asamblea y del Consejo de Seguridad a ocuparse en forma paralela de los mismos asuntos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales: mientras el primero de ellos adopta un enfoque más amplio y considera también sus aspectos humanitarios, sociales y económicos, el Consejo de Seguridad tiende a centrarse en los aspectos que se relacionan con la paz y la seguridad internacionales.

Por lo tanto, la Asamblea, cuando solicitó el dictado de esta opinión por resolución ES-10/14 durante su Xa. Sesión Especial de Emergencia, no se extralimitó en el ejercicio de sus atribuciones, porque en ese momento el Consejo de Seguridad no podía adoptar una resolución respecto a la construcción del muro en razón del voto negativo de uno de sus miembros permanentes, conforme a lo dispuesto en la Res 377 A (V). Esta resolución establece que si el Consejo de Seguridad no ejerce su responsabilidad primaria de mantener la paz y seguridad internacionales cuando una situación configure una amenaza, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, la Asamblea puede considerar la cuestión en forma inmediata con vistas a hacer recomendaciones a los Estados Miembros.

De acuerdo con el segundo, por un lado, la Corte recordó que el consentimiento de los Estados que son parte en una controversia es un requisito para el ejercicio de la jurisdicción contenciosa y no de la función consultiva. La opinión que ella emite está dirigida al órgano que la solicitó y tiene el carácter de una recomendación, y, como tal, no es vinculante. Por el otro, el tribunal manifestó que la materia objeto de esta opinión excedió el marco de una controversia bilateral entre Israel y Palestina, y constituyó un interés directo para las Naciones Unidas debido a sus facultades y responsabilidades relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Rechazó también el argumento que debía desestimar esta solicitud para no obstaculizar una solución política y negociada del conflicto entre ambos Estados, así como también el que aseveraba que no tenía a su disposición datos ni pruebas suficientes para poder emitir una opinión.

En cuanto a su utilidad, la Corte recordó que las opiniones consultivas tienen la finalidad de proporcionar a los órganos solicitantes los elementos de derecho necesarios para sus actividades y son ellos los que deben evaluar su utilidad.

A partir de estas consideraciones, la Corte concluyó que tiene competencia para dar una opinión sobre la pregunta planteada por la Asamblea y que no existe ninguna razón imperiosa para que use su facultad discrecional para no emitir la cuestión planteada.

2. A los fines de determinar las consecuencias jurídicas de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado, la Corte examinó, en primer lugar, cuál es el derecho internacional aplicable para responder a esta cuestión y, en segundo lugar, si la construcción del muro vulnera ese derecho.

2.1. El 9 de julio de 2004, la Corte emitió la opinión solicitada, competencia que le confiere el párrafo 1 del art. 96 de su Estatuto, y determinó que las normas y principios del derecho internacional aplicables son los establecidos en la Carta, en otros tratados internacionales, en el derecho internacional consuetudinario y en las resoluciones pertinentes aprobadas con arreglo a la Carta por la Asamblea y el Consejo de Seguridad.

A esos efectos, recordó los principios de la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, y el de la ilegalidad de toda adquisición territorial por conquista militar, incorporados en el art. 2.4 de la Carta y en la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea. A su vez, señaló que el principio de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta y reafirmado en la resolución señalada, constituye un derecho *erga omnes*.

Por su parte, Israel expresó dudas acerca de la aplicabilidad en el territorio palestino ocupado de algunas normas del derecho internacional humanitario y de los instrumentos de derechos humanos.

En cuanto a las primeras, la Corte afirmó que las Reglas del Cuarto Convenio de La Haya de 1907 (Reglas de La Haya) forman parte del derecho consuetudinario y, por lo tanto, se aplican a los territorios ocupados aunque Israel no sea parte en ese Convenio. Corresponde reconocer también las normas del Convenio de Ginebra relativas a la protección de los civiles en tiempo de guerra a los territorios palestinos que, antes del conflicto armado de 1967, estaban situados al este de la línea de demarcación del Armisticio de 1949 (“Línea Verde”), y que, durante ese conflicto, fueron ocupados por Israel.

Con relación a ciertos instrumentos de derechos humanos, en este caso el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos del Niño son aplicables con respecto a los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su territorio y, en consecuencia, aplicables en el territorio palestino ocupado.

2.2. La Corte evaluó si la construcción del muro constituía una violación a las reglas y principios mencionados. Para ello, observó que el trazado de éste, tal como había sido fijado por el gobierno israelí, incluía dentro de la “Zona Cerrada” (entre el muro y la “Línea Verde”) alrededor del 80% de la población que vive en el territorio ocupado de Palestina, aproximadamente 237.000 palestinos y 320.000 israelíes; y que el sinuoso trazado del muro se había diseñado de manera de incluir dentro de la zona a la gran mayoría de los asentamientos israelíes en ese territorio.

En consecuencia, el tribunal determinó que esos asentamientos israelíes se establecieron en contravención del párrafo 6 del art. 49 del IV Convenio de Ginebra, en el que se prohíbe a la potencia ocupante la evacuación y traslado de una parte de la propia población civil al territorio por ella ocupado. Además, frente al temor expresado de que el trazado del muro prejuzgue sobre la futura frontera entre Israel y Palestina, y la posibilidad de que Israel pueda decidir integrar los asentamientos y sus medios de acceso, la Corte consideró, por un lado, que la construcción del muro y su régimen conexo crearon un “hecho consumado” porque éste bien podía convertirse en permanente, en cuyo caso su construcción equivaldría a una anexión de facto; y, por el otro, el trazado elegido para el muro expresaba medidas ilegales adoptadas por Israel y condenadas por el Consejo de Seguridad: estas últimas traían como resultado alteraciones a la composición demográfica del territorio palestino ocupado. Así, concluyó que esa construcción, junto con las medidas previamente adoptadas, menoscababa gravemente el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación y constituía una violación a la obligación que tiene Israel de respetar ese derecho.

En relación con el impacto que tenía la construcción del muro en la vida diaria de los habitantes del territorio ocupado de Palestina, el tribunal estableció que resultaba contraria a las disposiciones relevantes del Reglamento de La Haya de 1907 y del IV Convenio de Ginebra. Ésta dificultaba la libertad de movimiento de los habitantes del territorio, garantizada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y obstaculizaba el ejercicio del derecho que esas personas tienen a trabajar, a la salud, a la educación y a un nivel de vida adecuado, por ejemplo, la restricción a las fuentes primarias de agua, derecho proclamado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Convención de los Derechos del Niño.

Por su parte, el derecho internacional humanitario contiene disposiciones limitativas o de exclusión que pueden ser invocadas por los Estados Partes cuando así lo requieren las exigencias militares o razones de seguridad nacional y orden público. La Corte consideró que el trazado específico que Israel había elegido para el muro infringe gravemente diversos derechos de los palestinos que residen en el territorio ocupado por Israel y, en consecuencia, esas infracciones no pueden justificarse por necesidades militares o de seguridad nacional.

Por último, Israel no podía invocar el derecho de legítima defensa que le reconoce la Carta en su art. 51 o el de un estado de necesidad, reconocido en el derecho internacional consuetudinario, para eximirse de la ilicitud de la construcción del muro. La negativa al primero de estos argumentos se debió a la necesidad de la existencia de un ataque armado de un Estado contra otro para invocarlo. En este caso, Israel no alegó que los ataques dirigidos en su contra sean imputables a un Estado extranjero, y la amenaza por la que consideró justificada la construcción del muro proviene desde el interior de ese territorio. Por otra parte, para que sea aplicable el segundo de ellos, deben darse ciertas condiciones estrictamente definidas que deben satisfacerse acumulativamente: en términos de la Comisión de Derecho Internacional, se requiere que el hecho que se esté cuestionando “sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente”. Por lo tanto, concluyó que la construcción del muro a lo largo del trazado elegido no era la única forma de salvaguardar los intereses de Israel contra el peligro que ha invocado como justificación de esa construcción.

En consecuencia, decidió que la construcción del muro y su régimen conexo resultaban contrarios al derecho internacional.

2.3. Al establecer estas violaciones, la Corte determinó cuáles eran sus efectos jurídicos. Para ello, distinguió entre los efectos jurídicos que estas violaciones tenían para Israel por un lado, y para otros Estados, por el otro.

En relación con los primeros, el tribunal estableció que Israel tenía la obligación jurídica de poner fin a la violación de sus obligaciones internacionales configurada por la construcción del muro en el territorio palestino ocupado, y de dar seguridades y garantías adecuadas de no repetición: en consecuencia, suspender inmediatamente los trabajos de construcción del muro, dismantelar las partes de la estructura situadas dentro del territorio ocupado de Palestina, y revocar o dejar sin efecto todos los actos legislativos o reglamentarios adoptados con vistas a su construcción y al establecimiento del régimen asociado, excepto en la medida en que esos actos, al prever una compensación u otras formas de reparación para la población palestina, sigan siendo relevantes para cumplir con sus obligaciones vinculadas a la reparación. A su vez, Israel debía respetar el derecho del pueblo palestino a su autodeterminación y cumplir con las obligaciones que le imponen el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos. El tribunal instó a Israel a reparar y compensar los daños causados a todas las personas físicas o jurídicas afectadas por la construcción del muro, como ser la restitución de las tierras, huertos, olivares y demás bienes inmuebles.

En cuanto a los efectos jurídicos que surgen de la construcción del muro para otros Estados, se estableció la obligación de todos los Estados de no reconocer la situación ilícita que resultaba de la construcción del muro y de no prestar ayuda ni asistencia para mantener esos actos, debido a que las obligaciones violadas por Israel, las de respetar la libre determinación de los pueblos y las que derivan del derecho internacional humanitario, constituyen obligaciones *erga omnes*. En consecuencia, el tribunal decidió que son ellos los que deben velar para que se ponga fin a cualquier impedimento que resulte de la construcción del muro para que el pueblo palestino pueda ejercer su derecho a la libre determinación. Todos los Estados Partes del IV Convenio de Ginebra tienen la obligación de hacer que Israel cumpla con el derecho internacional humanitario dentro del respeto de la normativa de la Carta y del derecho internacional.

La Corte afirmó también la necesidad de que las Naciones Unidas, en especial, la Asamblea y el Consejo de Seguridad, adopten otras acciones para poner fin a la ilícita situación que resultaba de la construcción del muro y del régimen asociado, tomando debida cuenta de la presente opinión.

Por los motivos expuestos, la Corte concluyó que la construcción del muro por Israel en el territorio palestino ocupado es contraria al derecho internacional y expuso sus

consecuencias jurídicas. Añadió que esa construcción debe colocarse en un contexto más general, aunque es importante tener en cuenta la obligación que tienen Israel y Palestina de actuar conforme a las reglas del derecho internacional humanitario, cuyo principal objetivo es la protección de la población civil. Por lo tanto, el tribunal opinó que para poner fin a la trágica situación que atraviesa la región será necesario que las partes en el conflicto apliquen de buena fe todas las resoluciones del Consejo de Seguridad. Además, recomendó a la Asamblea que aliente los esfuerzos para adoptar, lo antes posible y con base en el derecho internacional, una solución negociada de los problemas pendientes y el establecimiento de un Estado palestino que coexista con Israel y sus otros vecinos en un contexto de paz y seguridad para toda la región.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Opinión Consultiva del 9-7-2004, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro por Israel dentro de los territorios ocupados*, en <http://www.icj-cij.org>.

DERECHO ADMINISTRATIVO. CONSTRUCCIONES ILEGALES (POLONIA).

No violan las condiciones de limitación de los derechos de los ciudadanos previstos en el art. 31.3 de la Constitución las disposiciones de la ley sobre construcción relativas a las medidas que establecen que las autoridades pueden exigir que se vuelva al estado anterior cuando una edificación fue realizada de forma ilegal, es decir, sin haber obtenido un permiso o informado de su intención de construir. El objetivo de tales disposiciones es el de reparar y no el de reprimir.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 26-3-2002, SK 2/01, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 3, p. 508.

DERECHO A LA IGUALDAD. CIUDADANO NATURALIZADO. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN EL ORIGEN DE LA NACIONALIDAD. JUECES. INCAPACIDAD PARA SER JUEZ DE CÁMARA. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 1 Y 23. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ARTS. 25 Y 26. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 14. CARTA CANADIENSE DE DERECHOS Y LIBERTADES, ART. 15 (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: Pedro Cornelio Federico Hooft promovió una demanda a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad o inaplicabilidad del art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires por ser contraria a la Constitución Nacional (en adelante, Constitución), en cuanto le cercena su derecho a ser juez de cámara -o eventualmente de casación- al requerir, para acceder a tal cargo, “haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero”. Relató que nació en Utrecht, Holanda, el 25 de abril de 1942, ingresó al país en 1948 y obtuvo la nacionalidad argentina en 1965. Cursó sus estudios primarios, secundarios, universitarios y de posgrado en la Argentina. Ingresó al Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires en 1966 como Secretario de Primera Instancia y, posteriormente, ascendió al cargo de Secretario de Cámara. En 1970 fue designado titular de la Fiscalía del Departamento Judicial de Mar del Plata y obtuvo la confirmación del cargo en 1974. Por decreto 1611/76, fue nombrado juez en lo penal en el mismo departamento, confirmado luego por decreto 1151/84, y prestó juramento el 6 de julio de ese año, después del acuerdo constitucional. Sostuvo que la norma es inconstitucional, lo mismo que la interpretación que impone la nacionalidad argentina de origen para ser juez de una cámara de

apelaciones en el territorio de la Provincia de Buenos Aires, toda vez que, por los principios de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución) y de no discriminación, se trasvasan al argentino naturalizado, como ciudadano, los atributos, derechos y calidades de los nacionales. Además, lesiona el principio de igualdad reconocido en los tratados a que se refiere el art. 75.22 de la Constitución. Manifiesta que la vida, la libertad, el honor y la propiedad han estado en sus manos como juez de primera instancia, motivo por el cual no pueden esgrimirse impedimentos constitucionales para juzgar sobre esos mismos derechos como integrante de un tribunal de alzada cuando no existen variantes sustanciales para su tratamiento entre una y otra instancia. La Provincia de Buenos Aires contestó la demanda y solicitó su rechazo, con costas. Aclaró que su defensa la realiza sobre la base de un mandato constitucional y que no implica demérito respecto de la investidura del doctor Hooft. Sin perjuicio de ello, niega que el art. 177 de la constitución local sea contrario a la Ley Fundamental, pues la designación de los jueces constituye un acto delicado y complejo que torna razonable la exigencia de que los integrantes de las cámaras de apelaciones sean ciudadanos nativos. Señaló que lo atinente a la ciudadanía de los jueces provinciales pertenece al ámbito de los poderes y facultades no delegados por las provincias a la Nación (arts. 121, 122 y 123 de la Constitución) y que la participación del gobierno federal en esa materia se halla expresamente excluida en virtud del art. 122. Alegó que, por el Pacto de San José de Flores (art. 71), guardó para sí, al integrarse a la Confederación Argentina, la facultad de gobernar y legislar sobre las propiedades y establecimientos públicos de cualquier clase y género y que tal prerrogativa comprende las instituciones públicas como el Poder Judicial, que no se encuentra limitado para su funcionamiento -en cuanto a su composición y requisitos- a la sujeción prevista por los arts. 31 y 121 de la Constitución. Finalmente, expresó que los requisitos contemplados en el art. 177 de la constitución provincial no son nuevos, pues ya existían con anterioridad a la reforma de 1994. En consecuencia, cuando el actor inició su carrera judicial, tenía pleno conocimiento de la norma cuestionada y se sometió voluntariamente al ordenamiento jurídico existente. De la misma manera, queda demostrado que tal requisito no resulta desigualitario ni discriminatorio, ya que han sido impuestos en forma inveterada y se han aplicado sin problemas con el correr del tiempo. Se declaró la cuestión de puro derecho.

2. Sentencia: se declara la inconstitucionalidad del art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

2.1. Decisión de la mayoría

Tanto el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención) como el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto) -ambos equiparados jerárquicamente a la Constitución (art. 75.22)- establecen que *“Todos los ciudadanos deben gozar [o gozarán] ... de los siguientes derechos y oportunidades ... c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”*.

Ante preceptos tan explícitos, una norma como el art. 177 de la Constitución bonaerense, que establece, respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos (*“ciudadanos”*, en los pactos) de primera clase (los *“nativos”* y los *“por opción”*) y otros de segunda clase (los *“naturalizados”*, como el actor) se presenta afectada por una presunción de inconstitucionalidad que sólo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique.

Resultan aplicables las palabras de John Stuart Mill: *“... Desde un punto de vista práctico, se supone que la carga de la prueba recae sobre aquéllos que están en contra de la libertad, es decir, sobre los que están a favor de cualquier restricción o prohibición, ya sea cualquier limitación respecto de la libertad general de la acción humana o respecto de cualquier descalificación o desigualdad de derecho que afecte a una persona o alguna clase de personas en comparación con otras. La presunción a priori es en favor de la libertad y de la*

imparcialidad” (*The Subjection of Women*, Wordsworth Classics of World Literature, 1996, p. 118).

El actor es discriminado por la norma local no por ser argentino, sino por ser argentino “naturalizado”; no por ser nacional, sino por **el origen de su nacionalidad**. En efecto, Hooft es argentino no por el lugar de nacimiento, ni por la nacionalidad de sus padres, sino por su voluntad de integrarse a la Nación como ciudadano (y la voluntad de ésta de acogerlo como tal). Es juez de primera instancia provincial, pero está excluido de la posibilidad de ser camarista por su “origen nacional”. Consiguientemente, su situación se encuadra en uno de los motivos de discriminación que los pactos prohíben (arts. 1.1 de la Convención y 26 del Pacto). Ello hace aplicable la doctrina europea, según la cual la presencia de uno de los motivos prohibidos en el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (entre otros, el “origen nacional”) hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba (conf. BOSSUYT, MARC, “Article 14”, en *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, bajo la dirección de Pettiti, Louis-Edmond y otros, París, Economica, 1995, pp. 475, 477 y autores citados en las notas 6, 7 y 8).

También en Canadá, donde el art. 15.1 de su Carta de Derechos y Libertades veda, entre otras, la discriminación por el motivo de origen nacional, la presencia de un criterio de distinción sospechoso dentro de una legislación impugnada hace pesar sobre ésta una presunción de inconstitucionalidad (caso *R. v. Oakes*, 1986, S.C.R. 103).

En consonancia con lo antes expresado, esta Corte resolvió en el caso *Calvo y Pesini*, sobre la ley cordobesa que impedía integrar la planta de los hospitales provinciales a quienes no eran argentinos, que parecía propio exigir una “*justificación suficiente de la restricción*”, extremo que no había sido satisfecho por la demandada, “*limitada a una dogmática afirmación de su postura*”.

Aunque el precedente concernía a la discriminación entre nacionales y extranjeros en tanto que el *sub lite* atañe a la distinción entre dos clases de ciudadanos argentinos, su criterio, en punto a la carga probatoria, resulta aplicable, *mutatis mutandi*, a la presente causa.

La mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los **finés** que había intentado resguardar y sobre los **medios** que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines: deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.

La demandada no ha logrado cumplir con las exigencias expuestas. En su breve contestación de demanda, sólo existen menciones genéricas al federalismo y a las facultades de la provincia para darse sus propias instituciones, todo lo cual esta Corte no se propone, sin duda, desconocer. Tampoco está en juego que los requisitos locales puedan ser distintos de los nacionales para cargos judiciales análogos.

Empero, lo único concreto que la demandada ha dicho con referencia a la norma impugnada es que la designación de los jueces es problema “complejísimo” y que, en ese “marco de complejidad deviene razonable la exigencia constitucional de que los jueces de la Cámara de Apelaciones sean ciudadanos nativos”. Agregó que “requisitos y condiciones como la que se impugna resultan [de] la derivación de lentos procesos históricos y sociales originados por las particularidades propias de cada estado provincial”. Resulta evidente que esas aserciones son totalmente insuficientes al momento de considerar si la provincia ha acreditado lo que debía probar, a tenor de los criterios ya expuestos. En consecuencia, corresponde resolver que la demandada no ha justificado la restricción atacada y se ha limitado a una “dogmática afirmación de su postura”.

2.2. Voto disidente del juez Augusto César Belluscio

Lo atinente al establecimiento de los requisitos que deben cumplir los funcionarios provinciales es de competencia provincial, no delegada al gobierno federal (arts. 121, 122 y 123 de la Constitución) y, en consecuencia, éste se encuentra excluido de regular sobre la materia (art. 122 de la norma citada). Por ello, en principio, la Corte carece de atribuciones para revisar regulaciones relativas a la organización y el funcionamiento de los poderes públicos provinciales, las cuales se hallan reservadas, por las normas constitucionales citadas, al ámbito del derecho público provincial.

Sin embargo, las competencias reservadas por las provincias para el ejercicio de su poder constituyente exigen la adecuación de la regulación de las instituciones locales al sistema representativo republicano y a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución (art. 5). En ese contexto, el actor solicita que esta Corte, a la cual la Constitución confía el aseguramiento de su supremacía (art. 31), declare que la exigencia impuesta por el art. 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires afecta la garantía de la igualdad (art. 16 de la Constitución).

La igualdad ante la ley que la Constitución ampara comporta la consecuencia de que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la Nación sean tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones, lo que implica, sin duda, el reconocimiento de un ámbito posible de discriminaciones razonables por el legislador y, en este caso, por el constituyente provincial, que es el habilitado para evaluar discrecionalmente las exigencias que impone para acceder a determinados cargos públicos locales.

La Constitución no establece derechos absolutos, y todos los derechos en ella consagrados se gozan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las que, si son razonables, no admiten impugnación constitucional. Asimismo, la garantía de la igualdad impone la consecuencia de que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la República sean tratadas del mismo modo y que las distinciones que efectúa el legislador (en el caso, el constituyente) en supuestos que estime distintos obedezcan a una objetiva razón de diferenciación y no a propósitos de persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas.

En el marco de los principios enunciados, la norma impugnada no viola la garantía de igualdad porque no discrimina, para acceder a los cargos de juez de cámara y de casación, entre la categoría de argentinos naturalizados, es decir, los extranjeros mayores de 18 años que residan en la República dos años continuos y manifiesten su voluntad de adquirir la ciudadanía.

Además, la distinción se realiza entre jueces de distintas instancias, y las exigencias mayores se plantean respecto de los de las instancias superiores. Por las razones expuestas, debe descartarse la alegada denegación de la igualdad ante la ley porque, para que ella se configure, no sólo ha de existir discriminación, sino que, además, ella deberá ser arbitraria. No sucede así cuando el distingo se basa en la consideración de una diversidad de circunstancias que fundan el distinto tratamiento legislativo.

Cabe considerar también si la disposición constitucional cuestionada ha alterado el concepto de idoneidad como recaudo para los cargos públicos (art. 16 de la Constitución), el que supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por ley o reglamento (o, en este caso, por la constitución local). Sobre el punto, ha sostenido esta Corte que la aptitud técnica, física y en particular la moral configuran exigencias de carácter genérico, en tanto otras, como la ciudadanía, lo son para determinadas funciones.

Por ello, no aparece irrazonable que la Provincia de Buenos Aires haya decidido que, para el ejercicio de las funciones de juez de cámara, de casación o de la Suprema Corte local, sea preciso contar con el recaudo de la ciudadanía por nacimiento o por opción, excluyendo la especie de la ciudadanía por naturalización.

Por lo demás, los constituyentes de otras provincias, en ejercicio de la autonomía provincial y de las competencias no delegadas, también han establecido diferenciaciones en cuanto a los requisitos para ser juez o funcionario en las distintas instancias, sin que ello pueda ser tachado de inconstitucional. Así, por ejemplo, la Constitución de la Provincia de Mendoza exige, para ser miembro o procurador de la Suprema Corte, haber nacido en territorio argentino, o ser hijo de padres nativos y haber optado por la ciudadanía de sus padres, en caso de haber nacido en territorio extranjero; en cambio, para ser miembro de las cámaras de apelaciones y otros cargos, sólo requiere la ciudadanía en ejercicio (arts. 152, 153 y 154); por su parte, la Provincia de Santa Cruz impone, para ser miembro del Superior Tribunal de Justicia, ser argentino nativo o por opción (art. 127), con lo cual excluye a los naturalizados.

En definitiva, cada provincia puede determinar, en ejercicio de potestades discrecionales, no delegadas a la Nación, los recaudos para el acceso a los cargos públicos, los cuales, en tanto no se muestren como arbitrarios o violen, de manera indudable, derechos o garantías constitucionales, deben ser respetados por los órganos del gobierno central, aun cuando se considere que su fundamento sea opinable.

En general, ello es así porque la racionalidad de la reglamentación de los derechos que la Constitución consagra no es pasible de tacha constitucional en tanto no se sustente en una iniquidad manifiesta. El acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas, no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de aplicación para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario.

En estas condiciones, si se hiciera lugar a la pretensión del actor respecto de la declaración de inconstitucionalidad de una norma que aparece como una razonable reglamentación de los recaudos para acceder a determinados cargos públicos locales, se avasallaría la autonomía de las provincias, asegurada por los arts. 5 y 122 de la Constitución, que, a la par de imponerles el deber de asegurar la administración de justicia (arts. 15 y 123 de la norma citada), les garantiza el establecimiento y el ejercicio de sus instituciones y la elección de sus funcionarios sin intervención del gobierno federal. Es que, así como incumbe a la Corte la elevada misión de ser custodio de la Constitución en cuanto a la adecuación de las constituciones provinciales a los derechos y garantías enunciados en aquélla, también le corresponde garantizar el federalismo como uno de sus principios cardinales.

Finalmente, corresponde poner de relieve que si se descalificara una norma provincial tachándola de discriminatoria por establecer diferencias entre los argentinos nativos o por opción y los naturalizados, ello implicaría el absurdo de descalificar a la vez la propia Constitución, ya que es esta misma la que establece distingos al excluir a los últimos de la posibilidad de acceder a los cargos de presidente y vicepresidente de la Nación (art. 89) o fijar un requisito de antigüedad en la ciudadanía para ser electos diputados o senadores (arts. 48 y 55).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 16-11-2004, H.172.XXXV, *Hoofit, Pedro Cornelio c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*.

DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN RACIAL. CÁRCELES. CLASIFICACIÓN DE LOS INTERNOS EN FUNCIÓN DE LA RAZA. PROBLEMAS DE SEGURIDAD (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: la política no escrita del *Department of Corrections* [Departamento Correccional] (DC) de California de separar a los internos en función de la raza en celdas dobles, por períodos de hasta sesenta días cada vez que ingresan a una nueva cárcel, supuestamente tiene por objeto prevenir la violencia que causan las pandillas raciales. El

peticionante Jonson, un interno de raza negra que, por aplicación de esa política, ha estado encerrado en celdas dobles, en forma intermitente, desde que fue encarcelado en 1987, promovió una acción alegando que la mencionada política viola el derecho a la igualdad que le acuerda la XIV Enmienda. El Tribunal de Distrito resolvió la cuestión de puro derecho a favor de los ex funcionarios del DC demandados, a los que reconoció una inmunidad limitada. La Cámara de Apelaciones confirmó esta decisión, y sostuvo que la constitucionalidad de la política debía ser objeto de revisión en términos del estándar menos riguroso formulado en *Turner v. Safley* (482 US 78 -1987-) y no del escrutinio estricto. Asimismo, declaró que la política sobrevivía el control de constitucionalidad de acuerdo con ese criterio. Johnson interpuso entonces un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

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

A los fines de determinar si la política del DC violenta el derecho a la igualdad, debe aplicarse el estándar riguroso de revisión.

(a) La referida política es una clasificación explícitamente racial y, por ende, “sospechosa a primera vista (*immediately suspect*)” (*Shaw v. Reno*, 509 US 630, 642 -1993-). En consecuencia, la Cámara de Apelaciones actuó erróneamente al no revisarla en términos del escrutinio estricto y al no exigir al DC que demostrara que la medida había sido específicamente formulada (*narrowly tailored*) para perseguir la satisfacción de un interés gubernamental de jerarquía superior. “Todas las clasificaciones raciales [impuestas por el gobierno]... deben ser evaluadas... en términos del escrutinio estricto” (v. *Adarand Constructors Inc. v. Peña, Secretary of Transportation*, 515 US 200, 227 -1995-) para asegurar que el gobierno está persiguiendo un objetivo suficientemente importante como para justificar el empleo de un recurso altamente sospechoso y “poner así al descubierto el recurso ilegítimo a este criterio de clasificación” (*Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 US 469, 493 -1989-). La pretensión del DC de que su política no debe ser evaluada tan rigurosamente porque resulta “neutra” -p.ej., porque mantiene separados “de igual forma” a todos los internos- ignora el reiterado mandato de la Corte de que las “clasificaciones raciales deben ser revisadas en términos del escrutinio estricto aun cuando pueda decirse que benefician o perjudican por igual a las razas” (*Shaw*, p. 651). En verdad, la Corte hace cincuenta años, en *Brown v. Board of Education* (347 US 483 -1954-), rechazó la noción de que “separado” alguna vez pueda ser “igual” -o “neutro”- y se niega a resucitarla hoy. Además, aplicó un estándar riguroso de revisión para evaluar la segregación racial en las cárceles (*Lee v. Washington*, 390 US 333 -1968-).

La aplicación de ese criterio es igualmente necesaria aquí. Al perpetuar la noción de que la raza es lo más importante, la segregación racial de los internos “puede exacerbar los mismos patrones de [violencia que dice] estar contrarrestando” (*Shaw*, p. 648). Prácticamente, todos los otros estados y el gobierno federal administran sus sistemas carcelarios sin recurrir a la segregación racial. De hecho, los Estados Unidos alegan que es posible hacer frente a los problemas de seguridad carcelaria mediante la consideración individualizada de los casos, sin recurrir a la segregación racial, a menos que su implementación pueda justificarse como respuesta necesaria y temporaria a una amenaza seria de violencia vinculada a la raza. En especial, no resulta claro por qué no es posible hacer determinaciones más individualizadas con relación a los internos trasladados de otra prisión, a quienes el DC ya ha evaluado al menos una vez.

(b) La Corte se niega a sustituir en estos casos el estándar riguroso de revisión por el menos estricto formulado en *Turner* en razón de que la política impugnada sólo se emplea en el contexto carcelario, como pretende el DC. El test de *Turner* tiene por objeto determinar si las normas materia de revisión que violentan los derechos fundamentales de los prisioneros están “razonablemente vinculadas” a “intereses penológicos legítimos”. La Corte nunca aplicó

ese criterio a las clasificaciones raciales. El caso *Turner* no se refería a ellas y *Lee* tampoco genera dudas al respecto. Eso no resulta sorprendente, puesto que la Corte sólo ha aplicado el test *Turner* a los derechos que “no se compadecen con un encarcelamiento apropiado” (*Overton v. Bazzetta*, 539 US 126, 131 -2003-). El derecho a no ser discriminado en razón de la raza no es susceptible de la lógica aplicada en *Turner* porque no es un derecho que necesariamente deba ser objeto de compromiso a los fines de una adecuada administración carcelaria. Por el contrario, el cumplimiento de la obligación de no discriminar en razón de la raza que contiene la XIV Enmienda no sólo se compadece con la adecuada administración carcelaria, sino que también refuerza la legitimidad de todo el sistema de justicia penal (*Boston v. Kentucky*, 476 US 79, 99 -1986-). La deferencia a la pericia específica de los funcionarios encargados del funcionamiento diario de las cárceles no exige aplicar aquí un estándar de revisión menos estricto. En *Lee*, la Corte no moderó el estándar de revisión de las clasificaciones raciales que se hacen en prisión, y se niega a hacerlo hoy. Antes bien, reafirma expresamente que las “necesidades de seguridad y disciplina que existen en el contexto carcelario” constituyen un interés gubernamental de jerarquía superior que sólo justifica el recurso a las clasificaciones raciales que estén específicamente formuladas (*narrowly tailored*) para satisfacerlas (v. *Grutter v. Bollinger*, 539 US 306, 353 -2003-). El estándar formulado en *Turner* autorizaría a los funcionarios de la prisión a aplicar políticas fundadas en la raza aun cuando existan alternativas racialmente neutras para lograr el mismo resultado y cuando no promuevan, en los hechos, la consecución de su objetivo. Ese estándar es demasiado moderado para poner al descubierto los usos ofensivos de la raza. Contrariamente a la objeción formulada por el DC, la revisión en términos del escrutinio estricto no impediría que los administradores de las cárceles hagan frente a los legítimos problemas de violencia racial que existen en ese ámbito. Cuando se devuelvan las actuaciones, el DC tendrá la carga de demostrar que su política ha sido específicamente formulada tanto para los nuevos internos como para los que han sido trasladados.

(c) La Corte no decide si la política del DC viola el derecho a la igualdad sin que, previamente, la Cámara o el Tribunal de Distrito revisen la constitucionalidad de la política impugnada conforme al estándar que aquí requerimos (v. *Consolidated Rail Corporation v. Gottshall*, 515 US 532, 557/558 -1994-).

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 23-2-2005, *Garrison S. Johnson v. California et al.*, en 73 LW 4137.

DERECHO A LA IGUALDAD. EXTRANJEROS. SOSPECHOSOS DE TERRORISMO. DETENCIÓN POR TIEMPO INDETERMINADO. DERECHO A LA LIBERTAD. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 3, 5, 14 Y 15 (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: el art. 23 de la *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* (ACSA) autoriza al Ministro del Interior a detener por tiempo indeterminado, sin acusar ni someter a juicio, a los extranjeros que considere sospechosos de ser terroristas internacionales y que no puedan ser deportados. Varios extranjeros detenidos en esas condiciones cuestionaron la validez de esta normativa.

2. Sentencia: la mencionada norma contradice las obligaciones asumidas por el Reino Unido al suscribir la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

La determinación de la existencia de una emergencia pública en términos del art. 15 de la Convención constituye esencialmente una decisión política, por lo que debe acordarse una particular gravitación a las opiniones que a este respecto formulen el Ministro del Interior, sus

colegas y el Parlamento. No se han acreditado en estos autos causas suficientemente sólidas como para desplazar la decisión del mencionado Ministro respecto a esta cuestión inicial.

En lo que hace a la proporcionalidad de la medida, se ha demostrado que si bien los extranjeros sospechosos de terrorismo internacional -algunos de los cuales no pueden ser deportados en razón de lo dispuesto por el art. 3 de la Convención- constituyen la principal amenaza, lo cierto es que un número importante de ciudadanos británicos genera, en términos cualitativos, el mismo riesgo. Sin embargo, el art. 23 de la ACSA no hace referencia a este último grupo.

La Convención obliga a las autoridades nacionales -incluyendo a los mismos jueces- a evaluar las posibles violaciones de los derechos que ella garantiza, sin que los tribunales encuentren obstáculo a esa revisión en doctrina alguna que requiera respetar el criterio de otros funcionarios. La *Human Rights Act 1998* dio a los tribunales el mandato específico y plenamente democrático de establecer las fronteras de una democracia fundada en el derecho.

Los argumentos de los apelantes relativos a la proporcionalidad son correctos, ya que la *Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001* y el art. 23 de la ACSA no respetan ese principio. También es cierto que las medidas impugnadas los discriminan con base en su nacionalidad y estatus inmigratorio, dado que les brindan un tratamiento diferente al acordado a los ciudadanos británicos sospechosos de terrorismo internacional, pese a compartir las características de ser sospechosos e indeportables. El gobierno debía justificar la diferencia de tratamiento que recibían los dos grupos. Resulta, por tanto, injustificable la decisión de detener a un grupo, definido en términos de la nacionalidad o estatus inmigratorio de sus miembros, y no al otro.

En consecuencia, el art. 23 de la ACSA viola los arts. 5 (que garantiza el derecho a la libertad y a la seguridad) y 14 (que prohíbe la discriminación) de la Convención.

CÁMARA DE LOS LORES DEL REINO UNIDO, sentencia del 16-12-2004, *A (FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department* y *X (FC) and another (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, en <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&others.pdf>.

DERECHO A LA IGUALDAD. CONCEJEROS MUNICIPALES. SALARIOS. BASE DE CÁLCULO (POLONIA).

El número de habitantes de una comuna incide de manera importante en la cantidad de trabajo de los concejeros municipales en una colectividad local dada. Por tanto, el legislador tiene derecho a tomar el número de habitantes como base del salario de los concejeros. Este criterio es simple y transparente, y conforme al principio constitucional de igualdad.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 15-4-2002, K 23/01, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 3, p. 510.

DERECHO A LA INFORMACIÓN. DERECHO A LA INTIMIDAD. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. CONFIDENCIALIDAD DE LOS SUMINISTRADOS AL SEGURO SOCIAL (MÉXICO).

El art. 22 de la Ley de Seguro Social establece que los documentos, datos e informes que los trabajadores, patronos y demás personas proporcionen al Instituto Mexicano de Seguro Social, en cumplimiento de las obligaciones impuestas por la norma, son estrictamente confidenciales y no pueden comunicarse o darse a conocer en forma nominativa e individual,

salvo cuando se trate de juicios y procedimientos en los que el instituto sea parte y en los casos previstos por la ley. Ello constituye una restricción que no viola el derecho a la información, por cuanto la confidencialidad tiene por objeto evitar que la información se conozca indiscriminadamente, pero se permite proporcionarla para juicios y procedimientos legales.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO, sentencia del 28-3-2000, tesis XLVII/2000, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, abril de 2000, tomo XI, p. 72.

DERECHO A LA INFORMACIÓN. OBLIGACIONES DEL ESTADO (MÉXICO).

El art. 6 de la Constitución establece que “el derecho a la información será garantizado por el Estado”. Del análisis de los diversos elementos que concurrieron en su creación se deduce que esa garantía se encuentra estrechamente vinculada con el respeto a la verdad. Tal derecho es, por tanto, básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana, que contribuirá a que ésta sea más enterada, lo cual es esencial para el progreso de la sociedad. Si las autoridades públicas, elegidas o designadas para servir y defender a la sociedad, asumen ante ésta actitudes que permitan atribuirles faltas de ética al entregar a la comunidad una información manipulada, incompleta, condicionada a intereses de grupo o de personas, que le vede la posibilidad de conocer la verdad para poder participar libremente en la formación de la voluntad general, incurren en violación grave a las garantías individuales en los términos de la Constitución (art. 97, segundo párrafo), pues su proceder conlleva a considerar que existe en ellas la propensión de incorporar a la vida política, lo que podría llamarse la cultura del engaño, de la maquinación y de la ocultación, en lugar de enfrentar la verdad y tomar acciones rápidas y eficaces para llegar a ésta y hacerla del conocimiento de los gobernados.

Nota de la Secretaría: el art. 97, segundo párrafo, dice: “La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o algún juez de distrito o magistrado de circuito, o designar a uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, o el gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal; o algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual”.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO, sentencia del 24-6-1996, tesis LXXXIX/1996, solicitud 3/96, “Petición del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos para que la Suprema Corte de Justicia ejerza la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 97 de la Constitución Federal”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, junio de 1996, tomo III, p. 513.

DERECHO A LA LIBERTAD. HÁBEAS CORPUS. ADMISIBILIDAD (ESPAÑA).

En reiteradas ocasiones, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de hábeas corpus como garantía fundamental del derecho a la libertad y en qué medida puede verse vulnerado por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de su solicitud, generando una consolidada doctrina que puede resumirse, a los efectos que interesan, en los siguientes puntos:

a) El procedimiento de hábeas corpus, previsto en el inciso primero del art. 17.4 de la Constitución (CE) y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984 (LOHC), supone una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del referido artículo, cuyo fin es posibilitar el control

judicial *a posteriori* de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las situaciones no acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición de toda persona que se considere privada ilegalmente de su libertad.

b) Aun siendo un proceso ágil y sencillo, de cognición limitada, el hábeas corpus no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen bajo su amparo sea plenamente efectivo. De lo contrario, la actividad judicial no sería un verdadero control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo cual, a su vez, implicaría un menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad.

c) De acuerdo con la específica naturaleza y finalidad constitucional de este procedimiento, y teniendo en cuenta su configuración legal, adquiere especial relevancia la distinción, explícitamente prevista en los arts. 6 y 8 LOHC, entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia. Y ello porque en el trámite de admisión no se produce la puesta a disposición judicial de la persona cuya privación de libertad se reputa ilegal, tal y como pretende el art. 17.4 CE, ya que la comparecencia ante el juez sólo se produce, de acuerdo con el párrafo 1 del art. 7 LOHC, una vez que se ha decidido la admisión a trámite mediante el Auto de incoación.

d) De ese modo, aun cuando la LOHC permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplan los requisitos de forma (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el art. 4 LOHC. Por ello, si se da el presupuesto de la privación de libertad y se cumplen tales requisitos, no es lícito denegar la incoación del hábeas corpus. Ahora bien, el Tribunal ha admitido el rechazo liminar en supuestos en los cuales no se daba el presupuesto de privación de libertad o de falta de competencia del órgano judicial.

e) En los casos en los cuales la situación de privación de libertad exista (requisito que, junto con los exigidos en el art. 4 LOHC, es preciso cumplir para poder solicitar la incoación), si hay alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de ésta, procede examinar los antecedentes, ya que el enjuiciamiento de la legalidad de la privación de libertad, en aplicación de lo previsto en el art. 1 LOHC, debe llevarse a cabo en el juicio de fondo, previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, con la facultad de proponer y, en su caso, practicar pruebas, según dispone el art. 7 LOHC, pues, en otro caso, quedaría desvirtuado el procedimiento. De ese modo, no es posible fundamentar la improcedencia de su inadmisión cuando ésta se funda en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, precisamente porque el contenido propio de la pretensión formulada en el hábeas corpus es el de determinar la licitud o ilicitud de tal privación.

f) En lo que respecta a la existencia de una situación de privación de libertad como presupuesto para la admisibilidad del hábeas corpus, se ha reiterado que debe cumplirse una doble exigencia: por un lado, que tal situación sea real y efectiva, ya que, de no ser así, las reparaciones habrían de buscarse por las vías jurisdiccionales adecuadas, de forma tal que cuando el recurrente no se encuentre privado de libertad, aquélla pueda ser denegada de modo preliminar, en virtud de lo dispuesto en el art. 6 de la Ley Orgánica 6/1984, puesto que en tales condiciones no procede incoar el procedimiento; y, por otro, que la privación de libertad no haya sido acordada judicialmente, ya que sólo en estos supuestos tendría sentido la garantía que instaura el art. 17.4 CE de control judicial, por lo que sería plenamente admisible el rechazo liminar de la solicitud de hábeas corpus cuando la privación es adoptada por vía judicial. En tal sentido, el Tribunal ha afirmado que tienen el carácter de privaciones no consentidas judicialmente -y, por tanto, con independencia de su legalidad, no pueden ser objeto de rechazo liminar- las solicitudes de hábeas corpus dirigidas contra arrestos policiales,

detenciones impuestas en materia de extranjería o sanciones de encierro domiciliario impuestas en expedientes disciplinarios por las autoridades militares.

En conclusión, la inadmisión liminar de un procedimiento de hábeas corpus basada en la legalidad de la situación de privación de libertad supone, en sí misma, una vulneración del art. 17.4 CE, al implicar una resolución sobre el fondo que sólo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento. Los únicos motivos legítimos para no admitirlo serán los fundados, ya sea en la falta del presupuesto mismo de la situación de privación de libertad o en la no concurrencia de sus requisitos formales.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Sala Segunda), sentencia del 12-7-2004, nº 122/2004, en <http://www.tribunalconstitucional.es/Stc2004/STC2004-122.htm>.

DERECHO A LA VIDA. PERSONA POR NACER. ABORTO TERAPÉUTICO. HOMICIDIO CULPOSO (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: la peticionante, ciudadana francesa, se presentó el 27 de noviembre de 1991 en el hospital Hôtel-Dieu de Lyon para realizar el chequeo correspondiente al sexto mes de su embarazo. El mismo día, otra mujer, llamada Thi Thanh Van Vo, debía retirarse en el mismo hospital un dispositivo intrauterino. Como consecuencia de una confusión entre las dos pacientes, dado que tenían un nombre en común, el médico procedió al examen de la peticionante y provocó la ruptura de su placenta. Esto hizo necesaria la práctica de un aborto terapéutico en la paciente. Ésta, juntamente con su marido, presentó una querrela. El médico fue procesado por lesiones culposas, delito que fue extendido posteriormente a homicidio culposo. Por fallo del 3 de junio de 1996, el Tribunal Correccional de Lyon dejó en libertad al procesado. El 13 de marzo de 1997, la Cámara de Apelaciones de Lyon anuló el fallo en cuestión, consideró al médico responsable del delito de homicidio culposo y lo condenó a seis meses de prisión y 1.500 euros de multa. El 30 de junio de 1999, la Corte de Casación revocó el fallo precedente alegando que los hechos litigiosos no caían dentro del tipo del homicidio culposo, por lo que se negó a considerar al feto como persona humana penalmente protegida. En este punto, el caso llegó a la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) el 20 de diciembre de 1999. El 22 de mayo de 2003, el caso fue retirado de la sala que lo trataba y entregado a la *Sala Plenaria* (Grande Chambre). La peticionante planteó la violación del art. 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), ya que las autoridades francesas se negaron a calificar como homicidio culposo el ataque a la vida del feto que llevaba en su seno. Sostuvo que Francia tenía la obligación de implementar una legislación penal que reprima y sancione el ataque en cuestión.

2. Sentencia:

Es competencia de los Estados determinar cuándo comienza el derecho a la vida humana, en primer lugar porque la mayoría de los Estados que ratificaron la Convención no dieron una única respuesta a esta cuestión e incluso en Francia ha dado lugar a muchos debates. Por otra parte, falta un consenso europeo en lo relativo a la definición científica y jurídica del comienzo de la vida.

Tal como surge de la jurisprudencia francesa y de un debate legislativo reciente sobre la oportunidad de crear un delito de interrupción voluntaria del embarazo, la naturaleza y el status jurídico del embrión o del feto no fueron aún definidos en Francia. Además, la forma de asegurar su protección depende de posiciones muy variadas en el seno de la sociedad francesa. En lo relativo al plano europeo, tampoco hay consenso sobre la naturaleza y el status jurídico del embrión o del feto. Lo único que se puede encontrar en tal sentido es la común pertenencia

al género humano. Es la potencialidad de este ser y su capacidad para ser una persona lo que debe ser protegido en nombre de la dignidad humana, sin que ello signifique que es una persona que tiene derecho a la vida en el sentido del art. 2 de la Convención. Por todo ello, actualmente no es ni deseable ni posible saber de forma abstracta si la persona por nacer es una "persona" en el sentido del citado art. 2.

Por otra parte, y en lo que respecta al caso en estudio, no es necesario saber si la violenta terminación del embarazo de la Sra. Vo entra en el campo de aplicación del art. 2 de la Convención. Suponiendo que se aplicara el artículo en cuestión, Francia no desconoció las exigencias de la preservación de la vida en el dominio de la salud pública. En efecto, el niño por nacer no está privado de derechos en el ordenamiento legal francés. Contrariamente a lo que sostiene la Sra. Vo, la obligación positiva de los Estados, que para la salud pública consiste en adoptar las medidas que aseguren la protección de la vida de los enfermos y llevar a cabo una investigación sobre las circunstancias de los decesos, no exige necesariamente que se adopten medidas de tipo penal.

En el caso, además de las acciones penales contra el médico por lesiones culposas sobre su persona, la peticionante podía iniciar una demanda administrativa que tenía importantes posibilidades de éxito. Así, hubiese podido establecer la culpa del médico y garantizar la reparación del daño causado. No era necesario iniciar una demanda penal.

Por todo ello, aun suponiendo que el art. 2 se aplicara en este caso, no hubo violación de esta disposición.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (dos jueces emitieron votos concurrentes y dos se pronunciaron en disidencia), sentencia del 8-7-2004, *Vo c. Francia*, en <http://www.coe.int>.

DERECHO COMUNITARIO. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO. BANCOS. CUENTAS CORRIENTES REMUNERADAS (COMUNIDAD EUROPEA-FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: desde el 18 de febrero de 2002, la sociedad Caixa Bank France, filial de Caixa Holding, sociedad española, comercializa en Francia una cuenta corriente remunerada con un interés del 2% anual a partir de un saldo activo de 1.500 euros. Mediante una decisión de la Comisión Bancaria y Financiera, por una parte, se prohibió a Caixa Bank que celebrara nuevos contratos de apertura de estas cuentas remuneradas con residentes y, por otra, se le instó a que denunciara las cláusulas de los contratos ya celebrados para este tipo de productos. Caixa Bank interpuso un recurso de casación contra esta decisión ante el Consejo de Estado francés, el que decidió consultar al Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de esta normativa nacional con las disposiciones del Tratado de la Comunidad (CE) en materia de libertad de establecimiento.

2. Sentencia:

Con carácter preliminar, cabe recordar que la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (Directiva 200/12/CE) no es aplicable en este asunto, ya que no contempla las restricciones a las sociedades que se establecen en un Estado Miembro como filiales de entidades de crédito establecidas en otros Estados Miembros.

El derecho de establecimiento, reconocido tanto a las personas físicas nacionales de un Estado Miembro como a las personas jurídicas, comprende, sin perjuicio de las excepciones y requisitos previstos, el acceso en el territorio de cualquier otro Estado Miembro a toda clase de actividades por cuenta propia y su ejercicio, así como también la constitución y gestión de empresas y la apertura de agencias, sucursales o filiales.

La situación jurídica de Caixa Bank está regulada, por tanto, por el derecho comunitario, con arreglo a las disposiciones del Tratado (art. 43 CE) que exigen la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, es decir, de todas las medidas que prohíban, obstaculicen minimicen el ejercicio de esa libertad.

La prohibición de remunerar las cuentas corrientes establecida en la normativa francesa constituye un obstáculo importante para el ejercicio de sus actividades por medio de una filial situada en Francia y afecta el acceso al mercado de las sociedades de otros Estados Miembros. Esta prohibición recae sobre una de las actividades básicas de las entidades de crédito y, en consecuencia, constituye una restricción, ya que obstaculiza la captación de fondos del público por parte de las filiales de sociedades extranjeras, al privarlas de la posibilidad de competir de forma más eficaz, mediante la remuneración de las cuentas corrientes, con las entidades de crédito tradicionalmente implantadas en Francia, dotadas de una extensa red de agencias y que disponen por tanto de mayores facilidades.

Con el fin de justificar la restricción a la libertad de establecimiento derivada de la disposición controvertida, el gobierno francés ha invocado la protección de los consumidores y el fomento del ahorro a mediano y largo plazo, pero el Tribunal de Justicia estima que la prohibición de remunerar las cuentas corrientes es una medida que va más allá de lo necesario para alcanzar estos objetivos.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, sentencia del 5-10-2004, asunto C-442/02, *Société Caixa Bank France c/ Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, en http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=62002J0442&lg=ES.

DERECHO COMUNITARIO. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS BASES DE DATOS. OBTENCIÓN, VERIFICACIÓN O PRESENTACIÓN DE SU CONTENIDO. EXTRACCIÓN Y REUTILIZACIÓN. DERECHO *SUI GENERIS*. CARRERAS DE CABALLOS. DATOS HÍPICOS. APUESTAS (COMUNIDAD EUROPEA-REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: en el marco de un litigio entre The British Horseracing Board Ltd. (BHB), el Jockey Club y Weatherbys Group Ltd., por un lado, y William Hill Organization Ltd., por otro, fundado en el uso de información procedente de la base de datos de BHB, que hizo William Hill con vistas a la organización de apuestas hípcas, la *Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division)* del Reino Unido pidió al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una interpretación prejudicial de los arts. 7 y 10.3 de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (Directiva). La adaptación del derecho interno del Reino Unido a la Directiva se llevó a cabo mediante las *Copyright and Rights in Databases Regulations 1997*, que entraron en vigor el 1º de enero de 1998. Los términos de las referidas *Regulations* son idénticos a los de la Directiva.

2. Sentencia:

2.1. La inversión destinada a la obtención del contenido de una base de datos, a que alude el art. 7.1 de la Directiva, designa los recursos dedicados a la búsqueda de datos ya existentes y a su recopilación en dicha base, sin incluir los utilizados para la creación de los datos almacenados.

La inversión destinada a la verificación del contenido de la base de datos a que también se refiere la norma comunitaria alude a los recursos que se dedican al control de la exactitud de los datos buscados, tanto durante la constitución de la base de datos como durante el período de funcionamiento de ésta, con vistas a garantizar la fiabilidad de la información,

sin incluir los dedicados a operaciones de verificación durante la fase de creación de datos posteriormente reunidos en la base.

Los recursos dedicados a la elaboración de una lista de los caballos que participan en una carrera y a las operaciones de verificación que se inscriben en ese marco no constituyen una inversión destinada a la obtención y a la verificación del contenido de la base de datos en la que figura la referida lista.

2.2. La extracción y reutilización reguladas por la mencionada norma se realizan mediante todos los actos no autorizados de apropiación y de difusión al público de la totalidad o de una parte del contenido de una base de datos, sin brindar acceso directo a ella.

La circunstancia de que el contenido de la base de datos se haya hecho accesible al público por obra de la persona que la constituyó, o con su consentimiento, no afecta el derecho de esta última a prohibir los actos de extracción y/o de reutilización relativos a la totalidad o a una parte sustancial del contenido de una base de datos.

2.3. La “parte sustancial del contenido de una base de datos, evaluada cuantitativamente” también referida por el artículo en análisis es el volumen de datos extraído y/o reutilizado de la base, el cual debe apreciarse en relación con el volumen del contenido total de ésta.

La “parte sustancial del contenido de una base de datos, evaluada cualitativamente” se refiere a la magnitud de la inversión destinada a la obtención, verificación o presentación del contenido del objeto del acto de extracción y/o de reutilización, con independencia de si tal objeto representa una parte cuantitativamente sustancial del contenido general de la base de datos protegida.

La “parte no sustancial del contenido de una base de datos” es toda parte que no responda al concepto de parte sustancial desde un punto de vista tanto cuantitativo como cualitativo.

2.4. La prohibición que establece el art. 7.5 de la Directiva se refiere a aquellos actos no autorizados de extracción y/o de reutilización que, en virtud de su efecto acumulativo, tiendan a reconstituir y/o a poner a disposición del público, sin autorización de la persona que haya constituido la base de datos, la totalidad o una parte sustancial del contenido de esa base y que, de este modo, perjudiquen gravemente la inversión de esa persona.

Nota de la Secretaría: el art. 7 de la Directiva establece un derecho *sui generis* en los términos siguientes: “Objeto de la protección: 1. Los Estados Miembros dispondrán que el fabricante de la base de datos pueda prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de ésta, evaluada cualitativa o cuantitativamente, cuando la obtención, la verificación o la presentación de dicho contenido representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo. 2. A efectos del presente capítulo se entenderá por: a) ‘extracción’ la transferencia permanente o temporal de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de una base de datos a otro soporte, cualquiera que sea el medio utilizado o la forma en que se realice; b) ‘reutilización’ toda forma de puesta a disposición del público de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base mediante la distribución de copias, alquiler, transmisión en línea o en otras formas. La primera venta de una copia de una base de datos en la Comunidad por el titular de los derechos o con su consentimiento extinguirá el derecho de control de las ventas sucesivas de dicha copia en la Comunidad. El préstamo público no constituirá un acto de extracción o de reutilización. 3. El derecho contemplado en el apartado 1 podrá transferirse, cederse o darse en licencia contractual. 4. El derecho contemplado en el apartado 1 se aplicará con independencia de la posibilidad de que dicha base de datos esté protegida por el derecho de autor o por otros derechos. Además, se aplicará independientemente de la posibilidad de que el contenido de dicha base de datos esté protegido por el derecho de autor o por otros derechos. La protección de las bases de datos por el derecho contemplado en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de los derechos existentes sobre su contenido. 5. No se autorizará la extracción y/o reutilización repetida/s o sistemática/s de partes no sustanciales del contenido de la base de datos que supongan actos contrarios a una explotación normal de dicha base o que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante de la base”. Por su parte, el

art. 8.1 de la Directiva dispone lo siguiente: “El fabricante de una base de datos, sea cual fuere la forma en que haya sido puesta a disposición del público, no podrá impedir al usuario legítimo de dicha base extraer y/o reutilizar partes no sustanciales de su contenido, evaluadas de forma cualitativa o cuantitativa, con independencia del fin a que se destine. En la medida en que el usuario legítimo esté autorizado a extraer y/o reutilizar sólo parte de la base de datos, lo dispuesto en el presente apartado se aplicará únicamente a dicha parte”. A tenor del art. 9 de la Directiva, “los Estados Miembros podrán establecer que el usuario legítimo de una base de datos, sea cual fuere la forma en que haya sido puesta a disposición del público, pueda, sin autorización del fabricante de la base, extraer y/o reutilizar una parte sustancial de su contenido: a) cuando se trate de una extracción para fines privados del contenido de una base de datos no electrónica; b) cuando se trate de una extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica, siempre que indique la fuente y en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga; c) cuando se trate de una extracción y/o reutilización para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial”. El art. 10 de la Directiva dispone lo siguiente: “1. El derecho contemplado en el artículo 7 nacerá en el momento mismo en que se dé por finalizado el proceso de fabricación de la base de datos. Expirará quince años después del 1º de enero del año siguiente a la fecha en que haya terminado dicho proceso. [...] 3. Cualquier modificación sustancial, evaluada de forma cuantitativa o cualitativa, del contenido de una base de datos y, en particular, cualquier modificación sustancial que resulte de la acumulación de adiciones, supresiones o cambios sucesivos que conduzcan a considerar que se trata de una nueva inversión sustancial, evaluada desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo, permitirá atribuir a la base resultante de dicha inversión un plazo de protección propio”.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Gran Sala), sentencia del 9-11-2004, asunto C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd. y otros / William Hill Organization Ltd.*, en http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=62002J0203&lg=ES.

DERECHO DE DEFENSA. DEBIDO PROCESO. INACTIVIDAD DE UN TRIBUNAL. PLAZO RAZONABLE. DILACIONES INDEBIDAS (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: un interno de un instituto penal de Hamburgo solicitó a las autoridades que le otorguen el estatus de estudiante para poder iniciar una carrera a distancia en la Universidad de Hagen, que le fue denegado. En julio de 2000, presentó una demanda ante el Tribunal Estadual de Hamburgo (TEH), que emitió una sentencia desfavorable, la cual fue apelada por aquél ante el Superior Tribunal de Hamburgo (STH), que anuló la sentencia del tribunal inferior y remitió el expediente para una nueva decisión. En octubre de 2001, la titular del TEH manifestó que debido a su estrés no estaba en condiciones de resolver el caso. Ante ello, sucesivamente fueron designados diversos jueces para ocupar el cargo. El 6 de septiembre de 2002, el interno presentó una demanda por inactividad ante el TEH, tribunal que no la cursó al STH. Sólo cuando este último lo reclamó por tercera vez, le fue remitido el expediente del caso. Si bien el 2 de enero de 2003 el STH dispuso que la inactividad del TEH era ilícita, éste siguió sin resolver el caso. En su recurso ante el Tribunal Constitucional, el peticionante alegó que se hallaba desprotegido, puesto que no existía ningún recurso efectivo que le permitiera accionar contra tal inactividad judicial y exigió, además, que la Constitución permita dar al tribunal de jerarquía superior el poder de resolver este tipo de cuestiones. Las autoridades judiciales de Hamburgo informaron que en el transcurso del año en que el peticionante hiciera la presentación, éste inició un total de 54 demandas penales ante el TEH.

2. Sentencia:

El art. 19.4 de la Constitución garantiza la protección jurídica efectiva. Ésta sólo es eficaz si se cumple dentro de un plazo de tiempo razonable. No se encontraron razones que

justifiquen que tras el llamado de atención que realizó el STH el 2 de enero de 2003, no se haya emitido sentencia. La duración de un proceso depende de diversas circunstancias, entre ellas la significación del caso, las consecuencias que para los implicados tenga un proceso prolongado, etc. El juez dispone de un espacio de tiempo para resolver las causas, dentro del cual puede asignar prioridad a algunas por encima de otras, dependiendo del peso de cada una. No corresponde aquí decidir hasta qué punto se pueden justificar dilaciones, en casos como el presente, donde el demandante inició una gran cantidad de causas de manera casi simultánea. La discrecionalidad de un juez en cuanto al tiempo que se toma para resolver un caso queda reducida desde el momento en que el tribunal de jerarquía superior decide que existe inoperancia y que ésta no se puede admitir.

Con respecto a la pretensión de que la Constitución permita que el tribunal de jerarquía superior sea el que resuelva el caso si éste comprueba la inactividad del primero, el recurso carece de fundamento. El demandante cuestiona una omisión del legislativo, pero que un TEH haya actuado negligentemente no significa que el marco jurídico no se conforma al art. 19.4 de la Constitución. La inactividad del TEH vulneró el derecho del recurrente a un proceso efectivo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 29-3-2005, *BvR 1610/03*, en http://www.bundesverfassungsgericht.de/bverfg_cgi/pressemitteilungen/frames/bvg05-030.

DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A UN ASESORAMIENTO JURÍDICO EFICAZ. **PROCESO PENAL.** *PLEA BARGAINING.* ADMISIÓN DE CULPABILIDAD. CONSENTIMIENTO EXPRESO DEL ACUSADO. AQUIESCENCIA SILENCIOSA. **ABOGADOS.** EFICACIA DE SU ACTUACIÓN. **PENA DE MUERTE** (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: el apelado Nixon fue arrestado por homicidio brutal (*brutal murder*). Cuando la policía lo interrogó, describió gráfica y detalladamente cómo había secuestrado y asesinado a su víctima. Después de haber reunido una cantidad abrumadora de pruebas sobre su culpabilidad, la fiscalía lo acusó por homicidio premeditado y por otros crímenes vinculados a éste. El defensor oficial Corin presentó una “declaración de inocencia” y tachó a todos los potenciales testigos del Estado. Sin embargo, cuando se convenció de que la culpabilidad de Nixon no podía ser razonablemente controvertida, comenzó las negociaciones con el fiscal (*plea negotiations*), pero éste sólo admitió recomendar la pena de muerte. Teniendo en cuenta que era inevitable llegar a juicio, que Nixon podía ser condenado a muerte y que la posición de la fiscalía era muy sólida, el defensor llegó a la conclusión de que la mejor opción era reconocer la culpabilidad de su defendido a efectos de preservar la credibilidad que necesitaría para acreditar -en la etapa de sentencia- la inestabilidad mental de su representado e intentar salvarle la vida. En varias oportunidades trató de explicar la estrategia a su defendido, pero éste invariablemente permaneció indiferente, sin aprobar ni rechazar verbalmente la propuesta y sin darle ayuda o instrucción alguna para preparar el caso. Por otra parte, durante la mayor parte del proceso, Nixon tuvo una conducta disruptiva y ausente. En su exposición inicial, la defensa admitió la culpabilidad de Nixon y exhortó al jurado a centrarse en la etapa de sentencia. Cuando la fiscalía presentó su prueba, Corin se opuso a la admisión de las fotos de la escena del crimen, afirmando que eran indebidamente perjudiciales; asimismo, repreguntó a los testigos de la fiscalía para que aclararan sus dichos y cuestionó varios aspectos de las instrucciones dadas al jurado. En su alegato final, admitió nuevamente la culpabilidad de Nixon, afirmando tener la esperanza de convencer al jurado, en la etapa de sentencia, de que su defendido no debía ser condenado a muerte. El jurado encontró que Nixon era culpable de todos los delitos que se le imputaban. En la etapa de sentencia, la defensa dijo al jurado que Nixon no era un “ser humano intacto” y que había

cometido el homicidio mientras estaba aquejado por varios problemas mentales. Llamó como testigos a parientes y amigos de su defendido, quienes describieron los problemas emocionales que éste había tenido en su infancia y su errático comportamiento en los días previos al homicidio. También presentó las opiniones de peritos relativas a la personalidad antisocial, a los antecedentes de inestabilidad emocional y a los tratamientos psiquiátricos, al bajo coeficiente intelectual y a la posible lesión cerebral de Nixon. En su alegato final, destacó lo joven que era el acusado y la discrecionalidad que tenía el jurado para considerar factores atenuantes, poniendo énfasis al afirmar que si no se le imponía la pena de muerte, Nixon nunca saldría en libertad y que la pena capital no era un castigo apropiado para una persona con la discapacidad de su defendido. El jurado recomendó pena de muerte y el tribunal de primera instancia la impuso. Posteriormente, la Suprema Corte de Florida revocó esta decisión, afirmando que el reconocimiento por parte de un abogado defensor de que su cliente cometió homicidio, sin contar con el expreso consentimiento de éste, automáticamente configura un supuesto de asesoramiento jurídico ineficaz y perjudicial que da lugar a un nuevo juicio, conforme lo resuelto en *United States v. Cronin* (466 US 648 -1984-). Juzgó que el reconocimiento de Corin era el equivalente funcional de la admisión en juicio de la propia culpabilidad, por cuanto permitía que, durante la etapa de instrucción (*guilty phase*), la fiscalía actuara esencialmente sin oposición. En virtud de lo resuelto en *Boykin v. Alabama* (395 US 238, 242/243 -1969-), el consentimiento para admitir la propia responsabilidad en juicio no puede inferirse del silencio; en forma similar -sostuvo la Corte de Florida-, el reconocimiento de culpabilidad requiere la aceptación afirmativa y explícita del acusado, sin la cual la actuación de su abogado se presume inadecuada.

2. Sentencia: se revoca la decisión objeto de recurso y se devuelven las actuaciones al inferior.

La falta de consentimiento expreso de un acusado penal a la estrategia adoptada por su abogado de admitir su culpabilidad en un juicio en que puede imponerse la pena de muerte no torna automáticamente deficiente la actuación del letrado.

(a) La Suprema Corte de Florida actuó erróneamente al exigir que Nixon aceptara explícita y afirmativamente la estrategia de su defensor, con base en que las manifestaciones que Corin había formulado al jurado constituían el equivalente funcional de una admisión de culpabilidad en un juicio penal. No obstante el mencionado reconocimiento de su culpabilidad, Nixon conservó los derechos que los acusados tienen en los procesos penales. En la etapa de instrucción, el Estado está obligado a presentar prueba idónea y admisible de los elementos esenciales de los delitos que imputa, la cual se separa, en el estadio de sentencia (*penalty phase*), para permitir que la defensa se concentre en las circunstancias atenuantes. Por otra parte, el defensor conserva el derecho a reexaminar a los testigos presentados por la fiscalía y puede -como hizo Corin- intentar excluir la prueba perjudicial. Además, en el supuesto en que se incurra en errores durante el juicio o al impartir las instrucciones al jurado, el reconocimiento de culpabilidad no impide al acusado ejercer su derecho a apelar.

Corin estaba obligado a explicar a Nixon la estrategia que le proponía, deber que cumplió en reiteradas oportunidades. El silencio que mantuvo Nixon invariablemente no basta para tornar irrazonable la decisión de la defensa de admitir la responsabilidad de su defendido y de hacer hincapié en las cuestiones vinculadas a la cadena perpetua o pena de muerte.

(b) La efectividad de la actuación de un abogado no debe evaluarse en términos del estándar *Cronin*, sino del prescrito en *Strickland v. Washington* (466 US 668, 688 -1984-): “¿Cae la representación judicial del abogado debajo del estándar objetivo de razonabilidad?”. La Suprema Corte de Florida erróneamente equiparó la estrategia adoptada por Corin con una admisión judicial de culpabilidad, y esto la condujo a aplicar un estándar inapropiado. Comenzó presumiendo la actuación deficiente y luego aplicó la presunción de perjuicio, que *Cronin* había reservado para las situaciones en que el abogado no haya actuado en forma

alguna como defensor de su cliente. El reconocimiento que Corin hizo de la culpabilidad de Nixon no es equiparable a esa falla. Si bien en un juicio ordinario este tipo de admisiones podría merecer otras consideraciones, la rigurosidad de la pena que puede aplicarse en estos casos y la estructuración del proceso en dos etapas gravitan profundamente en el análisis estratégico de los abogados, que en estos escenarios se enfrentan a alternativas desalentadoras: es más probable que los fiscales pidan la pena de muerte y se nieguen a aceptar un pedido de imposición de cadena perpetua cuando la prueba es muy categórica y el delito es abyecto. En consecuencia, es razonable que decidan concentrarse en la etapa de sentencia del juicio, en la cual deben convencer al juzgador de preservar la vida de su cliente. El abogado defensor debe esforzarse en la etapa de instrucción para evitar cursos de acción contraproducentes. Basar una defensa en que “el acusado no cometió el crimen” genera el riesgo de destruir la credibilidad del abogado para la etapa de sentencia y de predisponer al jurado a no ser indulgente con el acusado. Cuando éste puede ser condenado a muerte, el abogado debe considerar conjuntamente las etapas de instrucción y de sentencia para determinar la mejor forma de proceder. En los supuestos en que el abogado informa al acusado la estrategia que considera favorable a su mejor interés y éste permanece indiferente, la elección estratégica del defensor no se ve obstaculizada por ninguna regla general que requiera el consentimiento expreso de su cliente. Antes bien, si la estrategia -teniendo en cuenta la prueba vinculada a la culpabilidad del acusado- satisface el estándar de *Strickland*, la cuestión queda resuelta sin que subsista ninguna pretensión atendible de asistencia jurídica ineficaz.

SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS, sentencia del 13-12-2004, *Florida v. Joe Elton Nixon*, en 73 LW 4047.

DERECHO DE DEFENSA. NON BIS IN IDEM. COSA JUZGADA (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: la cámara federal rechazó la excepción de cosa juzgada articulada por la defensa oficial del encausado. Para adoptar ese temperamento, sostuvo que si bien tanto la imputación de defraudación a la administración pública como la acusación por contrabando agravado se fundaron sobre los mismos hechos, la circunstancia de haber declarado prescripta la acción penal respecto del primero de esos delitos no impedía que éstos se consideraran como elementos de juicio en la configuración del restante. Consideró que ello es así pues “el efecto de la prescripción no es el de producir la abolición del delito, sino únicamente la facultad del Estado para condenar, vale decir, para iniciar o proseguir la acción criminal”. Contra este pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario, que fue concedido.

2. Sentencia: se deja sin efecto la decisión de la cámara federal.

Al haber sido desvinculado del proceso respecto de los hechos en cuestión mediante la absolución dispuesta que quedó firme, aquéllos no pueden configurar nuevamente una plataforma fáctica respecto de la cual pueda admitirse una acusación.

Las decisiones jurisdiccionales que determinan la absolución o condena de una persona imputada de delito lo hacen siempre con relación a “hechos” y en la medida en que la situación jurídica respecto de ellos no haya sido resuelta definitivamente con anterioridad.

El argumento relativo a que la prescripción no produce la abolición del delito y que por eso su declaración respecto de un hecho no impediría que éste pueda reconsiderarse como elemento de juicio en la configuración de otro delito carece de asidero desde la perspectiva del contenido que esta Corte ha asignado a la garantía constitucional del *non bis in idem*.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que la propia resolución cuestionada mediante la presentación federal reconoce expresamente que los hechos reexaminados a la luz de una nueva valoración jurídica resultan ser aquéllos en orden a los cuales el imputado ya había sido absuelto, la continuidad del trámite procesal a su respecto genera un nuevo riesgo de condena que se suma al anteriormente corrido por las mismas conductas.

Cabe finalmente recordar que la autoridad de la cosa juzgada constituye uno de los principios esenciales en que se funda la seguridad jurídica y debe respetarse salvo en los casos en que no ha existido un auténtico y verdadero proceso judicial, puesto que aquélla supone la existencia de un juicio regular donde se haya garantizado el contradictorio y fallado libremente por los jueces, como ha ocurrido en la especie.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 16-11-2004, B.2013.XXXVIII, *Borda, Carlos Nicolás s/ excepción de previo pronunciamiento*.

DERECHO DE DEFENSA. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. REMISIÓN AL CASO *BULACIO* DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 46, 63 Y 68. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS, ART. 7. CONVENCION SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD. CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, ART. 27 (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal confirmó la decisión de la jueza de primera instancia, que declaró extinguida, por prescripción, la acción penal respecto del imputado y lo sobreseyó definitivamente con relación al hecho por el que fuera acusado. Contra esa resolución, el fiscal interpuso recurso extraordinario, que fue concedido.

2. Sentencia:

2.1. Decisión de la mayoría

No corresponde calificar de arbitraria la decisión apelada, pues encuentra fundamento suficiente en el criterio sostenido por el a quo, y la solución de fondo, en cuanto rechaza que los actos de la defensa puedan tener efecto interruptivo de la prescripción de la acción penal, de ningún modo puede ser considerada un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso, sino todo lo contrario.

Sin embargo, no ha de soslayarse la circunstancia de que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 18 de septiembre de 2003 (caso *Bulacio vs. Argentina*), que declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino -entre otros puntos- por la deficiente tramitación del expediente.

Según se desprende de la sentencia internacional, la declaración de la prescripción de la acción penal representaría una violación a los derechos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención). En efecto, conforme al texto de esa decisión, en el marco de un acuerdo de solución amistosa, la Argentina reconoció su responsabilidad internacional en los siguientes términos: “El Gobierno reconoce la responsabilidad por la violación a los derechos humanos de Walter David Bulacio y su familia, con base en la demanda efectuada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En ese sentido se deja constancia [de] que Walter David Bulacio fue víctima de una violación a sus derechos en cuanto a un inapropiado ejercicio del deber de custodia y a una detención ilegítima por incumplimientos procedimentales”. Con relación a este punto, el Estado

reconoció que la detención fue ilegal por incumplimiento de las normas internas que obligan a los funcionarios policiales a dar aviso a los padres, informar a las personas menores de edad sobre las causas de la detención y dar intervención a un juez sin demora. Asimismo, se admitió la responsabilidad por la violación del derecho a la vida y la integridad física, por un inapropiado ejercicio del deber estatal de custodia, por la no adopción de las medidas de protección que la condición de menor requería y por haberse excedido los estándares internacionales en materia de plazo razonable y en materia de recursos efectivos.

La manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa -refiere la Corte Interamericana- ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables. El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos.

En consecuencia, la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido a las víctimas a la protección judicial y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino. Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales locales ha quedado considerablemente limitado, por lo que corresponde declarar inaplicables al *sub lite* las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en un caso que, en principio, no podría considerarse alcanzado por las reglas de derecho internacional incorporadas al ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad (Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas -ley 24.556, art. 7- y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad -ley 24.584-).

Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, corresponde dejar sentado que la Corte no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución del tribunal internacional mencionado.

En efecto, tal como ya se señalara, son los órganos estatales quienes tienen a su cargo el deber de asegurar que el proceso se desarrolle normalmente y sin dilaciones indebidas. Hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber, sea que ella se haya producido por la desidia judicial o por la actividad imprudente del letrado que asume a su cargo la defensa técnica, produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar, conforme el art. 18 de la Constitución Nacional. La circunstancia de que sea el defensor del imputado quien haya generado tales dilaciones en nada modifica la situación, pues la defensa sólo es inviolable cuando puede ser ejercida en forma amplia. Cuando el defensor actúa indebidamente, es al Estado a quien le corresponderá encauzar el procedimiento en debida forma, y no el imputado quien debe velar por la celeridad del proceso ni sufrir las consecuencias de incumplimientos ajenos.

Con referencia a la conducta procesal del imputado, este Tribunal ha afirmado que ella es irrelevante para interrumpir la prescripción, y que no obsta a la extinción de la acción penal ni al reconocimiento de su derecho a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas “la negligencia que podría haber tenido la encausada en comparecer en la causa provocando su consecuente dilación, pues, como es obvio, no está en aquélla instar la prosecución del proceso instruido en su contra, ni su conducta -sujeta a las normas de procedimiento- puede incidir en la objetiva aplicación del instituto de la prescripción”.

En cambio, el fallo de la Corte Interamericana soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable - íntimamente relacionado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho- a través de su subordinación a los derechos del acusador,

con fundamento en que se ha constatado en el caso una violación a los derechos humanos en los términos de la Convención. Ello, por cierto, bien puede bastar para generar la responsabilidad internacional del Estado infractor, pero no para especificar cuáles son las restricciones legítimas a los derechos procesales de los individuos que resulten imputados penalmente como autores o cómplices del hecho que origina la declaración de responsabilidad internacional.

A ello se suma, en el caso, que la restricción de los derechos del imputado, que deriva de la inoponibilidad de la prescripción, es consecuencia de los hechos reconocidos por el gobierno argentino, en el marco de un procedimiento de derecho internacional en el que el acusado no ha tenido posibilidad alguna de discutirlos. Por otro lado, la fijación de las circunstancias de hecho de las que deriva la declaración de responsabilidad se produjo por medio de un procedimiento formal -consecuencia del reconocimiento de su responsabilidad internacional por parte del Estado- desvinculado del principio de averiguación de la verdad real que rige en materia procesal penal.

En consecuencia, se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado en la Convención. Dado que tales restricciones fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por la Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darles cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional.

La actuación de los jueces que han intervenido en la tramitación de la investigación fue calificada por la Corte Interamericana como tolerante y permisiva respecto de las dilaciones en que se incurriera en la causa. En tales condiciones, se revoca la sentencia apelada y se dispone remitir testimonio de la presente al Consejo de la Magistratura, a fin de que se determinen las posibles responsabilidades.

2.2. Votos concurrentes

2.2.1. Los jueces Augusto César Belluscio y Juan Carlos Maqueda consideraron que debía descalificarse la sentencia, pues omitió fundar los motivos por los que afirmó que el traslado a la defensa, las sucesivas prórrogas que se acordaron a tal efecto y las resoluciones adoptadas en cada uno de los planteos incidentales formulados por la misma parte no podían ser considerados secuela de juicio, circunstancia que no admite justificación alguna, si se toma en cuenta que el Ministerio Público hizo particular hincapié sobre los efectos de tal actividad procesal al contestar una vista.

Tal deficiente examen de las alegaciones de la parte acusadora -suficiente de por sí para descalificar el fallo- adquiere mayor gravedad pues el Estado Nacional ha reconocido "...la responsabilidad por la violación a los derechos humanos de Walter David Bulacio y su familia..." en el marco de la demanda instaurada por ante la Corte Interamericana, circunstancia que imponía un cuidadoso estudio de la cuestión sometida a consideración del a quo. Al dictar sentencia, ese tribunal sostuvo: "De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de carácter interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos..." y decidió: "admitir el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado...; 4º) ...el Estado debe proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos de este caso y sancionar a los responsables de los mismos; que los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de conformidad con la ley interna y las normas de la Convención...".

Tanto de los términos expresos de la Convención como de su contexto se desprende que cuando ese instrumento ha querido asignar carácter obligatorio a las decisiones emanadas

de sus órganos de aplicación, lo hizo en forma explícita. En este sentido, dispone que “...Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes...” (art. 68.1), por lo que la obligatoriedad del fallo no admite dudas en la medida en que el Estado Nacional ha reconocido explícitamente la competencia de ese tribunal internacional al aprobar la citada Convención (ley 23.054).

2.2.2. El juez Carlos S. Fayt, en su voto, descalifica la sentencia por haber omitido fundamentar por qué determinados actos invocados por el Ministerio Fiscal, a pesar de remover obstáculos procesales y tender a la obtención de una sentencia definitiva, no podrían revestir también el carácter de secuela del juicio en los términos del art. 67, párrafo cuarto, del Código Penal.

Esta decisión no implica en modo alguno asumir que los jueces nacionales se encuentren obligados a declarar la imprescriptibilidad en esta causa como derivación de lo resuelto por la Corte Interamericana en el caso *Bulacio*.

Sobre la cuestión, cabe recordar que pese a no hallarse agotados los recursos previstos en la jurisdicción argentina, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró admisible el caso al observar que “exist[ía] un retardo en la decisión definitiva” de la causa, pues “desde abril de 1991 hasta la fecha [del dictamen], ha[bían] pasado más de siete años” (art. 46.2c de la Convención, Informe 29/98, caso 11.752 del 5 de mayo de 1998).

En la referida decisión, la Corte Interamericana señaló que los órganos judiciales intervinientes no tuvieron en cuenta que “su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables” (párr. 114). Agregó, asimismo, que “son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos” (párr. 116, con cita de los casos *Trujillo Oroza* y *Barrios Altos*). Destacó que “(d)e acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos” (párr. 117). Por último, señaló que “de conformidad con los principios generales del derecho y tal como se desprende del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las decisiones de los órganos de protección internacional de derechos humanos no pueden encontrar obstáculo alguno en las reglas o institutos de derecho interno para su plena aplicación” (párr. 118).

Si bien está fuera de discusión el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos, como así también que la obligación de reparar del Estado no se agota en el pago de una indemnización como compensación de los daños ocasionados, sino que comprende además otro tipo de reparaciones como la persecución penal de los responsables de las violaciones a los derechos humanos - “deber de justicia penal”-, ello no significa que en ese deber pueda entenderse incluida la especificación de restricciones a los derechos procesales de los individuos concretamente imputados en una causa penal como autores o cómplices del hecho que origina la declaración de responsabilidad internacional.

En efecto, dentro de las diferentes formas en las que un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en la que ha incurrido, que “varían según la lesión producida” (casos *Garrido* y *Baigorria*, *Reparaciones*, párr. 41 y *Castillo Páez*, *Reparaciones*, párr. 48), se encuentra el denominado **deber de justicia penal**. La jurisprudencia de la Corte Interamericana es uniforme en el reconocimiento del deber de investigación, persecución y enjuiciamiento de quienes incurrir en violación de los derechos humanos, a fin de que su tutela no se vea erosionada por la impunidad.

Sin embargo, obvio es señalarlo, “(l)a Corte Interamericana no tiene atribuciones para emitir condenas penales, que se reservan a la justicia local; tampoco define la responsabilidad penal de los autores de las violaciones” (GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en AA.VV., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, San José de Costa Rica, 2001, tomo I, pág. 154). Sabido es que “(e)n lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no la de los individuos” (Opinión Consultiva sobre *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención*, OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, párr. 56; en el mismo sentido, casos *Velásquez Rodríguez*, *Paniagua Morales y Cesti Hurtado*). Se trata de un proceso no individual, sino estatal por violaciones a los derechos humanos (conf. MÉNDEZ, JUAN, “La participación de la víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV., *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, ed. Rafael Nieto Navia, 1994).

Por ello, la solución a la que se pretende arribar, esto es, la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal en esta causa respecto del imputado Miguel Ángel Espósito como parte del deber reparatorio que incumbe al Estado argentino, nunca puede ser derivación del fallo internacional en cuestión. Tal conclusión implicaría asumir que la Corte Interamericana puede decidir sobre la responsabilidad penal de un individuo en concreto.

En efecto, si el objeto del proceso consiste en determinar la responsabilidad internacional del Estado Parte por la violación de la Convención y la reparación -como nueva obligación generada a partir de esa violación- puede incluir el deber de investigar para el Estado infractor, no se sigue de ello que tal deber deba recaer respecto de quien se encuentra fuera del ámbito de decisión del tribunal internacional. Si como derivación de una interpretación de la Convención realizada por la Corte Interamericana se concluyera que al imputado Espósito debe aplicársele sin base legal y retroactivamente el principio de imprescriptibilidad, ese tribunal estaría -de algún modo- decidiendo sobre la suerte de un sujeto sobre quien no declaró, ni pudo declarar, su responsabilidad.

Sea como fuese interpretado el “deber de justicia penal”, éste sólo puede recaer sobre quien cometió la violación constatada, es decir, el Estado argentino. No debe olvidarse que la reparación “como la palabra lo indica, está dada por las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de la **violación cometida**” (CARDONA LLORENS, JORGE, “La Función Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la función contenciosa de la Corte a la luz de su jurisprudencia”, en AA.VV., *El sistema interamericano...*, ya citado, p. 342, énfasis agregado). Así, hacer caer sobre el imputado los efectos de la infracción del deber de otro derechamente no es una interpretación posible.

“(L)a consideración central del individuo en la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el fin de reparación de la víctima [no puede] hacer confundir dicha función... con las funciones de un tribunal penal de última instancia interno”, atribuciones que la propia “Corte [Interamericana] ha tenido buen cuidado de distinguir...” (CARDONA LLORENS, *op. cit.*, p. 336).

Esto es aún más relevante si se tiene en cuenta que “el carácter de juicio de responsabilidad internacional hace que... no sean de aplicación los principios *in dubio pro reo* y de presunción de inocencia, que son principios propios de los juicios de naturaleza penal” (CARDONA LLORENS, p. 341; ídem en FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, “Orden y Valoración de las Pruebas en la Función Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV., *El sistema interamericano...*, p. 214 y sgtes.). A estas cuestiones genéricas propias de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana deben añadirse las específicas del caso, especialmente la situación de que su decisión es consecuencia de los **hechos**

reconocidos por el Estado argentino en el marco de un procedimiento en el que el acusado no ha tenido la oportunidad de discutirlos, dada la imposibilidad -esto sí por sus características definitivas- de ser parte en la contienda.

Derivar de este tipo de proceso -en el que basta como muestra el modo en que se tratan las cuestiones relativas a la prueba- una consecuencia como la inoponibilidad de la prescripción en un juicio penal sería inadmisibles. Las consecuencias de la decisión no pueden recaer directamente sobre el imputado, so riesgo de infringir ostensiblemente cláusulas de inequívoca raigambre constitucional que amparan sus derechos, pues ello implicaría la deliberada renuncia de la más alta y trascendente atribución de esta Corte, para cuyo ejercicio ha sido instituida como titular del Poder Judicial de la Nación, que es ser el custodio e intérprete final de la Constitución Nacional. De lo contrario, bajo el ropaje de dar cumplimiento a una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional (art. 63.1 de la Convención), se llegaría a la inicua -cuanto paradójica- situación de hacer incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos en los instrumentos cuyo acatamiento se invoca.

Lo dicho hasta aquí no implica negar vinculatoriedad a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan sólo entender que la obligatoriedad debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional. En este sentido, la conclusión a la que aquí se llega es armónica con lo establecido en el art. 68 de la Convención, bien entendido que sea el ámbito de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

Esta interpretación, por lo demás, no se contradice con lo resuelto por el propio tribunal internacional, pues lo que éste ha entendido inadmisibles son las **disposiciones** de prescripción mediante las que **se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables**. Esta alusión no puede considerarse extensiva a previsiones generales de extinción de la acción penal por prescripción.

Distinta fue la situación de los casos que la Corte Interamericana cita como ejemplo de disposiciones violatorias de la Convención (*Barrios Altos* y *Trujillo Oroza*). En el primer caso, el deber del Estado de perseguir y sancionar las violaciones a los derechos humanos se había puesto en tela de juicio en virtud de la **sanción de dos leyes de autoamnistía** que exoneraban de responsabilidad a todos los militares, policías y civiles que hubieran sido objeto de investigaciones por violaciones a los derechos humanos en una determinada época (es la propia sanción de las leyes lo que viola la Convención). En el segundo, como el delito imputado era el de desaparición forzada, se estableció su carácter permanente y, consiguientemente, **la prescripción no había comenzado a correr**.

En cambio, la posibilidad de sobreseer a un imputado en virtud de normas generales de prescripción vigentes al momento de los hechos por el delito de privación ilegal de la libertad agravada no puede ser equiparada a los ejemplos mencionados como un caso de indefensión de las víctimas y perpetuación de la impunidad. En efecto, las normas generales de prescripción del Código Penal argentino no han sido sancionadas con la finalidad de impedir las investigaciones sobre violaciones a los derechos humanos, sino como un instituto que “cumple un relevante papel en la preservación de la defensa en juicio”.

La prescripción, como presupuesto de la perseguibilidad penal, sólo puede ser decidida por los jueces de la causa, quienes de ningún modo pueden ver subordinada su decisión a imposición alguna. La función contenciosa de una Corte de Derechos Humanos no constituye una instancia de revisión de la jurisdicción interna -CARDONA LLORENS, cit., p. 339- o, lo que es lo mismo, una instancia en la que se pueda indicar de qué manera los jueces competentes en el ámbito interno deben resolver una cuestión judicial, mucho más si se tiene en cuenta que no se trata de un caso en el que deban aplicarse normas de prescripción u otras que condicionen la perseguibilidad, sancionadas con el único objeto de impedir una determinada investigación penal, pues tal temperamento se encontraría vedado por la Convención.

Ésta es, a su vez, la única interpretación que se concilia con la concepción propia del derecho internacional en materia de prescripción, toda vez que “(d)e conformidad con el derecho internacional **no prescribirán** las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que sean **crímenes de derecho internacional... La prescripción de otras violaciones... no debería limitar indebidamente, procesalmente o de cualquier forma, la posibilidad de que la víctima interponga una demanda contra el autor, ni aplicarse a los períodos en que no haya recursos efectivos contra las violaciones de las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario** (*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* -rev. 15 de agosto de 2003 del Relator Especial Theo van Boven y revisada por Cherif Bassiouni- punto VI, 6 y 7; énfasis agregado). Es decir, sólo pueden considerarse imprescriptibles aquellos delitos a los que se refiere la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

La forma de hacer efectivo el deber de investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos no puede ser entendida como la llana aplicación del principio de imprescriptibilidad para crímenes no alcanzados por las reglas de derecho internacional, cometidos a partir de su incorporación al ordenamiento jurídico argentino.

Cabe destacar, por último, que la alusión a la Convención de Viena -en cuanto a que “de conformidad con los principios generales del derecho y tal como se desprende del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las decisiones de los órganos de protección internacional de derechos humanos no pueden encontrar obstáculo alguno en las reglas o institutos de derecho interno para su plena aplicación” (*Bulacio*, párr. 118)- sólo encuentra aplicación en el ámbito de la responsabilidad internacional.

Por el contrario, en el ámbito nacional, el art. 27 de la Constitución prohíbe cualquier interpretación que asigne al art. 27 de la Convención de Viena una extensión que implique hacer prevalecer el derecho internacional sobre el derecho interno, vulnerándose principios de orden público local. Y es claro que afectaría tales principios una decisión que restringiera el derecho de defensa del imputado, que desconociera la prescripción como el derecho del imputado a que su proceso penal se resuelva en un plazo razonable y que soslayara el principio de legalidad al ampliarse los plazos de prescripción o derechamente declarase la imprescriptibilidad sin base legal y retroactivamente.

El art. 27 de la Carta debe ser ponderado como una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Por ello, la interpretación propiciada preserva -ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los Estados signatarios de un mismo tratado- el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles; en suma, aventa la desnaturalización de las bases mismas del derecho internacional contemporáneo, pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de soberanía.

Independientemente de las consideraciones previas y dado que por la ausencia de tratamiento de cuestiones conducentes para la solución del pleito no existe en rigor sentencia propiamente dicha, se reitera que corresponde descalificar el pronunciamiento impugnado. A ello se suma que la restricción de los derechos del imputado, que deriva de la inoponibilidad de la prescripción, es consecuencia de los hechos reconocidos por el gobierno argentino en el marco de un procedimiento de derecho internacional en el que el acusado no ha tenido posibilidad alguna de discutirlos. Por otro lado, la fijación de las circunstancias de hecho de las que deriva la declaración de responsabilidad se produjo a través de un procedimiento formal, desvinculado del principio de averiguación de la verdad real que rige en materia procesal penal.

2.2.3. El juez Antonio Boggiano, por su parte, expresó que el caso suscitaba cuestión federal de trascendencia a los efectos de la vía extraordinaria por hallarse en tela de juicio el reconocimiento y la eficacia en el derecho argentino de la sentencia de la Corte Interamericana (fallo *Bulacio*). Además, los agravios expresados suscitan cuestión federal bastante para habilitar la vía intentada, conforme con la jurisprudencia del Tribunal, según la cual son susceptibles de descalificación las sentencias que omiten el examen y tratamiento de alguna cuestión oportunamente propuesta, siempre que así afecte de manera sustancial el derecho del apelante y lo silenciado sea conducente para la solución de la causa.

Ello es así pues la cámara omitió fundar que el traslado a la defensa, las resoluciones adoptadas en cada uno de los planteos incidentales formulados por la misma parte, las diferentes presentaciones de los fiscales en su actuación acusatoria, muchas de las cuales tuvieron vinculación directa con las articulaciones antes referidas, no constituyen secuela de juicio, circunstancia que no admite justificación alguna si se toma en cuenta que el Ministerio Público hizo particular hincapié sobre los efectos de tal actividad procesal.

La causa llega por primera vez a esta Corte y los fundamentos antes dados bastan para la descalificación de la resolución apelada. Empero, algunos de sus aspectos fueron juzgados ya por la Corte Interamericana en el referido pronunciamiento.

Pese a no hallarse agotados los recursos previstos en jurisdicción argentina, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró admisible el presente caso al observar que “existe un retardo injustificado en la decisión definitiva”. En efecto, valoró que “desde abril de 1991 hasta la fecha, han pasado más de siete años” (art. 46.2c de la Convención; Informe 29/98, caso 11.752, *Walter David Bulacio vs. Argentina*, del 5 de mayo de 1998).

La Corte Interamericana consideró que los jueces argentinos han “tolerado y permitido” que “los medios que la ley pone al servicio de la defensa” hayan “impedido que el proceso pudiera avanzar hasta su culminación natural, lo cual ha dado lugar a que se opusiera la prescripción de la acción penal” y advirtió que debe garantizarse “en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables”.

Ante el reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado argentino, la Corte Interamericana resolvió que el Estado debe proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos del caso y sancionar a sus responsables, y que los familiares de las víctimas deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de las investigaciones, de conformidad con la ley interna y las normas de la Convención. A fin de llegar a esa conclusión, juzgó que: “...la obligación de investigar debe cumplirse ‘con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa’. La investigación que el Estado lleve a cabo en cumplimiento de esta obligación [d]ebe tener un sentido y ser asumida por el [mismo] como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”. Y agregó que el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos.

Coincidentemente con lo resuelto por la Corte Interamericana, este Tribunal ha juzgado que la obligación de reparar del Estado no se agota en el pago de una indemnización como compensación de los daños ocasionados, sino que también comprende la efectiva investigación y la correspondiente sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos.

En efecto, al interpretar el alcance del art. 63.1 de la Convención, la Corte sostuvo que “toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber

de repararlo y de hacer cesar las consecuencias de la violación”. La reparación del daño ocasionado por la infracción requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. En lo que se refiere a la violación del derecho a la vida y otros derechos (libertad e integridad personales, garantías judiciales y protección judicial), ante la imposibilidad de la *restitutio in integrum* y dada la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, *inter alia*, según la práctica jurisprudencial internacional, mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria, a la cual deben sumarse medidas positivas del Estado para conseguir que los hechos lesivos no se repitan y la reparación de las consecuencias que las infracciones produjeron mediante la efectiva investigación y la correspondiente sanción de los responsables de las violaciones del derecho internacional. La reparación integral impuesta por la Convención debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio a fin de no incurrir en responsabilidad internacional.

En este sentido, la Corte Interamericana consideró que es deber de los Estados Partes organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (OC-11/90, párr. 23).

Ello no es excluyente del derecho que también tienen las víctimas y sus familiares de intervenir e impulsar la persecución penal de los responsables de las violaciones de los derechos humanos.

La solución a la que se llega en cuanto a la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal como parte del deber reparatorio que incumbe al Estado argentino resulta de conformidad con la ley interna, en atención a las circunstancias particulares de la causa y a las normas de la Convención, según la inteligencia que le ha otorgado esta Corte por *referencia* a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En este sentido, existe un margen de apreciación razonable de los Estados Partes respecto al modo de hacer efectivo el deber de investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Por ello, no sería posible adoptar disposiciones de imprescriptibilidad para crímenes no alcanzados por las reglas de derecho internacional referidos por el ordenamiento jurídico argentino. El principio de imprescriptibilidad derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad ha sido reconocido por este Tribunal para los delitos de lesa humanidad.

Cabe destacar que estas conclusiones no resultan aplicables para otros delitos respecto de los cuales la Corte ha reconocido varias veces la relación existente entre “duración razonable del proceso” y “prescripción de la acción penal”, pues el “pronunciamiento garantizador del artículo 18 de la Constitución Nacional (...) puede consistir naturalmente en la declaración de prescripción de la acción penal”. Son los jueces de la Nación los encargados de juzgar si la duración de un proceso es o no razonable con fundamento en la interpretación de las normas de prescripción de la acción fundadas en el derecho interno o en el derecho internacional incorporado por la Constitución (art. 75.22) y evitar, de ese modo, que la valoración de la prescripción se convierta en la expresión de una pura subjetividad inmune a la misma razón.

Corresponde a este Tribunal velar por que la buena fe que debe regir el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados no se vea afectada a causa de actos u omisiones de sus órganos internos. En este sentido, se ha reconocido que los tribunales locales deben adoptar las medidas necesarias para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado.

Por lo demás, cabe recordar que la República Argentina, al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, presenta un fenómeno jurídico que puede considerarse como *referencia* al derecho internacional de los derechos humanos. Tal “referencia” significa, en primer lugar, que se remite a un tratado vigente

internacionalmente y del cual la Argentina es Estado Parte. Sólo a un tratado en vigor tanto internacionalmente como en la Argentina el Congreso puede otorgarle luego jerarquía constitucional. La referencia implica que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional y no porque se haya *incorporado* haciéndolo interno. Tampoco se ha operado una *recepción* de los tratados por incorporación judicial a pesar de no estar vigentes para la Argentina, como ha sido de práctica en Holanda, ni hay *adaptación* de los tratados por vía de una redacción constitucional. La incorporación, la recepción y la adaptación son métodos de nacionalización de los tratados. El art. 75.22 dispone una *referencia* y no alguno de los citados métodos de nacionalización. En materia de derechos humanos, la reforma de 1994 ha seguido una orientación internacionalista a fin de alcanzar la mayor uniformidad posible en las decisiones, evitando todo amorío con soluciones de *genius loci* particularista.

En el caso *Monges* (Fallos: 319:3148), esta Corte estableció que: “el art. 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados..., establece, en su última parte, que aquellos ‘no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos’. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir”. De ello se desprende que “la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir”. De tal modo, “los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución... aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarios y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente”.

Esta Corte no tiene jurisdicción para enervar la vigencia de normas que han sido jerarquizadas constitucionalmente en virtud de un procedimiento establecido en la Constitución misma.

Los “referidos tratados” no se han “incorporado” a la Constitución convirtiéndose en derecho interno, sino que, por voluntad del constituyente, tal remisión lo fue “en las condiciones de su vigencia” (art. 75.22). La *referencia* a los tratados incluye su efectiva vigencia en el derecho internacional como un todo sistemático. Los Estados -y, entre ellos, la Argentina- han reducido en gran medida el ámbito de su respectiva jurisdicción interna por vía de acuerdo con muchos tratados y declaraciones sobre derechos humanos.

Una interpretación contraria a la precedentemente expuesta importaría la derogación de una cláusula constitucional por otra, privando de sentido a la referencia a la Convención Interamericana que efectúa el citado art. 75.22.

A la luz de lo expresado, la decisión de la Cámara no resulta una derivación razonada del derecho vigente, tal como se ha declarado en la causa. En consecuencia, corresponde descalificar lo resuelto a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento conforme al presente.

2.2.4. La jueza Elena I. Highton de Nolasco refirió que no podía soslayarse que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana en el caso *Bulacio*, en el que se declarara la responsabilidad internacional del Estado argentino -entre otros puntos- por la deficiente tramitación del expediente.

La decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, Convención), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las del tribunal internacional.

Con independencia de que en la decisión de la Corte Interamericana se hayan considerado -entre otros elementos- hechos reconocidos por el gobierno argentino en el marco de un procedimiento de derecho internacional del que no participó el acusado, resulta un deber insoslayable de esta Corte, como parte del Estado argentino, y en el marco de su potestad jurisdiccional, cumplir con los deberes impuestos al Estado por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 23-12-2004, E.224.XXXIX. *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*.

DERECHO ELECTORAL. PLEBISCITOS Y REFERENDOS. OBLIGATORIEDAD DE ACUDIR A SUFRAGAR (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: una ciudadana presentó una demanda de inconstitucionalidad contra una ley por medio de la cual se establecieron un conjunto de estímulos o beneficios para las personas que acudiesen a sufragar. Para la actora, si bien las normas pretenden incentivar la participación ciudadana, establecer estímulos para quienes sufraguen, en ocasión de la convocatoria a las elecciones de quienes aspiran a ocupar un cargo público, es contrario al Preámbulo y a los arts. 2, 13, 29 y 112 de la Constitución Política.

2. Sentencia:

En el referendo derogatorio y aprobatorio, en el plebiscito, en la consulta popular, la convocatoria a una asamblea constituyente y la revocatoria del mandato, la abstención activa produce efectos jurídicos, por cuanto los ciudadanos pueden no votar con el fin de que no se cumpla el umbral requerido por la Constitución y la ley para efectos de su validez. Así, para que cualquiera de estas consultas surta efectos jurídicos es necesario un número determinado de votos válidos. En esta medida, no basta, por ejemplo, que en un referendo el texto reformatorio o que se pretende derogar sea aprobado por la mayoría de los sufragantes, pues antes debe cumplirse el límite requerido para determinar si la mayoría aprobó o no aprobó la reforma. Lo mismo ocurre para el caso del plebiscito, pues es necesario que concurra a las urnas, como mínimo, la mayoría del censo electoral.

En este orden de ideas, la abstención se encuentra protegida constitucionalmente; en los casos mencionados, tiene eficacia jurídica y es una estrategia legítima de oposición, por lo que no le está permitido al legislador establecer estímulos para las personas que mediante el voto participan en estos eventos democráticos no electorales. En consecuencia, se declara inconstitucional la norma impugnada.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia del 27-1-2004, C-041/04, en <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/juris-nac/c-041.htm>.

DERECHO PENAL. ACCIÓN DE REVISIÓN. DERECHO DE DEFENSA. NON BIS IN IDEM. COSA JUZGADA. CARÁCTER NO ABSOLUTO DEL PRINCIPIO. DERECHOS HUMANOS. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. OBLIGACIONES DEL ESTADO. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: el actor considera que la expresión que establece que la acción de revisión por el surgimiento de hechos nuevos o pruebas no conocidas al momento del juicio procede para las sentencias condenatorias y exclusivamente para establecer la inocencia o la inimputabilidad del condenado viola el art. 13 de la Constitución. Según su parecer, si es obligación del funcionario judicial investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado, no existe ninguna razón para que la revisión del fallo, al surgir hechos o pruebas nuevas no conocidas por el juez durante el proceso, sólo opere para absolver al procesado o declarar su inimputabilidad, y no permita establecer una responsabilidad más grave del condenado y una mayor indemnización en beneficio de aquéllos que sufrieron algún perjuicio con el hecho punible. En el fondo, el demandante argumenta que ese tipo de limitación a la acción de revisión desconoce los derechos de las víctimas de los delitos, y es obligación del funcionario judicial que exista un real y efectivo restablecimiento de su derecho. Ni el fenómeno de la cosa juzgada ni el principio del *non bis in idem* justifican ese trato diferente en favor del procesado, pues ese principio establece que no se puede volver a juzgar a una persona por los mismos hechos o la misma conducta, y en este caso: 1º) no se está juzgando dos veces: se está revisando simplemente el único fallo existente; y 2º) se está revisando no por los mismos hechos, sino por aquéllos nuevos o pruebas que no fueron conocidos por el juez durante el curso del proceso.

2. Sentencia:

La consagración de que la acción de revisión por hechos nuevos o pruebas no conocidas al tiempo de los debates únicamente procede para sentencias condenatorias y en beneficio del condenado, ¿implica una discriminación que desconoce la igualdad de los derechos de las víctimas y el principio de prevalencia del derecho sustancial? O, por el contrario, el legislador puede consagrar esa restricción, pues es un legítimo desarrollo de su libertad de configuración, que encuentra además pleno sustento en el principio del *non bis in idem*.

Los procedimientos judiciales buscan, entre otras cosas, pacificar los conflictos sociales y, por ello, pretenden poner un punto final a las controversias. Esto explica que una de las características de las decisiones es que ellas adquieren firmeza y hacen cosa juzgada, de manera tal que la determinación del juez es definitiva y el asunto decidido no puede ser discutido nuevamente.

Para alcanzar esas funciones pacificadoras, en beneficio de la seguridad jurídica, la cosa juzgada confiere a las sentencias, una vez ejecutoriadas, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, pues sólo así logra la Administración de Justicia cumplir con su propósito de dar fin a la controversia. Esto significa entonces que, como la Corte lo ha destacado, la cosa juzgada cumple tanto una función negativa, que es prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, como una función positiva, que es dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico.

En el campo penal y del derecho sancionador, la cosa juzgada adquiere aún mayor vigor, no sólo por los intereses en juego, como el derecho fundamental a la libertad, sino además para evitar lo que algunos doctrinarios han calificado como el ensañamiento punitivo del Estado, esto es, la posibilidad de que las autoridades intenten indefinidamente lograr la condena de una persona por un determinado hecho, reiterando las acusaciones penales después de que el individuo haya resultado absuelto en el proceso. Por ello, los tratados de derechos humanos y la Constitución establecen, si se quiere, un reforzamiento de la fuerza de la cosa juzgada en materia punitiva, mediante la prohibición del doble enjuiciamiento o principio del *non bis in idem*, según el cual una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho. El Tribunal ha resaltado que este postulado se constituye en un límite al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado.

A pesar de la importancia del instituto, es claro que su figura no puede ser absoluta, pues puede entrar a veces en colisión con la justicia material del caso concreto. Basta suponer la existencia de una sentencia que llegó a cosa juzgada, pero contiene una clara injusticia. Precisamente, para enfrentar estas situaciones, la mayoría de los ordenamientos prevén la acción de revisión, que permite, en casos excepcionales, dejar sin valor una sentencia ejecutoriada cuando hechos o circunstancias posteriores a la decisión judicial permiten concluir que ésta es injusta. Esta acción, al privar de efecto a la cosa juzgada que ampara la sentencia, permite que pueda repetirse el proceso y llegarse a una decisión acorde al ordenamiento. Esto significa que la revisión no pretende corregir errores “*in judicando*” ni puede fundamentarse en las mismas pruebas que sirvieron de soporte a la decisión que puso término al proceso, pues para estos yerros están previstos los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del propio proceso. La revisión, que no es un recurso sino una acción, pretende, como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, un examen detallado de ciertos hechos nuevos que afectan la decisión adoptada y el sentido de justicia que de ella emana.

Esta acción, además de extraordinaria, procede por las causales taxativamente señaladas por la ley, siendo imposible aducir otras distintas, las que deben ser aplicadas e interpretadas restrictivamente, cuya determinación corresponde al legislador.

La restricción que precisa la norma atacada por el demandante señala que ésta sólo opera en beneficio del procesado, pues sólo se aplica en caso de sentencias condenatorias y únicamente para establecer la inimputabilidad o inocencia del condenado. Ahora bien, el análisis adelantado en los fundamentos anteriores parece dar pleno sustento a esa restricción. Así, el legislador goza de una amplia libertad de configuración para diseñar los diversos recursos, procesos y acciones, tal y como esta Corte lo ha reconocido en numerosas oportunidades. En tal contexto, el Congreso, al regular la causal de revisión, decidió proteger preferentemente los derechos del procesado y, por ello, no abrió el camino para sentencias absolutorias o para agravar la situación del condenado. Esa decisión legislativa puede ser considerada un desarrollo del debido proceso. En efecto, aceptar que la revisión de una sentencia ejecutoriada por el surgimiento de pruebas o hechos nuevos opere también para agravar la situación de quien fue absuelto por sentencia ejecutoriada, o de quien fue condenado, equivale a permitir que una persona sea procesada dos veces por el mismo hecho, contrariamente a la garantía del *non bis in idem*.

El argumento del actor según el cual la persona no estaría siendo juzgada por el mismo hecho sino por hechos o pruebas nuevas es equivocado, pues se funda en una ambigüedad, ya que asimila la palabra “hecho” en la regulación de la garantía del *non bis in idem* con el término “hecho” en la procedencia de la acción de revisión por hechos nuevos. Ambas normas se refieren a distintos hechos. Así, cuando el artículo 29 de la Constitución, en armonía con los pactos de derechos humanos, prohíbe que una persona sea juzgada dos o más veces por el mismo “hecho”, esa disposición, con el fin de proteger la seguridad de los ciudadanos y evitar el ensañamiento punitivo del Estado, está excluyendo que el mismo individuo sea procesado dos veces por un mismo hecho punible, incluso si varía la calificación jurídica de la acusación. Por ello, en el caso *Loayza Tamayo*, la Corte Interamericana consideró que Perú había desconocido el *non bis in idem* al haber juzgado nuevamente, en una corte penal civil por el delito de terrorismo, a una persona que había sido absuelta del delito de traición a la patria, en un tribunal militar, pues los cargos de terrorismo y traición estaban asociados esencialmente con los mismos “hechos”.

Por su parte, la noción de “hecho nuevo” que toma en cuenta la causal de revisión tiene un significado distinto, pues hace referencia a un dato fáctico que no se conocía al momento del juicio, que está vinculado al hecho originariamente investigado, pero que, obviamente, no se trata de un nuevo hecho punible.

Ahora bien, es posible establecer limitaciones al derecho al *non bis in idem* a fin de desarrollar otros valores y derechos constitucionales que lleguen a ser de mayor trascendencia.

Los derechos de las víctimas de los hechos punibles y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos a fin de realizar la justicia y lograr un orden justo son obviamente los valores constitucionales que pueden colisionar claramente con aquella garantía y que pueden entonces autorizar, o incluso exigir, una limitación. En efecto, en aquellos casos en que una persona es absuelta por un delito, pero aparecen hechos o pruebas posteriores que sugieren que ella puede ser culpable, se desarrolla una clara tensión normativa entre la garantía del procesado a no ser enjuiciado nuevamente, y los derechos de las víctimas y el deber del Estado de investigar los delitos y sancionar a los responsables. Así, la fuerza normativa del *non bis in idem* indica que la persona absuelta no debería volver a ser juzgada, a pesar de esas pruebas y hechos nuevos; sin embargo, el deber del Estado de investigar los delitos y amparar los derechos de las víctimas a fin de lograr un orden justo parece implicar que la persona debe ser enjuiciada nuevamente, sobre todo si se trata de delitos que configuren violaciones a los derechos humanos.

En los últimos años, y en gran medida tomando en cuenta la evolución de la normatividad internacional sobre el tema, la Corte modificó su doctrina sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal.

Así, la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacional en derechos humanos ha concluido que los derechos de las víctimas desbordan el campo indemnizatorio, pues incluyen el derecho a la verdad y a que se haga justicia en el caso concreto. Particular importancia tiene en este aspecto el *Caso Barrios Altos* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001), en donde ese tribunal decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención Interamericana y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso, a pesar de que ese Estado había aceptado su responsabilidad y había decidido otorgar una reparación material a las víctimas [un resumen de este fallo puede verse en *investigaciones 3* (2000), p. 682].

Esta evolución de la doctrina y jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas tiene una evidente relevancia constitucional, pues los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (art. 93 de la Constitución) y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos. En varias oportunidades, este Tribunal ha indicado que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales, y por ello la doctrina de la Corte Interamericana sobre los derechos de las víctimas debe ser valorada internamente por las autoridades colombianas en general y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en particular.

No existe ninguna duda sobre el reconocimiento e importancia que tienen los derechos de las víctimas en el ordenamiento constitucional colombiano. En un Estado social de derecho, que consagra como principios medulares la búsqueda de la justicia y el acceso a la justicia, el derecho procesal penal no sólo debe regular y controlar el poder sancionador del Estado en beneficio del acusado, sino también hacer efectivos los derechos de la víctima, puesto que ésta es verdaderamente la encarnación viviente del bien jurídico que busca ser protegido por la política criminal. Como es obvio, a esos derechos corresponden ciertas obligaciones del Estado, pues si las víctimas tienen derecho no sólo a una reparación sino además a saber qué ocurrió y a que se haga justicia, entonces el Estado tiene el deber correlativo de investigar seriamente los hechos punibles. Esta obligación estatal es tanto más intensa cuanto más daño social se haya ocasionado y adquiere particular fuerza en los casos de violaciones de derechos humanos.

Este deber investigativo del Estado no puede ser invocado para arrasar con la seguridad jurídica y los derechos del procesado, que son también principios de rango

constitucional. Corresponde entonces al legislador, en desarrollo de su libertad de configuración en materia penal, ponderar esos derechos y valores en conflicto, y tomar decisiones políticas que intenten armonizarlos tanto como sea posible.

Ahora bien, esas decisiones legislativas están sujetas a un control constitucional, por lo que la Corte debe examinar si esa ponderación adelantada por el legislador, al expedir las normas penales, es proporcionada y respeta el contenido esencial tanto de los derechos de las víctimas como del procesado.

El examen precedente permite concluir que, dentro de ciertos límites, la ley podría relativizar el *non bis in idem* a fin de favorecer los derechos de las víctimas. Pero igualmente, el legislador podría optar por reforzar esa garantía, incluso si esa decisión implica una relativización de los derechos de aquéllas. Es más, un examen de derecho comparado muestra que ciertos países como Estados Unidos optan por el segundo modelo y tienden a consagrar en forma casi absoluta la prohibición de doble enjuiciamiento, mientras que otros ordenamientos jurídicos han relativizado esa garantía del procesado, a fin de favorecer otros bienes y derechos constitucionales.

En el presente caso, la norma impugnada cae bajo la segunda hipótesis, puesto que ese ordinal, al regular la posibilidad de revisión por hechos nuevos o pruebas no conocidas durante el juicio, precisó que la causal procede para las sentencias condenatorias y exclusivamente para establecer la inocencia o la inimputabilidad del condenado. Esto significa que, en relación con esa causal, la ley optó por privilegiar la protección de la garantía del *non bis in idem*. Por consiguiente, no le corresponde a la Corte examinar una eventual relativización del *non bis in idem* a favor de los derechos de las víctimas, pues la disposición refutada optó por la alternativa contraria: reforzar esa garantía del procesado, incluso a riesgo de afectar derechos de las víctimas. Por consiguiente, la pregunta decisiva en este examen constitucional es si esa restricción a los derechos de las víctimas, que pretende reforzar el *non bis in idem*, es razonable y proporcionada, o si, por el contrario, ella es desproporcionada y termina por discriminar a las víctimas y a los perjudicados por un hecho punible.

El mandato según el cual la acción de revisión por la aparición de hechos o pruebas nuevas sólo procede para sentencias condenatorias, y únicamente para mejorar la situación del condenado, persigue un propósito constitucional no sólo admisible, sino incluso ineludible, pues pretende proteger la seguridad jurídica y la cosa juzgada, y amparar el derecho fundamental de todas las personas a no ser juzgadas dos veces por el mismo hecho. En efecto, de esa manera, la ley busca que el Estado no pueda invocar un hecho o prueba nueva para erosionar la cosa juzgada, que beneficia a una persona que fue absuelta, o para agravar la pena de quien fue condenado.

Conforme a lo anterior, es necesario distinguir entre los hechos punibles en general, y las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario. Esa diferenciación se funda en una constatación obvia: los derechos de las víctimas adquieren una importancia directamente proporcional a la gravedad del hecho punible. Entre más daño social ocasione un delito, mayor consideración merecen los derechos de quienes fueron víctimas o perjudicados por ese comportamiento. Igualmente, la obligación estatal de investigar los hechos punibles es también directamente proporcional a la manera como el hecho punible pudo afectar bienes jurídicos fundamentales. Entre más grave sea un hecho punible, mayor debe ser el compromiso del Estado de investigarlo y sancionar a los responsables, a fin de lograr la vigencia de un orden justo. Ahora bien, las violaciones de los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario configuran aquellos comportamientos que más intensamente desconocen la dignidad de las personas y más dolor provocan a las víctimas y a los perjudicados. Por ello, los derechos de éstos por esos abusos ameritan la más intensa protección, y el deber del Estado de investigar y sancionar estos comportamientos adquiere mayor entidad.

A fin de lograr verdaderamente la vigencia de un orden justo, los deberes del Estado de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario son mucho más intensos que las referidas a los delitos en general, sin que ello signifique que estas últimas sean de poca entidad. La distinción adquiere relevancia en el examen de la proporcionalidad de las expresiones acusadas.

La impunidad de esas violaciones es mucho más grave e inaceptable, no sólo por la intensidad de la afectación de la dignidad humana que tales comportamientos implican, sino además porque la comunidad internacional, en virtud del principio de complementariedad, está comprometida en la sanción de esas conductas. La Corte ya resaltó esa diferencia al estudiar las competencias de la Corte Penal Internacional y el alcance del principio de complementariedad en la lucha contra la impunidad. Pues, si bien en todas las sociedades existen manifestaciones de violencia que quedan impunes, los pueblos han llegado gradualmente a un consenso para definir el grado de brusquedad cuya impunidad no puede ser tolerada porque ello destruiría las bases de la convivencia pacífica de seres igualmente dignos.

Cuando se rebase dicho umbral, los autores de atrocidades contra los derechos humanos de sus congéneres, sin importar la nacionalidad de unos u otros, su poder o vulnerabilidad, ni su jerarquía o investidura, deben ser juzgados y sancionados penalmente como una concreción del deber de protección que tiene todo Estado. Cuando ese deber se viola, no por cualquier razón, sino por la circunstancia extrema y evidente de que un Estado no está dispuesto a cumplir ese deber o carece de la capacidad institucional para hacerlo, la comunidad internacional decidió que las víctimas debían ser protegidas por vías institucionales y pacíficas de carácter judicial, mediante la Corte Penal Internacional.

El Tribunal considera que, conforme a la anterior distinción, la regulación es proporcionada en relación con los delitos en general, pues el Congreso podía, en desarrollo de su libertad de configuración en este campo, limitar la procedencia de la acción de revisión a las sentencias condenatorias a fin de amparar el *non bis in idem* y proteger la seguridad jurídica. Es cierto que el legislador hubiera podido elegir una regulación más favorable a los derechos de las víctimas de los hechos punibles y a la consecución de un orden justo, pero la Carta no lo obliga a preferir esos derechos en vez de optar por una mayor garantía de la seguridad jurídica y del *non bis in idem*. Al no existir un imperativo constitucional evidente para que la ley escoja privilegiar los derechos de las víctimas y la vigencia de un orden justo en su tensión con la seguridad jurídica y la prohibición del doble enjuiciamiento, es de considerar que bien podían las expresiones acusadas elegir amparar la seguridad jurídica y el *non bis in idem*, pues tal regulación asegura la vigencia de esa garantía procesal, sin que la limitación genérica de los derechos de las víctimas aparezca en sí misma excesiva.

Por el contrario, en relación con el desconocimiento de los derechos humanos y las violaciones graves al derecho internacional humanitario, la constitucionalidad de esas expresiones es problemática, en primer término, por la manera como estos comportamientos desconocen la dignidad humana y afectan condiciones básicas de convivencia social, que son necesarias para la vigencia de un orden justo. Por consiguiente, una situación de impunidad de esos crímenes implica no sólo un desconocimiento profundo de los derechos de las víctimas, sino que además pone en riesgo la realización de un orden justo. Esa afectación es todavía más grave, en segundo término, cuando la impunidad deriva de un incumplimiento del deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente tales crímenes, pues esa obligación estatal, por la particular gravedad de los hechos, es especialmente fuerte.

Finalmente, la impunidad en estos casos implica también una vulneración de los compromisos internacionales del Estado colombiano de colaborar con la vigencia de los derechos humanos y sancionar las conductas que afectan estos valores supremos del orden internacional, que el país ha reconocido como elementos esenciales de las relaciones internacionales.

Puede verse entonces una afectación particularmente intensa de los derechos de las víctimas que obstaculiza gravemente la vigencia de un orden justo cuando existe impunidad en casos de afectaciones a los derechos humanos o de violaciones graves al derecho internacional humanitario, impunidad que es aún más grave si ella puede atribuirse al hecho de que el Estado incumplió con su deber de investigar, en forma seria e imparcial, tales violaciones.

En tales condiciones, la fuerza normativa de los derechos constitucionales de las víctimas y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo implican que, en estos casos, si aparecen nuevos hechos o pruebas que permitan la determinación de los responsables de atroces comportamientos, puedan ser reabiertas las investigaciones, incluso si existen decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada. Por consiguiente, en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del *non bis in idem* y, por ello, la existencia de una decisión absoluta con fuerza de cosa juzgada no debe impedir una reapertura de la investigación de esos comportamientos si aparecen hechos o pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los debates.

La seguridad jurídica en una sociedad democrática, fundada en la dignidad humana, no puede estar edificada sobre la base de silenciar el dolor y los reclamos de justicia de las víctimas de estos comportamientos.

Por tanto, la restricción impuesta por las expresiones impugnadas es desproporcionada frente a los derechos de las víctimas cuando se trata de la impunidad de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario. Los derechos de éstas no sólo autorizan sino que exigen una limitación al *non bis in idem*, a fin de permitir la reapertura de esas investigaciones si surge un hecho o prueba nueva no conocida al tiempo de los debates procesales.

Conforme a lo anterior, la Corte concluye que, a fin de armonizar los derechos de las víctimas y el deber del Estado de lograr la vigencia de un orden justo con la protección de la seguridad jurídica y del *non bis in idem*, es inevitable condicionar la constitucionalidad de las expresiones impugnadas cuando se distinguen tres hipótesis: a) con relación a los hechos punibles en general, esas expresiones son constitucionales, pues son un desarrollo legítimo de la garantía del *non bis in idem*; b) tratándose de violaciones a los derechos humanos y de infracciones graves al derecho internacional humanitario, tales restricciones se tornan inconstitucionales y, por ello, debe entenderse que frente a esos comportamientos la acción de revisión por la aparición de un hecho nuevo o de una prueba no conocida al tiempo de los debates procede también en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absoluta, a efectos de evitar la impunidad de esos comportamientos atroces y poder esclarecer la verdadera responsabilidad de los procesados; y c) con el fin de amparar la seguridad jurídica y el *non bis in idem*, debe existir un pronunciamiento judicial interno o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por el país, que constata la existencia de ese hecho nuevo o de esa prueba no conocida al tiempo de los debates.

Por todo lo expuesto, la acción de revisión también procede en los casos de preclusión de la investigación, cesación de procedimiento y sentencia absoluta siempre y cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y un pronunciamiento judicial interno o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente, haya constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates; incluso, no tratándose de hechos nuevos, cuando se constata un incumplimiento de las obligaciones del Estado de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia del 20-1-2003, C-004/3, en <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/C-004.htm>.

DERECHOS HUMANOS. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LEY. IRRETROACTIVIDAD. DERECHO DE DEFENSA. GARANTÍAS JUDICIALES. JUECES “SIN ROSTRO”. PRESOS. CONDICIONES DE DETENCIÓN. RESTRICCIÓN DE VISITAS. DERECHO A LA LIBERTAD. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. DERECHO A LA SALUD. TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. DIGNIDAD HUMANA. OBLIGACIONES DEL ESTADO (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-PERÚ).

1. Antecedentes del caso: el 11 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 Perú, originada en la denuncia N° 12.138 recibida en la Secretaría de la Comisión el 1° de septiembre de 1998. El 27 de marzo de 1996, María Teresa de la Cruz Flores es detenida al finalizar sus labores como médica pediatra en el Instituto Peruano de la Seguridad Social por cargos de terrorismo. Fue condenada a veinte años de prisión por un tribunal compuesto por jueces “sin rostro”, en virtud de lo dispuesto en el decreto-ley n° 25.475. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Perú. El 3 de enero de 2003, el Tribunal Constitucional peruano emitió un fallo en el cual declaró la inconstitucionalidad de algunas normas del referido decreto-ley, sin especial pronunciamiento sobre el art. 2, que tipifica el delito de terrorismo. Con posterioridad, a través de nuevos decretos legislativos, el gobierno dispuso que la Sala Nacional de Terrorismo, en un plazo no mayor de sesenta días hábiles, anulara de oficio toda sentencia y juicio oral, y declarara la insubsistencia de la acusación fiscal en procesos penales por los delitos de terrorismo seguidos en la jurisdicción por ante jueces o fiscales con identidad secreta. Sin embargo, la Comisión mencionó que a la fecha de presentación de la demanda, la denunciante continuaba detenida en situación de condenada.

2. Sentencia:

2.1. Antecedentes y contexto jurídico

Durante los años 1980 a 1994, Perú sufrió una grave convulsión social generada por actos terroristas. El decreto-ley 25.475, promulgado en mayo de 1992 en el marco de la legislación antiterrorista, tipificó, entre otros, los delitos de terrorismo y de colaboración con el terrorismo, estableciendo reglas procesales para su investigación y juzgamiento. La DINCOTE (Dirección Nacional contra el Terrorismo), órgano encargado de prevenir y combatir este delito, elaboró un documento denominado “atestado policial” que servía de base para los juzgamientos. Los procesos se caracterizaron, entre otras cosas, por: la posibilidad de disponer la incomunicación absoluta de los detenidos hasta un máximo legal; limitar la participación del abogado defensor a partir del momento en que su defendido hubiese rendido declaración; la improcedencia de la libertad provisional del imputado durante la instrucción; la sustanciación del juicio en audiencias privadas; la intervención de jueces y fiscales con identidad secreta, etc. El decreto-ley fue modificado por posteriores disposiciones.

2.2. Respecto a las detenciones de la denunciante

a) Primera detención: el 27 de marzo de 1990, fue arrestada y procesada por el delito de terrorismo en la modalidad de asociación ilícita. Estuvo en prisión durante cuatro meses y se le concedió la libertad condicional el 26 de julio de ese año.

b) Segunda detención: fue aprehendida el 27 de marzo de 1996, sin orden judicial y por hechos no relacionados con su primer arresto. La responsabilidad se fundó con base en el contenido de diversos documentos incautados a seis personas en los que se mencionaba a una supuesta pediatra que actuaba bajo el seudónimo de “Eliana”. La DINCOTE consideró que De

la Cruz Flores se encontraba plenamente identificada, así como también su vinculación con la organización “Sendero Luminoso”, en la cual realizaba diversas actividades médicas, incluidas la conducción de cirugías y la provisión de medicamentos. Asimismo, que estaba “imbuida de los conocimientos doctrinarios e ideológicos del partido”.

El proceso fue llevado a cabo ante la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, constituido como tribunal “sin rostro”, que condenó a la nombrada, entre otros, a veinte años de prisión por el delito de terrorismo por aplicación del art. 4 del decreto-ley n° 25.475.

Con posterioridad, a solicitud de los abogados de la presunta víctima, fue ordenada la reconstrucción del expediente relacionado con la primera detención, con base en la cual se le adelantó juicio oral ante la Sala Superior Penal Corporativa Nacional para casos de Terrorismo de la Corte Superior de Justicia de Lima. El 4 de marzo de 1999, De la Cruz Flores fue condenada a diez años de prisión por el delito de terrorismo en la modalidad de asociación ilícita, tipificado en el Código Penal. Luego, mediante sentencia del 15 de junio de 2000, la Sala Penal declaró la nulidad de aquélla por concurso penal retrospectivo.

La víctima estuvo detenida en un establecimiento penal de régimen cerrado especial de mujeres desde 1996 hasta su liberación, el 9 de julio de 2004. Durante este período sufrió diversos padecimientos físicos por los cuales recibió tratamiento médico inadecuado: en la actualidad tiene osteopenia y su visión ha disminuido marcadamente. También soportó dispepsia gástrica, síndrome anémico, síndrome menopáusico, artritis reumatoidea, infección del tracto urinario, hemorragia uterina disfuncional, entre otros males.

Durante el primer mes de detención, la presunta víctima estuvo incomunicada, no pudo ver a su abogado ni a su familia, ni le fue posible cambiarse de ropa, y durante el primer año, se encontró en aislamiento celular continuo, las visitas que podía recibir eran sumamente restringidas y sólo le permitían salir al patio durante media hora cada día.

2.3. Respetto de los familiares

Sus dos hijos, su madre y sus hermanos sufrieron detrimentos emocionales y económicos por su detención. Por ejemplo, su madre, de 80 años, se tuvo que hacer cargo de sus nietos en un primer momento, y ha asumido en gran medida los esfuerzos y sacrificios por la situación de su hija; su hermana tuvo que interrumpir sus estudios en Brasil para asumir un rol más activo en su defensa y compartir con su madre el trabajo de la crianza y educación de sus sobrinos. Han pasado grandes dificultades económicas: su madre, con su pensión de jubilada, ha debido sostener a sus nietos, con la colaboración de sus hermanos.

Los hijos de la denunciante no pudieron visitarla durante aquel primer año de detención, crecieron en su ausencia y actualmente se encuentran alejados de ella y de su abuela por la situación económica insostenible para su educación.

2.4. Artículos 9, 7, 8 y 24 en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención)

De la Cruz Flores fue procesada y, mediante sentencia del 21 de noviembre de 1996, condenada por actos de colaboración con el terrorismo en aplicación del art. 4 del decreto-ley n° 25.475. La condena y el proceso fueron declarados nulos el 20 de junio de 2003; no obstante, se observa que la sentencia surtió efectos violatorios de los derechos humanos de la presunta víctima, los cuales no se ven subsanados por la sola anulación de ésta y se encuentran dentro de la competencia de la Corte.

Principio de legalidad:

a) *Vínculo entre el art. 4 del decreto-ley y las conductas que se imputan a la víctima en el fallo*

El referido artículo tipifica como delito los actos de colaboración con el terrorismo y no la pertenencia a una organización que pueda ser considerada como terrorista ni la obligación de denunciar posibles actos terroristas; sin embargo, son precisamente éstos los

factores considerados por el tribunal nacional como generadores de la responsabilidad penal de la presunta víctima en la sentencia del 21 de noviembre.

b) *Falta de especificación sobre cuál de los actos tipificados en el art. 4 cubriría la conducta de De la Cruz*

El tribunal nacional omitió especificar en su sentencia cuál o cuáles de esas conductas eran las cometidas por la presunta víctima para ser responsable del delito.

c) *Penalización del acto médico*

El acto médico se encuentra reconocido en numerosos documentos declarativos y normativos relevantes de la profesión médica. El art. 18 del I Convenio de Ginebra de 1949, señala que nadie podrá ser condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos y enfermos; y los arts. 16 y 10 de sus Protocolos I y II, respectivamente, disponen que no se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad. Al momento en que ocurrieron los hechos, Perú ya era parte de estos instrumentos.

d) *Obligación de denuncia respecto de posibles actos delictivos por parte de los médicos*

La información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional. Los médicos tienen el derecho y el deber de guardar confidencialidad sobre declaraciones a las que tengan acceso en su condición de tales.

Al dictar la sentencia del 21 de noviembre de 1996, el Estado incurrió en una violación al principio de legalidad establecido en el art. 9 de la Convención.

Principio de no retroactividad:

Es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la acción o la omisión que la contraviene y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor.

De conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado no debe ejercer su poder punitivo aplicando de modo retroactivo leyes que aumenten las penas o creen figuras agravadas del delito.

En el nuevo proceso que se le sigue a la presunta víctima, se dictó una resolución el 9 de junio de 2004, en la cual se menciona que los hechos que se le imputan ocurrieron entre 1989 y 1992, antes de la entrada en vigor del decreto-ley n° 25.475.

Por estos motivos, se considera que el Estado violó el principio de no retroactividad consagrado en el art. 9 de la Convención.

Derecho a la libertad personal y a las garantías judiciales:

De la Cruz Flores fue detenida el 27 de marzo de 1996 por hechos que presuntamente constituían el delito de actos de colaboración con el terrorismo. Ninguno de los actos realizados dentro del procedimiento que condujo a emitir dicha condena penal pueden ser considerados compatibles con las disposiciones de la Convención. Por ello, se entiende que el Estado ha violado los arts. 7 y 8 en relación con los arts. 9 y 1.1 de aquel instrumento.

Artículo 24:

Se observa que los alegatos de la Comisión y de la presunta víctima tienen que ver con la falta de aplicación de la figura de *in dubio pro reo* al caso de De la Cruz, cuando ésta sí se aplicó en el caso de otros cuatro médicos que se encontraban en circunstancias similares. Se entiende que la Corte no tiene competencia para reemplazar al juez nacional para decidir si las circunstancias en que se absolvió a unos y se condenó a otros eran iguales y merecían el mismo tratamiento; por lo tanto, no ha sido suficientemente acreditada la violación del art. 24 de la Convención.

2.5. Artículo 5 en relación con el art. 1.1 de la Convención

Toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en una situación de detención compatible con su dignidad personal. El Estado, como responsable de los establecimientos de

detención, debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos.

La presunta víctima estuvo incomunicada durante su primer mes de detención y bajo aislamiento celular continuo durante el primer año, y las visitas que podía recibir estaban sumamente restringidas. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ha establecido que la incomunicación debe ser excepcional y que su uso durante la detención puede constituir un acto contrario a la dignidad humana.

El Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular, y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. Por tanto, la Corte considera que el Estado violó el derecho a la integridad personal, consagrado en el art. 5 de la Convención.

2.6. Puntos resolutivos

La Corte dispuso por unanimidad que:

Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

El Estado debe observar los principios de legalidad y de irretroactividad y las exigencias del debido proceso legal en el nuevo proceso que se le sigue a De la Cruz Flores; proporcionar atención médica y psicológica a la víctima mediante los servicios de salud estatales, incluyendo la provisión gratuita de medicamentos; reincorporar a la denunciante a las actividades que como médico venía desarrollando en instituciones públicas al momento de su detención y proporcionarle una beca que le permita capacitarse y actualizarse profesionalmente, así como también reinscribirla en el correspondiente registro de jubilaciones; y, por último, efectuar el pago de las indemnizaciones correspondientes por concepto de daño material, inmaterial, costas y gastos, y la adopción de las medidas ordenadas, dentro del plazo de un año.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 18-11-2004, *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*, en <http://www.corteidh.or.cr>.

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHO A LA INTIMIDAD. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE PRENSA. MENORES. DIFUSIÓN DE UN PROCESO PENAL EN TRÁMITE SEGUIDO A UN PROGENITOR. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 8 Y 10 (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: en representación del niño S., se solicitó judicialmente la prohibición de publicar información que permitiera identificar a la madre o a su difunto hermano durante el juicio penal que se seguía a la primera por el homicidio de este último. Los periódicos apelados admitieron que no debían referirse a S. aunque, en ejercicio del derecho a la libertad de expresión que les acuerda el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), sí querían publicar los nombres y fotografías de los padres y del difunto hermano del menor. El abogado de S. sostuvo que éste tenía derecho, en términos del art. 8 de la Convención, a no quedar expuesto a una publicidad que podría perjudicar su salud y bienestar y generarle un riesgo emocional y psíquico. Tanto el juez de primera instancia como la Cámara rechazaron esta petición. Se interpuso entonces un recurso ante la Cámara de los Loes.

2. Sentencia: la libertad que tiene la prensa para informar sobre los procesos penales impide prohibir a los periódicos la publicación de la identidad de un acusado en aras de proteger la privacidad del hijo de éste, que no tiene participación en el proceso penal.

Esta apelación se funda esencialmente en la interacción de los arts. 8 y 10 de la Convención. En *Campbell v. MGN Ltd.*, la Cámara afirmó que: a) ninguna de estas normas prevalece por sí; b) cuando los valores protegidos por esos dos artículos están en conflicto,

corresponde analizar profundamente la importancia relativa de los derechos específicamente invocados en el caso; c) hay que tener en cuenta las razones para interferir o restringir cada uno de esos derechos; y d) se debe aplicar el estándar de razonabilidad a cada uno de éstos.

A fin de distinguir una posible violación del art. 8, es necesario evaluar la naturaleza del impacto que produce en el menor el juicio seguido a la madre. S. no intervendrá como testigo ni de ninguna otra manera en el proceso, no es necesario mencionarlo, no se publicará ninguna fotografía suya, ni se hará referencia a su vida privada ni a su crianza. En consecuencia, pese al profundo daño que le genera la circunstancia de que su madre sea juzgada por homicidio, lo cierto es que el impacto es esencialmente indirecto. La interferencia con los derechos que le acuerda el art. 8 -sin perjuicio de lo perturbadora que sea para S.- no es del mismo orden que la que afecta a los menores directamente comprometidos en procesos penales.

Este caso se refiere a la libertad de la prensa a informar sin restricciones, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, sobre la tramitación de un proceso penal. La difusión de información plenamente contemporánea a los procesos penales en trámite ha favorecido la confianza pública en la administración de justicia. La concesión de las medidas restrictivas solicitadas por el representante del menor inhibiría la publicación de estos informes, perjudicando el debate informado sobre la justicia criminal.

Por tanto, no se prohíbe la publicación de la identidad de la acusada, ni de sus fotografías y las de su difunto hijo.

CÁMARA DE LOS LORES DEL REINO UNIDO, sentencia del 28-10-2004, *In Re S (A Child) (Identification: Restriction on Publication)*, en *Human Rights Law Reports -UK Cases-*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, Part 1, p. 253.

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHO A LA INTIMIDAD. SOSPECHOSOS NO CONDENADOS. RETENCIÓN DE HUELLAS DACTILARES, PERFILES Y MUESTRAS DE ADN. DERECHO A LA IGUALDAD. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 8 Y 14 (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: S. pidió la revisión judicial de la política establecida por un jefe de policía de conservar todas las huellas dactilares, perfiles y muestras de ADN de los sospechosos que no fueron posteriormente condenados. La invalidez de esta medida fue rechazada tanto por el juez de primera instancia como por la Cámara de Apelaciones. S. Interpuso entonces un recurso ante la Cámara de los Lores.

2. Sentencia: la retención de tal material, en términos del art. 64 (1A) de la *Police and Criminal Evidence Act 1984*, no violenta los arts. 8 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). Por otra parte, tampoco resulta ilícita una política general de retención de este tipo de información.

Cuatro de los cinco lores intervinientes entendieron que el art. 64 (1A) podría jugar un rol importante en la eliminación del procesamiento de inocentes, en la corrección de los errores en la administración de justicia y en la detección de los culpables. Asimismo, comprendieron que dicha norma establece salvaguardas rigurosas que impiden el uso indebido del material conservado.

Por otra parte, juzgaron que el art. 8.1 de la Convención no se encuentra comprometido, dado que cualquier interferencia en la vida privada resulta insignificante.

En lo que hace al art. 8.2, compartieron el criterio de la Cámara de Apelaciones en cuanto a que el objetivo de la conservación de esos datos -a saber, la prevención del crimen y

la protección del derecho de otras personas a estar libres de crímenes- resulta plenamente compatible con la norma.

Por otra parte, esta conducta no resulta discriminatoria y por ende no violenta el art. 14 de la Convención.

En consecuencia, la política general instaurada por el jefe de policía no es ilegal, y la alternativa sugerida -un examen caso por caso de las circunstancias de cada supuesto- resulta irrealista e impracticable.

Por su parte, el lord disidente sostuvo que si bien la retención y almacenamiento de huellas dactilares, perfiles y muestras -las cuales intrínsecamente constituyen información privada- constituye una interferencia en los derechos que el art. 8.1 de la Convención acuerda al recurrente, ésta se encuentra justificada por lo dispuesto en el art. 8.2.

CÁMARA DE LOS LORES DEL REINO UNIDO, sentencia del 22-7-2004, *Regina (S) v. Chief Constable of South Yorkshire Police y Regina (Marper) v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, en *Human Rights Law Reports -UK Cases-*, Londres, Sweet & Maxwell, 2004, Part 5, p. 977.

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A UN JUICIO JUSTO E IMPARCIAL. **OBLIGACIONES DEL ESTADO.** CONTROL DE LA REGULARIDAD DE UN PROCESO ANTERIOR SEGUIDO EN UN ESTADO NO SIGNATARIO. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 6 (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: los Estados Unidos solicitaron y lograron que un tribunal británico ordenara inscribir como orden de confiscación externa (*external confiscation order*), en términos del art. 97 de la *Criminal Justice Act* 1988, la dictada contra una residente británica que ha renunciado a su ciudadanía norteamericana, de apellido Montgomery, por un tribunal norteamericano. Esta decisión fue confirmada por la Cámara de Apelaciones. Aquella entonces interpuso un recurso ante la Cámara de los Lores.

2. Sentencia: a menos que exista una flagrante denegación del derecho a un juicio justo o una violación fundamental a las exigencias enumeradas por el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), resulta en interés de la justicia que pueda hacerse valer en Inglaterra una orden de confiscación dictada en un Estado no signatario de la Convención cuyos procedimientos no satisfacen todas esas exigencias.

La apelación interpuesta ante los tribunales norteamericanos fue desestimada con base en la doctrina del *fugitive disentitlement*, en términos de la cual el tribunal tuvo discrecionalidad para negarse a entender o a decidir en razón de que la acusada es prófuga de la justicia. El gobierno norteamericano busca ahora inscribir la orden de confiscación con vistas a hacerla valer contra los activos que Montgomery tiene en el Reino Unido.

La recurrente fundó su pretensión en que un tribunal de un Estado signatario de la Convención violaría el art. 6 si le impidiera promover una apelación. Buscando sustento en *Pellegrini v. Italy* (Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 20-7-2001), alegó que el artículo se encontraba directamente comprometido porque los tribunales ingleses debían comprobar que el proceso tramitado en los Estados Unidos había satisfecho las exigencias incorporadas en la norma.

Sin embargo, *Pellegrini* se refirió a la relación entre los tribunales italianos y los del Estado Vaticano, la cual dependía de los términos de un concordato, esto es, de una relación jurídica especial entre Estados. La decisión adoptada dependió, en consecuencia, del efecto específico del concordato y no constituye, por ende, un precedente para la conclusión que Montgomery pretende extraer de ella.

La Corte Europea ha afirmado en varias oportunidades que, en principio, existe la posibilidad de invocar el art. 6, en un caso apropiado, con relación a procesos tramitados en países no signatarios de la Convención. No obstante ello, en todos los casos informados, ese Tribunal destacó con énfasis el carácter excepcional de su jurisdicción y la naturaleza flagrante de la privación de derechos que debe sufrir un peticionante para merecer su intervención. A tales efectos, la privación debería constituir una denegación o anulación virtualmente absoluta de los derechos que le acuerda la referida norma.

Si bien podría considerarse que la aplicación de la doctrina del *fugitive disentitlement* no brinda toda la protección que requiere el art. 6 de la Convención, lo cierto es que no cabe describirla, en modo alguno, como una denegación flagrante de los derechos que esa disposición acuerda a Montgomery ni como una violación fundamental a las exigencias que allí se establecen.

CÁMARA DE LOS LORES DEL REINO UNIDO, sentencia del 22-7-2004, *Government of the United States of America v. Barnette and another*, en *Human Rights Law Reports -UK Cases-*, Londres, Sweet & Maxwell, 2004, Part 5, p. 1006.

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. LIBERTAD DE CULTO. PATRIA POTESTAD. DERECHOS Y OBLIGACIONES. MENORES. CASTIGOS CORPORALES. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 9 Y PROTOCOLO 1, ART. 2 (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: los peticionantes son maestros de escuelas privadas y padres que envían a sus hijos a esos establecimientos y que fundan en la Biblia su convicción de que para criar bien a los niños hay que castigarlos físicamente. Éstos solicitaron judicialmente que se declarara que el art. 548 de la *Education Act* 1996, conforme a la reforma que le introdujo el art. 131.1 de la *School Standards and Framework Act* 1998, no impide que los padres deleguen en los maestros de los colegios privados el derecho a infligir castigos corporales a sus hijos, y que aquéllos que los aplican con base en tal delegación expresa, formulada por escrito, no actúan en forma ilícita o no profesional. El juez de primera instancia rechazó esta pretensión, la que fue confirmada por la Cámara de Apelaciones. Los peticionantes interpusieron entonces un recurso ante la Cámara de los Lores.

2. Sentencia: se desestima la apelación.

La prohibición estatutaria de aplicar castigos corporales en todos los colegios tiene por objeto promover el bienestar de los niños al brindarles protección frente a la violencia física infligida en un marco institucional. En consecuencia, encuentra sustento en lo dispuesto por el art. 9.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), incorporada al régimen jurídico británico por la *Human Rights Act* 1998.

La principal pretensión de los peticionantes es que la prohibición establecida en el referido art. 548 violenta los derechos que les acuerda el art. 9.1 de la Convención. Esta última norma hace diferencia entre la libertad de religión y la de manifestar la propia religión o las creencias. La primera de ellas es absoluta y la segunda, limitada. Toda persona tiene derecho a mantener su fe, pero cuando se suscitan cuestiones vinculadas a la manifestación de la misma, existen limitaciones mínimas fundadas en la seriedad, coherencia y consistencia con la dignidad humana. Se iría demasiado lejos si se dijera que un castigo corporal leve, como una palmada, viola tanto la integridad de un niño como para que la creencia en el castigo corporal exceda los límites mencionados en los arts. 9 de la Convención y 2 de su Primer Protocolo. Los padres peticionantes manifestaron su creencia en el mencionado castigo al inscribir a sus hijos en colegios en donde se aplicaba este criterio disciplinario y al autorizar a estas instituciones a implementarlo.

El art. 548 interfiere materialmente en los derechos de los padres, pero esta interferencia se encuentra justificada por el artículo 9.2 de la Convención. La prohibición estatutaria persigue el objetivo legítimo de proteger a los niños y de promover su bienestar. La legislatura pudo válidamente realizar un balance de las consideraciones contrapuestas y determinar que todo castigo corporal en los colegios resulta indeseable e innecesario porque existen otros métodos no violentos. En consecuencia, el art. 548 no viola los derechos que los arts. 9 de la Convención y 2 del Primer Protocolo acuerdan a los peticionantes.

CÁMARA DE LOS LORES DEL REINO UNIDO, sentencia del 24-2-2005, *R. (Williamson and Others) v. Secretary of State of Education and Employment*, en <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd050224/will-1.htm>.

EDUCACIÓN. BECAS. SUBSIDIOS AL ESTUDIO (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: el peticionante estudió Derecho de 1992 a 2000. Entre 1993 y 1997, participó de varias comisiones universitarias. Recibió un financiamiento para sus estudios, de conformidad con la Ley Federal sobre Promoción de la Enseñanza (*Bundesausbildungsförderungsgesetz, BaföG*). La mitad de la financiación consistía en una beca y la otra, en un préstamo sin interés. En el transcurso del período, el legislador hizo ciertas modificaciones en la Ley de Financiamiento de Estudios alemana, entre ellas, transformar el financiamiento otorgado, al expirar el plazo máximo normal del beneficio, en un préstamo bancario con intereses. El peticionante presentó una demanda argumentando que no debía ser perjudicado por haber formado parte de comisiones y otros órganos universitarios, lo que provocó la extensión de sus estudios.

2. Sentencia:

Un estudiante que se beneficia de un financiamiento para seguir estudiando y que supera el plazo establecido a tal efecto no puede ser perjudicado con modificaciones posteriores a la prestación que recibe cuando formó parte de comisiones y órganos universitarios.

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 12-3-2003, 1 BvR 484/01, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2003, 3, p. 428.

EXTRADICIÓN. DELITO PUNIBLE CON PENA PROHIBIDA EN EL ESTADO REQUERIDO. PENAS. FINALIDAD. (MÉXICO).

De conformidad con lo dispuesto en el art. 10, fracción V, de la Ley de Extradición Internacional, si el delito por el cual se solicita la extradición es punible con la pena de muerte o alguna de las prohibidas por el art. 22 de la Constitución, acorde con las leyes de la parte requirente, la extradición podrá ser rehusada, a menos que esta parte dé las seguridades suficientes de que no se impondrá pena de muerte o bien de que, si es impuesta, no será ejecutada.

En estas condiciones, al ser la condena de prisión vitalicia una pena inusitada prohibida por el citado art. 22 en tanto se aparta de su finalidad esencial, consistente en la readaptación del delincuente para incorporarlo a la sociedad, para que se dé curso a la

extradición requerida, el Estado solicitante debe comprometerse a no imponer la prisión perpetua, sino otra pena de menor gravedad.

Nota de la Secretaría: el art. 22, primer párrafo, de la Constitución mexicana dispone: “Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tomento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualquiera otras penas inusitadas y trascendentales...”. En relación con el concepto de pena inusitada, ver fallo del mismo tribunal en esta sección, p. ???.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO, sentencia del 2-10-2001, tesis 125/2001, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octubre de 2001, tomo XIV, p. 13.

EXTRADICIÓN. MEDIDAS COERCITIVAS. CUSTODIA CAUTELAR EN EL EXTERIOR. PLAZO MÁXIMO DE LA FASE DE CUSTODIA. DERECHO A LA IGUALDAD (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: el imputado fue arrestado en Holanda el 29-3-1999 con motivo de una orden de custodia cautelar emanada de Italia. Ante ello, las autoridades judiciales de este último país iniciaron el pedido de extradición, la que se hizo efectiva el 9-1-2003. El imputado presentó solicitud de excarcelación por el decurso de los términos de la custodia cautelar, la que fue rechazada con base en que el art. 722 del Código de Procedimientos Penal (CPP) hace referencia exclusivamente al plazo total y que, por lo tanto, el término de la fase debía calcularse exclusivamente a partir del momento en que fue arrestado en territorio italiano, es decir, desde el 9-1-2003. La defensa planteó la errada aplicación del referido artículo con observación de recientes decisiones interpretativas de la Corte Constitucional y refirió que su defendido ya había superado el doble del término de la fase (tres años). La Corte de Casación elevó, con relación a los arts. 3 y 13 de la Constitución, cuestión de inconstitucionalidad del art. 722 del CPP en la parte que prevé que la custodia cautelar en el exterior del extraditado no es relevante a los fines del cómputo de los términos de la fase en Italia.

2. Sentencia:

2.1. La Corte de Casación interpreta el art. 722 del CPP en el sentido de que la detención cautelar sufrida por un ciudadano en el exterior es computable solamente a los fines de los términos totales de custodia cautelar y no de los términos de la fase, y que tal régimen ha sido considerado no razonable en cuanto a que la situación de la persona sometida a medida cautelar en Italia es distinta respecto de aquélla sujeta a análoga medida en el exterior en espera de la definición del procedimiento de extradición.

Por otro lado -continúa el tribunal-, la interpretación seguida por la Corte Constitucional a partir de la sentencia n° 292 de 1998 y hasta la ordenanza n° 243 de 2003, por la cual el doble del término de la fase es calculado “adicionando períodos de detención, aun eventualmente sufridos en una fase distinta de aquélla en la cual el procedimiento se ha retrasado”, no sería “pacíficamente aplicable al caso [...] en examen, debiendo considerarse, a la luz de la jurisprudencia [...], que el doble del término de la fase debe calcularse desde el momento en el cual el interesado haya atravesado el umbral de un instituto penitenciario nacional”.

El régimen censurado -concluye la Corte de Casación- parece así ponerse en contraste con los principios establecidos en los arts. 3 y 13 de la Constitución “en la parte en la cual prevén que la custodia cautelar en el exterior no se considera a los fines del cómputo de los términos de la fase”.

2.2. La defensa recuerda que la Corte de Casación ha considerado siempre la norma censurada adherente a los principios constitucionales y destaca que tal orientación jurisprudencial -si podía ser considerada coherente con aquella según la cual la detención del imputado en el exterior, a continuación de un pedido de extradición presentado por el Estado italiano, no constituye legítimo impedimento a comparecer- resulta definitivamente superada por una reciente decisión en la que el pleno ha equiparado la situación del imputado detenido en Italia a la del arrestado a los fines de la extradición en el exterior. Se impondría, por lo tanto, una revisión *in bonam partem* del régimen denunciado, conforme a los principios constitucionales (arts. 3 y 13), y más aún con relación al caso bajo examen, en el cual “el Estado requerido (Holanda) había ya concedido la extradición al Estado reclamante (Italia) y el imputado había, *per tabulas*, expresado la precisa voluntad de presencia en Italia”.

2.3. La Corte de Casación remitente -llamada a pronunciarse sobre el recurso de un imputado que, habiendo estado detenido en el exterior a los fines de extradición desde el 29 de marzo de 1999 hasta el 9 de enero de 2003, solicitó la excarcelación por el transcurso del doble de los términos de la fase como consecuencia del retraso del procedimiento, alegando la violación de los arts. 303, 304 y 722 del CPP- destaca que, según su misma jurisprudencia, la detención sufrida por el ciudadano en el exterior fue computada solamente a los efectos de la duración completa de la custodia cautelar, y no de los términos de la fase, con base en la cual la situación del sujeto detenido en espera de la extradición no es equiparable a aquella de quien es sometido a custodia cautelar en Italia.

2.4. El texto en vigor del art. 722 es fruto de las modificaciones introducidas por el art. 10 del decreto-ley n° 306 del 8 de junio de 1992 (convertido en ley n° 356 del 7 de agosto de ese año). La redacción originaria preveía que, a los fines de una extradición, la detención en el exterior fuera computada en la duración de la custodia cautelar según las reglas generales y, por lo tanto, también a los fines del transcurso de los términos de la fase, a condición de la suspensión en la etapa del juicio durante el tiempo en el cual el debate fuese interrumpido o reenviado por impedimento del imputado (considerándose por tal, según la exposición de motivos del proyecto preliminar del Código, la encarcelación sufrida en el exterior como consecuencia de un pedido de extradición), así como también la prórroga prevista por el art. 305 del CPP cuando la custodia del imputado en territorio del Estado fuese necesaria para el cumplimiento de la actividad probatoria.

En la exposición de motivos del citado decreto-ley, el cómputo del período de detención en el exterior, solamente a los fines de la duración completa de la custodia cautelar, está justificado por “el hecho de que las fases precedentes al procedimiento de extradición escapan a las disponibilidades del Estado italiano” y que desde varios países que le ofrecieron cooperación internacional a Italia había “llegado el pedido de poder usufructuar mayor tiempo para el desarrollo de los procedimientos de extradición”.

Si bien el nuevo régimen ha sido objeto de críticas porque habría privilegiado las exigencias procesales en detrimento de la tutela de la libertad personal, la jurisprudencia constitucional ha sostenido en varias ocasiones la “razonabilidad”, destacando que la duración de la detención no es atribuible a la inercia de la autoridad jurisdiccional nacional, sino que deriva de una situación voluntariamente creada por la persona sometida a investigación, refugiada o trasladada al exterior.

El art. 15 de la ley n° 332 del 8 de agosto de 1995 sustituyó íntegramente el art. 304 del CPP, en cuyo inciso 6° ha sido colocado el régimen del término final completo de la custodia cautelar (primero contenida en el inciso 4°, objeto de reclamo en la norma impugnada) e introducidos los términos finales de la fase. Por otro lado, los precedentes jurisprudenciales no han modificado la interpretación del art. 722, llegando en un caso a afirmar expresamente (Casación, Sala VI, sentencia n° 555 del 22 de setiembre de 2000) que el reclamo operado de esa norma al inciso 4° (ahora 6°) del art. 304 del CPP se sustancia en un reenvío receptivo (o material) al contenido del inciso vigente al momento de la modificación

del art. 722, con la consecuencia de que, a los fines de la duración de la custodia cautelar en el exterior, no solo no sería relevante la distinción entre términos finales de fase y término final completo, sino que este último debería ser calculado aun exclusivamente con referencia a los dos tercios de la pena máxima prevista para el delito considerado en la sentencia y no con referencia a los términos de duración completa previstos en el art. 303.4 aumentados en la mitad, o bien, y sólo si es más favorable, al límite de los dos tercios del máximo de la pena prevista para el delito.

2.5. Los sucesos legislativos de los arts. 722 y 304.6 del CPP; la decisión de esta Corte que, a fin de considerar subsistente el legítimo impedimento a presentarse, con referencia al art. 3 de la Constitución, ha afirmado que la detención del imputado en el exterior, no obstante concretar “un hecho material de imposibilidad de comparecer”, no puede ser “asumida como razonable presupuesto de una diversidad de tratamiento” respecto de la detención en Italia (sentencia n° 212 de 1974); y el reciente pronunciamiento (n° 21035 de 2003) con el cual el pleno de la Corte de Casación, conforme a precedentes relativos a la plena fungibilidad entre la custodia cautelar sufrida en Italia y la experimentada en el exterior, ha afirmado que aunque la detención en el extranjero a los fines de la extradición constituye legítimo impedimento para comparecer, en cuanto en nada interesa que el imputado no haya prestado el consentimiento a la medida, son todos elementos que concurren a demostrar la inconstitucionalidad del régimen censurado.

En efecto, una vez afirmada la equivalencia entre detención cautelar en el exterior en espera de extradición y custodia cautelar en Italia, evidentes motivos de racionalidad y coherencia interna del sistema imponen aplicar a la ocurrida en el extranjero el mismo régimen previsto para la duración de los términos de aquélla mantenida en el ámbito local. En particular, incluyendo también la detención en el exterior entre los motivos de legítimo impedimento para comparecer que determinan la suspensión del decurso de los términos de custodia cautelar, no hay razón alguna que pueda justificar un régimen distinto del previsto por los arts. 303 y 304.6 del CPP para la duración de los plazos máximos de la custodia cautelar en Italia.

La irrazonable disparidad de tratamiento del imputado detenido en el exterior en espera de extradición respecto de aquél en custodia cautelar en Italia determina por lo tanto, con referencia al art. 3 de la Constitución, la inconstitucionalidad del art. 722 del CPP en la parte en la cual no prevé que la custodia cautelar fuera de Italia, como consecuencia de un pedido de extradición presentado por el Estado, sea computada aun a los efectos de la duración de los términos de la fase previstos por el art. 303, incisos 1°, 2° y 3°, del mismo texto legal.

Por ello, se declara la inconstitucionalidad de la norma atacada.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia del 21-7-2004, n° 253, en *Rivista di Diritto Internazionale*, Milán, Giuffrè, 2004, vol. LXXXVII, n° 4, p. 1133.

EXTRADICIÓN. NARCOTRÁFICO. HECHOS JUZGADOS EN EL ESTADO REQUERIDO. TRATADO DE EXTRADICIÓN ENTRE LA ARGENTINA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: un juez federal hizo lugar a la extradición de Dina Gloria Dercan, solicitada por el Tribunal del Distrito Sur de la ciudad de Nueva York, para su juzgamiento por “asociación ilícita para importar heroína a los Estados Unidos” (art. 963 del Título 21 del Código estadounidense). Dercan formaría parte de una organización de contrabando de drogas, dentro de la cual habría estado a cargo de la organización de los viajes de correos, compra de ropa y entrega de valijas con heroína. En la Argentina, la justicia federal dictó auto de procesamiento y prisión preventiva respecto de la nombrada por los delitos previstos en la ley 23.737 -arts. 7 (organización y financiamiento de actividades vinculadas al

narcotráfico) y 5, inc. c (almacenamiento de estupefacientes) con el agravante del 11, inc. c (hechos cometidos con la intervención de tres o más personas organizadas)-. La causa se formó “con el objeto de investigar las actividades de tráfico internacional de estupefacientes que llevaría a cabo una organización colombiana”. Tal organización se dedicaría a enviar estupefacientes a Estados Unidos o Europa por medio de “correos” reclutados al efecto.

2. Sentencia:

2.1. Decisión de la mayoría

La extradición se solicitó por la confabulación para importar heroína a los Estados Unidos que habría sido cometida por Dercan y otros integrantes de una organización dedicada al narcotráfico, pero tal actividad dio fundamento a la imputación formulada a la nombrada con relación al art. 7 de la ley 23.737, por lo que el extrañamiento resulta improcedente, pues el hecho por el que se requiere a Dercan ya está siendo juzgado en la Argentina (art. 5, Tratado de Extradición entre la República Argentina y los Estados Unidos de América, ley 25.126).

No obsta a lo expuesto la circunstancia de que los hechos por los que se pide la extradición no coincidan en forma completa con los investigados en el país, sino que lo decisivo es que la totalidad del reproche contenido en la conducta por la que se formula el reclamo ya está comprendido en la imputación más amplia por la que está siendo perseguida penalmente en esta jurisdicción.

2.2. Votos disidentes

En sendas disidencias, los jueces Augusto César Belluscio y Antonio Boggiano consideraron que la especial naturaleza del trámite de extradición no autoriza una revisión exhaustiva de los elementos que integran el proceso que se le sigue a la persona en el país requirente, por lo que las cuestiones en torno a la validez de la prueba o de los actos procesales celebrados deben ventilarse allí mismo.

No corresponde el tratamiento de los agravios relacionados con la validez de las declaraciones y reconocimientos practicados en el Estado requirente.

El procedimiento a que están sometidas las solicitudes de extradición no constituye un juicio contra el reo en sentido propio, y no caben en él otras discusiones que las referentes a la identidad del requerido y a la observancia de los requisitos exigidos por las leyes y tratados aplicables.

Tampoco corresponde el tratamiento de la alegada violación del principio *non bis in idem*. Más allá de que la Corte ha afirmado que no existe identidad entre el delito de transporte de estupefacientes y el de confabulación, el agravio carece de fundamentación suficiente, pues los apelantes omitieron refutar los argumentos tenidos en cuenta por el *a quo* para desestimarlos.

El juez Boggiano, por su parte, agregó que considerando particularmente valioso favorecer la cooperación judicial internacional en la materia, corresponde hacer lugar a la entrega temporaria de los requeridos y de los bienes y pruebas solicitadas (arts. 13 y 15 del Tratado de Extradición con los Estados Unidos de América) con el objeto de coordinar el procesamiento en ambos países en virtud de las normas convencionales y consuetudinarias aplicables a fin de alcanzar un juicio íntegro, sin duplicaciones ni menoscabos, para lo cual están habilitados los jueces argentinos por su propia jurisdicción internacional, sin perjuicio, en su caso, de las autorizaciones pertinentes que pudieran requerir a esta Corte.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 16-11-2004, D.1924.XXXVIII. R.O., *Duque Salazar, Francisco Javier y otros s/ sus extradiciones*.

EXTRANJEROS. ARRESTO ILEGAL. **INMUNIDAD SOBERANA.** RENUNCIA. EXCEPCIONES. FUNDAMENTO. **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.** DAÑOS PRODUCIDOS EN EL EXTRANJERO POR AGENTES DEL GOBIERNO. **DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO.** VIOLACIÓN A SUS DISPOSICIONES QUE GENERA RESPONSABILIDAD PERSONAL (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: la *Drug Enforcement Administration* (DEA) autorizó al peticionante Sosa y a otros ciudadanos mexicanos a secuestrar en México a su compatriota Álvarez-Machaín y a conducirlo a los Estados Unidos para que fuera juzgado por la tortura y homicidio de uno de sus agentes. Después de ser absuelto, Álvarez-Machaín demandó a los Estados Unidos por los daños y perjuicios sufridos por su arresto ilegal, invocando la renuncia a la inmunidad soberana que contiene la *Federal Tort Claims Act* (FTCA) para los procesos por “lesiones personales... causadas por un acto u omisión negligente o ilícito de un empleado del gobierno mientras actúa dentro del ámbito de su cargo o empleo”, 28 U.S.C. § 1346(b)(1). Asimismo, accionó contra Sosa, con base en la *Alien Tort Statute* (ATS) (1789), que otorga a los tribunales de distrito jurisdicción para entender en las acciones civiles promovidas por extranjeros y fundadas en violaciones al derecho internacional público. El tribunal interviniente desestimó la primera acción, pero reconoció, de puro derecho, la pretensión contenida en la segunda. La Cámara Federal de Apelaciones confirmó la condena de Sosa, pero revocó la desestimación del reclamo fundado en la FTCA. Sosa y el gobierno interpusieron entonces *writs of certiorari* ante la Suprema Corte, que se resolvieron en forma conjunta.

2. Sentencia: se revocan las sentencias.

Las dos cuestiones a decidir son las siguientes: si la imputación de que la DEA promovió su secuestro en México y su traslado a los Estados Unidos resulta suficiente para que Álvarez-Machaín pueda demandar a los Estados Unidos en términos de la FTCA, y si la ATS lo legitima para cobrar una indemnización. Ninguna de estas dos leyes le da derecho a una reparación.

2.1. El gobierno invoca dos razones fundamentales que, a su entender, justifican la revocación de su condena a responder en términos de la FTCA. En primer lugar, la detención no pudo ser ilegal porque estaba autorizada por el art. 878 del Título 21 del Código de los Estados Unidos, que faculta a la DEA a realizar arrestos. En segundo término, en cualquier caso, el accionar que se le imputa cae dentro del ámbito de aplicación de la excepción a la renuncia a la inmunidad soberana relativa a los reclamos que “surgen en un Estado extranjero” (28 U.S.C. § 2680.k). Se considera que la excepción resulta aplicable y se decide con ese fundamento.

La FTCA “estuvo fundamentalmente destinada a eliminar, con ciertas excepciones, la inmunidad de jurisdicción de los Estados Unidos en materia de responsabilidad extracontractual, a fin de que, en esta área, el gobierno respondiera del mismo modo que los particulares” (*Richards v. United States*, 369 US 1, 6 -1962-). En consecuencia, otorga a los tribunales de distrito jurisdicción para entender en las acciones promovidas contra los Estados Unidos por las lesiones causadas por un acto u omisión negligente o ilícito de alguno de sus empleados mientras actuaba dentro del ámbito de las funciones de su cargo o empleo, en los supuestos en que un particular respondiera de acuerdo con la ley del lugar en donde se produjo el acto u omisión -art. 1346(b)(1)-. Sin embargo, impone varias limitaciones a la renuncia a su inmunidad soberana. La que aquí resulta relevante se refiere a “cualquier reclamo que surja en un país extranjero” (art. 2680), la cual parece claramente aplicable a los hechos de este caso.

La Cámara de Apelaciones entendió que el arresto de Álvarez-Machaín había sido ilegal porque se había realizado en México, pero que la ilicitud había cesado cuando el detenido ingresó al territorio norteamericano. En consecuencia, las acciones realizadas en México constituyen el meollo de un “reclamo fundado en un país extranjero”, no alcanzado,

por ende, por la renuncia a la inmunidad soberana. Pese a la clara redacción de esta excepción, la Cámara permitió que el trámite procediera en términos de la *Headquarters Doctrine* (“doctrina de la oficina central”), porque llegó a la conclusión de que el secuestro de Álvarez-Machain había sido fruto directo de la planificación e instrucciones ilícitas elaboradas por los agentes de la DEA en California y que, por ende, la pretensión resarcitoria no había “surgido en” un Estado extranjero.

El potencial efecto de este tipo de análisis exige ser muy cautos, dado que en casi todos los casos es posible invocar que la actividad negligente que lesionó al peticionante en el extranjero resultó de un entrenamiento, selección o supervisión defectuosos o descuidados realizados en los Estados Unidos. La aplicación de la *Headquarters Doctrine* a la excepción del país extranjero indudablemente pasaría, entonces, a constituir un elemento estándar de los procesos fundados en la FTCA. Esta posibilidad conduce a tomar en cuenta dos consideraciones.

La primera de ellas se aplica a casos como éste, en los cuales se alega que el daño fue causado por un acto realizado en el extranjero y por una planificación hecha en los Estados Unidos. Para que la imputación de responsabilidad a la “oficina central” sea razonable, el comportamiento de ésta debe tener una proximidad e incidencia suficiente en la producción del daño. En consecuencia, debe existir una relación causal inmediata entre el incumplimiento de los deberes de funcionario público en el territorio nacional y la acción realizada en el Estado extranjero. Sin embargo, esta relación causal no basta, por sí misma, para aplicar la excepción del país extranjero, dado que el daño puede tener concausas. Asumiendo, por ejemplo, en este caso, que las instrucciones de los funcionarios de la DEA hayan constituido una causa próxima del secuestro, lo cierto es que al menos idéntica gravitación han tenido los actos que efectuaron Sosa y otras personas en México. El reconocimiento de la existencia de concausas internas deja subsistente la cuestión de si la excepción en análisis resulta o no aplicable a la pretensión de Álvarez-Machain.

La segunda consideración se basa en la circunstancia de que el daño se produjo en territorio extranjero. Existen buenas razones para creer que el Congreso entendió que los reclamos “que surgen” en el extranjero son aquéllos fundados en lesiones o daños producidos en otro país. Éste es el significado que las leyes estatales de empréstito contemporáneas de la FTCA atribuyeron a la expresión “que surja”, empleada para determinar el Estado que aplicaba sus normas de prescripción en los casos que incluían hechos interjurisdiccionales. Resulta particularmente importante la conclusión de que, en los casos de daños y perjuicios, se daba a esa expresión la misma interpretación que aquí se hace.

Además, existe una razón específica para creer que el empleo de la expresión “que surja” para aludir al lugar en donde se produjo el daño resultó esencial para que la excepción cumpliera con su objeto. Toda acción promovida ante un tribunal federal tendiente a la reparación de los daños causados por el accionar de un empleado del gobierno fuera del Estado en donde dicho tribunal tiene su asiento requiere la determinación de la ley que rige la responsabilidad. Cuando se aprobó la FTCA, prevalecía la tendencia a aplicar, en estos casos, la *lex loci delicti*. En consecuencia, los tribunales norteamericanos, en principio, aplicaban el derecho foráneo cuando el peticionante había sido lesionado en el extranjero.

Sin embargo, la inclusión de la excepción aquí invocada tuvo precisamente por objeto evitar este supuesto de aplicación del derecho extranjero, a fin de que la responsabilidad del gobierno de los Estados Unidos no quedara delimitada por las leyes de otro Estado (v. *United States v. Spelar*, 338 US 217, 221 -1949-). La aplicación de la *Headquarters Doctrine* en casos como el aquí examinado frustraría este objetivo del Congreso, al permitir reformular las demandas por daños producidos en el extranjero mediante la afirmación de que fueron causados por alguna planificación o negligencia proveniente de los Estados Unidos.

2.2. La ATS no legitima a Álvarez-Machain para ser indemnizado por Sosa.

(a) La facultad limitada e implícita que tienen los tribunales para entender en el conjunto de reclamos fundados en el *cum common law* de derecho internacional que se conocían en 1789 no los autoriza a reconocer el derecho a accionar fundado en la ATS que Álvarez-Machaín invoca en este caso, ya que esta ley tiene naturaleza jurisdiccional y no crea nuevas causales de acción. Sin embargo, esto no significa -como pretende Sosa- que esta norma careciera *ab initio* de posibilidad de aplicación práctica al requerir el dictado de una ley adicional que expresamente autorizara la creación de nuevas causales. Antes bien, la historia y la práctica sugieren que fue aprobada para ser aplicada, con base en que el *common law* daría derecho a accionar en el reducido número de violaciones al derecho internacional que por ese entonces generaban responsabilidad personal, a saber, delitos contra embajadores, violación de salvoconductos y piratería. No resultan convincentes las objeciones que Sosa opone a este criterio.

(b) Si bien es correcto asumir que el Congreso, en su primer período de sesiones, entendió que los tribunales de distrito reconocerían derecho a reclamar judicialmente la reparación de ciertos actos violatorios del derecho de las naciones, y se encuentra establecido que ninguna reforma jurídica de los últimos dos siglos impide en forma categórica a los tribunales federales reconocer un derecho fundado en el derecho internacional como parte integrante del *common law*, lo cierto es que existen buenos motivos para interpretar restrictivamente la discrecionalidad judicial para reconocer nuevas causales de acción.

1) Varias razones abogan por mantener una gran cautela al adaptar el derecho de las naciones al derecho de los particulares. Primero, la concepción actualmente prevaleciente del *common law* no es la que existía en 1790. Cuando se aprobó el art. 1350, se aceptaba que el *common law* “existía”, mientras que ahora se interpreta que los tribunales lo “elaboran” o “crean”. En consecuencia, al decidir con base en una norma internacional, un juez tiene un sustancial margen de discrecionalidad. Segundo, esta nueva concepción ha conducido a una reconsideración del rol que juegan los tribunales federales en la elaboración del *common law*. En *Erie R. Co. v. Tompkins* (304 US 64, 78 -1938-), la Corte negó la existencia de un *common law* federal “general”, en gran parte reservado a los especialistas, y sostuvo que la práctica general consistía en buscar pautas en los antecedentes legislativos antes de introducir innovaciones en el derecho sustantivo. Tercero, en la mayor parte de los casos, es mejor dejar al Poder Legislativo la decisión de reconocer nuevas causales de acción (*Correctional Services Corp. v. Malesko*, 534 US 61, 68 -2001-). Cuarto, las potenciales implicancias que tendría el reconocimiento de nuevas causales de acción por violaciones al derecho internacional en las relaciones exteriores de los Estados Unidos obligan a los tribunales a tener especial cuidado de no interferir en el ejercicio de la discrecionalidad que poseen los poderes Ejecutivo y Legislativo para conducir las relaciones internacionales. Quinto, el Congreso no ha autorizado a la Corte a seleccionar y a definir nuevas y discutibles violaciones al derecho de las naciones, y las señales actualmente existentes en cuanto a la forma en que el Congreso interpreta el rol que juega el Poder Judicial en esta área no han alentado una mayor creatividad judicial.

2) El límite al reconocimiento judicial de nuevas causales de acción aquí adoptado resulta fatal para la pretensión de Álvarez-Machaín. Éste alega que la prohibición de realizar arrestos arbitrarios ha pasado a constituir una norma vinculante del derecho internacional consuetudinario, y que su arresto lo fue porque no existía una ley vigente que lo autorizara. Invoca entonces una prohibición general de realizar arrestos arbitrarios, a los que define como un accionar aprobado oficialmente que excede la autorización legal de realizar detenciones en términos del derecho interno de un país. No obstante, aporta pocos fundamentos de que una regla tan amplia tenga hoy el estatus de norma obligatoria de derecho internacional consuetudinario. A ciencia cierta, ninguna de sus citas justifica que los tribunales federales tomen su regla como predicado de un proceso federal, dado que las implicancias que ello tendría serían pasmosas: otorgaría derecho a accionar por cualquier registro de un extranjero que violente la IV Enmienda, reemplazando las acciones promovidas conforme a lo dispuesto

por 42 U.S.C. § 1983 y *Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents*, 403 US 388 -1971-, que en la actualidad establecen el derecho a obtener una reparación por esas violaciones. Asimismo, otorgaría derecho a promover una acción federal por los arrestos realizados por agentes estatales que se excedan en el ejercicio de las atribuciones que les acuerda el derecho estatal. La omisión de Álvarez-Machain de reunir fundamentos para la regla que invoca queda subrayada por las disposiciones de la *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, que alude a la detención arbitraria prolongada y no a la relativamente breve que excede la autorizada por el derecho positivo. Cualquiera sea la opinión que merezca el amplio principio que formula, lo cierto es que éste expresa una aspiración que excede lo previsto en cualquier norma consuetudinaria obligatoria que tenga el carácter específico que exige la Corte.

Nota de la Secretaría: ver, seguidamente, *United States v. Álvarez Machaín* (1992).

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 29-6-2004, *José Francisco Sosa v. Humberto Álvarez-Machain et al.* y *United States v. Humberto Álvarez-Machain et al.*, en 72 LW 4660.

EXTRANJEROS. ARRESTO ILEGAL. INMUNIDAD SOBERANA. RENUNCIA. EXCEPCIONES. FUNDAMENTO. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. DAÑOS PRODUCIDOS EN EL EXTRANJERO POR AGENTES DEL GOBIERNO. DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO. VIOLACIÓN A SUS DISPOSICIONES QUE GENERA RESPONSABILIDAD PERSONAL (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: el demandado -un ciudadano y residente mexicano- fue secuestrado violentamente de su casa y transportado en un avión particular a Texas, donde fue arrestado por su participación en el secuestro y asesinato de un agente de la *Drug Enforcement Administration* (DEA) y de su piloto. Luego de llegar a la conclusión de que los agentes de la DEA eran responsables del secuestro, el tribunal de distrito desestimó la acusación penal formulada contra Álvarez-Machain por entender que violaba el tratado de extradición suscrito entre los Estados Unidos y México y ordenó la repatriación del acusado. La Cámara de Apelaciones confirmó esta decisión: fundándose en una de sus decisiones anteriores, consideró que los Estados Unidos carecían de jurisdicción porque habían autorizado el secuestro y porque el gobierno mexicano había protestado por la violación del Tratado. Los Estados Unidos interpusieron entonces un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

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

El secuestro violento del acusado no impide que sea juzgado por un tribunal de los Estados Unidos por violación de las leyes penales de este país.

(a) Un acusado no puede ser procesado en violación de los términos de un tratado de extradición (*United States v. Rauscher*, 119 US 407 -1886-). Sin embargo, si no se invoca un tratado, un tribunal puede ejercer adecuadamente su jurisdicción aun cuando la presencia del acusado se haya logrado mediante un secuestro violento (v. *Ker v. Illinois*, 119 US 436 -1886). Así, si el tratado de extradición no prohíbe el secuestro del acusado, se aplica la regla establecida en el caso *Ker* y se ejerce legalmente la jurisdicción.

(b) La redacción del tratado y la historia de las negociaciones y prácticas realizadas conforme a sus disposiciones no constituyen fundamento para la tesis de que ese acuerdo prohíbe las capturas que se realicen por medios distintos a los allí convenidos. El tratado no estipula nada sobre un supuesto deber asumido por las partes de abstenerse de secuestrar violentamente a las personas del territorio del otro Estado ni sobre los efectos legales de la realización de tales secuestros. Además, su versión actual no contiene ninguna cláusula en ese

sentido, pese a que el gobierno mexicano conoció en 1906 la doctrina sentada en el caso *Ker* y a que desde 1935 se intenta limitar su alcance.

(c) Los principios generales del derecho internacional no brindan sustento para interpretar que el tratado incluye una cláusula implícita que prohíbe los secuestros internacionales. Realizar semejante inferencia con base en el argumento del demandado de que los secuestros se encuentran tan claramente prohibidos en el derecho internacional que no hubo razón para incluir una prohibición en el propio acuerdo sería ir más allá de los precedentes y de la práctica establecidos. La decisión de la Corte en el caso *Rauscher*, de que en el tratado de extradición suscripto entre los Estados Unidos e Inglaterra existe una cláusula en ese sentido, se fundó en la práctica de las naciones en materia de tratados de extradición. La admisión del argumento del demandado exigiría un salto inferencial más amplio, sólo sustentado en los principios más generales del derecho internacional. Si bien el demandado puede estar en lo cierto al afirmar que su secuestro fue “chocante” (*shocking*) y violatorio de los principios generales del derecho internacional, la determinación de si debería haber sido repatriado a México es una cuestión ajena al tratado y en la que debe entender el Poder Ejecutivo.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 15-6-1992, *United States v. Humberto Álvarez Machaín*, en <http://laws.findlaw.com/us/504/655.html>.

FAMILIA. PADRES SOLTEROS. DERECHO A PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE. DERECHO A LA IGUALDAD (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: el peticionante vivía en concubinato con una mujer y de esa relación nacieron mellizos. Era trabajador asalariado y mantenía a la familia. Su compañera se ocupaba de los niños, y tenían planeado contraer matrimonio. Seis meses después del nacimiento de los niños, ella fue asesinada. Aquél solicitó tres años de licencia sin goce de sueldo para ocuparse de los niños y reclamó el cobro de una pensión. Su reclamo no tuvo éxito a nivel administrativo y el proceso judicial que inició tampoco se resolvió favorablemente. El peticionante pretende acogerse a una normativa conforme a la cual quien resulta víctima de un acto de violencia y sufre un daño físico o espiritual tiene derecho a una compensación. Esto vale también para el sobreviviente del damnificado que haya fallecido como consecuencia del hecho de violencia. Pero esta indemnización corresponde sólo a la viuda, al viudo y a los parientes de primer grado en línea ascendente. Pero el progenitor-concubino no tiene derecho a compensación alguna, por más que con posterioridad a la muerte violenta de su pareja se haga cargo del cuidado y manutención de los niños en común y no perciba ningún ingreso.

2.Sentencia:

La normativa que se quiere impugnar diferencia entre padres casados entre sí y padres solteros que, tras la muerte violenta de uno de ellos, deben hacerse cargo de los niños. En el caso de los padres casados corresponde, según el derecho civil alemán, que el cónyuge sobreviviente acceda a una pensión; en cambio, no está contemplada una pensión semejante en el caso de que los padres no estuvieran casados. Esta diferencia de trato no está constitucionalmente justificada. Sin embargo, existen diferencias jurídicas considerables entre el derecho de un concubino y el de un cónyuge a percibir una pensión por hacerse cargo de los hijos. En el primer caso, la manutención tiene un límite de tres años, mientras que en el segundo, ésta se puede prolongar hasta que el niño cumpla los ocho años. Esta distinción no justifica que el concubino sea excluido totalmente de la posibilidad de percibir la pensión de padre sobreviviente. En los primeros tres años de vida, el niño depende de igual modo de su padre si éste se ha hecho cargo personalmente de él, aunque sea un hijo extramatrimonial. Al

menos durante este período, el derecho a la pensión del progenitor no casado es tan importante como el del padre separado o divorciado. Más aún, hay que tener en cuenta que más del 20% de los niños crecen en hogares de parejas en concubinato. De esto se desprende que el derecho a una pensión también de hecho en muchos casos se cumple, más que en el matrimonio, en la forma de “manutención de familia”, más allá del tercer año de vida del niño. Faltan razones de peso que justifiquen que el legislativo haya omitido en la Ley de Indemnización de Víctimas (LIV) asegurar el derecho a la subsistencia de los padres no casados mediante la percepción de una pensión de sobreviviente.

Por lo tanto, las disposiciones de la LIV son incompatibles con los arts. 3.1 (derecho a la igualdad) y 6.1 (protección de la familia) de la Constitución. El legislativo tiene la obligación de aprobar una nueva normativa que sea constitucional antes del 31 de marzo de 2006. La sentencia del Tribunal Social Estadual de Baviera queda sin efecto.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 9-11-2004, 1 BvR 684/98, en http://www.bundesverfassungsgericht.de/bverfg_cgi/pressemitteilungen/frames/bvg05-026.

FAMILIA. PATERNIDAD BIOLÓGICA. CONCUBINATO NOTORIO. ALCANCE. PROTECCIÓN. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ART. 23. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, ART. 10. CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ART. 17 (URUGUAY).

1. Antecedentes del caso: la sentencia de primera instancia acogió la demanda interpuesta por AA y, en su mérito, declaró a XX padre natural de BB, a todos los efectos previstos en el Código Civil. El fallo fue confirmado por el Tribunal de Apelación de Familia. La demandada interpuso recurso de casación argumentando una errónea interpretación de la ley (art. 241.4 del Código Civil, en virtud de la extensión dada al concepto “concubinato notorio”) y una arbitraria valoración de la prueba. Asimismo, sostiene que la sentencia cuestionada afecta los valores de familia y patria potestad establecidos por el legislador y contraría, entre otros, el art. 40 de la Constitución Nacional.

2. Sentencia:

2.1. Es correcta la interpretación que los decisorios cuestionados efectúan del texto del art. 241.4 del Código Civil en cuanto acogen la “tesis amplia” del concubinato, según la cual deben admitirse en esa figura las relaciones sexuales continuas, permanentes, exclusivas y notorias a la época de la concepción, sin que resulte necesaria la existencia de vida pseudo-matrimonial ni la comunidad de techo.

2.2. Con relación a la cuestión introducida por la recurrente en cuanto a que la sentencia impugnada violenta el art. 40 de la Constitución, no se advierte que el concepto amplio de concubinato notorio, manejado por la jurisprudencia de la Corte, desvirtúe el concepto de familia; por el contrario, se adecua perfectamente a lo dispuesto por el texto constitucional. El citado artículo establece que la familia es la base de la sociedad, sin distinguir entre familia legítima y familia natural. El concubinato, con toda la apariencia de matrimonio, no es un hecho de por sí inmorales ni contrario a la ley, aunque sea ajeno a la misma, y puede producir consecuencias jurídicas y, de hecho, las produce. Esta tutela genérica de la institución familiar como base de la sociedad se ve confirmada por el art. 42 de la Ley Fundamental, en cuanto establece que “los padres tienen para los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. La maternidad cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo”.

El referido art. 40 proyecta una tutela de relación familiar “*latu sensu*”, donde clara y holgadamente integra el concubinato. Esta interpretación resulta confirmada por normas de naturaleza supranacional, como los arts. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Nota de la Secretaría: el art. 241 del Código Civil uruguayo, en lo pertinente, dispone: “La paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada: (...) 4. Cuando el pretendido padre haya vivido en concubinato notorio con la madre durante el período de la concepción (...). Sin perjuicio de las excepciones del derecho común, el demandado podrá excepcionarse contra la acción, probando: 1. Que durante el período legal de la concepción la madre observaba notoriamente costumbres deshonestas o mantenía comercio con otro individuo. 2. Que durante el período de la concepción le ha sido físicamente imposible tener acceso con la madre. La acción no pertenece sino al hijo, pero durante su menor edad sólo podrá ser deducida por la madre o por su representante legal, salvo que esté habilitado de edad. Si la madre es menor, se la proveerá de curador especial. La madre sólo podrá iniciar la acción dentro de los dos años de producido el alumbramiento y el tutor dentro de los seis meses de su nombramiento. En los casos de los números 4 (...) estos plazos empezarán a correr desde la cesación de los hechos a que se refieren (...). Si la acción no ha sido intentada durante la menor edad del hijo, éste podrá deducirla dentro de los cinco años de su mayor edad (...)”.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY, sentencia de 15-10-2004, ficha 1-263/2003.

FAMILIA. PATERNIDAD BIOLÓGICA. DERECHO A LA TENENCIA DEL HIJO DADO EN ADOPCIÓN. **MENORES.** INTERÉS SUPERIOR. **CORTE EUROPA DE DERECHOS HUMANOS.** EFECTO VINCULANTE DE SUS DECISIONES. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 8 (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: el recurrente tuvo un hijo extramatrimonial que fue entregado en adopción por la madre después del nacimiento. Luego de probar que él era padre biológico del niño, inició sin éxito diferentes procesos judiciales a fin de conseguir su tenencia y el reconocimiento de su derecho a tratarlo. Presentó entonces una demanda individual ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) (*Görgülü v. Alemania*, demanda n° 74969/01), que en su sentencia del 26 de febrero de 2004 estableció que la negativa de la justicia alemana de otorgarle la tenencia y trato con el niño constituía una violación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). No obstante, la Sala 14 del Tribunal Superior Estadual de Naumburg (TSEN) rechazó la demanda de tenencia y adujo que las decisiones de la Corte carecen de efectos vinculantes. El recurrente presentó un recurso constitucional contra esa sentencia.

2. Sentencia:

La interpretación de la Corte sobre la aplicación del art. 8 de la Convención no lleva a resultados incompatibles con la Constitución.

La determinación de definir en qué condiciones un niño puede ser retirado de la familia adoptiva y devuelto a sus padres biológicos debe atender el derecho de éstos, del niño y de los adoptantes. Sin embargo, a la hora de sopesar las distintas alternativas, el bien del menor se halla en primer lugar, por lo que el proceso debe lograr una fundamentación confiable para orientar la decisión en tal sentido.

La sentencia del TSEN no cumplió con estas exigencias. En efecto, además de interpretar erróneamente que los fallos de la Corte no son vinculantes para los tribunales nacionales, no comprendió que lo resuelto por el tribunal europeo no anula la fuerza legal de su propia decisión. En los juicios de tenencia, no hay lugar para la objeción de la cosa juzgada,

pues el bienestar del niño prima sobre el carácter definitivo de una sentencia. Tampoco se ocupó de estudiar cómo el art. 6.2 de la Constitución debería haberse interpretado en el contexto de las obligaciones de derecho internacional contraídas por el Estado, ni de la cuestión planteada por la Corte acerca de los efectos que a largo plazo produce en el niño la separación de su padre y de la existencia de otras opciones que afecten menos el bienestar de aquél. Para contrarrestar el riesgo que implicaría para el niño su inmediata restitución a su padre biológico, se podría haber considerado otorgarle la tenencia, pero disponer al mismo tiempo una orden de permanencia con la familia adoptiva. Por último, no llevó a cabo las investigaciones necesarias para contestar las preguntas planteadas por la Corte. Así, la pedagoga K, sobre cuyo informe se fundó la sentencia, en ningún momento incluyó al recurrente en su análisis del caso. Esta especialista proviene del Consejo Estadual del Menor (*Landesjugendamt*) y es una perito de parte, por lo que correspondía haberse practicado otra pericia por un técnico independiente.

Por ello, lo decidido por el TSEN viola el derecho del recurrente consagrado en los arts. 6.2 (derecho natural de los padres) y 20.3 (sujeción del Poder Judicial a la ley y al derecho) de la Constitución. El asunto se remite a otra sala de Familia para el dictado de una nueva sentencia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 5-4-2005, 1 BvR 1664/04, en <http://www.bverfg.de/bverfg.cgi/pressemitteilungen/frames/bvg05-034>.

FAMILIA. PATERNIDAD BIOLÓGICA. DERECHO DE VISITA (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: en 1990, mediante un test sanguíneo, quedó probada la filiación de un niño nacido en 1989. El peticionante mantuvo con la madre del menor (ya casada con un tercero) un vínculo que continuó después del nacimiento de aquél, ocupándose de su manutención durante el tiempo que duró la relación. Dado que el nacimiento se produjo en el marco de un matrimonio ya existente, el peticionante es el padre natural, pero no el jurídico. Antes de la entrada en vigor de la Ley de los Derechos del Menor (*Kindschaftsrechtsreformgesetz*), el contacto entre el menor y su padre biológico dependían de la sola voluntad de la madre. No obstante ello, el tribunal de tutela (*Vormundschaftsgericht*) tenía la posibilidad de otorgar al peticionante el derecho de visita. Sin embargo, la ley reestructuró en su totalidad las normas relativas al derecho de visita. Por su parte, el Código Civil (art. 1685) otorga este derecho a personas que no son parientes legítimos del menor pero con los cuales mantiene una relación estrecha. A pesar de que el peticionante intentó mantener contacto con su hijo, en razón de la ley anterior al momento de la demanda, los tribunales competentes negaron su derecho de visita.

2. Sentencia:

Un hombre que es el padre natural de un menor, pero no el jurídico, no goza del derecho paterno establecido en el art. 6.2.1 de la Ley Fundamental y no puede invocar este artículo para obtener un derecho de visita. No obstante, el padre y su hijo forman también una familia que recibe la protección de su art. 6.1 cuando existe entre ellos una relación resultante del cuidado dado por el progenitor, por lo menos durante un cierto tiempo. Este artículo protege los intereses del padre natural y del menor preservando esta relación estrecha y la posibilidad de mantener el contacto. Así, la negativa de acordar el derecho de visita al padre natural que mantiene una relación con su hijo viola el art. 6.1 de la Ley Fundamental.

El art. 1711.2 del Código Civil alemán, en su anterior versión, era compatible con el art. 6.1 de la Ley Fundamental. En virtud de la protección que este artículo otorga a la estrecha

relación entre un padre biológico y su hijo, era posible interpretar lo dispuesto en el código como facultad para el tribunal de otorgar un derecho de visita cuando contribuye al bienestar del menor. Sin embargo, el tribunal decidió lo contrario y, por ello, su sentencia no es conforme a la Ley Fundamental.

La derogación del art. 1711.2 del Código Civil por medio de una ley que reorganizó el derecho de los menores obliga al Tribunal Constitucional a realizar un estudio de las nuevas disposiciones relativas al derecho de visita que deben ser aplicadas por los tribunales a fin de garantizar que las decisiones tomadas sean conformes a la Ley Fundamental. El art. 1685 del Código Civil posterior a la reforma no es compatible con el art. 6.1 de la Ley Fundamental. Las disposiciones relativas al derecho de visita fueron modificadas en su totalidad. En lo relativo al derecho de visita de los progenitores, regido por el art. 1684 del Código Civil, ya no existe distinción entre hijos legítimos e ilegítimos. Por otra parte, el art. 1685 otorga ese derecho a otras personas con las que el menor tenga una relación estrecha. Ninguna de estas disposiciones incluye expresamente al padre natural del menor, ni pueden ser interpretadas como que le permiten el derecho de visita. El legislador estableció claramente que tal derecho se limita a las personas citadas en el art. 1685, con las que el menor mantiene una relación estrecha y que estima que son particularmente próximas al menor. Para justificar esta limitación, se invocó la necesidad de evitar un fuerte aumento de los conflictos sobre el asunto. Por ello, el art. 1685 es incompatible con el art. 6.1 de la Ley Fundamental. Por lo tanto, se intima al legislador a conformarlo a la Constitución antes del 30 de abril de 2004. En tal sentido, debe procurar, cuando fije los plazos para contestar la paternidad, que los padres biológicos, imposibilitados de iniciar una demanda de impugnación de paternidad, puedan hacerlo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 9-4-2003, BvR 1493/96, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2003, 3, p. 430.

FAMILIA. PATERNIDAD BIOLÓGICA. IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: el peticionante intentó obtener el reconocimiento de la paternidad del menor, nacido en noviembre de 1998. Al ser informado de que la madre se oponía, acudió al tribunal de primera instancia (*Amtsgericht*) a efectos de establecer su paternidad. Planteó que convivió con la madre durante un largo período de tiempo y que había estado presente en el parto, en el que cortó el cordón umbilical; que el menor había sido deseado; que había participado en todos los preparativos para el nacimiento, como por ejemplo pintando la habitación y eligiendo su nombre; y que la madre jamás puso en duda su paternidad. Al contestar la demanda, la mujer declaró que otro hombre había reconocido al menor. La demanda fue desestimada, porque el reconocimiento sólo es posible si el menor no tiene una paternidad establecida; en el caso, un hombre reconoció al menor con el consentimiento materno.

2. Sentencia:

Un hombre que es padre natural pero no jurídico de un menor se beneficia del art. 6.2.1 de la Ley Fundamental en el sentido de proteger su interés en obtener el reconocimiento de su paternidad. A pesar de que no se da en todos los casos preeminencia sobre el padre legítimo en el ejercicio de su rol, el legislador debe darle la posibilidad de obtener el estatuto jurídico de padre cuando esto no perjudique la relación estrecha entre el menor y sus padres legítimos.

Por consiguiente, el art. 1600 del Código Civil debe ser declarado incompatible con el art. 6.2.1 de la Constitución, en tanto niega al padre biológico el derecho de impugnar la paternidad aun en los casos en los que los padres legítimos no conforman una familia social, protegida por la citada norma constitucional. En efecto, cuando el hombre que reconoció la paternidad no es el padre biológico del menor y no convive con la madre, no existe motivo suficiente para negarle al padre natural el derecho de obtener el *status* jurídico correspondiente y adquirir las responsabilidades inherentes a ese estado. Esto no es contrario a los intereses de la madre ni del menor. Cuando hubo reconocimiento de paternidad, es posible reducir el riesgo de que la madre y el menor queden implicados en un juicio de impugnación de la paternidad mediante medidas menos radicales que la exclusión total del derecho a impugnarla. De tal forma, se puede exigir al padre natural putativo probar previamente su paternidad y satisfacer otras exigencias precisas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 9-4-2003, BvR 1724/01, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2003, 3, p. 432.

FILIACIÓN. NOMBRE. ATRIBUCIONES EXCLUSIVAS. DERECHO A LA IGUALDAD (BÉLGICA).

1. Antecedentes del caso: un menor, hijo de una pareja de hecho, fue reconocido por su padre antes del nacimiento, tal como lo establece la ley belga. La madre presentó ante el Tribunal de Primera Instancia de Amberes un recurso de inconstitucionalidad del art. 335.1 del Código Civil, por cuanto establece que un menor debe llevar el apellido del padre cuando su filiación materna y paterna fue establecida al mismo tiempo. El tribunal solicitó el pronunciamiento de la Corte de Arbitraje sobre la compatibilidad del artículo con los principios de igualdad y no discriminación (arts. 10 y 11 de la Constitución). La pregunta formulada fue la de saber si no se desconocía el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres al establecer la primacía del apellido paterno sobre el materno cuando el menor nació dentro del matrimonio o fuera de él, pero con reconocimiento paterno.

2. Sentencia:

La atribución de un apellido es una cuestión de utilidad social. A diferencia del nombre, el apellido es asignado por ley. Este régimen procura, por un lado, que la asignación sea simple y uniforme y, por otro, que tenga una invariabilidad. Las reglas previstas por el citado art. 335 son conformes a esta voluntad.

Contrariamente al derecho de toda persona a llevar un nombre, el derecho de un individuo de dar su apellido a un hijo no puede ser considerado un derecho fundamental. En materia de reglamentación de la atribución de un nombre, el legislador tiene un amplio poder de apreciación.

Por todo ello, cuando la norma sigue un criterio objetivo y adecuado y los derechos de los interesados no son afectados de manera desproporcionada, no hay violación de la Constitución.

CORTE DE ARBITRAJE DE BÉLGICA, sentencia del 6-11-2002, 161/2002, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 3, p. 426.

FUNCIONARIOS. CESANTÍA POR CONDENA PENAL (POLONIA).

No violan el principio de igualdad entre los ciudadanos que gozan de todos sus derechos políticos y el de acceso al empleo en la función pública, garantizados por el art. 60 de la Constitución, las disposiciones de la ley electoral relativas a los consejos municipales que prevén que debe perder el cargo el consejero condenado por un delito intencional.

Todo motivo de separación de un puesto de la función pública y el procedimiento adecuado para tomar esta medida deben ser objeto de una reglamentación precisa y detallada, fijada por ley. Sólo de esta forma se impide que la decisión sea arbitraria. Estos requisitos son cumplidos por las disposiciones en cuestión, que establecen detalladamente las condiciones exigidas para tal situación. No introducen, por lo tanto, motivos que violen la exigencia constitucional de tratar de manera análoga a todos los titulares de un puesto en la función pública.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 8-4-2002, SK 18/01, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 3, p. 508.

FUNCIONARIOS. DERECHO A LA INTIMIDAD. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (ESTONIA).

Corresponde al legislador tomar todas las decisiones relativas a la limitación de los derechos fundamentales, pero no debe autorizar al Poder Ejecutivo a reglamentar estas cuestiones. Únicamente puede clarificar las limitaciones previstas por ley, sin que se impongan restricciones suplementarias.

El derecho de todo individuo a la inviolabilidad de su vida privada lo protege contra el hecho de que alguien busque, tenga y divulgue datos relativos a sus actividades comerciales o profesionales que permitan conocer su patrimonio y sus intereses económicos. Divulgar información sobre la remuneración de los miembros de órganos de control que representa intereses privados o de los integrantes de la dirección de una empresa en la que el Estado tiene participación afecta el derecho a la inviolabilidad de la vida privada, derecho contra el que también atenta obligar a estas personas a declarar sus ingresos de orden económico.

CORTE SUPREMA DE ESTONIA, sentencia del 24-12-2002, 3-4-1-10-02, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 3, p. 459.

FUNCIONARIOS. PROHIBICIÓN DE AFILIARSE A UN PARTIDO POLÍTICO. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN (POLONIA).

Considerando los objetivos y misiones de los partidos políticos, tal como está establecido en la Constitución, el derecho a adherirse no debe ser examinado bajo el ángulo de la libertad de asociación, sino bajo el de influenciar en la vida política nacional por vías democráticas.

La prohibición a los funcionarios públicos de estar afiliados a un partido político no es incompatible con el derecho a la libertad de asociación y el de influir en la vida política nacional. Si bien introduce una limitación a estos derechos, no contradice su esencia y, por ende, no es contraria a la legalidad constitucional.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 10-4-2002, K.26/00, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 3, p. 509.

HOMICIDIO CULPOSO. RESPONSABILIDAD MÉDICA. RIESGO DE SUICIDIO DEL PACIENTE (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: el tribunal de primera instancia de Como, en noviembre de 2000, declaró culpable al apelante (psiquiatra) del delito de homicidio culposo y lo condenó a la pena de un año de reclusión en suspenso. Éste fue acusado en su condición de director y médico tratante de una mujer afectada de síndrome depresivo-psicótico, formulándosele los siguientes cargos: a) haber consentido que su paciente fuese confiada a la custodia de una acompañante voluntaria sin especialización ni conocimiento médico ni de enfermería; b) haber omitido dar a la acompañante información sobre su estado mental y sobre sus progresivos intentos de suicidio en la modalidad de arrojarla por la ventana; y c) haber consentido que fuese conducida fuera de la clínica por la acompañante, poniéndola en situación de disminuir la custodia, aumentando el riesgo de suicidio. En febrero de 2002, la Corte de Apelaciones de Milán confirmó la sentencia y condenó al apelante a las ulteriores costas del juicio. Al admitir la responsabilidad penal, llamó la atención respecto de los contenidos motivacionales de la sentencia sobre la previsibilidad y evitabilidad del evento, así como también de la exigibilidad de una conducta apta para prevenirlo. En cuanto a la previsibilidad, señaló el tribunal que la paciente era sujeto de alto riesgo de suicidio, considerando la enfermedad diagnosticada y las tentativas llevadas a cabo en Toscana inmediatamente antes del suceso, y que tal peligro era concreto (no abstracto) y elevadísimo. Con relación a la evitabilidad y subsistencia del nexo causal entre la culpa y el suceso, los jueces subrayaron que la salida de la clínica de aquella habría determinado un aumento del riesgo específico de suicidio, atento a los antecedentes recientes que expresaba su anamnesis. Por último, sobre la exigibilidad de una conducta apta para prevenir el evento, el tribunal remarcó que la decisión del juez de primera instancia prescindía totalmente de la problemática de la ley n° 180 de 1978 (“ley Basaglia”), que no impide la salida de pacientes no sometidos a tratamientos obligatorios. El imputado interpuso entonces recurso de casación.

2. Sentencia: responde de homicidio culposo el médico tratante y director de clínica psiquiátrica que haya causado el suicidio de una paciente, internada voluntariamente en la estructura sanitaria por síndrome depresivo-psicótico, al consentir que saliera del nosocomio acompañada de una asistente voluntaria no calificada, omitiendo brindarle a la acompañante la información sobre sus tentativas progresivas de suicidio.

En términos generales, debe considerarse, justamente respecto al aparato argumental que sostiene la considerada imputación de culpa, que la sentencia de mérito aparece motivada congruentemente con relación a todos los aspectos de interés, con especial atención a la previsibilidad y evitabilidad del evento dañoso verificado (suicidio), así como también a la exigibilidad en concreto de parte del imputado de una conducta apta para prevenirlo.

Sobre el particular, se ha evidenciado concretamente que la paciente era sujeto de alto riesgo de suicidio, considerando el diagnóstico y las tentativas anteriores constitutivas de una circunstancia fáctica objetiva absolutamente inequívoca. Así, la salida de la clínica determinaba un aumento del riesgo mientras no estuviera acompañada de una asistencia más informada o más calificada.

Desde estas premisas, lógicamente sostenibles, surge el juicio consecuente de subsistencia del nexo causal en la base de la decisión de condena, habiendo el a quo suministrado una motivación inmune de censuras, basada en una consideración de los hechos incontrovertible: la autorización para la salida confiando en la voluntaria representó la premisa imprescindible para que se dieran las condiciones que hicieron posible el suicidio. La conducta culposa del psiquiatra se constituye por no haber tenido la cautela necesaria al adherir a un programa genérico (“salir a dar un paseo y tomar un helado”).

Los jueces de mérito, al fundar el juicio de responsabilidad del imputado, hicieron aplicación correcta del ordenamiento penal (art. 41), cuando refiere que el nexo causal puede excluirse sólo si se verifica una causa autónoma y sucesiva respecto a la cual la precedente pueda considerarse *tamquam non esset* y encuentre en esa conducta sólo la ocasión para desarrollarse, es decir, cuando el asunto se introduzca en el proceso causal en modo excepcional, atípico e imprevisible, mientras que no puede excluirse cuando la causa sucesiva sólo acelera la producción del evento, destinado, no obstante, a llevarse a cabo.

Tampoco puede exceptuarse la responsabilidad del imputado haciendo valer el “principio de la confianza”, según el cual todo integrante del equipo “tratante” puede confiar en que cada uno se comporte adoptando las reglas de precaución que conlleva la actividad en cuestión. Tal principio no es invocable porque la conducta imprudente de los otros se conecta con la inobservancia de una regla precautoria de parte de quien lo invoca; es decir, que tal conducta ajena tiene su causa justamente en el no respeto de las normas de prudencia, específicas o comunes de parte de quien querría que operase el principio. Esto es indudable en el caso en cuestión, dada la falta de advertencia a la voluntaria acerca de las condiciones de la paciente, de quien el imputado era garante.

Finalmente, corresponde destacar que se llega al juicio de responsabilidad sólo cuando -habiendo el razonamiento probatorio excluido la interferencia de otros factores alternativos- resulta justificada y procesalmente cierta la conclusión de que la conducta incriminada fue condición necesaria del evento lesivo con alto o elevado grado de credibilidad racional o probabilidad lógica.

De la motivación emerge un juicio afirmativo de responsabilidad en términos de certeza procesal que reconduce a la falta de advertencia sobre las condiciones de la paciente, imputable al psiquiatra.

Por todo ello, las deliberaciones de los jueces de mérito resultan exentas de censura de derecho y convenientemente motivadas, por lo que se impone el rechazo del recurso.

Nota de la Secretaría: sobre el presente fallo, ver comentario crítico de MARIO ZANCHETTI, en esta revista, sección *DOCTRINA*, p. ???

CORTE DE CASACIÓN PENAL DE ITALIA, sentencia del 4-3-2004, n° 1442, en *Cassazione Penale. Rivista mensile di giurisprudenza*, Milán, A. Giuffré, 2004, vol. XLIV, n° 9, p. 2854.

HOMOSEXUALES. DERECHO A LA IGUALDAD. MENORES. DIGNIDAD HUMANA (HUNGRÍA).

Una disposición dentro del derecho penal que establece distinciones entre los derechos no fundamentales no debe ser arbitraria ni atentar contra la dignidad inalienable del ser humano. La orientación heterosexual y homosexual forman parte, en igual modo, de la dignidad de la persona humana y, por ende, es necesario demostrar motivos excepcionales para distinguirlas y aplicar un régimen desigual a los individuos en cuestión.

La obligación del Estado de defender los intereses de los menores, establecida por el art. 67.1 de la Constitución, no es una justificación constitucional suficiente cuando, en virtud de las disposiciones del derecho penal que protegen el sano desarrollo sexual de aquéllos contra la influencia de los adultos, se establecen edades diferentes para la protección de la actividad sexual entre personas de igual sexo y aquéllas de sexo diferente.

CORTE CONSTITUCIONAL DE HUNGRÍA, sentencia del 4-9-2002, 37/2002, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 3, p. 471.

HOMOSEXUALES. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. DERECHO A LA IGUALDAD. MATRIMONIO. DEFINICIÓN. EXIGENCIA DE HETEROSEXUALIDAD DE LOS CONTRAYENTES. **LIBERTAD DE CULTO.** DERECHO DE LOS FUNCIONARIOS RELIGIOSOS A NO CELEBRAR MATRIMONIOS HOMOSEXUALES QUE CONTRADIGAN SUS CONVICCIONES. **FEDERALISMO. PODER LEGISLATIVO.** ATRIBUCIONES. **CORTES CONSTITUCIONALES Y SUPREMAS.** *REFERENCE JURISDICTION.* DISCRECIONALIDAD PARA NEGARSE A RESPONDER ALGUNAS DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS. CARTA CANADIENSE DE DERECHOS Y LIBERTADES, ARTS. 2 Y 15 (CANADÁ).

El *Governor in Council* sometió a la consideración de la Suprema Corte varias cuestiones en términos del art. 53 de la *Supreme Court Act*.

Cuestión 1: ¿La aprobación de la *Proposal for an Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes* se encuentra dentro del área de atribuciones exclusivas del Parlamento de Canadá? En caso negativo, ¿qué aspectos caen fuera de su competencia y con qué alcance?

Esta cuestión se responde afirmativamente con relación al art. 1 del proyecto legislativo sometido a consideración, referido a la capacidad jurídica para contraer matrimonio civil, materia ésta cuya regulación es atribuida al Parlamento (art. 91.26 de la *Constitution Act* de 1867). Esta última norma no consolida (*entrench*) la definición de “matrimonio” vigente en 1867 en el *common law*. La lógica de los “conceptos congelados” contradice uno de los principios más esenciales de interpretación constitucional canadienses, a saber, que la Constitución es una estructura viva que, por vía de una interpretación progresiva, da cabida y trata la realidad de la vida moderna. Interpretada en forma amplia, la palabra “matrimonio” que contiene la mencionada norma no excluye los matrimonios homosexuales.

El alcance que se acuerda a esta cláusula de la *Constitution Act* no invade la competencia provincial. Si bien el reconocimiento federal de los matrimonios homosexuales impactaría el ámbito provincial, lo cierto es que dicho efecto sería secundario y no se vincularía con la esencia del poder para reglamentar la “formalización del matrimonio” en términos del art. 92.12 de la *Constitution Act* y los “derechos patrimoniales y civiles” a que se refiere su art. 92.13.

Ahora bien, esta cuestión se responde negativamente con relación al art. 2 del proyecto legislativo sometido a consideración, en lo que se refiere a las personas que pueden (o deben) celebrar matrimonios, materia ésta que el citado art. 92.12 deja a la jurisdicción provincial y que, por ende, cae fuera del área de competencia del Parlamento.

Cuestión 2: Si la respuesta a la Cuestión 1 es afirmativa: ¿se compadece el art. 1 de la *Proposal*, que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo, con la Carta Canadiense de Derechos y Libertades? En caso negativo, ¿en qué aspecto o con qué alcance la contradice?

El art. 1 del proyecto legislativo sometido a consideración no violenta las disposiciones de la Carta, ya que está dirigido a conceder a las parejas homosexuales derecho a contraer matrimonio civil y, en esencia, plasma la posición política que el gobierno ha adoptado con relación al derecho a la igualdad (art. 15.1 de la Carta) de las parejas homosexuales. Esto, sumado a las circunstancias que generaron el proyecto legislativo aquí analizado y a su preámbulo, señala inequívocamente una intención que, lejos de violar el contenido de la Carta, deriva de ésta.

En cuanto al efecto que produciría el art. 1 del proyecto, es de destacar que el mero reconocimiento a un grupo de su derecho a la igualdad no puede, por sí mismo, violentar los

derechos que el mencionado art. 15.1 otorga a otro grupo. La promoción de los derechos y valores incluidos en la Carta enriquece nuestra sociedad como un todo y el respaldo a esos derechos no puede socavar precisamente los principios que la Carta está destinada a acoger. Si bien el derecho a contraer matrimonio, que este proyecto legislativo, en caso de ser aprobado, otorgaría a las parejas homosexuales, potencialmente puede contradecir el derecho a la libertad religiosa, los conflictos de derechos no entrañan dificultades con la Carta; antes bien, la resolución de los primeros generalmente ocurre dentro de su ámbito a través del balance y delimitación interna. No se ha demostrado aquí que vayan a surgir conflictos inadmisibles, esto es, insusceptibles de resolución en términos del art. 2(a).

Cuestión 3: ¿Pueden los funcionarios de los grupos religiosos ampararse en la libertad religiosa que les garantiza el art. 2(a) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades para negarse a celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo que violente sus creencias?

Dado que no existen circunstancias extraordinarias, respecto de las cuales la Corte no va a especular, la garantía de la libertad religiosa incluida en el art. 2(a) de la Carta resulta suficientemente amplia como para proteger a los funcionarios religiosos (*religious officials*) de la exigencia gubernamental de celebrar matrimonios homosexuales civiles o religiosos que contradigan sus convicciones.

Cuestión 4: ¿Se compadece la heterosexualidad de los contrayentes -que el *common law* y, en Québec, el art. 5 de la *Federal Law-Civil Harmonization Act*, N° 1, requieren para contraer matrimonio- con la Carta Canadiense de Derechos y Libertades? En caso negativo, ¿en qué aspecto o con qué alcance la contradice?

En las singulares circunstancias en que se realiza este análisis, la Corte debe ejercer su discrecionalidad para no responder a la Cuestión 4.

Primero, el gobierno federal ha afirmado su intención de tratar legislativamente el matrimonio entre homosexuales con independencia de la opinión que brinde esta Corte al respecto. A raíz de las decisiones adoptadas por los tribunales inferiores, la definición de matrimonio, en términos del *common law*, en cinco provincias y un territorio, ha dejado de incluir la exigencia de la heterosexualidad de los cónyuges. Lo mismo sucede con el art. 5 de la *Federal Law-Civil Law Harmonization Act*, N° 1. El Gobierno claramente ha aceptado estas decisiones y adoptó la posición como propia.

Segundo, las partes de procesos judiciales anteriores y otras parejas homosexuales han invocado el carácter definitivo de las sentencias recaídas en tales trámites y tienen derechos adquiridos que merecen protección.

Finalmente, una respuesta a la Cuestión 4 generaría el riesgo de contradecir el objetivo invocado por el gobierno de lograr la uniformidad de los matrimonios civiles en Canadá. Si bien la uniformidad se obtendría si la respuesta fuera negativa, lo cierto es que una afirmativa generaría desorientación con relación a esta ley. Las decisiones de los tribunales inferiores en el área que dio lugar a esta cuestión tienen efecto vinculante en las provincias en que se dictaron y serían puestas en duda por una opinión consultiva que expresara un criterio opuesto pero que no podría revocarlas.

Estas circunstancias, sopesadas con el hipotético beneficio que el Congreso podría obtener de una respuesta, llevan a no responder a la Cuestión 4.

Nota de la Secretaría: texto del mencionado art. 1 de la *Marriage*: “For civil purposes, is the lawful union of two persons to the exclusion of all others” [“A los fines civiles, el matrimonio es la unión lícita de dos personas que excluye a cualquier otra persona”]. Por su parte, el art. 2 dispone: “Nothing in this Act affects the freedom of officials of religious groups to refuse to perform marriages that are not in

accordance with their religious beliefs” [“Ninguna de las disposiciones de esta ley afecta la libertad de los funcionarios de los grupos religiosos para negarse a celebrar matrimonios que no se compadezcan con sus creencias religiosas”].

SUPREMA CORTE DE CANADÁ, *Reference Same-Sex Marriage*, adoptada el 9-12-2004, en <http://www.canlii.org/ca/cas/scc/2004/2004scc79.html>.

IMPUESTOS. IMPUESTO A LAS GANANCIAS. ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO. PRINCIPIO DE LEGALIDAD (POLONIA).

El legislador dispone de una relativa libertad para fijar los recursos y los gastos del Estado. Esta libertad está contrabalanceada por la obligación de conformarse a los aspectos procesales del Estado de Derecho, en particular, a la obligación de adoptar textos de ley correctos. Esta obligación proviene del principio de legalidad constitucional y está ligada funcionalmente al principio de seguridad jurídica, así como también al de confianza de los ciudadanos.

La ley sobre el impuesto a las ganancias de las personas físicas no prevé un modo de cálculo y de recaudación del impuesto sobre el plusvalor en el capital (*plus-values en capital*) en caso de transferencia al exterior. No define ni las obligaciones de los contribuyentes o del fisco, ni los plazos y los modos de cálculo, de forma que pueda ser considerada clara y precisa. La falta de estas disposiciones en la ley es una laguna importante; crea una amenaza y una incertidumbre en los contribuyentes en lo relativo a las consecuencias jurídicas de sus actos y, por ende, es contraria al Estado de Derecho garantizado por el art. 2 de la Constitución.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE POLONIA, sentencia del 22-5-2002, K 6/02, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 3, p. 512.

INMUNIDADES. PRESIDENTES Y EX JEFES DE ESTADO. INCAPACIDAD MENTAL DEL AFORADO. PROCESO PENAL. ALCANCES DE LA DETENCIÓN (CHILE).

1. Antecedentes del caso: en un expediente instruido por un ministro de fuero se investigaron, como episodio separado, los hechos vinculados a la denominada “Operación Cóndor”, y en él los querellantes solicitaron el desafuero como ex presidente de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte para proceder a su posterior procesamiento como autor de los delitos de secuestro calificado, asociación ilícita y torturas de las que fueron víctimas varias personas. A esos efectos, sostuvieron que en el expediente judicial constaban suficientes antecedentes para decretar la detención del querellado, de conformidad con lo que dispone el art. 612 del Código de Procedimiento Penal (CPP), puesto que en su contra existían más que “fundadas sospechas” de tener responsabilidad en un hecho que reviste características de delito. Asimismo, indicaron que había quedado demostrado que todas las víctimas de la llamada “Operación Cóndor” habían sido detenidas ilegalmente en el extranjero, secuestradas en el marco de una vasta operación de coordinación internacional de los servicios secretos de las dictaduras militares del Cono Sur prevaecientes a la época de los hechos, planificada sobre la base de acuerdos expresos y secretos adoptados por esos regímenes y a iniciativa de la dictadura encabezada por el querellado. Señalaron que la ejecutora de tales hechos fue la llamada Dirección de Inteligencia Nacional (D.I.N.A.). El ministro instructor dispuso elevar los antecedentes a la Cámara de Apelaciones a los efectos que se resuelva si se acoge o

rechaza la indicada petición, y ésta resolvió hacer lugar a la formación de causa. Pinochet interpuso entonces un recurso ante la Corte Suprema.

2. Sentencia: se confirma el desafuero decretado por la Cámara de Santiago.

El desafuero en este caso, a los fines solicitados, se hace necesario conforme al art. 30 de la Constitución, con la modificación introducida en la reforma de 1989, ya que el querellado goza del fuero establecido por el art. 58, incisos 2, 3 y 4 de la Ley Fundamental, en virtud de lo cual -y también de lo previsto en el CPP- corresponde al Pleno de la Corte emitir el respectivo pronunciamiento.

La decisión contó con el voto disidente de siete jueces, quienes sostuvieron que la ley fue muy cuidadosa en prevenir el encausamiento innecesario de un inculpado cuando haya antecedentes que indicaran que no podría existir una sentencia condenatoria, como se evidencia en los arts. 107, 279 y 406 del CPP; por lo que, con mayor razón, debía considerarse esa situación respecto de las personas a quienes la Constitución Política ha concedido una protección especial por tratarse de autoridades presentes o pasadas, para evitar que se dirijan en su contra procedimientos que, en definitiva, resultarían inútiles.

3. Parte pertinente de la sentencia de Cámara

3.1. El art. 612 del CPP señala: “Tan pronto como de los antecedentes del proceso o de la información rendida, a petición de parte, aparezcan contra una persona con el fuero del art. 58 de la Constitución datos que podrían bastar para decretar la detención de un inculpado, el juez de primera instancia elevará los autos al tribunal de alzada correspondiente, a fin de que si halla mérito, haga la declaración de que ha lugar a formación de causa. Si viendo el proceso por cualquier otro motivo, el tribunal de alzada halla mérito, hará igual declaración”. Por su parte, el art. 252 del mismo código expresa que la detención es la orden por la cual se priva de libertad a un individuo en contra de quien aparecen fundadas sospechas de ser responsable de un hecho que reviste caracteres de delito.

En definitiva, es la concurrencia de los requisitos de procedencia de esta medida cautelar personal la que determinará si debe hacerse o no lugar a la solicitud de desafuero. Los elementos de juicio que se proporcionen deberán ser bastantes para fundar el *fumus boni iuris* del requerimiento, que en este caso está constituido por “datos” necesarios para llegar al conocimiento de un hecho o para deducirlo por medio de un razonamiento lógico de los magistrados, nutrido en antecedentes de la causa, razonamiento que en la especie debe estar dirigido a estimar la probabilidad cierta de que una persona haya tomado parte en el ilícito de que se trata, ya sea en calidad de autor, cómplice o encubridor. Ha de existir pluralidad de tales elementos de juicio y de ellos desprenderse, objetivamente, información relevante sobre el comportamiento de una persona que permita sostener que ha tenido intervención en el desarrollo de la acción ilícita.

El carácter fundado de las sospechas proviene de la evaluación individual y comparativa de los elementos de juicio. Tal ponderación puede llegar a potenciar la pertinencia de investigar la conducta de un imputado en los hechos registrados, conminándolo a su comparecencia, desde luego para ser oído, y también para hacerse oír, afrontando las resoluciones que se adopten a su respecto.

Resulta adecuado precisar que las pruebas que justifican el razonamiento lógico de los jueces no corresponden a presunciones, como tampoco se requiere que constituyan prueba completa de participación en los términos del art. 488 del CPP, esto es, que sean graves, precisas, directas y concordantes, en términos tales que en el raciocinio o deducción que sustenten los magistrados se plasme su total y absoluta convicción de participación del imputado, que lleve de manera exacta e inequívoca a esa conclusión, existiendo entre todas ellas conexión sin contraposición alguna, puesto que tales presupuestos son exigidos

únicamente para sustentar una sentencia condenatoria y adquirir la convicción que señala el art. 456 bis del referido Código.

En la incidencia, se pretende abrir las puertas a la investigación de la conducta fundadamente sospechosa de una persona, según los querellantes, en los secuestros y posteriores desapariciones de varias personas.

3.2. Debido a que las organizaciones a las que se pretendía reprimir mantenían estrechos contactos con otras ubicadas fuera del país, es que se creó un organismo no institucional que unía a las policías secretas de Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia, Brasil, Ecuador y Perú, con la finalidad de identificar a todos aquellos sujetos considerados peligrosos. Es así como sus directores o delegados se reunieron en Santiago de Chile, entre el 25 de noviembre y el 1º de diciembre de 1975, y dieron inicio a lo que se denominó “Operación Cóndor”, que en su primera fase tuvo por objetivo el intercambio de información sobre organizaciones subversivas e identificación de extremistas y personas contrarias a los regímenes militares dentro y fuera de cada uno de los países, lo que fue designado como “almacén de datos”. En una segunda fase, se continuó con el seguimiento de los dirigentes, militantes o participantes que se habían refugiado en otros países. Finalmente, la tercera fase fue la de secuestrar y/o eliminar físicamente a las personas consideradas como enemigos, intercambiando detenidos y obteniendo información de ellos por medio de la tortura.

Esto lleva a inferir que es imposible, de acuerdo con una noción básica de soberanía nacional, que se haya efectuado una reunión con representantes de los organismos de seguridad de naciones latinoamericanas, en la que se adoptaron acuerdos de cooperación e intercambio de información, sin que quien en esos momentos comandara el Ejército y gobernara el país con el título de Presidente de la República se haya enterado ni dado su aprobación.

Por su parte, Manuel Contreras Sepúlveda manifestó que, en su calidad de Director Ejecutivo de la D.I.N.A., “sólo recibía órdenes que debía cumplir con la institución de parte del Presidente de la República”. Esto se explica porque, de acuerdo con su normativa legal, la D.I.N.A. dependía de la Junta de Gobierno; sin embargo, en los hechos, su director se relacionaba jerárquicamente sólo con el presidente de ella, Augusto Pinochet Ugarte, de quien era su delegado. Contreras indicó que la D.I.N.A., entre sus funciones, tuvo la misión de “extirpar y eliminar el extremismo marxista”, cumpliendo órdenes impartidas “directamente por el Presidente de la República, de quien dependía”, por lo que aquél conocía exactamente el actuar de la D.I.N.A., ya que, como director, no se manejaba solo y cualquier misión a cumplir venía, como siempre, del Presidente. Expresó, asimismo, que en forma diaria se reunía a primera hora con Pinochet, a quien informaba del acontecer nacional y de inteligencia. Conforme a lo informado por la Policía de Investigaciones, mediante documentación agregada, la estructura y dependencia de la D.I.N.A. coincide con lo expuesto.

3.3. Lo anterior se enmarca en una política sistemática que no es ajena a la creación de la D.I.N.A. En efecto, los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y el Director General de Carabineros, el 11 de septiembre de 1973, procedieron a “destituir al gobierno, asumiendo el Poder y el Mando Supremo de la Nación” -por las razones que consignaron en el Bando N° 5 y en el Decreto-Ley N° 1-, y constituyeron una Junta de Gobierno, clausuraron el Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional y otras instituciones, y asumieron los poderes constituyente, ejecutivo y legislativo, tomando el control interno del país, con monopolio del ejercicio del poder político.

Atendida la naturaleza del régimen, fueron creados diferentes organismos de inteligencia destinados a cubrir la “necesidad (de) que el Supremo Gobierno tenga la colaboración inmediata y permanente de un organismo especializado que le proporcione en forma sistemática y debidamente procesada la información que requiera para adecuar sus resoluciones en el campo de la Seguridad y Desarrollo Nacional”, como lo fue la D.I.N.A., definida como “organismo militar de carácter técnico profesional, dependiente directamente de

la Junta de Gobierno”, que tenía por objeto “reunir toda la información a nivel nacional, proveniente de los diferentes campos de acción, con el propósito de producir la inteligencia que se requiera para la formación de políticas, planificación y adopción de medidas que procuren el resguardo de la seguridad nacional y el desarrollo del país”, conforme a lo establecido en el art. 1 del Decreto-Ley N° 521.

La D.I.N.A. pretendía descubrir y poner en conocimiento de las autoridades correspondientes las actividades o acciones que pudieran afectar al gobierno de la época y los intereses que éste estimaba relevantes, con el objeto de adoptar las resoluciones que impidieran concretarlas, especialmente aquéllas que fueran evaluadas como posibles sucesos desestabilizadores. Aspiraba conocer y estar interiorizada con todo el quehacer nacional o internacional relacionado con Chile, en especial, de quienes tuvieran ideas contrarias a los intereses del gobierno, planificaran o desarrollaran acciones así calificadas.

De este modo, las labores de “inteligencia” resultaron consubstanciales al gobierno de la época y son consideradas tarea primaria del mando: consisten en el conocimiento útil referido a los diversos campos de acción interno, externo, económico, diplomático y bélico, con repercusiones en el desarrollo industrial y comercial, resultante de un procesamiento de toda la información reunida sobre un determinado objetivo, con apoyo no convencional, que permita al mando político y militar del país -reunido en una persona- adoptar las decisiones adecuadas y oportunas, en un ambiente de seguridad y confianza.

Asimismo, a fines del año 1973, ante la necesidad de neutralizar las acciones que en contra del gobierno recién instalado se llevaban a cabo desde el extranjero, se crea un departamento exterior en la mencionada organización, que depende de su Director Nacional. Para llevar a cabo sus acciones contaba con personal propio, principalmente proveniente de las filas del Ejército, y mantenía contacto con organizaciones o servicios de seguridad extranjeros. Sus principales funciones consistían en tareas de inteligencia y contrainteligencia estratégicas y un cierto control de la red exterior oficial: Ministerio de Relaciones Exteriores, representaciones diplomáticas, consulados y agregadurías militares. La D.I.N.A., con posterioridad, designó a personal suyo en reparticiones del servicio exterior para asegurarse un flujo de información directa y el control de la burocracia estatal, que estaba en gran parte integrada por personal civil.

Por otra parte, procuraba el intercambio de información con los otros servicios de inteligencia de países que se relacionaban con el Director Nacional, cuya red se coordinó e impulsó organizadamente a fines de 1975, una vez de finalizada la reunión de antecedentes relevantes dispuesta por éste. Es después de esa fecha que se produjo la mayor cantidad de operaciones en el extranjero, fundamentalmente en Argentina, que finalizó con la detención de opositores al régimen militar, algunos de ellos muertos o desaparecidos y otros trasladados a Chile a efectos de su permanencia en los centros de detención que mantenía la D.I.N.A. para hacerlos desaparecer posteriormente a través de los mecanismos instaurados por este organismo.

3.4. No debe olvidarse que el Ejército es una institución jerarquizada y la D.I.N.A. tenía una estructura militarizada y, por lo mismo, igualmente jerarquizada, en la que, por regla general, el jefe directo y los superiores ordenan y disponen lo que deben realizar sus subalternos, sin que sea posible que estos últimos desarrollen labores por iniciativa propia, de lo cual, además, deben rendir cuenta en tiempo predeterminado; a ello se agrega que por razones de seguridad del personal, institucional y nacional, todo jefe directo -y, por su intermedio, el superior- debe estar enterado de las labores de su personal. Todo funcionario del Ejército debe presentarse a su unidad diariamente, pues de lo contrario se pone en práctica un dispositivo de seguridad destinado a precisar su paradero, con mayor razón en un organismo de inteligencia como la D.I.N.A., que impedía que alguien desarrollara actividades sin conocimiento del mando o por iniciativa personal.

3.5. Tales elementos de juicio, que concuerdan con aquéllos que la doctrina califica de indicios, dan suficiente cuenta del conocimiento por parte de Augusto Pinochet Ugarte de hechos que como los reseñados estuvo en situación de impedir, atento a su investidura, lo que impele a la Corte a privarlo de su fuero para dar paso al procedimiento racional, en el que, en igualdad de partes, pueda defenderse ante quienes, al menos en principio, fundadamente, lo vienen imputando, sin que sea pertinente ocuparse en esta sede de lo relativo a la posible ineptitud mental del aforado, aspecto que debe ser ponderado y resuelto por el juez de la causa, contando con todos los elementos de juicio necesarios y posibilitando a las partes ejercer los derechos destinados a revisar las decisiones que en esa materia se adopten, y por ser éste un elemento ajeno o externo al trámite del desafuero.

Nota de la Secretaría: el desafuero en Cámara se decidió con las siguientes prevenciones: los jueces González, Araya y Silva concurren al fallo, teniendo además en consideración que lo decidido por la Corte Suprema en el expediente conocido como episodio “Caravana de la Muerte”, sobre la base de diferentes exámenes médicos practicados al aforado, cualquiera sea el efecto que se le asigne, lo fue dentro del procedimiento ordinario de esta causa y no como parte del antejuicio -cuyo desafuero confirmó-, razón ésta que no sólo refrenda el preciso objetivo de su regulación, sino que permite situar dicha decisión en su exacta fase judicial. El juez Solís, en su voto concurrente, hace lugar a la formación de causa respecto de Pinochet Ugarte teniendo especialmente en consideración la naturaleza de la incidencia de que se trata, esto es, “abrir las puertas a la investigación de la conducta fundadamente sospechosa del aforado” en los términos del art 612 del CPP, y no obstante que en los autos *Episodio Lisandro Sandoval*, por resolución del 17 de diciembre de 2003, una vez agotada la investigación, se dispuso el sobreseimiento parcial y definitivo del referido aforado, con base en los siguientes antecedentes: “... como es sabido, en el proceso N° 2.986-01 seguido contra Augusto Pinochet Ugarte, la Corte de Apelaciones de Santiago ... sobreseyó parcial y temporalmente la causa en relación al inculpado ... y que, recurrida de casación esa sentencia, la Excma. Corte Suprema, el 1° de julio del 2002, invalidó el fallo ... y ... dispuso el sobreseimiento definitivo del referido”. Este último tribunal dejó establecido que Pinochet padece “de una enajenación mental conocida como ‘demencia vascular’, dolencia que hace sufrir al paciente un ‘déficit cognoscitivo’ que se expresa en ‘la pérdida de la memoria’, la que le ha causado ‘un deterioro significativo’ en la manera de actuar, ‘no permitiéndole organizar las acciones relativamente complejas que se necesitan para llevar a cabo una tarea’ y que también le ha producido ‘una alteración de la capacidad de ejecución’, es decir, ‘de la planificación, organización, secuenciación y abstracción’ y que esta dolencia mental ‘puede llegar a descomponer la inteligencia entera progresivamente y a conducirla a la deterioración, haciéndola irreversible”. Luego, llegó a las siguientes conclusiones: “a) que la enfermedad mental sufrida por el inculpado es ‘incurable’; b) que los referidos problemas mentales ‘lo inhabilitan para que se substancie un proceso en su contra’ y c) que ‘no puede ser sujeto idóneo para sostener una relación penal’, pues se encuentra afectada ‘su capacidad procesal de ejercicio”. Por último, la Corte dijo que los efectos jurídicos de la sentencia “impiden que un fallo judicial posterior haga posible que se inicie un nuevo (procesamiento)...”. El juez Muñoz Gajardo, por su parte, para acoger la petición de desafuero, tuvo además presente los fundamentos expresados en su voto disidente del fallo del 7 de octubre de 2002 recaído en los autos rol 46.071-2002, sobre la muerte de Carlos Prats González y su cónyuge Sofía Cuthbert Chiarleoni, relativos al fuero constitucional, requisitos de procedencia del desafuero y alcances de la sentencia de la Corte Suprema.

CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia del 26-8-2004, Rol n° 2966-2004, en http://www.poderjudicial.cl/0.8/info_causas/esta402.php?rowdetalle=AAAHkyAAXAAAd5wABB&consulta=100&glosa=CORTE+SUPREMA&causa=2966/2004&numcua=15768&secre=UNICA.

INMUNIDAD PARLAMENTARIA. LEGISLADORES. EXPRESIONES DIFAMATORIAS VERTIDAS DENTRO DEL RECINTO Y RATIFICADAS FUERA DE ÉSTE (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: el 9 de diciembre de 1997, en el curso de un debate que tuvo lugar en el Parlamento de Nueva Zelanda, el legislador Jennings hizo observaciones difamatorias que aludían de un modo que permitía identificar -pero sin nombrarlo- al Sr. Buchanan, funcionario jerárquico del *New Zealand Wool Board*. Posteriormente, Jennings fue entrevistado a este respecto por un periodista, que publicó un informe que decía: “Jennings dijo que no se retractaba de su observación relativa a la relación del funcionario” (“*Mr Jennings said he did not resile from his claim about the official's relationship*”). Buchanan invocó las palabras usadas por Jennings en la sesión parlamentaria al promover una demanda tendiente a “establecer como hecho histórico” que el legislador las había pronunciado, y que había “adoptado, repetido y confirmado su veracidad” ante el periodista. Jennings intentó infructuosamente que la acción fuera desestimada con base en que el privilegio absoluto que amparaba las expresiones que vertiera en la cámara impedía que éstas pudieran brindar algún sustento al proceso iniciado en su contra. El juez de primera instancia neocelandés lo condenó a pagar daños y perjuicios, y la Cámara de Apelaciones confirmó esta decisión. Jennings interpuso entonces un recurso ante el *Privy Council* del Reino Unido.

2. Sentencia: Jennings tiene inmunidad absoluta por las expresiones vertidas en el recinto legislativo, pero no por las que formuló fuera del mismo, aun cuando simplemente constituyan una reiteración de las primeras. El legislador no repitió al periodista la declaración que había hecho, sino que la ratificó sólo por referencia. En consecuencia, Buchanan tuvo que fundar su pretensión en la pronunciada en la cámara.

En esta área no existe distinción entre el derecho neocelandés y el británico. El art. 9 del *Bill of Rights* dispone que la libertad de expresión y los debates o procedimientos que tienen lugar en el Parlamento no pueden dar lugar a acusación o cuestionamiento ante ningún tribunal o sitio fuera del Parlamento. El derecho de los miembros del Parlamento a hablar con franqueza en el recinto sin asumir ningún riesgo de responsabilidad es absoluto y debe ser plenamente respetado. También constituye un principio importante que la legislatura y los tribunales respeten las áreas reservadas a cada uno de ellos.

Pero cuando la referencia a actuaciones parlamentarias sólo tiene por objeto demostrar, como hecho histórico, la formulación de ciertas palabras para brindar sustento a una demanda fundada en una declaración posterior realizada fuera del recinto, no se está cuestionando el carácter adecuado del comportamiento oficial del legislador, ni el estado de ánimo, motivo o intención que tenía al hacer la declaración en la cámara; la demanda se funda en la reiteración hecha fuera del Parlamento, y las actas de las sesiones legislativas sólo brindan el texto de lo ratificado.

Por otra parte, actualmente no se exige autorización de la Cámara Legislativa correspondiente para poder invocar un trámite parlamentario en un proceso judicial. En consecuencia, ahora no puede decirse -como quizás pudo hacerse antes- que la mera referencia o presentación de un registro de lo que se dijo en el Parlamento resulte violatoria del mencionado art. 9 del *Bill of Rights*.

Nota de la Secretaría: ver, sobre el tema, BRADLEY, A. W., “Parliamentary Privilege and the Common Law of Corruption: *R v. Greenway and Others*”, en *Commonwealth Law Bulletin*, Londres, Commonwealth Secretariat, 1998, vol. 24, n° 3&4, pp. 1317/1324, y “Mr Al Fayed, Mr Hamilton and the law of parliamentary privilege”, en *Public Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2000, n° 4, pp. 556/559; MYSAK, MICHAEL D., “Houses of the Holy? Reconciling Parliamentary Privilege and Freedom of Religion”, en *National Journal of Constitutional Law / Revue nationale de droit constitutionnel*, Toronto, Carswell, 2000-2001, vol. 12., pp. 353/384; CAMPBELL, ENID y GROVES, MATTHEW, “Attacks on judges under parliamentary privilege: a sorry Australian episode”, en *Public Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 2002, n° 4, pp. 626/639; asimismo, ver RACIMO, FERNANDO MARTÍN, “La protección del discurso legislativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América”, en

Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional (Argentina), julio-diciembre 2004, n° 33/34, pp. 89/130.

PRIVY COUNCIL DEL REINO UNIDO (Comisión Judicial), sentencia del 14-7-2004, *Jennings v. Buchanan*, en <http://www.privacy-council.org.uk/files/other/jennings.jud.rtf>.

LIBERTAD DE CULTO. INJERENCIA ESTATAL. SEPARACIÓN DE ESTADO E IGLESIA (REPÚBLICA CHECA).

La República Checa se rige por el principio de Estado laico, que no puede ser ligado por una ideología exclusiva o una religión particular. El Estado debe aceptar el pluralismo religioso y debe estar separado de las confesiones religiosas, sean cuales fueren. Las iglesias y sus asociaciones administran sus asuntos sin referirse a los órganos del Estado.

Conforme al principio de la autonomía de las iglesias y asociaciones religiosas, el Estado no puede tener injerencia en sus asuntos internos y debe limitar su intervención a los casos en donde es necesaria y conforme al interés general. Por otra parte, hay que tener en cuenta que, por lo general, se trata de instituciones históricas que existieron bajo diversos tipos de gobiernos y regímenes políticos. Por ende, el Estado debe ser muy circunspecto en su relación con ellas.

El hecho de permitir que las iglesias y asociaciones religiosas únicamente puedan utilizar con libertad los ingresos que reciben en los temas de fe religiosa constituye, por parte del Estado, una violación que no está justificada por el interés general.

La libertad religiosa está garantizada por el derecho interno e internacional. En caso de duda, conviene garantizar su protección.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA CHECA, sentencia del 27-11-2002, PI. US 6/02, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 3, p. 532.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. CONTENIDO. DIMENSIÓN INDIVIDUAL Y SOCIAL. EXPRESIONES EN EL MARCO DE UNA CONTIENDA ELECTORAL. DEMOCRACIA. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN. RESTRICCIONES. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. DERECHO DE DEFENSA. GARANTÍAS JUDICIALES. PLAZO RAZONABLE. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-PARAGUAY).

1. Antecedentes del caso: el 12 de junio de 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) una demanda contra el Estado paraguayo a fin de que decida si éste violó los arts. 8 (garantías judiciales), 9 (principio de legalidad y de retroactividad), 13 (libertad de pensamiento y expresión) y 22 (derecho de circulación y de residencia) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención) en perjuicio de Ricardo Canese, debido a la condena y a las restricciones para salir del país impuestas como consecuencia de manifestaciones vertidas cuando era candidato presidencial. Según los hechos denunciados, en agosto de 1992, durante el debate de la contienda electoral, Canese cuestionó la idoneidad e integridad de Juan C. Wasmosy -también candidato a la primera magistratura- en declaraciones publicadas en varios periódicos paraguayos, al señalar que el nombrado fue prestanombre de la familia Stroessner en *CONEMPA* (Consorcio de Empresas Constructoras Paraguayas), empresa que participó en el complejo hidroeléctrico binacional de Itaipú. A raíz de ello, Canese fue querrellado por algunos socios de la referida empresa que no habían sido

nombrados en sus declaraciones; y el 22 de marzo de 1994, fue condenado en primera instancia por los delitos de injuria y difamación a una pena de dos meses de prisión y multa de dos millones novecientos mil guaraníes. La sentencia fue confirmada en segunda instancia el 4 de noviembre de 1997 -aunque sólo por la segunda figura penal-. Como consecuencia del proceso penal en su contra -que duró diez años-, el nombrado fue sometido a una restricción permanente para salir del país, que fue levantada sólo en circunstancias excepcionales y de manera inconsistente. La medida se mantuvo hasta que la Sala Penal de la Corte Suprema decidió, en agosto de 2002, la rectificación de circunstancias por hábeas corpus genérico, declarando que Canese no necesitaba volver a pedir autorización para salir del país, ya que la sentencia definitiva ejecutoriada no incluía ninguna prohibición en ese sentido, y que la restricción fue dictada como medida cautelar en el proceso y a esa fecha devenía insostenible.

2. Sentencia:

2.1. El derecho a la libertad de expresión: contenido

Quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social: requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

La primera dimensión de la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho de hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa, directamente y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

Con respecto a la segunda dimensión, esto es, la social, es necesario señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e información entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros. Para el ciudadano común, tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia. Ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea, para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el art. 13 de la Convención.

En el presente caso, las declaraciones por las que Canese fue querellado, efectuadas en el marco de una contienda electoral y publicadas en dos diarios paraguayos, permitían el ejercicio de la libertad de expresión en sus dos dimensiones: por un lado, permitían al nombrado difundir la información con que contaba respecto de uno de sus adversarios y, por otro, fomentaban el intercambio de información con los electores, brindándoles mayores elementos para la formación de su criterio y la toma de decisiones en relación con la elección del futuro presidente de la República.

La Corte, en su Opinión Consultiva OC-5/85, hizo referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión al establecer que la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. “Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente

informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está informada no es plenamente libre”.

En términos similares se han manifestado la Corte Europea de Derechos Humanos (*Schorschach and News Verlagsgesellschaft v. Austria*, n° 39394/98; *Perna v. Italia* [GC], n° 48898/98; *Dichand and others v. Austria*, n° 29271/95, entre muchos otros), el Comité de Derechos Humanos (*Aduayom y otros c. Togo*, dictamen del 12 de julio de 1996, Comunicaciones nros. 422/1990, 423/1990 y 424/1990, párr. 7.4) y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (*Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria*, decisión del 31 de octubre de 1998, Comunicaciones nros. 105/93, 128/94, 130/94 y 152/96, párr. 54). Los jefes de Estado y de Gobierno de las Américas aprobaron el 11 de septiembre de 2001 la Carta Democrática Interamericana, en la cual, *inter alia*, señalaron que “...son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”.

Existe entonces una coincidencia entre los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se tornan inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.

Corresponde observar que aquellas declaraciones se dieron en un contexto de transición a la democracia, ya que durante 35 años, hasta 1989, el país estuvo bajo una dictadura. Es decir, las elecciones presidenciales en las que participó Canese, en el marco de las cuales realizó sus manifestaciones, formaban parte de un importante proceso de democratización en el Paraguay. Es importante resaltar que dentro de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y expresión, en sus dos dimensiones, constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda pública entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se vuelve un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo que permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.

Es indispensable que se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a la elecciones de las autoridades que gobiernan un Estado. El debate democrático implica que se permita la libre circulación de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como también disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En ese sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados.

Por tal motivo, es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del art. 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público. Igual criterio debe aplicarse respecto de las opiniones o declaraciones de interés público que se viertan en relación con una persona que se postula como candidato a la presidencia de la República, que se somete voluntariamente al escrutinio público, así como respecto de asuntos de interés público en los cuales la sociedad tiene un

legítimo interés en mantenerse informada y en conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado.

Esto no significa que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que debe serlo acorde con los principios del pluralismo democrático. Tratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de naturaleza pública y de políticos, se debe aplicar un umbral diferente de protección, que no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan sus actividades o actuaciones.

En el caso en estudio, no queda duda de que las declaraciones que se hicieran en relación con la empresa *CONEMPA* atañen a asuntos de interés público, pues en el contexto de la época en que Canese las prestó, esa empresa se encargaba de la construcción de la central hidroeléctrica de Itaipú, una de las mayores represas del mundo y la principal obra pública del Paraguay. Al emitir las declaraciones por las que fue querellado y condenado, aquél estaba ejerciendo su derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el marco de una contienda electoral, en relación con una figura pública como es un candidato presidencial, sobre asuntos de interés público, al cuestionar la capacidad e idoneidad de un candidato para asumir la presidencia de la República. Estas circunstancias debieron ser tomadas en consideración por los órganos judiciales.

El proceso penal, la consecuente condena impuesta y la restricción para salir del país durante ocho años y cuatro meses constituyeron una sanción innecesaria y excesiva por las declaraciones emitidas; limitaron el debate abierto sobre temas de interés público y restringieron el ejercicio de la libertad de pensamiento y de expresión de la presunta víctima.

Por lo expuesto, la Corte considera que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrado en el art. 13 de la Convención en perjuicio de Canese.

2.2. Derecho de circulación y residencia

Protegido por el art. 22 de la Convención, contempla el derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive el propio. La Observación General N° 27 del Comité de Derechos Humanos [v. *investigaciones* 3 (2003), pp. 622/627] declara que el derecho de circulación constituye el derecho de toda persona a trasladarse libremente de un lugar a otro y a establecerse en el lugar de su elección. Su disfrute no debe depender de ningún objetivo o motivo en particular: se trata de una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona.

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 22.3 y 30 de la Convención, puede ser objeto de restricciones. Sin embargo, es necesario que tales restricciones se encuentren expresamente fijadas por la ley y que estén destinadas a prevenir infracciones penales o a proteger la seguridad nacional, el orden público, la moral o la salud públicas, o los derechos y libertades de los demás en la medida indispensable en una sociedad democrática.

En el caso en estudio, ha quedado demostrado que aproximadamente un mes después de la emisión de la sentencia de primera instancia, el Estado restringió por primera vez el derecho de circulación de la supuesta víctima al denegar la solicitud de autorización para salir del país interpuesta ante el juzgado de primera instancia con el propósito de asistir al “IX Encuentro Nacional do Partido dos Trabalhadores”. Canese ofreció caución personal y real, e indicó las razones por las cuales tenía arraigo en Paraguay. El juzgado consideró que las razones alegadas “no constituían motivo suficiente” y que, al estar pendiente el cumplimiento de la sentencia condenatoria, Canese debía estar sometido a la jurisdicción de la causa. Posteriormente, el nombrado presentó ante el juez solicitudes de autorización para salir del país cada vez que necesitaba viajar al exterior, así como también recursos de hábeas corpus ante la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, solicitudes que en algunas ocasiones fueron concedidas y, en otras, denegadas. Esta situación, tal como se mencionara en los antecedentes

del caso, se mantuvo hasta la decisión del 22 de agosto de 2002 de la Sala Penal de la Corte Suprema.

Dadas las referidas circunstancias, la Corte estima necesario analizar si al establecer restricciones al derecho a salir del país, el Estado incumplió con los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad de las restricciones en la medida indispensable en una sociedad democrática, requisitos que se infieren del art. 22 de la Convención.

2.2.1. Requisito de legalidad

En relación con el requisito de legalidad de las restricciones a los derechos de circulación, de residencia y de salir del país, el Comité de Derechos Humanos señaló que las condiciones en que pueden limitarse esos derechos deben estar determinadas por ley, por lo que aquéllas no previstas en la norma o que no se ajusten a los requisitos establecidos en el art. 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos serían violatorias de los referidos derechos. Asimismo, el Comité indicó que al aprobar leyes que prevean las restricciones permitidas, los Estados deben guiarse siempre por el principio de que éstas no deben comprometer la esencia del derecho, así como también utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación.

La vigencia del principio de legalidad en el establecimiento de una restricción al derecho de salir del país en una sociedad democrática es de gran importancia, dada la alta incidencia que tal restricción tiene en el ejercicio de la libertad personal. Por ello, es necesario que el Estado defina de manera precisa y clara mediante una ley los supuestos excepcionales en los que puede proceder una medida restrictiva de tal naturaleza. La falta de regulación legal impide la aplicación, puesto que no se encontrará definido su propósito ni los supuestos específicos en los cuales se hace indispensable aplicar la restricción para cumplir con alguno de los fines indicados en el art. 22.3 de la Convención, además de impedir al procesado presentar los alegatos que estime pertinentes sobre la imposición de tal medida. No obstante, cuando la restricción sí se encuentre contemplada por ley, su regulación debe carecer de ambigüedad de forma tal que no genere dudas en los encargados de aplicarla, lo que permitiría que actúen de manera arbitraria y discrecional al realizar interpretaciones extensivas de la restricción, todo esto, particularmente indeseable cuando se trata de medidas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad.

Con respecto a la restricción impuesta a Canese, la Corte ha constatado que en ninguno de los artículos del Código Procesal Penal se estipula la prohibición para salir del país sin autorización como medida cautelar, por lo que debe concluirse que, al encontrarse regulada mediante una ley, incumplió con el requisito de legalidad necesario para que la restricción fuera compatible con el art. 22.3 de la Convención.

2.2.2. Requisito de necesidad

Las medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. La jurisprudencia internacional y la normativa penal comparada coinciden en que para aplicar tales medidas cautelares en el proceso penal, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado y presentarse alguna de las siguientes circunstancias con relación a este último: peligro de fuga, de que obstaculice la investigación y de que cometa un delito, siendo esta última cuestionada en la actualidad. Asimismo, esas medidas cautelares no pueden constituirse en un sustituto de la pena privativa de libertad ni satisfacer sus fines, lo cual puede suceder si se continúa aplicando cuando ha dejado de cumplir con las funciones arriba mencionadas. De lo contrario, la aplicación de una medida cautelar que afecte la libertad personal y el derecho de circulación del procesado sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos.

En el presente caso, la primera decisión judicial en que no se autorizó a Canese a salir del país fue emitida el 29 de abril de 1994, aproximadamente un mes después de dictada la sentencia de primera instancia. Al respecto, el Estado señaló que la restricción al derecho de circulación impuesta al nombrado buscaba “asegurar la sujeción del infractor al proceso”, lo cual pareciera indicar que la medida establecida durante ocho años y casi cuatro meses se debió a que las autoridades judiciales estimaban que existía un peligro de fuga. Por tanto, es preciso analizar si fue necesaria para asegurar que aquél no evadiera el proceso y su eventual responsabilidad penal.

En relación con los elementos que podrían haber incidido en la posibilidad de que Canese se diera a la fuga, la Corte observa que: a) en lo que respecta a la gravedad del delito y la severidad de la pena, aquél fue condenado en segunda instancia por el delito de difamación a una pena de dos meses de prisión y a una multa de dos millones novecientos mil guaraníes; b) se encuentra probado que la presunta víctima ofreció caución personal y real y demostró su arraigo en el Paraguay; y c) tanto el Presidente como el Secretario General de la Comisión Bicameral de Investigación de Ilícitos del Congreso Nacional remitieron una comunicación al juez de la causa solicitándole que, al resolver uno de los pedidos de autorización de salir del país, tuviera en cuenta que esa comisión bicameral consideraba conveniente que Canese acompañara a la delegación que viajaría al Brasil en junio de 1994 e indicó que éste regresaría al Paraguay, “debiendo descartarse cualquier hipótesis de que el mismo desee ausentarse definitivamente del país con el fin de eludir el juicio al cual está siendo sometido”; sin embargo, dicho permiso no fue concedido por el juez de la causa. Por otra parte, durante el período de más de ocho años en que fue aplicada, en reiteradas ocasiones, a partir de mayo de 1997, le fueron otorgados permisos de salir del país, y Canese siempre regresó al Paraguay e incluso presentó escritos a las autoridades judiciales comunicándoles de su regreso, lo cual denota que éste no eludiría su responsabilidad penal en caso de ejecutarse la condena.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte concluye que la restricción impuesta a la presunta víctima durante ocho años y casi cuatro meses no cumplió con el requisito de necesidad en una sociedad democrática, en contravención con lo dispuesto en el art. 22.3 de la Convención.

2.2.3. Requisito de proporcionalidad

En cuanto al requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática, el Comité de Derechos Humanos manifestó en la referida Observación General No. 27 que: “Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse ... El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que las apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas” [v. *investigaciones* 3 (2003), p. 625, párrafos 14 y 15].

La restricción al derecho a salir del país que se imponga en un proceso penal mediante una medida cautelar debe guardar proporcionalidad con el fin legítimo perseguido, de manera que sólo se aplique si no existe otro medio menos restrictivo y durante el tiempo estrictamente necesario para cumplir con su función, en este caso, la de evitar la fuga de Canese.

Según ha quedado demostrado y como se señaló al analizar el requisito de necesidad, a la víctima se le restringió el derecho a salir libremente del Paraguay durante un período de ocho años y casi cuatro meses. De acuerdo con el Código Penal, la pena máxima que podía imponérsele a Canese sería de 22 meses de prisión y multa hasta de dos mil pesos. Si se hubiera ejecutado la condena, lo cual no sucedió pues éste presentó varios recursos de revisión y fue absuelto el 11 de diciembre de 2002, la pena privativa de libertad que habría tenido que

cumplir hubiese sido de dos meses de prisión. En cuanto a la pena de pago de una multa, el nombrado ofreció caución personal y real y comprobó su arraigo en el Paraguay.

En virtud de lo manifestado, el Tribunal encuentra que la restricción al derecho a salir del país impuesta a Canese y el tiempo durante el cual le fue aplicada fueron desproporcionados con el fin que se perseguía, ya que existían otros medios menos gravosos que podían garantizar el cumplimiento de las penas.

2.2.4. Por todas las razones anteriormente expuestas, la Corte concluye que el Estado aplicó tal restricción sin observar los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad, necesarios en una sociedad democrática, por lo cual violó el art. 22.2 y 3 de la Convención.

2.3. Garantías Judiciales

2.3.1. Plazo razonable

Del análisis del expediente del proceso penal, cuya copia fue aportada por el Estado, surge que la querrela contra Canese fue interpuesta el 23 de octubre de 1992; la sentencia de primera instancia, emitida el 22 de marzo de 1994, y la sentencia de segunda instancia, dictada el 4 de noviembre de 1997. Contra esta última, tanto el abogado de la parte querellante como el del imputado presentaron recursos de apelación el 7 y 12 de noviembre de 1997, respectivamente. El 26 de febrero de 1998, el tribunal de apelaciones en lo criminal resolvió no hacer lugar al recurso interpuesto por Canese. Con respecto a la apelación interpuesta por la querrela, el 19 de noviembre de 1997 se concedió el recurso y se ordenó remitir los autos a la Corte Suprema de Justicia paraguaya, cuya Sala Penal resolvió recién el 2 de mayo de 2001, es decir, aproximadamente tres años y cinco meses después.

Para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso en los términos previstos por el art. 8.1 de la Convención, es preciso tomar en cuenta tres elementos: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales.

El ingeniero Canese fue procesado y juzgado por los delitos de difamación e injuria; los principales elementos probatorios los constituyeron los dos artículos periodísticos en los que se publicaron las declaraciones querreladas, ya que no se recibió ninguna declaración testimonial ni peritaje. Asimismo, en su indagatoria, el imputado admitió haber realizado tales declaraciones, por lo que en materia probatoria el proceso penal no revistió gran complejidad. Con respecto a la actividad procesal de las partes, Canese interpuso diversos recursos en ejercicio de los derechos que le otorgaba el ordenamiento interno, y consta en el expediente que, en reiteradas ocasiones, tanto el nombrado como el abogado de la parte querellante presentaron escritos solicitando a los tribunales internos que resolvieran los recursos planteados.

En relación con la conducta de la autoridades judiciales, la Corte advierte que no actuaron con la debida diligencia y celeridad, lo cual se ve reflejado, por ejemplo, en que: a) el proceso tuvo una duración de ocho años y seis meses hasta que quedó firme la sentencia de segunda instancia; b) el período transcurrido entre la interposición de la apelación contra la sentencia de primera instancia y la emisión de la de segunda instancia fue de tres años y siete meses; y c) el período transcurrido entre la interposición del recurso de apelación contra el fallo de segunda instancia por el abogado de la parte querellante y su resolución final fue de aproximadamente tres años y cinco meses.

Cabe agregar que la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema del 11 de diciembre de 2002, que absolvió a Canese, indicó que se debía proteger al imputado de modo efectivo resolviendo en esta instancia en definitiva, puesto que esta causa penal llevó casi diez años de trámite ante todas las instancias judiciales, y conforme al art. 8 de la Convención, toda “persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, del estudio global del proceso penal seguido contra la supuesta víctima, el Tribunal concluye que el Estado violó el derecho

de Canese a ser juzgado en un plazo razonable, en contravención con lo estipulado en el art. 8.1 de la Convención.

2.3.2. Respeto al derecho a la presunción de inocencia

El art. 8.2 de la Convención exige que una persona no puede ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. En este sentido, la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al sostener la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. Este principio constituye un elemento esencial para la realización efectiva del derecho de defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme, a la vez que implica que éste no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa.

En el caso en estudio, el 22 de marzo de 1994, el juez de primera instancia declaró que Canese había cometido los delitos de injuria y difamación y, en segunda instancia, el 4 de noviembre de 1997, se revocó la sanción por el delito de injuria y se lo condenó por difamación. Posteriormente, el 11 de diciembre de 2002, la Sala Penal de la Corte Suprema lo absolvió.

Según lo dispuesto en el art. 370 del Código Penal de 1914, comete el delito de difamación “el que ante varias personas reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, o en documento público o por medio de impresos, caricaturas o dibujos de cualquier género, divulgados o expuestos al público, atribuye a una persona delitos de acción pública sin precisarlos, o de acción privada aunque fuesen concretos, o hechos que podrían exponerla a un procedimiento disciplinario, o al desprecio o al odio público, o vicio o falta de moralidad que pudieran perjudicar considerablemente la fama, el crédito o los intereses del agraviado”. Por su parte, el art. 372 del referido Código establece que incurre en injuria “...todo aquél que, fuera de los casos expresados, insulta, desacredita, deshonra o menosprecia a otro con palabras, escritos o acciones...”.

Las citadas normas, reguladoras de los delitos de difamación e injuria aplicadas a Canese, no contemplaban la verdad o notoriedad de la afirmación o declaración como elemento del tipo penal, por lo que su análisis se centraba, por un lado, en que existiera una afirmación o declaración que atribuyera a una persona la comisión de un delito, que la pudiera exponer a un procedimiento disciplinario o que pudiera “perjudicar considerablemente la fama, el crédito o los intereses del agraviado”, y, por el otro, en la determinación del dolo del autor de tales conductas.

La Corte ha notado que tanto el juzgado de primera instancia como el tribunal de apelación presumieron el dolo del imputado en el hecho de que éste no se retractó de las declaraciones que había realizado sino que las ratificó, en su grado de preparación intelectual y en su conocimiento sobre la obra pública de Itaipú, que, a criterio del juzgador, implicaban que “sabía perfectamente a quiénes iban dirigidas sus declaraciones, el alcance que tenían sus expresiones y el daño que podría causar a éstos”. A partir de estas consideraciones, los juzgadores asumen que Canese tenía intención de agraviar o menoscabar la imagen, fama, crédito o intereses de los integrantes del directorio de *CONEMPA*. La Corte estima pertinente destacar, como ilustrativo del razonamiento de tales tribunales, lo indicado en la sentencia de primera instancia cuando el juez afirmó que: “...cabe acotar aquí que el acusado concurrió a este Juzgado en varias oportunidades acompañado de varios operadores y líderes políticos, lo que lleva también al juzgado a concluir que lo manifestado en esas oportunidades fue evidentemente intencional. ...es el momento de determinar claramente el resultado de este sumario abierto para la investigación de delitos querrelados y el Juzgado sin lugar a dudas arriba a la conclusión de que el acusado no ha logrado desvirtuar la acusación de haber

cometido intencionalmente los delitos tipificados en los artículos 370 y 372 del Código Penal...”.

Por las razones expuestas, el Tribunal encuentra claro que tanto el juzgado de primera instancia en lo criminal del primer turno como el tribunal de apelación en lo criminal presumieron el dolo de Canese y, a partir de ello, le exigieron que desvirtuara la existencia de su intención dolosa. De esta manera, tales tribunales no presumieron la inocencia del imputado, por lo que la Corte concluye que el Estado violó, en perjuicio de éste, el art. 8.2 de la Convención.

Por otra parte, en cuanto a la restricción para salir del país, la Corte ha indicado que puede constituirse en un sustituto de la pena privativa de libertad si se la continúa aplicando cuando deja de cumplir con su función de aseguramiento procesal. En el presente caso, quedó establecido, de conformidad con los parámetros anteriormente expuestos, que la restricción al derecho de circulación aplicada a la presunta víctima durante ocho años y casi cuatro meses devino innecesaria y desproporcionada para asegurar que aquél no eludiera su responsabilidad penal en caso de ejecutarse la condena. Esto significó, en la práctica, una anticipación de la pena que le había sido impuesta y que nunca fue ejecutada, lo cual constituye, también, una violación al derecho de presunción de inocencia, contemplado en el art. 8.2.

2.3.3. El respeto al derecho de defensa

En lo pertinente, el art. 8 de la Convención establece que: “... 2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... f) derecho de la defensa de ... obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos...”.

Se encuentra demostrado que en el proceso penal seguido contra la presunta víctima no se le permitió obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que pudieran “arrojar luz sobre los hechos”. En cuanto a la primera instancia, el juez de la causa, después de haber emitido una resolución citando a audiencias a los testigos propuestos por Canese, revocó tal decisión y ordenó el cierre del período probatorio, por lo cual no se rindió ninguna prueba testimonial, coartando así, por una negligencia judicial, la posibilidad de presentarla. Tampoco se produjo prueba testimonial alguna ante el tribunal de apelación en lo criminal. La defensa del nombrado consistió en repetir ante los tribunales que sus declaraciones no iban dirigidas a los querellantes, sino que se referían a Wasmosy, en el marco de la campaña electoral. Los tribunales consideraron que la ratificación de sus declaraciones en la indagatoria y en la conciliación constituía una “‘confesión simple’ del delito”.

Con base en lo señalado, la Corte considera que el Estado violó, en perjuicio de Canese, el art. 8.2.f) de la Convención.

2.4. Principio de legalidad y retroactividad de la ley más benigna

2.4.1. El art. 9 de la Convención establece que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la prevista en el momento de la comisión del delito.

La Corte ha señalado que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.

De conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado se encuentra impedido de ejercer su poder punitivo en el sentido de aplicar de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o

creen figuras agravadas de delito. Asimismo, tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible. Por otra parte, este Tribunal ha interpretado que los principios de legalidad y de irretroactividad de la norma desfavorable son aplicables no sólo al ámbito penal, sino que, además, su alcance se extiende a la materia sancionatoria administrativa. En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo.

El citado art. 9 *in fine* contempla el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable al indicar que si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el condenado se beneficiará de ello. Esta norma debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como también mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

En este sentido, deben interpretarse como ley penal más favorable tanto aquélla que establece una pena menor respecto de los delitos como las que desincriminan una conducta anteriormente considerada como delito o crean una nueva causa de justificación, de inculpabilidad y de impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras. Esta enumeración de los casos que merecen la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable no es taxativa. Cabe destacar que el principio de retroactividad se aplica respecto de las leyes que se hubieran sancionado antes de la emisión de la sentencia, así como también durante la ejecución de la misma, ya que la Convención no establece un límite en este sentido.

De conformidad con el art. 29.b) de la Convención, si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual sea parte ese Estado otorga una mayor protección o regula con más amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, éste deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos.

Es preciso recordar que la Corte en diversas ocasiones ha aplicado el principio de la norma más favorable para interpretar la Convención, de manera que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por ese tratado. Según lo ha establecido este Tribunal, si a una situación son aplicables dos normas distintas, “debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”.

2.4.2. Una vez analizados los principios de legalidad, de irretroactividad de la norma desfavorable y de retroactividad de la norma penal más favorable, corresponde al Tribunal determinar si en el presente caso el Paraguay violó este último principio. Como ha quedado probado, Canese fue procesado y condenado de acuerdo con el Código Penal de 1914. Sin embargo, después de la emisión de la sentencia condenatoria de segunda instancia del 4 de noviembre de 1997, por la cual se lo declaró responsable del delito de difamación, entró en vigencia un nuevo Código Penal, el 26 de noviembre de 1998. El art. 370 del texto de 1914, establecía que el culpable de difamación sería castigado con prisión de dos a veintidós meses y multa hasta de dos mil pesos, de manera que esta última no podía ser impuesta como pena única, sino que debía acompañar a la privativa de libertad. Con base en esa norma, el 4 de noviembre de 1997 el tribunal de apelación en lo criminal, al resolver los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el imputado y por la parte querellante contra la sentencia de primera instancia, lo condenó por el delito de difamación a la pena principal de dos meses de prisión con la accesoria de pago de multa de dos millones novecientos mil guaraníes. Un año después de ese fallo, entró en vigencia un nuevo Código, el cual, *inter alia*, modificó las penas que el juez podría imponer por ese delito disminuyendo las penas mínimas y máximas - que fijó en pena privativa de libertad de hasta un año- y estableció la multa como sanción

alternativa a la pena de prisión. Este cambio demuestra la voluntad del legislador de disminuir la penalidad para la difamación.

La Corte reconoce la importancia de la decisión emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia paraguaya el 11 de diciembre de 2002, mediante la cual hizo lugar al recurso de revisión interpuesto el 12 de agosto de 2002 por Canese y sus abogados, anuló las sentencias condenatorias, y absolvió de culpa y pena al nombrado. Sin embargo, para la consideración de la alegada violación al principio de retroactividad, es preciso analizar el período comprendido entre el 26 de noviembre de 1998 y el 11 de diciembre de 2002, en el que la presunta víctima y sus abogados presentaron varios recursos de revisión mediante los cuales solicitaron, entre otras cosas, la nulidad de las sentencias condenatorias y la revisión de la sanción, fundando tales peticiones en que en 1998 había entrado en vigencia un nuevo Código Penal. En ese período, la Sala Penal declaró sin lugar tales recursos de revisión, uno de ellos con base en que no se ofrecían elementos de prueba ni se indicaban nuevos hechos que ameritaran aplicar una norma más favorable para el condenado.

Como ha quedado probado, durante un período de aproximadamente cuatro años, en el cual estuvo en vigor un nuevo texto del Código Penal que contenía normas más favorables que las aplicadas en las sentencias condenatorias, esa normativa más favorable no fue tomada en cuenta por la Sala Penal, a pesar de los recursos, como tampoco fue considerada de oficio por el juez competente. La Corte considera que, de conformidad con el principio de retroactividad de la norma penal más favorable, los tribunales debían comparar los aspectos más favorables de la misma aplicables al caso concreto y determinar si correspondía reducir las penas impuestas a Canese o aplicar solamente la de multa, ya que esta última había dejado de ser accesoria a la pena de privación de libertad para el delito de difamación y se había convertido en alternativa autónoma.

Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado no aplicó en su debida oportunidad el principio de retroactividad de la norma penal más favorable en el caso durante un período de aproximadamente cuatro años, con lo cual violó, en su perjuicio, el art. 9 de la Convención, en relación con su art. 1.1.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 31-8-2004, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, en <http://www.corteidh.or.cr>.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DERECHO A LA INFORMACIÓN. CALUMNIAS E INJURIAS (ESPAÑA).

1. Si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria, calumnia y falta de respeto a las instituciones y autoridades, el Tribunal ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de tales libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi*, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos.

Ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que el juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del art. 20.1 a) y d) de la Constitución (derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos, y a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión), como cuestión previa a la aplicación del pertinente tipo penal a los hechos declarados probados, si éstos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de ese alegado ejercicio

de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto. De llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar, puesto que esas libertades operarían como causas excluyentes de la antijuricidad de la conducta. Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito, de manera que la ausencia de ese examen previo al que está obligado el juez penal, o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, no es constitucionalmente admisible.

En ese obligado análisis previo a la aplicación del tipo penal debe valorarse, desde luego, si en la conducta enjuiciada concurren aquellos elementos que la Constitución exige en su art. 20.1 a) y d) para tenerla por un ejercicio de las libertades de expresión e información, lo que impone comprobar, si de opiniones se trata, la ausencia de expresiones manifiestamente injuriosas e innecesarias para lo que se desea manifestar, y, de tratarse de información, que ésta sea veraz. Pues si la opinión no es formalmente injuriosa e innecesaria o la información es veraz, no cabe la sanción, ya que la jurisdicción penal, que debe administrar el *ius puniendi* del Estado, debe hacerlo teniendo en cuenta que la aplicación del tipo penal no debe resultar ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información ni desproporcionada, ya que así lo impone la interpretación constitucionalmente conforme de los tipos penales, rigurosamente motivada y ceñida al campo que la propia Ley Fundamental ha dejado fuera del ámbito protegido por el art. 20.1.

Cuando el juez penal incumple con esta obligación y elude ese examen preliminar para comprobar si la pretendida antijuricidad de la conducta ha de quedar excluida, al poder ampararse el comportamiento enjuiciado en lo dispuesto por el citado precepto constitucional, no sólo está desconociendo las libertades de expresión e información del acusado al aplicar el *ius puniendi* del Estado, sino que las está, simplemente, vulnerando.

En consecuencia, y como en más de una ocasión se ha dicho, la falta de examen preliminar de la eventual concurrencia de la circunstancia de que los hechos a considerar sean sino manifestaciones concretas del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables o la carencia manifiesta de fundamento de dicho examen han de ser consideradas de por sí lesivas y dan lugar a la estimación del recurso de amparo y a la anulación de la resoluciones judiciales impugnadas a través de él.

2. En el caso, los órganos judiciales condenaron a la demandante sin efectuar ese insoslayable examen previo de la posible concurrencia del ejercicio de las libertades de expresión e información, que no obstante la demandante de amparo alegó en todo momento en el transcurso del proceso penal, invocando los derechos fundamentales del art. 20.1 a) y d). De hecho, la sentencia de instancia se limita a afirmar que las manifestaciones de aquélla no se encuentran amparadas por la libertad de expresión, por cuanto “invaden la esfera personal del querellante interfiriendo en ciertos ámbitos de su vida privada, que suponen un descrédito para su fama”, cuando lo cierto es que no afectan la vida privada del pretendidamente injuriado, sino el desempeño de su profesión como médico. Por su parte, la Audiencia Provincial ni siquiera menciona en su sentencia la posible concurrencia de los derechos fundamentales protegidos en el art. 20.1, limitándose, por un lado, a afirmar que “la primacía que es otorgable al honor respecto a la libertad de expresión convierte en perseguible penalmente cualquier injuria”, y, por otro, a constatar la indudable existencia de ánimo de injuriar en la conducta de la demandante si bien, dado el contexto de controversia política en que se realizaron sus expresiones, declara que no obró “con la plena voluntad de mancillar el honor del médico”.

Por consiguiente, los referidos órganos judiciales no sólo desconocieron la evidente concurrencia en el supuesto del eventual ejercicio de las libertades de expresión e información y no realizaron la exigida ponderación de los mismos, lo que, en efecto, es ya de suyo lesivo del art. 20.1 a) y d), sino que, además, condenaron fundándose en la apreciación de la falsedad

de los hechos imputados al ofendido y en la existencia de un ánimo difamatorio (si bien mitigado por las circunstancias concurrentes), de modo frontalmente contrario a la Constitución. Se preocuparon únicamente por examinar en qué términos las opiniones e informaciones divulgadas por la recurrente eran o no lesivas del derecho al honor del denunciante. Y para ello sostuvieron que los hechos imputados eran objetivamente falsos y que el ánimo de la acusada era el de difamar con su divulgación al denunciante (si bien la Audiencia Provincial afirmó que este ánimo de injuriar “ha de contemplarse muy relativamente en la persona de la querellada, quien siempre obró en la convicción de que hacía lo que debía y nunca con la consciente y plena voluntad de mancillar el honor del médico criticado”).

Es evidente que, al adoptar tal línea de enjuiciamiento, obviaron la reiterada doctrina del Tribunal según la cual la veracidad de una información en modo alguno debe identificarse con su “realidad incontrovertible”, puesto que ello retraería el cauce comunicativo únicamente al acogimiento de los hechos que hayan sido plena y exactamente demostrados, mientras que la Constitución extiende su garantía también a las informaciones que puedan resultar erróneas o sencillamente no probadas en juicio, sin que la falta de interposición o invocación de la *exceptio veritatis* determine o prejuzgue la veracidad de una información. Lo que la Constitución exige es que el informador transmita como “hechos” lo que ha sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privando de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado al no desplegar la diligencia exigible en su comprobación, o comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas; pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud resulte controvertible.

Así, puesto que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado frontalmente el art. 20.1 a) y d), se otorga el amparo solicitado, acordando la anulación de las sentencias recurridas por contrarias al ejercicio de aquellas libertades.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Sala Primera), sentencia del 12-7-2004, nº 115/2004, en <http://www.tribunalconstitucional.es/Stc2004/STC2004-115.htm>.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. INTERÉS PÚBLICO. DERECHO AL HONOR (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: una revista publicó un artículo titulado “Marido yo te doy...” con el subtítulo “Baza (Granada): Carmen Castellano, concejal del PP y abogada, coaccionó a su asistenta para que se casara con un presidiario”. La interesada promovió entonces una acción judicial denunciando la vulneración de su derecho al honor, reconocido en el art. 18.1 de la Constitución (CE).

2. Sentencia: se desestima el recurso promovido.

Se plantea la queja de un demandante de amparo respecto de la valoración que el Tribunal Supremo ha realizado de un conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho fundamental al honor. Conviene recordar, ante todo, que en estos casos, tal como se ha declarado en numerosas ocasiones, la competencia del Tribunal no se circunscribe a examinar la suficiencia y consistencia de la motivación de las resoluciones judiciales bajo el prisma del art. 24 CE, sino que, por el contrario, en supuestos como el presente, en su condición de garante máximo de los derechos fundamentales, debe resolver el eventual conflicto entre el derecho a comunicar información veraz y el derecho al honor, determinando si efectivamente se han vulnerado aquellos derechos atendiendo al contenido que

constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos jurisdiccionales, ya que sus razones no vinculan al Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales.

2.1. El primer aspecto que debe analizarse es el tipo de información debatida, es decir, si estamos ante un reportaje de los denominados “neutrales” o si, por el contrario, el artículo cuestionado es fruto de la elaboración periodística. La jurisprudencia del Tribunal ha caracterizado lo que denomina “reportaje neutral” en los siguientes términos: a) el objeto de la noticia debe hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que son por sí mismas noticia y se ponen en boca de determinadas personas responsables de ellas. No hay, por tanto, reportaje neutral cuando no se determina quién hizo las declaraciones; b) el medio informativo debe ser mero transmisor, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia. Por tanto, si se reelabora la noticia, no hay reportaje neutral y tampoco lo hay cuando es el medio el que la provoca, dentro de lo que se denomina periodismo de investigación. Dicho de otra forma, el “reportaje neutral” se circunscribe a reproducir algo que ya es, de algún modo, conocido; c) en los casos de reportaje neutral propio, la veracidad exigible se ciñe a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido.

Por tanto, se está ante un reportaje neutral si el medio de comunicación se ha restringido a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito, de suerte que esa información haya dejado de tener su fuente en un tercero para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde. Se trataría, pues, y esto es lo que importa, de supuestos en los que el medio, haya permanecido o no ajeno a la generación de la información, no lo fue respecto de la forma en la que lo transmitió al público.

Pasando a analizar la información origen del presente recurso, es claro que el artículo objeto de debate no se corresponde con el mencionado “reportaje neutral” puesto que, sin perjuicio de que la fuente principal de la noticia esté constituida por las declaraciones efectuadas por terceros (la por entonces empleada doméstica de la recurrente, su madre y su abogado) y que se señale en el reportaje que la demanda de nulidad matrimonial interpuesta fue el documento del que se desprende la información difundida, no es menos cierto que el trato dado por los autores a la mencionada información, mediante los llamativos titulares y fotografías que acompañan la noticia, así como también los comentarios que glosan las declaraciones de los protagonistas, implica de manera indubitada que el medio de comunicación ha dejado su papel de neutralidad en la forma de transmitir la información obtenida y pasó a un papel activo y determinante en cuanto a la elaboración y repercusión de la noticia originaria.

2.2. Sobre la veracidad de la información, el Tribunal ha establecido una consolidada doctrina según la cual este requisito constitucional no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección a los que transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten la esencia de lo informado. La razón se encuentra en que, como se señaló en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, sino estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le debe exigir que lo que transmite haya sido objeto de previo

contraste con datos objetivos. Asimismo, la diligencia exigible a un profesional de la información no puede precisarse *a priori* y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate, por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso.

En el artículo cuestionado, configurado tanto con declaraciones de terceros como con información elaborada por sus autores, el requisito de la veracidad, tal y como es entendida por la jurisprudencia del Tribunal debe analizarse desde una doble perspectiva. En primer lugar, la información difundida tiene su origen en los dichos de la asistenta, presuntamente coaccionada para contraer matrimonio. Así, consta en autos el testimonio de la empleada doméstica, en el que reconoce, si bien con matices, que realizó las declaraciones que publicó posteriormente la mencionada revista. Lo cierto es que, a la vista de las actuaciones recabadas, quedó acreditado que las declaraciones que manifestaban la especial presión que sufrió por parte de la ahora recurrente para contraer matrimonio por una suma de dinero efectivamente se produjeron, sin perjuicio de que su plasmación en el artículo periodístico se realizara bajo un estilo sensacionalista o llamativo que entra dentro de la libertad de la revista para presentar las noticias, sin que ello pueda ser considerado como atentatorio al canon de veracidad establecido reiteradamente por el Tribunal para este tipo de reportajes.

Por otra parte, en lo que se refiere a la veracidad de la nota elaborada, ésta debe responder a la exigencia de una mínima diligencia en la averiguación de los hechos difundidos como noticia, y no puede basarse en simples rumores o meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente. Del análisis de las actuaciones y del propio texto del controvertido artículo se desprende que los autores cumplieron con esa diligencia mínima.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la veracidad de una información en modo alguno puede identificarse con su “realidad incontrovertible”, puesto que ello retraería el cauce comunicativo únicamente a los hechos que hayan sido plena y exactamente demostrados, cabe concluir que los autores del artículo actuaron correctamente, dado que el canon de la veracidad se cifra en la diligencia razonablemente exigible, el objeto de cuya prueba no son en sí los hechos narrados, sino aquellos datos o fuentes de información empleados, de los que se pueda inferir la verosimilitud de los difundidos. De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la noticia y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información.

2.3. En lo que respecta al segundo de los requisitos generales establecidos por la jurisprudencia del Tribunal en la colisión de los derechos abordados, debe tomarse en consideración la trascendencia pública, o no, de la nota difundida, entre cuyos elementos cobra especial relevancia el vehículo utilizado para difundir la información, en particular si es un medio de comunicación social. El criterio a utilizar en la comprobación de la relevancia pública de la información incluye tanto la materia u objeto de aquélla, que debe referirse a asuntos públicos de interés general que contribuyan a la formación de la opinión pública, como las personas implicadas en los hechos relatados, que deben tener el carácter de personaje público o con notoriedad pública.

Como puso de manifiesto el Tribunal Supremo en su sentencia ahora impugnada, es claro el interés público y la repercusión social de los hechos a que se refiere la información publicada, pues el núcleo de ésta se refiere a los matrimonios de conveniencia por precio entre ciudadanos españoles y extranjeros con la finalidad exclusiva de obtener la nacionalidad española o determinados beneficios derivados de esa unión que de otra forma no podrían conseguirse. En consecuencia, es evidente el interés objetivo y la relevancia pública de la esencia de la información difundida, al tratarse de prácticas fraudulentas que persiguen, a través de la simulación de celebración de matrimonios y por tanto con fraude de ley, no el fin

propio de dicha institución, sino la obtención de determinadas consecuencias legales que el ordenamiento jurídico otorga al matrimonio contraído por una persona extranjera con un ciudadano español.

No cabe duda, por tanto, que el contenido del reportaje analizado cumple el requisito establecido por la jurisprudencia del Tribunal de que la información sea de interés público, ya que, lejos de pretender lesionar el honor de la recurrente, lo que persigue es poner en conocimiento de la opinión pública determinadas prácticas ilícitas.

Si bien el interés objetivo de la noticia se podría considerar suficiente para entender cumplimentado el requisito analizado, concurre en los hechos relatados en el reportaje otra circunstancia que no se puede pasar por alto. Como puso de manifiesto el Tribunal Supremo, ha quedado acreditado, además de la intervención que tuvo la demandante en los hechos, su condición de personaje público, derivada de su cualidad de concejal representante de un determinado partido político y diputada provincial, y la relación que la unía con los contrayentes, empleadora de la esposa, a la que representó por poder en la celebración del matrimonio, y defensora del marido extranjero en la causa criminal que se le seguía por un delito relacionado con el tráfico de drogas. Esta última circunstancia añade a la noticia difundida por la revista aquí demandada un plus de relevancia, dada la exposición a la opinión pública a la que están sometidas las personas que desempeñan cargos públicos. A este respecto, se ha establecido que “las personas que ostentan un cargo de autoridad pública, o las que poseen relieve político, ciertamente se hallan sometidas a la crítica en un Estado democrático” y, si bien no quedan privadas de ser titulares del derecho al honor, éste se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Sala Primera), sentencia del 19-9-2004, nº 136/2004, en <http://www.tribunalconstitucional.es/Stc2004/STC2004-136.htm>.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LÍMITES. DERECHO AL HONOR. CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 10 (ESPAÑA).

El art. 18.1 de la Constitución (CE) otorga rango de fundamental al derecho a no ser escarnecido o humillado ante sí mismo o ante los demás, sin que el art. 20.1 a) CE tutele un pretendido derecho al insulto, pues la “reputación ajena”, en expresión del art. 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, constituye un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar (Corte Europea, entre otros, casos *Lingens*, del 8 de julio de 1986, párrafos 41, 43 y 45; *Barfod*, del 22 de febrero de 1989, párr. 34; *Castells*, del 23 de abril de 1992, párrafos 39 y 42; *Thorgeir Thorgeirson*, del 25 de junio de 1992, párr. 63 y ss.; *Schwabe*, del 28 de agosto de 1992, párrafos 34 y 35; y *Bladet Tromsø y Stensaas*, del 20 de mayo de 1999, párrafos 66, 72 y 73).

Esto sentado, ha de advertirse que también ese derecho fundamental al honor viene limitado por los derechos fundamentales a opinar e informar libremente, al ser todos de igual naturaleza fundamental y, por lo tanto, de obligada coexistencia, por lo que, según las circunstancias del caso, cabe la posibilidad de que la reputación tenga que soportar restricciones y se vea cuestionada cuando la relevancia pública de aquello sobre lo que se informa o se opina así lo requiera.

Por último, debe señalarse que, cuando la jurisdicción penal, que debe administrar el *ius puniendi* del Estado, lo ejercita, ha de hacerlo teniendo en cuenta que la aplicación del tipo penal no debe resultar desproporcionada ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, lo que le impone una interpretación *secundum Constitutionem*, rigurosamente motivada y ceñida al campo que la propia Constitución ha dejado fuera de la protección que su art. 20.1 dispensa a las informaciones y opiniones. Así pues, allí donde la información o la opinión controvertidas penalmente resulten ser veraces la una o no formalmente injuriosa la otra, no cabe la sanción penal; mientras que, a la inversa, podría, en cambio, resultar constitucionalmente ilegítima una conducta no sancionable penalmente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Sala Primera), sentencia del 19-7-2004, nº 127/2004, en <http://www.tribunalconstitucional.es/Stc2004/STC2004-127.htm>.

MAFIA. NATURALEZA. ESTRUCTURA. FINALIDAD. DELITOS “EXCELENTES”. RESPONSABILIDAD DE LOS JEFES. PRESUPUESTOS. LÍMITES (ITALIA).

La pertenencia a los vértices de la asociación denominada “Cosa Nostra”, aun siendo relevante a los fines de la configuración del delito tipificado en el art. 416-bis del Código Penal (“asociación de tipo mafioso”), no integra *ex se* la prueba de culpabilidad de sus dirigentes con referencia a los delitos de muerte cometidos por cualquiera de los partícipes, aunque actúen dentro de un diseño criminal referible programáticamente a la organización. A la luz de la práctica instaurada y dirigida a garantizar, en el ámbito de un proyecto estratégico para una masacre, un nivel deliberativo e informativo “protegido” con relación a la planificación de delitos “excelentes” (aquéllos cometidos contra autoridades, funcionarios públicos o personas de relevancia pública), es preciso demostrar, a los fines de la efectividad del concurso moral en orden a tales delitos, que: a) la regla, certificada en determinado momento histórico de operatividad de la organización, para la cual los delitos “excelentes” se deciden en los órganos de cúpula de “Cosa Nostra”, valga también en una fase distinta de la vida de la asociación; b) existiera un conocimiento presupuesto de las articulaciones concretas del proyecto delictuoso y de las modalidades ejecutivas conexas; y c) haya habido una manifestación consecuente de aprobación o al menos una manifiesta falta de disenso.

Diversamente, el rol de partícipe -aun en posición jerárquicamente relevante- de cualquier miembro asumido en el ámbito de la estructura organizativa criminal acabaría por tornar a aquel sujeto automáticamente responsable de cada delito perpetrado por otros miembros de la asociación -aunque sea referible a la asociación de carácter mafioso e incluido en el marco de un programa criminal-, en derogación del principio por el cual, por los delitos de muerte, responden solamente aquéllos que material y moralmente han hecho una efectiva contribución, causalmente relevante, voluntaria y consciente, en la actuación de la propia conducta delictuosa, del mismo modo que el principio constitucional de personalidad de la responsabilidad penal y de los principios comunes en cuanto al concurso de personas en el delito, estando teóricamente excluida del ordenamiento vigente la configuración de cualquier forma de anómala responsabilidad “de posición”.

Nota de la Secretaría: existe jurisprudencia consolidada sobre el principio de derecho sustancial, con base en el cual de la participación en el delito de asociación no se deriva la responsabilidad automática para los delitos de muerte, por lo que es necesario que el sujeto aporte conscientemente una contribución causal material o moral a los fines del concurso. En particular, se ha sostenido, con referencia a la responsabilidad de las cúpulas de las asociaciones de carácter mafioso respecto al cumplimiento de los delitos con objetivo, que “la pertenencia a un organismo de cúpula como la Comisión de Cosa Nostra no implica automáticamente la punibilidad a título de concurso moral para los

delitos de muerte cometidos en actuación de un programa criminal” (ver, entre otros, *Madonia*, 14-11-1992; *Santapaola*, 2-5-1995; *Aglieri*, 7-4-2000; y *Riina y otros*, 27-4-2001). Tal afirmación se adhiere al principio general expresado en *Marino y otros* (21-10-1992), según el cual “el concurso en el delito de muerte no puede ser deducido simplemente del rol dirigencial u organizativo que reviste el sujeto en la asociación criminal, que ha asumido ese típico delito entre sus propios fines, ni de la familiaridad y frecuentación con los otros asociados”. Se ha aclarado, también, que en la verificación de la responsabilidad de las cúpulas para la realización de los delitos con objetivo, constituye una cuestión delicada el cumplimiento de los delitos “excelentes”. Estos últimos evidencian una relación de “proporcionalidad entre la víctima y el nivel de la determinación homicida” (*Altadonna*, 30-1-1992) y requieren una deliberación a propósito de ello de parte del órgano de cúpula (*Farinella*, 16-5-1994; *Bano*, 28-11-1995). Así, se han distinguido los delitos de muerte “fisiológicos” de los “estratégicos” (*Riina*). Para los primeros, el parámetro de responsabilidad del asociado es identificado con el aporte material o moral causalmente provisto para la realización de cada uno de los episodios criminales, por lo que constituye un mero indicio la pertenencia a la asociación (*idem*). Para los segundos, en cambio, el parámetro de responsabilidad es objeto de opiniones diversas. Con base en una primera dirección, tener una posición en la cúpula determina un indicio de valor probatorio calificado; aun la participación en la asociación de tipo mafioso en posición jerárquicamente preeminente en el ámbito de una estructura verticalista (en la especie, la “comisión” de “Cosa Nostra”) es suficiente, por sí sola, para establecer la responsabilidad, a título de concurso moral, para los “homicidios excelentes” cometidos por otros asociados y comprendidos en los intereses estratégicos de la organización criminal (*Greco*, 28-11-1995) [conceptualmente, es preciso aclarar que el sentido que asume “concurso moral” en la legislación italiana alude más a la cuestión de la participación en la autoría del delito, y no al concepto de concurrencia de varios delitos, ni tampoco es constitutivo de la tipicidad propia de la asociación mafiosa, correspondiendo así a una noción general de derecho penal]. Tal presunción de culpabilidad se funda sobre la estructura fuertemente jerárquica de la asociación mafiosa, que nunca consentiría delitos “excelentes” si no hubiese detrás una autorización de la “cúpula” (*Altadonna*). Se llega así a afirmar que “cada uno de los componentes de tal organismo deliberativo (...) debe necesariamente responder por los delitos comprendidos en la estrategia común, en cuanto conscientemente han aceptado las reglas que gobiernan tal organización, de modo que el disenso (...) es absorbido por la decisión colegiada, cuya obligatoria observancia vincula a todos, incluyendo aun a los eventuales disidentes” (*Santapaola*; *Aglieri*). Con base en una segunda dirección, a la que parece adherir la mayoría expuesta *ut supra* en a), la regla según la cual los delitos son aprobados con deliberación de parte de las cúpulas de las organizaciones debe ser objeto de verificación fáctica a esos efectos por el juez de mérito instruido para verificar el fundamento histórico (*Riina*). La regla, en efecto, no es objeto de prueba representativa, sino de prueba crítica. El criterio de implicación lógica adoptado es una máxima de la experiencia en la cuestión. Ha habido, en efecto, períodos en los cuales las decisiones acerca de los “delitos excelentes” han sido adoptadas por una comisión reducida (*idem*). Consecuencia de tan rigurosa dirección reconstructiva es que para afirmar la responsabilidad de cada componente individual de la comisión, no es suficiente la mera pertenencia a la “cúpula”, sino que es preciso “verificar para cada uno de ellos la causal específica, individualizable en el directo y apremiante interés en la supresión de la víctima” (*Madonia*). En cuanto al principio del necesario “conocimiento preventivo de las articulaciones concretas del proyecto delictuoso y de las modalidades ejecutivas conexas” -en máxima lo expuesto *ut supra* en b)-, según el cual corresponde constatar “caso por caso, si ha sido provista la demostración de que cada uno de los imputados ha sido informado de las deliberaciones a asumir, y haya hecho llegar a la Comisión su parecer en tiempo útil para contribuir a la decisión”, ver *Riina*; y para el principio -en virtud de lo referido *ut supra* en c)- de la “manifestación de aprobación o de una falta de manifiesto disenso” de parte de los órganos de cúpula relativa a los delitos “excelentes”, ver *Aglieri* y *Altadonna*. Para las nociones de consenso tácito, como “la aprobación, aunque no sea expresamente manifiesta, pero claramente perceptible, de una iniciativa de otro por parte de quien, por encargo autoasignado, ejercita (...) el poder-deber de examinarla y de deliberar su contenido respecto a los intereses representados, de prohibir eventualmente la actuación, aun con la imposición de sanciones en caso de desobediencia”, ver *Altadonna*. El consenso tácito, desde el punto cronológico, puede ser o un sostén preventivo o una ratificación posterior (*idem*). Eso se traduce en concurso moral en el sentido del art. 110 CP en las formas de la instigación o del reforzamiento de las otras determinaciones volitivas (ver *op. y loc. cit. infra*, pp. 3625/3627). Para una mayor aproximación al debate doctrinario aludido *ut supra* y de los ecos que ha encontrado en la jurisprudencia italiana, ver INSOLERA, GAETANO, “Nociones de

criminalidad organizada: concurso de personas y delitos asociativos”, en VIRGOLINI, JULIO E. S. y SLOKAR, ALEJANDRO W. (coordinadores), *Nada personal...: Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*, Buenos Aires, Depalma, 2001, p. 115: “Las soluciones jurisprudenciales aparecen decisivamente condicionadas en el tiempo por la emergencia de la lucha contra formas particulares de criminalidad asociada. [...] a la tendencia recurrente de la jurisprudencia de mérito a configurar una responsabilidad por concurso moral de los jefes, de naturaleza presunta y objetiva, han correspondido, en sintomática coincidencia con la atenuación de las ‘razones’ de la emergencia de turno, intervenciones de la Casación orientadas a reafirmar el vigor de las reglas ordinarias de la participación”.

CORTE DE CASACIÓN PENAL DE ITALIA, sentencia del 8-4-2003, n° 18845, en *Cassazione Penale. Rivista mensile di giurisprudenza*, Milán, A. Giuffré, 2004, vol. XLIV, n° 11, p. 3625.

MARCAS Y PATENTES. MARCAS DE RENOMBRE. PROTECCIÓN. INTERPRETACIÓN DE LA DIRECTIVA 89/104/CEE (COMUNIDAD EUROPEA-ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: Davidoff distribuye con su marca “Davidoff”, registrada internacionalmente, productos cosméticos para hombres, coñac, corbatas, marcos de anteojos, cigarros y demás productos accesorios, artículos de piel, etc. Gofkid es titular de la marca denominativa y figurativa “Durffee”, registrada en Alemania con posterioridad a “Davidoff”. Comercializa, entre otros productos, objetos de artesanía o decorativos, centros de mesa, ceniceros, cigarreras, boquillas, artículos de joyería, etc. Davidoff presentó ante los tribunales alemanes una demanda contra Gofkid para que, por una parte, ordenara el cese de la utilización de la marca “Durffee” y, por la otra, su posterior anulación, alegando que existía riesgo de confusión: señaló que Gofkid utiliza la tipografía característica de la marca “Davidoff”, especialmente en las letras “D” y “F”. Aseguró que se inspiró deliberadamente en ésta para obtener una ventaja de su gran prestigio, lo que perjudicaba el renombre de la marca. La demandada señaló que no existía riesgo de confusión entre ambas marcas ni posibilidad de transmisión del renombre, y que la escritura inglesa utilizada en “Davidoff” si bien es empleada, con frecuencia, en la designación de productos para fumadores, también lo es para relojes, artículos de joyería y accesorios. Tanto la demanda como el posterior recurso de apelación interpuesto por Davidoff fueron desestimados. Llegado el conflicto ante el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesgerichtshof*), éste resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, como cuestión prejudicial, que se dilucide si los arts. 4.4.a) y 5.2 de la Directiva 89/104/CEE, primera en materia de marcas, deben interpretarse en el sentido que dejan a los Estados Miembros la facultad de establecer una protección específica de una marca registrada que goza de renombre cuando la marca posterior, idéntica o similar, es utilizada para productos de igual naturaleza a los cubiertos por aquélla.

2. Sentencia:

Según la Directiva, para lograr la libre circulación de productos y la libre prestación de servicios, es fundamental facilitar que las marcas registradas gocen de la misma protección en las legislaciones de todos los Estados Miembros, sin perjuicio de que éstos puedan otorgar una protección más amplia a aquéllas que hayan adquirido renombre. La protección conferida por la marca registrada es absoluta en caso de identidad entre la marca y el signo y entre los productos o servicios, y cubre también los casos de similitud, interpretándose esta noción en cuanto al riesgo de confusión.

Se examina la cuestión planteada desde el punto de vista del art. 5.2 de la Directiva. Éste, a diferencia del apartado 1, no obliga a los Estados Miembros a establecer en el derecho interno la protección que concede, sino que se limita a facultarlos. Permite conceder a las

marcas de renombre una protección mayor que la establecida en el apartado 1. Esta protección reforzada se otorgará cuando con su utilización se pretenda obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de la marca o se le pueda causar perjuicio.

El art. 5.2 no debe interpretarse exclusivamente de manera literal, sino también tomando en consideración la lógica interna y los objetivos del sistema en el que está inserto. En caso de uso de un signo para productos idénticos o similares, no cabe una interpretación que dé lugar a una protección menor que en aquéllos utilizados para los no similares.

Así, visto lo solicitado por el Tribunal Constitucional Federal alemán respecto a las normas en cuestión, éstas deben entenderse en el sentido que dejen a los Estados Miembros la facultad de establecer una protección específica de una marca registrada que goza de renombre cuando la marca o el signo posterior, idéntico o similar, se utiliza para productos idénticos o similares a los cubiertos por aquélla.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Sexta), sentencia del 9-1-2003, asunto C-292/00, caso *Davidoff & Cie SA y Zino Davidoff contra Gofkid Ltd*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 2003-1 (A), p. 389.

MARCAS Y PATENTES. MARCAS DE RENOMBRE. PROTECCIÓN. INTERPRETACIÓN DE LA DIRECTIVA 89/104/CEE (COMUNIDAD EUROPEA-HOLANDA).

1. Antecedentes del caso: Adidas-Salomon AG es titular de una marca figurativa registrada en la oficina de marcas del Benelux para diversos tipos de ropa. La marca consiste en un motivo formado por tres franjas verticales paralelas, muy llamativas y de la misma anchura, que se extienden a todo lo largo de los costados de la prenda de vestir. La marca fue objeto de un contrato de licencia exclusiva concedido para el Benelux a Adidas Benelux BV. Fitnessworld comercializa ropa de deporte bajo el nombre “Perfetto”. Algunas de esas prendas de vestir llevan un motivo formado por dos franjas paralelas de la misma anchura, que contrastan con el principal color de la prenda y van colocadas en las costuras laterales. Adidas alega que la comercialización de prendas de vestir con dos franjas por Fitnessworld crea un riesgo de confusión para el público, el cual puede asociar dichas prendas con la marca Adidas. Afirma que Fitnessworld se aprovecha del renombre de su marca y que su exclusividad puede resultar perjudicada. El *Hoge Raad der Nederlanden* (Tribunal Supremo de los Países Bajos) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del art. 5.2 de la Directiva 89/104/CEE: ¿Debe interpretarse la norma en cuestión en el sentido de que, en virtud de una ley nacional que adapta el derecho interno a aquélla, el titular de una marca que goce de renombre en el Estado Miembro de que se trata también puede oponerse al uso de la marca o de un signo similar a ella, de la forma y en las circunstancias previstas en la disposición, para productos o servicios idénticos o similares a aquéllos para los que está registrada la marca? En caso de respuesta negativa: ¿debe interpretarse el concepto de “riesgo de confusión” que figura en el art. 5.1.b de la Directiva en el sentido de que éste existe cuando una persona distinta del titular de la marca utiliza una de renombre o un signo similar a ella, de la forma y circunstancias previstas en el art. 5.2, para productos idénticos o similares a aquéllos para los que está registrada la marca? ¿Debe apreciarse la cuestión de la similitud entre la marca y el signo valiéndose de un criterio distinto del de confusión (directa o indirecta) sobre el origen? De ser así, ¿según qué criterio?, Si el público pertinente percibe el signo controvertido que supuestamente infringe la normativa como un mero elemento decorativo ¿qué importancia procede atribuir a esta circunstancia para responder a la cuestión de la similitud entre la marca y el signo?

2. Sentencia:

2.1. Al ejercitar la opción que ofrece el art. 5.2 de la Directiva 89/104, primera en materia de marcas, que consiste en establecer una protección específica para las marcas de renombre, todo Estado Miembro está obligado a conceder tal protección en caso de que un tercero use una marca o un signo posterior idéntico o similar a la que se encuentra registrada tanto para productos o servicios no similares a los designados por ésta como para aquéllos idénticos o similares.

2.2. La protección específica destinada a las marcas de renombre no está supeditada a que se constate un grado de similitud tal con el signo posterior que provoque, para el público pertinente, un riesgo de confusión entre ambos. Basta que ese grado de similitud tenga por efecto que el público establezca un vínculo entre el signo y la marca.

2.3. La circunstancia de que el público pertinente perciba un signo como un elemento decorativo no constituye, en sí, un obstáculo a la protección que establece la Directiva a las marcas de renombre cuando el grado de similitud entre éstas y el signo posterior es tal que el público establece un vínculo entre ellos. En cambio, cuando, según la apreciación de hecho realizada por el órgano jurisdiccional nacional, el público distingue el signo exclusivamente como un elemento decorativo, éste no establece, por definición, vínculo alguno con una marca registrada, de forma que no se cumple entonces uno de los requisitos de la protección conferida por el art. 5.2.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Sexta), sentencia del 23-10-2003, asunto C-408/01, caso *Adidas-Salomon AG, antiguamente Adidas AG y Adidas Benelux BV contra Fitnessworld Trading Ltd.*, en *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Parte I, Luxemburgo, 2003-10 (C), p. 12537.

MENORES. INTERÉS SUPERIOR. DERECHO A LA INTIMIDAD. LIBERTAD DE PRENSA. CENSURA PREVIA. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 11, 13, 19, 25, 27 Y 29. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ARTS. 3, 7, 8, 12, 16, 34, 40 Y 41. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, ARTS. 14 Y 17. DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, ART. V. DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, ART. 12. CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, ARTS. 31 Y 32 (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: en un juicio de filiación, la actora solicitó y obtuvo de la juez de primera instancia la decisión de “hacer saber a los medios televisivos, gráficos y radiales, es decir medios de prensa en general, que debían abstenerse de difundir cualquier noticia y/o dato que involucre a la menor de autos, todo bajo apercibimiento de multa y desobediencia”. Apelada esta resolución por una agencia de noticias, la cámara de apelaciones la modificó “limitando la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación de autos, sin perjuicio de la publicidad que eventualmente pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones establecidas en el art. 164 del Código Procesal con relación al nombre de las partes o de terceros afectados”.

2. Sentencia:

2.1. Decisión de la mayoría

Respecto del derecho de todos los habitantes de la Nación de “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”, contemplado en el art. 14 de la Constitución, esta Corte tuvo oportunidad de señalar que “entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen más entidad, al extremo que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmembrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la

Constitución al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra la posible desviación tiránica”. De lo contrario, existiría riesgo evidente de un fácil deterioro de las libertades republicanas.

Constituye un aceptado principio que las garantías constitucionales se desenvuelven dentro de un marco que está dado por la finalidad con que son instituidas; y que en el caso de la libertad de expresión, consiste en asegurar a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones que suceden en la República en un momento dado, tutelando la libre difusión de las ideas como concepto esencial del bien jurídico protegido.

La normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13), la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3 y 16) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1) establece inequívocamente un ámbito de protección de los derechos del menor, entre los cuales se encuentra indudablemente el derecho a la intimidad, contemplado en términos generales en el art. 19 de la Constitución y también protegido, en términos amplios, en los arts. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana).

Los derechos reconocidos en la Constitución -y, por ende, en los tratados que cuentan con jerarquía constitucional por el art. 75.22- deben ser interpretados armónicamente, para hallar un ámbito de correspondencia recíproca dentro del cual obtengan su mayor amplitud los derechos y garantías individuales.

Por consiguiente, corresponde al Tribunal armonizar la debida protección a la libertad de prensa y la consecuente prohibición de la censura previa -que juegan un rol decisivo en el mantenimiento del sistema republicano de gobierno- con la tutela del derecho de los menores a no ser objeto de intrusiones ilegítimas y arbitrarias en su intimidad, ya que el art. 16.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Convención del Niño) es suficientemente explícito al respecto.

En la ya señalada tarea de armonización de las garantías constitucionales, cabe entender que la protección judicial del interés del menor debe estar estrictamente ceñida a lo que resulta indispensable, para evitar así una injustificada restricción de la libertad de prensa, ya que como esta Corte ha señalado, el derecho de prensa, reconocido como derecho de crónica en cuanto a la difusión de noticias que conciernen a la comunidad como cuerpo social y cultural, requiere para su ejercicio que las restricciones, sanciones o limitaciones deban imponerse únicamente por ley y su interpretación deba ser restrictiva.

La publicación en los medios de comunicación masiva del nombre de la menor que en un juicio civil en trámite -cuya exhibición se encuentra reservada a las partes y directamente interesados- reclama el reconocimiento de la filiación de su presunto padre representaría una indebida intromisión en su esfera de intimidad, que puede causar, conforme al curso ordinario de los hechos, un daño en el desenvolvimiento psicológico y social de la niña. Ello, aun cuando la noticia haya alcanzado el dominio público, pues su reiteración, obviamente, agravaría la violación del bien protegido por las normas constitucionales que tutelan la intimidad de los menores.

El Tribunal advierte que la prohibición de propalar “cualquier noticia vinculada a la filiación de autos” excede la tutela que requiere la intimidad de la menor, ya que la medida dispuesta conduciría al extremo de impedir la difusión de noticias relacionadas con el juicio de filiación, aun cuando se limitase debidamente la publicación masiva de aquellos datos que pudieran conducir a su identificación.

2.2. Votos concurrentes

2.2.1. Los jueces Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo A. F. López sostuvieron que la Convención Americana proporciona pautas para juzgar los casos vinculados con el ejercicio de la libertad de expresión. En materia de espectáculos públicos, admite una limitación al principio sentado, al prever que “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, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2” (art. 13.4).

Tanto en el texto original de la Constitución, en la interpretación que de ella ha realizado esta Corte, como en el Pacto de San José de Costa Rica, la libertad de expresión es una noción sólo susceptible de definición por su contenido, que resulta perfectamente diferenciable del medio por el cual se transmiten o expresan los actos particulares que la traducen.

Los medios de comunicación son pues el vehículo por el cual se transmiten las ideas o informaciones, pero no necesariamente todo lo que ellos dan a conocer se identifica con los actos protegidos por la tutela constitucional -libre expresión de ideas- o por la Convención -búsqueda, recepción y difusión de ideas e información-. Dicho de otro modo, no todo lo que se difunde por la prensa escrita o se emite en programas radiales o televisivos o por cualquier otro medio goza del amparo otorgado por la prohibición de la censura previa, sino aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas. No obstante ello, habida cuenta de la estrecha relación existente entre los medios de comunicación y el concreto ejercicio de la libertad de expresión -desde que aquéllos constituyen el ámbito natural para la realización de los actos amparados por esa libertad y que ordenan primordialmente a ese fin su actividad-, toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad.

En este aspecto, es interesante tener presente la doctrina constitucional de los Estados Unidos, pues al margen de las diferencias que se observan en los textos fundamentales, no puede discutirse su autoridad paradigmática en la interpretación del modelo democrático y del ejercicio de las libertades fundamentales que le son inherentes. Así, en el tema *sub examine*, la Suprema Corte norteamericana manifestó -en sentido coincidente con lo expresado por este Tribunal- que cualquier sistema de restricciones previas tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad. Sin embargo, señaló también en reiteradas oportunidades que la libertad de expresión y de prensa no confiere una inmunidad absoluta de estas restricciones. En este sentido, en el *leading case Near v. Minnesota*, la Corte -a través de la opinión del juez Hughes- refirió que “se ha juzgado que el principio de inmunidad de restricción previa está proclamado en forma demasiado amplia si tal restricción es juzgada siempre prohibida. Esto es indudablemente cierto; la protección contra las restricciones previas no es absolutamente ilimitada”. Se agregó en esa oportunidad que el interés del Estado justifica las restricciones previas sólo en casos excepcionales: cuando se ponga en peligro la seguridad del país en tiempos de guerra, se amenacen los principios de decencia pública (publicaciones obscenas) o se invada el derecho a la privacidad. Estos principios fueron reiterados en *Schenck v. United States*, donde se expresó que ciertas palabras que comúnmente estarían comprendidas en la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda pueden ser prohibidas cuando son de tal naturaleza y utilizadas en ciertas circunstancias que existe un peligro claro que causarán perjuicios sustanciales que el Congreso tiene derecho a prevenir. En este sentido el tribunal estableció que “el principio de la prohibición de restricciones previas a la prensa se limita cuando la publicación pudiera constituir un obstáculo contra el esfuerzo del gobierno en tiempos de guerra...”.

Como corolario de esta doctrina jurisprudencial, en el caso *Kingsley Books, Inc. v. Brown* -luego de citar a *Near* como uno de los precedentes más importantes en este ámbito- la Corte dijo que en aquél no se dejaba duda alguna de que la libertad de expresión y de prensa no eran derechos absolutos “... y que la protección contra las restricciones previas no es absolutamente ilimitada”, y se afirmó más tarde, en *Seattle Times Co. v. Rhinehart*, que “el

control que pueda ejercer una corte respecto a la información obtenida en el transcurso de un proceso judicial no tiene el mismo sentido que la censura de gobierno (...) Una orden prohibiendo la publicación de información obtenida durante el proceso no es la clase de censura que se puede prohibir a la luz de la Primera Enmienda”.

Los alcances de la tutela constitucional involucrada generan la ineludible carga de examinar judicialmente si -en el caso de que se trate- concurren los antecedentes de hecho que justifiquen ubicar la pretensión fuera de aquellas hipótesis frente a las cuales el ejercicio del derecho de publicar las ideas no admite restricción. Cuando se invoquen situaciones que puedan transponer esa frontera, el juez debe comprobar, con todos los medios que la legislación le proporciona, si se trata de un caso en que se encuentra involucrada esa libertad o, como en la presente, si enfrentada circunstancialmente con el ejercicio de otro derecho de jerarquía constitucional -la intimidad de un menor- al que se le otorgó el beneficio de una tutela preventiva judicial, corresponde determinar si la protección cautelar puede considerarse alcanzada por la prohibición de censura consagrada en la Ley Fundamental.

Además, como pauta de interpretación de los tratados, es necesario acudir al principio de buena fe conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos -que comprende, además del texto, el preámbulo y anexos- y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31 de la Convención de Viena). Asimismo, en lo que concierne al caso sometido a estudio, es dable recurrir a las pautas hermenéuticas específicas que contienen la Convención Americana y la Convención del Niño.

Por otra parte, este Tribunal ha expresado en numerosos precedentes que los derechos que emanan de las cláusulas constitucionales han de conciliarse con los deberes que éstas imponen o que en otras se establecen, de manera que no se pongan en pugna sus disposiciones y se dé aquel sentido que las concilie y deje a todas con valor y efecto.

El art. 75.22, que otorgó jerarquía constitucional a los tratados, establece -en su última parte- que aquéllos “... no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. En tales condiciones, se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente.

Sentados estos principios hermenéuticos, como primera conclusión se advierte que la Convención Americana confiere un lugar especial, en su jerarquía interna, a los derechos del niño, los que -entre otros derechos fundamentales de la persona- no pueden ser suspendidos siquiera en caso de guerra, peligro público o de otras emergencias que amenacen al Estado (arts. 27 y 19), suspensión que sí podría alcanzar en las condiciones de marcada excepción previstas para los derechos reconocidos en su art. 13. Con idéntica significación, el tratado admite la censura previa -en desmedro de la libertad de expresión- en materia de espectáculos públicos, “para la protección moral de la infancia y adolescencia”, previsión reveladora de la primacía que se reconoce a los derechos de la infancia frente a una concreta colisión con otros derechos también reconocidos.

De ese modo, la Convención Americana y la Convención del Niño guardan sustancial analogía y ambas confieren especialísima e inderogable tutela a los derechos de la infancia. La necesidad de una “protección especial” enunciada en el preámbulo de la última, así como también la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3, proporcionan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio. Ello indica que existe una acentuada presunción en favor del niño, que “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida

protección legal”, lo cual requiere de la familia, de la sociedad y del Estado la adopción de medidas tuitivas que garanticen esa finalidad (conf. art. 19, Convención Americana).

A la luz de estos principios, no cabe duda de que el niño tiene derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de sus representantes (art. 12.2 de la Convención del Niño), y la solicitud de protección judicial para que no se ventilen aspectos que hacen a su filiación encuentra sustento en los tratados examinados.

En efecto, es evidente el derecho del niño -ejercido por su madre- a esclarecer su filiación en un proceso rodeado de la mayor reserva en lo atinente a su persona, sin que la notoriedad del presunto padre justifique el agravio constitucional alegado por la recurrente, toda vez que la medida restrictiva se vincula exclusivamente a los datos que hacen a la privacidad de la menor, ámbito escindible de la exposición pública propia de la figura demandada. Como ha expresado esta Corte, nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, **sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello**, y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.

Asiste razón por ello al a quo cuando afirma que, por tratarse la actora de una persona en plena formación y carente de discernimiento para disponer de un aspecto tan íntimo de su personalidad -como el que ya había comenzado a difundirse por algunos medios periodísticos-, correspondía evitar preventivamente la producción de daños que tornarían ilusoria la garantía constitucional invocada.

En este orden de ideas, corroboran la conclusión precedente otras normas internacionales de jerarquía constitucional que preservan específicamente la intimidad de los menores sometidos a juicio. Así, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece -como regla- que toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, sienta una expresa excepción **“en los casos en que el interés de los menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”** (art. 14.1); a la vez que la Convención del Niño garantiza a los menores -en las actuaciones penales que los involucran- el respeto pleno de su vida privada en todas las fases del procedimiento (art. 40.2, inc. b, ap. vii). Bajo este marco normativo, adquiere especial sentido la reflexión de la cámara en cuanto a que si se ha concedido protección especial a los menores aun en casos en que la sociedad podría estar interesada en conocer detalles sobre la comisión de delitos, con mayor razón debe reconocerse tal reserva cuando se trata del ejercicio de una acción de la naturaleza de la presente, en la que está en discusión el emplazamiento en un determinado estado de familia, cuyo resultado es incierto y forma parte de la esfera reservada del individuo.

La tutela preventiva dispuesta con el alcance indicado no importa una restricción a la publicidad de los actos de gobierno -inherente a la esencia del sistema republicano-, pues no se encuentra enderezada -en este caso- al ocultamiento de la actividad jurisdiccional, sustrayéndola por esta vía del escrutinio de la opinión pública, sino a la protección de la identidad de quien ocurre en demanda de justicia en una materia extremadamente sensible y reservada al claustro de su intimidad. Tal restricción, dispuesta cautelarmente para el decurso del proceso, guarda coherencia -por otra parte- con las limitaciones impuestas a la revisión de los expedientes judiciales de carácter reservado por su referencia a cuestiones de familia; y las que corresponde adoptar con la publicidad de las sentencias definitivas, “por razones de decoro” o en resguardo de “la intimidad de las partes o de terceros”, supuestos en que los nombres pertinentes deben ser eliminados de las copias para publicidad.

Éstas son excepciones a la regla republicana de la publicidad de los mencionados pronunciamientos, en razón de la importancia de esos valores.

Los jueces, sobre quienes pesa la obligación de atender al interés superior del niño, no pueden dejar de ponderar aquellos supuestos en los que la prevención del daño se impone como única protección judicial efectiva (art. 25, Convención Americana), atento a la insuficiencia de las “responsabilidades ulteriores” para reparar eventuales agravios derivados de la divulgación de la identidad del menor que reclama por su filiación en juicio. Como bien lo destaca en su dictamen el señor Procurador General, “una vez conocido públicamente este secreto tan íntimamente guardado, son imprevisibles los efectos perniciosos que esa circunstancia puede causar en su personalidad, por lo que, dado que la situación de incertidumbre señalada se genera respecto de un incapaz, mal puede sostenerse la posibilidad de que una reparación ulterior subsane el daño que dicha divulgación provoque”. Máxime cuando no se ha invocado que la intervención periodística responda al esclarecimiento de asuntos vinculados con la cosa pública, móvil que podría justificar la existencia de un interés social en la intromisión de la esfera privada.

A ello no empece que, para conciliar ambos derechos -libertad de expresión y derecho de intimidad de un menor-, el control preventivo se adopte con cautela limitando sus alcances a lo estrictamente necesario e indispensable para satisfacer su finalidad tuitiva. Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, y conforme al principio de buena fe de los tratados internacionales en juego (arts. 31 y 32 de la Convención de Viena), esta Corte entiende que es posible armonizar en el caso de autos el “conflicto de derechos” traído por las partes sin necesidad de violentar ninguno de los elementos en juego.

Por último, cabe poner de relieve que la tutela preventiva de la índole de la dispuesta -ordenada a evitar la ocurrencia de un daño cierto o en extremo verosímil, e irreparable en sus consecuencias- no es equiparable cualitativamente a la censura que despertó las más vivas reacciones de los hombres libres -las provenientes de los poderes Legislativo o Ejecutivo-. La intervención preventiva de los jueces -que impropriamente podría denominarse censura- supone siempre la actuación de un órgano rodeado de las máximas garantías constitucionales que resguardan su independencia respecto de los otros poderes del Estado, que resulta ajeno a los intereses en disputa y que toma sus decisiones observando el derecho de defensa en juicio de los involucrados.

2.2.2. Por su parte, los jueces Antonio Boggiano y Adolfo Roberto Vázquez expresaron que la cuestión a resolver residía en determinar si la prohibición de la censura previa contenida en los arts. 14 de la Constitución y 13 de la Convención Americana -que ostenta jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994- constituye un principio de alcances absolutos o si, por el contrario, reconoce excepciones en aquellos casos en que los jueces disponen medidas restrictivas o impeditivas de la libertad de expresión con el fin de prevenir una lesión a otros bienes jurídicos, como lo es el derecho de intimidad de un menor, protección que ha sido reconocida en preceptos de igual jerarquía, como es la Convención del Niño, aprobada por la ley 23.849.

El Tribunal ha tenido oportunidad de expedirse acerca de los alcances de la censura previa. La única limitación se relaciona con los espectáculos públicos, los que pueden ser sometidos por ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el art. 13.2 de la Convención Americana. En efecto, en aquella oportunidad se destacó que el sentido de la libertad de expresión y su importancia para una sociedad democrática fueron elementos valorados con similar alcance tanto en la Constitución como en la Convención, haciendo especial énfasis en que la diferencia radicaba en la mayor precisión de las normas de ésta, que define el ámbito irreductible de tal derecho al conjurar cualquier tipo de interdicción previa en asuntos que puedan afectar el derecho al honor o a la intimidad. Sobre tal base, se destacó que el honor y la intimidad de las personas no admiten, como regla, protección judicial preventiva sino remedios reparatorios, para lo cual habrá que apreciar en cada caso si la eventual

intromisión arbitraria en la vida ajena encuadra en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Cabe entonces indagar si corresponde hacer extensiva la doctrina allí expuesta al caso de autos, donde se halla en juego el derecho a la intimidad de un menor, el cual encuentra protección especial en la Convención del Niño, y analizar si la interdicción de la jueza, en aras de preservar la protección del menor en una cuestión de estricta índole familiar, vulnera la censura previa consagrada en las normas invocadas por el recurrente.

De manera preliminar, es dable poner de relieve que no corresponde encuadrar el caso en la doctrina invocada por el recurrente respecto a la libertad de expresión cuando involucra personalidades públicas pues la intromisión a la vida privada que alega la peticionante -a través de sus representantes legales- no lo es respecto a su presunto padre -figura pública conocida-, sino en su propio interés, alegando que se encuentra sometida a un constante acoso por parte de medios televisivos, gráficos y radiales apostados en su domicilio particular.

El honor y la intimidad de las personas no admiten, como regla, protección judicial sino remedios reparatorios, ya que en el conflicto entre un mínimo estado de incertidumbre sobre la potencialidad agravante de la noticia -incertidumbre que el juez despeja una vez sustanciado el proceso- y las exigencias inmediatas de la libertad de expresión, debe prevalecer ésta. Pero si ese margen de incertidumbre no se verifica, si la conducta de quien intenta dar a conocer sus ideas no suscita dudas sobre su ilicitud, no parece irrazonable conceder al juez la potestad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión: máxime en los supuestos en que el daño al honor o a la intimidad pueda adquirir graves proporciones y no sea razonablemente posible su reparación por otros medios.

Los niños gozan, además de los derechos de toda persona, de derechos específicos indispensables para su formación, que requieren del adulto y de la sociedad -incluidos los medios de difusión- comportamientos que los garanticen; tal es el sentido de la limitación que prevé el Pacto de San José de Costa Rica a la libertad de expresión al disponer que los espectáculos públicos pueden ser sometidos a censura previa con el objeto de proteger la moral de la infancia y la adolescencia. Sólo una lectura o interpretación parcializada o dudosamente regionalista de la Convención Americana podría hallar un conflicto de derechos cuando su misma normativa expresamente lo resuelve o previene.

En consecuencia, pierde sustento la crítica que el recurrente efectúa de la ley 20.056, a la que tacha de inconstitucional, porque resulta conforme a las pautas hermenéuticas señaladas por los arts. 29 de la Convención Americana y 41 de la Convención del Niño, que establecen que deberá prevalecer cualquier disposición de derecho interno que sea más conducente a la realización de los derechos de los menores. La ley prohíbe en todo el territorio de la República la difusión o publicidad por cualquier medio de sucesos referentes a menores de 18 años que se encuentren, entre otros supuestos, en peligro moral o material, a efectos de evitar que el menor pueda ser identificado, y les otorga a los jueces la facultad de autorizar la difusión cuando lo estimen conveniente.

La “protección especial” enunciada en el preámbulo de la Convención del Niño, así como también la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3 -dirigida a los tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos-, proporcionan un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, teniendo en consideración aquella solución que resulte de mayor beneficio para el menor. Ello indica que existe una acentuada presunción en favor del menor por ser un interés débil frente a otros, aun cuando se los considere no menos importantes.

En virtud del art. 12.2, el niño tiene derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de sus representantes y la solicitud de protección judicial para que no se ventilen aspectos que hacen a su filiación encuentra sustento en los tratados examinados, a la vez que el art. 16 lo habilita para repeler cualquier injerencia arbitraria o intromisión abusiva en su vida privada. Si bien es cierto que el

menor tiene un indiscutible derecho a conocer su verdadera identidad (arts. 7 y 8), también lo es que la Convención obliga a los Estados Partes a preservarla sin injerencias ilícitas (art. 8.1).

En el caso, es evidente el derecho del niño, ejercido por su madre, a establecer su identidad en un proceso rodeado de la mayor delicadeza y discreción en el cual sea posible hacerle justicia acerca del aspecto más interno de su personalidad, sin que la notoriedad del presunto padre justifique la publicidad de una controversia que indudablemente interesa más a las partes que a la sociedad, pese a que el resultado del litigio trascienda al interés público en cuanto constituya con certeza el estado de familia del niño, pues, establecida la filiación, confluirán en vigorosa armonía los derechos de informar y del niño en dar a conocer su filiación definitiva. Mientras dure el proceso, la información habrá de permanecer confidencial. Sus detalles y vicisitudes pertenecen, hasta el fallo, a la intimidad del niño. La publicidad de tales circunstancias, además de lesionar irreparablemente la intimidad del niño, puede hacer peligrar la objetividad del juicio y, por ende, la defensa de los derechos del menor, por el riesgo más o menos concreto de la influencia de prejuicios anticipados sobre la decisión final de la causa.

En este sentido, si la Convención ha concedido una protección especial a los menores aun en el caso en que la sociedad podría estar interesada en conocer detalles sobre la comisión de delitos, tanto más en el de su propia filiación.

Según la Convención, los Estados Partes se obligan a impedir la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos (art. 34, inc. c). Ello demuestra que los Estados, en determinados supuestos, están obligados a subordinar los derechos de la libertad de expresión a los del niño. Tal norma halla clara armonía con el art. 13.4 de la Convención Americana.

En sentido concordante, el Comité de los Derechos del Niño, al evaluar el informe inicial de la Federación de Rusia acerca de la aplicación de la Convención (art. 44), se expidió positivamente respecto de la legislación de ese país, a la que consideró como innovadora al garantizar los derechos de intereses de los niños. Con relación al art. 16 destacó la normativa dirigida a impedir la difusión ilícita de información sobre la vida privada de un menor sin su consentimiento, o la difusión de esa información en los medios de comunicación cuando ello se realice con ánimo de lucro o para satisfacer otros intereses personales, causando daño a los intereses morales y legales de los niños (Informes periódicos de los Estados Partes correspondientes a 1995, CRC/65/Add.5, 20 de noviembre de 1998).

Asimismo, al evaluar el informe presentado por Georgia, se destacó que las normas jurídicas en vigor se ajustaban en grado suficiente a las exigencias de la Convención. Se pusieron de relieve las normas relativas a los intereses del niño encaminadas a impedir las interferencias arbitrarias en su intimidad, así como también toda conducta perjudicial para su dignidad y fama y también aquéllas relativas al derecho de rechazar por vía judicial las informaciones o fotografías, incluidas las publicadas por los medios de comunicación, que vulneren el propio honor y la dignidad, la vida privada, la inviolabilidad personal o la fama - disposiciones incorporadas al Código Civil, con arreglo a lo que establece la Constitución- (Informes Iniciales que los Estados Partes debían presentar en 1996, CRC/C/4/Add.4/Rev.1, 15 de septiembre de 1998).

Los jueces, a quienes el art. 3 dirige una petición expresa de atender el interés superior del niño, no pueden dejar de ponderar en cada caso cuándo la prevención del daño es preferible a la reparación ulterior. Tratándose de la intimidad de un menor, no es difícil descubrir que su agravio genera un daño irreparable, ya que no es mensurable y, además, porque revelada la información lesiva a los intereses del menor, ésta no se puede retrotraer. En estos casos, resulta importante reconocer al juez la potestad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión, pues el daño a la intimidad puede adquirir graves proporciones y no ser razonablemente posible su reparación por otros medios. Es cierto que si la tutela preventiva de los jueces se extralimita, puede agraviar el derecho de información y no ser constitucionalmente aceptable. Pero lo que es carente de razonabilidad es que la tutela

preventiva judicial pueda equipararse a la censura administrativa -en el sentido de la Constitución y los tratados de derechos humanos- hasta el límite que en su nombre se pueda eliminar el ejercicio de un derecho constitucional, como es el de solicitar y obtener la tutela judicial efectiva de otros derechos fundamentales donde la gravedad e irreparabilidad de los perjuicios se presentan de modo mucho más acentuado que en los daños que pueden darse en otros ámbitos del Derecho.

A ello no empece que, para conciliar ambos derechos -libertad de expresión y derecho de intimidad de un menor-, el control preventivo se adopte con cautela limitando sus alcances a lo estrictamente necesario.

Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, y conforme al principio de buena fe de los tratados internacionales en juego (arts. 31 y 32 de la Convención de Viena), esta Corte entiende que es posible armonizar en el caso de autos el “conflicto de derechos” traído por las partes sin necesidad de violentar ninguno de los elementos en juego. En efecto, tal como se señaló, la tutela preventiva dirigida a hacer efectiva la protección de la intimidad del menor no obsta a que ésta pueda limitarse a lo estrictamente indispensable, permitiendo de este modo el derecho de informar, pero evitando que a través de la publicación pueda provocarse un daño irreparable a un menor.

Esta conclusión coincide con la interpretación que la Corte Interamericana otorga a la libertad de expresión, al afirmar que “las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al *minimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas” (OC-5/85). Ello significa que la prohibición de censura no es absoluta, sino que puede ser restringida en supuestos especialísimos, como ocurre en autos.

En el caso, un modo de conciliar ambos derechos -evitando darles un sentido que los ponga en pugna y adoptando como verdadero el que los concilie y deje a todos con valor y efecto- es restringir la difusión que permita identificar al menor, lo que incluye la difusión de su nombre e imagen, así como también el de su madre, su domicilio o cualquier otro extremo que previsiblemente pueda conducir a su identificación.

El control preventivo de los jueces a fin de evitar un daño irreparable a un menor no implica, por cierto, que el Poder Judicial avasalle la prensa, sino la utilización de una herramienta eficaz para la protección de derechos fundamentales, brindándole un amparo adecuado.

2.2.3. En su voto, el juez Carlos S. Fayt manifestó que, en primer lugar, y a la luz del texto constitucional y de los tratados de igual jerarquía, corresponde establecer con toda nitidez la inteligencia que esta Corte ha trazado respecto de la prohibición de censura previa, esto es, genéricamente, la garantía que impide a las autoridades públicas controlar las ideas antes de su difusión.

Como criterio rector, ha sido establecido que el derecho de prensa goza de una posición de excepción, toda vez que la Constitución asegura su ejercicio sin censura previa y prohíbe al Congreso dictar leyes que lo limiten. Así, se reconoció el principio según el cual cualquier restricción o censura previa contiene “una fuerte presunción de inconstitucionalidad”.

Asimismo, se dijo que las garantías que rodean el derecho de prensa en el sistema constitucional argentino tienen un sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa. Éstas impiden a las autoridades públicas controlar las ideas antes de su impresión, así como toda acción u omisión que restrinja la publicación y circulación de la prensa. Se ha expresado, también, que la libertad de prensa estaría gravemente comprometida si, después de reconocer y admitir en todo hombre el derecho de publicar libremente lo que crea conveniente, la autoridad pública pudiera reprimirlo y castigarlo por publicaciones de carácter inofensivo.

El derecho de prensa tiene por función política, mediante la información, transmitir la voluntad de los ciudadanos a los gobernantes; permitir a aquéllos vigilar el funcionamiento del

gobierno; servir de escudo a los derechos individuales contra los excesos de los funcionarios, y hacer posible a cualquier ciudadano colaborar con la acción de gobierno. Y, como función social, contribuye mediante la crónica a dar noticias de la ciencia, la cultura, la educación, el deporte y el entretenimiento, los acontecimientos cotidianos y cuanto ocurre en el mundo que nos rodea y que tenga interés público.

El derecho de información, de naturaleza individual, adquiere conexión de sentido con el derecho a la información, de naturaleza social, al garantizar a toda persona el conocimiento y la participación en todo cuanto se relaciona con los procesos políticos, gubernamentales y administrativos, los recursos de la cultura y las manifestaciones del espíritu como un derecho humano esencial. La acción de informar ha de ser preservada al máximo, a fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho de información que constituye al periodismo escrito en el reducto privilegiado para el pleno ejercicio de la libertad de expresión autónoma.

De igual modo, se ha resaltado que la Convención Americana es categórica cuando proscribiera toda forma de censura previa. Este instrumento internacional establece que las “reparaciones ulteriores” son la única restricción ante el abuso de la libertad de expresión y prevé, a su vez, que las excepciones a esa prohibición consisten solamente en que la ley puede someter a censura previa los espectáculos públicos con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, al tiempo que dispone la prohibición por ley de toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial y religioso, con las especificaciones de la norma (art. 13.4 y 5).

Por otra parte, la Corte ya se pronunció en el sentido de que ese especial reconocimiento constitucional no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos, pues no existe el propósito de asegurar la impunidad de la prensa. Si la publicación es de carácter perjudicial y si con ella se difama o injuria a una persona, se hace apología del crimen, o se incita a la rebelión o la sedición, no pueden existir dudas acerca del derecho del Estado de reprimir o castigar tales publicaciones.

Con base en todo lo reseñado, puede afirmarse que la jurisprudencia del Tribunal ha sido consecuente con el principio rector según el cual el derecho de prensa goza en nuestro ordenamiento de una posición privilegiada.

Y esto no podría ser de otro modo, puesto que la sociedad contemporánea respira a través de la información y de la comunicación, de modo tal que en un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso (ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, traducción de Luis R. Cuéllar, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, p. 202 y sgtes.).

En tales condiciones, corresponde resolver si esos principios fundamentales fueron desconocidos en la causa, como postula el apelante. Esto es, si lo decidido impide la discusión pública sobre las cuestiones debatidas en el expediente principal, y si así se afecta a la prensa como el más poderoso baluarte de opinión y de información que hace a la esencia de los principios republicanos.

La Convención Europea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana, estos dos últimos de jerarquía constitucional, establecen que los derechos que consagran pueden ser objeto de restricciones. Sin embargo, el alcance de esas limitaciones en materia de libertad de prensa es marcadamente más riguroso en la Convención Americana.

También puede mencionarse que en el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 11/96 se reafirmó que las restricciones autorizadas en el art. 13.2 del Pacto de San José de Costa Rica sólo generan responsabilidades ulteriores, y en tanto fuesen necesarias para proteger los bienes que ese instrumento internacional enumera.

En los regímenes constitucionales latinoamericanos conviven con genéricas prohibiciones a la censura previa -como en el caso de Costa Rica y Colombia, entre otros países-, regímenes que prevén esa proscripción para determinados supuestos.

Esto último sucede con claridad en la Constitución Política de la República de Honduras, que establece la posibilidad de censura previa a fin de proteger, entre otros valores, “los derechos de las personas, especialmente de la infancia, de la adolescencia y de la juventud” (art. 75). El Salvador, por su parte, prevé que los espectáculos públicos pueden estar sujetos a censura, conforme a la ley (art. 6 de la Constitución).

Del innegable aserto según el cual la Convención Americana reduce al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas (conf. Opinión Consultiva *ut supra* mencionada) no se sigue sin más que los países signatarios de la Convención Europea hayan desconocido un hórrido pasado de despotismo extremo con gobiernos que se mantuvieron en el poder merced -entre otras cosas- a la propaganda política, imponiendo largos períodos de censura.

Como evidente reacción ante esa realidad, los países miembros del Consejo de Europa declararon en el Convenio Europeo de 1950 que entre sus objetivos debía prevalecer la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Por tal razón, establecieron que ninguna de sus disposiciones debía ser “interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o cualquier otro Convenio, del que ésta sea Parte” (art. 60). Ese carácter subsidiario que se asigna al Convenio Europeo obliga a examinar con mayor detenimiento los ordenamientos internos de los países firmantes.

Así, la Constitución italiana (1947) prescribe en su art. 21 que “la prensa no puede ser sujeta a autorización o censura”; la Ley Fundamental alemana (1949) establece en su art. 5.1, tercer supuesto, que no se ejercerá censura *-eine Zensur findet nicht statt-*; y la española (1978) prevé en su art. 20.2 que la libertad de expresión “no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”.

Si bien algunos ordenamientos reconocen limitaciones al derecho de prensa, resulta necesario puntualizar qué valor les ha sido asignado a aquéllas. Así, en el derecho alemán, se establecen “límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal” (art. 5.2 de la Constitución); sin embargo, de ello no se sigue que se encuentre autorizada la censura previa: sólo se describe el ámbito preciso en el que la vulneración de esos derechos es fuente de “medidas de control y represión posterior” (*nachträgliche Kontroll - und Repressionmassnahmen*).

En efecto, con base en la ubicación sistemática de la prohibición de la censura, se ha afirmado que la existencia de censura previa fundada en estas previsiones “debe ser rechazada” sin más (Pieroth/Schlink, *Grundrechte*, Heidelberg, Müller, 1998, pp. 145 y sgtes.).

La derrota del autoritarismo y la consiguiente protección de los derechos del individuo no se cristalizaron exclusivamente en la por cierto preexistente prohibición de censura previa, tan celosamente defendida a escala mundial.

La Constitución argentina sumó a sus principios fundacionales nuevos derechos y garantías que fueron construidos también sobre un reciente pasado autoritario. Lo ha hecho mediante diversas previsiones que regulan las relaciones de quienes viven en nuestro país, las que deben interpretarse como una estructura coherente y sistemática, de modo tal que cada disposición ha de ser entendida de acuerdo con el contenido de las demás.

Es por ello que todo anclaje fragmentario y dogmático en la prohibición de la censura previa como única herramienta valedera en el presente caso, en primer lugar, no resulta sino de una construcción que desconoce y vacía de contenido las demás previsiones constitucionales. En segundo lugar, pasa por alto que otros derechos merecieron protecciones específicas que también encuentran fundamento en la preservación y el desarrollo de los principios republicanos. En efecto, de la prohibición de censura previa que establece la Constitución no

se sigue, sin más, que otros derechos queden anulados o reducidos a meras articulaciones declamatorias.

La Convención del Niño, al igual que la Convención Americana, entre otros tratados, goza de jerarquía constitucional. Establece la primera que “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”; que “ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación”; y que “el niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques” (arts. 8 y 16.1 y 2).

Ese claro mandato erige en un deber ineludible el de proteger -con la fuerza misma de la Constitución- la intimidad de la menor de autos. Desde esta perspectiva, la publicación de las cuestiones que se ventilan presenta un serio reparo en la Ley Fundamental, que consagra derechamente la protección de la privacidad del niño como un compromiso estatal ineludible.

De allí que pueda afirmarse que en la presente causa el censor no se ha encarnado en la justicia. Ésta ha debido asumir los mandatos superiores de tutela a los niños, sin discrecionalidad, a fin de establecer frente a ellos el ámbito que les es propio a los derechos involucrados en el derecho de expresión: informar e informarse.

El derecho a la intimidad consagrado en el art. 19 de la Constitución, por cierto, no es absoluto. Pero si su protección está garantizada en ella para todas las personas, los niños merecen especial tutela por su vulnerabilidad, aspecto que está considerado expresa o implícitamente en profusos instrumentos internacionales (Convención del Niño, arts. 8 y 16; Convención Americana, arts. 11 y 19; Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 23 y 24, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10).

La Convención del Niño establece en su preámbulo, con cita de la Declaración de los Derechos del Niño, que éste “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento”. También dispone que los niños deben “recibir la protección y asistencias necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad” y reconoce que “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe(n) crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

Estas singularidades en torno a la situación de los niños ya fueron señaladas por la Corte en la causa “Arenzón”; al valorarse entonces la figura de los docentes, se reconoció que éstos “trabajan sobre una circunstancia humana particularmente sensible”, lo que los convierte en modelo de identificación para los niños, a quienes “estampan significativamente en su futuro comportamiento social”.

Cabe destacar que estas circunstancias han sido valoradas de manera categórica por los países latinoamericanos, los que por un lado ratificaron la Convención del Niño poco tiempo después de su aprobación y, por otro, establecieron en sus ordenamientos internos normas que los protegen especialmente. Tal es el caso de la República Federativa de Brasil, cuyo Estatuto del Niño y del Adolescente (ley 8069 del 13 de julio de 1990) dispone que éstos tienen derecho al respeto (art. 15), entendiéndose por tal, entre otras cosas, la preservación de la imagen e identidad (art. 17). De igual modo, se reconoce el ejercicio del derecho al reconocimiento de la filiación “observándose el secreto de justicia” (art. 27).

De manera contundente, la Constitución de la República del Paraguay garantiza la libre expresión y difusión del pensamiento y la opinión “sin censura alguna, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución” (art. 26). Y como clara restricción de jerarquía constitucional, dispone que “los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente” (art. 54).

La citada Convención también ha sido suscripta por los países europeos, en cuyos ámbitos internos los gobiernos han dictado normas tuitivas de la intimidad de los niños y adolescentes.

En este sentido, advirtiendo a los países en los que la protección se considera insuficiente, el Informe Anual sobre el Respeto de los Derechos Humanos en la Unión Europea del año 1995 (Parlamento Europeo, Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores) señaló que “todos los países europeos tienen que ratificar solemnemente el derecho ilimitado del niño a la niñez, el derecho al libre desarrollo, el derecho a una vida digna de vivirse y humana. Ya no hay posibilidad alguna de eludir la inclusión de disposiciones sobre la protección de los niños en el Tratado de la Unión Europea”.

Similar cuestión a la que aquí se resuelve ha sido materia de recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional alemán, dictados el 31 de marzo de 2000. En ellos, se afirmó que los niños gozan de una protección especial contra los peligros que se derivan cuando son objeto de la información a través de los medios, toda vez que se puede afectar el desarrollo de su personalidad de un modo más grave que en el caso de los adultos: el ámbito en el cual los niños deben sentirse y desarrollarse libres de la observación pública debe ser protegido de un modo mucho más amplio.

Esto se fundamenta -sostuvo ese tribunal- en el propio derecho del niño a un desarrollo de la personalidad sin perturbaciones, las que se generarían mediante la publicación de asuntos que resulten “indecorosos”, “vergonzantes” o que impliquen “reacciones adversas” alrededor del niño. Con base en estos argumentos, se confirmó la sentencia que ordenaba a una editorial de revistas el cese en la publicación de artículos y fotografías que involucraban a un menor. Cabe señalar que no fue objeto de consideración por ese tribunal si se estaba o no ante un supuesto de censura previa. Se perseguía, en definitiva, lograr “la protección eficaz de la personalidad”.

La decisión no se fundó, entonces, en las limitaciones a la libertad de prensa que la Ley Fundamental alemana establece (art. 5.2), pues -como ya se afirmó- éstas sólo describen el ámbito en el que puede generarse la responsabilidad ulterior. Por el contrario, el citado tribunal se basó exclusivamente en el art. 2.1, en función del art. 1.1, de la Constitución alemana (derecho al libre desarrollo de la personalidad en función del principio de intangibilidad de la dignidad humana), enfatizándose el derecho de todo niño a “ser una persona” (*Person-werden*) y destacándose que su intimidad comprende tanto la esfera privada como el desenvolvimiento infantil (*Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts*, 1 BvR 1353/99; 1454/97).

El Tribunal Constitucional alemán distingue, a su vez, el concepto de privacidad, según se trate de un niño o de un adulto. En el precedente 1 BvR 653/96, del 15 de diciembre de 1999, se consideró que no podía aceptarse que las publicaciones que involucraban a una personalidad pública europea afectaran el derecho a la intimidad con la misma intensidad que en el caso del hijo menor de edad de aquélla, a quien sí se le reconoció -como se expresó en el considerando precedente- la pretensión del “cese de publicar”. Ello es así -aclaró en el fallo BvR 1454/97 ya citado- independientemente de su condición de hijo de una figura pública.

En síntesis, es un valor aceptado que el adulto cuenta con mayores herramientas que el niño para sobreponerse a la afectación que se cause a su intimidad, lo que obliga a reflexionar con especial cuidado acerca de la eficacia de reparaciones ulteriores.

Ya en un caso vinculado con la publicidad de una sentencia -que no involucraba a menores-, esta Corte expresó que “el órgano judicial del que emana la decisión impondrá limitaciones a su publicación -más o menos extensas por ‘razones de decoro’ o en resguardo de ‘la intimidad de las partes o de terceros’ (conf. art. 164 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)-”. Se dijo que “éstas son las excepciones a la regla republicana de la publicidad de los mencionados pronunciamientos, en razón de la importancia de dichos

valores [y que] sólo compete a los jueces que dictan las sentencias evaluar si su difusión lesiona ‘el decoro’ o ‘la intimidad’”.

Es claro que la irrupción de un daño de esta naturaleza al niño -máxime si este último es protagonista de un conflicto familiar- atentaría, inevitablemente, contra el libre desarrollo de una personalidad en plena formación, de conformidad con la inteligencia de la Convención del Niño. Es por ello que se ha entendido que la identidad, el nombre y las relaciones de éstos merecen la tutela prevista por su art. 8, norma que veda su publicidad a través de “versiones periodísticas”.

Asimismo, en oportunidad de pronunciarse en el caso “Siciliano”, que involucraba a un menor al que se atribuía ser hijo de padres desaparecidos, la mayoría del Tribunal enfatizó que “las cuestiones suscitadas en el incidente de disposición tutelar [debían ser juzgadas] de acuerdo con la verdad objetiva y los intereses del menor, y resueltas sin descuidar lo que resulte mejor para su persona y desarrollo espiritual, mental y psicológico”. Así se entendió que, entre otros vicios, la transgresión del carácter secreto de las actuaciones configuraba causal de nulidad. La minoría, por su parte, si bien no consideró tal extremo como causal de nulidad de lo actuado, entendió que esa sanción no hubiera reparado “el eventual perjuicio que la menor haya podido sufrir al respecto”.

Justamente, proteger es resguardar de un perjuicio o peligro, de modo tal que sólo un desconocimiento de ese contenido -en los términos de la Convención del Niño y de otros instrumentos internacionales- podría justificar una conclusión que limitara a una reparación ulterior el alcance de esa protección. Nada más desacertado: proteger al niño es preservarlo, no indemnizarlo.

De este modo, las reparaciones ulteriores que como principio proceden ante el ejercicio inadecuado de la libertad de prensa resultan, ante un niño vulnerado en el libre desarrollo de su personalidad, irremediamente antifuncionales. Y ello es así porque las construcciones técnicas como la postulada, como así también las doctrinas generales no impuestas por la Constitución, valen en la Corte Suprema sólo en principio. Todo en la Corte es en principio, salvo la Constitución misma, que ella sí y sólo ella vale absolutamente.

Del mismo modo, el paradigma del pleno y armonioso desarrollo de la personalidad desde la infancia constituye, entre otras cosas, la plataforma básica para la construcción de la ciudadanía en un Estado democrático y libre de toda manipulación autoritaria.

El logro de ese objetivo no supone desconocer el interés general que puede suscitar la discusión pública de cuestiones como las de esta causa. Sin embargo, esta Corte considera que la sola reserva de aquellos datos que pudieran conducir a la identificación de la menor en nada afecta el pleno debate público en un Estado democrático, a la par que conjura el inconmensurable daño que podría causar a la niña la exposición de su padecer.

Este simple cotejo demuestra que la extrema rigidez de la posición del recurrente sólo trasunta la aparente preservación de un dogma.

Igualmente, entiende que la prohibición formulada por el a quo de difundir “cualquier noticia vinculada a la filiación de autos” excede la tutela que requiere la Convención del Niño, a la par que restringe la posibilidad del debate público. Ambos valores quedarían asegurados -en cambio- con la sola abstención de publicar todo dato que pudiera conducir a la identificación de la niña. En suma: la menor tiene derecho a no ser convertida en un objeto mediático.

2.3. Votos disidentes

2.3.1. El juez Augusto César Belluscio refirió que el punto central a dilucidar era la alegada contradicción entre la prohibición de censura previa consagrada en la Constitución Nacional y en la Convención Americana, que goza de jerarquía constitucional por voluntad de los constituyentes de 1994, por una parte, y, por la otra, el principio del interés superior del niño y el derecho del niño a preservar su identidad y sus relaciones familiares sin injerencias

ilícitas, tal como están consagrados en la Convención del Niño, tratado internacional que también goza de jerarquía constitucional conforme al art. 75.22 de la Constitución.

Si bien es doctrina del Tribunal que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución tienen igual jerarquía, y que la coordinación es el verdadero criterio hermenéutico, de manera que todos los derechos subsistan en armónica coherencia, esto es así en tanto no haya sido el constituyente quien atribuyera específicamente a ciertos derechos una importancia superior.

Ello es lo que sucede con el derecho de expresarse libremente por la prensa, a punto tal que el constituyente 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.

La prohibición de censura previa es absoluta, del mismo modo que lo es la prohibición al Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de prensa. La Constitución 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 aquélla les reconoce, utilizan la prensa para cometer delitos o actos ilícitos civiles. Cuanto mayor es la libertad, mayor será también la responsabilidad.

La distinción entre la prohibición de censura previa y la responsabilidad ulterior por el abuso ha sido aceptada también por la Convención Americana, que refleja la tradición constitucional latinoamericana y que consagra sin matices en el art. 13.2: “el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente (la libertad de pensamiento y de expresión) no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley...”. Sólo admite la censura previa de los espectáculos públicos “con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2”. Es decir, ni aun para esos elevados fines admite la censura impeditiva de la exhibición; sólo la acepta para regular el acceso de los menores a las representaciones.

El respeto a los derechos humanos es un elemento esencial de la forma republicana de gobierno e inspiró a nuestros constituyentes para redactar el primer capítulo del texto fundamental. Ante una eventual imposibilidad de coordinar estos derechos y los consagrados en los textos incorporados en el art. 75.22, tras la reforma de 1994, la correcta hermenéutica obliga a dar primacía a los primeros. Ello es así no sólo porque los tratados que comprometen a la República Argentina deben estar conformes a “los principios de derecho público establecidos en esta Constitución” (art. 27), sino en razón de que los constituyentes de 1994 expresaron claramente que los tratados enunciados en el inc. 22 del art. 75 “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, **no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución** y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (el énfasis no está en el texto).

La absoluta prohibición de la censura previa es inescindible del presupuesto que justifica la rigidez de la norma, es decir, el ejercicio de la libertad de prensa propia de un Estado republicano de derecho. No cubre el delito ni alienta su comisión.

En el *sub examine*, es equivocado el argumento del apelante en cuanto a que el derecho a la intimidad se diluye cuando su titular decide promover un proceso judicial; esa interpretación conduciría a limitar el acceso a la jurisdicción de quienes persiguen esclarecer su estado de familia. La imposibilidad de prohibir una información o idea antes de que se imprima o emita no significa abrir juicio sobre el carácter lícito o ilícito de los actos que realicen los medios.

Las normas y principios de la Convención 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

prejuzar 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.

El art. 3.1 de la Convención del Niño orienta la interpretación y aplicación de todo el plexo normativo, tarea en la cual se ha de tener como consideración primordial el interés superior del menor.

La Argentina 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.

2.3.2. En su disidencia, el juez Enrique Santiago Petracchi, expuso que la Constitución Nacional veda expresamente la censura previa en su art. 14: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos... de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos -que ostenta jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994- establece en su art. 13: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 4. 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, sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2”.

El texto del pacto, al regular de modo detallado y preciso el tema *sub examine*, entronca claramente con la filosofía que inspiró la Ley Fundamental.

A pesar de que los arts. 14 y 32 de la Constitución aluden a la “prensa” y a la “impresión”, respectivamente, la evolución jurisprudencial llevó a considerar comprendidas dentro de la garantía constitucional expresiones que, por ejemplo, no encuadraban en el concepto de prensa escrita. La voz “prensa”, en verdad, no había sido entendida en su acepción propia ni siquiera por los constituyentes. Así, la Comisión Examinadora de la Constitución Federal consideraba, en 1860, a “la palabra escrita o hablada uno de los derechos naturales de los hombres que derivan de la libertad de pensar”.

El pacto impide, en cambio, toda duda sobre el ámbito que comprende su regulación: el art. 13 se refiere a la expresión oral, escrita, impresa, artística o formulada “por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Por otra parte, al puntualizar que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir **informaciones e ideas** de toda índole”, hace imposible toda interpretación que pretendiera circunscribir el derecho a las “ideas”, con exclusión de lo meramente “informativo”.

En consecuencia, el sistema normativo que resulta de los recordados artículos de la Constitución y del pacto puede sintetizarse así: categórica prohibición de la censura previa y admisión de las responsabilidades ulteriores.

Por otra parte, la veda expresa de la censura previa es un rasgo común del constitucionalismo latinoamericano.

En los textos constitucionales vigentes al año 1992, contenían esa prohibición las constituciones de Bolivia (art. 112 *in fine*); Brasil (Título II, art. 5. IX); Colombia (art. 20); Costa Rica (art. 29); Chile (art. 19, ap. 12); El Salvador (art. 6); Guatemala (art. 35); Honduras (art. 72); México (art. 7); Nicaragua (art. 67); Panamá (art. 37); Paraguay (art. 26); Perú

(Título I, art. 2, ap. 4); República Dominicana (art. 8, ap. 6); Uruguay (art. 29); y Venezuela (art. 66).

Esto demuestra que los arts. 14 de la Constitución Nacional y 13 del pacto son, en cuanto a la terminante proscripción de la censura previa, el resultado de una poderosa tradición constitucional latinoamericana que no tiene parangón en otros continentes.

Así lo destacó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 5/85, del 13-11-1985, cuando expresó: “La forma como está redactado el artículo 13 de la Convención Americana difiere muy significativamente del artículo 10 de la Convención Europea [de Derechos Humanos], que está formulado en términos muy generales... En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo pacto, **sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa**” (parágrafo 45, las negritas no pertenecen al original).

A su turno, en la citada Opinión Consultiva, el juez Rodolfo E. Piza Escalante expresó en su opinión separada: “Como se ve, el artículo 19.3 del Pacto Internacional corresponde casi exactamente al artículo 13.2 de la Convención Americana, **salvo en cuanto a que este último agregó la prohibición de toda censura previa** y a que sustituyó, de modo expreso, la posibilidad de ‘ciertas restricciones’ del primero, por la de ‘responsabilidades ulteriores’, sustitución que no puede considerarse accidental o semántica sino intencional y de fondo” (parágrafo 8, las negritas no pertenecen al original).

A su vez, el juez Pedro Nikken declaró: “...lo que es legítimo según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o según la Convención Europea de Derechos Humanos, puede ser ilegítimo en América, por apartarse de la Convención Americana [...] mientras menos diferencias culturales y políticas existan entre los Estados que los negocian, es más fácil concluir tratados más avanzados. No es sorprendente, pues, que la Convención Americana, firmada casi veinte años después que la Europea y que sólo abarca a las Repúblicas Americanas sea más avanzada que ella y también que el Pacto, que aspira a ser un instrumento que comprometa a todos los gobiernos del planeta” (parágrafo 5).

En igual sentido se manifestó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe 11/96, aprobado el 3-5-1996 (caso 11.230, “Martorell”): “La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párr. 4 del art. 13 es absoluta. Esta prohibición existe únicamente en la Convención Americana. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. Constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma”. Y, más adelante: “El art. 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y las garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante la imposición de responsabilidad ulterior”, pues “la censura previa, cualquiera sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el art. 13 de la Convención”.

La prohibición de la censura previa tiene rasgos más categóricos en nuestra Constitución y en el Pacto de San José de Costa Rica que los que presenta en el régimen constitucional norteamericano. Ello otorga singularidad a esta materia, pues es conocida por todos la influencia que la Constitución de los EE.UU. tuvo en nuestra Ley Fundamental.

Para empezar, aquella prohibición no aparece sancionada expresamente en el texto norteamericano, aunque se admite casi unánimemente que el propósito principal de la Primera Enmienda fue impedir todas aquellas restricciones previas sobre las publicaciones tal como habían sido practicadas por el antiguo régimen.

Hay coincidencia, sí, en que toda restricción previa (*prior restraint*) sobre una determinada expresión adolecerá de una fuerte presunción de inconstitucionalidad, la que será

muy difícil de evitar, pero no hay consenso sobre cuán riguroso debe ser el estándar aplicable para juzgar la restricción.

Esas diferencias entre las tradiciones constitucionales norteamericana y latinoamericana **-no tanto en lo que hace a la aversión a la censura previa, sino en lo relativo a la intensidad de su prohibición-** se pusieron en evidencia durante el proceso de gestación del Pacto de San José de Costa Rica. En efecto, en la Conferencia Interamericana celebrada en Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, al ponerse en consideración el que luego sería art. 13.2, el delegado estadounidense observó que debía evitarse la redacción de aquél en “términos absolutos” e hizo referencia a la censura en su país. Su postura mereció el rechazo de otros delegados -entre ellos, el argentino- que no compartieron esa posición menos estricta en materia de censura previa y se negaron a morigerar el texto. La propuesta estadounidense fue rechazada en la votación y la norma, finalmente, quedó sancionada, en ese punto, como se la había propuesto.

Hechas estas aclaraciones, cabe puntualizar que es propia a la censura previa (y eso la distingue de la responsabilidad ulterior) su aptitud para **interrumpir el proceso comunicativo antes de que éste se haya desarrollado.**

Por eso la actividad del censor ha sido caracterizada, a veces, recurriendo a metáforas como la de aquél que tiene la posibilidad de interrumpir el proceso expresivo “de un plumazo” o “haciendo girar la perilla”, según el tipo de expresión a la que se refiera. Esa censura se lleva a cabo **antes** de que aquélla haya llegado a los destinatarios y **antes** de que se pongan en funcionamiento las garantías propias de un proceso.

Comprende no sólo el examen previo del contenido de las publicaciones que se van a efectuar, sino también una censura practicada con respecto a la decisión o iniciativa de ejercitar el derecho de que se trata. En otro precedente, la Corte caracterizó a la censura previa como “el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir”.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional de España expresó: “como censura hay que entender, al margen de otras acepciones, la intervención **preventiva** de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales” (las negritas no están en el original).

Es destacable la posición adoptada por la Suprema Corte de los EE.UU., según la cual una sociedad libre prefiere penar a los pocos que abusan del derecho a expresarse **después** de que han infringido la ley, en vez de sofocarlos -a ellos y a todos los demás- de antemano. Es siempre difícil saber por adelantado qué dirá una persona, y la línea entre el discurso legítimo e ilegítimo está, muchas veces, tan finamente trazada que los riesgos de dar rienda suelta a la censura son temibles.

Un caso que, en la Argentina, ilustra elocuentemente el carácter **previo** de la censura proscripta fue la medida -después revocada por la Corte- por la que se ordenó a un canal de televisión y a un conocido cómico que se abstuvieran de emitir imágenes o conceptos relacionados con una juez federal, bajo apercibimiento de desobediencia.

La prohibición de censurar en forma previa alcanza también a los órganos judiciales, que no pueden alzarse contra aquélla invocando su facultad de dictar medidas cautelares o preventivas.

Es igualmente relevante el ya citado dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Martorell”, ocasión en la que consideró que la Corte Suprema de Justicia de Chile, que había prohibido el ingreso, distribución y circulación del libro *Impunidad diplomática*, violaba el art. 13 de la Convención Americana.

En este punto, no hay diferencias con la jurisprudencia constitucional norteamericana: ésta ha resuelto que tanto “*injunctions*” como “*restrictive orders*” (todas ellas, expresiones de típicos mandatos judiciales) pueden perfectamente caer dentro de la categoría de censura previa (*prior restraint*) y padecer, por lo tanto, la fuerte presunción de inconstitucionalidad que, en el derecho estadounidense, la caracteriza.

En este último caso -por ejemplo- se revocó una decisión de la Suprema Corte de Nebraska por la cual se impedía tanto la información sobre ciertas confesiones que el acusado de un grave delito habría hecho con antelación al juicio, como así también la de cualquier otro hecho que pudiera comprometerlo fuertemente.

Se ha sostenido en los EE.UU. que es un fundamental y benéfico mandato constitucional el que establece que la discusión de los asuntos públicos en una sociedad libre no puede depender de la gracia preliminar de los censores judiciales.

La Suprema Corte de ese país ha reiterado, más recientemente, que el término “*prior restraint*” es usado para describir órdenes administrativas y judiciales que prohíben ciertas comunicaciones con antelación al momento en que éstas debían haberse exteriorizado.

Prohibida, como regla, la censura previa -incluso la de origen judicial-, cabe examinar si existe alguna excepción a ella en el sistema constitucional argentino.

Al interpretar el art. 14 de la Constitución, ha sido destacado el carácter absoluto que reviste la prohibición de la censura previa. También el texto del art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica evidencia el carácter rígido de la prohibición de la censura previa, que -como fue dicho- hunde sus raíces en la tradición latinoamericana: “El ejercicio del derecho... no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores...”. Estas últimas (las ulteriores) deben: 1º) estar fijadas expresamente por la ley, y 2º) ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Como se advierte, incluso la tutela de la “seguridad nacional” queda diferida, según el pacto, a la responsabilidad ulterior (sin perjuicio, claro está, de la suspensión de garantías que autoriza el art. 27 y que puede afectar el derecho del art. 13).

La sola excepción prevista es la del ap. 4 que expresa: “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, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2”.

En los debates previos -como se reseñó- se habían resaltado los “términos absolutos” de la norma (términos que la mayoría de los delegados acordó mantener). Con posterioridad a su sanción, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló: “Estipula [el art. 13.2 del pacto], en primer lugar, la prohibición de la censura previa la cual es **siempre** incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, **incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión**. En esta materia **toda** medida preventiva significa, **inevitablemente**, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención” (Opinión Consultiva 5/85, del 13-11-1985, parágrafo 38, las negritas no pertenecen al original).

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dijo: “La interdicción de la censura previa, con la excepción que prevé el párr. 4 del art. 13 es absoluta” (caso “Martorell” ya citado).

Existe coincidencia, entonces, entre el texto del pacto -que es de una claridad no susceptible de distorsión-, las intenciones de quienes lo redactaron y la interpretación de aquellos órganos interamericanos que, debe suponérselo, le adjudican su cabal sentido. Texto, antecedentes e interpretación coinciden en atribuir a la prohibición de censura previa del art. 13.2. el carácter de “absoluta”, con la única excepción contemplada en el art. 13.4. y siempre con la salvedad del art. 27 (suspensión de garantías).

Resta examinar si la prohibición de censura previa establecida en los arts. 14 de la Constitución Nacional y 13.2 del Pacto de San José de Costa Rica puede encontrar excepción en un precepto genérico como es el art. 3.1 de la Convención del Niño. Esta norma establece: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o

privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Parece claro que la norma transcrita sólo impone -en lo que interesa- el criterio inspirador que deberá guiar la actuación de los órganos de los distintos poderes del Estado, que -como se indica- tendrán que atender primordialmente al “interés superior del niño”. La señalada actuación deberá ser, obviamente, **conforme a derecho**, pues no podría considerarse la citada norma como una autorización para hacer tabla rasa con cualquier institución jurídica so capa de que así se tutelarían mejor los intereses del menor.

En el caso específico de los tribunales, casi es innecesario puntualizar que el citado art. 3.1 no puede ser leído como si concediera una implícita y genérica habilitación para fallar siempre *contra legem* (menos aún si la ley es -como en el caso del Pacto de San José- también de jerarquía constitucional). Su alcance es el de priorizar el mentado “interés superior” en el marco de interpretaciones y aplicaciones jurídicas posibles, no, en cambio, el de subvertir todo derecho (público o privado) en aras del aludido interés.

Por otro lado, cabe reparar en que los textos de los arts. 16 (incs. 1 y 2) de la Convención del Niño y 11 (incs. 2 y 3) de la Convención Americana son casi idénticos. El primero establece que: “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia... 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”. La segunda norma (la del Pacto de San José) dispone: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia... 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

La gran semejanza permite afirmar que, **en el ámbito de las responsabilidades ulteriores**, ambas convenciones (no una sola, sino las dos) estatuyen sistemas similares y persiguen tutelar parecidos derechos. Empero, la diferencia decisiva aparece en el **ámbito de la censura previa**; aquí, contrariamente a lo que sucede en los otros textos internacionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo), la Convención Americana contiene una prohibición categórica, ausente en aquéllos. Ello debe ser reconocido y responde -como ha sido desarrollado- a una singularidad propia del derecho constitucional latinoamericano y a la expresa voluntad de quienes concurren a la redacción de su art. 13.

Desconocer los alcances que en esta materia tiene la Carta Regional de los Derechos Humanos -trayendo a colación la permisividad censoria que se advierte en otras latitudes- no sólo reflejaría una hermenéutica errónea, sino que borraría uno de los rasgos más peculiares del sistema americano, en aras de no se sabe qué vaga homogeneización.

Algunos pueden pensar que, en vez del sistema descripto, hubiera sido preferible adoptar otro que no proscibiera de raíz todo acto de censura, sino que permitiese su ejercicio en determinadas circunstancias y a determinada clase de personas. Éstas, seleccionadas por su probidad y conocimiento (léase, jueces), ponderarían en cada caso -balance **ad hoc e inaudita parte**- los valores o intereses en pugna: por un lado, la eventual expresión de que se trata; por el otro, los derechos que podrían verse afectados por su exteriorización.

Así podrían determinar cuál de los dos imaginarios platillos de la balanza tendría más peso o entidad para resolver si procede, o no, una supresión (total o parcial) de la expresión antes de que ésta se manifieste.

A ello debe responderse que, en materia de censura, el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones. La aversión a los sistemas de censura no se basa en la presunta deshonestidad o ignorancia de quienes los ejercen. Los probos y los doctos han sido, históricamente, los censores más eficazmente represivos al momento de ejercer la actividad censoria. La propia dinámica del sistema de censura es la nociva -con su tutela paternalista que controla anticipadamente lo que se puede decir, oír o ver-, no las personas llamadas a ejecutarlo.

De todos modos, no es en el terreno de la polémica donde la cuestión debe dirimirse, sino en el de la simple constatación de cuál es el sistema adoptado por la Ley Fundamental.

Como resulta de los textos analizados en los considerandos precedentes, surge claramente que aquél ha proscripto (con las salvedades indicadas) la censura previa como categoría. Por ello es innecesario -o, más bien, improcedente- considerar si el concreto acto de censura importó un ejercicio “bueno” o “malo” de la facultad censoria. Es ésta la que no existe como posibilidad jurídica.

Esto concluye la cuestión. No hay que formular ninguna elección, porque ésta ya ha sido hecha. Puede también aquí decirse que “esta es precisamente la clase de opciones... [que la ley constitucional] hizo por nosotros” (425 US 748, 770 - 1976).

Las medidas judiciales tomadas en el *sub examine* han consistido en impedir **anticipadamente** determinadas expresiones, por el temor de que algunos daños a ciertas e individualizadas personas fueran a producirse si aquéllas llegaran a efectivizarse. No están comprendidas en la excepción del art. 13.4. de la Convención Americana y son de naturaleza igual a las que fueron juzgadas en “Servini de Cubría” y “Nebraska Press” (considerandos 13 y 14). Como ellas, deben ser dejadas sin efecto.

En este tema el temor no es buen consejero, porque es la Ley Fundamental la que ha optado por asumir riesgos.

Como dijo esta Corte: “...la Constitución ha proscripto el recurso de la censura previa, prefiriendo correr el peligro del posible abuso de la libertad de imprenta”. Esta es la simple doctrina que impide aplicar -en este ámbito- el “derecho a la prevención” invocado por el a quo. Frente a la seguridad que otorga el silencio impuesto preventivamente para que nadie resulte lesionado a raíz de lo que pueda decirse, nuestro sistema ha preferido correr el albur de la libertad. Desde luego -y sería casi innecesario recordarlo- quien actúe en libertad será responsable por el uso que haga de ella.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 3-4-2001, S.622.XXXIII, S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias.

MENORES. INTERÉS SUPERIOR. PERSONAS CON DISCAPACIDAD. DERECHO A LA SALUD. AYUDA ECONÓMICA PARA TRATAMIENTO MÉDICO EN EL EXTERIOR. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ART. 3 (ARGENTINA).

1. Antecedentes del caso: el actor interpuso una acción de amparo contra la resolución que desestimó su solicitud de ayuda económica para realizar en el exterior un tratamiento médico a su hija, menor de edad, que padecía de atrofia muscular espinal. Una vez el caso en la Corte, el tribunal solicitó la opinión de especialistas y llegó a la conclusión de que existían en la República Argentina condiciones concretas para dar la atención sanitaria debida a la niña.

2. Sentencia:

Cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional.

La decisión del a quo soslayó dichas pautas. Con un razonamiento ritual, impropio de la materia que se debate, hizo hincapié en la extemporaneidad del cambio de destino solicitado para el tratamiento, sin atender al propósito sustancial de la acción de amparo, que ha sido, en definitiva, preservar la vida, la salud y la integridad física de la menor ante el grave riesgo en que se hallaba, comprometiendo derechos reconocidos con carácter prioritario en los tratados internacionales que vinculan a la Argentina.

Habida cuenta del objetivo primordial de la acción de amparo y de que es indudable la obligación que tiene la obra social de garantizar las prácticas que faciliten una mejor expectativa de vida, de acuerdo con los recursos científicos con que cuenta el país y la amplitud de las prestaciones previstas en la ley 24.901 sobre protección integral de las personas con discapacidad, corresponde declarar el derecho de la menor a obtener los cuidados que requiere su estado, en las condiciones indicadas por los especialistas consultados.

Por lo tanto, deviene abstracto pronunciarse sobre la negativa de rehabilitación en el exterior. Sin perjuicio de ello, no puede dejar de señalarse que las medidas que en esta instancia excepcional se han adoptado para facilitar un justo desenlace del caso pudieron y debieron ser empleadas en las instancias anteriores en vistas a obtener un eficaz reconocimiento del interés superior a que se refiere el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA ARGENTINA, sentencia del 23-11-2004, M.3805.XXXVIII, *Maldonado, Sergio Adrián s/ materia previsional s/ recurso de amparo*.

MUJERES. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN POSITIVA O INVERSA. MENORES. INTERÉS SUPERIOR (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: la demandante, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, impugnó el art. 12 de la ley 790 de 2002, que establecía en una de sus partes: "...no podrán ser retiradas del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica...". Según sus dichos, esta expresión quiebra el derecho fundamental de igualdad de todas las personas ante la ley y a recibir la misma protección y oportunidades sin ninguna discriminación, pues establece un tratamiento discriminatorio en razón del sexo, ya que se ignora que el hombre también puede tener esa condición. Muchas mujeres dependen económicamente de sus maridos, y si éstos son privados de su empleo aquéllas quedarían desamparadas. Manifiesta, asimismo, que la norma es contraria a la protección integral que deben dispensar el Estado y la sociedad a la familia y atenta contra los derechos fundamentales de los niños, toda vez que un padre sin empleo no puede satisfacerlos. La Corte debe establecer si la expresión arriba mencionada vulnera el principio de igualdad entre hombres y mujeres y los derechos de los niños.

2. Sentencia:

Conviene recordar que, conforme a la Constitución, una de las bases del Estado Social de Derecho es la consagración del principio de igualdad material como expresión del designio del poder público de eliminar o reducir las condiciones de inequidad y marginación de las personas o los grupos sociales y lograr condiciones de vida acorde con la dignidad humana.

En la sociedad colombiana se reconoce que la mujer ha sido víctima de discriminación y que, con notables esfuerzos, realiza un proceso de equiparación con el hombre en los diversos campos de la actividad social.

La ley 790 tiene por objeto renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar un adecuado cumplimiento de los fines del Estado en la atención de las necesidades de los ciudadanos.

En relación con la supuesta violación del principio de igualdad, es de considerar que la demanda carece de fundamento, pues la prohibición de retirar del servicio a las madres cabeza de familia sin alternativa económica es una medida de discriminación positiva o inversa en cuanto se aplica la doctrina constitucional. Se trata de la distribución de un bien escaso como es el empleo, en beneficio de la mujer, la cual está expresamente autorizada en la Constitución

al preceptuar que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados. Así, el art. 43 dice: “el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia” y el 53 establece que el legislador debe otorgar protección especial a la mujer en materia laboral.

Por tanto, la medida es razonable y proporcionada, y persigue de modo manifiesto la finalidad de corregir o compensar la desigualdad que históricamente ha tenido la mujer en los campos económico y social de la vida colombiana y, en particular, en el laboral, frente al hombre.

Respecto del cargo por violación del interés superior del niño, la única interpretación válida, a la luz del ordenamiento superior, es la que garantiza la protección del menor.

Por ello, sin perjuicio de lo manifestado, corresponde hacer cumplir la expresión contenida en el art. 12 de la ley 790, entendiéndose que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, a fin de proteger los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia del 27-1-2004, C-044/04, en <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/juris-nac/c-044.htm>.

MUJERES. NOMBRE. DERECHO A LA IGUALDAD (TURQUÍA).

1. Antecedentes del caso: un tribunal de instancia de Ankara solicitó a la Corte Constitucional que anule el art. 153.1 del Código Civil porque violaría los arts. 12 y 17 de la Constitución. El artículo del Código dispone que “al casarse, la mujer toma el apellido de su marido; no obstante, puede colocar su apellido antes del que lleva su marido a condición de solicitarlo al funcionario del Registro Civil o, posteriormente, a la administración del Estado Civil”. Por su parte, los arts. 12.1 y 17 citados establecen, respectivamente, que: “toda persona posee en nombre propio los derechos y libertades fundamentales que son inviolables e inalienables” y “toda persona tiene derecho a la vida y a la protección y al desarrollo de su ser nacional y espiritual”.

2. Sentencia:

La disposición por la cual “al casarse, la mujer toma el apellido del marido” es el resultado de los imperativos de ciertas realidades sociales y la institucionalización legislativa de una larga tradición. Sin embargo, el derecho de familia enuncia teorías jurídicas por las cuales la mujer debe ser protegida de ciertas realidades e imperativos sociales, y se deben reforzar los lazos familiares y la unidad familiar.

Cuando un apellido se transmite de una generación a la siguiente, se mantiene la unidad y la entidad familiar. El legislador reconoció la prioridad de uno de los esposos a fin de proteger la unión de la familia. El orden e interés público y otros imperativos lo llevaron a dar preferencia al apellido del hombre. La disposición impugnada autoriza a la esposa a usar su propio apellido juntamente con el de su marido.

La objeción por la cual el art. 153.1 del Código Civil es discriminatorio contra las mujeres en función del sexo no se aplica en este caso, dado que no se viola el derecho a la igualdad ya que se funda en motivos válidos.

CORTE CONSTITUCIONAL DE TURQUÍA, sentencia del 29-9-1998, 1998/59, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 3, p. 555.

PENAS. FINALIDAD. PENAS INUSITADAS (MÉXICO).

Si por pena inusitada, en su acepción constitucional, se entiende aquélla que ha sido abolida por inhumana, cruel y excesiva o porque no corresponde a los fines punitivos, ha de concluirse que la prisión vitalicia o cadena perpetua es inusitada y, por tanto, prohibida por el art. 22 de la Constitución, en virtud de que en la legislación mexicana la pena de prisión siempre ha tenido un límite determinado, por estimarse que cuando es de por vida es inhumana, cruel, infamante, excesiva y se aparta de la finalidad esencial de la pena, establecida en el art. 18 del propio ordenamiento, que es la readaptación social del delincuente.

En efecto, la finalidad de la pena ha evolucionado a través del tiempo, pues ésta surgió en principio como una venganza privada en la que el ofendido aplicaba el castigo de acuerdo con la gravedad del daño causado; luego, como una venganza divina, pues el delito se consideraba una ofensa a la divinidad; en el derecho griego, además, era intimidatoria; en el derecho romano, constituyó una reacción pública, en razón de la ofensa; en el período científico, en Alemania, se estimó que el fin de la pena era una coacción psicológica, de donde surgió la teoría de la prevención general; para la escuela clásica, la pena tiende a conservar el orden legal; para los positivistas, la finalidad de la pena es un medio de defensa social; para la doctrina absolutista, responde a la idea de justicia absoluta, esto es, que el bien merece el bien y el mal merece el mal; para la doctrina relativa, es el instrumento para asegurar la vida en sociedad; y la doctrina ecléctica propone que la pena pública puede tener los fines siguientes: reformar al delincuente, ser ejemplar, intimidatoria, correctiva, eliminatoria y justa.

Ahora bien, en el art. 18, segundo párrafo, de la Constitución, después de analizar las iniciativas, dictámenes y discusiones de las reformas de que fue objeto, siempre se ha concebido como finalidad de la pena y garantía del sentenciado la readaptación social del delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación y la educación como medios para lograr ese fin; en consecuencia, si en la legislación mexicana no se encuentra prevista y sancionada como pena la cadena perpetua o prisión vitalicia porque contraviene el fin último de la pena, que consiste en readaptar al delincuente para incorporarlo a la sociedad, es evidente que se trata de una pena inusitada; por tanto, es inconstitucional.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO (Pleno), sentencia del 2-10-2001, tesis 127/2001, registro 188.542, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octubre de 2001, tomo XIV, p. 15.

PERSONA HUMANA. EMBRIONES CONGELADOS. DAÑO MORAL Y MATERIAL (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: el 15 de agosto de 2000, a causa del recalentamiento de un recipiente que contenía nueve embriones congelados pertenecientes a los esposos T., éstos solicitaron al Tribunal Administrativo de Amiens que condenara al centro hospitalario de la ciudad al pago de una indemnización por daño moral y material y por la pérdida de la posibilidad de ser padres.

2. Sentencia:

En el estado actual de la ciencia, no se conocen las consecuencias del incidente ante la posibilidad de utilizar los embriones en un proceso de procreación médicamente asistida. Si bien no es seguro que los embriones hayan sido dañados, el perjuicio resultante del accidente puede considerarse cierto dados los peligros que genera la implantación de éstos.

En virtud del art. 16-1 del Código Civil, "...el cuerpo humano, sus elementos y sus productos no pueden ser objeto de derecho patrimonial". Si bien los peticionantes pueden

alegar un perjuicio material por la pérdida de los embriones, la disposición citada impide que pueda solicitarse la reparación pecuniaria.

Por otra parte, los embriones supernumerarios no son personas. Por consiguiente, los esposos T. no pueden alegar un perjuicio moral por la pérdida de seres queridos. Sí tienen derecho, en su condición de existencia, a obtener la reparación de los perjuicios causados por el accidente en cuestión, por lo que se fija la suma de 10.000 euros.

Por último, no corresponde que el Sr. y la Sra. T. aleguen la pérdida de la posibilidad de ser padres a causa del accidente y, consecuentemente, soliciten una indemnización al respecto, pues tienen respectivamente 44 y 32 años y, por consiguiente, pueden realizar un nuevo tratamiento de procreación médicamente asistida.

Nota de la Secretaría: sobre este fallo, ver el comentario de XAVIER LABBÉE, en *op. cit. infra*.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE AMIENS, sentencia del 9-3-2004, *Centre hospitalier d'Amiens*, en *Recueil Le Dalloz*, París, Dalloz, 2004, n° 15, p. 1051.

PODER LEGISLATIVO. CONFLICTO DE PODERES. ATRIBUCIONES DE LOS DIPUTADOS. MANIFESTACIONES EN UN PROGRAMA TELEVISIVO (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: se plantea un conflicto de atribuciones entre poderes del Estado como consecuencia del proceso penal por difamación agravada promovido por un miembro del Ministerio Público de Milán contra el diputado Vittorio Sgarbi, por considerar que las opiniones de éste -vertidas en un programa televisivo- fueron ofensivas a su reputación e investidura de fiscal y no pueden considerarse relacionadas con su función parlamentaria.

2. Sentencia:

2.1. La defensa de la Cámara de Diputados considera que el recurso es infundado y apela a la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando, entre otros argumentos, señala que “la actividad de los miembros de las Cámaras en el Estado democrático representativo está por su naturaleza destinada [...] a proyectarse fuera de las aulas parlamentarias, en interés de la libre dialéctica política que es condición de vida de las instituciones democrático-representativas”. Con ello deduce que el ámbito de la política parlamentaria no se agota en el ejercicio activo de los poderes del parlamentario, sino que puede comprender también toda la comunicación político-parlamentaria de la cual sea partícipe. Y sostiene que la “subsistencia del nexo funcional [...] descendería de la correspondencia sustancial de contenidos entre las declaraciones de Sgarbi pronunciadas en el curso de las transmisiones televisivas y las expresadas en su labor parlamentaria con referencia al marco temático general, considerado como unidad”.

Un segundo argumento remite a un requisito formal para admitir el recurso -señalado en la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional-: la solicitud de un pronunciamiento de incompetencia de la Cámara en la valoración de la “incensura” (*insindacabilità*). La falta de éste en el recurso de la Sala II Penal del Tribunal de Brescia determinaría su inadmisibilidad, a pesar de que a esos fines se haya requerido “la anulación de la deliberación adoptada por la Asamblea”. Al respecto, la Corte señala que tal requisito debe considerarse comprendido tanto en la voluntad de promover el conflicto como en la solicitud de anulación de la referida deliberación.

2.2. Se considera que el recurso es fundado. La Corte reafirma su constante jurisprudencia en el sentido de que “el nexo funcional entre las declaraciones externas de un parlamentario y el desempeño de sus funciones como miembro del Parlamento existe siempre

y cuando la declaración pueda ser calificada como divulgativa al exterior de sus actividades, es decir, cuando haya una sustancial correspondencia de significado con opiniones ya realizadas o contextualmente expresadas en el ejercicio de funciones parlamentarias, no siendo suficiente una mera comunidad de argumentos” (sentencia n° 521 de 2002).

Los actos del diputado Sgarbi aportados por la defensa -relativos al año 1994- tienen un objeto sustancialmente distinto al que se refieren las declaraciones incriminadas, por lo que debe excluirse cualquier correspondencia con las opiniones vertidas en las transmisiones televisivas citadas. Y en lo que respecta a la unidad temática reclamada, resulta suficiente observar que en el significado hecho propio por la misma defensa, esa unidad terminaría, por su latitud y generalidad, evanesciendo aquella correspondencia. Por lo que “ni la interpretación más lata de la garantía de la incensura podría inducir a considerar que un acto parlamentario que contiene la denuncia de un hecho pueda transformar en inmunes las declaraciones que contengan valoraciones sobre un hecho distinto”, porque “una cosa es la libertad de crítica de la cual todos son titulares, y otra cosa es la prerrogativa constitucional, para preservar una esfera de libertad y autonomía de las Cámaras, reservada a los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones” (sentencia n° 508 de 2002).

En efecto, a los fines de la subsistencia de la prerrogativa constitucional, no resulta suficiente la comunidad de argumento entre las opiniones incriminadas y las expresadas en sede parlamentaria, ni tampoco la recurrencia a un contexto genéricamente político en el que tales declaraciones se incluyan, por lo que debe identificarse la “identidad de las declaraciones mismas como expresión de la actividad parlamentaria”.

Cabe concluir entonces que la Cámara de Diputados, al votar la incensura de las declaraciones objeto de la causa penal en curso, ha violado el art. 68.1 de la Constitución y lesionado las atribuciones de la autoridad judicial recurrente.

Nota de la Secretaría: recientemente (sentencia n° 193 del 5 de mayo de 2005), la Corte resolvió en análogo sentido al fallar en un conflicto de atribución entre poderes elevado por el Tribunal de Roma, en el marco de un proceso civil por resarcimiento de daños promovido por Paolo Foresti contra el diputado Nicola Vendola por la publicación en *El Manifiesto* de un artículo firmado por este último con opiniones difamantes contra Foresti, cuando era embajador en Tirana. Con este mismo criterio, ver también: sentencia n° 10 del 17 de enero de 2000, en el juicio motivado a continuación de la deliberación del 16 de septiembre de 1998 de la Cámara de Diputados relativa a la no censura de las opiniones expresadas por el diputado Vittorio Sgarbi contra el entonces Procurador Dr. Giancarlo Caselli, en el marco de la causa por difamación que el magistrado promovió ante el Tribunal de Palermo por haber ofendido su reputación. La Corte sostuvo que escapa a su deber pronunciarse acerca de si las declaraciones en cuestión integran los extremos del delito adjudicado al diputado o, más bien, concretan la manifestación del derecho de crítica política del que -al igual que cualquier otro sujeto- el diputado goza, derecho tutelado por el art. 21 de la Constitución que, ciertamente, comprende también la crítica a la magistratura y lo hecho por sus miembros. A ello está llamado a responder el juez del proceso penal, al cual compete pronunciarse en concreto sobre la relación entre el derecho a la libre manifestación del pensamiento, en particular en el campo político, y el derecho al honor y a la reputación del sujeto que se considera lesionado por la opinión expresada. El juicio de la Corte versa, en cambio, sobre la tutela de las respectivas esferas de atribuciones, abordando la controversia sobre la aplicación del art. 68.1 de la Constitución, originada en el contraste entre la valoración de la Cámara de Diputados y la de la autoridad jurisdiccional precedente. En este contexto, la Corte dijo que “las opiniones que el parlamentario exprese fuera de los objetivos y de las actividades propias de las asambleas representan más bien ejercicio de la libertad de expresión común a todos los conciudadanos, y a ella no puede extenderse -sin desnaturalizarla- la inmunidad que la Constitución ha querido reservar a las opiniones expresadas en el ejercicio de las funciones”. El límite está fijado precisamente por la Constitución a través de la delimitación “funcional” del ámbito de la prerrogativa. Sin esa delimitación, la aplicación de tal prerrogativa la transformaría en un privilegio personal (sentencia n° 375 de 1997). Ver, asimismo, la sentencia n° 176 del 4 de mayo de 2005, relativa a la no censura de las opiniones expresadas por el senador Giulio Andreotti contra el magistrado Mario Almerighi, en el marco de la causa por difamación agravada que éste promueve ante el Tribunal de Perugia. El argumento del Senado en defensa del

senador vitalicio Andreotti hace referencia precisamente a que “sus opiniones deberían ser valoradas no sólo con referencia a su función parlamentaria, sino también con relación a su investidura por méritos excepcionales que, en extrema síntesis, enraiza una relación de representación con la Patria entera y aun de expresión calificadísima de la Patria”. Esa posición particular “impondría la reinterpretación de la tutela del art. 68”, en el entendimiento de que dicha tutela debería estar “reforzada” por la condición de senador vitalicio. La Corte sostiene que esta tesis de que la inmunidad del art. 68.1 de la Constitución tendría, con relación al senador vitalicio, una amplitud mayor que la atribuida a los parlamentarios electos, no encuentra ninguna relación con ninguna norma constitucional ni puede ser deducida de la mayor importancia aseverada del título de investidura de los senadores vitalicios respecto a la de los senadores electos, por lo que también en el caso resulta aplicable el requisito del nexo funcional entre las declaraciones lesivas y la actividad parlamentaria propiamente dicha, como condición para hallarse comprendidas bajo la tutela conferida por la norma constitucional.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia del 24-1-2005, n° 28, en <http://www.giurcost.org>.

PRESOS. DERECHO AL VOTO. DERECHO A LA IGUALDAD (CANADÁ).

Conforme al art. 51.e de la Ley Electoral canadiense, los detenidos en cárceles que purgan penas de dos o más años de prisión no pueden votar en las elecciones federales. Esta disposición es inconstitucional, ya que privarlos del derecho al voto puede generar mensajes que comprometan el respeto de la regla del estado derecho y la democracia, y dificulta un importante medio de inculcar valores democráticos y el sentido de las responsabilidades sociales.

La teoría política que permita a los representantes elegidos la privación de este derecho a una parte de la población no tiene lugar en una democracia fundada en el principio de inclusión, de igualdad y de participación del ciudadano.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ, sentencia del 31-10-2002, n° 27677, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 3, p. 432.

PRESOS. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN. LÍMITES (HUNGRÍA).

1. Antecedentes del caso: el peticionante solicitó a la Corte Constitucional la declaración de inconstitucionalidad del art. 36.5.f del decreto-ley sobre ejecución de penas, conforme al cual los detenidos tienen restringidos sus derechos de asociación, a la educación y a la defensa nacional. Consideró que esta disposición no permitía a las personas detenidas en los establecimientos penitenciarios asociarse libremente, de conformidad con el art. 63 de la Constitución, ni ejercer su derecho a crear organizaciones (sindicatos) o adherirse a ellas a fin de defender sus intereses económicos y sociales, garantizado por el art. 70/C del texto constitucional.

2. Sentencia:

La libertad de asociación es uno de los derechos de expresión, por lo que debe entenderse que toda persona tiene derecho a formar una asociación con fines culturales, económicos, políticos u otros o la posibilidad de participar en un grupo determinado de personas. Esta libertad incluye el derecho a crear una asociación o de adherirse (o no hacerlo)

a ella. Constituye un derecho fundamental que, como cualquier otro, puede ser objeto de restricciones.

Las personas detenidas se hallan en una situación particular; son titulares de derechos fundamentales pero, en razón de su estado y de su finalidad judicial, poseen limitaciones. Sin embargo, existen ciertos derechos que no pueden ser afectados, como el derecho a la vida y a la dignidad de la persona humana. La naturaleza misma de la detención suspende el ejercicio de la libertad personal, de circulación y de elección del domicilio. Por el contrario, la libertad de opinión es uno de los derechos que subsiste durante la permanencia en prisión, pero tanto su ejercicio como su manifestación están definidos por la ejecución de la pena y las circunstancias que la rodean.

Es posible estudiar la constitucionalidad de la limitación al ejercicio de los derechos fundamentales según el criterio de necesidad. En este caso concreto, es preciso buscar un equilibrio entre el poder del Estado de satisfacer de manera eficiente las cuestiones penales y la libertad de asociación de los detenidos. Una disposición jurídica que limita a un condenado un derecho fundamental a causa de su detención sólo es constitucional si sirve a propósitos penales legítimos. A los fines de la aplicación efectiva de las penas y del mantenimiento del orden dentro de las prisiones puede ser necesaria, en ciertos casos, la limitación a la libertad de asociación.

La circunstancia de ser miembro de una asociación puede ayudar mucho a los condenados a mantener su relación con el mundo exterior y facilitar su reinserción en la sociedad después de la liberación. El hecho de pertenecer a una comunidad de tamaño reducido puede promover la preservación de la personalidad y la autoestima.

En general, la restricción al derecho de asociación no es proporcional cuando prohíbe crear asociaciones que no entran en contradicción con la finalidad de la pena y no ponen en peligro el orden y la seguridad. Las asociaciones son importantes cuando los detenidos buscan crearlas en defensa de sus intereses. El art. 70/C.1 de la Constitución prevé un tipo especial de libertad de asociación, el de la defensa de los intereses económicos y sociales. Conforme a ello, el ejercicio por parte de los condenados de constituir las sólo está limitado en la medida en que lo justifica la finalidad de la pena; este derecho sólo puede restringirse cuando resulta inevitable para mantener el orden en el establecimiento penitenciario.

CORTE CONSTITUCIONAL DE HUNGRÍA, sentencia del 7-10-2002, 569/B/1999, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 3, p. 474.

PROCESO CIVIL. PRUEBA. ADMISIBILIDAD. DECLARACIÓN A TRAVÉS DE VIDEOCONFERENCIA (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: en agosto de 1977, el director de cine Roman Polanski admitió, ante un tribunal de California, haber tenido relaciones sexuales ilícitas con una niña de 13 años. Antes de que se dictara sentencia, se trasladó a su domicilio en Francia, de donde es ciudadano. Posteriormente, promovió una acción en Gran Bretaña contra *Conde Nast Publications Ltd.* alegando haber sido calumniado en la edición de julio de 2002 de la publicación *Vanity Fair*. Antes de iniciar el proceso, solicitó autorización para prestar declaración por videoconferencia desde Francia, alegando que no podía ingresar a territorio británico sin asumir el riesgo de ser extraditado a los Estados Unidos. El juez de primera instancia hizo lugar a su petición, pero la Cámara acogió la apelación interpuesta por la editorial. Polanski interpuso entonces un recurso ante la Cámara de los Lores.

2. Sentencia: se hace lugar a la apelación interpuesta.

Puede parecer poco atractivo que Polanski haya podido escapar de la justicia en relación con su conducta criminal y, aun así, solicite la colaboración de los tribunales para proteger sus derechos civiles. Sin embargo, la alternativa de que pueda violarse impunemente su derecho de propiedad y sus otros derechos resulta inaceptable. La autorización solicitada por Polanski no lo ayudará a evadir la justicia, dado que no ingresará al Reino Unido, cuente o no con ese permiso.

Polanski cuenta con legitimación para promover una acción ante los tribunales británicos y, siendo ello así, no habría motivo para denegarle una posibilidad que tienen todos los litigantes.

La regla general debe ser que, con relación a las acciones válidamente articuladas en el país, el hecho de que el actor no desee ingresar porque es un fugitivo de la justicia constituye una razón valedera y suficiente para concederle autorización para declarar a través de una videoconferencia.

CÁMARA DE LOS LORES DEL REINO UNIDO, sentencia del 10-2-2005, *Polanski v. Condé Nast Publications Ltd.*, en *Human Rights Law Reports -UK Cases-*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, Part 2, p. 395.

PROCESO PENAL. JUICIO ABREVIADO. CONCLUSIÓN ANTICIPADA DE LA INSTRUCCIÓN Y DEL DEBATE ORAL. DIFERENCIAS. LÍMITES. ALCANCE. **REPARACIONES.** EFECTOS CIVILES. MONTO (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: la Procuradora Pública del Estado cuestiona la sentencia condenatoria por considerar que la reparación civil es exigua y extiende los agravios del recurso a lo que considera una ilegal aplicación del art. 5 de la ley 28.122 -conclusión anticipada del juicio oral-, en vista de que el delito materia de juzgamiento -tráfico ilícito de estupefacientes- impide hacer uso de esa norma. La sentencia recurrida fijó un monto exiguo en concepto de reparación civil que, por lo demás, fue el solicitado por la fiscal superior adjunta en la acusación.

2. Sentencia:

2.1. Tratándose de un delito de peligro abstracto, de riesgo o de pura actividad como es el delito de tráfico ilícito de drogas, cuya punibilidad tiene origen en la situación de peligro eventual que nace de las conductas típicas, la reparación civil debe fijarse en función de la cantidad y dañosidad de la droga incautada, así como también de la magnitud o entidad del hecho delictivo y el número de individuos que han participado en su comisión, sobre la base de los principios de suficiencia y razonabilidad o proporcionalidad.

En el caso, se trató de una tenencia con fines de tráfico al exterior de cuatrocientos sesenta y ocho (468) gramos de clorhidrato de cocaína ingeridos mediante cápsulas, hecho en el que han intervenido, por lo menos, otros dos individuos en Brasil y Perú. Por ser así, el monto de la reparación civil debe incrementarse prudencialmente.

2.2. La ley n° 28.122, más allá de lo limitado y parcial de su denominación oficial (“Ley sobre conclusión anticipada de la instrucción en procesos por delitos de lesiones, hurto, robo y microcomercialización de droga, descubiertos en flagrancia con prueba suficiente o imputados sometidos a confesión sincera”), comprende dos institutos procesales penales: las conclusiones anticipadas de la instrucción judicial -a la que hace mención el título de la ley- (arts. 1 a 4) y aquéllas del debate o del juicio oral (art. 5). Ambos institutos, aun cuando estén vinculados al principio de celeridad de la justicia penal, se diferencian en que en el último supuesto rige, básicamente, el principio del consenso, dado que la decisión del imputado y su defensa es determinante para dar inicio al procedimiento de conclusión anticipada del debate o juicio oral, lo que no sucede cuando se trata de la instrucción judicial, que requiere cumplir -

sin que la voluntad del imputado pueda impedirlo- determinados requisitos previstos legalmente.

La conclusión anticipada de la instrucción judicial se circunscribe a determinados tipos penales y a procesos simples, siempre que se presenten puntuales supuestos procesales, tales como flagrancia delictiva, investigación preliminar con la intervención del fiscal con suficiencia probatoria y confesión sincera, lo que se explica porque causalmente se tiende a limitar los actos de investigación judicial, y ello podría afectar la incorporación de fuentes de prueba y elementos de convicción para fundar una acusación o sostener una defensa razonable. Por el contrario, en el caso del debate oral, se privilegia la captación de los cargos por parte del imputado y su defensa -ella es la titular de esta institución-, cuya seguridad -de cara al principio de presunción de inocencia- parte de una instrucción cumplidamente actuada con sólidos elementos de convicción y valorada, a los efectos de la pretensión acusadora, por el fiscal superior y luego por la defensa; de suerte que el art. 5 -precisamente por tratarse de una institución procesal autónoma y distinta de la anterior- no impone límite alguno en orden al delito objeto de acusación o a la complejidad del proceso, ni remite su aplicación a las exigencias de los arts. 1 y 2.

Es de aclarar, también, que cuando el art. 5 hace mención a la “confesión sincera”, en rigor remite al numeral uno de la norma, que, por tal expresión, a estos solos efectos -aunque dogmáticamente cuestionable-, entiende únicamente aceptar en ese trámite ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, de modo que en este caso tampoco cabe concordarlo necesariamente con el art. 136 del Código de Procedimientos Penales o con el art. 1, numeral tres, de la citada ley.

2.3. El acto de disposición del imputado y su defensa se circunscribe al reconocimiento de la responsabilidad penal y civil atribuida; no es un allanamiento a la pena pedida y a la reparación civil solicitada, por lo que -como postula la doctrina procesalista- el Tribunal está autorizado, al reconocerse los hechos acusados, a recorrer la pena en toda su extensión, desde la más alta prevista en el tipo penal hasta la mínima inferida, llegando incluso hasta la absolucón si fuere el caso, si se toma en cuenta la fuente española, parcialmente acogida, cuando se advierta que el hecho es atípico o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de responsabilidad penal o de su preceptiva atenuación. Como es de advertir, se trata de una modalidad especial de sentencia, que puede denominarse “sentencia anticipada”, producto de una confesión del acusado en los términos antes descriptos. Esta confesión tiene como efecto procesal concluir el juicio oral, y no está circunscripta exclusivamente al pedido de pena y reparación civil del fiscal y, en su caso, de la parte civil; consecuentemente, el Tribunal retiene su potestad de fijarlas conforme a lo que corresponda y con arreglo a los principios de legalidad y proporcionalidad.

2.4. Dado el carácter general de la interpretación del alcance del art. 5 de la ley 28.122 como institución procesal penal aplicable a toda clase de delitos sujetos al proceso penal ordinario, corresponde disponer su condición de precedente vinculante, en aplicación a lo dispuesto en el numeral uno del art. 301-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo N° 959.

Por estos fundamentos, se declara no haber nulidad en la sentencia de fecha 26 de marzo de 2004 en cuanto condena al imputado, como autor del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, a siete (7) años de pena privativa de libertad, multa e inhabilitación; haber nulidad en cuanto al monto por reparación civil a favor del Estado, el que se modifica por uno superior; y se dispone que los fundamentos jurídicos de la presente ejecutoria constituyen precedente vinculante.

Nota de la Secretaría: con relación a las sentencias ejecutorias supremas en materia penal con carácter vinculante en Perú, ver artículo de MIGUEL PÉREZ ARROYO en esta revista, sección *DOCTRINA*, p. ????

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ, sentencia del 21-9-2004 (ejecutoria suprema), expediente n° 1766-2004, en <http://www.pj.gob.pe>.

PROCESO PENAL. PRUEBA. ADMISIBILIDAD. REGLA DE EXCLUSIÓN. DECLARACIÓN OBTENIDA DE UN ACUSADO. **DERECHO DE DEFENSA.** DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: unos oficiales de policía fueron a la casa del peticionante Fellers y le advirtieron que habían ido a discutir su participación en la distribución de drogas, que tenían una orden de arresto librada por un juez federal y que un gran jurado lo había acusado de conspirar para distribuir metanfetamina. Durante el curso de una breve discusión, el peticionante hizo varias declaraciones autoincriminantes. Cuando ya estaba en la prisión del condado, se le notificaron los derechos que le acuerdan las decisiones adoptadas en *Miranda v. Arizona* (384 US 436 -1966-) y en *Patterson v. Illinois* (487 US 285 -1988-). Fellers firmó una renuncia a los mismos y ratificó sus declaraciones previas. Sin embargo, antes del juicio, invocó la inadmisibilidad de las que había hecho en su casa y en prisión. Un tribunal de magistrados recomendó la supresión de las primeras, con base en que los policías no habían informado a Fellers sobre los derechos que le acuerda *Miranda*, y algunas partes de las segundas, por juzgarlas fruto de la omisión previa de dar las advertencias *Miranda*. El tribunal de distrito suprimió las hechas en el domicilio, pero admitió las prestadas en la cárcel, con base en lo resuelto en *Oregon v. Elstad* (470 US 298 -1985-) y en la conclusión de que, antes de hacerlas, el peticionante había renunciado informada y voluntariamente a los derechos que le acuerda *Miranda*. La Cámara Federal de Apelaciones confirmó la condena, sosteniendo que las formuladas en la cárcel habían sido bien admitidas en términos de *Elstad* y que los policías no habían violado el derecho de Fellers a contar con asistencia letrada, dado que no lo habían interrogado en su casa. En este punto, Fellers interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

2. Sentencia: la Cámara decidió erróneamente que las declaraciones que el peticionante hizo en la cárcel no pueden ser juzgadas fruto de las que se le extrajeron en su hogar y, en consecuencia, inadmisibles, porque no hubo “interrogatorio”.

(a) Se deniega la protección de la VI Enmienda “cuando, en juicio, se usan contra un acusado... sus propias palabras autoincriminantes, que los funcionarios federales... deliberadamente le extrajeron después de que había sido acusado y sin que contara con asistencia letrada” (ver *Massiah v. United States*, 377 US 201 -1964-). La Corte ha aplicado en forma consistente el “estándar de la obtención deliberada” en los casos resueltos con posterioridad relativos a la VI Enmienda (*United States v. Henry*, 447 US 264 -1980-) y expresamente lo ha distinguido del aplicable a los interrogatorios realizados en situación de arresto, fundado en la V Enmienda (*Michigan v. Jackson*, 475 US 625 -1986-). Resulta indudable que los policías “obtuvieron deliberadamente” información del peticionante en su hogar. Dado que esa discusión tuvo lugar después de que éste había sido acusado, sin que contara con un abogado y sin que hubiera renunciado a los derechos que le acuerda la VI Enmienda, el accionar de los policías violó los estándares de tal Enmienda establecidos en *Massiah*, *supra*, y en los casos resueltos ulteriormente con ese criterio.

(b) Juzgando erróneamente que el peticionante no había sido interrogado en violación de los estándares de la VI Enmienda, la Cámara hizo un análisis inapropiado de los “frutos” en términos de la V Enmienda. Con sustento en *Elstad*, declaró que la admisibilidad de las declaraciones hechas en la cárcel sólo dependía de que éstas fueran informadas y voluntarias, y no se dispuso a analizar si la VI Enmienda requiere su exclusión como fruto de interrogatorios previos violatorios del mencionado “estándar de la obtención deliberada”.

Dado que la Corte no ha tenido ocasión de decidir si el criterio de *Elstad* resulta aplicable cuando un sospechoso formula declaraciones autoincriminantes después de haber renunciado voluntaria e informadamente al derecho al asesoramiento letrado, pero después de haber sido objeto de un interrogatorio policial violatorio de la VI Enmienda, se reenvían las actuaciones a la Cámara de Apelaciones para que analice por primera vez este aspecto.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 26-1-2004, *John J. Fellers v. United States*, en 72 LW 4150.

PROCESO PENAL. SEGUNDA INSTANCIA. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO DE LOS INDIGENTES CONDENADOS PENALMENTE, CON BASE EN SU ADMISIÓN DE CULPABILIDAD, A CONTAR CON UN DEFENSOR OFICIAL PARA APELAR. DERECHO A UN JUICIO JUSTO. DERECHO A LA IGUALDAD. ABOGADOS. LEGITIMACIÓN ACTIVA. LEGITIMACIÓN PARA INVOCAR JUDICIALMENTE LOS DERECHOS DE SUS POTENCIALES CLIENTES FUTUROS (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: la Constitución de Michigan, después de su reforma, dispone que los acusados que se hayan declarado culpables o *nolo contendere* sólo pueden apelar con autorización judicial. En consecuencia, varios jueces estatales se negaron a designar un abogado oficial para una segunda instancia a los indigentes que en su juicio criminal habían ejercido esta opción. Posteriormente, el Congreso de Michigan incorporó legislativamente esta práctica. Los dos abogados apelados y tres acusados penales indigentes promovieron una acción ante un tribunal federal de distrito alegando que dicho régimen niega a los indigentes su derecho al debido proceso y a la igualdad ante la ley. El tribunal de distrito encontró que los abogados tenían legitimación procesal para demandar como terceros, pero que los tribunales debían abstenerse de entender en las acciones promovidas por los indigentes, y declaró la inconstitucionalidad de la práctica y de la ley. Una Cámara Federal de Apelaciones en pleno confirmó esta decisión. Se interpuso entonces un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte.

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

Los abogados carecen de legitimación como terceros (*third party standing*) para invocar los derechos de los indigentes que han sido acusados penalmente en Michigan y a quienes se niega la designación de un abogado oficial para segunda instancia.

La Corte asume que estos letrados están legitimados en términos del Artículo III de la Constitución y, en consecuencia, sólo analiza si pueden plantear los derechos de otras personas. A esos efectos, corresponde evaluar si tienen una “estrecha” relación con estas últimas y si existe un impedimento para que éstas puedan proteger sus propios intereses (*Powers v. Ohio*, 499 US 400, 411 -1991-). En este caso, los abogados basan la legitimación que invocan en una futura relación abogado/cliente con los aún indeterminados acusados penales de Michigan a quienes se niega la designación de un abogado oficial para segunda instancia en razón de lo dispuesto por la ley aprobada por la legislatura estatal. En dos casos en que la Corte encontró que una relación abogado/cliente bastaba para conferir legitimación como tercero -*Caplin & Drysdale, Chartered v. United States* (491 US 617 -1989-) y *Department of Labor v. Triplett* (494 US 715 -1990-)-, los abogados habían invocado los derechos de clientes conocidos, no los de clientes hipotéticos como aquí. En el segundo de los casos mencionados, se decidió que un abogado tenía legitimación como tercero para invocar el derecho al debido proceso de su cliente, a efectos de impugnar el fundamento jurídico de una sanción disciplinaria que se le había impuesto. Ése es el tipo de supuestos en que se puede reconocer “legitimación para invocar derechos de terceras personas con base en que la

aplicación al litigante de la restricción impugnada indirectamente violenta sus derechos” (*Warth v. Seldin*, 422 US 490, 510 -1975-).

En el *sub lite*, los abogados carecen de una “relación estrecha” con sus alegados “clientes”; de hecho, carecen de relación alguna. Por otra parte, tampoco han demostrado que los indigentes tengan obstáculos para defender sus propios derechos constitucionales en el marco estatutario de Michigan. Un indigente puede pedir autorización a un tribunal estadual para impugnar la negativa a designarle un abogado oficial para segunda instancia y también interponer un *certiorari* en la Suprema Corte; y, más allá de eso, puede pedir la revisión incidental (*collateral review*) tanto en sede estadual como federal. La hipótesis descrita por los abogados de que, sin contar con asesoramiento letrado, en los hechos, esas alternativas no son viables, ha sido rechazada anteriormente por los tribunales de Michigan y por la Corte. Si lo único que necesitan los indigentes para perfeccionar judicialmente su impugnación es el asesoramiento de un abogado, cabe preguntarse por qué los letrados aquí apelados no les prestaron ese servicio. La conclusión razonable es que su objetivo no es que el proceso estadual siga su curso, sino que un tribunal federal evite que Michigan decida parte de la cuestión constitucional.

La acción de los indigentes fue desestimada adecuadamente con base en *Younger v. Harris* (401 US 37 -1971-) porque tuvieron amplias oportunidades para plantear su impugnación constitucional en los procesos que actualmente tramitan en sede estadual. No queremos permitir que se sortee de este modo el principio adoptado en *Younger*, lo cual constituye una razón adicional para negar a los abogados legitimación como terceros.

SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS, sentencia del 13-12-2004, *John F. Kowalski, Judge, 26th Judicial Circuit Court of Michigan, et al. v. John C. Tesmer*, en 73 LW 4032.

REFERÉNDUM. INCONSTITUCIONALIDAD. SEGURIDAD SOCIAL. JUBILACIONES Y PENSIONES. EDAD (ALBANIA).

1. Antecedentes del caso: 53.000 electores presentaron un recurso ante la Corte Constitucional a efectos de verificar la constitucionalidad de un posible referéndum sobre la derogación efectuada por parte del Poder Legislativo de ciertas disposiciones de la Ley de Seguridad Social, entre ellas, el aumento de la edad requerida para poder jubilarse: en el caso de las mujeres, de los 55 a los 60 años, y en los hombres, de 60 a 65. La Corte consideró que debía aclarar dos puntos principales.

2. Sentencia:

2.1. En primer término, se planteó si los peticionantes podían legítimamente solicitar un referéndum general. Conforme a los principios de la democracia representativa, éste está ligado al principio de la soberanía popular (art. 2.1. de la Constitución) que los representantes del pueblo ejercen directa o indirectamente. Los instrumentos de la democracia directa no constituyen un poder concurrente al de los órganos representativos, sino que son un medio de evitar la falta de acción de los representantes populares o de contrabalancear su inacción. La Constitución permite el ejercicio de la soberanía popular mediante el referéndum si no es contrario al procedimiento legislativo. En tal sentido, para derogar una ley, sólo es válido con la firma de 50.000 ciudadanos, mientras que una consulta para la adopción de un proyecto de ley puede ser llevada a cabo únicamente con el consentimiento de la Asamblea Nacional albanesa. La restricción se justifica por la voluntad de evitar que se multipliquen los referendos hasta competir con el proceso legislativo parlamentario, situación que sería contraria al principio constitucional antes mencionado. Por consiguiente, la Constitución y el

Código Electoral establecen criterios que deben regir su organización, tales como la exigencia de un número mínimo de firmas o la exclusión de ciertos temas.

2.2. En lo relativo a la cuestión de saber si la ley que se pretende refutar está dentro de la categoría de las que, conforme a la Constitución, pueden refrendarse, el art. 151.2 establece su imposibilidad cuando se haga referencia a presupuestos, impuestos u obligaciones financieras del Estado. A pesar de que no se halla dentro de estas categorías, los efectos de la ley en cuestión están directamente relacionados con el presupuesto del Estado. El sistema de seguridad social es un régimen “abierto” que puede ser mejorado o modificado en razón de los cambios de la situación económica y social. Funciona con base en las cotizaciones patronales y salariales. Toda modificación en la relación entre quienes cotizan y los beneficiarios tiene efectos en el presupuesto estatal. En efecto, si las cotizaciones no alcanzan para cubrir los pagos a los beneficiarios, el déficit se cubre con fondos provenientes del presupuesto. Es el Estado quien regula la relación entre estas dos categorías de personas y quien garantiza los fondos en caso de quiebra. En el caso en estudio, elevar la edad jubilatoria genera un aumento del número de quienes cotizan y una disminución de los beneficiarios, lo que conduce a una mejora en el sistema de seguridad social para las futuras generaciones de beneficiarios.

Por todo ello, es inconstitucional la solicitud de organización de un referéndum general a efectos de derogar disposiciones como la de autos.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ALBANIA, sentencia del 19-11-2003, n° 31, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2003, 3, p. 424.

SEGURIDAD PÚBLICA. ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS. PROHIBICIÓN DE INGRESAR A UN ESTADIO. SANCIONES ADMINISTRATIVAS O PENALES. DERECHO A LA IGUALDAD. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 6 (BÉLGICA).

1. Antecedentes del caso: con base en el art. 44 de la ley del 21 de diciembre de 1998, relativo a la seguridad en los partidos de fútbol, la policía puede, en caso de ciertos excesos en los estadios, prohibir temporariamente, como medida de seguridad, la entrada a personas implicadas en estos sucesos. El peticionante presentó una demanda ante el Tribunal de Policía por haber recibido esta prohibición y sanciones administrativas complementarias. Este tribunal consideró que la prohibición constituye una sanción penal. Por ello, solicita a la Corte de Arbitraje que se pronuncie sobre si esta sanción, sin un proceso previo y sin la posibilidad de apelación o de imputabilidad, viola las reglas constitucionales de igualdad y no discriminación (arts. 10 y 11 de la Constitución), leídas conjuntamente con el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención).

2. Sentencia:

La prohibición de entrada inmediata a un estadio es una medida de seguridad temporaria y no una sanción penal, en cuyo caso se aplicaría el art. 6 de la Convención. La prohibición es limitada (no más de tres meses) y se adopta únicamente para partidos determinados y en el transcurso de su duración, y desaparece cuando interviene una instancia administrativa o judicial.

Es necesario tomar en cuenta el objetivo buscado por el legislador y las condiciones estrictas fijadas por la ley: apreciación concreta del comportamiento de las personas, motivos de seguridad, notificación obligatoria de un proceso y confirmación por parte de un funcionario competente dentro de los catorce días. Si bien no existe un procedimiento de apelación específico, el acusado puede utilizar los recursos judiciales habituales. Finalmente, es posible que las autoridades competentes consideren, para determinar las sanciones, el hecho

de que el interesado ya tuvo prohibida la entrada en un estadio en carácter de medida de seguridad.

Por todo ello, no hay discriminación en este caso concreto.

CORTE DE ARBITRAJE DE BÉLGICA, sentencia del 5-12-2002, 175/2002, en *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2002, 3, p. 428.

SEGURIDAD PÚBLICA. MEDIDAS DE PREVENCIÓN. VIGILANCIA ESPECIAL CON RESIDENCIA OBLIGATORIA. PERMISO DE ALEJAMIENTO DEL LUGAR DE RESIDENCIA. **LIBERTAD DE CULTO.** DERECHO A PROFESAR LIBREMENTE LA FE RELIGIOSA (ITALIA).

La cuestión de legitimidad constitucional del art. 7-*bis* de la ley n° 1423 de 1956, introducido por el art. 11 de la ley n° 646 de 1982 y censurado con referencia al art. 19 de la Constitución, en cuanto prevé la posibilidad de que un juez autorice a una persona sometida a vigilancia especial de seguridad pública, con obligación de residencia en un determinado municipio, a alejarse de éste exclusivamente por razones de salud y no para ejercitar, en forma asociada, el derecho a profesar su propia fe religiosa, no está fundada cuando ello resulta imposible en el municipio de residencia obligatorio por falta de comunidad de fieles y de lugares de culto.

En materia de medidas de prevención con respecto a personas peligrosas, las cuales pueden comportar directamente limitaciones a la libertad personal, así como también a la de circulación y residencia del sujeto considerado socialmente peligroso, y repercutir en otros derechos de los que tales libertades constituyen el presupuesto de su ejercicio, el legislador debe ejercitar la propia discrecionalidad de manera equilibrada para que esas medidas incidan lo menos posible en los demás derechos constitucionales involucrados.

En vista de la tutela de la salud de la persona, la previsión de una derogación del régimen originario y rígido de ejecución de la medida de vigilancia especial con obligación de residencia no puede extenderse al derecho a la libertad de culto en forma asociada, ya que, en tal caso, la suspensión de las obligaciones, para permitir la participación periódica y continuada en ceremonias religiosas, estaría en contradicción insuperable con las exigencias en virtud de las cuales la medida de prevención fue adoptada, ya sea porque la autorización debería valer en general para toda la duración de la medida, o porque resultaría imposible asegurar medidas idóneas de seguridad pública en los lugares de culto y durante la celebración de ceremonias religiosas.

Lo precedente, sin embargo, no obsta para que, de forma compatible con las exigencias de seguridad, la obligación de residencia pueda ser fijada, de conformidad con el pedido del interesado, en un municipio en el que existan una comunidad de fieles y lugares de culto y en el cual la persona sometida a la medida de prevención fije su propia residencia.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia del 7-10-2003, n° 309, en *Giurisprudenza Costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2003, n° 5, p. 2912.

SENTENCIA. FALLO EXTRANJERO. EJECUCIÓN EXTRATERRITORIAL. RECONOCIMIENTO. DELIBERACIÓN. DETERMINACIÓN DE LA PENA. PROHIBICIÓN DE TRATAMIENTO MÁS GRAVE QUE EL PREVISTO EN LA NORMATIVA EXTRANJERA. PENA RESIDUAL. **TRATADOS INTERNACIONALES.** CONVENCION SOBRE EL TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS (ITALIA).

La adaptación de la pena impuesta por la sentencia extranjera reconocida en Italia debe ser cumplida aun para la parte residual a expiar, respetando la decisión extranjera con referencia al tratamiento complejo al que, en virtud de tal título y en el ámbito de la disciplina relativa, está conminado el sujeto, de manera que tal tratamiento no puede ser más grave que aquél que habría de esperarse sobre la base de la normativa extranjera (en la especie, la Corte consideró que el sujeto, transferido a Italia en los términos de la Convención sobre el Traslado de Personas Condenadas, adoptada en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, debía expiar la pena residual a través de la puesta a prueba -*ex art. 47, inciso 1, ley n° 354 del 26 de julio de 1975-*, ya que el Ministro de Justicia danés comunicó que el interesado “habiendo descontado una parte proporcional de la pena impuesta, de conformidad con la práctica normal, podía acogerse al beneficio de ser puesto a prueba”).

A requerimiento del Procurador ante la Corte de Apelaciones de Brescia, ésta declaró irrevocable el reconocimiento de la sentencia del 23 de febrero de 2000 de la Corte de Apelaciones de Copenaghe (Dinamarca), a fin de que se ejecute en Italia la pena de cinco años de reclusión impuesta al condenado, y determinó en un año, seis meses y veinticinco días la pena residual a cumplir en este país (que finalizaría el 22 de junio de 2004). Sin embargo, el recurrente señaló que de los actos procesales y de la nota del 13 de noviembre de 2000 del Ministro de Justicia danés, podía optar por la libertad condicional desde el 22 de mayo de 2002.

El recurso resultó bien fundado y aceptado. El principio encuentra correcta aplicación en el caso, por cuanto se puede invocar -para la parte residual de la pena- la medida alternativa de la detención con reclamo del instituto de libertad condicional -*ex art. 47 de la ley n° 354 de 1975-*, cuya valoración debía haber sido hecha por los jueces del tribunal territorial.

Esa omisión resulta injustificada con relación a las condiciones obstaculizantes respecto al cómputo de la medida de la pena purgada, por lo cual, valorada la parte proporcional de la condena de cinco años ya expiada, la pena residual a descontar no es un obstáculo al posible recurso a la medida alternativa, por otra parte, específicamente reclamada en la comunicación del Ministro de Justicia danés.

Está claro que tal violación, en la correcta aplicación de la ley por la combinación de lo dispuesto por los arts. 70 y ss. del Código de Procedimiento Penal con la ley n° 257 de 1989, que enuncia las disposiciones para la actuación de convenciones internacionales suscriptas con el objeto de la ejecución de sentencias penales, entra en conflicto con el art. 735.2 del Código referido, prescindiendo de lo dispuesto en su inciso 4, así como también con el art. 3.2 de la ley n° 257 de 1989, en relación con el art. 10 de la citada Convención.

Se impone, por lo tanto, la anulación de la sentencia impugnada limitativamente a la modalidad de ejecución en Italia de la pena residual, por efecto de la sentencia del juez danés con reenvío, para su decisión, a otra sala de la Corte de Apelaciones de Brescia.

CORTE DE CASACIÓN PENAL DE ITALIA, sentencia del 11-11-2003, en *Cassazione Penale. Rivista mensile di giurisprudenza*, Milán, A. Giuffrè, 2004, vol. XLIV, n° 11, p. 3732.

SOCIEDADES. MALVERSACIÓN DE FONDOS DE LOS DIRECTORES (FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: el director de una sociedad comercial utilizaba los fondos y a los empleados a su cargo. Abusivamente, se había aumentado el salario y los gastos de transporte a lo largo de los años, a la par que obligaba a los empleados y pasantes a su cargo a realizar el mantenimiento de su casa y su jardín. Estas prácticas eran desconocidas por los miembros del Consejo de Administración, hasta que, en un juicio de divorcio, la esposa

denunció sus actos. Después de ser condenado por abuso de confianza, el demandando presentó un recurso de casación alegando que los hechos no constituían ese delito.

2. Sentencia:

El hecho de que el director de una sociedad obligue a asalariados, durante el tiempo de trabajo, a realizar tareas personales es una malversación de fondos de la sociedad destinados a remunerar las prestaciones que deben ser cumplidas únicamente en beneficio de la asociación.

CORTE DE CASACIÓN DE FRANCIA, sentencia del 20-10-2004, N° 03-86201, *Actualité juridique pénal*, París, Dalloz, 2005, n° 2, p. 70.

TERRORISMO. ASOCIACIÓN TERRORISTA Y ACTOS DE COLABORACIÓN (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: como resultado de tareas de inteligencia realizadas por personal perteneciente a la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE), se dispuso el allanamiento de la vivienda de Pedro Pablo Cotrina González, donde se hallaron dos bolsas de polietileno que contenían 50 kilogramos de nitrato de amonio, así como también manuscritos de contenido alusivo a la organización terrorista de “Sendero Luminoso”. La conducta fue calificada como incurso en los tipos penales descritos en los arts. 4 (actos de colaboración) y 5 (afiliación a organización terrorista) del Decreto-Ley N° 25.475. La Corte Superior de Lima, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal Superior, declaró que no existía mérito para elevar la causa a juicio oral por asociación terrorista y lo hizo sólo por el delito de colaboración terrorista, ilícito sobre el cual giró el debate y por el que, finalmente, se condenó a Cotrina González. El Fiscal Supremo discrepó en cuanto no se formuló acusación por el delito de asociación terrorista, por considerar que existían elementos que acreditaban la pertenencia del acusado a la referida organización. Entendió, por el contrario, que se daba en el caso un concurso ideal entre dicha figura y la de colaboración al terrorismo al haberse violado con una sola conducta diferentes tipos penales, situación que debería enmendarse con la realización de un nuevo juicio oral, en el que correspondería evaluar ambos cargos, dada la conexión existente entre ellos. Por tales fundamentos, solicitó que se declare nula la sentencia.

2. Sentencia:

2.1. Es de precisar que los delitos de asociación terrorista y de colaboración terrorista son tipos penales autónomos. Como tales, están contemplados en normas jurídicas específicas: arts. 4 y 5, respectivamente, del Decreto Ley N° 25.475, y por su propia naturaleza se desplazan entre sí, por lo que no se pueden admitir, en ningún caso, supuestos de concurso ideal.

El delito de colaboración terrorista: a) es un delito de mera actividad y de peligro abstracto que no requiere que los actos perpetrados estén causalmente conectados a la producción de un resultado o de un peligro delictivo concreto, aunque es obvio que requiere de una acción apta en sí misma para producir un peligro al bien jurídico (idoneidad potencial de los actos de favorecimiento), y es independiente de las posibles acciones o actos terroristas; b) importa la comisión de actos preparatorios -realizar, obtener, recabar y facilitar actos de colaboración-, especialmente castigados como favorecimiento de la comisión de actos terroristas y de los fines de un grupo terrorista; esta anticipación de la barrera de protección penal se justifica por la importancia de los bienes jurídicos fundamentales que afecta el terrorismo y por la objetiva peligrosidad que las conductas de colaboración adquieren en la actividad terrorista, al prevenir conductas gravemente dañosas para la comunidad; c) es un delito residual o subsidiario, ya que se reprimen los hechos siempre y cuando no se llegue a

producir un resultado típico determinado -en tanto constituye un auxilio o una preparación de otro comportamiento-, pues, de ser así, en virtud del principio de absorción, se castigará como coautoría o participación del delito efectivamente perpetrado; y d) implica que el dolo del autor está integrado por la conciencia o conocimiento del favorecimiento a la actividad terrorista y a la finalidad perseguida por los grupos terroristas, y que, asimismo, el sujeto activo de este delito sólo puede ser aquella persona que no pertenece o no está integrada a una organización terrorista, es decir, un “*extraneus*”. Respecto a esto último, como señala la doctrina penalista mayoritaria, una interpretación distinta conduciría a una confusión con el delito de asociación terrorista, por lo que se debe resaltar que los sujetos integrantes de aquélla pueden realizar sin duda las actividades típicas de colaboración o favorecimiento, en cuyo caso no estarán sino haciendo patente su condición de afiliado.

El tipo penal identifica o precisa seis actos de colaboración, aun cuando en el primer párrafo se inclina por una definición amplia de su contenido general al referirse a “cualquier tipo de bienes o medios (...) cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos”. Asimismo, en la descripción de los actos de colaboración, el legislador utiliza fórmulas abiertas para evitar lagunas de punibilidad -v.gr.: “(...) cualquier otro que específicamente coadyuve o facilite las actividades de elementos terroristas o grupos terroristas (...) prestación de cualquier tipo de ayuda que favorezca la fuga de aquéllos (personas pertenecientes a grupos terroristas)...”-. Pese a ello, en aras del respeto al principio general de seguridad jurídica y al principio penal de *lex stricta*, es del caso puntualizar que la interpretación que ha de presidir tales fórmulas típicas necesariamente será restrictiva y, por ende, corresponde asumir la vigencia de la cláusula implícita de equivalencia en cuya virtud las conductas de colaboración típicamente relevantes sólo serán aquéllas que importen una evidente gravedad e intrínseca idoneidad del acto realizado por el agente en función de la entidad de las actividades terroristas y de las finalidades de los grupos terroristas.

2.2. En virtud del carácter general de la interpretación del tipo penal de colaboración terrorista, es del caso establecer su carácter vinculante en aplicación del numeral uno del art. 301-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo N° 959.

Por estos fundamentos, se declara no haber mérito para pasar a juicio oral contra Pedro Pablo Cotrina González por el delito contra la tranquilidad pública, afiliación a la organización terrorista o asociación terrorista en agravio del Estado, y se establece como precedente vinculante el tercer fundamento jurídico de esta ejecutoria suprema.

Nota de la Secretaría: con relación a las sentencias ejecutorias supremas en materia penal con carácter vinculante en Perú, ver artículo de MIGUEL PÉREZ ARROYO en esta revista, sección *DOCTRINA*, p. ????

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ, sentencia del 20-12-2004 (ejecutoria suprema), expediente n° 588-2004, en <http://www.pj.gob.pe>.

DOCTRINA

ABORTO. DERECHO A LA VIDA. BIOÉTICA. PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS. STATUS JURÍDICO DEL EMBRIÓN (ITALIA).

1. Sentencia del Tribunal Administrativo de la Región del Lacio (TAR) n° 8465 del 12 de octubre de 2001

En su sentencia, el TAR dispuso -con argumentos discutibles- la ilegitimidad de la disposición administrativa que autorizaba la comercialización de la llamada “píldora del día después”^{*}.

Las asociaciones *Movimento della Vita Italiano* y *Forum delle Associazioni Familiari*, que tienen como principal objetivo institucional la tutela del individuo desde la concepción, plantearon la impugnación del decreto del Ministerio de Salud que concedía “autorización para la comercialización de la especialidad medicinal para uso humano ‘Norlevo’”, que ya había suscitado polémica y un amplio debate en la opinión pública.

Las recurrentes invocaban la violación de los derechos fundamentales del individuo y de las normas imperativas (art. 4 y sgts. de la ley n° 194 del 22-5-1978; decretos legislativos nros. 539 del 30-12-1992, 74 del 25-1-1992 y 541 del 30-12-1992) en cuanto: a) los efectos terapéuticos del producto, que impedían el desarrollo del concebido, contrastaban con el derecho constitucional que garantiza la existencia de la vida humana desde la fecundación; b) tales efectos no tomarían en cuenta las disposiciones y las cautelas establecidas por la ley 194/78, que regula la interrupción del embarazo; c) las modalidades de prescripción del fármaco habrían permitido su uso más allá de las finalidades específicas del producto, calificado como “contraceptivo de emergencia”, por lo que podría ser empleado fuera de las hipótesis de mera emergencia a la que hace referencia la autorización; y d) las informaciones de presentación del producto serían engañosas, ya que no indicarían que éste actúa después de la fecundación.

Constituidos en juicio el Ministerio de Salud y la S.p.A. ACRAF (*Aziende Chimiche Riunite Angelini Francesco*), desatendieron los motivos deducidos y sostuvieron la inadmisibilidad de la impugnación por falta de legitimación activa de las asociaciones solicitantes. En el juicio intervino, asimismo, una asociación de consumidores que pudo esgrimir argumentos que sostenían las razones de la administración.

2. Primer aspecto de la decisión

La decisión de los jueces administrativos se articuló en dos niveles diferentes: el primero concernía a la legitimación de las asociaciones.

^{*} Con “contracepción de emergencia” o “contracepción postcoital” se alude a un conjunto de prácticas a las que se recurre después de una relación sexual que se presume fecundante, con el fin de impedir el desarrollo de un embarazo cuando éste ya haya comenzado. La comercialización en Italia de la píldora “Norlevo”, basada en el levonorgestrel, ha encendido un debate abierto ya desde hace tiempo en el ámbito internacional, en relación con el cual en diversos entes se implementan estrategias, hasta ahora poco exitosas, para su difusión, sobre todo entre adolescentes y mujeres víctima de violencia. A pesar de que es posible un efecto inhibitorio de la ovulación, en realidad entre el 70 y el 100% de los casos el mecanismo de acción de estos productos es abortivo y no contraceptivo. El levonorgestrel, de hecho, es una hormona sintética, similar a la progesterona, que actúa a nivel de la mucosa endometrial, es decir, de la cavidad uterina, impidiendo la nidación del blastocito (producto de la concepción). De esa forma, se obstaculiza la continuación del embarazo interfiriendo en la fase post-fecundación y por tanto en el desarrollo del embrión ya presente, si la relación ha sido fecunda (DI PIETRO-MINACORI, “La contraccezione d'emergenza”, en *Medicina e morale*, 2001, p. 11 y sgts.).

Los estatutos de las asociaciones recurrentes -sobre todo en lo que concierne al *Movimento per la Vita Italiano*- tienen como objetivos institucionales la defensa de la vida humana desde su concepción y la salvaguarda del derecho a la vida, con referencia también a la legislación llamada abortista.

Por ello, el órgano juzgador sostuvo que, entre los medios y acciones positivas que sirven para alcanzar metas sociales, también podían llevarse adelante iniciativas judiciales contra disposiciones que -según los asociados- manifestaran efectos perjudiciales para con los intereses perseguidos por el entramado social. En el caso en cuestión, la idoneidad del fármaco autorizado para introducir una práctica sustancialmente abortiva, en contraste tanto con principios de tutela del derecho a la vida de relevancia constitucional como con la reglamentación vigente sobre interrupción del embarazo.

En la sentencia, se observó que tal conclusión era coherente con el art. 2 de la Constitución, que asegura una garantía de los derechos fundamentales del hombre -en cuyo ámbito debía ejercerse la plena tutela en juicio de los derechos y de los intereses- no sólo *uti singulus*, sino también en las formaciones sociales en las que se desenvuelve su personalidad. Ello podía ser confrontado con la más reciente evolución normativa, y en modo especial con el art. 27, inc. 1º, letra c) de la ley nº 383 del 7 de diciembre de 2000, que habilita a las asociaciones sin fines de lucro que persiguen y promueven metas sociales a intervenir en los juicios civiles y penales para el resarcimiento de los daños que se derivan de la lesión de los intereses colectivos perseguidos por la asociación, así como también a recurrir ante la jurisdicción administrativa con el fin de anular actos ilegítimos lesivos de aquellos mismos intereses colectivos.

3. Otro aspecto: ¿embrión o pre-embrión?

Más interesante resulta el segundo aspecto considerado, es decir, el referido a la ilegitimidad del decreto que autorizaba la comercialización del fármaco “Norlevo”. Éste contrasta con el principio constitucional de derecho a la existencia y a la salud, ya que los efectos terapéuticos de la droga, además de provocar la suspensión de la ovulación, impiden el implante del óvulo fertilizado en los casos en que la relación sexual haya acontecido en las horas o en los días que preceden a la ovulación.

El punto crítico tiene que ver justamente con la evaluación del momento a partir del cual comenzaría el proceso biológico de formación de un nuevo individuo y, en último caso, del momento inicial de la vida humana, temática ésta a la que la doctrina jurídica, la jurisprudencia, la teología, la moral, la biología y también la bioética han tratado de ofrecer sus contribuciones, a veces en clave fuertemente dialéctica. Se niega con frecuencia el valor sagrado e intangible de la vida, sin poder llegar, por las fuertes contraposiciones ideológicas, a soluciones reglamentadas. Por otro lado, el sujeto, según el art. 1 del Código Civil, adquiere capacidad jurídica general únicamente a través del nacimiento, aunque el feto no carece del todo de la cualidad de hombre ni de la subjetividad relativa a los derechos fundamentales y, como tal, se convierte en destinatario de precisas normas jurídicas en el ámbito de determinadas relaciones.

En cuanto al comienzo de la vida, existen por cierto muchas posiciones, que pueden subdividirse en por lo menos dos orientaciones.

Por un lado, están aquéllos -a los que se podría definir como “laicos”- para quienes la individualidad biológica del nuevo organismo no se forma instantáneamente en el acto de la fecundación, sino que surge gradualmente en el curso del desarrollo: todos los procesos que formarán la individualidad de la persona humana comienzan sólo tras el implante del blastocisto en el cuerpo de la madre, aunque es cierto que en una primera aproximación el genoma permanece idéntico desde el blastocisto hasta el individuo adulto.

Esta concepción, pues, se basa en la clasificación y distinción biológica fundada en las primeras fases del cigoto y en las fases cronológicas de la formación del embrión. La

consecuencia es que el embrión (que todavía no se ha anidado, es decir de 0 a 14 días más o menos desde la fecundación), si bien está destinado a convertirse en un ser humano, no podría definirse *strictu iure* como un ser dotado de “subjetividad jurídica”, sino que lo sería en sentido débil, es decir sólo simbólicamente, tratándose sustancialmente de un mero “cúmulo de células”.

Por otro lado, se encuentran los que, sustentándose en sólidas bases científicas, consideran, sin lugar a dudas, que la vida humana comienza en el momento mismo de la fecundación, cuando los gametos femenino y masculino se funden, creando así una entidad biológica nueva. Ésta tiene un ADN diferente al de las dos células precedentes y lleva en sí toda la “información” necesaria que, si no median interferencias externas perturbadoras del proceso natural normal, llevará al nacimiento de un niño y a la formación de un individuo completo. Estas “información” constituye sin duda un programa codificado que dota a ese producto inicial de la concepción de enormes potencialidades morfogénicas, es decir, de capacidades intrínsecas que actuarán en modo autónomo y gradual durante el proceso de desarrollo. Esto último pone en evidencia que no existe un primer ciclo de catorce días de un ser viviente anónimo, genéticamente humano, que termina en el estadio de disco embrionario, seguido por un segundo ciclo de un ser humano real desde el disco embrionario en adelante. Más bien, existe una diferenciación ininterrumpida y progresiva de un individuo humano bien determinado, según un plan único y rigurosamente definido, que se inició en estado de cigoto. La continuidad del desarrollo implica y establece la unicidad o singularidad del nuevo sujeto humano: desde la singamia en adelante es el mismo individuo humano con una identidad propia que se está construyendo autónomamente, mientras pasa a través de estadios cualitativamente cada vez más complejos.

Para el Derecho, ninguna de las dos concepciones puede ser indiferente, ya que cada una de ellas conduce a precisas consecuencias jurídicas, filosóficas, éticas y religiosas. Ello es así sobre todo cuando el comienzo de la vida jurídicamente relevante se hace coincidir con el momento sucesivo al de la fecundación y se pospone el término de noventa días en que se practica la interrupción del embarazo (cfr. art. 41, ley 194/78).

En verdad, las normas de rango constitucional mencionadas no indican una noción certera del momento inicial de la vida humana y de la extensión del ámbito de tutela en el curso de su desarrollo. Por otro lado, las mismas leyes ordinarias hacen silencio sobre el tema, dejando que el intérprete, pero sobre todo los expertos en materia científica (particularmente en genética, embriología y biología), definan el momento inicial exacto del ser humano. Semejante elección de política legislativa se justifica con el objeto de evitar una imposición de criterios autoritarios y aleatorios, no propiamente biológicos, a pesar de que para el Derecho son necesarios por lo menos algunos parámetros de referencia.

De todas formas, una ayuda válida para el operador del Derecho se puede encontrar en un estudio del *Comitato Nazionale per la Bioética*, del 22 de junio de 1996, titulado “Identidad y estatuto del embrión humano”. Según el *Comitato*, un criterio adecuado para dar identidad individual al sujeto humano lo constituye la llamada “reidentificación”, que permite comparar, sustancialmente, al individuo adulto con aquél que era el producto de la concepción.

A propósito, se observa que “... frente a un adulto es posible admitir que se trata de un individuo humano y no es difícil decir que ‘era él mismo’ en el momento o algunos meses antes del nacimiento. Su identidad individual está (idealmente) garantizada por esta posibilidad, aunque más no sea teórica, de reidentificación”. Tras superar algunas dificultades de tipo científico, en el documento se llega a la formulación de algunas conclusiones importantes: a) el embrión no puede ubicarse en el ámbito de las cosas (*res*), ya que su misma naturaleza material y biológica hace que se lo coloque entre los seres que pertenecen a la especie humana; b) al producto de la concepción se le reconoce el estatuto de individuo, por lo menos desde el momento en que se haya perdido irreversiblemente la capacidad de subdivisión en dos o más embriones, o de reconstrucción de un único embrión, tras la fusión

de dos embriones; y c) antes de ese estadio -aun en el seno del *Comitato*- existen posiciones divergentes, aunque el documento citado no deja de poner el acento en que predomina “la tesis según la cual la identidad personal del embrión subsiste desde la fecundación”. Para algunos, tal identidad se puede afirmar con certeza; para otros, con un elevado grado de plausibilidad. En el plano práctico, unos y otros deducen de allí el deber de tratar al embrión como dotado de identidad personal desde la fecundación.

De estas conclusiones se deducen algunas consideraciones de orden moral y ético, ante todo, el deber de respeto y tutela de toda persona humana, que consiste en favorecer el pleno logro y ejercicio de las capacidades y funciones de las que está dotada. En el caso del embrión, ello quiere decir que no existirá la obligación moral de tratarlo como si fuera un individuo consciente, autodeterminado, capaz de comunicación y de actividad simbólica; significará más bien que subsiste el deber intrínseco de tutelar la existencia y la integridad, respecto del cual los demás deberes resultan simplemente derivados de las características de su naturaleza y de los efectivos grados de manifestación de aquéllas.

En el ámbito de la Comunidad Europea, puede señalarse la Directiva n° 44 del 6 de julio de 1998 sobre protección jurídica de los inventos biotecnológicos, que resiste toda distinción en estadios de desarrollo del embrión, prohibiendo, sin otras diferenciaciones, cualquier utilización del embrión humano. Lo mismo se encuentra en el art. 18 de la Convención de Oviedo de 1997, que rechaza la noción misma de pre-embrión, en la Recomendación n° 1046 del 24 de noviembre de 1986 de la Asamblea del Consejo de Europa, y en las resoluciones del 16 de marzo de 1989 aprobadas por el Parlamento Europeo (nros. A2-327/88 y A2-372/88). Por último, a nivel constitucional, corresponde mencionar la jurisprudencia más reciente de la Corte Constitucional italiana, que varias veces ha afirmado el derecho a la vida del concebido.

4. Observaciones sobre el status jurídico del embrión humano

Para el juzgador, por el contrario, en ausencia de disposiciones puntuales de derecho positivo, no es posible considerar que la nueva vida comience con la fecundación del óvulo y que desde ese momento, para la madre, comience el embarazo. De aquí surge como corolario lógico que la medicación en cuestión, por los efectos específicos que impiden el implante del óvulo fertilizado, no debería colocarse en la categoría de los métodos de contracepción, dado que introduce una práctica abortiva que contrasta con la reglamentación sobre la interrupción voluntaria del embarazo dictada por la ley n° 194/78.

El TAR sostiene que esa ley, al reglamentar los casos de interrupción voluntaria del embarazo y al no enunciar una noción clínica puntual de comienzo del embarazo, no especifica si ese momento coincide con la fecundación del óvulo o con su implante en el útero materno, que se verifica en un lapso de más o menos seis días desde la fecundación. El examen sistemático de la reglamentación dictada por la ley 194/78 -que en el art. 4, al admitir el aborto dentro de los primeros noventa días de embarazo, prevé tiempos coherentes para los exámenes médicos que incluyen el análisis de las razones que mueven a la mujer a solicitar la interrupción del embarazo, a fin de buscar soluciones para la remoción de las causas que inducen a la elección abortiva (art. 5), hasta la posibilidad de asignar a la madre un término de siete días para cada decisión definitiva (art. 5.4)- llevaría a sostener, según los jueces, que el legislador consideró como evento interruptor del embarazo el que interviene en una fase sucesiva al implante del óvulo en el útero materno. Esa conclusión se establecería, dijo el TAR, por el art. 8 de la ley 194/78, que toma en consideración las modalidades interruptoras del embarazo e impone la práctica, previa intervención de un médico especialista y dentro de estructuras hospitalarias autorizadas. Esas circunstancias no parecerían pues peculiares de los métodos anticonceptivos, cuyos efectos se manifestarían en una fase anterior a la nidación del óvulo.

Para el TAR, el fármaco se limitaría a actuar con efectos contraceptivos en un momento anterior al implante del óvulo fecundado en el útero materno, por lo que quedaría por ello fuera de la reglamentación que impone la ley mencionada, que, como ya se ha dicho, asume una condición fisiológica de la mujer de estable expectativa de maternidad a la que asisten, ante una voluntaria y consciente elección de interrupción, intervenciones específicas de asistencia en el plano sanitario y psicológico.

No es posible compartir estos argumentos, ya que se ha producido una verdadera manipulación de la que el mismo órgano juzgador -sin saberlo- parece ser víctima. Debe partirse del hecho de que la secularización del pensamiento, de la que la cultura y la opinión pública están impregnadas, y un exasperado utilitarismo hedonista han llevado a operar una auténtica mistificación y alteración del significado semántico de algunas palabras, vaciando de contenidos éticos determinadas situaciones o problemas. En el caso, se ha observado que la manipulación se habría producido a nivel de dos vocablos: “embarazo” y “contracepción”.

Con respecto al primero, se habría producido una contracción terminológica, entendiendo por tal simplemente el período comprendido entre la nidación del óvulo fecundado en el útero materno y el parto. Con respecto al segundo, por el contrario, se habría operado una ampliación del significado, entendiendo por tal cualquier evento que impida la nidación del óvulo fecundado en el endometrio uterino.

Justamente esa operación no parece correcta. En efecto, la praxis clínica y la ginecología reconocen que el embarazo comienza antes de la fecundación y del subsiguiente implante en el útero materno. Es más, comenzaría con la ovulación, o quizás antes, en los primeros 15 días que preceden a la ovulación, siendo la menstruación la referencia empíricamente relevante. Más allá del debate científico, la doctrina jurídica predominante sostiene, por otro lado, que la vida humana (prenatal), que amerita tutela según el art. 1 de la ley 194/78 (la cual no distingue entre vida anterior al implante y posterior al mismo), comienza desde el momento de la fecundación (concepción), iniciando efectivamente el embarazo en ese preciso instante. Desde ese momento, el proceso biológico sufriría una evolución continua.

La misma orientación doctrinaria, además, desde hace ya varios decenios, aclaró que el embarazo es el estado de la mujer que lleva en sí uno o más óvulos fecundados que se desarrollan, a través de los estadios de embrión y de feto, hasta la perfección orgánica que permite su vida separada de la vida materna. El proceso de maduración del feto, que tiene una duración fija (gestación) en cada especie animal, comienza en el momento en que el espermatozoide, encontrándose y fundiéndose con el óvulo, lo fecunda y termina con el parto fisiológico.

Es por ello que en el caso de “Norlevo”, habría que hablar de un fármaco abortivo más que contraceptivo, que actúa sobre el producto de la fecundación impidiendo su implante en la cavidad uterina.

Del mismo texto legislativo, por otro lado, surgirían precisos e inequívocos indicios de marcado sentido contrario con respecto a los que el TAR ha individualizado: en primer lugar, cuando el art. 1.1 de la ley 194/78 dice que el Estado tutela la vida humana “desde su comienzo”, no distingue entre si es antes o después del implante en el útero; el mismo legislador demuestra que considera plenamente coincidentes las expresiones “interrupción del embarazo” y “aborto”. Ello significa que todo evento interruptor del embarazo -considerado en su significado médico evidentemente tradicional y común, como período que va desde la concepción hasta el parto- ha de ser calificado como aborto, considerando tal la destrucción del producto de la concepción.

Conviene agregar, además, que sólo si se considera el aborto como muerte del concebido, prescindiendo de su nidación en el útero, tiene sentido la prevención del art. 9 de la citada ley, que admite la objeción de conciencia frente a la supresión de una nueva vida.

Por otro lado, aun admitiéndose que el embarazo puede comenzar con la nidación del blastocito en el útero materno, es indudable que una nueva vida, incluso teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 1 citado, comienza en el momento de la concepción y, como tal, amerita tutela.

Con la ayuda de estas consideraciones sintéticas, debe recordarse que la normativa de la ley 194/78 permite el aborto voluntario en presencia de “un serio peligro para la salud física y psíquica de la madre” (art. 4) y restringe su realización en estructuras sanitarias determinadas (art. 8); asigna, además, al consultorio o a la estructura socio-sanitaria obligaciones específicas de información, auxilio y reflexión acerca de la elección de interrumpir el embarazo (art. 5); requiere para las mujeres menores de edad la anuencia de quien ejercita la potestad o la tutela (art. 12); pone a cargo del médico que practica la interrupción del embarazo la obligación de suministrar información e indicaciones “sobre la regulación de los nacimientos”, haciendo a la mujer “partícipe de los procedimientos abortivos que deben ser efectuados de manera tal que se respete la dignidad personal de ésta” (art. 14). Semejante cuadro de garantías, orientado a condicionar el aborto a presupuestos determinados, a la observancia de específicas reglas procesales que apuntan a la defensa del estado de salud de la mujer y a la prevención de toda posible condición de malestar psíquico, se tornaría inútil con la comercialización del fármaco “Norlevo”, que, al inhibir la nidación del óvulo ya fecundado, introduciría una práctica abortiva que se sustrae a las reglas y límites a los que se hizo mención precedentemente, dando lugar a un método impropiamente denominado contraceptivo.

No puede objetarse que la autorización de la comercialización en Italia del fármaco mencionado constituye un procedimiento casi automático y, en cierto sentido, es una suerte de “acto debido”, gracias al llamado “mutuo reconocimiento”, en el ámbito de la Comunidad Europea, de los preparados farmacológicos. En el caso en cuestión, sin embargo, como se ha observado, se trata de una disposición administrativa que si bien se ha adoptado bajo la fuerza del nombrado principio comunitario, tampoco puede pasar por alto normas imperativas, establecidas por la ley, ni pasar por sobre los principios constitucionales puestos para la tutela de la vida y de la dignidad humanas.

5. Conclusiones

Existe, finalmente, otro aspecto de la decisión que es inquietante. Se trata de otra cuestión analizada por el TAR -además de la inherente a la calificación del fármaco como “contraceptivo oral de emergencia”, que contrastaría con lo dictado por el art. 5.3 del decreto legislativo 539/1992- referida al posible carácter engañoso de las advertencias que figuran en el prospecto del fármaco, tanto sobre la calificación del producto como “contraceptivo de emergencia” como sobre la omisión de toda información adecuada sobre su idoneidad para impedir el implante del óvulo fecundado, mecanismo de acción que ha de ser considerado abortivo por quien afirma que el embarazo comienza a partir de la fecundación.

Las recurrentes sostienen que en el prospecto no se aclararía la noción de contracepción de emergencia y que figurarían además todas las hipótesis en las que el producto debe ser tomado, identificando las tipologías de las relaciones sexuales no protegidas. El consumidor sería informado exhaustivamente acerca de los presupuestos y las condiciones extraordinarias en cuya presencia puede tomarse el fármaco y, por tanto, los probables usos no conformes a las indicaciones no se deberían al contenido del prospecto.

En cuanto a la incidencia del fármaco en los procesos fisiológicos de la mujer, en el prospecto se indicaría que el sistema de contracepción operaría “bloqueando la ovulación o impidiendo el implante”. Si en el primer caso (bloqueo de la ovulación) la descripción del mismo se configurase conforme a criterios de correcta y completa información del consumidor, la sucesiva proposición -“impidiendo el implante”- resultaría carente de objeto, al no precisar que el efecto terapéutico se refleja sobre el óvulo fecundado.

Considerando plausible la posición de las asociaciones recurrentes, el TAR también estimó necesaria una completa y detallada información en lo que respecta al segundo de los efectos terapéuticos delineados, justamente porque existen diferentes orientaciones éticas y religiosas sobre el momento inicial de la vida humana. Sólo de este modo, argumenta el TAR, se podría decir que el consumidor puede deducir de manera clara e inequívoca que el fármaco actúa sobre el óvulo ya fecundado, impidiendo las sucesivas fases del proceso biológico de procreación.

Es sobre este punto específico, por tanto, que se declara la ilegitimidad de la disposición impugnada, teniendo en cuenta, además, que el art. 9.4 del decreto legislativo n° 178 del 29 de mayo de 1991 destaca como contenido necesario del decreto que autoriza la venta del medicamento la aprobación del prospecto -que debe contener una indicación completa de las características del producto, que comprenden las terapéuticas-, que en el caso carecía.

Es justamente esa conclusión de los jueces administrativos que resulta problemática. En efecto, al admitirse diversas orientaciones éticas y religiosas sobre el problema del comienzo de la nueva vida, se introducen elementos de incertidumbre en la reglamentación misma sobre el aborto. Relativizando *ad personam* las nociones de embarazo y contracepción con referencia a las diferentes orientaciones ético-religiosas, se debería aceptar coherentemente, al mismo tiempo, una relativización de la ley 194/78, introduciéndose de esa forma un grave *vulnus* a la certeza del Derecho, que por naturaleza no lo debe sufrir. Respecto de ello, puede ser útil recordar que la normativa mencionada prevé precisas disposiciones sancionatorias. Ahora bien, parece claro que una oscilación en el significado de los términos antedichos podría crear incertidumbres interpretativas en la misma jurisprudencia, si no situaciones de auténtica injusticia respecto de las convicciones éticas de cada uno.

La sentencia en cuestión, carente desde el punto de vista lógico-jurídico, representa una ocasión más en que se ha dejado de esclarecer el tema de la tutela de la vida -que entre los derechos fundamentales, constituye un derecho “esencialísimo”-, a pesar de la creciente sensibilidad con respecto a tal problemática.

Nota de la Secretaría: sobre el tema analizado, puede verse un resumen de la sentencia de la Corte Suprema argentina, del 5-3-2002, *Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo* (Fallos: 325:292), en *investigaciones* 2/3 (2002), p. 412. Asimismo, ver también: NOI BALLAUY, PEDRO, “Acaso es lícito, moralmente, el uso de la llamada ‘píldora del día después’”; MORENO VALENCIA, FERNANDO, “‘La píldora del día después’ desde la política”; SOTO KLOSS, EDUARDO, “La píldora asesina ante la Constitución”; BROZZATO, GIANNI, “La ‘pillola’ del giorno dopo”; UGARTE GODOY, JOSÉ JOAQUÍN, “La Constitución y la píldora abortiva”; VIVANCO MARTÍNEZ, ANGELA, “La Constitución y la píldora”; y CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “Sobre el status jurídico del concebido”, en *Ius Publicum*, Santiago de Chile, Universidad Santo Tomás, 2001, n° 7, pp. 67, 75, 79, 89, 97, 99 y 101, respectivamente; y RIFO FELIÚ, LUIS y RIVERA JAVET, AUGUSTO, “Consideraciones técnicas y bioéticas sobre anticoncepción de emergencia mediante el uso de Levonorgestrel 0,75 mg”; y SILVA ABBOTT, MAX, “La píldora del día después”, en *op. cit.*, 2004, n° 13, pp. 71 y 175, respectivamente.

CASSANO, Giuseppe y PATRUNO, Francesco, “La soggettività giuridica dell’embrione tra scienza e diritto. Un interessante caso giurisprudenziale”, en *Famiglia. Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, Milán, Giuffrè, 2003, n° 4, pp.1001/1019.

CORTES CONSTITUCIONALES Y SUPREMAS. JURISPRUDENCIA PENAL VINCULANTE. PROCESO PENAL (PERÚ).

Con la entrada en vigor del art. 301-A del Código de Procedimientos Penales (CPP), según el Decreto Legislativo N° 959, del 17 de agosto de 2004, se ha inaugurado un sistema absolutamente novedoso en lo que se refiere al carácter vinculante de las resoluciones judiciales emitidas en sede suprema, denominadas “ejecutorias supremas”.

En efecto, la citada norma se inserta en lo que se ha llamado “período de transición” entre los sistemas procesales del código anterior (de corte inquisitivo) y del nuevo código, promulgado según Decreto Legislativo N° 957, del 29 de julio de 2004 (de corte acusatorio puro, nombrado también por muchos como “acusatorio adversarial”).

Lo que viene a referir este nuevo artículo es que existen dos tipos de sentencias penales emitidas en sede suprema: las que tienen un carácter de precedente obligatorio “*genérico*” y aquéllas que lo poseen de manera “*vinculante*”.

En el primer caso, además de estar regidas por las normas pertinentes del CPP, esto es, por los arts. 298, 299 y 300, también lo están por el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el sentido siguiente: las salas especializadas de la Corte Suprema ordenarán la publicación en el diario oficial *El Peruano*, cada tres meses, de las ejecutorias supremas que, a su entender, fijan líneas de doctrina jurisprudencial de obligatorio cumplimiento, sobre las cuales pueden mediar apartamientos de los juzgados y tribunales inferiores, motivando adecuadamente su decisión desestimatoria y la razón por la cual se apartan de tal doctrina jurisprudencial.

En el segundo caso, además de lo ya expuesto, en los términos de legitimidad formal de su génesis, se adiciona lo preceptuado por el citado art. 301-A, esto es, que las salas penales de la Corte Suprema ya no tendrán que esperar tres meses para organizar su jurisprudencia y ver a partir de esta selección las ejecutorias a seguir, sino que, caso por caso, podrán decidir cuándo se encuentran ante una doctrina jurisprudencial de carácter vinculante (y su extremo normativo), de la cual los magistrados inferiores no podrán apartarse; siendo la propia Sala Penal de la Corte Suprema, en todo caso, la única instancia legitimada para hacerlo, procedimiento que también está reglado en la norma.

En resumen, con el nuevo dispositivo legal, se está frente a un tipo de ejecutorias supremas de mayor vigor en el sentido jurisprudencial del caso que fijan efectos prácticamente normativos respecto a temas concretos y que, caso por caso, se resuelven en sede suprema; todo esto -conviene reiterar- en materia penal, en razón al ambiente de reforma y transitoriedad que ha venido a establecer el Decreto Legislativo N° 959.

PEREZ ARROYO, Miguel, “Jurisprudencia Penal Vinculante: Las ejecutorias vinculantes en materia penal a partir de la introducción del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales”, Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, en: <http://www.pj.gob.pe>.

CORRUPCIÓN. LUCHA. PAÍSES INDUSTRIALIZADOS Y EN VÍAS DE DESARROLLO (ITALIA).

En el amplio marco de la ética y la responsabilidad social, la lucha contra la corrupción representa indudablemente, para la empresa, uno de los capítulos más importantes.

Transparency International tiene como único objetivo esa lucha y desde su fundación, en 1993, efectúa un control periódico de la marcha del fenómeno. Así ha nacido, antes que nada, el “índice de percepción de la corrupción” (*Corruption Perception Index - CPI*) que define cada año, a través de cuidadosas estadísticas, el nivel de la percepción del fenómeno en cada país sometido a verificación.

El índice más reciente, publicado en octubre de 2004, comprende 130 países de todo el mundo y varía del cero (0), que representa la máxima difusión posible del fenómeno, al diez (10), que indica su ausencia total.

Italia, con un índice del 5,3, se encuentra en la posición 35, última entre los países del G-7, y penúltima de los 15 Estados Miembros de la Unión Europea y de los 22 industrializados integrantes del *Development Assistance Committee* (DAC) de la Organización para la Seguridad y la Cooperación (OCSE). No es para alegrarse. Se impone en Italia una dura lucha contra la corrupción, sea por respeto a acuerdos internacionales en la materia, como las convenciones ya ratificadas de la OCSE y de la Unión Europea, del Consejo de Europa y la reciente de Naciones Unidas, o sea por tener que adoptar el paso de los Estados más virtuosos: hay 34 en mejor posición.

Hacia mediados de los años noventa, algunos países en vías de desarrollo, a los que se les atribuyó un índice de percepción de la corrupción muy bajo, se quejaron con *Transparency International* aseverando que la responsabilidad por la presencia del fenómeno en ellos era atribuible, en gran parte, a prácticas ilícitas conducidas por empresas extranjeras pertenecientes a países industrializados que tenían intereses económicos de naturaleza variada sobre su mercado nacional. *Transparency International* recogió esas observaciones y en 1999 creó otro índice: el *Bribe Payers Index* (BPI), que evalúa, con la misma escala del CPI, la “propensión” de las empresas pertenecientes a países mayores exportadores a corromper a los funcionarios encargados de la toma de decisiones de las administraciones públicas de los países en vías de desarrollo objeto de las estadísticas, entre las que se cuenta el índice CPI.

El índice más reciente relativo a las empresas exportadoras italianas, publicado en 2002, es del 4,1 y resulta ser peor al referente a las empresas de todos los otros países industrializados miembros de la OCSE presentes en la lista. Este índice penaliza a Italia porque no tiene en cuenta la injerencia indebida de los gobiernos de los mismos países exportadores en las transacciones económicas internacionales: esta injerencia, que se traduce en la corrupción “política”, ha sido objeto de otras investigaciones estadísticas, e Italia resulta ser en este sentido más virtuosa, junto a Canadá, que los restantes integrantes del G-7. Cruzando el BPI, de propensión a corromper de las empresas exportadoras pertenecientes a los países industrializados, con el CPI, de percepción de la corrupción de los países en vías de desarrollo y de transición, se obtiene un índice medio que puede llevar a la definición de la probabilidad teórica de presencia de corrupción en las respectivas relaciones económicas bilaterales.

Dicho esto, cabe agregar que en el marco de las relaciones económicas internacionales tomadas en consideración, existe un sector muy importante en el cual la lucha contra la corrupción puede ser fácilmente afrontada con acciones concretas, destinadas a lograr buenos resultados: es el sector de la asistencia para el desarrollo, sea por donación o por crédito facilitado, erogados por los 22 países industrializados, en vía bilateral y multilateral, a favor de los países en vías de desarrollo y de transición, que por lo general presentan índices de percepción de la corrupción muy preocupantes. Tal ayuda en concepto de asistencia, que considerada en forma compleja se acerca a los cien millones de dólares por año, se concreta, por norma, en contratos para trabajos, abastecimientos y servicios que son asignados después de llamados a licitaciones internacionales convocadas por las administraciones de los países beneficiarios de la ayuda, llamados en los cuales participan, en gran parte, las empresas exportadoras de los países donantes. Ya que los contratos son asignados principalmente a empresas pertenecientes a los países industrializados donantes, la verificación de casos de corrupción implica que quienes corrompen son aquéllos que adquieren los contratos.

La lucha contra la corrupción en los países beneficiarios de la ayuda debe, por lo tanto, extenderse prioritariamente a las empresas corruptoras, es decir, aquéllas pertenecientes a los donantes. Es, en efecto, inaceptable que a estos últimos se les pueda hacer remontar, a causa de lo operado por las propias empresas, la responsabilidad de la existencia de un fenómeno que tiene efectos devastadores para las economías de las naciones destinatarias de la ayuda, y resulta necesario superar la perversa convicción, que prevalece aún en muchas empresas de los Estados industrializados, según la cual “no se pueden hacer negocios en esos países si no se

corrompe” (más amablemente, algunos dicen “...no se dispone de las necesarias presentaciones”). Las empresas serias, las que apuntan a la calidad y competitividad de su producto, no tienen ciertamente necesidad de corromper para vencer los llamados a licitaciones financiadas con la ayuda para el desarrollo, teniendo también en cuenta el sostén representado por las atenciones particulares que las instituciones financieras dedican al problema. En cambio, éstas tienen la necesidad de ser defendidas cuando se verifiquen, en varias fases de la competencia, distorsiones causadas por prácticas ilícitas de competidores corruptos. A propósito, es necesario que las instituciones de los países donantes presentes en territorio de los beneficiarios, y en particular las representaciones diplomáticas, contribuyan fuertemente a combatir el fenómeno local de manera eficaz, a través de la individualización y el alejamiento de las empresas corruptoras, sea cual fuere el lugar al que éstas pertenezcan.

Naturalmente, tal importante contribución a la lucha contra la corrupción debe ser provista, a través de un acuerdo multilateral, por todas las representaciones diplomáticas y comerciales de los países donantes establecidas en los Estados beneficiarios. En ausencia de tan importante contribución “local” de parte de los primeros, el grave problema de la presencia del fenómeno quedará irresuelto, con la consecuencia de que la divergencia económica entre éstos y beneficiarios continuará aumentando con perniciosos resultados en cada ocasión.

Además, procede preparar un remedio para los daños provocados por recientes procesos de desconcentración y descentralización de alguno de los tipos de asistencia, sea tanto bilateral como multilateral, con relación a los cuales se ha verificado un sensible aumento del fenómeno de la corrupción a causa de la disminución del rigor en el control de la buena administración de los proyectos, en particular con respecto a los llamados a licitaciones.

Es preciso remarcar también que la presencia del fenómeno denunciado en el sector de la asistencia al desarrollo crea graves perjuicios no sólo a los países beneficiarios sino también a los donantes. En efecto, el “costo” de la corrupción, además de constituir una pérdida de recursos para las poblaciones beneficiarias, representa, al mismo tiempo, un aumento de los gastos a cargo de los contribuyentes de los países donantes.

La DAC de la OCSE debería promover la formación de coaliciones idóneas anti-corrupción entre las representaciones diplomáticas de los países miembros, capaces de controlar, a través de un bien organizado “juego de equipo”, la buena administración de toda la asistencia bilateral y multilateral. Si es cierto que la lucha contra los corruptos debe ser conducida principalmente por los Estados beneficiarios de la asistencia, también lo es que la lucha contra los corruptores debe ser conducida principalmente por los donantes, en el marco de una asociación eficaz y transparente, a través de un control muy profesional de la administración de los proyectos y de los llamados a licitaciones, así como también de la calidad de la posesión local en la gestión de la asistencia. En efecto, puede decirse que el sector de actividad de la empresa donde existe el máximo riesgo de utilización de prácticas de corrupción es aquél de la participación en llamados a licitaciones nacionales e internacionales convocadas por administraciones públicas para trabajos, abastecimientos y servicios.

No es suficiente abstenerse, en silencio, de las prácticas de corrupción: es preciso hacer una bandera del principio de la ética empresaria y reconocer que la adquisición mediante prácticas de corrupción de un contrato no es una victoria para la empresa, al contrario, constituye una derrota. Y es una derrota grave porque también es la demostración de la incapacidad de la empresa de adquirir contratos por razones de mérito. Persistir en la utilización de prácticas de corrupción significa para la empresa salir completamente de la lógica del mercado y entrar en la lógica de la ilegalidad. La consecuencia de esta estrategia, a mediano plazo, no puede ser otra que su quiebra. Esto está confirmado por el hecho de que todos los *stakeholders* son decididamente contrarios a tal comportamiento, al igual que la gran mayoría de los accionistas y del mismo personal.

La utilización de prácticas de corrupción debe llevar a una “guerra santa” por parte de las empresas competidoras que no las utilizan, guerra que en el mediano plazo deberá ser

ganada por estas últimas. Al respecto, es de gran importancia la actividad de *whistleblowing*, es decir, la denuncia de la corrupción, que en los países más avanzados es muy apreciada y protegida por las leyes. Por otro lado, la denuncia de la empresa corruptora por parte de las empresas competidoras se puede traducir en la señalización de las “distorsiones” provocadas por la corrupción, que exonera a quien la efectúa del deber más difícil de demostrar los “actos” de corrupción. Algunas asociaciones de empresas ya han firmado acuerdos para la adopción de una estrategia de “tolerancia cero” frente al fenómeno de la corrupción, esperándose que todos los interesados la sigan.

Como conclusión, cabe expresar la satisfacción de *Transparency International* de tomar contacto con la existencia, también en Italia, de un vasto proceso de sensibilización de las instituciones y de las empresas a los fines de una plena afirmación de los principios de la ética y de la responsabilidad social, y de ver madurar los frutos de la batalla iniciada desde hace más de diez años en todo el mundo.

Nota de la Secretaría: la temática de la corrupción ha sido abordada desde perspectivas diferentes y en análisis interdisciplinarios publicados por *Politeia*, de los cuales pueden consultarse: ZAMAGNI, STEFANO, “L’impresa socialmente responsabile nell’epoca della globalizzazione”; MARRA, ANNA, “Etica, scelta vincente. Successi della Convenzione OCSE contro la corruzione ed ostacoli al suo enforcement”; GHIDINI, GUSTAVO, “Correttezza professionale e repressione della concorrenza sleale”; y D’ORAZIO, EMILIO, “Codici etici, cultura e responsabilità d’impresa”, en *op. cit. infra*, 2003, n° 72, pp. 28/42, 81/93, 119/126 y 127/143, respectivamente; CALCEGLIA, INÉS, “Corrupción en Argentina. La percepción de los actos corruptos como detonante de la crisis política” y “Corrupción en Argentina. Partidos políticos, clientelismo y corrupción”, en *op. cit. infra*, 2002, n° 68, pp. 47/72 y 2003, n° 69, pp. 6/33, respectivamente.

PROVERA, Roberto, “Lotta alla corruzione nei rapporti tra paesi industrializzati e paesi in via di sviluppo”, en *Notizie di Politeia. Rivista di etica e scelte pubbliche*, Milán, 2004, n° 74, pp. 312/314.

DERECHO A LA IGUALDAD. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN (ITALIA).

1. El principio de no discriminación en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Preliminarmente, resulta oportuno reparar en que el alcance efectivo del art. 21 de la Carta sólo puede ser rastreado sobre la base de una lectura conjunta de sus normas, sobre todo de las referidas en los arts. 20 y 23.

El texto de Niza parece moverse en diferentes niveles interactivos entre sí. Ello constituye una novedad en su estructura, que aspira a convertirse en la Constitución de Europa. Su fundamento son los valores, es decir, los ideales compartidos que se quieren enfatizar, la dignidad, la paz y la libertad. En este sentido se orientan tanto el Preámbulo como la misma división en capítulos. Los valores se traducen y se expresan en principios y derechos.

Los primeros sirven para que el intérprete resuelva los eventuales conflictos que pueden surgir con respecto a los derechos y libertades, incluso del mismo rango, conflictos que, justamente por la naturaleza de aquéllos protegidos, no permiten soluciones generales y afirmaciones de principio válidas de una vez y para siempre. Se necesitan, por el contrario, soluciones que tengan en cuenta, caso por caso, los diferentes perfiles de cada derecho ejercido y que, por consiguiente, individualicen una jerarquía entre ellos con relación a la cuestión específica considerada. Ésta es una premisa que debe explicitarse y tenerse presente, porque sólo procediendo a través de soluciones ponderadas y por tanto mutables respecto de cada caso, es posible enfrentar adecuadamente la cuestión de la apertura y de la interrelación de la sociedad europea con nuevas formas de subjetividad individual y de grupo.

Los segundos -los derechos, cuyo contenido se enriquece y se especifica en modo diferente a partir del contexto histórico-social de referencia- presuponen que el momento del reconocimiento debe ir junto al de la tutela en función de su efectividad.

A nivel de principios, el Capítulo III dedicado a la *Igualdad* reviste particular importancia. Es aquí que se dispone la prohibición de toda forma de discriminación y el respeto por la diversidad (cultural, religiosa y lingüística). De la lectura coordinada de los arts. 20 a 22 surge el alcance global del capítulo.

Igualdad ante la ley y no discriminación significa valorización de las diferencias en el respeto por una sustancial paridad de tratamiento. El principio de no discriminación impone, de hecho, que han de considerarse prohibidos todos los tratamientos diferenciados, en el peor sentido, de algunos sujetos con respecto a otros, cuando la diferenciación esté ligada a la presencia de una característica distintiva de los primeros respecto de los segundos (pertenecer a un género en vez de a otro; profesar una religión en lugar de otra; tener un cierto color de piel). El mismo principio impone también el respeto por los caracteres distintivos de cada individualidad, en función de la salvaguardia del valor de la diversidad, valor que debería orientar todo ordenamiento democrático. Con ese objetivo la Carta, inmediatamente después de haber fijado los dos principios fundantes de la igualdad y de la no discriminación, explicita que la Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística (art. 22). Se trata de una especificación ulterior que llena de contenido y refuerza los principios cardinales antes enunciados.

Lo que caracteriza el texto de la Carta y lo distingue de los otros documentos nacionales y supranacionales en los que también aparece la prohibición de discriminación como precepto autónomo o bien como especificación del principio de igualdad (véanse, por ejemplo, los arts. 13 del Tratado de Amsterdam, 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, 20 y 27 de la Ley de Ratificación de la Carta Social Europea -nº 30 de 1990-, y 3 de la Constitución italiana) es el modo en que se construye su alcance.

Al principio de no discriminación se le puede asignar una función niveladora y uniformadora respecto a un estándar preseleccionado (históricamente, el hombre adulto, sano y capaz), o bien una función de reconocimiento, de toma en consideración de la existencia de las diversidades en vistas a la realización de políticas sociales dirigidas al respeto y a la protección de estas diferencias. Proclamar que todos son iguales ante la ley sin distinción de sexo, raza, etc. (art. 3 de la Constitución italiana) o que el goce de derechos y libertades reconocidos debe ser asegurado sin distinción (art. 14, Convención Europea) puede inducir a una interpretación que individualiza un deber de protección referible en modo general e indefinido a la persona humana, cuyo prototipo es por excelencia el hombre (occidental). Diferente es la formulación que relaciona el principio de igualdad de todas las personas ante la ley con la prohibición de cualquier forma de discriminación y reafirma el respeto por la diversidad.

La opción que parece emerger del texto de Niza con respecto a las dos lecturas distintas del principio de no discriminación es la que tiende a considerar las distinciones en cuanto expresiones de identidad y, por tanto, a impedir basarse en ellas para promover prácticas discriminatorias.

En la Carta, la edad, el sexo y las condiciones físicas ya no son considerados sinónimos de debilidad, sino de diversidad, como concepto carente en sí mismo de cualquier juicio de valor y también como condición de por sí común a todos los pueblos. Ésta es la razón por la cual después de la enunciación del respeto por la diversidad cultural, religiosa y lingüística, la atención se enfoca en la paridad entre hombre y mujer en todos los ámbitos, incluso el laboral (art. 23); en los derechos de los niños y de los ancianos (arts. 24 y 25), y en la inserción de los minusválidos (art. 26). La misma *ratio* se encuentra en la base de la elección de no incluir en el Capítulo III una norma específica sobre inmigrantes, ausencia criticada por muchos. La posición del inmigrante no necesita ninguna disciplina especial, ya

que el hecho de poseer esa condición no puede ser puesto en el mismo plano que los elementos naturales que caracterizan a las individualidades. La situación recorre transversalmente la Carta y se refleja específicamente en todas sus normas, particularmente en las del referido capítulo. Ello es así también cuando la Carta parece haber querido comprimir la efectividad de los derechos y libertades proclamados en ella justamente con respecto al extranjero inmigrante, circunscribiendo la operatividad concreta de algunos derechos al ciudadano europeo. Se refiere a las normas sobre los llamados derechos sociales, respecto de los cuales se manifiesta con mayor evidencia la cuestión de la predisposición en ventaja de todos los miembros de servicios adecuados y prestaciones, en un sistema orientado al universalismo de los derechos humanos¹. La falta de una política social adecuada se refleja, por cierto, en la posición de los inmigrantes, pero no concierne solamente a ellos, sino que involucra en general a todos aquéllos que se encuentran en condiciones económicas desventajosas. Éste no es el lugar adecuado para abordar la compleja problemática de los derechos sociales, tema sobre el que existe una vastísima literatura. Lo que es preciso subrayar aquí es que la Carta de Niza, aun bajo este perfil, contiene una novedad de método de no poco relieve. En efecto, ella supera la dicotomía entre derechos de libertad y derechos sociales, conformando un abanico unitario de derechos fundamentales, regido por altos valores declaradamente explicitados.

2. Índices que evidencian discriminación e identidad

No puede dejar de observarse cómo los parámetros tomados en consideración en el principio de no discriminación son, en general, todos aquéllos que marcan la diferencia de cada subjetividad (individual o de grupo) y que, considerados en un todo, permiten construir la identidad. No es casual que muchos de los elementos contemplados por las normas que afirman el principio de no discriminación constituyen, en el ámbito de la ley italiana sobre el tratamiento de los datos personales, los llamados datos sensibles. Esto es así porque existe una visible conexión entre las condiciones que pueden ser fuente de discriminación y la construcción de la identidad personal.

Cabe considerar también otro dato. Los elementos individualizados como posibles fuentes de discriminación son tan numerosos y su significado tan rico en matices (en el sentido diferente que puede adjudicársele al concepto de pertenencia racial o de orientación sexual) que consienten la operatividad del principio con referencia a dos niveles diferentes: uno que ve la discriminación efectuada en perjuicio de sujetos pertenecientes a una misma colectividad y otro que la ve manifestada respecto de sujetos que forman parte de diversos grupos.

Son conocidos los casos de discriminación del primer tipo, como por ejemplo las discriminaciones fundadas en la diversidad de género. Ser hombre o mujer ha tenido notables influencias en la organización y en la reglamentación de los derechos/deberes de los ciudadanos hasta tiempos bastante recientes. En el ámbito de la esfera pública, en Italia, el derecho al voto de las mujeres ha sido reconocido sólo después del final del segundo conflicto mundial. En el ámbito laboral, las mujeres han sido excluidas por largo tiempo de algunas profesiones consideradas no aptas para ellas desde el punto de vista psicológico y/o físico (de la magistratura hasta 1963 y de las Fuerzas Armadas hasta el año 2000). Además, tradicionalmente a las mujeres se les reconocieron condiciones retributivas y laborales inferiores respecto de las de los trabajadores de sexo masculino.

¹ Una lectura atenta de la Carta confirma la tendencia a la aplicabilidad de todas sus normas a los inmigrantes, incluso de aquéllas inherentes a los derechos sociales. Entre las disposiciones que pueden mencionarse, se señalan los artículos que reconocen a los extracomunitarios- ciudadanos de terceros países autorizados a trabajar en el territorio de los Estados Miembros de la Unión Europea- el derecho a condiciones de trabajo equivalentes a las que gozan los ciudadanos de la Unión (art. 15.3), y a los extranjeros que residan o se muevan legalmente dentro de ella, el derecho a las prestaciones de seguridad social y a los beneficios sociales (art. 34.2).

En el ámbito privado, la posición de la mujer (esposa y madre) ha estado subordinada a la del hombre (marido y padre) hasta 1975, año en que se renuevan las disposiciones de los códigos en materia de relaciones familiares, personales y patrimoniales.

En cuanto a las discriminaciones fundadas en las tendencias sexuales (problemática más reciente), las conductas homosexuales en muchos países continúan siendo sancionadas penalmente. Donde se ha afirmado progresivamente la “licitud” (en privado) de la relación sexual entre sujetos pertenecientes al mismo género, es necesario preguntarse si ello conduce a una práctica efectiva de no discriminación idónea para permitir no solamente que los homosexuales no sean tratados en modo diferente, por ejemplo en el ámbito laboral, sino también para que se les dé un reconocimiento público de dignidad equivalente al que se les da a las parejas heterosexuales. El debate sobre la posibilidad de admitir el matrimonio entre homosexuales o la adopción por parte de parejas conformadas por personas del mismo sexo unidas por una relación afectiva muestra cómo a nivel social esta diversidad es relevante.

3. Universalidad de los derechos y dignidad de la persona

Ahora bien, si algunos índices presentes en el art. 21 de la Carta, como por ejemplo el sexo, las convicciones personales y las opiniones políticas, el nacimiento y los orígenes genéticos, la minusvalía y la edad, cortan transversalmente cualquier sociedad (mono o pluricultural), la discriminación fundada sobre la diferencia de raza, de color de piel, de origen étnico, de lengua o de religión ciertamente remite a la idea de relación (y de la posible dominación) de un grupo -el de acogida- con el extranjero, considerado individualmente o como grupo social.

A propósito de esto último, hay que subrayar que uno de los rasgos originales del texto de Niza reside en la idea de fondo según la cual existe un núcleo de valores comunes y compartidos a nivel europeo capaz de tener una fuerza expansiva tal como para ser sentidos como propios por cada hombre y cada mujer. La fuerza innovadora de este recorrido reconstructivo está en el hecho de que, si bien parte del ciudadano europeo, se dirige al hombre y a la mujer de toda área política y geográfica, como para permitir concretamente la operatividad general de los derechos que allí se proclaman, expresión de los intereses esenciales de cualquier ser humano.

Aunque la Carta tenga una fuerte carga simbólica y política, y al intérprete le abra una perspectiva interesante de evaluación de las relaciones de derecho privado entre sujetos portadores de orientaciones culturales y sociales diferentes, no se puede negar que los jueces encuentran la dificultad objetiva de conciliar una política multicultural, abierta al reconocimiento y a la valorización de las diversidades y también atenta a impedir que la diferencia dé lugar a discriminación, con la solución de conflictos que llaman a varios derechos, con frecuencia del mismo rango, todos de naturaleza personal (por ejemplo, los casos de poligamia y de reunificación familiar).

Si es indudable que la fuerza de los derechos fundamentales reside en su universalidad, carácter que el texto tiende a evidenciar, es verdad que el significado de ésta debe ser verificado a la luz del valor fundante de la dignidad allí donde tendería a atribuir un contenido y una extensión diferente a los derechos y libertades de la persona con relación al modo de entender la dignidad por parte de un grupo respecto de otro. El verdadero nudo está dado por la dificultad de individualizar un punto de equilibrio entre la no discriminación respecto de la diversidad y la preservación de algunos valores esenciales.

La problemática no nace de la posibilidad de un contraste radical del concepto de dignidad del cual son portadoras culturas distintas, porque en esta hipótesis se desvanecerían los elementos mínimos esenciales para un diálogo y una integración, sino más bien de los diferentes matices que la dignidad puede asumir respecto del contenido y de la actitud de específicas modalidades de desarrollo de la personalidad de cada uno.

Ejemplos de estos aspectos problemáticos son tanto el derecho a la integridad física como a la libertad religiosa observados en los diferentes perfiles en que pueden ejercerse con relación a específicas exigencias del individuo o del grupo, integridad física y libertad religiosa que de todas formas no han de considerarse en modo aislado, dado que con frecuencia el ejercicio es funcional a la satisfacción de los intereses diferentes y conexos, como expresión de otros derechos y libertades.

4. Algunos casos judiciales

La premisa sobre la que se apoya la Carta -la de ser un texto de referencia no sólo para los ciudadanos europeos, sino también para individuos con tradiciones culturales, políticas y sociales diferentes en cuanto frontera más avanzada de los derechos fundamentales- ha sido objeto de debates y de críticas por parte de los estudiosos. Las perplejidades rotan en torno a la concepción etnocéntrica de los derechos humanos, concepción que, concretamente, puede llevar a la negación de la diferencia y de la diversidad cultural más que a su valorización e interacción -en el sentido de intercambio y enriquecimiento recíproco- entre culturas no homogéneas.

La cuestión de la multietnicidad plantea, de hecho, el problema de la amplitud y de la efectiva operatividad de los derechos cuando el significado a asignar al valor fundante de la dignidad humana -que se posiciona como una suerte de cláusula general y como concepto propulsor y al mismo tiempo límite de todo derecho o libertad fundamental- asume contenidos no coincidentes y múltiples matices para un grupo o individuo extranjero con respecto al pueblo europeo. En principio, la misma cuestión puede verse con respecto a quien se ponga por fuera de los valores compartidos de la Carta que encuentran su confirmación en el concepto -totalmente occidental- de dignidad humana.

Frente a actos que son exigencias particulares de un grupo, cabe preguntarse acerca del rol cumplido por la Carta, especialmente ahora que se convertirá en la Constitución de Europa en el tema de los derechos humanos. Corresponde verificar, particularmente, qué instrumentos ofrece el texto de Niza al intérprete, llamado a dirimir concretamente el conflicto, así como también al legislador interior, que debe individualizar estrategias idóneas para regular la convivencia en una sociedad caracterizada por la multietnicidad y el multiculturalismo.

Resulta útil mencionar algunos casos llevados ante los jueces italianos aun antes de la formulación de la Carta y cuya solución puede representar el fruto de la contemporización de los principios de no discriminación y de valorización de las diferencias. Todos tratan cuestiones inherentes a relaciones familiares que encuentran la propia justificación en la consideración específica de la cultura diferente de los protagonistas de los hechos. Sin embargo, junto a las decisiones que se mencionan seguidamente, existen muchas otras en las que se llegó a soluciones completamente opuestas, a fuerza de mencionar principios de orden público y de buenas costumbres puestos a custodiar valores considerados irrenunciables en un ordenamiento democrático como el italiano, fundado en el respeto por la persona.

El Tribunal de Menores de Venecia ha considerado infundado el daño evolutivo en una niña a la que desde su tierna infancia la madre llevaba consigo durante su actividad delictiva (hurto con la complicidad del padre de la niña). La Cámara de Apelaciones de Turín, por el contrario, ha confirmado el estado de adoptabilidad de otra niña, considerando el largo período de hospitalización al que había estado sometida sin visitas de los padres, índice de una situación de abandono moral, gravemente perjudicial para un equilibrado desarrollo psicofísico.

Al decidir en mérito a la potestad de los padres, ambos jueces parten de la cultura a la que pertenecen las niñas y sus familias. Algunos pasajes de ambas decisiones brindan mejor que cualquier paráfrasis el sentido de la relevancia del conocimiento de las tradiciones y de los valores que están en la base de una cultura extraña a la formación del jurista-intérprete.

Para el Tribunal de Menores de Venecia, el daño evolutivo no ha de ser adjudicado a criterios abstractamente prefigurados, “sino a la realidad objetiva en la que la pequeña ha nacido, realidad de nómades que ignoran modos de vivir diferentes a los propios y que para cambiarlos habría que suprimir su identidad étnica”. De los padres nómades “no puede exigirse, sin usar violencia hacia sus modos naturales de vida, comportamientos ligados a nuestros criterios ordinarios”. Que los jueces hayan considerado que tener en la calle a una niña con fiebre fuera indicio de una evidente dejadez de la madre responde a un prejuicio ligado a la falta de aceptación de una realidad étnica diferente, en la que las curas domiciliarias no tienen significado porque están ligadas a la tradición de un pueblo que fija la propia existencia alrededor de la casa familiar. La cultura nómade no conoce este valor. La madre de la niña nunca ha tenido una casa; desde su nacimiento ha vivido bajo una carpa, a la intemperie o en una casa rodante de dimensiones modestísimas, con la consecuencia de considerar normal el hecho de no dejar a la niña y de llevarla consigo, incluso cuando la pequeña presenta un cuadro febril leve.

Por el contrario, la Cámara de Apelaciones de Turín rechaza la oposición de los padres a la declaración de adoptabilidad considerando que en el caso bajo examen era evidente y de extrema gravedad el abandono moral de la pequeña. La niña, de sólo siete meses, había sido sometida a casi cinco meses de hospitalización innecesaria, circunstancia que le había provocado un sufrimiento agudo por la falta de una relación personalizada con figuras adultas y estables, así como también una carencia afectiva causada por la ausencia absoluta de los padres. La situación en la que se encontraba había hecho que la niña asumiera como figuras de referencia sólo al personal hospitalario. Además, la pequeña sólo podía estar acostada y sufría de un sensible retraso motriz. En oportunidad de impugnar la declaración de adoptabilidad, los padres aducían como razones que los llevaron a tomar la decisión de dejarla en el hospital la precariedad de su situación habitacional y su condición de nómades. La Cámara consideró poco convincente la justificación dada por los padres, evaluándola justamente a partir del tipo de cultura que distingue a esos grupos. Para los jueces, la cultura de los nómades no puede ser invocada para excluir el estado de abandono, ya que recientes estudios han destacado cómo “entre ellos, el niño es profundamente amado y goza de un contacto físico con la madre muy intenso. Pasa los primeros dos años de vida casi siempre en brazos. La riqueza de afecto y de contacto físico que goza, aun en la pobreza, le brinda mucha seguridad”. Si ésta es una de las características de su cultura, la actitud de esos padres se ha alejado profundamente de ella, dando lugar a una dejadez radical y a un absoluto desinterés por la niña.

También con relación a otros casos, las soluciones jurisprudenciales han sido calibradas como para salvaguardar los valores fundantes de la sociedad de acogida en el respeto por la diversidad cultural de los protagonistas del hecho. Emblemáticas son las decisiones tendientes a permitir la reunificación familiar, en función de la salvaguardia del mejor interés del menor, incluso en presencia de grupos familiares extraños a la cultura y a los esquemas jurídicos de matriz occidental. La Cámara de Apelaciones de Turín admitió el reclamo interpuesto por un padre casado en Marruecos en régimen de poligamia contra el rechazo de la autorización de permanencia en Italia de la segunda mujer, madre de un niño.

Aunque formalmente el permiso es concedido para garantizar al menor la cercanía con el progenitor “independientemente del hecho de que éste esté o no casado con el otro progenitor del hijo, y que esté casado en régimen monogámico o poligámico”, concretamente los jueces evalúan positivamente el ambiente familiar en el que ha crecido el niño desde su nacimiento, ambiente familiar -hay que recordar- compuesto por el padre, por las dos esposas, por la hija de la primera esposa y por el hijo de la segunda². A propósito de la alternativa de

² Es oportuno subrayar que la Carta muestra una apertura con respecto a modelos de familia diferentes al tradicional, fundado en el vínculo conyugal (monogámico). En particular, el art. 9, cuya formulación se aparta sensiblemente de la del art. 12 de la Convención Europea, no contiene ya referencia a la diversidad de género como

dejar al niño en Italia con el padre o de ir a Marruecos con la madre, en la decisión se subraya cómo “en ambos casos, el niño que ha crecido con los dos progenitores desde su nacimiento en condiciones familiares, habitacionales y sociales positivas (...) sería imprevisiblemente separado de uno de ellos, viviendo una situación gravemente dañosa para el desarrollo psicofísico de un niño en corta edad”.

En Italia, los jueces han sido llamados a resolver una de las cuestiones más espinosas planteadas por el multiculturalismo: la escisión. Ésta pone de relieve el tema del equilibrio de valores y principios en presencia de costumbres y praxis extrañas a las tradiciones de la comunidad de acogida y no compartidas a nivel social y jurídico. Se sabe que las mutilaciones sexuales de las niñas de corta edad están fundamentadas, en las comunidades que las practican, en la convicción de que se cumple con un deber moral, social y/o religioso, tanto en función de la tutela del interés de la menor como de la preservación de su identidad individual y de grupo.

En 1997, el Tribunal Penal de Turín y el Tribunal de Menores, en presencia de un caso de escisión efectuada en el país de origen por voluntad de los padres, inmigrantes nigerianos, han debido decidir respectivamente acerca de la acción penal y de la idoneidad de éstos.

El procedimiento penal, abierto tras una denuncia de los médicos italianos que, a causa de las consecuencias de la intervención, habían curado a la niña que había regresado de Nigeria, se cerró con el archivo, ya que el Ministerio Público consideró infundadas las condiciones que legitiman el ejercicio de la acción penal, pues los padres habían sometido a la hija a una práctica plenamente aceptada “por las tradiciones locales (y al parecer por las leyes) de su país”.

El Tribunal de Menores revocó la disposición restrictiva de la potestad considerando que no habían surgido elementos como para considerar a los padres no idóneos para desarrollar los deberes educativos y de crecimiento de la hija.

Se trata de dos decisiones de interés justamente por las soluciones elegidas, que pueden definirse como “blandas” respecto a una conducta absolutamente reprobada por la sociedad italiana: soluciones blandas y por ello justas, atentas a asegurar al máximo nivel posible una definición del hecho no ulteriormente perjudicial de los intereses de la menor, una definición capaz de ser “entendida” por todos los sujetos involucrados (hija/padres).

Entre los casos mencionados, el de las mutilaciones sexuales es ciertamente el más complejo de resolver porque determina un conflicto entre valores fundantes que concierne a sujetos -las niñas- que todavía no están en condiciones de autodeterminarse frente a una decisión que involucra su cuerpo y la propia esfera sexual. La práctica, por sí misma inconciliable con el valor atribuido por el jurista europeo a la dignidad de la persona, parece todavía más incompatible a causa de la escisión entre quien decide la práctica y la persona sobre la que es efectuada. Aun teniendo en cuenta esta contradicción, parece preferible una actitud como la expresada en las decisiones antes mencionadas, tendiente a valorar el comportamiento de los padres en función del mejor interés actual y futuro de la niña, más que una actitud de necesaria criminalización del acto, fundada en una evaluación abstracta, despegada de la efectiva trama de relaciones personales y afectivas dentro de la cual la decisión ha madurado.

El cuadro jurisprudencial precedente está en condiciones de evidenciar cómo a nivel interpretativo está emergiendo, aunque lentamente, una tendencia a evaluar con atención la incidencia de la cultura de pertenencia (diferente) frente a elecciones de vida esenciales,

presupuesto del derecho a casarse y a fundar una familia. De esta manera, el derecho a casarse y el derecho a constituir una familia asumen un valor autónomo y pueden involucrar también a sujetos pertenecientes al mismo sexo. Es cierto que el ejercicio de estos derechos permanece ligado a las leyes nacionales. Sin embargo, parecería que la Carta puede orientar las futuras decisiones e interpretaciones, especialmente en un ordenamiento como el italiano, en que a las uniones de hecho (heterosexuales) se les reconoce una protección constitucional en cuanto formaciones sociales en las que se desarrolla la personalidad del individuo.

expresiones del ejercicio de derechos y libertades fundamentales, cuyo contenido presenta caracteres, extensión y límites diferentes, en cuanto resultado de un recorrido de crecimiento individual y colectivo propio de ese determinado grupo social.

5. Consideraciones finales

De lo dicho hasta aquí surge cómo los principios de la Carta de Niza resultan idóneos para orientar al jurista -legislador o intérprete- tanto cuando es llamado a ocuparse del fenómeno cada vez más difundido del multiculturalismo y de la multietnicidad, como cuando debe verificar la compatibilidad de la diversidad dentro de un sistema de valores tendencialmente homogéneo, propio de una misma comunidad social. Los arts. 20 a 22 imponen que los derechos fundamentales sean reconocidos a todos, independientemente de la ciudadanía. El respeto por la diversidad deviene entonces un principio de orden público, que en una visión cerrada y tradicional puede constituir una norma que bloquea las reglas que colisionan profundamente con las propias del ordenamiento de acogida. Por el contrario, una visión abierta y sensible al problema del interculturalismo puede constituir un punto de partida para componer el conflicto entre valores fundamentales que inspiran a culturas profundamente diferentes.

Al final de este razonamiento, inevitablemente fragmentario, puede decirse que la Carta se presta a ser interpretada en sentido doble: como instrumento para una homogeneización de la sociedad con base en el modelo europeo, y como instrumento para un intercambio y un enriquecimiento recíproco entre culturas en un camino hacia un libre compartir de valores. La primera vía, la más simple de seguir, está signada por una óptica de integración que se traduce en una progresiva asimilación del extranjero en la sociedad de acogida. En ésta, el concepto de dignidad funciona como parámetro y como objetivo para la asimilación.

Un resultado semejante no parece coherente con uno de los principios fundamentales del texto de Niza, el de diferencia, que representa quizás la verdadera novedad respecto a los enunciados de las constituciones nacionales y de la Convención Europea. En realidad, el respeto por la diversidad cultural y religiosa sancionado por el art. 22, junto con el principio de no discriminación con respecto a la raza, al origen étnico y a la religión del art. 21, podrían conducir a otro recorrido y a otro resultado y, por tanto, llevar no tanto a una asimilación cuanto a una consideración real del respeto y de la valorización de la diversidad, en función de un compartir progresivo y consciente de los valores y de los principios expresados en la Carta. En esta clave de lectura, no resulta ganadora -en términos de efectividad de los derechos fundamentales- una política de rígida criminalización o de aparente indiferencia respecto a actos extraños a la tradición europea, que se traduce en la elección de sancionar penalmente o bien ignorar prácticas difundidas y radicadas en otros grupos porque son consideradas lesivas de la dignidad y de los principios fundamentales comunes (europeos). Parece preferible una estrategia tendiente a favorecer, lo más posible, el recíproco conocimiento entre culturas y a brindar servicios sociales adecuados a los inmigrantes, así como también a promover modelos diferentes con el objetivo de permitir la libre manifestación de la propia personalidad y de llegar progresivamente a una identidad común, fundada en el compartir de los valores. Ello, naturalmente, sin abandonar el deber de limitar y equilibrar la libertad de autodeterminación del individuo (incluso extranjero) cuando sea necesario en función de la salvaguardia de sus intereses.

PALMERI , Giuseppa, “Il principio di non discriminazione”, en *Familia. Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, Milán, Giuffrè, 2004, n° 3, pp. 515/532.

EUTANASIA. DERECHO A LA SALUD. DERECHO A LA VIDA. ESTADO VEGETATIVO PERMANENTE. SUSPENSIÓN DE LA ALIMENTACIÓN. DIGNIDAD HUMANA (ITALIA).

¿Es lícito suspender la alimentación y la hidratación artificial en los pacientes en estado vegetativo permanente? ¿Quién debe hacer esa elección? ¿Tiene sentido hablar de elección, o más bien no se debe dejar que la naturaleza siga su curso hasta la conclusión “fisiológica” de la vida?

Muchas personas que han soportado una lesión cerebral como consecuencia de un evento traumático o hipóxico hoy pueden ser salvadas gracias a intervenciones médicas, farmacológicas o de reanimación que hace tiempo no estaban disponibles. Gracias a los progresos de la medicina, algunos de los pacientes que han soportado el trauma pueden recuperarse parcial o totalmente. Para otros, se revela toda la gravedad de la lesión y entran en estado vegetativo permanente. Estos últimos no han muerto en la fase aguda, por cuanto han sido tratados con terapias de socorro vital, y continúan viviendo porque prosiguen algunos de aquellos tratamientos, al menos la hidratación y alimentación artificiales. Su proceso de muerte ha sido interrumpido por la terapia de urgencia, y ahora su vida está suspendida en un limbo donde no hay conciencia de sí mismo ni de los otros y está ligada a una cánula a través de la cual pasan fluidos que hacen posible la hidratación y la alimentación. La medicina los ha “salvado” y ahora los conserva suspendidos entre la vida, que ya no es más, y la muerte, que todavía no llega. No hay nada de fisiológico en esto, ni en la vida que ahora viven ni en la muerte, que tarde o temprano sucederá. Deben sus vidas a un acto médico que ha suspendido el fallecimiento, esperando la recuperación, y cuando esa esperanza se revela vana, siguen ligados al compromiso continuo de asistencia y a una cánula que los mantiene en el mundo de los vivos. Una elección ha sido hecha al intentar salvarlos y se renueva cotidianamente al tenerlos con vida. Tiene sentido, por ello, plantearse el problema de los tratamientos médicos de socorro vital.

El tema en desarrollo se aclara si se tiene presente en qué medida el principio del consenso constituye regla fundamental en el sistema jurídico italiano, no sólo como justificación de los tratamientos médicos, sino más en general de todos los actos que, aun por finalidades diversas, son invasivos de la esfera física de la persona. En el ámbito de los principios generales, tiene plena ciudadanía el reconocimiento de la autonomía del paciente, la cual, entendida en sentido negativo, implica que ningún tratamiento médico puede ser cumplido sin su voluntad y, con mayor razón, contra ésta; mientras que entendida en sentido positivo, implica “poder disponer del propio cuerpo” (Corte Constitucional, sentencia del 22-10-1990, n° 471).

Este principio encuentra reconocimiento en la Convención Europea de Bioética (ratificada por Ley n° 145 de 2001), en el Código de Deontología Médica y en muchísimas leyes especiales, a partir de la ley que instituye el servicio sanitario nacional.

En la disciplina constitucional, el marco de principios de referencia toma la tutela y promoción de los derechos fundamentales de la persona, de su dignidad e identidad (art. 2), de la libertad personal (art. 13) y de la salud (art. 32). La jurisprudencia de las Cortes de Casación y Constitucional ha iluminado la amplitud de tal principio. Cualquier acto invasivo en la esfera física, sea o no de naturaleza terapéutica, no puede acontecer sino frente al consentimiento de la persona interesada. La “inviolabilidad física” constituye el “núcleo esencial” de la misma libertad personal*. Contrariamente, la imposición de un determinado tratamiento sanitario se justifica solamente en función de un interés general y no tutelando la salud individual.

* Es por esta razón que hasta la toma de muestras de sangre por razones de justicia no puede llevarse a cabo en ausencia de consenso, sino con restringidas garantías (Corte Constitucional, sentencia del 9-7-1996, n° 238.), o, en el marco de una investigación genética sobre la paternidad, la extracción no

La amplitud del principio se comprende mejor si se lo pone en relación con la nueva dimensión que ha asumido el concepto de salud y, en consecuencia, el del “derecho a la salud”. Lo que pretende remarcar no es sólo el hecho de que la salud se proyecta, desde hace tiempo, más allá de la mera dimensión física de la persona para comprender plenamente la esfera psíquica, sino, sobre todo, la circunstancia de que la salud no puede seguir entendiéndose exclusivamente en términos objetivos, como ausencia de enfermedad, sino que debe ser considerada con relación a la percepción que el sujeto tiene de sí mismo, de su propio estado físico y mental, porque el estar bien comprende los aspectos interiores de la vida como son advertidos y vividos por el sujeto mismo. No existe únicamente un “metro” objetivo a través del cual se mida, con los instrumentos de la ciencia, la salud, sino que es preciso tener en cuenta la experiencia individual y el universo de valores culturales, religiosos y familiares con los cuales la salud debe armonizarse (Tribunal de Milán, sentencia del 14-5-1998). En tanto elemento del más complejo marco de los derechos fundamentales de la persona, la salud deviene apreciable sobre la base de una valoración subjetiva referida a la experiencia vivida por el paciente.

La relación médico-paciente se ha transformado: si la salud, un bien del paciente, no puede ser determinada en términos objetivos, pues hay que tener en cuenta los perfiles de la experiencia individual, la elección terapéutica no debe realizarse sólo por el médico, en virtud de su competencia científica, sino que tiene que ser el resultado de un proceso dialéctico entre éste y su paciente.

Del consenso informado puede hablarse como de un “mito” o, exagerando sus contornos formales, como el momento en el cual comienza la relación contractual médico-paciente que tiene como epílogo la medicina defensiva. Si en la perspectiva de una “ética de la curación” no se ve esta relación de intercambio sino como una “alianza terapéutica”, en la cual médico y paciente, con competencias y especificidades propias, persiguen el mismo fin común, el consenso informado puede ser visto como el proceso en el cual el médico escucha y acompaña al paciente en una decisión que frecuentemente involucra la entera dimensión existencial, el sentido mismo de la vida.

Es por estas razones que hay que respetar la elección del paciente de no adoptar ciertas terapias o de suspender aquéllas ya iniciadas. El Código de Deontología Médica prescribe al médico desistir de la terapia cuando el paciente conscientemente la rechaza. La regla deontológica es afín con la disposición constitucional por la cual los tratamientos contra la voluntad del paciente no son admitidos sino cuando la ley los prescriba expresamente y siempre que no sean lesivos de la dignidad de la persona (art. 32). Aun en los límites de la reserva de las leyes, la justificación de los tratamientos coactivos reside exclusivamente en la salvaguardia del interés general, por lo que ni siquiera el legislador podría imponer un tratamiento médico al solo fin de salvar al paciente. El deber de curarse que puede emanar de obligaciones morales y de responsabilidades hacia otras personas, o que puede derivar de valores trascendentes, no se traduce en una obligación jurídica, prevaleciendo el respeto de la libertad de la persona y de su dignidad.

Si el paciente no está en condiciones de expresarse, la regla deontológica prescribe al médico proseguir la terapia hasta cuando la considere “razonablemente útil” (art. 37), teniendo en cuenta, no obstante, las directivas expresadas anticipadamente por el paciente (art. 9).

Las decisiones relativas a pacientes en estado vegetativo permanente se colocan en este marco general, en el centro del cual está el consentimiento del paciente, expresiones de su libertad, autonomía y dignidad. Puede discutirse que la hidratación, la alimentación y otras curas necesarias sean vistas como actividades terapéuticas, sujetas a las reglas del consenso, o

puede ser cumplida si falta el consenso del interesado (Corte de Casación, sentencia del 24-2-1997, n° 1661).

como cura ordinaria debida a quien no es autosuficiente, que puede prescindir de aquella regla. No obstante, parece importante la consideración de la naturaleza de las intervenciones que requieren la inserción y el mantenimiento de una sonda nasogástrica o de una cánula endogástrica.

La necesidad del consenso deriva no tanto de la naturaleza terapéutica del acto, que aun en el caso se sostiene con buenas razones, sino del hecho de tratarse de actos médicos igualmente invasivos de la esfera física. Y, como se ha dicho, esta invasión, cuando no está permitida, es de por sí ilícita.

Cuando el paciente no está en condiciones de expresar alguna voluntad surge el problema de individualizar a otros sujetos que deben decidir por él si proseguir la cura, hasta cuándo o interrumpirla. Existen diversos modelos de solución, bien representados, en las distintas experiencias jurídicas. Simplificando al máximo, cabe recordar que en la experiencia inglesa es el médico quien tiene el deber de tomar las decisiones en el interés superior (“*best interest*”) del paciente incapaz, aun con el control de los tribunales. El principio del consenso se paraliza frente a la imposibilidad de darlo, y entonces sólo el médico puede hacer elecciones que tengan en cuenta la necesidad terapéutica y el mejor interés del paciente; solución que encuentra consenso en quienes consideran que debe ser aquél quien tenga el deber de apreciar cuándo una terapia es útil al paciente y cuándo, al ser privada de toda perspectiva terapéutica, se revele inútil o fútil.

En la experiencia americana domina el concepto de *privacy*, entendido en sentido lato, comprensivo de la autonomía en las elecciones personales. Por ello, es sólo el paciente quien debe dar o quitar el consentimiento. El principio de la personalidad del consenso aparece incompatible con poderes de representación de los padres o de otros sujetos, razón por la cual, en el caso de una incapacidad, es preciso ir en busca de las voluntades expresadas antes de la pérdida de la conciencia. Cuando exista prueba de que el paciente no habría querido ser sometido a tratamientos de socorro vital, el médico tiene el deber de desistir de ellos (*Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 US 261 -1990-).

Una decisión de la Corte de Apelaciones de Milán (31-12-1999) se aparta de la premisa según la cual el consentimiento del paciente puede expresarse aun para rechazar la cura. El tribunal sigue un desarrollo distinto al de los precedentes indicados cuando considera que, en el caso de pacientes incapaces, la decisión puede ser tomada a buen derecho por los sujetos (los padres o el tutor) investidos de representación del incapaz, quienes estarían legitimados también para pedir la suspensión de los tratamientos de socorro vital. La razón por la cual no considera autorizar la intervención no es por lo tanto de principio, sino que se explica más bien por consideraciones de orden técnico, no siendo suficientemente evidente si la hidratación y la alimentación forzada constituyen o no tratamientos de naturaleza terapéutica. La Comisión Oleari, encomendada a este problema en octubre de 2000 por el Ministro de Salud Veronesi, correctamente concluyó que, al prescindir de su carácter estrictamente terapéutico, el tratamiento sobre pacientes en estado vegetativo permanente puede, fuera de toda duda razonable, calificarse como de naturaleza médica, que, en cuanto tal, encuentra su condición de legitimidad en el consentimiento del paciente.

Sobre esta premisa se puede profundizar el rol de los padres y del tutor. A ellos compete, además de los poderes de representación, también deberes de cura de la persona del menor o del interdicto, que encuentran fundamento, para los primeros, en aquéllos de naturaleza personal inherentes a la relación educativa y, para los segundos, en la expresa previsión de la ley (art. 357 del Código Civil). Es a estos poderes de cura, más que a los de representación, que puede reconducirse, en modo más apropiado, el consentir o rechazar el tratamiento médico. La representación, en efecto, tiene su natural terreno de elección en el ámbito de las relaciones patrimoniales, siendo tradicionalmente excluidas las relaciones de naturaleza personalísima. La referencia a representantes legales, como sujetos legitimados para tomar decisiones sanitarias en el interés del menor o del incapaz, contenida en numerosos

textos legales, es entendida como indicativa de las personas que participan en el proceso decisorio, más que, en modo puntual y técnico, de los poderes (de representación) con los cuales están investidos.

Los deberes de cura de la persona se sustancian no sólo en actos materiales con los cuales se provee directamente a las necesidades del hijo o del incapaz, sino también en las relaciones con las otras personas (docentes, médicos, enfermeros, instructores deportivos, etc.) que concurren a perseguir ese fin. El criterio que precede su ejercicio es el del interés prevaleciente del menor (o del incapaz), y los poderes de control del juez son los previstos para el caso en que se tenga una conducta perjudicial (art. 33 del Código Civil) y no por los actos de administración o representación (art. 320 del mismo texto legal).

Los padres y el tutor, al decidir juntamente con el médico si proseguir la cura o suspenderla, deberán, por ello, tener en cuenta las intenciones manifestadas por el paciente antes de la pérdida irreversible de su conciencia. La decisión de suspender la alimentación y la hidratación en el paciente en estado vegetativo permanente puede constituir el acto extremo de respeto de su autonomía y de su dignidad, un acto por el cual se perfila la oportunidad del control judicial, en el interés del incapaz. Se tratará de verificar la legitimación de los sujetos que piden la suspensión, la condición de irreversible pérdida de la conciencia, la inutilidad del tratamiento, las intenciones expresadas con anterioridad, teniendo en cuenta, como ha subrayado el Tribunal de Milán, que, en las condiciones en las cuales se encuentra el paciente en estado vegetativo permanente, proseguir su cura sin ninguna perspectiva de recuperación aparece como “lesiva para la dignidad de la persona” y por ello “legítimamente rechazable” por parte del tutor.

Nota de la Secretaría: el tema ha sido abordado, a su vez, por BARON, CHARLES H. “Nutrition and Hydration in PVS Individuals: the Cruzan, Bland and Englaro Cases”; LATRONICO, NICOLA y otros, “Approccio al paziente in stato vegetativo: *La diagnosi y la prognosi*”; BORSELLINO, PATRIZIA, “La carta di autodeterminazione”; FERRAFOLI, LUIGI, “Concetti di morte e autonomia degli individui”; MORI, MAURIZIO, “Una nota su alcuni problemi posti dallo Stato Vegetativo Permanente”; y SIMON, JÜRGEN y RAVENSTEIN, CHRISTIAN, “Termination of Life Support Measures in Case of Persons in a Permanent Vegetative State”, en *op. y loc. cit. infra*, pp. 181/184, 185/203, 204/206, 207/208, 215/218 y 219/226, respectivamente. Asimismo, sobre la temática de la eutanasia, puede verse: GIUSTI, GIUSTO, “La legge olandese sull’eutanasie e il suicidio assistito” y CANESTRARI, STEFANO, “Le diverse tipologia di eutanasia: una legislazione possibile”, difundidos en *investigaciones* 2 (2002) y 3 (2003), pp. 691/693 y 579/589, respectivamente.

FERRANDO, Gilda, “La volontà oltre la perdita di coscienza”, en *Notizie di Politeia. Rivista di etica e scelte pubbliche*, Milán, 2002, n° 65, pp. 209/214.

FAMILIA. FAMILIA DE HECHO (ITALIA).

1. Premisa

La expresión “familia de hecho” se refiere al núcleo formado por parejas con o sin hijos que no han contraído matrimonio y que conviven establemente. En un sentido más amplio, la expresión también comprende núcleos familiares compuestos por parejas homosexuales o por un único progenitor y sus hijos reconocidos. El fenómeno de la convivencia forma parte de nuestra experiencia social y se caracteriza únicamente por la voluntad de los compañeros de compartir la vida, que se renueva diariamente, sin vínculos legales, y es, por lo tanto, poco pasible de definición jurídica.

Un Tribunal de Turín se encargó de delinear muy bien los aspectos peculiares de las convivencias al establecer que: “en sí misma, la convivencia es una situación que se caracteriza por un complejo de relaciones unificadas bajo el perfil personal por el *affectio coniugalis*, bajo el perfil patrimonial por el *animus donandi* y que no puede por tanto configurarse en el ordenamiento italiano como fuente de obligación, al no poderse considerar ni hecho ilícito, ni contrato ni, en particular, una promesa de matrimonio”.

Del concubinato, connotado negativamente en el derecho romano, se ha pasado (desde 1975 en adelante) al concepto de convivencia *more uxorio* hasta llegar al concepto de familia de hecho, de evidente paridad terminológica con respecto a la familia legítima fundada en el matrimonio.

La jurisprudencia atinente al mérito de la cuestión y a la legitimidad, interesándose en el fenómeno, ha procurado evidenciar sus connotaciones típicas para resolver la *querelle* de su incertidumbre conceptual.

Es así que para que haya familia de hecho es necesaria una relación interpersonal, caracterizada por la estabilidad, de naturaleza afectiva y parafamiliar, que se manifiesta en una comunidad de vida e intereses y en la recíproca asistencia material y moral. La definición jurídica que la jurisprudencia ha intentado, sin embargo, no sirvió para dar a la familia de hecho una reglamentación jurídica. Ésta vive en y con la anomia, aunque ya comienza a presionar ante las fronteras del Derecho.

Por otro lado, el derecho a constituir una familia de hecho parece estar garantizado por el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según la cual “el derecho a casarse y el derecho a constituir una familia están garantizados por las leyes nacionales que regulan su ejercicio”. En la Constitución italiana, puede encontrarse esa garantía en sus arts. 2 (que tutela el desarrollo de la persona y los fenómenos asociados) y 31 (que promueve la familia). La garantía constitucional oscila entre una connotación positiva (las normas mencionadas) y una negativa (el art. 29 es una norma insuperable para quien se pronuncia contra la legalización de la familia de hecho^{*}).

2. Formas actuales de reconocimiento de la convivencia de hecho: las leyes

El legislador todavía no ha intervenido para reglamentar acabadamente la nueva realidad social, pero ella encuentra un reconocimiento indirecto en normas heterogéneas e inorgánicas que conectan la convivencia con algunos efectos jurídicos relevantes.

La ley n° 405 de 1975 sobre consultorios familiares, entre los derechohabientes, junto a los solteros y a las familias, menciona a las “parejas”. La Ley sobre el Ordenamiento del Registro Civil (n° 136 del 31 de enero de 1958) define a la familia como una comunidad fundada en vínculos afectivos, caracterizada por la relación de convivencia y por la puesta en común de todo o de parte del rédito, para la recíproca satisfacción de las necesidades. Esa definición ha sido retomada por la n° 223 del 30 de mayo de 1989, que, además, en cuanto a las declaraciones y a los deberes del Registro Civil, equipara *in toto* el conviviente al familiar. Asimismo, el art. 572 del Código Penal, titulado “Malos tratos en familia o hacia los niños”, considera al conviviente “persona de la familia” y lo tutela penalmente como tal en caso en que sufra malos tratos (físicos o morales). Las mismas administraciones locales se adecuaron a los tiempos que corren reconociendo el goce de facilidades también a las mujeres no casadas o convivientes *more uxorio*. También el ordenamiento penitenciario, consciente de los inconvenientes causados por una unión no legalizada, prevé la posibilidad de que el detenido pueda gozar de permisos para visitar a un familiar o conviviente que se encuentra en peligro de

^{*}Art. 29: La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio. El matrimonio está basado en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley para garantizar la unidad familiar.

vida (art. 30, ley n° 354 del 26 de julio de 1975). El art. 199.3, letra a), del Código de Procedimiento Penal prevé la facultad de abstenerse de declarar en juicio a quien “aun sin ser cónyuge del imputado, conviva o haya convivido como tal con el mismo”. No sorprende que la misma ley sobre adopción connote positivamente el fenómeno de la convivencia, disciplinando la posibilidad de tenencia del menor “temporáneamente carente de un ambiente familiar idóneo” a otra familia, sea legítima o natural.

Además, en el ordenamiento italiano se toma en consideración el período de duración de la convivencia. La mencionada ley sobre adopción, modificada por la ley n° 149 del 28 de marzo de 2001, considera en su art. 6 el requisito de estabilidad de la pareja que aspira a adoptar, que se cumple cuando los cónyuges han convivido en forma estable y continuada antes del matrimonio por un período de por lo menos tres años.

A la familia de hecho se le ofrece una tutela inhibitoria en las recientes leyes 149/01 y 154/01, que conllevan medidas de protección contra abusos familiares. La primera ley, modificatoria de los arts. 330 y 333.2 del Código Civil, dispone, en tutela del menor, el alejamiento del progenitor o del conviviente abusador. Ésta concurre con la tutela conferida por la ley 154/01, considerada como un objetivo importante hacia el reconocimiento de la familia de hecho. En efecto, al introducir los arts. 342-*bis* y 342-*ter*, que definen la circunstancia dañosa que comporta la aplicación de las medidas de protección (la más importante de las cuales es la orden de alejamiento), habla de “grave perjuicio a la integridad física o moral o a la libertad del otro cónyuge o conviviente”. La indudable novedad de la ley, además, está determinada por la posibilidad de obtener en ventaja de la víctima de la conducta perjudicial que se encuentre desprovista de medios propios adecuados la fijación de una asignación de mantenimiento (provisoria) a cargo del conviviente alejado.

Finalmente, hay quienes consideran que un reconocimiento indirecto de la familia de hecho se encuentra en la norma del art. 317-*bis*, inc. 2, del Código Civil, que atribuye el ejercicio de la potestad del hijo natural a ambos progenitores si lo han reconocido y si son convivientes. Por cierto, esa norma no es considerada por la mayoría como un reconocimiento del fenómeno, sino sólo como un medio de tutela de la prole natural (equiparada a la filiación legítima).

“La tutela del hijo natural es inmanente en el ordenamiento y debe ser puesta en acto con base en una interpretación sistemática de los arts. 147, 148 y 261 del C.C.” (Corte Constitucional, 13-5-1998, n° 166). En verdad, la conclusión a la que se llega es que el reconocimiento de la familia de hecho no puede hacerse considerando las normas aplicables a la filiación natural.

3. Formas actuales de reconocimiento de la convivencia de hecho: las sentencias

La importancia de la convivencia de hecho, con las mencionadas características de estabilidad, ha sido confirmada por esporádicas intervenciones jurisprudenciales.

Por ejemplo, varias sentencias de Casación, entre ellas la reciente n° 3384/03, valoran la convivencia prematrimonial atribuyéndole importancia respecto a la duración legal del matrimonio en el cálculo de la cuota de pensión de reversibilidad en el concurso entre cónyuge y ex cónyuge del *de cuius*.

Los tribunales de menores atribuyen el mismo valor al período de convivencia prematrimonial y con frecuencia autorizan el matrimonio entre menores ya convivientes, considerando la convivencia como índice de madurez psíquica alcanzada.

Una tutela de tipo reconocitiva (es decir, atributiva de derechos, en el caso en cuestión del derecho a la vivienda) es desarrollada por una conocida sentencia de la Corte Constitucional (n° 404/88), que ha declarado la ilegitimidad constitucional *in parte qua* del art. 6.1 de la ley n° 392/1978 sobre el “*equo canone*” (locación) con referencia a los arts. 2 y 3 de la Constitución en la parte en que no prevé que el conviviente *more uxorio* continúe con la locación del locatario fallecido. La Corte declaró la inconstitucionalidad “con base en la

irracionalidad y contradictoriedad lógica de la norma misma que no tutela el derecho a la vivienda del conviviente *more uxorio* del locatario muerto mientras se ocupa de tutelar al cónyuge, a los herederos, a los parientes y a los afines que convivían en el momento del deceso”.

Un tratamiento dispar se ha evidenciado también al no brindarse una misma garantía del derecho a la vivienda al conviviente en el caso de muerte del conviviente propietario del inmueble. En ese caso, el derecho a la vivienda del conviviente no ha encontrado tutela jurídica. De hecho, la cuestión de legitimidad constitucional ha sido rechazada: “Es inadmisibles, al requerirse una innovación del sistema normativo reservada al legislador, la cuestión de legitimidad constitucional del art. 540, inc. 2º, del C.C., en la parte en que no prevé al conviviente *more uxorio* entre los componentes de la familia del fallecido que tienen derecho a la vivienda sobre el alojamiento común, con referencia a los arts. 2 y 3 de la Constitución” (Corte Constitucional, 26-5-1989, nº 310). En el caso en que cese la convivencia, los derechos de sucesión del contrato del inmueble en locación le corresponden (según la Corte) al conviviente no locatario únicamente si hay prole natural.

Asimismo, la jurisprudencia ha reconocido progresivamente tutela resarcitoria a las situaciones de convivencia. En general, la progresiva ampliación de los espacios de resarcibilidad en el Derecho ha pasado por varias etapas: desde el reconocimiento del daño biológico se pasó al resarcimiento de los intereses legítimos, llegando hasta el reconocimiento del daño existencial y, por último, del daño que deriva de la pérdida de los afectos.

Desde los años ochenta, se ha reconocido la resarcibilidad del daño moral también a la familia de hecho. Se ha reconocido, particularmente, el daño existencial (entendido como daño que, al menos potencialmente, obstaculiza las actividades que realiza la persona humana) causado a un hijo natural por un obstinado rechazo a contribuir a su mantenimiento por parte del progenitor judicialmente declarado. También el daño patrimonial, con mayor dificultad, ha entrado a formar parte de los daños resarcibles al conviviente.

4. Relaciones patrimoniales entre convivientes

Ante la ausencia de reglas que disciplinen las relaciones personales y patrimoniales entre convivientes, asimilables a las que regulan la relación de *coniugio*, cabe preguntarse si los deberes y los derechos que nacen con el matrimonio -fidelidad, asistencia material y moral, colaboración, cohabitación, contribución- valen también para la pareja de hecho.

En lo que concierne a los derechos y deberes de carácter moral, no hay duda de que, siendo la familia de hecho una elección libre de unión afectiva, no se le podrán aplicar los deberes contemplados por la primera parte del art. 143 del Código Civil (cohabitación, fidelidad, asistencia). Otra cuestión es el suministro de prestaciones que remiten a la asistencia material y de las contribuciones necesarias para la satisfacción de las comunes exigencias de vida.

En principio, la jurisprudencia individualizaba las atribuciones patrimoniales hechas por el conviviente “más fuerte” en ventaja del “más débil” como donaciones remunerativas. Sucesivamente, del concepto indemnizatorio-retributivo (como recompensa de la compañera o, menos frecuentemente, del compañero, por los servicios recibidos) se ha pasado, a partir de 1975 -no por casualidad- a la concepción solidaria de las contribuciones entre convivientes.

Se habla de deber de solidaridad caracterizado por la asistencia recíproca con contribuciones de dinero, medidas y proporcionales a la propia capacidad de trabajo profesional y/o doméstico. Ese deber solidario, sin embargo, no ha encontrado, en caso de violarse, ninguna tutela jurídica. El interrogante que surge es si el concepto de obligación natural mencionado puede comprender todas las donaciones efectuadas por un conviviente al otro. ¿Cuál es el límite? La jurisprudencia ha considerado que es el de la proporción al propio patrimonio, según el art. 64 de la Ley de Quiebras, que contempla un tipo de liberalidad

proporcionada al patrimonio del donante. Ulteriormente, por el contrario, el criterio de referencia ha sido el de la liberalidad de uso.

Una reciente sentencia de Casación (n° 3713/2003) ha vuelto a la vieja concepción de 1975, es decir, a la valoración de la atribución patrimonial con relación a las circunstancias del caso concreto y a la proporción respecto a las condiciones patrimoniales y sociales del *solvens*.

En lo que concierne a las donaciones efectuadas entre convivientes homosexuales, la Corte de Casación ha hablado de donación remuneratoria considerada como “atribución gratuita cumplida espontáneamente y a sabiendas de no tener que cumplir ninguna obligación jurídica, moral o social para compensar los servicios dados o prometidos por el donante” (n° 1989 del 22-2-1995).

5. El trabajo del conviviente en la empresa familiar

Antes de la entrada en vigencia del art. 230-*bis* C.C. (art. 89, ley 151/75), existía el principio de gratuidad de las prestaciones también para los convivientes *more uxorio*. Con la introducción del concepto de empresa familiar, la jurisprudencia ha comenzado a preguntarse sobre su aplicabilidad también a la familia de hecho.

Para ésta, así como para la familia legítima, se ha producido un reajuste de la presunción de gratuidad. “Con el fin de establecer si las prestaciones laborales, desarrolladas en el ámbito de una convivencia ‘*more uxorio*’, dan lugar a una relación de trabajo subordinado o se pueden remitir a una relación diferente en la que no exista el requisito de la subordinación, el juez -especialmente al considerar el reajuste de la presunción de gratuidad de las prestaciones otorgadas también en el ámbito de la familia legítima, tras la entrada en vigencia del art. 230-*bis* C.C.- puede excluir la existencia de la relación de trabajo subordinado sólo en presencia de una demostración rigurosa de la comunión de vida y de intereses entre los convivientes (familia de hecho) que no se agote en una relación meramente espiritual, afectiva y sexual, sino que, análogamente a la relación conyugal, dé lugar también a la participación efectiva y equitativa de la conviviente ‘*more uxorio*’ en los recursos de la familia de hecho” (Casación, n° 7486 del 13-12-1986).

Sin embargo, no se ha considerado aplicable la garantía del art. 230-*bis* C.C. a la familia de hecho, a pesar de algunas interpretaciones forzadas intentadas por la jurisprudencia.

6. Los contratos de convivencia

A falta de reglas, los convivientes pueden regular algunos aspectos de la vida en común a través del llamado contrato de convivencia (*cohabitation contracts*, *partnerschaftsvertrage*, *contrats de ménage*, en la experiencia extranjera). Los interrogantes ligados a la estipulación de tales contratos son muchos, y varios son los límites que hay que respetar. Así es que en la práctica, la utilización de ese instrumento es inusual.

En el sistema europeo, no hay controversia sobre la admisibilidad de pactos de convivencia y el sistema italiano no puede ignorar esas realidades jurídicas. Éstos se consideran válidos dentro de rigurosos límites que condicionan su contenido, que no contrasta con el concepto de obligación natural (la recíproca asistencia y contribución entre los convivientes *more uxorio* remite a ese concepto).

El límite de la no contrariedad a las buenas costumbres, que los pactos deben respetar, remite históricamente al concepto antedicho de concubinato connotado negativamente.

La donación a la concubina existía ya en el Código Napoleónico, considerado un ejemplo clásico de trato *contra bonos mores* (caracterizado por el mantenimiento de la concubina contra sus favores sexuales). Con la valoración económica del trabajo doméstico, el problema se ha acotado y la prestación (donaciones patrimoniales) de un conviviente puesta en relación con la contraprestación del otro se considera un trato lícito. El contenido del pacto, además, no puede ir en contra de los principios de orden público.

No está sujeto a controversia el hecho de que los pactos de convivencia deben tener un contenido de carácter patrimonial y no pueden reglamentar las relaciones personales entre los convivientes, es decir, el deber de fidelidad, la asistencia moral, la colaboración, la cohabitación, la obligación de residencia, la asunción de un apellido determinado, el compromiso a concebir o no prole, salvo excepciones.

Se introducen dudas de legitimidad en las cláusulas llamadas “premiales”, que prevén la correspondencia de atribuciones patrimoniales en el caso en que se verifique una circunstancia dada: “te prometo que te daré cien si me serás fiel, si dentro de diez años cohabitarás todavía conmigo... la cláusula que podría definirse premial en tanto se dirige a atribuir una suerte de compensación al darse una prestación (no patrimonial) por parte de quien promete no parece poder suscitar objeciones”.

Igualmente, el contrato de convivencia puede prever un régimen de comunidad ordinario de los bienes que se adquieren durante la cohabitación con adquisición automática a la comunión (de tipo no legal, sino ordinaria) o con la obligación de transferencia de una cuota de propiedad. Así también puede considerarse válida la promesa de prestaciones económicas para el período sucesivo a la convivencia.

En materia de sucesiones, la prohibición de los pactos sucesorios puede ser frenada únicamente con el recurso, además del testamento (dentro de los límites de la cuota disponible), al contrato a favor de un tercero, a la renta vitalicia o al vitalicio de alimentos, actos estos últimos sujetos a acción de reducción.

7. *Pacs* (pactos) y uniones registradas: los proyectos de ley del Parlamento italiano

La falta de leyes uniformes que regulen la familia de hecho debe buscarse en razones ético-políticas. En Italia, a diferencia del resto de Europa, el fenómeno constituye una realidad marginal (3,4%), pero exigencias de políticas públicas reclaman su reglamentación.

La primacía de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio, sancionada por el art. 29 de la Constitución, parece ser un obstáculo insuperable (para la doctrina contraria a una reglamentación jurídica de la familia de hecho), pero su existencia no excluye la posibilidad de buscar otro agregado que pueda tutelar los derechos de la persona. En efecto, los proyectos de ley sobre la familia de hecho no se fundan en una extensión analógica de la norma constitucional mencionada; contemplan un instituto nuevo y diferente que encuentra su fundamento en los arts. 2 y 31 de la Constitución (el último, en particular, garantiza la formación de la familia y el cumplimiento de las funciones parentales sin distinción entre familia legítima y de hecho).

La introducción de nuevas modalidades de constitución de la familia plantea un interrogante: ¿el matrimonio es un modo en que se forman los lazos familiares o sólo un *modus vivendi*?

En el Parlamento italiano existen dos proyectos de ley: uno iniciado por los diputados De Simone y otros, titulado: “Normas en materia de unión registrada, de unión civil, de convivencia de hecho”, y otro, por los diputados Grillini y otros: “Pacto civil de solidaridad y unión de hecho”. Las propuestas no pretenden introducir una reglamentación automática de la convivencia de hecho ni prescinden, por tanto, de la efectiva voluntad de las partes; apuntan a ofrecer un instrumento jurídico a quien quiera reglamentar la propia convivencia.

Son muchos los puntos en común de ambos proyectos. La iniciativa de De Simone, sin embargo, distingue entre *unión registrada*, que puede efectuarse ante un funcionario del Estado civil sólo por parejas heterosexuales (la de Grillini permite parejas homosexuales), asimilando la misma *tout court* a la relación de *coniugio* (las normas en la materia son integralmente mencionadas, como así también el régimen automático de comunión legal); *uniones civiles* (también entre homosexuales), a las que se extienden muchas normas del matrimonio (régimen patrimonial, equiparación a los hijos legítimos, trabajo en la empresa familiar, etc.), con la previsión, sin embargo, de modalidades especiales de cesación de la

unión, y *convivencias de hecho* (permitidas también entre parejas homosexuales), que pueden ser registradas siempre y cuando se demuestre que la convivencia, verificada por el Registro Civil, se ha prolongado por lo menos durante un año, predominantemente reglamentadas por los pactos de convivencia al que se remite expresamente y que cesan *ipso iure*.

Más cauta y más apta a las circunstancias, en cuanto tutela, la autonomía contractual de las partes es la segunda propuesta que se remite a los acuerdos de las partes insertados en el pacto que regulan la futura cesación de la convivencia. El proyecto de ley, de hecho, remitiéndose a los acuerdos de las partes, no sanciona un derecho al mantenimiento del conviviente sino solamente un derecho a los alimentos (siempre y cuando se den las condiciones y para un período de tiempo limitado de dos años, lapso suficiente para una reorganización de la vida de la parte más débil económicamente).

Sobre el tema del régimen patrimonial (en la propuesta de De Simone), no puede compartirse la previsión, en caso de falta de opción de las partes, del régimen automático de la comunión legal. La propuesta de Grillini, por el contrario, respetando la diferencia entre unión civil y matrimonio, dispone (salvo que los convivientes opten por otra cosa) como régimen jurídico el de la separación de los bienes.

Por otro lado, parece demasiado amplio el tiempo previsto en la propuesta de De Simone para la validez de la disolución unilateral de la *unión civil* (un año). Para las *uniones registradas* se mencionan expresamente las normas en tema de matrimonio, respecto a la más módica (tres meses) de la propuesta de Grillini.

Los derechos sucesorios están garantizados por ambas propuestas. La que disciplina las *uniones civiles* prevé, en particular, con una norma que modifica el actual art. 548 C.C., “el concurso del cónyuge separado y parte de la unión civil”.

No hay dudas sobre la importancia, dado que soluciona numerosas problemáticas ligadas a la familia de hecho, de la total equiparación (expresamente prevista sólo por la propuesta de De Simone, que también permite a las uniones registradas y civiles la adopción y la tenencia) entre hijos nacidos de la unión civil e hijos nacidos del matrimonio, con la eliminación, por lo tanto, del último resto de diferenciación entre filiación legítima y natural (la facultad para los hijos legítimos de liquidar la cuota hereditaria de los hijos naturales en dinero).

Ambos proyectos de ley han mostrado sensibilidad en la solución de numerosos y serios problemas que las familias de hecho enfrentan cotidianamente. Se ha garantizado, en particular, la misma asistencia sanitaria y penitenciaria que se garantiza al cónyuge legítimo, así como también un poder de decisión en las cuestiones relacionadas al estado de salud (proyecto Grillini), reconociéndose expresamente los derechos que las sentencias recientes ya han extendido a la familia de hecho: en particular, el derecho al resarcimiento por ilícito (proyecto De Simone), a la sucesión en el contrato de locación, a la inscripción para la asignación de alojamientos de edilicia popular, etc.

Los dos proyectos son muy complejos e innovadores, siguiendo la tendencia de lo que ya está sucediendo en el resto de Europa. Una reglamentación, aunque mínima del fenómeno, ya es improrrogable, pero queda siempre como duda. Se quiere una reglamentación para tutelar individuos que hacen una elección de vida diferente, pero esa reglamentación, al desplegar sus efectos a pedido de la parte, no encuentra aplicación automáticamente en el presupuesto de la convivencia.

¿Cómo puede tutelarse la parte débil en el caso en que la otra parte no quiera valerse de las normas que se introducen sobre uniones civiles? ¿*Quid iuris* en ese caso? A falta de aplicación automática de las normas en materia, ¿no sería suficiente que los pactos de convivencia reglamentaran la vida de los convivientes?

PETITI, Cinzia, “I diritti nelle famiglie di fatto: attualità e futuro”, en *Familia. Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, Milán, Giuffré, 2003, n° 4, pp. 1021/1037.

FAMILIA. PATERNIDAD BIOLÓGICA. PATERNIDAD LEGAL. PRUEBA DE ADN (ITALIA).

1. Atribución legal de la paternidad, investigación de la paternidad biológica y uso judicial

Según uno de los grandes filósofos de la antigüedad, que es además uno de los Padres de la Iglesia, “*el padre no es conocido con la razón, sino que se lo considera tal por la autoridad de la madre*”. Hoy en día, la afirmación pertenece a la historia de las relaciones familiares, dado que la incertidumbre con respecto a la paternidad ha sido superada en la práctica a través de los nuevos métodos de investigación científica. Sin embargo, esa afirmación sigue justificando el art. 231 del Código Civil (“El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio”), es decir, la tradicional “presunción de paternidad”, que, en realidad, como dice la doctrina, es una atribución legal de la paternidad válida, aun cuando el marido de la madre no sea el progenitor en sentido biológico, ya que, actuando en el terreno del derecho, se prescinde de la paternidad biológica.

Esta atribución legal no ha agotado su función, ya que, superando las dificultades de prueba de uno de los presupuestos tradicionales de la filiación legítima, realiza plenamente exigencias precisas de certeza jurídica, permitiendo, desde el nacimiento, la atribución automática de la “paternidad legal” más allá de la “paternidad biológica”. Ésta, en la dinámica del ordenamiento italiano, tal como surge del citado art. 231, no es comprobada en el momento de la atribución legal de la paternidad a través de las pruebas hematológicas de las que hoy se dispone.

En pocas palabras, los hijos legítimos por ley no están seguros de ser también hijos biológicos del propio padre legal. Son declarados como tales por el ordenamiento, sobre la base de una atribución legal de la paternidad que prescinde absolutamente de la paternidad biológica. En la lógica del derecho de familia italiano actual, incluyendo la normativa constitucional en la materia, la paternidad biológica puede ser lograda únicamente a través de la acción de desconocimiento de la paternidad (*ex art. 235¹ y sgts. C.C.*), mediante la cual sólo se puede provocar la extinción del *status* efectivamente existente de hijo legítimo.

Si el problema consiste en identificar quién está autorizado a verificar que el hijo, considerado legítimo sobre la base de la atribución legal de paternidad, es o no es también hijo biológico de quien resulta ser padre legal a todos los efectos, puede decirse que es sólo aquél que está facultado a la acción de desconocimiento de paternidad, dentro de los límites previstos por el ordenamiento.

2. *Favor legitimitatis, favor veritatis* e investigación de la propia identidad biológica

Como es sabido, una larga tradición legislativa, confirmada esencialmente por la reforma del derecho de familia, siempre ha tendido a desfavorecer a quien de alguna forma

¹ Desconocimiento de paternidad. La acción de desconocimiento de paternidad del hijo concebido durante el matrimonio está permitida sólo en los siguientes casos: a) si los cónyuges no han convivido en el período comprendido entre los trescientos y los ciento ochenta días antes del nacimiento; b) si durante el tiempo mencionado el marido sufría de impotencia, aunque sólo fuera para generar; c) si en dicho período la esposa ha cometido adulterio o ha ocultado al marido el propio embarazo y el nacimiento del hijo. En esos casos, el marido está autorizado a probar que el hijo presenta características genéticas o del grupo sanguíneo incompatibles con el del presunto padre, o cualquier otro hecho tendiente a excluir la paternidad. La sola declaración de la madre no excluye la paternidad. La acción de desconocimiento puede ser ejercida también por la madre o por el hijo que haya alcanzado la mayoría de edad en todos los casos en que puede ser ejercida por el padre.

pone en marcha un mecanismo para demostrar la eventual no paternidad del marido, procurando superar el elemento incierto y llamado presuntivo del hecho causante de la atribución de filiación legítima.

Tal desfavorecimiento se manifiesta sobre todo en que, aun después de la reforma de 1975, la comprobación de la verdad biológica respecto de la verdad legal y la puesta en discusión del estado de hijo legítimo a través de la demostración de la no paternidad del marido pueden ocurrir sólo a través de la acción de desconocimiento de paternidad, es decir, sólo en las hipótesis rigurosamente determinadas en el Código Civil por el art. 235, además de las específicas del art. 233² y las previstas en el art. 244, o sea, por la madre, por su marido - padre legítimo sobre la base de la atribución legal- y por el mismo hijo o por un tutor especial cuando éste sea menor, pero con más de 16 años de edad, o bien, después de la intervención legislativa de 1983, por el Ministerio Público, cuando se trate de un menor de edad inferior: todo dentro de determinados límites de tiempo.

En definitiva, como lo ha recordado la Corte Constitucional italiana en una relevante decisión (n° 429 del 27-11-1991), el legislador, aun después de la reforma de 1975, adhiriendo a precisos principios constitucionales en el ámbito de la acción de desconocimiento de la paternidad, ha reservado únicamente a determinados miembros de la familia legítima, y dentro de precisos límites temporales, el poder de dar curso a oportunas investigaciones con el fin de hacer prevalecer la verdad biológica respecto de la legal. Tales investigaciones no pueden por tanto ser autorizadas en el ámbito de acciones que no sean las de desconocimiento de la paternidad, como la que está dirigida a obtener la declaración judicial de paternidad (*ex art. 269³ C.C.*), dado que esta última tiene una función bien diferente a la de desconocimiento de paternidad biológica y no puede quebrar la relación de filiación legítima de los otros hijos miembros de la familia legítima.

En la sentencia mencionada, resulta que, en el equilibrio entre la verdad legal, que responde a la exigencia de conservación de la familia legítima (*ex art. 29 de la Constitución*)⁴, y la verdad biológica, hacia la cual está orientado el art. 30⁵, con las reservas previstas en el segundo y en el último inciso, prevalece la primera, aun cuando ese equilibrio ha sido de nuevo parcialmente modificado, a favor de la segunda, por la Ley n° 184 de 1983, que ha admitido sustancialmente la promoción de la acción de desconocimiento de paternidad por iniciativa del Ministerio Público hasta que el hijo cumpla los 16 años de edad, disposición considerada legítima por la sentencia de la Corte Constitucional.

² Art. 233. Nacimiento del hijo antes de los primeros ciento ochenta días. Un hijo nacido antes de que hayan transcurrido ciento ochenta días desde la celebración del casamiento es tenido como legítimo si uno de los cónyuges o el mismo hijo no desconocen la paternidad.

³ Art. 269. Declaración judicial de paternidad y de maternidad. La paternidad y la maternidad natural pueden ser judicialmente declaradas en los casos en que el reconocimiento es admitido. La prueba de la paternidad y de la maternidad puede ser dada a través de cualquier medio. La maternidad se demuestra probando la identidad de aquél que pretende ser hijo y de aquél que fue dado a luz por la mujer que asume ser la madre. La sola declaración de la madre y la sola existencia de relaciones entre la madre y el pretendido padre en el momento de la concepción no constituyen prueba de la paternidad natural.

⁴ Art. 29. La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio. El matrimonio está ordenado en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar.

⁵ Art. 30. Es deber y derecho de los progenitores mantener, instruir y educar a los hijos, aun cuando hayan nacido fuera del matrimonio. En los casos de incapacidad de los progenitores, la ley provee para que sean cumplidos sus deberes. La ley asegura a los hijos nacidos fuera del matrimonio toda la tutela jurídica y social compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima. La ley dicta las normas y los límites para la investigación de la paternidad.

“Sin embargo -recuerda la Corte- la innovación ha quedado formalmente en el límite del criterio de determinación de los sujetos titulares de la acción asumido por la Ley n° 151 de 1975, dado que en la nueva hipótesis la acción no es ejercida por el Ministerio Público, sino siempre, en nombre y en el interés del hijo, por un tutor especial.

Una innovación que autorizara directamente a actuar a individuos extraños a la familia legítima representaría la elección de un criterio diferente que sólo el legislador puede cumplir. Hay que agregar que una innovación semejante debería estar acompañada por la fijación de nuevos plazos de vencimiento de la acción y por la disposición de cautelas procesales destinadas a preservar a la familia legítima de interferencias arbitrarias y vejatorias”.

3. Prueba de ADN y acción de desconocimiento de la paternidad

En cuanto a la acción de desconocimiento de la paternidad, en el ámbito de los casos típicos previstos por el art. 235 como únicas hipótesis en que esa acción está permitida, con excepción, como se ha dicho, del caso específico del art. 233, la facultad de solicitar comprobaciones genéticas o hematológicas está expresamente prevista sólo en el punto c) del art. 235, con especial referencia a la hipótesis de la acción propuesta por el padre presunto, cuando en el período comprendido entre los días trescientos y ciento ochenta antes del nacimiento la esposa haya cometido adulterio o bien haya ocultado al marido el propio embarazo y el nacimiento del hijo.

La inexactitud técnica de la norma examinada ha sido advertida por la doctrina y la jurisprudencia, de modo que esa facultad se reconoce unívocamente aun en los casos de desconocimiento solicitado por la madre o por el hijo que ha llegado a la mayoría de edad, sobre la base de la obvia consideración de que el referido punto, al atribuir también a estos últimos la legitimación de la acción, no hace ninguna diferencia entre su posición y la del presunto padre y, por tanto, esa equiparación no puede valer también en el plano probatorio.

Según un principio que vale en todas las hipótesis de recurso a ese instrumento probatorio, en el caso de desconocimiento de la paternidad, la prueba de ADN -fuera de los casos de clara incompatibilidad entre patrimonio genético del aspirante a hijo o hija y el patrimonio genético del presunto padre- puede tener relevancia sólo si ha sido efectuada sobre los tres sujetos interesados, o sea, sobre el hijo, la madre y el presunto padre, para excluir la paternidad con certeza cuando haya una absoluta incompatibilidad entre los grupos sanguíneos o, en el caso del art. 269, para afirmarla judicialmente.

Naturalmente, las transfusiones de sangre y las terapias antitumorales pueden alterar el dato hematológico dentro de determinados límites de tiempo, por lo que ante esas circunstancias, se deberá demostrar que la extracción de sangre ha sido efectuada a cierta distancia temporal de transfusiones precedentes o tratamientos antitumorales, de modo que se excluya cualquier alteración posible del dato hematológico.

Dado que el juez no puede coactivamente someter a una extracción de sangre a la persona a la que se le ha requerido esa prueba, ésta puede negarse a someterse a tal medida, ya que el derecho procesal italiano prevé solamente inspecciones sobre la persona (art. 118.1 C.P.C.). Imponer una extracción de sangre sería ciertamente incompatible con el principio constitucional de la libertad personal.

Éste ha sido ulteriormente reafirmado por la intervención de la Corte Constitucional (n° 257 del 19-7-1996.) que ha declarado constitucionalmente ilegítimo el art. 696 C.P.C. en la parte en que no prevé que el juez, además de sobre el peticionante, como se indica expresamente en la norma, pueda disponer la verificación técnica o la inspección judicial también sobre la persona con respecto a la cual se propone la instancia, siempre y cuando se cuente con su consentimiento. Así se reconoce, bajo la condición del consentimiento del interesado, una posibilidad más amplia de obtener para el juicio toda la información sobre el patrimonio genético de la persona.

El rechazo, sin embargo, si es expresión de una libertad fundamental, incide notablemente en el resultado del juicio. En efecto, remitiéndose a las consecuencias de la negativa a someterse a una orden de inspección corporal (art. 118.2 C.P.C.), el juez puede, de sus motivaciones, deducir argumentos de prueba y hasta considerar, en caso de ser injustificado el comportamiento de la parte -sea éste el del padre legal, de la madre o del tutor especial del menor-, suficiente para integrar con otros resultados procesales la prueba de adulterio (art. 235.c), o sea, la prueba de exclusión de la paternidad.

Por el contrario, el rechazo justificado no puede ser nunca evaluado como indicio, principio que, como se verá a continuación, vale para todos los casos en que el juez disponga la prueba hematológica.

4. ADN y declaración judicial de paternidad

Dado que actualmente las pruebas hematológicas y genéticas no solamente permiten excluir con absoluta certeza la paternidad, sino que admiten también verificar la paternidad misma con un elevadísimo grado de probabilidad, han asumido plena y completa dignidad de prueba, considerando que el actual art. 269, además de permitir la declaración judicial de paternidad y de maternidad en todos los casos en que el reconocimiento es admitido, prevé, en el inciso 2, que la prueba puede ser dada con todos los medios, privilegiando así la búsqueda de la verdad biológica de las relaciones de descendencia. Por lo tanto, el actor está plenamente autorizado a recurrir a ellas, aun cuando esto no implique que deban ser siempre necesariamente dispuestas cada vez que las partes lo requieran, dado que el juez bien puede formar su opinión sobre la base de otros elementos de prueba ya adquiridos.

Las pruebas hematológicas pueden ser naturalmente dispuestas de oficio (*ex art.* 118 C.P.C.), pero el rechazo injustificado a someterse -y le corresponde naturalmente al juez establecer cuándo ello es así, en el ámbito de una evaluación global de todos los resultados probatorios ya adquiridos en la fase instructoria- constituye un comportamiento evaluable (*ex art.* 116.2 C.P.C.) a los fines de la formación del convencimiento del juez, dentro de los límites en los que ese rechazo injustificado provenga de la parte a la que se exige la prueba hematológica.

Desde ese punto de vista, si es cierto que la prueba hematológica debe disponerse siempre sobre los tres sujetos interesados, es decir, sobre el hijo, la madre y el presunto padre, el rechazo de la madre a someterse a la extracción, al no ser parte del juicio en sentido técnico, no puede ser evaluado por el juez sobre la base del art. 116 C.P.C.

La Corte de Casación italiana ha considerado manifiestamente infundada la cuestión de legitimidad constitucional del inciso 2 del art. 269 C.C. con referencia al art. 32 de la Constitución, cuando permite que del rechazo a consentir las extracciones hematológicas por parte del presunto padre, que con seguridad es uno de aquéllos a los que se requiere la prueba, puedan deducirse argumentos contrarios a éste. Ello es así dado que de la norma no deriva una restricción de la libertad personal, ya que el sujeto al que está destinada la orden tiene plena libertad para sujetarse al medio instructorio dispuesto, mientras que deducir argumentos de prueba de ese comportamiento, si carece de una adecuada justificación, aun en su legitimidad, constituye una aplicación del principio de la libre evaluación por parte del juez (n° 14910 del 17-11-2000).

5. Perfiles comunes y diferencias entre los dos tipos de acción

Todos los problemas considerados hasta ahora resultan diferentes si los dos progenitores están vivos o muertos, o si uno está vivo y el otro ha fallecido, y según si el que solicita la verificación es el hijo legítimo o bien uno de los miembros de la familia legítima al que se le permite solicitar el desconocimiento de la paternidad (*ex arts.* 235 y 244 y sgts. C.C.), o si es un extraño quien solicita con respecto al presunto padre la declaración judicial de paternidad (*ex arts.* 269 y sgts. C.C.),

Seguidamente se intentará individualizar las problemáticas comunes a todas las variables antes indicadas, tomando en consideración los casos más significativos con el fin de equilibrar los diferentes derechos que están en conflicto.

Es necesario recordar que la acción de desconocimiento de paternidad es de naturaleza constitutiva, dado que está dirigida a obtener una sentencia que produzca una situación jurídica nueva que sustituya a la preexistente y que consista en la retroactiva eliminación del estado de hijo legítimo. La acción de declaración judicial de paternidad tiene, de acuerdo con la opinión generalizada, naturaleza declarativa, produciendo efectos *ex tunc* desde el nacimiento del hijo, incluidos los de naturaleza patrimonial. Además, la acción de desconocimiento de la paternidad se dirige contra el elemento incierto llamado presuntivo del caso que causa la filiación legítima, es decir, la paternidad del marido, y elimina el *status* de hijo legítimo. La acción de declaración judicial de paternidad apunta, por el contrario, a comprobar una relación de paternidad biológica sin alterar ninguna relación de filiación legítima, ya que no puede eliminar el *status* de filiación de los miembros de la familia legítima en cuanto la respectiva sentencia no los toma en consideración.

Sobre los presupuestos y efectos diferentes de las dos acciones y de las respectivas sentencias en lo que concierne a los primeros, la prueba hematológica, fuera de los casos de clara incompatibilidad, puede ser relevante sólo si se efectúa sobre todos los sujetos interesados, con consecuencias ya sea en cuanto a la exclusión, en el sentido de que la paternidad puede estar excluida con certeza cuando resulte la absoluta incompatibilidad entre los grupos sanguíneos, ya sea para afirmarla judicialmente. Ello es de extrema importancia, como se verá en el caso de un sujeto fallecido, ya que también allí será necesario garantizar la extensión de la prueba en los términos indicados.

En cuanto a los segundos, hay que destacar que la paternidad del marido puede ser puesta en discusión sólo en el ámbito de la acción para su desconocimiento, ya que es aquella la que tiene como efecto eliminar con eficacia retroactiva el *status* de hijo legítimo. Naturalmente, al incidir los efectos relativos sobre un *status* familiar, la legitimación activa se reconoce sólo a algunos miembros de la familia legítima y no a otros, como, por ejemplo, a los hermanos, pero no al presunto padre biológico, si bien tiene un interés específico en que se compruebe la propia paternidad biológica.

La acción de declaración judicial de paternidad tiene la función de comprobar sólo la relación de paternidad biológica con el presunto padre, sin que, en su ámbito, se pueda poner en discusión la relación de filiación surgida en el interior de la familia legítima gracias a la atribución legal de paternidad. La legitimación activa para proponer tal acción le corresponde al hijo, excluyendo a otros sujetos que pueden calificarse sobre la base de pretendidos intereses superiores, como sucedió bajo la vigencia del viejo art. 271 C.C. antes de la reforma, y que es imprescriptible.

Al ser las pruebas hematológicas -ya sea en el caso del desconocimiento de la paternidad como en el de la declaración judicial de paternidad- relevantes sólo si se efectúan sobre los tres sujetos interesados, el recurso a ellas puede hacer necesario una investigación *post mortem* y una consiguiente extracción de sangre del cadáver.

En la imposibilidad de examinar todas las variables antes indicadas, se tomará en consideración el caso en que la solicitud de la comprobación biológica tenga lugar en el ámbito del procedimiento, *ex art. 269 y sgts. C.C.*, que apunta a obtener, por vía judicial, la declaración de paternidad natural respecto de un sujeto fallecido, estando ya muerta la madre en el momento en el que se propone la acción y se solicita la verificación. En tal caso, como en las otras hipótesis de pruebas hematológicas sobre cadáveres, al recogerse la prueba puede que se involucren los hijos legítimos y también otros miembros de la familia legítima, como la esposa del difunto, con una consecuente dilatación de los efectos de la acción de declaración judicial de paternidad, en el sentido de que ésta -más allá de su efecto típico de comprobar sólo la relación de paternidad biológica con el presunto padre- podría tener también el efecto

indirecto, en nombre de un presunto *favor veritatis*, de poner en discusión la relación de filiación de los hijos legítimos, surgido en el interior de la familia legítima gracias a la atribución legal de paternidad.

6. Prueba de ADN sobre cadáveres. Declaración judicial de paternidad y posibles conflictos entre derechos

En la hipótesis antes mencionada, surgen exigencias de tutela de derechos en conflicto entre sí que requieren una inevitable mediación por parte del ordenamiento jurídico. Desafortunadamente, la intervención de la Corte Constitucional no es decisiva, ya que la cuestión de legitimidad constitucional de los arts. 269.2 C.C. y 118 C.P.C. ha sido declarada inadmisibles al estar formulada en términos ambivalentes. Por lo tanto, queda la exigencia de encontrar un punto de equilibrio entre los diferentes derechos.

Ante todo, existe el derecho al reconocimiento de la identidad biológica del sujeto que propone la acción de declaración judicial de la paternidad natural. Se conforma como un derecho a la identidad biológica, que puede configurarse como uno de los derechos fundamentales de la personalidad, *ex art. 2* de la Constitución, surgidos últimamente. Ello explica la disposición del art. 270 C.C., que prevé la imprescriptibilidad, respecto al hijo, de la acción dirigida a obtener la declaración judicial de paternidad o maternidad natural. Tal derecho fundamental, sin embargo, no puede ser divinizado al punto de desvalorizar completamente los demás derechos y otras exigencias de tutela, incluso de rango inferior, que también han de tomarse en consideración, o derechos del mismo rango constitucional, como el de los hijos legítimos a impedir que un tercero extraño a la familia sea legitimado para comprobar su identidad biológica y poner en discusión la legal.

Los hijos legítimos eventualmente pueden verse involucrados en una consulta técnica de oficio sólo en ausencia del ADN paterno o bien cuando el juez, aun en presencia de una consulta técnica de oficio que excluya eventualmente la paternidad biológica del presunto padre natural, considere necesaria, a los fines de la decisión, una pericia integrativa dirigida a la comparación entre el ADN de la parte actora y la de los demandantes, incluyendo quizás a la esposa del fallecido y madre de los hijos legítimos.

En esa hipótesis, los resultados que se podrían obtener de un examen semejante difícilmente permitirían obtener la probabilidad de paternidad superior al 99% (99,97%), que se considera utilizable. Pero más allá de la credibilidad científica y de la utilidad práctica de esa investigación, surgen problemas particulares, sobre todo bajo un perfil puramente legal.

En efecto, no se puede en absoluto permitir a un eventual hijo/hija natural, en nombre del relevante *favor veritatis*, poner en marcha comprobaciones de la paternidad biológica de los hijos legítimos del fallecido, en detrimento del igualmente relevante y seguramente prevaleciente *favor legitimitatis*. Como se ha observado en una meditada reflexión acerca de la disciplina de la familia a nivel constitucional, el *favor legitimitatis*, que acompaña el *status* de hijo legítimo, se pone como límite al *favor veritatis*. Ello es así porque el primero, justamente en la perspectiva adoptada por la Constitución italiana, no hace derivar más su justificación y su fundamento de exigencias de conservación social, sino de exigencias de preservación de relaciones humanas y afectivas ampliamente consolidadas.

Al disponer la prueba hematológica, se puede también, de manera puramente abstracta, incluir a la esposa legítima del difunto y reclamado padre natural. De hecho, siendo esta última, al igual que los hijos legítimos, parte formal en el procedimiento instaurado con la acción de declaración judicial de paternidad natural propuesta por quien se considera hijo del difunto, a veces se encuentra incluida en la consulta técnica hematológica dispuesta por el magistrado.

Cuando se quiere formular una hipótesis bastante paradójica como ésta, parece muy difícil formular que se la involucre en la obtención de la prueba hematológica, a menos que no se considere que se tenga que comprobar, en la acción de declaración judicial de paternidad, la

filiación biológica de los hijos calificados como legítimos sobre la base de la atribución legal de paternidad de la que se ha hablado muchas veces. En ese caso, sin embargo, la lesión de sus derechos fundamentales de esposa y de madre, dentro de esa sociedad natural que es la familia, parece aún más macroscópica, y más clara resulta la exigencia de tutela de la misma del uso indiscriminado de los instrumentos científicos en el ejercicio de presuntos poderes inquisidores que al juez no se le pueden ni mínimamente reconocer.

En cuanto a las exigencias de tutelar el complejo de sentimientos y de situaciones referidas al fallecido, el cadáver es ciertamente objeto de consideración por parte del ordenamiento jurídico, dado que es, sin lugar a dudas, objeto de un derecho privado no patrimonial que les corresponde a los familiares próximos en razón del sentimiento de piedad que los liga al fallecido. Se trata, por tanto, de situaciones jurídicas subjetivas ciertamente relevantes, objeto por lo demás también de una precisa tutela penalista, incluso de rango inferior con respecto al derecho a la identidad biológica de aquél que propone la acción de declaración judicial de paternidad. Ese rango inferior no impide considerar como plenamente legítimo el rechazo de los familiares próximos a la exhumación del cadáver cuando, una vez que se ha admitido la acción (*ex art. 274 C.C.*), no se hayan obtenido, en la fase de mérito, elementos que hagan considerar más que probable la comprobación positiva de la paternidad. En ese caso, el rechazo de los familiares próximos no podrá ser tomado en consideración ni siquiera para integrar el porcentaje de prueba positiva ya obtenida.

7. Declaración judicial de paternidad y rechazo de la parte a someterse a la prueba de ADN: consiguiente evaluación del rechazo por parte del juez

En cuanto a las dinámicas más propiamente procesales, ya se ha visto que, frente al poder del juez de disponer, incluso de oficio, pruebas hematológicas, el rechazo injustificado a someterse a ellas por parte del presunto padre constituye un comportamiento evaluable, *ex art. 116.2 C.P.C.*, a los fines de la formación de la convicción del juez, siendo aquél (el presunto padre), claramente, tanto el sujeto pasivo legitimado para tal acción -el sujeto al que es requerida la prueba hematológica- cuanto el sujeto respecto de quien decide la sentencia que determina eventualmente la paternidad natural.

Como es sabido, según el art. 276 C.C. y a diferencia del art. 191 del viejo Código Civil italiano de 1865⁶, cuando el presunto progenitor falta porque ha muerto o porque existe una declaración de muerte presunta, según la norma del art. 58 C.C., la acción de declaración judicial de paternidad, a diferencia de lo previsto por la acción de desconocimiento de la paternidad del art. 247 C.C., se propone respecto a sus herederos, excepto a los familiares cercanos en cuanto tales, los cuales, cuando no son herederos porque, por ejemplo, han renunciado a la herencia, pueden sólo intervenir en juicio sobre la base del inc. 2 del art. 276. Los herederos también pueden no ser los eventuales familiares, dado que el ordenamiento italiano, además de establecer un criterio bastante riguroso al individualizar a los legitimados pasivos en caso de muerte del presunto progenitor, superando así incertidumbres subsistentes bajo el viejo código en cuanto a la individualización de los legitimados pasivos, ha querido tomar en consideración los aspectos y las consecuencias patrimoniales del resultado del juicio. Si, por tales razones, los herederos en cuanto tales, o sea, eventualmente hijos, esposa y también familiares del difunto, son partes del juicio en su condición de legitimados pasivos, la sentencia que declara la paternidad natural decide, como se ha dicho repetidas veces, sólo respecto del padre difunto, ya que es únicamente el hijo quien presenta la pretensión de ser reconocido como tal. En tanto, los herederos resultan legitimados pasivos y litisconsortes necesarios sólo en cuanto son titulares de un interés inmediato y directo en no ver perjudicadas

⁶ El viejo código civil italiano reconocía la legitimación pasiva “a quienquiera tenga interés en ello”, dando lugar a graves incertidumbres en la individualización de tales sujetos pasivamente legitimados.

las respectivas posiciones sucesorias, pero no son ciertamente la parte a la cual le es requerida la prueba hematológica.

8. Rechazo a someterse a la prueba de ADN y tutela de la privacidad

Bajo un punto de vista diferente al considerado hasta ahora, según un precedente de la Corte de Casación italiana (n° 13766 del 7-11-2001), el rechazo *a priori* e injustificado del presunto padre a someterse a los exámenes hematológicos no puede justificarse con la sola mención de posibles violaciones de la ley n° 675 del 31-12-1996 sobre tutela de la privacidad. Es necesario tener en cuenta tanto el hecho de que el uso de los datos, en el ámbito del juicio, puede estar referido exclusivamente a los fines de la justicia como el hecho de que el facultativo llamado por el juez para efectuar la comprobación ha de atenerse por un lado al secreto profesional y, por el otro, y en todos los casos, al respeto por la ley misma.

La solución adoptada no puede dejar de compartirse, dado que al haber examinado el problema desde el punto de vista de la configurabilidad de un rechazo justificado del presunto padre a someterse a las investigaciones y en relación a la falta de utilización de su comportamiento procesal en el ámbito del art. 116.2 C.P.C., sólo el temor de una violación de la ley sobre la privacidad en el cumplimiento de la investigación y, en particular, el temor de un uso no permitido de los propios datos personales, conectado ya sea a las funciones desarrolladas por el consultor designado dentro de la estructura en la que opera como a la falta de una mención específica al respeto de la ley en la providencia que admite la consulta de oficio, no pueden por cierto justificar un rechazo apriorístico de la investigación por parte del presunto padre.

Diferente es considerar si, además de las razones evidenciadas hasta el momento, la normativa en materia de privacidad puede ser examinada con el fin de individualizar otras razones que puedan hacer considerar justificado el rechazo de los herederos del presunto padre llamados a juicio con base en el art. 276 C.C. para someterse a las pruebas hematológicas.

Con referencia a este último problema, es necesario recordar que, según el art. 17.5 del decreto legislativo n° 135 del 11-5-1999, integrado y modificado por el art. 16 del decreto legislativo n° 281 del 30-7-1999, el tratamiento de los datos genéticos está permitido sólo en los casos previstos por una autorización especial y en el respeto de los principios dirigidos a reducir al mínimo los riesgos de daño o de peligro que ello podría comportar para los derechos y las libertades fundamentales. Ese principio es reafirmado por el art. 90.1 del decreto legislativo n° 1196 del 30-6-2003.

Hay que recordar, además, que el art. 7.4 del último decreto legislativo citado, en punto al derecho de acceso a los datos personales y otros derechos, disposición no excluida por el art. 47.1, prevé que el interesado tiene derecho a oponerse, en todo o en parte, por motivos legítimos, al tratamiento de los datos personales que le conciernen.

Por tanto, se deduce que, siempre y cuando existiere el dato genético, los herederos del presunto padre podrían oponerse al tratamiento del dato mismo por motivos plenamente legítimos, ya que lesionaría su derecho fundamental a la identidad de hijos legítimos, además del derecho a la protección de sus datos personales. Por ello, y con mayor razón, la lesión de ese derecho vale para la negativa a obtener el dato genético, teniendo que considerar ese rechazo como justificado, ya sea que provenga de los hijos legítimos del presunto padre como de la esposa, con respecto a la cual la investigación relativa al ADN es todavía más arbitraria.

9. Prueba de ADN, pericia y poderes discrecionales del juez

En la perspectiva de una posible disposición de la prueba hematológica a cargo de los hijos legítimos del presunto padre en el ámbito de la acción de declaración judicial de paternidad, han de considerarse algunos problemas que conciernen a las modalidades de investigación de la prueba de ADN.

Puede suceder en la praxis judicial que, una vez que se ha dispuesto la investigación de los tejidos extraídos del cadáver, la consulta técnica de oficio haya brindado resultados incompatibles entre el ADN del actor y el del presunto padre.

Al respecto, la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional en varias ocasiones ha intervenido, enfatizando que, en el tema de la paternidad natural, la prueba negativa de la relación, a diferencia de la positiva, que exige alcanzar un elevado grado de probabilidad, no requiere de una pluralidad de exámenes hematológicos y genéticos, llevados a cabo con base en diferentes tipos de investigación aun combinados entre sí. Hay que considerar la prueba misma obtenida, en presencia de uno solo de tales exámenes, cuando resulta en el patrimonio genético del hijo un gen ausente en la madre y el presunto padre y, por tanto, necesariamente transmitido por otro sujeto.

En el tipo de prueba pericial expuesta, el juez ha solicitado al perito de oficio no sólo la evaluación de los hechos comprobados por él mismo o dados por existentes, sino también la comprobación directa de los hechos. Se trata seguramente de una consulta determinante en cuanto, además de evaluar técnicamente los datos ya obtenidos en el proceso, comprueba también situaciones de hecho que pueden relevarse sólo con el recurso a determinados conocimientos técnico-científicos. Tal consulta constituye directamente una fuente objetiva de prueba, de manera que el ejercicio de todo poder de evaluación resulta precluso, y son superfluos, por consiguiente, con base en el art. 209 C.P.C., todos los elementos probatorios ulteriores obtenidos en sede instructoria, además del suplemento de pericia considerado eventualmente necesario.

En definitiva, si el ADN del presunto padre resulta incompatible con el del presunto hijo, nunca puede volverse compatible gracias a las investigaciones que se extienden a los hijos legítimos del mismo presunto padre. Una cierta familiaridad del jurista con algunas nociones científicas tendría que hacer comprender que el ADN es único para cada ser humano y no representa un vestido que se cambia con el alternarse de las estaciones. Por ello, una investigación hematológica integrativa sobre otros sujetos, como los hijos legítimos del difunto, resultaría superflua e inadmisibles, hasta asumir connotaciones de un verdadero abuso en el empleo del instrumento procesal a estigmatizar decididamente.

Como pura hipótesis -aunque la realidad supera siempre toda imaginación-, podría decirse que aun después del rechazo de los hijos legítimos y de su madre a someterse a la consulta integrativa, el juez, para enriquecer sus conocimientos científicos y utilizarlos eventualmente para evaluar el legítimo rechazo, quiera saber cuál es, al nivel actual de los conocimientos técnico-científicos, el grado de probabilidad con el que, cuando se lleve a cabo un examen comparado entre el ADN de varios sujetos, puede afirmarse si hay relación de parentesco entre varios individuos y, en particular, de colateralidad de segundo grado (hermanos).

Prescindiendo de la legitimación de una consulta técnica por la que se obtiene sólo un parecer científico totalmente abstracto, la respuesta a una cuestión de ese tipo implica que el perito de oficio pueda trabajar, aun en un ámbito de pura simulación de presupuestos, en un árbol genealógico no de paternidad legal, sino de paternidad hematológicamente obtenida, por lo que sería necesario comprobar como conjetura, en la declaración judicial de paternidad, para llegar a ese resultado, la filiación biológica de los hijos legítimos.

Como puede verse, un uso judicial incorrecto de los modernos instrumentos científicos como la investigación sobre el ADN puede llevar a resultados aberrantes. Tal reflexión ha de ser hecha en el momento en que se celebran los cincuenta años de tan importante descubrimiento de la ciencia moderna.

TUCCI, Giuseppe, "Paternità biologica e paternità legale di fronte al DNA", en *Familia. Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, Milán, Giuffrè, 2004, n° 3, pp. 453/474.

FILOSOFÍA DEL DERECHO. TÉCNICA JURÍDICA (FRANCIA).

La guerra no es una técnica; sin embargo, existen técnicas militares. La cocina no es tampoco una técnica, pero existen técnicas culinarias. Por ello, la circunstancia de que el Derecho no pueda ser reducido a una técnica no debe llevar a la negación de su existencia.

La mayoría de los juristas occidentales están de acuerdo en que la técnica es indispensable al funcionamiento del Derecho. Formar a un jurista es iniciarlo en la comprensión y el manejo de las técnicas jurídicas de una sociedad dada; es trasformarlo en un individuo capaz de comprender nociones o distinciones sutiles entre, por ejemplo, la aceptación de una acción y su fundamento, entre la nulidad de un acto y su anulación.

La técnica jurídica únicamente existe en el derecho positivo, es decir, el vigente en una determinada sociedad. Por el contrario, el derecho natural, derecho ideal que expresa valores, no se traduce en procedimientos técnicos, y, por lo tanto, la justicia no posee una técnica. Esto conduce a preguntarse qué pasa con el Derecho y cuál es su relación con la técnica. En este punto, los juristas difieren. Para algunos, la técnica jurídica no forma parte del Derecho cuando desconoce los valores fundamentales como Dios, la naturaleza, el hombre o sus fundamentos antropológicos. Para otros, la técnica sigue siendo válida en sentido formal, con independencia de toda consideración moral, social o política. Por ende, el Derecho puede conducir a soluciones justas o injustas e incluso nefastas.

1. El objeto de la técnica jurídica

1.1. Concepción instrumental de la técnica: un medio para llegar a diversos fines

Hay autores que consideran a la técnica jurídica como un medio que permite al derecho concretarse y realizar sus finalidades. En tal sentido, François Gény tuvo el mérito de reconocer el carácter artificial de la técnica: el Derecho viene de arriba (*principios superiores*), pero se encarna acá abajo (*lo dado*). El jurista tiene como misión mostrar y poner en práctica este derecho natural a través de los procedimientos técnicos artificiales de que dispone.

1.2. Concepción constructiva de la técnica: producir una realidad social

Reflexionar sobre la técnica conduce a superar la afirmación simplista por la que la técnica tiene como única finalidad la adecuación de los medios a un fin. La técnica es más que eso: está en la base de las transformaciones materiales y sociales. Genera efectos inmediatos y mediatos, esperados y (sobre todo) inesperados.

A su manera, la técnica jurídica produce también una realidad social compuesta por un conjunto de representaciones. Una vez constituidas las nociones jurídicas (persona jurídica, propiedad, Estado), se transforman en realidad en el seno de la sociedad dada, siendo consideradas realidades tan sólidas como las entidades a las que se remiten. Por ejemplo, la persona jurídica se vuelve tan real como el ser humano.

Con mayor o menor lucidez, los juristas dedican sus esfuerzos e inteligencia a la perpetración de creencias consideradas como fundadoras del orden social, muchas veces en beneficio del poder establecido.

Por consiguiente, es necesario reconocer que la técnica produce una realidad social. En otras palabras, la finalidad de la técnica jurídica consiste en hacer que “lo construido” (la técnica) se transforme en “lo dado” o, más exactamente, “lo elaborado” (la realidad social producida por la técnica).

2. La eficacia de la técnica

Las concepciones anteriores corresponden a dos imágenes de eficacia. Considerar que la técnica es un medio para llegar a un fin conduce la mayor parte de las veces a disimularla. Reconocer que produce una realidad social favorece, por el contrario, su afirmación.

2.1. La técnica disimulada: lo artificial como natural

La eficacia de la técnica se presenta muchas veces bajo la forma de una paradoja: dominarla conduce a su disimulación práctica. Esta paradoja fue muy bien analizada en el terreno artístico: el sentido común considera particularmente talentosos a los artistas que supieron disfrazar la técnica. Se reconoce que existe un engaño jurídico, pero su presencia se oculta para que se integre en la realidad como un “dato natural”. Para que esto ocurra, se necesita tiempo y aculturación. Por ejemplo, el matrimonio es percibido en menor medida que la unión civil como una técnica jurídica, a pesar de que ambos lo son.

Sin embargo, en una democracia, la técnica jurídica no debe ser oscura e inaccesible a la mayor parte de la sociedad. Ocultarla permite el desarrollo de la sujeción dogmática en detrimento de la reflexión crítica. Creer en el ser humano, participar en su desarrollo, es darle los medios de entender los resortes de la técnica jurídica tanto para que se los adopte como para que se los ponga en duda.

2.2. La técnica explicitada: la naturaleza del engaño

La teoría de Kelsen se presenta como la elaboración formal de una ciencia purificada de toda consideración política; lleva a dissociar el Derecho de la política y a posibilitar, por eso mismo, su politización. En un primer momento, la técnica del Derecho es apolítica. Las nociones de “Estado”, “contrato” no son más liberales que socialistas o fascistas. Afirmar la importancia de la técnica jurídica, emanciparla de todas las pretensiones políticas o morales, ofrece la ventaja de mostrar el Derecho tal cual es, hacer evidente la naturaleza artificial/formal de sus técnicas y, sobre todo, tomar conciencia de este engaño. El terreno está entonces limpio. La política puede, en un segundo momento, retomar la técnica jurídica.

ENCINAS DE MUNAGORRI, Rafael, “Qu’est-ce la technique juridique? Observations sur l’apport des juristes au lien social”, en *Recueil Le Dalloz*, París, Dalloz, 2004, n° 11, pp. 711/715.

HOMICIDIO CULPOSO. RESPONSABILIDAD MÉDICA. RIESGO DE SUICIDIO DEL PACIENTE (ITALIA).

Afectada con depresión, una paciente psicótica se encontraba internada en una clínica privada. Una mañana solicitó salir a dar un paseo y comer un helado, en compañía de una asistente voluntaria. El director de la clínica estuvo de acuerdo con la decisión, declarando: “Está bien: no puede hacerle más que bien”, pero no le dio a la acompañante la información detallada sobre el estado de la paciente y, en particular, respecto del hecho de que ésta había intentado suicidarse, en tres oportunidades, arrojándose al vacío. La asistente, desviándose del programa establecido, acompaña a la mujer a su habitación, situada en el cuarto piso, y, al dejarla sola, ésta se suicida saltando por la ventana. El tribunal de Como condena al imputado, director de la clínica, por homicidio culposo. La sentencia es confirmada por la Corte de Apelaciones de Milán y, posteriormente, por la Corte de Casación, en la sentencia que aquí se comenta.

1. El fundamento de la responsabilidad del psiquiatra después de la “ley Basaglia”: la presencia de una “obligación de cuidado” y la exclusión de una “obligación de custodia”

La ley Basaglia (ley n° 180 del 13 de mayo de 1978) ha sido transfundida en el cuerpo de la ley n° 833 del 23 de diciembre de 1978, titulada “Instituciones del servicio sanitario nacional”. Puede afirmarse, ciertamente, que la ley Basaglia ha sido una de las líneas guía fundamentales para el modelo “voluntarista” y “participativo” que caracteriza a todo el sistema sanitario italiano, tal como fue delineado en aquel año.

En sustancia, si el paciente acepta voluntariamente el cuidado, no es permitida ninguna limitación a su libertad personal, incluida aquélla que pueda adoptarse en caso de tratamiento sanitario obligatorio.

En el contexto del tratamiento sanitario obligatorio, por otra parte, se realiza todo esfuerzo para mantener intacta, hasta donde sea realizable, la posibilidad de una participación consciente de parte del enfermo: “las verificaciones y los tratamientos sanitarios obligatorios... deben estar acompañados de iniciativas dirigidas a asegurar el consenso y la participación de parte de quien está obligado” (ley n° 833, art. 33.51).

Es allí donde la ley Basaglia (art. 10) ha previsto revocar expresamente todos los casos penales que provienen del precedente modelo de protección. Y la jurisprudencia acompañó esta tendencia: ha devenido falta de todo poder de coartar la voluntad del paciente, sometiendo su libertad a limitaciones de cualquier tipo (salvo en caso de tratamiento sanitario obligatorio); por lo tanto, ha caído toda obligación de custodia y, con ella, toda posición de garantía respecto a la seguridad del paciente que ejerza sus derechos.

En efecto, existe prolífica jurisprudencia basada en la ley Basaglia, por ejemplo, una decisión de la Corte de Apelaciones de Cagliari de 1999 llamada a pronunciarse sobre el caso de un médico del servicio psiquiátrico por la muerte de un paciente que se suicidó pocas horas después de su desvinculación de la clínica en la cual estuvo internado. El caso era distinto -y más grave- que el aquí comentado, porque se trataba de un paciente internado en régimen de tratamiento sanitario obligatorio. La acusación imputó el delito de abandono de persona incapaz, agravado por su muerte: la Corte absolvió al psiquiatra por inexistencia del hecho.

La ley n° 180 de 1978 fue una verdadera revolución copernicana, porque es a través de ella -como dijeron los jueces de Cagliari- que el sistema de asistencia psiquiátrica delineado por la ley n° 36 de 1904 quedó radicalmente abatido. La ley n° 180 sancionó el derecho del alienado psíquico, como cualquier enfermo, a su propio cuidado. A tal fin, extendió a los enfermos mentales el principio general de la voluntariedad de los tratamientos y verificaciones sanitarias, abandonando, al mismo tiempo, cualquier referencia a la custodia, con el claro intento de no considerar el desorden psiquiátrico como fuente presunta de peligro.

La consecuencia es clara: el fundamento de la ley es la libertad del paciente. Toda limitación de esta libertad que no sea dispuesta con un tratamiento psiquiátrico obligatorio está, por lo tanto -y por definición-, prohibida.

Sobre este punto, hay una orientación jurisprudencial consolidada que puede resumirse en una cita, extraída de una decisión de 1990 de la Corte de Casación: “no pueden ponerse a cargo del psiquiatra los deberes de policía”.

No está en manos del médico -sea especialista psiquiatra o no- la obligación ni el derecho de impedir al paciente asumir la deliberación de suicidarse. La supresión de la vida por mano propia es un comportamiento que suscita pesados interrogantes de orden ético, pero respecto del cual el mismo ordenamiento penal -una vez excluida la incidencia de la acción de terceros, relevante a los efectos de los arts. 579 y 580, como el homicidio o la instigación o ayuda al suicidio- necesariamente retrocede.

Entre la jurisprudencia que llega a afirmar la responsabilidad del psiquiatra por el suicidio del paciente, la mayor parte se refiere a la omisión del tratamiento sanitario obligatorio, en situaciones en las cuales -a juzgar por los jueces intervinientes- subsisten los presupuestos para ello.

Emerge un marco -que parece coherente- en el que esa subsistencia haría surgir la obligación de custodia y de vigilancia a cargo del facultativo, mientras que en ausencia de esos presupuestos -y, por lo tanto, en presencia de un paciente cuya voluntad no puede ser coartada en ninguna medida- no puede conformarse tal obligación, con la relativa posición de garantía respecto de la vida del potencial suicida.

Frente a una persona que se internó voluntariamente y solicitó salir (es irrelevante si lo hizo para dar un paseo o definitivamente), el médico tiene sólo dos opciones: disponer la

internación forzosa o dejarlo salir. Cuando no subsisten los requisitos para la internación, la elección es una sola: respetar la voluntad del paciente.

2. En este marco de referencia, ¿qué es lo que motiva la opinión divergente de la Corte de Casación en la sentencia aquí comentada?

La Corte construye *-ex novo-* una serie de deberes jurídicos no bien determinados, extraños al dictado y al modelo inspirador de la ley Basaglia, a cargo del psiquiatra: obligaciones emergentes de su deber de controlar libremente al paciente, cuya libertad no puede coartar. Por lo tanto, habría una doble absurdidad en el ordenamiento italiano: por un lado, excluye la punición de la contribución culposa a un acto doloso ajeno, aun cuando este último constituya delito; y, por otro lado -y es lo que más cuenta-, la autolesión y el suicidio no son hechos penalmente considerables.

Aquí la Corte deja escapar que la razón de responsabilidad sería la de haber consentido la salida de la paciente: razón que había sido negada anteriormente cuando, reconociendo la imposibilidad de construir a cargo del médico un deber de retener a la paciente contra su voluntad, sostuvo que la responsabilidad era atribuida por no haber suministrado información adecuada a la asistente voluntaria. Esta última culpa, obviamente, es de una naturaleza rigurosamente omisiva.

Es sabido que retener a un paciente contra su voluntad, por un médico, y en particular por un psiquiatra, constituye una limitación ilegítima de la libertad personal de aquél, punible como secuestro de persona (art. 650 CP) o al menos como violencia privada (art. 610 CP), según se trate de una limitación sustancial de la libertad de movimientos o de una imposición al paciente de hacer o tolerar cualquier otra cosa.

Esta decisión desquicia una certeza: el médico psiquiatra debe temer encontrarse de frente a un fiscal, un tribunal, una Corte de Apelaciones y una Corte de Casación que sostienen que el deber de cuidado incluye, siempre y no obstante, una obligación de vigilancia y custodia, prescindiendo completamente de la naturaleza obligatoria o voluntaria del tratamiento sanitario psiquiátrico.

Por otra parte, el desventurado psiquiatra que sometiese al paciente a limitaciones de la libertad, prohibiendo la salida o predisponiendo un control en el exterior por parte de personal que tenga el encargo de impedir la libertad de movimiento de la paciente misma (que es lo que la Casación parece imponer aquí) podría encontrarse frente a otro tribunal, otra Corte de Apelaciones, otra Corte de Casación que lo condenara por secuestro de persona o por violencia privada.

Asimismo, se está en presencia de una normativa sobre el tratamiento psiquiátrico obligatorio que no autoriza al psiquiatra a pedirlo con ligereza, para protegerse de posibles incriminaciones. En efecto, según la actual disciplina, un requisito del referido tratamiento es el rechazo del cuidado; por lo tanto, el médico no puede disponerlo por iniciativa propia sólo porque tema que su paciente, en un segundo momento, pueda decidir exponerse a un peligro o quitarse la vida.

No es posible que la Casación introduzca en estos casos, por vía jurisprudencial, un deber *tout court* de impedir exposiciones de riesgo (a tanto asciende la responsabilidad por haber provocado eventos si el nexo causal es reconstruido sobre la base del aumento del riesgo).

Ello equivaldría a imponer al ordenamiento, por vía jurisprudencial, una revisión completa del abordaje de la terapia psiquiátrica, con un retorno a la generalización de los tratamientos coercitivos.

Nota de la Secretaría: un resumen del fallo comentado puede verse en esta revista, sección *JURISPRUDENCIA*, p. ???

ZANCHETTI, Mario, “Fra l’incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della cassazione”, en *Cassazione Penale. Rivista mensile di giurisprudenza*, Milán, A. Giuffré, 2004, vol. XLIV, n° 9, pp. 2859/2871.

MENORES. SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL (FRANCIA).

El síndrome de alienación parental es el proceso en el que el niño es llevado, por uno de los padres, de manera más o menos sutil, a compartir un conjunto de ideas y percepciones falsas, deformadas o exageradas sobre el otro padre. El niño se vuelve gradualmente cautivo del modo de pensar del progenitor alienante.

El objetivo de un peritaje psicológico en materia civil es separar los rasgos propios de la relación paterna de los conyugales y, al mismo tiempo, esclarecer la diferenciación de los problemas fundamentales: el de los padres y aquéllos relacionados con el divorcio en sí mismo.

La función del perito consiste en determinar la naturaleza de los disfuncionamientos y entender si se relacionan con la situación presente o si reactivan aspectos más antiguos.

Dos factores son necesarios para constituir un síndrome de alienación parental: la combinación de la manipulación por parte de uno de los progenitores y la propia contribución del niño a las calumnias hacia el padre atacado. Este síndrome necesita de tres actores: “padre alientante”, “padre alienado” y “niño alienado”.

El síndrome se manifiesta de diferentes maneras: a) campaña de denigración, que se exterioriza en actos o verbalmente; b) explicaciones poco convincentes para justificar su actitud; c) afirmaciones que se realizan con mucha certeza; d) convencimiento de que tomó partido solo y que nadie influyó en él; e) durante el conflicto parental, manifestación de apoyo unilateral al padre alienante; f) falta de sentimiento de culpa por la denigración del progenitor alienado; g) presencia de escenarios imaginarios: narración de hechos no vividos; y h) extensión de la animosidad hacia las personas cercanas al padre alienado.

El “alienante” desprecia el rol del “alienado” en el desarrollo del hijo de ambos, por convicciones personales y por la proyección de una problemática previa, en la vida relacional del menor. Impide así una posible relación triangular, que deriva para la víctima en problemas psicológicos y funcionales, por ser privado de una base necesaria para su equilibrio.

Este déficit paterno debe ser tomado en cuenta para la guarda y la orientación hacia la instancia judicial a la que debe acudir. Por su complejidad, el síndrome de alienación parental puede ser asimilado a la situación de un menor en peligro de maltrato psicológico.

LASBATS, Mireille, “Étude du syndrome d’aliénation parentale à partir d’une expertise civile”, en *Actualité Juridique Famille*, París, Dalloz, 2004, n° 11, noviembre, pp. 397/399.

PENAS. PRISIÓN DOMICILIARIA. MADRES DE HIJOS CON DISCAPACIDAD. DERECHO A LA IGUALDAD (ITALIA).

La sentencia comentada declara la ilegitimidad constitucional del art. 47-ter, inciso 1, letra a), del ordenamiento penitenciario, en cuanto no prevé la concesión de la detención domiciliaria a una madre condenada, y en los casos previstos por el inciso 1, letra b), a un padre condenado, convivientes con un hijo portador de incapacidad totalmente invalidante.

Se trata de una típica sentencia “aditiva”^{*} pronunciada en nombre de la “racionalidad”, que pone como norma de comparación el art. 3.2 de la Constitución, es decir, el principio de igualdad sustancial que, como es notorio, atribuye a la República el deber de remover los obstáculos de orden económico y social que, al limitar de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

La decisión es, sin embargo, perfectamente acorde con la mencionada disposición constitucional, actuando las potencialidades sobre el plano de la libertad personal del condenado-progenitor, privilegiando su derecho-deber de asistencia con relación al hijo totalmente inválido respecto al interés del Estado en la ejecución de la pena en cárcel. Es más, se puede decir, en sintonía con la precedente sentencia n° 422 de 1999, que la concesión de la detención domiciliaria en los casos indicados por la Corte no sólo no contrastan, sino que realizan el objetivo reeducativo establecido en el art. 27.3 de la Constitución.

Existen cinco hipótesis de detención domiciliaria:

1) Puede ser concedida al condenado a la pena de arresto o de reclusión no superior a cuatro años, aunque sea parte residual de una pena mayor. Se necesitan especiales condiciones personales: debe tratarse de una mujer embarazada o madre de prole inferior a los diez años conviviente con ella. Y, justamente con relación a esta hipótesis, el fallo de la Corte Constitucional ha extendido la operatividad de la medida alternativa al caso de la madre condenada conviviente con un hijo portador de incapacidad totalmente invalidante.

2) Se refiere al padre que ejerce la patria potestad de prole de edad inferior a los diez años conviviente con él, cuando la madre ha muerto o esté imposibilitada para dar asistencia a sus hijos. La sentencia amplió la aplicabilidad de la detención domiciliaria al caso del padre condenado.

3) Alude a la persona en condiciones de salud particularmente graves, que requieren constantes contactos con los centros sanitarios territoriales.

4) Apunta a aquéllos de edad superior a los sesenta años, aunque sea inhábil parcialmente.

5) Comprende a las personas menores de veintiún años por comprobadas exigencias de salud, de estudio, de trabajo y de familia.

El tribunal de vigilancia, al disponer la detención domiciliaria, fija las modalidades según lo establecido en el art. 284 del Código de Procedimiento Penal, determina e imparte las disposiciones para la intervención del servicio social.

El magistrado competente en el lugar en el cual se desarrolla la detención domiciliaria, a requerimiento del interesado o del fiscal, puede modificar las prescripciones y las disposiciones impartidas por el tribunal de vigilancia. La revocación de la detención domiciliaria debe ser dispuesta si “el comportamiento del sujeto, contrario a la ley o a las prescripciones dictadas, aparece como incompatible con la prosecución de las medidas”, así como también cuando cesan las condiciones previstas en los incisos 1 y 1 *bis* (art. 47-*ter*, incisos 6 y 7, Ordenamiento Penitenciario).

En particular, la revocatoria de la detención domiciliaria “bianual” impide que la pena residual pueda ser sustituida con otra medida (art. 47-*ter*, inciso 9-*bis*), por lo que, con argumento en contrario, debe considerarse que la revocatoria de las otras hipótesis no impida una sucesiva sustitución de la pena residual.

* La doctrina introduce el tema de las sentencias llamadas “creativas”, definidas también como “sentencias-ley”, en las dos variantes representadas por las sentencias “aditivas” y “sustitutivas”, que se caracterizan por la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la parte en la cual no prevé una determinada disciplina o de aquélla considerada conforme a la Constitución.

La Corte reconoce la exigencia de favorecer la socialización del sujeto inhábil, a la luz del compromiso de la República, sancionado en el art. 3.2 de la Constitución, y de remover los obstáculos de orden social que impiden el pleno desarrollo de la personalidad. Desde esta óptica, la Corte se remite a la ley n° 104 del 5 de febrero 1992 (Ley Marco para la Asistencia, la Integración Social y los Derechos de las Personas Discapacitadas), así como también a la sentencia n° 215 de 1990, que expresan el principio por el cual la socialización en todas sus modalidades explicativas es un factor fundamental de desarrollo de la personalidad y un idóneo instrumento de tutela de la salud del portador de incapacidad, entendida en su acepción más amplia de salud psico-física. Por otra parte, la decisión de la Corte sigue en la línea del relevante rol de la familia en la socialización del sujeto débil, que el legislador ya tomó oportunamente en consideración con los arts. 146 y 147 del Código Penal y luego con los arts. 47-ter y 47-quinto del Ordenamiento Penitenciario.

La Corte afirma que el art. 47-ter está en contradicción con el principio de razonabilidad en cuanto, previendo un “sistema rígido”, impide al juez, a los fines de la concesión de la detención domiciliaria, valorar la existencia de las condiciones necesarias para una efectiva asistencia psico-física de parte del progenitor condenado.

La primera hipótesis a la cual extendió la operatividad de la detención domiciliaria no despierta problemas particulares, ya que de la medida alternativa a la detención en la cárcel goza la madre condenada con la sola condición de que sea conviviente con un hijo totalmente discapacitado y, por ello, que necesita de su asistencia, siendo indiferente que éste sea o no menor de edad.

La segunda cuestión se refiere, en cambio, al padre condenado, para el cual no es suficiente la condición de conviviente con un hijo totalmente inválido, sea mayor o menor de edad, sino que es necesario que la madre haya muerto o esté absolutamente imposibilitada de darle asistencia.

El derecho-deber de asistir a la prole negaba implícitamente al progenitor “el ejercicio del derecho y el cumplimiento del mismo deber para el caso en el cual la madre falte o esté absolutamente imposibilitada de llevarlo adelante”, no obstante se trate de “deberes obligatorios que la Constitución confía, en cambio, en paridad de responsabilidad de los progenitores”. El juicio de ilegitimidad constitucional fue también motivado con referencia a la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, según el art. 29, y al interés de los hijos menores, tutelado por el art. 31.2.

Con el pronunciamiento que se comenta, la Corte toma la responsabilidad interpretativa del art. 3.2 de la Constitución y, por ello, el principio de “igualdad sustancial” allí contenido. Se trata, como es notorio, de la disposición constitucional con la cual el constituyente propone un “modelo de sociedad prefigurada”. Y la Corte propone un modelo de familia, en el cual el padre y la madre se encuentran en un mismo plano, por lo que, en la asistencia de los hijos, el padre reemplaza a la madre muerta o imposibilitada de hacer frente a sus deberes, con derecho de precedencia respecto a los terceros.

La Corte ha querido valorizar mayormente el rol paterno en la asistencia de sus hijos, colocándolo en posición inmediatamente sucesiva de la madre, respecto a las disposiciones mencionadas de las leyes, las cuales relegan al padre detenido al último puesto en la guarda de personas que pueden asistir al propio hijo.

Nota de la Secretaría: un resumen de la sentencia comentada puede verse en *investigaciones* 1/2 (2003), p. 83.

FILIPPI, Leonardo, “La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno nella detenzione domiciliare” (comentario a la sentencia n° 350, del 5 de diciembre de 2003), en *Giurisprudenza Costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2003, n° 6, pp. 3643/3650.

POBREZA. DIGNIDAD HUMANA. MENDIGOS. DERECHO AL TRABAJO. INTEGRACIÓN SOCIAL. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, ART. 23. DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE HOMBRE, ART. XIV (FRANCIA).

El fenómeno de la pobreza crece continuamente. Sin embargo, pocas veces es medido y mostrado públicamente. Los datos disponibles son, por lo general, imperfectos: incluyen a los pobres “comunes”, excluyendo a las personas sin domicilio fijo. Por ende, los más pobres entre los pobres no son contados: esto los aparta, incluso, de los datos demográficos nacionales. Son, por lo tanto, una presencia indefinida.

La mendicidad es un estado por fuera del proclamado derecho al trabajo. Como surge de diversos instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23) o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre (art. XIV), el trabajo constituye un derecho fundamental reconocido a todos los miembros de la familia humana. La efectividad del derecho al trabajo tiene como corolario la efectividad de la protección contra la pobreza y la exclusión. En tal sentido, este derecho es un deber de los Estados para con la población, que sólo puede llevarse a cabo mediante un compromiso económico, expresado en términos políticos por el pleno empleo.

El derecho al trabajo, como derecho fundamental, es la traducción, en términos jurídicos, del valor sociológico que tiene el trabajo. Por medio de éste se estructura un ser social. El individuo adquiere una existencia social verdadera, conforme a la calidad imprescriptible de “miembro de la familia humana”. Asimismo, el trabajo es generalmente analizado como un instrumento indispensable para el ejercicio de la mayoría de los otros derechos fundamentales reconocidos al hombre, ya sean civiles o sociales, económicos o culturales.

En contrapartida, el estado de mendicidad es actualmente el denominador común de todos aquéllos que caen brutalmente (provisoria o durablemente) en la miseria y que anteriormente estaban integrados en la sociedad por medio del trabajo. En la situación de mendicidad, la dignidad de la persona humana no es respetada por las autoridades, por los individuos en su relación entre ellos y por cada persona consigo misma.

En efecto, en el camino que va del desempleo y la precarización a la mendicidad, se pierde la conciencia misma de la dignidad humana, aun cuando tantas declaraciones solemnes establecen esta calidad inherente al hombre y enfatizan que debe ser respetada. El hombre en situación de mendicidad no puede mantener su dignidad porque ésta no existe sin trabajo. Un individuo separado durante demasiado tiempo de las normas de vida en sociedad y en el mercado de trabajo pierde progresivamente el reconocimiento social.

Un mendigo se transforma en un ciudadano que ya no pertenece al grupo; su existencia no está inscrita en ningún registro, pero existe físicamente. Entre el ser y el no ser, es aprehendido como un cuerpo socialmente desvalorizado. El único reconocimiento que puede obtener de la sociedad es su calidad de excluido. Esto genera una doble imagen: un sentimiento de generosidad, que se materializa en la limosna, o un sentimiento de rechazo, que se expresa por la indiferencia del cuerpo social (rechazo pasivo) y por las leyes que prohíben la mendicidad (rechazo activo).

Estas leyes son el reconocimiento oficial de la disociación de hecho y de derecho entre el mundo común y el de los excluidos. Durante los años ‘90, numerosas disposiciones municipales anti-mendicidad fueron sancionadas. Generalmente, estas normas prohíben la mendicidad en lugares públicos y medios de locomoción. Es de notar que un mendigo difícilmente pueda esperar obtener una limosna en los lugares desiertos.

La finalidad de la prohibición puede resumirse de la siguiente forma: se trata, en sentido estricto, de impedir toda ayuda material (en forma de dinero) y, de forma más general,

impedir todo contacto, simple gesto o mirada. Los efectos son fácilmente apreciables. Por un lado, refuerza la exclusión: obliga al mendigo a vagar para asegurar su subsistencia, desplazándose hacia lugares en donde la mendicidad no está prohibida. Por otro lado, crea un estadio suplementario dentro de la degradación dada por el cuerpo social y resentida a título personal. El mendigo se ve obligado a buscar dentro de la basura su alimento, desechos de una sociedad superabundante.

En el estado de mendicidad, no hay protección de la dignidad humana. Es la negación misma de la condición de ser humano. El mendigo está obligado a negar su sentimiento de dignidad porque el cuerpo social le trasmite el mensaje de su indignidad. Por la repetición, este mensaje se asimila a la realidad de su ser y hace que pierda la significación propia de su vida.

Extraña ciudadanía, dolorosa ironía la de estas existencias olvidadas, mientras se afirma la jerarquía constitucional del principio de protección de la dignidad humana contra cualquier forma de degradación.

DELHOSTE, Marie-France, “Les mendiants, ces êtres privés des droits fondamentaux”, en *Revue de droit public & de la science politique en France et à l'étranger*, París, L.G.D.J., 2001, n° 5, pp. 1287/1303.

SALUD. RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE (FRANCIA).

Tradicionalmente, la relación entre médico y paciente se rigió por la figura del contrato. Esto permitió que se desarrollara una jurisprudencia de protección del paciente que aplacó las tensiones que existen en dicha relación, al considerarla como un acuerdo de voluntades. La ley del 4 de marzo de 2002 (n° 2002-303, relativa a los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud) sustituyó el régimen de contrato por el de la decisión médica.

1. El reconocimiento de la decisión médica

Si bien la utilización del prisma del contrato constituyó la piedra angular del derecho médico, es cierto que tuvo dificultades, entre ellas, la de la diferencia entre el consentimiento dado por el enfermo para concluir el contrato con el médico, y el asentimiento para que se le aplique un tratamiento determinado. La jurisprudencia respondió a esta dificultad considerando que el asentimiento forma simplemente parte del cumplimiento del contrato inicial, que incluye la obligación del médico de solicitar y obtener el consentimiento del paciente para el acto médico.

La citada ley desplaza el centro de atracción del derecho médico del contrato hacia la decisión. En efecto, establece que “toda persona toma las decisiones relativas a la salud juntamente con el profesional idóneo y en función de la información y los consejos que éste le da”. El alcance de la categoría de decisión representa el surgimiento de una representación no contractual de la relación médica. La decisión no se reduce a un simple acto de cumplimiento de un contrato sino que pertenece al registro del poder. En efecto, por su saber, por tener mayor información y manejar una competencia específica, el médico puede influir y hasta determinar la voluntad del paciente. La ley en cuestión muestra las tensiones e incluso las contradicciones entre la necesidad del respeto de la voluntad del paciente y el derecho fundamental a la protección de la salud. Por ello, si bien es el paciente quien toma las decisiones, la ley reconoce la participación del médico en el proceso de su elaboración.

En los hechos, sin embargo, lo más común es que el médico decida qué estrategia va a adoptar. Nadie puede, mediante el derecho, obligarlo a decidir algo que no aprueba. La concepción de la decisión médica como determinación del paciente no se da en muchos casos,

como, por ejemplo, cuando este último no está en condiciones de dar su consentimiento o cuando se niega a reconocer su estado de salud.

2. El régimen de la decisión médica

Sin embargo, construir el derecho sobre la decisión del profesional sería apoyar la idea de paternalismo médico y realizar la sola voluntad de éste. La relación bajo el prisma de la decisión médica obedece al régimen jurídico del poder, que transforma la libertad para decidir del profesional de la salud en una decisión controlada, tanto en su justificación como en su modo de elaboración.

En tal sentido, la ley instaura un control intenso sobre la decisión. El médico no puede ir en contra de la negativa del paciente, o sea, no puede ser una decisión unilateral, salvo que la intervención sea indispensable para la preservación de la vida. El paternalismo médico se ve limitado porque la ley introduce la necesidad de la justificación de la decisión médica. Cuando era cuestión de conocer la voluntad expresa o tácita de los contratantes, el juez no se pronunciaba sobre el saber del médico consubstancial a su poder. Ocurre lo contrario si se realiza un control de la necesidad médica de la decisión.

Por otra parte, no sólo se requiere que la decisión médica sea justificada, sino que se exige un modo de elaboración, lo que implica un procedimiento determinado en la toma de la decisión. La obligación de seguir un proceso determinado permite asegurar que la decisión no es una elección arbitraria, al tiempo que no impone un resultado. La ley dispone que el médico dé al paciente la información pertinente en una reunión individual. En los casos en los que éste no esté en condiciones de expresar su voluntad, la consulta debe hacerse a una de sus “personas de confianza”. El procedimiento de decisión consta así de dos etapas: en la primera, el médico plantea las alternativas terapéuticas para el caso; la segunda es la de la decisión que corresponde al paciente.

El modelo contractual daba poca relevancia a los derechos humanos. No ocurre lo mismo con el régimen de la decisión médica, que sirve, sobre todo, para conciliar intereses, por ejemplo, cuando el paciente se niega a recibir un tratamiento y está en juego su salud.

LOKIEC, Pascal, “La décision médicale”, en *Revue de droit civil*, París, Dalloz, 2004, n° 4, pp. 641/654.

TEXTOS ESCOGIDOS

DEMOCRACIA DELIBERATIVA. MODELOS

SUMARIO: 1. ¿QUÉ ES LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA? – 2. EL MODELO DE JOSHUA COHEN: DELIBERACIÓN, RAZONAMIENTO PÚBLICO Y PARTICIPACIÓN DIRECTA – 3. EL MODELO DE JÚNGEN HABERMAS: UNA DELIBERACIÓN DE DOBLE VÍA.- 4. CONCLUSIÓN

1. ¿QUÉ ES LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA?

La democracia deliberativa es una forma de entender la democracia basada en el diálogo, el debate y la argumentación como elementos característicos de un proceso político que busca mejorar la calidad de las decisiones colectivas de forma que el conjunto de la ciudadanía resulte beneficiado.

Su debate actual, como alternativa a las democracias liberales-representativas -que se basan en modelos de mercado-, tiene origen en un artículo de J. M. Bessette¹, en el que se recoge por primera vez el término democracia deliberativa. Es a partir de ese momento que aparece como un modelo de democracia con identidad propia que busca superar la limitación de los intereses parciales en beneficio del interés común.

Este modelo se construye específicamente desde la crítica a una forma de democracia basada en el agregado de alternativas y en la negociación entre diferentes intereses. Esta perspectiva, que se puede calificar como estratégica, entiende que el objetivo de la democracia es producir decisiones colectivas respetando las preferencias individuales.

La perspectiva deliberativa apunta a la búsqueda colectiva de la mejor propuesta para todos. Si bien admite la pluralidad de formas de vida y la existencia de diferentes preferencias políticas, considera que el proceso debe basarse en el intercambio de razones y argumentos hasta alcanzar un acuerdo que todos los implicados puedan aceptar. De esta forma, el objetivo de la democracia sería alcanzar decisiones que favorezcan el bien común. El debate público y abierto con la vista puesta en este objetivo permite una mayor información que redundaría en la mejora de calidad de las decisiones y, asimismo, en una importante legitimidad y una amplia disposición a la cooperación.

¹ BESSETTE, J. M., “Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government”, en R. A. Goldwin y W. A. Schambra (eds.): *How Democratic Is The Constitution*, Washington, D.C., American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1980. Frente a las interpretaciones elitistas o aristocráticas de la Constitución estadounidense, el objetivo del autor es defender una interpretación deliberativa que dé sentido a la existencia de dos elementos que en principio parecen contradictorios, a saber: el gobierno de la mayoría y los mecanismos institucionales (*checks and balances*) que restringen su ejercicio. Para ello, diferencia entre dos tipos de sentimientos mayoritarios o de opinión pública: uno más inmediato, espontáneo e irreflexivo (el de la ciudadanía), y otro más deliberativo, que necesita tiempo para desarrollarse y que descansa sobre una información más completa en la que se tienen en cuenta las distintas consideraciones y argumentos (el de los representantes). Cuando los Padres Fundadores se refieren al gobierno mayoritario, dirá Bessette, están pensando en una mayoría del segundo tipo.

Uno de los principales argumentos que se esgrimen en defensa de la democracia deliberativa se refiere a su capacidad para mejorar la legitimidad de las decisiones políticas. Un principio básico de la democracia es que el ejercicio del poder político sólo es legítimo cuando es resultado de la voluntad del conjunto de la ciudadanía. La participación en la deliberación, entendida como un proceso de formación de la voluntad general, parece responder bien a esa exigencia de legitimidad.

La deliberación se adapta particularmente bien a la naturaleza del debate político, que muchas veces consiste en la confrontación entre normas o valores diferentes. Esto no significa que la elección sea arbitraria, pues hay valores con más capacidad que otros para conseguir la aprobación de una audiencia razonable. La fuerza de la justificación sólo puede ser medida por la amplitud e intensidad con la que es aceptada.

El proceso de deliberación termina con una elección entre las diferentes propuestas. La opinión elegida será reflejo de la mayor fuerza de los argumentos que la respaldan. Las razones de la minoría también se tienen en cuenta, pero resultan menos convincentes. Así se cierra un proceso en el que todos han tomado parte, se analizaron las diferentes dimensiones de cada alternativa y se ha decidido libremente.

Las virtudes de la deliberación no se agotan en el aumento de la legitimidad política. Para los defensores de este modelo, mejora la democracia en otros cuatro aspectos: a) el intercambio de razones, opiniones e ideas aumenta la información disponible en dos sentidos: pueden aparecer alternativas que no habían sido consideradas y, además, es posible analizar las consecuencias de cada propuesta, mejorando así la calidad de las decisiones; b) refuerza la orientación hacia el bien común en detrimento de los intereses privados. Si el objetivo es tomar decisiones colectivas que redunden en beneficio de todos, cada opinión debe articularse en términos que los demás puedan admitir, y esto obliga a transformar los propios intereses en principios defendibles públicamente; c) aumenta las facultades intelectuales y morales de los ciudadanos. La participación en el debate público ayuda a desarrollar la capacidad de razonar y escuchar, y favorece la cooperación y la tolerancia; y d) genera decisiones políticas más justas y racionales.

2. EL MODELO DE JOSHUA COHEN: DELIBERACIÓN, RAZONAMIENTO PÚBLICO Y PARTICIPACIÓN DIRECTA

2.1. El modelo de democracia deliberativa que Cohen presenta es aquél en el que los ciudadanos participan directamente en la toma de decisiones, deliberación que, por otra parte, está fundamentalmente vinculada al razonamiento público, y no tanto a la discusión o al intercambio de información.

Éste considera que los resultados del proceso de deliberación serán legítimos únicamente si pueden ser objeto de un acuerdo libre y razonado entre ciudadanos iguales. Por este motivo, todo procedimiento de toma colectiva de decisiones debe satisfacer las siguientes condiciones: razonabilidad, libertad, igualdad y búsqueda del consenso. Esto es lo que Cohen denomina “procedimiento deliberativo ideal” (*Ideal Deliberative Procedure*) como modelo o principios que deben guiar la institucionalización de la deliberación.

La deliberación ideal está basada en el razonamiento porque a los ciudadanos se les exige que den razones de sus propuestas políticas, bien sea para apoyarlas, bien sea para rechazarlas. El compromiso con la deliberación como vía para la toma de decisiones conlleva la aceptación de que sean las razones, y no el poder o los diferentes intereses, los que determinen el resultado de cada política. La democracia deliberativa insiste en la relación entre razonamiento público y elección colectiva, de manera que las decisiones tomadas no sean un mero reflejo de las diferentes preferencias.

Asimismo, es libre porque los participantes no están sujetos a ninguna restricción, salvo los límites impuestos por los resultados. Esto significa que son los propios ciudadanos quienes determinan cuáles van a ser los temas a tratar, proponen soluciones a los diferentes

problemas políticos, justifican esas soluciones razonadamente y toman una decisión. El hecho de alcanzar la decisión a través de la deliberación es una razón suficiente para acatarla.

En la deliberación ideal, los ciudadanos son iguales tanto a nivel formal como sustantivo. Son formalmente iguales porque tienen el mismo derecho a participar en cada una de las etapas del proceso, y a todos ellos se les otorga una igual consideración. Son también sustancialmente iguales, porque la distribución de poder o de recursos no determina sus oportunidades para contribuir a la deliberación.

Por último, la deliberación pretende que el intercambio de razones entre ciudadanos libres e iguales permita alcanzar un acuerdo sobre los problemas políticos que se están examinando.

2.1.1. Razonamiento público

La concepción deliberativa de la democracia no significa únicamente dar un papel significativo a la discusión con primacía sobre la negociación o la votación. La discusión es siempre valiosa pues permite aumentar la información disponible en el debate público. Desde una perspectiva estratégica de la democracia, el objetivo de la discusión es persuadir al otro para que acepte las propuestas que favorecen el propio beneficio. Por el contrario, para la perspectiva deliberativa, el objetivo es producir decisiones políticas que favorezcan el bien común. Lo realmente específico de la deliberación es que enraíza la justificación política con el razonamiento público.

Al establecer el tipo de razones válidas en el debate político, se prescinde explícitamente de cualquier teoría filosófica de la razón (éste es el aspecto fundamental de la teoría de Cohen, lo que lo aleja notablemente de Habermas). El criterio de validez de un argumento no será su veracidad, sino su aceptabilidad. La justificación política así entendida requiere que cada ciudadano, para apoyar o rechazar instituciones, programas y políticas, ofrezca razones convincentes para los demás.

A través del razonamiento público, la democracia deliberativa ofrece, en dos aspectos, una interpretación de la idea de autorización popular: en primer lugar, en el proceso o en la forma de la toma de decisiones que no consiste simplemente en tener en cuenta los intereses de los demás cuando se está decidiendo qué política llevar a cabo mientras se confía en que esos intereses sean desestimados en beneficio de los propios; y, en segundo lugar, en el contenido de las decisiones que se toman. Todo esto conduce a otro elemento central del modelo de democracia deliberativa de Cohen.

2.2. El objetivo de la deliberación es tomar decisiones políticas que sean fruto de un acuerdo entre ciudadanos libres e iguales forjados a través del razonamiento público, un acuerdo que va más allá de los aspectos puramente formales. Vinculada al intercambio de razones -únicamente válidas en la medida en que pueden ser aceptadas por todos-, permite alcanzar un acuerdo de carácter sustantivo al centrar el debate en el bien común. Todo ello, sin socavar las libertades fundamentales ni renunciar a una efectiva participación política de la ciudadanía.

Si la deliberación favorece el bien común es porque durante el propio proceso de razonamiento público se conforman y modelan las preferencias, y sólo desde este punto se contribuye a disminuir la diversidad y reducir los incentivos o la tendencia a la falsificación y la tergiversación de la información. La necesidad de dar razones que sean aceptables para los demás influye también en las propuestas que cada uno presente. Para que una razón sea aceptada como válida en el debate político, debe ser independiente del propio beneficio, y esto empuja a reformular la propuesta política de modo que también beneficie a los demás. Por eso lo específico de la deliberación no es la discusión, sino el razonamiento público.

2.3. El modelo de democracia defendido parte de la base de que toda forma de participación ciudadana que aspire a desarrollar plenamente el ideal de autogobierno debe ser deliberativa, autónoma e institucional. La autonomía remite a la idea de que en la deliberación son los propios participantes quienes seleccionan los temas a tratar y proponen soluciones. Por

último, no basta con establecer una cultura pública de debate sobre lo político acorde con las instituciones o instrumentos políticos ya existentes, sino que es necesario la existencia de espacios públicos institucionalizados donde los ciudadanos puedan ejercer esa participación. En este marco se encuadra la propuesta de una “poliarquía directamente deliberativa” (PDD).

El punto clave es la institucionalización de la participación directa de los ciudadanos en la toma de decisiones a través de la deliberación pública. En espacios públicos establecidos a este fin, aquéllos podrán analizar, revisar y comparar sus elecciones con las de otros participantes y a la luz de otras posibles experiencias. La PDD pretende combinar las ventajas de dos instrumentos diferentes: a) el autogobierno a nivel local, que ofrece una mayor cercanía con los problemas reales y más eficacia a la hora de solventarlos. La participación en este nivel contribuye a introducir información relevante sobre los principales aspectos del tema objeto de debate, detectar posibles manipulaciones, engaños o tergiversaciones de la información, y poner de manifiesto las consecuencias, quizás no siempre deseadas, de políticas o decisiones anteriores; y b) teniendo presente la estrechez de miras que a veces acompaña los localismos, la introducción de un elemento de coordinación deliberativa, a fin de aumentar la calidad de las decisiones políticas tomadas. Se propone así un modelo de descentralización en donde las instituciones actualmente existentes serían las encargadas de marcar las líneas generales que luego las unidades locales deben desarrollar. La toma de decisiones está básicamente en esas unidades, aunque los cuerpos legislativos y las oficinas administrativas se reservan el derecho de actuar cuando una determinada cuestión precise de una respuesta a nivel nacional y deben, asimismo, favorecer y colaborar en la consolidación de una política deliberativa.

Es a través de la PDD que se articula la participación directa de los ciudadanos en la toma de decisiones, constituyendo la aplicación a la política real de su modelo deliberativo. Todo ello dota a la propuesta de una singular relevancia en el campo del debate sobre la deliberación y las vías para profundizar en la participación democrática.

3. EL MODELO DE JÚNGEN HABERMAS: UNA DELIBERACIÓN DE DOBLE VÍA

La intención de Habermas es hacer una nueva lectura de los contenidos radicales de la democracia, pues juzga necesaria una profundización democrática que vincule más estrechamente a los ciudadanos con la práctica política. Desde esta perspectiva, la democracia deliberativa se presenta como alternativa a los dos paradigmas políticos actualmente en liza: liberalismo y republicanismo. En este sentido, puede decirse que la teoría del discurso aparece como una tercera vía a la hora de definir y entender la democracia.

3.1. El modelo liberal de democracia parte de la separación entre el Estado y la sociedad. La función del Estado es garantizar que los ciudadanos puedan perseguir sus intereses privados. El ciudadano es portador de un conjunto de derechos subjetivos que deben ser protegidos frente a las posibles injerencias tanto del Estado como de otros ciudadanos.

En este marco, los derechos políticos son sólo un subconjunto que permite a los ciudadanos hacer valer sus intereses y preferencias individuales de manera que puedan agregarse con otros para formar la voluntad política. La democracia es entendida como un conjunto de procedimientos que permiten alcanzar compromisos entre los diferentes intereses y garantizar que los resultados obtenidos sean justos y estén basados en los derechos fundamentales. La función del proceso político consiste básicamente en vincular la sociedad y el Estado. Este proceso es, en esencia, una lucha por posiciones de poder entre actores que se comportan estratégicamente. Los electores, a través del voto, expresan sus preferencias; el número total de votos determina quién ha ganado la elección y otorga licencia para ocupar un puesto de poder. El poder procede del pueblo mas, una vez delegado, son los representantes políticos quienes lo ejercen. La formación democrática de la opinión y de la voluntad política tiene como finalidad legitimar el ejercicio de ese poder.

Por el contrario, la concepción republicana se establece sobre la idea de una sociedad calificada como comunidad política, una comunidad de ciudadanos libres e iguales que a través de la práctica del autogobierno se hace consciente de sí misma. La ciudadanía es entendida como pertenencia y viene definida por derechos positivos que garantizan la participación en esa práctica común. Son derechos de participación política y no -como en el modelo liberal- derechos de protección frente a las injerencias ajenas. El proceso político se orienta hacia el diálogo y el entendimiento. El poder reside en el pueblo y no puede delegarse. Son los propios ciudadanos quienes lo ejercen en un proceso que tiene como finalidad conseguir un acuerdo con respecto a la buena forma de vida. En este caso, la formación de la opinión y de la voluntad política se lleva a cabo de un modo deliberativo sobre la base de un “autoentendimiento ético-político”.

En esta oposición entre liberalismo y republicanismo, se confrontan dos formas de tomar decisiones políticas: por un lado, la agregación de preferencias como suma de los distintos intereses, y, por el otro, la deliberación como debate sobre las diferentes opiniones y posiciones hasta llegar a un acuerdo que pueda ser aceptado por todos. Habermas dice situarse entre el liberalismo y el republicanismo, pero lo cierto es que se encuentra más cercano a este último en tanto comparten dos premisas fundamentales: a) el hecho de que el ejercicio del poder político esté basado en el diálogo y no en la competencia, lo que tiene conexión con la teoría de la acción comunicativa²; y b) la idea de un conjunto de ciudadanos que se autoorganizan.

Sin embargo, encuentra algunas dificultades en la concepción republicana de la democracia. Una primera dificultad estriba en el “estrechamiento ético al que son sometidos los discursos políticos”, que quedan casi exclusivamente restringidos a cuestiones de identidad colectiva. Un segundo obstáculo reside en la identificación republicana entre sociedad y comunidad política, identificación que Habermas rechaza pues entiende que el sistema político es sólo un sistema de acción entre otros; es decir, la sociedad no está constituida políticamente.

3.1.1. Los principios más generales

La concepción deliberativa o discursiva de la democracia está centrada principalmente en el proceso de formación de la opinión y la voluntad política.

En la política, se combinan tres dimensiones diferentes: una pragmática, que se refiere a la necesidad de encontrar los medios más adecuados para alcanzar determinados fines; una ética, que se corresponde con la idea del bien y de la buena vida que posee cada colectividad; y una moral, que se centra en cuestiones vinculadas a la noción de justicia.

Desde la teoría del discurso, se considera que el proceso de formación de la opinión pública debe basarse en estas tres dimensiones. La deliberación se desarrolla atendiendo a las distintas formas de comunicación a través de las cuales se formará esa voluntad común: elección racional de los medios con respecto a los fines, compromisos y equilibrio entre diferentes intereses, autoentendimiento ético, justificaciones morales, etc. En lo que respecta al

² Habermas diferencia entre acción estratégica y acción comunicativa. La primera (asociada al modelo liberal) tiene por objeto el propio éxito en la consecución de los intereses personales. En este sentido se busca establecer los medios más eficaces (racionalidad medios/fines) para satisfacer las propias diferencias. La acción comunicativa, por su parte, está orientada al entendimiento; busca conseguir un acuerdo a través de la comprensión y la comunicación intersubjetiva, un acuerdo que permita a los participantes coordinar sus acciones teleológicas y que debe tener una base racional y permanecer libre de toda restricción tanto interna como externa. La acción comunicativa es una forma de cooperación social particular en la que “los planes de acción de los actores implicados no se coordinan a través de un cálculo egocéntrico de resultados, sino mediante actos de entendimiento. En la acción comunicativa, los participantes no se orientan primariamente al propio éxito; antes bien, persiguen sus fines individuales bajo la condición de que sus respectivos planes de acción puedan armonizarse entre sí sobre la base de una definición compartida de la situación”.

alcance de la deliberación, debe extenderse a todas aquellas materias que puedan regularse en igual interés de todos, aunque esto no significa una equiparación con la clásica separación entre esfera pública y privada, donde lo privado quede exento.

Es necesario diferenciar dos aspectos que subyacen a la distinción entre cuestiones públicas y privadas, a saber, el de accesibilidad y *tematización*, y el de *regulación de competencias* y responsabilidades. Toda decisión política debe venir precedida por la discusión pública. Lo importante es que en el debate no existan restricciones temáticas establecidas *a priori* que minen la autonomía pública. Los participantes en la deliberación serán los encargados de decidir cuándo y cómo el ejercicio de la autonomía pública ha de socavar la autonomía privada.

La democracia discursiva supone un proceso de formación de la opinión y la voluntad política basada en el entendimiento y la comunicación entre los ciudadanos, por un lado, y entre la sociedad y el sistema político, por el otro. Así entendida, la formación democrática de la voluntad común no tiene como función legitimar el poder (liberalismo), pero tampoco constituir la comunidad política (republicanismo). Más bien, remite a una racionalización discursiva de la toma de decisiones. El objetivo de la deliberación es alcanzar un acuerdo que todos puedan aceptar.

3.2. Para la perspectiva habermasiana, sociedad y sistema político constituyen espacios diferentes: la sociedad no se identifica con la comunidad política republicana. Mas, la democracia radical presupone la práctica del autogobierno por parte del conjunto de la ciudadanía. Habermas conjuga ambos principios estableciendo una doble vía para la formación democrática de la opinión y de la voluntad política: la formal, que se corresponde con el sistema político -esfera institucional-, y la informal, referida a la sociedad -esfera pública-. La labor de esta última es percibir, identificar, articular y transmitir a la esfera institucional los problemas que afectan a los ciudadanos en su vida cotidiana y que requieren una solución colectiva, política. Por su parte, la esfera institucional es la encargada de tomar decisiones políticas y es equiparada con un contexto de justificación, en tanto que debe recoger el testigo de la esfera pública y dar razones de la selección que hace de esos problemas y de la decisión que se ha tomado entre propuestas de soluciones alternativas.

En líneas generales, se toma el modelo de Cohen y se circunscribe su aplicación a las instituciones encargadas de adoptar las decisiones políticas en las que los ciudadanos no participan directamente.

3.2.1. La esfera pública y la sociedad civil

La esfera institucional es la encargada de tomar las decisiones políticas, pero siempre a partir de los problemas identificados y transmitidos por la esfera pública (*öffentlichkeit*)³, que es el ámbito donde se constituye la opinión pública, un espacio social, civil, no político. A diferencia de la institucional, la esfera pública habermasiana no está regulada por procedimientos, sino que se configura como una red de límites flexibles, abiertos y porosos en los que se comunican y se forman ideas, opiniones, toma de posiciones y discursos en general sobre diferentes temas que preocupan a los individuos y afectan su vida privada. Es un espacio constituido lingüísticamente e intersubjetivamente compartido, que se amplía y se va generalizando desde las interacciones más simples de donde surge hasta formas abstractas. En esa aplicación, los procesos de formación de la opinión se deslindan de la presencia física de personas determinadas, de los contextos de interacción y de la obligación de actuar (que queda reservada a las instituciones).

³ El término *öffentlichkeit* no tiene una traducción exacta al español. Por este motivo, los traductores de la obra habermasiana han empleado diferentes expresiones, tales como esfera pública, espacio público, dimensión pública e incluso opinión pública, aunque esta última remite más al producto del debate que al espacio en el que se produce.

En la esfera de la opinión pública, se presentan razones e informaciones, y se van elaborando las diferentes manifestaciones que se convierten en opiniones focalizadas sobre cuestiones y aspectos concretos. Pero lo que les otorga el carácter de *opinión pública* es la forma en que se producen. Lo verdaderamente relevante para su estructuración son las reglas de una práctica de comunicación pública mantenida y seguida en *común*. El asentimiento a temas y contribuciones sólo se forma como resultado de una controversia más o menos exhaustiva en la que las propuestas, la información y las razones pueden elaborarse de forma más o menos racional. La esfera pública es un pilar esencial de la democracia deliberativa en la medida en que las opiniones personales pueden constituir la opinión pública a través del razonamiento público. Es ésta la concepción que se aleja de la representatividad estadística de las encuestas de opinión como agregado de preferencias individuales.

La opinión pública puede ser pública en tres sentidos: porque su sujeto es el público, porque se centra en asuntos de interés público o porque es una opinión que se expresa, que se hace llegar a los demás. Habermas la entiende en este último sentido, como una opinión que al exponerse delante de los otros se hace pública, adquiere notoriedad. En función del uso que se haga de ella, es posible diferenciar dos concepciones: como una instancia crítica del ejercicio del poder político o como una instancia receptiva, “representativa” o manipulativamente divulgada de personas, instituciones, bienes de consumo y de programas. En el primer caso, la esfera pública es un espacio en que las decisiones políticas son revisadas y sometidas al razonamiento público. En el segundo, se trata de un ámbito utilizado para proporcionar notoriedad y prestigio público a alguien; es decir, no se desarrolla la crítica, sino que es utilizada por personas o instituciones para crear y acrecentar su propio prestigio y reputación ante el público.

Elaborada de forma discursiva, la opinión pública no puede tomar decisiones, pero sí influir en el poder y controlar su ejercicio. Ésa es la labor de la esfera pública. La deliberación democrática exige que este espacio público, más allá de percibir e identificar esos problemas, los tematice, elabore e interprete de forma convincente para poder así generar influencia en la esfera institucional. Por eso, el proceso de formación de la opinión y la voluntad es más que legitimación del poder, pero menos que constitución de la comunidad política.

La base organizativa de la esfera pública es la sociedad civil. Su existencia institucional queda garantizada cuando se cumplen cuatro condiciones: a) pluralidad de grupos y asociaciones que recogen diferentes aspiraciones y formas de vida; b) mecanismos que permitan la publicidad de los mensajes de esos grupos; c) un ámbito de privacidad donde cada ciudadano pueda desarrollarse y hacer sus propias elecciones personales; y d) la existencia de leyes y derechos básicos que regulen y protejan esa pluralidad, publicidad y privacidad. Con esta última característica, Habermas hace referencia a esa sociedad civil articulada en términos de derechos fundamentales: las libertades de asociación y expresión protegen la pluralidad; la de prensa asegura la infraestructura de los medios de comunicación que permiten la publicidad de los mensajes; la religiosa y de conciencia, la de movimiento, el derecho a la intimidad y, en general, todos los derechos personales mantienen la esfera privada como espacio protegido de formación autónoma de la voluntad.

Ahora bien, para evitar una deformación del espacio de opinión pública, la sociedad civil debe unir a la garantía que suponen aquellos derechos su propia acción y vitalidad. Al hacer uso de las instituciones y garantías fundamentales, también las interpreta, las define y las dota de nuevos y diferentes significados, contribuyendo así a su propia autorreproducción. En este sentido, tal actividad posee una doble dirección: hacia el sistema político, ejerciendo influencia sobre la toma de decisiones, y hacia sí misma, de manera reflexiva, estableciendo y ampliando su propia identidad y capacidad de acción. Habermas se preocupa no sólo por la posibilidad que tenga la esfera pública de identificar, interpretar y hacer llegar los problemas sociales a las instancias políticas, sino también, y de manera especial, por la capacidad de actuar de la sociedad civil. La democracia deliberativa requiere un espacio público

independiente y movilizado que genere recursos, opiniones y razones solucionadoras de problemas. En última instancia, la formación y reproducción de estos espacios depende de una cultura política ágil, inquieta y capaz de hacerse oír.

4. CONCLUSIÓN

La concepción deliberativa de la democracia vincula el ejercicio del poder político al razonamiento público. El núcleo del proceso político lo constituyen el debate, el diálogo y la argumentación. En el debate únicamente son válidas aquellas razones que todos pueden aceptar. En efecto, el criterio de validez en la deliberación no es la veracidad de las razones o la corrección de los argumentos, sino su aceptabilidad.

En el proceso de deliberación se produce un intercambio de ideas, opiniones, información y razones que contribuye a conformar y modelar las preferencias de los ciudadanos. Este intercambio es lo que determina el resultado final, y no el poder o los intereses de cada participante. El acuerdo al que se llega tras la deliberación no es un compromiso entre preferencias diversas y preexistentes al debate público, sino un consenso construido durante la presentación de razones y argumentos que puede entenderse como el bien común.

Se han analizado dos modelos de deliberación que difieren en lo relativo a los sujetos y, en concreto, en la forma en que éstos participan. La democracia deliberativa constituye, para Cohen, un sistema de ordenamientos sociales e institucionales que hacen posible el debate entre los ciudadanos ligado a la toma colectiva de decisiones y, por tanto, a la legitimación del poder político. Lo fundamental es la institucionalización de la participación directa en la toma de decisiones a través del razonamiento público. El ideal de autogobierno sólo se desarrolla plenamente cuando los ciudadanos pueden debatir sobre los temas que consideran importantes, valorar las diferentes propuestas a través de la deliberación y hacerlo en espacios institucionales. En este sentido, el modelo expuesto implica un cambio institucional que habilite espacios para la participación ciudadana en la toma de decisiones. A ese cambio se orienta la poliarquía directamente participativa.

Habermas, por el contrario, vincula la deliberación con el proceso de formación de la opinión y la voluntad política, un proceso que se realiza en dos esferas distintas: la institucional, encargada de tomar las decisiones políticas, y la pública, cuya base organizativa es la sociedad civil. Éste es el espacio propio de los ciudadanos, el espacio en que se forma la opinión pública. La función de la esfera pública es recoger y articular los problemas de la ciudadanía para transmitirlos a la institucional. La legitimidad de las decisiones políticas depende tanto del proceso de comunicación entre ambas esferas como de la capacidad de actuación de la sociedad civil.

Habermas retoma así una de las principales preocupaciones e intereses, a saber, la reactivación de la esfera pública en las modernas sociedades democráticas.

En suma, dos modos de entender la participación ciudadana dentro de un contexto deliberativo con diferentes implicaciones para el diseño institucional existente. Mas, en todo caso, un modelo que, desde otra visión del proceso político y de su finalidad, puede contribuir a superar algunas de las dificultades o críticas que actualmente se ciernen sobre la forma de gobierno en aras de una mayor profundización democrática.

SANCHO, Carmen, “Un modelo diferente de Democracia: La Democracia Deliberativa. Una aproximación a los modelos de J. Cohen y J. Habermas”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, n° 122, pp. 201/232.

MINORÍAS. DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL. PLURALISMO. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES (ITALIA).

1. Premisa

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo espíritu innovador se manifiesta en el expreso reconocimiento de las especificidades individuales de las que cada uno puede ser portador -especificidad del niño, de la mujer, del anciano, del enfermo, del minusválido-, el extranjero no encuentra lugar. Éste es portador de una diversidad que a su vez es diferente. Su debilidad radica en que no puede ser encuadrado en ese *status* que inexorablemente sigue viviendo en el interior de los ordenamientos jurídicos modernos: la ciudadanía.

El extranjero, mejor dicho, el extranjero extra-comunitario, es un individuo que no puede moverse libremente ni puede establecer el centro de sus actividades allí donde considere que hay mayores recursos y, por tanto, mayores posibilidades de satisfacer sus necesidades. No lo puede hacer porque su solicitud de ingreso al país se enfrenta con el derecho de los Estados a controlar los flujos inmigratorios, derecho que se funda en un interés superior en mantener el orden público interno. Además, el extranjero autorizado a residir en el país es portador de una identidad diferente que, con frecuencia, se funda en valores no compartidos por el ordenamiento del país receptor.

La superación de la idea tradicional de Estado no arrastra consigo lo que parece ser su prerrogativa indefectible: la necesidad de garantizar el orden público interno e interpretar lo que ello significa en un momento histórico particular. Esta interpretación no puede abstraerse de los valores sobre los que se sustancia la identidad de un determinado ordenamiento, identidad que también es cultural y capaz de expresar la conciencia de pertenencia a una comunidad, verdadero elemento constitutivo del concepto mismo de nación.

La efectividad de los derechos humanos es una meta que aún no se ha alcanzado. Sin embargo, es el objetivo al que apuntan los ordenamientos democráticos a pesar de profundas contradicciones internas, como lo demuestran las diferentes intervenciones normativas y los cada vez más frecuentes pronunciamientos jurisprudenciales, que expresan la dificultad de traducir la universalidad de los derechos humanos en derecho viviente, en principios efectivos.

Esta dificultad es hoy muy patente. La expresión de la individualidad de cada uno implica la posibilidad de una libre manifestación de todas aquellas prerrogativas que los Estados democráticos reconocen. El desafío de los ordenamientos occidentales es lograr encontrar reglas de convivencia pacífica en el interior de contextos cada vez más caracterizados por el pluralismo cultural, que significa pluralidad de valores, de fuentes normativas y de referencias.

Estos temas comienzan a interesarle al civilista, protagonista activo en la búsqueda de criterios capaces de orientar al intérprete en la solución de conflictos que conciernen a los particulares y que se originan en el surgimiento de identidades culturales diferentes.

2. Derecho a la diferencia cultural entre identidad de grupo e identidad individual

Cuando se habla de derechos fundamentales de los inmigrantes o de la condición jurídica del extranjero, se deben considerar dos aspectos. Uno de ellos es la identidad cultural, entendida como manifestación de una individualidad que puede expresar valores no compartidos o en conflicto con los del ordenamiento interno. Por otro lado, está el hecho de que la plena realización de la persona humana -y, por ende, el efectivo ejercicio de los derechos que en el interior de los modernos sistemas económicos están ligados a la capacidad del individuo de participar en el juego del mercado o a la capacidad-voluntad del Estado de disponer instrumentos asistenciales- está condicionada por la necesidad de integrarse al tejido socio-económico del país receptor.

Si el Estado es la condensación de tres elementos esenciales, el territorio, la raza y el idioma, el grupo o el individuo que no comparte uno o más de estos elementos se convierte en "otro". Hoy, el universo de la "otridad" se enriquece tanto en virtud del aumento de la

migración hacia Europa cuanto gracias a una actitud histórico-cultural diferente, vuelta hacia la valorización de las diferencias. La disgregación de la “fortaleza” Estado se parece a un espejo que en un momento dado se rompe y cuyos fragmentos, aun quedando precariamente unidos por un marco más o menos sólido, comienzan a ser visibles en su singularidad. Esta transformación, que se manifiesta a través de la gradual cesión de la soberanía nacional a organismos más amplios, termina por involucrar las mismas categorías conceptuales del derecho -el hombre, el sujeto, la capacidad- e impone su replanteo.

Como es sabido, la Constitución italiana manifiesta un modelo pluralista¹. Ello significa tutela del individuo, tanto particular como en el interior de las formaciones sociales donde se desenvuelve su personalidad, y *a fortiori* de las comunidades de pertenencia cultural, aunque éstas sean portadoras de peculiaridades diferentes.

El art. 6 de la Constitución dispone que el Estado tutele a las minorías lingüísticas y el art. 8 fija el principio de laicidad del Estado, por el cual todas las confesiones religiosas son igualmente libres frente a la ley y tienen derecho a organizarse con estatutos propios que no contrasten con el ordenamiento jurídico. La estructura constitucional se alinea con el sistema de tutela de las minorías del derecho internacional, cuya evolución, tras la Segunda Guerra Mundial, asume el objetivo fundamental de convertirse en instrumento de realización de la libertad individual: la colectividad está protegida en tanto medio para una mejor realización de los intereses del individuo.

Esta orientación surge en forma clara en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y es confirmada en la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, aprobada en 1992 por la Asamblea General de la ONU; en la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, aprobada el mismo año por el Consejo de Europa, y en la reciente Convención-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, que se concluyó en Estrasburgo en febrero de 1995, ratificada en Italia por la ley n° 302 del 28 de agosto de 1997. En el preámbulo de ésta, se dispone que: “una sociedad pluralista y verdaderamente democrática no sólo debe respetar la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de cada persona perteneciente a una minoría nacional, sino que también debe crear condiciones aptas para permitir expresar, preservar y desarrollar esa identidad”. De la tutela se pasa por tanto a la promoción, que se torna “parte integrante de la protección internacional de los derechos del hombre y, como tal, constituye un sector de la cooperación internacional”.

Es el individuo el que constituye el eje de estas políticas. Es el individuo el que corre el riesgo de ser destinatario de actos discriminatorios por su pertenencia a una comunidad portadora de específicas connotaciones culturales y tradicionales. Nunca se habla de derechos colectivos, sino de derechos de la persona que pertenece a una minoría nacional.

La Convención mencionada, junto con la ley n° 482 del 15 de diciembre de 1999, titulada “Normas en materia de tutela de las minorías lingüísticas históricas”, representan dos intervenciones legislativas específicas que expresamente disponen la exigencia de reconocer, en el interior del territorio italiano, a las minorías nacionales y, consecuentemente, protegerlas y promoverlas.

La tutela de las minorías constituye un asunto aún no resuelto. Ello queda demostrado por el hecho de que la Corte Constitucional ha sido y continúa siendo llamada a pronunciarse sobre la conformidad de algunas leyes nacionales con los arts. 6 y 8 de la Constitución y sobre

¹ Todavía no se ha logrado la máxima efectividad de este modelo. De hecho, sólo recientemente se ha ultimado la puesta en ejecución del principio de laicidad del Estado con la depuración de todas aquellas normas que todavía concedían una tutela privilegiada a la religión católica respecto a las otras confesiones, como por ejemplo el art. 402 C.P. (ver la sentencia de la Corte Constitucional italiana del 20 de noviembre de 2000, n° 508).

su operatividad directa, lo cual confirma lo largo que puede ser el recorrido que del reconocimiento de un derecho lleva a su efectiva puesta en ejecución.

La respuesta ambivalente brindada por el ordenamiento italiano a la cuestión de las minorías culturales surge claramente de la confrontación de algunos pronunciamientos jurisprudenciales en los que se ven las dificultades con las que se enfrentan a veces el legislador y el juez para encontrar paradigmas de referencia siempre válidos.

Una sociedad multiétnica significa coexistencia de culturas que dentro de un mismo espacio expresan identidades diferentes y, por ende, valores diferentes, y es con esta “nueva diversidad” que se confrontan las políticas multiculturales. No se trata ya de reconocer y consecuentemente proteger las libertades lingüísticas, religiosas o de pensamiento porque ameritan tutela: se trata ahora de evaluar, encuadrar y resolver la inevitable confrontación con aquellas manifestaciones de la identidad que expresan valores que no sólo no comparte el ordenamiento de referencia, sino que a veces están en conflicto con éste.

Emblemático es el caso de la población musulmana. Es sabido que su cultura jurídica se funda en una concepción del Derecho extremadamente diferente a la italiana y que está fuertemente influenciada por el factor religioso. La ley coránica, la *Shari'a*, es, para el musulmán, la fuente del Derecho. Pero no es tanto la naturaleza diferente de esa fuente lo que representa la ruptura entre los ordenamientos, sino más bien el hecho de que postula valores profundamente distintos. La confrontación entre la cultura occidental y la islámica pone en evidencia que se trata de dos modelos que difícilmente parecen poder convivir si no es a costa de renunciar a sus paradigmas esenciales.

Uno de estos paradigmas es el dogma de la igualdad -en la acepción moderna: igualdad de garantías y oportunidades, prescindiendo de las diferencias de las que cada uno es portador- en confrontación con el de la desigualdad. Para el ordenamiento islámico, en efecto, es ciudadano *optimo iure* el individuo varón y de fe musulmana. No tiene relevancia la ciudadanía, porque el musulmán *optimo iure* goza de sus derechos dondequiera que se encuentre y establezca su existencia.

En el contacto con la cultura occidental, una modalidad posible de “prevención” de los conflictos podría ser el logro de acuerdos con las comunidades interesadas. Pero hasta ahora ha sido imposible concluir ningún acuerdo que establezca reglas organizativas. Las resistencias del gobierno italiano surgen especialmente a raíz de las dificultades para legitimar institutos jurídicos que se funden en la desigualdad entre el hombre y la mujer.

Por otro lado, las diferentes asociaciones reivindican derechos que no solamente son compatibles con el ordenamiento constitucional italiano, sino que la República está obligada por su misma Constitución a respetarlos: profesar el propio credo; observar las prácticas confesionales requeridas, como la oración; la garantía de asistencia espiritual a los musulmanes internados en hospitales o sometidos a medidas de detención en institutos penitenciarios; el derecho a fundar escuelas e institutos de educación islámica y a destinar edificios al ejercicio del culto islámico.

Pero lo que más “preocupa” es la sensación de que la reivindicación identitaria, si se promueve en una perspectiva colectiva, puede terminar por colocar en un segundo plano aquello que es el bien último al que tienden los ordenamientos occidentales: el bienestar del individuo y la centralidad de la persona. Así es como llevar *chador*, el velo islámico, se convierte en un verdadero “*affair*”, una afrenta a una cultura que se inspira en la laicidad y en la igualdad².

De allí que asegurar una promoción de intereses culturales garantizando la no injerencia de las autoridades civiles, como se propone por ejemplo en el art. 3 del “Bosquejo

² Ver la ley francesa n° 228 del 15 de marzo de 2004, que, en aplicación del principio de laicidad, prohíbe la tenencia de símbolos o ropa que manifiesten una pertenencia religiosa en colegios, escuelas y liceos públicos, en *investigaciones* 1/2 (2003), p. 356.

de Entendimiento entre la República Italiana y la Comunidad Islámica en Italia”, podría legitimar a los grupos islámicos presentes en el territorio a oponerse, en nombre de la identidad de la cultura musulmana, a las campañas de sensibilización llevadas a cabo entre las mujeres musulmanas con el objeto de informarlas sobre la posibilidad de adherir a un nuevo modelo social fundado en la igualdad de los sexos.

En la perspectiva “colectiva”, la reflexión sobre los contenidos y los límites de un derecho a la identidad de los grupos minoritarios toca el plano político y, más específicamente, impone una reflexión sobre los instrumentos de integración.

3. Identidad cultural y orden público

En el caso en que la libertad religiosa o el derecho a la identidad personal se resuelvan en expresiones exteriores en conflicto con las actitudes de la población autóctona, merecen de todas formas respeto, con el único límite del *alterum non laedere*.

Es fácil distinguir entonces entre actitudes que, aunque sean manifestaciones de la identidad individual de un sujeto, se traducen en daño a los otros asociados; actitudes que inciden en los valores fundamentales del individuo, como en el caso de la escisión y de la infibulación femenina³; actitudes que se sustentan en la elección de una determinada forma de vestirse -como en el caso del turbante de los *sikh* de la India o el *chador* de las musulmanas-, y actitudes que se fundan en el respeto hacia prácticas particulares, como no trabajar los sábados o no comer carne.

Frente a actitudes del primer tipo -entre las mencionadas anteriormente-, está claro que el ordenamiento no puede más que reaccionar, ya que se trata de la exigencia de tutelar el orden público interno, cuyo respeto supera naturalmente el derecho de un determinado grupo a expresar un tipo de cultura, así como también el derecho de quien pertenece a ese grupo a manifestar la propia identidad cultural de esa forma.

Si el comportamiento ilegítimo, prohibido, sancionado penalmente es expresión de una cultura en particular y la reacción, la respuesta del ordenamiento, no es comprendida por el autor, tanto la experiencia procesal como la detentiva son vividas con absoluta indiferencia porque se consideran rituales extraños al propio sistema de referencia cultural. Aquí estamos ante la espinosa cuestión de la ausencia de conciencia de la antijuridicidad del comportamiento desplegado.

Estos casos se pueden encuadrar en la vasta categoría de “delitos culturales”, que se producen justamente cuando el comportamiento prohibido por normas de derecho penal es tolerado, admitido o hasta prescripto por normas comunitarias. El ordenamiento se encuentra ante la necesidad de interrogarse sobre la legitimidad de prever un tratamiento especial y, por tanto, una actitud diferente del sistema penal para con aquellos individuos que pertenecen a otras comunidades. Los jueces europeos, aun los que pertenecen a una cultura jurídica bastante reacia a reconocer la relevancia de elementos de culturas diferentes a la nacional -como el caso de la experiencia francesa-, han mostrado unánimemente no ser indiferentes a la incidencia que el factor cultural puede tener en la evaluación de un determinado caso, atribuyéndole así una validez atenuante o individualizando hipótesis de conductas efectuadas en estado de necesidad.

Es por ello que el trabajo del juez no puede dejar de estar acompañado por la experiencia de otros profesionales capaces de atenuar las consecuencias que podrían derivar de un análisis del fenómeno ciego frente a la diversidad cultural⁴.

³ Se trata de prácticas tradicionales aún muy difundidas en numerosas poblaciones africanas pertenecientes a diferentes religiones (musulmana, católica, protestante, animista) que consisten en intervenciones más o menos invasivas sobre los órganos genitales de las niñas.

⁴ Con referencia a un juicio sobre escisión femenina, dice ALESSANDRA FACCHI: “lo que se estaba enjuiciando era en realidad una cultura, y en ese contexto se podía observar un aumento en número y en

En esta amalgama de cuestiones que surgen, dos parecen ser los puntos capaces de orientar al intérprete: por un lado, la evaluación de la entidad del daño producido por el comportamiento a la persona ofendida o a la comunidad y, por el otro, cuando son menores los que están en juego, la absoluta relevancia que se debe atribuir a los intereses de éstos, a cuya luz la pretensión de identidad cultural no puede más que sucumbir.

Es justamente una operación de “purificación” o de “abstracción” de posibles significados preconstruidos la que cumplen los jueces cuando, por ejemplo, se niegan a entrar en una valoración de la poligamia y de su eventual incompatibilidad con el orden público interno y la evalúan como un mero hecho, expresión de valores pertenecientes a culturas diferentes.

4. Relaciones familiares y condiciones jurídicas del extranjero

Los Estados tienen derecho a regular el flujo migratorio de entrada al país, pero también es verdad que las medidas que toman, por lo menos en líneas generales, no deben estar en conflicto con el derecho al respeto de la vida familiar.

El instrumento que permite a los extranjeros ejercer el derecho “a mantener o reconstruir la unidad familiar” es el instituto de la “reunificación familiar” (*ricongiungimento familiare*), que por primera vez ha ingresado en el ordenamiento italiano con la ley n° 943 del 30 de diciembre de 1986, de actuación de la Convención OIT n° 143, y que ahora está regulado por el art. 29 del “Texto único de disposiciones concernientes a la disciplina de la inmigración y normas sobre la condición del extranjero” (Texto Único) a que se refiere el decreto legislativo n° 286 del 25 de julio de 1988, recientemente modificado por la ley n° 189 del 30 de julio de 2002, titulada: “Modificaciones a la normativa en materia de inmigración y asilo”.

Los extranjeros titulares de Carta o Permiso de Permanencia de duración no inferior a un año, extendido por razones de trabajo subordinado o autónomo, de asilo, de estudios o por motivos religiosos, tienen derecho a mantener o recobrar la unidad familiar en relación con los familiares extranjeros.

El Texto Único regula con detalle su ejercicio, individualizando -según un listado taxativo, reformado y reducido tras la reciente ley 189/2002- a los familiares de los que se permite solicitar la reunificación, esto es: el cónyuge; los hijos menores a cargo o los mayores con la condición de que no puedan, por razones objetivas, proveer a su propio sustento a causa de un estado de salud que comporte invalidez total; los progenitores a cargo, con la condición de que no tengan otros hijos en el país de origen o de proveniencia, o bien progenitores de más de sesenta y cinco años de edad en el caso en que los demás hijos estén imposibilitados de sustentarlos por graves motivos de salud, debidamente documentados.

Dicho esto, surgen varias cuestiones a considerar. En primer lugar, tras el examen de la jurisprudencia, aun de la constitucional, se reconoce una actitud de mayor favorecimiento y protección hacia la familia con hijos, de conformidad con el interés superior del niño, que se coloca como verdadero principio cardinal del ordenamiento interno e internacional. Es en este sentido que se colocan los pronunciamientos que han dispuesto la extensión de la prohibición de expulsión, ya existente en relación con las mujeres embarazadas o que se encuentran en los seis meses sucesivos al nacimiento del hijo, así como también con el marido extranjero que convive con éstas. La centralidad del menor hoy está confirmada por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en particular, por su art. 23, en el que se establece: “en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones

importancia de actores no juristas, en particular etnólogos. Su parecer sirve como legitimación científica de la decisión y atestigua la dificultad de recurrir únicamente a categorías técnico-jurídicas. El juez, de hecho, debe enfrentar problemas que implican valoraciones que van más allá del saber puramente jurídico” (*L'escissione: un caso giudiziario*, 1992, p. 111 y ss.).

privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”. En segundo lugar, se puede decir que la actual disciplina sobre la reunificación no está en consonancia con la orientación de la Corte Europea de Derechos Humanos. La reciente reforma operada por la ley 189/2002, que de hecho ha excluido la posibilidad de obtener la reunificación de los progenitores, solicitando presupuestos extremadamente particulares y cuya verificación remite a valoraciones de carácter discrecional, contrasta con la orientación consolidada de la Corte Europea, según la cual “la vida familiar, con arreglo al art. 8, comprende los lazos entre posibles parientes -que pueden tener un rol considerable-, por ejemplo, entre abuelos y nietos”.

La posibilidad de que existan uniones afectivas duraderas que vayan más allá de la relación tradicional de *coniugio* -posibilidad para nada remota, sobre todo entre las familias de los inmigrantes de procedencia extra-europea, en los que el tipo de familia mayormente difundida es justamente la familia extensa- es totalmente ignorada por el legislador, ocupado en individualizar mecanismos que de hecho hagan de la reunificación de los progenitores una excepción.

De hecho, éstos pueden obtener la reunificación sólo si no tienen otros hijos en el país de origen, o solamente si han cumplido sesenta y cinco años de edad y demuestran que los otros hijos no tienen posibilidad de sustentarlos por graves motivos de salud que deben estar documentados. Ningún otro motivo tiene relevancia: ciertamente no la tienen las condiciones de indigencia ligadas a particulares situaciones sociales ni la demostración por parte del extranjero autorizado a pedir la reunificación de que está en condiciones de ofrecer al propio pariente condiciones normales de vida. La nueva Constitución europea no puede ignorar que su ordenamiento de protección universal de los derechos humanos es débil frente a quien no es ciudadano europeo.

5. Reunificación familiar y poligamia entre derecho a la identidad cultural e igualdad de los cónyuges

Con arreglo al art. 29 del Texto Único, el sujeto privilegiado en materia de reunificación familiar es el cónyuge que no está legalmente separado. ¿Qué puede decirse entonces de una de las varias esposas que componen la familia poligámica?

Admitir la reunificación familiar a una sola esposa conduce necesariamente a soluciones fuertemente perjudiciales para las mujeres excluidas, tanto en el plano personal como en el patrimonial. Otro problema es establecer a cuál mujer se le admitirá. Las soluciones pueden ir desde autorizar a aquélla que hace más tiempo está ligada por el vínculo matrimonial o dejar que elija el marido.

No es satisfactorio el camino que han seguido algunos ordenamientos que expresamente han atribuido relevancia jurídica al matrimonio poligámico, ya que tal situación comporta la legitimación, en nombre del respeto de la identidad cultural, de un instituto jurídico contrario a un valor fundamental como es el de la igualdad entre los sexos. Es el caso del ordenamiento inglés, donde en el *Matrimonial proceedings –Polygamous Marriages– Act* de 1972, existe la ventaja de que se ofrece la misma tutela a todas las esposas que están ligadas por un vínculo perfectamente legítimo en su país de origen y se “salvan” los efectos jurídicos del divorcio, de la anulación del matrimonio y de los acuerdos de mantenimiento.

Tanto el juez administrativo como el ordinario se han ocupado ya de la poligamia. Frente a los pronunciamientos que en nombre del respeto por el orden público fundan la legitimidad de denegación de autorización a la reunificación familiar de la segunda esposa y que, sin embargo, tienden a atribuirle a la normativa un carácter de excepcionalidad, existen otros que superan el “*empasse*” a través de la valorización de determinados aspectos.

En verdad, los casos de los que se ha tenido que ocupar el juez conciernen a hipótesis en las que la reunificación familiar se solicitaba con respecto a la segunda esposa que al mismo tiempo era madre del niño que ya convivía con el demandante. Por ejemplo, la Cámara de Apelaciones de Turín, en el decreto del 11 de abril de 2001 -revocando la decisión de

primera instancia, que había confirmado la denegatoria de la autorización a la reunificación familiar-, dispuso “que el argumento del Tribunal, según el cual obstaría a la concesión de la autorización el hecho de que se convalidaría una situación de familia poligámica contraria a los principios de nuestro ordenamiento, no se puede compartir. Ello sucedería si el permiso fuera concedido con arreglo a los arts. 28 y 29 para permitir a un cónyuge reunirse con el otro cónyuge en una situación familiar poligámica, pero en el caso en cuestión la autorización es concedida en el interés del hijo menor, para garantizarle la proximidad del progenitor, independientemente del hecho de que éste esté casado o no con el otro progenitor del hijo y que lo esté bajo régimen monogámico o poligámico”.

El juez se ha encontrado en una situación en la que ha podido asumir una decisión que permitiera el ejercicio del derecho a mantener la unidad familiar desplazando -oportunamente- la atención hacia el interés del menor. No hay duda de que el interés del menor es el paradigma que debe orientar las elecciones del juez y, ante todo, del legislador. Además, no cabe duda de que se presta a ser un válido parámetro de resolución de los conflictos puestos por la sociedad multiétnica.

Queda sin embargo sin resolver la hipótesis de reunificación familiar de las esposas que componen el matrimonio poligámico sin hijos. Por cierto, el respeto por la vida familiar prescinde del *status* del progenitor, a menos que se quieran crear posteriores factores de discriminación fundados en los distintos *status* familiares, como decir que la madre unida en matrimonio poligámico tiene derecho a un tratamiento privilegiado respecto a la “co-esposa” que no es madre. Por otro lado, parece igualmente incompatible con el sistema un reconocimiento normativo que expresamente sancione la legitimidad y, consecuentemente, regule la familia poligámica, justamente porque ese modelo familiar no expresa el valor de la igualdad.

Surge pues el hecho de que es imposible e inoportuno en esta materia establecer reglas fijas, a través de la individualización apriorística de los cónyuges que pueden obtener la reunificación familiar y la fijación de las condiciones cuya verificación permite elecciones absolutamente discrecionales. Esta orientación produce necesariamente nuevos grupos de “diferentes que son todavía más diferentes” que, consecuentemente, están menos protegidos por el ordenamiento.

Una disciplina normativa en tema de inmigración extracomunitaria que establezca *a priori* quiénes son los sujetos legitimados para solicitar la reunificación, sin tener en cuenta el “estatuto personal” que los destinatarios de esa normativa llevan consigo, corre el riesgo de ser contradictoria, insuficiente, débil e inconstitucional. La válvula que regula el flujo migratorio sólo puede estar accionada por la capacidad del mercado para ocupar a quien entra en él. El primer instrumento de integración es obviamente el trabajo. Con esta premisa, la tutela de la unidad familiar no puede estar condicionada ni por un listado taxativo y *a priori* de los cónyuges legitimados que no tiene en cuenta los modelos de referencia de los destinatarios y que, desde ese punto de vista, provoca ciertamente insuficiencias, ni por la individualización de criterios que parecen inspirarse más o menos en razones de solidaridad social, pero que de hecho permiten elecciones que corren el riesgo de rozar la arbitrariedad, como en el caso de progenitores “a cargo”.

En caso de solicitud de reunificación familiar de las esposas unidas en matrimonio poligámico, cuando el recurrente demostrara que puede garantizarle al núcleo familiar condiciones de vida normales, independientemente de la presencia o ausencia de hijos, aquélla no debería ser negada remitiéndose a la contrariedad de la ley personal del extranjero para con el orden público interno. Ello de hecho no significaría legitimación de un modelo familiar contrario a los principios de nuestro ordenamiento, sino, más bien, calificación del matrimonio ocurrido según normas de otro ordenamiento como mero hecho a tener en cuenta en la aplicación de la ley italiana, justamente con el fin de no crear injustificadas discriminaciones.

6. El interés superior del menor

Según la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados se comprometen a respetar y garantizar los derechos reconocidos a cada niño “sin distinción alguna”, lo cual vale también para los niños extranjeros. Además, la Convención propone la idea de un niño que necesita de la protección del Estado prescindiendo de toda consideración de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, situación económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición del menor, de sus padres o representantes legales (art. 2.2).

Sin embargo, aun cuando el ordenamiento italiano se ha acogido a los principios de la Convención y los repropone en el Texto Único, los derechos fundamentales son reconocidos siempre y cuando el progenitor extranjero posea un válido permiso de permanencia o residencia en el territorio nacional, porque la regla es que el menor siga la condición del progenitor. Si éste es expulsado, también el menor deberá alejarse, a menos que el tribunal de menores, por graves motivos ligados al desarrollo psicofísico, y teniendo en cuenta la edad y las condiciones de salud del menor que se encuentra en territorio italiano, autorice, de conformidad con el art. 31 del Texto Único, el ingreso o la permanencia del familiar por un período de tiempo determinado. Pero en el análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales no se ha individualizado una orientación uniforme acerca de la interpretación del interés del menor. Es así que, por un lado, los jueces a veces lo consideran verdaderamente central y fundamental, tanto que ante éste caen las mismas razones de tutela del orden público que legitimarían, por ejemplo, la expulsión del territorio italiano de una madre culpable de un delito grave. Por otro lado, existen pronunciamientos en los que se afirma que “las exigencias de tutela del menor extranjero se correlacionan exclusivamente con la subsistencia de circunstancias contingentes y excepcionales, y no pueden ser reconocidas en relación con situaciones de normalidad y estabilidad, ya que queda excluido que el legislador haya considerado la garantía del desarrollo psico-físico del menor extranjero a cualquier costo, siendo tal garantía limitada y circunscripta positivamente cuando la presencia en Italia del familiar sea irregular” (*Corte di Cassazione*, n° 8510, 14-6-2002). Es como decir que para autorizar al familiar que carece de los requisitos para obtener un permiso de residencia temporal en Italia, es necesario que el menor -como lo expresa la Corte- sea privado traumáticamente del ejercicio de los derechos fundamentales, ya que el bienestar conquistado, que con frecuencia deriva justamente de la normalidad y de la estabilidad alcanzadas, no tiene relevancia frente a la posición irregular de su progenitor.

7. Identidad cultural en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

No cabe duda de que la diversidad es lo que anima a la Carta y, al mismo tiempo, es lo que constituye su peculiaridad. En efecto, la diversidad es lo que da contenido al principio de igualdad. Pero el verdadero nudo que hay que disolver -y que concierne justamente a la diversidad cultural- consiste en establecer cuán diferente puede ser quien entra a formar parte de la Unión o, en otros términos, cuánto puede ésta abrirse al “otro”. Este nudo no ha sido disuelto expresamente por la Carta, que al respecto peca de cierta ambigüedad.

En su preámbulo, se dice que la Unión contribuye al mantenimiento de los valores comunes “en el respeto de las diversidades de las culturas y de las tradiciones de los pueblos europeos”. La referencia a los pueblos europeos constituye un límite entre diversidades que pueden y deben ser respetadas y aquéllas que, por otro lado, no tendrían relevancia. En este sentido, la fortaleza Europa, poseedora absoluta de los valores universales, se auto-elegiría guardiana de los mismos y, al “contribuir al mantenimiento de estos valores comunes”, sancionaría la exclusión definitiva de las diferencias en conflicto con esos valores. La Unión respetaría la diversidad cultural, pero solamente aquélla que concierne a los países que forman parte de la misma.

Sin embargo, el art. 22, titulado “diversidad cultural, religiosa y lingüística”, permite atribuirle al derecho a la identidad cultural un contenido bastante más amplio. No solamente se prohíbe cualquier forma de discriminación fundada en la raza, en el origen étnico, en la pertenencia a una minoría nacional y, sobre todo, en la ciudadanía, sino que la prohibición está acompañada por la obligación que la Unión se impone de respetar esas diversidades.

Destinatarios de las normas citadas son todos los individuos, prescindiendo del *status* de ciudadano, y la relevancia que en otras partes de la Carta conserva ese *status* confirma el carácter universal del derecho a la identidad cultural, con la consecuencia de que la diversidad adoptada por la Carta no puede, sino sólo a costa de una inaceptable contradicción interna, detenerse dentro de los límites de Europa.

8. Conclusiones

Se individualizan a continuación los criterios para contemporizar valores contrapuestos, necesarios para la definición de los conflictos que derivan de la pretensión de mantener la propia identidad cultural.

1. La primera operación que el intérprete debe cumplir es la de llevar el conflicto a un plano eminentemente individual. El análisis ha evidenciado cómo el alcance de las reivindicaciones sobre identidad se reduce notablemente si se lo enfrenta con una perspectiva individual: la misma que sugiere la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que “coloca a la persona en el centro de la acción”.

2. Hay que utilizar como parámetro de referencia, que permite expresar el grado de apertura del ordenamiento de recepción, el principio de orden público interno con los valores que determinan la identidad europea. La “significación”, la determinación del contenido de orden público interno debe cumplirse tomando siempre primero como referencia los principios fundamentales entre los cuales se encuentra la igualdad.

3. Se debe establecer si el acto, expresión de identidad cultural, se agota en la esfera del sujeto agente o, por el contrario, comporta agresión a bienes de terceros y, en este caso, evaluar si presenta un grado de ofensividad concreta. En ello está el límite entre un comportamiento que, si bien es expresión de valores diferentes, debe ser tolerado, y un comportamiento que, por el contrario, justifica necesariamente una reacción del ordenamiento.

4. Es necesario considerar como principio absolutamente superior el interés del menor y, por consiguiente, frente al mismo, evaluar con mayor rigidez el grado de ofensividad de un comportamiento dado.

El análisis ha evidenciado cómo, frente a la creciente atención que muestran los jueces en relación con la identidad cultural, existe una tendencia hacia la ineficiencia y la insuficiencia de la normativa general que regula la condición del extranjero, particularmente en lo que respecta al instituto de la reunificación familiar y a las disposiciones a favor de los menores. Las disposiciones normativas muestran cómo su operatividad está condicionada por la exigencia primaria del Estado receptor de limitar los flujos de entrada, exigencia que se traduce en una opción interpretativa que termina por atribuir un carácter excepcional a las normas de tutela del interés superior del niño y que permite odiosas valoraciones de las elecciones personales de los particulares.

Son justamente estas debilidades las que probablemente requerirían que la nueva Constitución europea se refiriera también a los extranjeros. Si es cierto que la ausencia de una referencia específica en la Carta se justificaría justamente dado su carácter universal, la institución de la ciudadanía europea podría de hecho comportar la persistencia de un sistema de protección de los derechos humanos “de doble carril”, es decir, un sistema que legitimaría su actitud diferente ya no en relación con la pertenencia a una nación, sino ahora también en relación con la pertenencia a Europa.

Tal ausencia tampoco se justificaría al constatar que no se comparten los valores fundamentales del ordenamiento europeo. La ausencia de consenso general no comporta de

ninguna manera el debilitamiento del carácter universal de los derechos fundamentales, dado que el universalismo no significa consenso de todos alrededor de los principios considerados primarios ni una comunión intercultural de los valores expresados.

Nota de la Secretaría: sobre el tema, ver también, NÚÑEZ LADEVÉZE, LUIS, “Comunidad, identidad y derechos humanos”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, n° 125, pp. 227/254.

MORMILE, Lalage, “Attuazione dei diritti fondamentali e multiculturalismo: il diritto all’identità culturale”, en *Familia. Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, Milán, Giuffrè, 2004, n° 1, pp. 57/105.

NOTICIAS

ARBITRAJE. COMERCIO INTERNACIONAL (CHILE).

El 29 de septiembre de 2004, se publicó en el *Diario Oficial* la ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, que fija procedimientos para la resolución en Chile de disputas comerciales a nivel internacional.

Hasta entonces, el arbitraje comercial internacional no estaba específicamente normado y se utilizaban para ese procedimiento las leyes a nivel interno, las cuales no resultaban adecuadas. Por otra parte, la creciente integración de Chile en la economía internacional requería una alternativa que permitiera a las pequeñas y medianas empresas resolver local y menos onerosamente tales litigios comerciales.

Esta norma permite que las partes en litigio elijan el procedimiento que les parezca más conveniente para resolver sus disputas (incluyendo el idioma y la tecnología). Además, agiliza todos los procedimientos e impide que los juicios se dilaten en razón del abuso de recursos procesales, al limitar los supuestos de revisión judicial.

La ley nace de la necesidad de uniformar procedimientos de acuerdo con estándares internacionales, dada la mayor frecuencia de los contratos que contienen cláusulas de arbitraje. Como modelo se tomó la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que ha servido a naciones como Alemania, Bulgaria, Canadá, Hong Kong, México, Nueva Zelanda, Escocia y Rusia.

Ley 19.971, en http://www.bcn.cl/publicadores/pub_leyes_mas_soli/admin/ver_archivo_ultimas.php?id_ultima=130.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. PROTOCOLO N° 14 (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS).

El 13 de mayo de 2004, el Comité Director para los Derechos Humanos del Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el Protocolo N° 14, que modificará la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). Para su entrada en vigor, se necesitarán las ratificaciones de todos los Estados Partes de la Convención.

Este instrumento incorporará nuevos criterios sobre la admisión de solicitudes individuales que se presenten ante la Corte Europea de Derechos Humanos; dispondrá un cambio en la duración en el cargo de los jueces de este tribunal (de seis años renovables a nueve años) y permitirá que la Unión Europea se convierta en parte de la Convención si así lo decidiera.

CONSEJO DE EUROPA, *Protocolo N° 14 del Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales*, en <http://www.conventions.coe.int>.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. CASO SUDÁN (NACIONES UNIDAS).

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en su 5158ª sesión, celebrada el 31 de marzo de 2005, adoptó la Resolución 1593, que remite la situación en Darfur, Sudán, a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (Corte), en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, al determinar que esa situación constituye una amenaza a la paz y a la

seguridad internacionales. Se aprobó con el voto afirmativo de once Estados, mientras que cuatro se abstuvieron (Argelia, Brasil, China y Estados Unidos).

Esta resolución hace hincapié en el deber de cooperación del Gobierno del Sudán y de todas las demás partes en el conflicto de Darfur con la Corte y el fiscal. A su vez, invita a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente, aunque reconoce que los Estados que no son parte en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna con arreglo a tal Estatuto.

Por último, el Consejo de Seguridad decide que los nacionales de un Estado no parte en el Estatuto de Roma estarán sujetos exclusivamente a la jurisdicción de ese Estado respecto de todos los supuestos actos u omisiones derivados de las operaciones en el Sudán o relacionados con ellas, establecidas o autorizadas por el Consejo o la Unión Africana.

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, resolución del 31-3-2005, S/RES/1593 (2005), en <http://www.un.org>.

DERECHO COMUNITARIO. CONSUMIDORES. PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES (COMUNIDAD EUROPEA).

El 15 de noviembre de 2004, el Consejo definió una Posición Común dirigida a la adopción de una directiva sobre prácticas comerciales desleales. Recientemente, enmendándola, el Parlamento Europeo, a fin de armonizar la legislación de los Estados Miembros en esta materia, aprobó una nueva directiva.

El nuevo texto reconoce los derechos de los consumidores y facilita el comercio transfronterizo a través del establecimiento de un marco legislativo común de la Unión Europea para combatir las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Identifica, asimismo, diferentes prácticas comerciales que deben ser prohibidas: venta bajo presión, sugerencia de que el consumidor no puede abandonar un inmueble sin suscribir un contrato, realización de visitas personales al hogar del consumidor ignorando el pedido de éste de abandonar esta práctica, publicidad engañosa, afirmación falaz de ser signatario de un código de conducta y calificación de un producto como “gratuito” o “sin cargo” cuando el consumidor tiene que pagar algún gasto que exceda los inevitables de envío.

También establece principios generales que pueden usarse para evaluar si otros tipos de prácticas también deben prohibirse por resultar desleales. El test clave, en la mayor parte de los casos, consiste en si la práctica distorsiona injustamente el comportamiento de un consumidor “promedio”, aunque se incluyen normas tendientes a evitar la explotación de aquéllos particularmente vulnerables. Al definir solamente qué está prohibido en lugar de informar a las empresas cómo realizar negocios, esta normativa permite que éstas innoven en el desarrollo de nuevas prácticas comerciales leales.

El texto adoptado próximamente será formalmente aprobado por el Consejo de Ministros y se implementará a nivel comunitario en el año 2007.

PARLAMENTO EUROPEO, resolución legislativa del 25-2-2005, en http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?SAME_LEVEL=1&LEVEL=3&NAV=X&DETAIL=&PUBREF=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2005-0048+0+DOC+XML+V0//ES.

DERECHOS HUMANOS. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. REPARACIÓN Y CONCILIACIÓN (CHILE).

El 9 de noviembre de 2004, se publicó en el *Diario Oficial* la ley 19.980, que reforma la 19.123 de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.

Esta norma modifica algunos beneficios y establece otros nuevos:

- El Presidente de la República puede otorgar hasta 200 pensiones de gracia a los familiares que originalmente no quedan incluidos en la definición de beneficiarios que contiene la ley.

- En el presupuesto del Ministerio de Salud, se preverán recursos para un programa llamado “PRAIS” (Programa de Reparación y Atención Integral de Salud), destinado a otorgar atención médica a los distintos beneficiarios de la ley.

- El Ministerio del Interior proveerá los recursos necesarios para la creación de memoriales y sitios recordatorios de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y violencia política.

- Se eleva del 15% al 40% el porcentaje de la pensión mensual de reparación para la madre o padre de los hijos de la víctima que no hayan nacido de una relación matrimonial.

- Se extiende el beneficio educacional de los hijos de las víctimas en un semestre (si cursa una carrera de menos de cinco semestres) o en dos semestres (si la carrera es de cinco semestres o más).

- Se incrementa en un 50% el monto actual de la pensión mensual de reparación.

- Se concede por única vez un bono de diez millones de pesos para los hijos de víctimas que nunca recibieron una pensión mensual de reparación.

Ley 19.980, en http://www.bcn.cl/publicadores/pub_leyes_mas_soli/admin/ver_archivo_ultimas.php?id_ultima=130.

DIVORCIO (CHILE).

El 18 de noviembre de 2004, entró en vigencia la ley 19.947, que es la nueva ley de matrimonio civil (más conocida como “ley de divorcio”), derogatoria de la anterior, que databa del 10 de enero de 1884.

Esta norma establece, con efecto retroactivo, el divorcio vincular. Asimismo, impone a los contrayentes que previamente se han casado por Iglesia la obligación de ratificar la unión ante el Registro Civil y elimina la responsabilidad del funcionario civil en las causales de anulación.

La ley especifica que los tribunales de familia son los encargados de llevar las demandas de divorcio, atribución ésta que queda a cargo de los tribunales civiles hasta tanto aquéllos estén en pleno funcionamiento (octubre de 2005).

Ley 19.947, en http://www.bcn.cl/pags/home_page/ver_articulo_en_profundidad.php?id_destaca=39.

MARCAS Y PATENTES. REFORMA JUDICIAL (REINO UNIDO).

El 1° de enero de 2005, entraron en vigencia cambios sustanciales en la Ley de Patentes de 1977 británica, dirigidos a modernizarla y clarificarla, reforzando los derechos de los titulares de patentes, igualando el marco de actuación entre grandes y pequeños titulares y promoviendo la competitividad y la innovación en el Reino Unido, aproximando más el régimen de este país a las modificaciones de la Convención Europea de Patentes 2000.

Particularmente importante es la clasificación realizada en el área de invenciones laborales: aun cuando las invenciones conlleven un beneficio extraordinario, el empleado-

inventor ahora puede solicitar a su empleador “una compensación equitativa” por los beneficios obtenidos de la patente, la invención o el perfeccionamiento.

También crucial, en razón del excesivo costo que los litigios de patentes tienen en el Reino Unido, es que ahora los titulares de patentes pueden solicitar a la Oficina de Patentes británica una opinión no vinculante en los supuestos de violación y validez de patentes que se susciten.

La regulación también incluye nuevas provisiones en materia de solicitudes extranjeras, los costos en los procedimientos por violación y soluciones en los procedimientos relativos a la titularidad.

Patents Act 2004, en <http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2004/20040016.htm>.

MEDICINA LEGAL. REGISTROS DE ADN (CHILE).

El 6 de octubre de 2004, se publicó en el *Diario Oficial* la ley 19.970, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN para apoyar las investigaciones criminales, por lo que su constitución y mantenimiento obedecerán estrictamente a ese propósito. Contendrá registros alfanuméricos de huellas genéticas obtenidas durante procedimientos de investigación policial y su función sólo será identificatoria de individuos.

Integran el sistema cinco tipos de registro:

Registro de condenados: expondrá la identificación genética de condenados por delitos de: aborto, violación, estupro, homicidio, secuestro, robo con violencia, amenazas, lesiones, adulteración de medicamentos, incendio, diseminación de gérmenes patógenos, delitos terroristas y narcotráfico, entre otros. Estas huellas permanecerán en el registro aun cuando los antecedentes penales hayan sido eliminados por vías legales.

Registro de imputados: aquí se hallarán las huellas de quienes hayan sido imputados en alguno de los delitos mencionados precedentemente. Este registro es temporal: la huella específica será borrada una vez finalizado el proceso judicial o trasladada al Registro de condenados si la persona es declarada culpable.

Registro de evidencias y antecedentes: conservará la información de aquellas personas no identificadas que sea obtenida en el curso de una investigación criminal.

Registro de víctimas: contará con las huellas genéticas de víctimas de los delitos referidos, siempre y cuando exista consentimiento para ello de parte de la persona involucrada. Estas huellas serán eliminadas al finalizar el proceso judicial.

Registro de desaparecidos y sus familiares: contendrá un archivo correspondiente a restos humanos no identificados, material biológico que provenga de personas presuntamente extraviadas y de individuos que accedan voluntariamente a dar una muestra de ADN para facilitar la identificación de algún familiar extraviado.

El Servicio Médico Legal será el encargado de obtener las huellas genéticas a partir de las muestras biológicas que surjan en la investigación criminal y de cargar el registro. Su administración y custodia serán responsabilidad del Servicio de Registro Civil e Identificación. Ambas entidades estarán obligadas, además, a mantener reserva de la información que se pueda obtener de las muestras, que se consideran datos sensibles de sus titulares de acuerdo con la ley 19.628 sobre protección de la vida privada.

La información del registro sólo podrá ser consultada directamente por el Ministerio Público y los tribunales. La policía y los abogados defensores necesitan permiso del Ministerio y de la Corte.

La ley también detalla los procedimientos para la administración del registro, cómo debe obtenerse e ingresarse la información genética, qué requisitos se deben cumplir para

eliminar información y las sanciones para quienes divulguen datos o violen la confidencialidad del registro, sanciones que consisten en multas y prisión.

Ley 19.970, en http://www.bcn.cl/publicadores/pub_leyes_mas_soli/admin/ver_archivo_ultimas.php?id_ultima=135.

MERCOSUR. NORMATIVA. CONSEJO DEL MERCADO COMÚN. GRUPO MERCADO COMÚN. COMISIÓN DE COMERCIO (MERCOSUR).

1. Consejo del Mercado Común:

Reglamento Interno del Foro de Consulta y Concertación Política (DEC n° 23/03). Duración del mandato del Director de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR (DEC n° 24/03). Mecanismo para el ejercicio profesional temporario (DEC n° 25/03). Programa de trabajo 2004-2006 (DEC n° 26/03). Fondos estructurales (DEC n° 27/03). Negociaciones externas (DEC n° 28/03). Régimen de Origen MERCOSUR (DEC n° 29/03). Funcionamiento de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (DEC n° 30/03). Arancel Externo Común (DEC n° 31/03). Regímenes especiales de importación (DEC n° 32/03). Bienes de Informática y Telecomunicaciones (DEC n° 33/03). Bienes de Capital (DEC n° 34/03). Régimen de Origen MERCOSUR (DEC n° 01/04). Integración de procesos productivos en varios Estados Partes del MERCOSUR con utilización de materiales no originarios (DEC n° 02/04). Funcionamiento de la Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR y de su Presidencia (DEC n° 03/04). Entendimiento sobre Cooperación entre las Autoridades de Defensa de la Competencia de los Estados Partes del MERCOSUR para la Aplicación de sus Leyes Nacionales de Competencia (DEC n° 04/04). Aprobación del Programa de Estudios del SAT (DEC n° 05/04). Convenio de Cooperación entre el MERCOSUR y la Asociación MERCOSUR de Normalización (DEC n° 06/04). Disposiciones Transitorias del Reglamento Relativo a la Aplicación de Medidas de Salvaguardia a las Importaciones Provenientes de Países No Miembros del MERCOSUR (DEC n° 07/04). Resumen de Discusiones entre la Agencia de Cooperación Internacional del Japón (JICA) y las respectivas autoridades de los Gobiernos de los Estados Partes del MERCOSUR sobre Cooperación Técnica Japonesa para la Estapa 1 del Proyecto de Promoción Turística del MERCOSUR (DEC n° 08/04). Acuerdo sobre el Proyecto Fomento de la Gestión Ambiental y de Producción más Limpia en Pequeñas y Medianas Empresas (DEC n° 09/04). Convenio de Financiación MERCOSUR-Unión Europea para el Proyecto de Armonización de Normas Técnicas, Reglamentos Técnicos y Procedimientos de Evaluación de la Conformidad ALA/2003/005-916 (DEC n° 10/04). Convenio de Financiación MERCOSUR-Unión Europea para el Proyecto Dimensión Sociolaboral del MERCOSUR ALA/2003/005-767 (DEC n° 11/04). Suscripción de Convenios de Cooperación Técnica en el Ámbito del MERCOSUR (DEC n° 12/04). Intercambio de información a través de sistemas informáticos (DEC n° 13/04). Protocolo Adicional al Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR en Materia de Cooperación y Asistencia ante Emergencias Ambientales (DEC n° 14/04). Memorándum de Entendimiento para el Intercambio de Información sobre la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados entre los Estados Partes del MERCOSUR (DEC n° 15/04).

2. Grupo Mercado Común:

Sub-Estándar 3.7.29 - “Requisitos Fitosanitarios para *Zea mays* (maíz), según País de Destino y Origen para los Estados Partes del MERCOSUR” (RES n° 40/03). Conferencia Regional de Empleo (RES n° 41/03). Actualización en las Definiciones de Casos de Síndrome Respiratorio Agudo Grave (SARS) entre los Estados Partes del MERCOSUR (RES n° 42/03).

Protocolización en el ámbito de la ALADI de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR (RES n° 43/03). Reglamento Técnico MERCOSUR para la Rotulación Nutricional de Alimentos Envasados (RES n° 44/03). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre Seguridad de Bicicletas de Uso Infantil (RES n° 45/03). Reglamento Técnico MERCOSUR sobre la Rotulación Nutricional de Alimentos Envasados (RES n° 46/03). Reglamento Técnico MERCOSUR de Porciones de Alimentos Envasados a los fines del Rotulado Nutricional (RES n° 47/03). Presupuesto de la Secretaría del MERCOSUR para el Ejercicio 2004 (RES n° 48/03). Reunión Especializada de Autoridades Cinematográficas y Audiovisuales del MERCOSUR (RES n° 49/03). Manual Básico de Ejecución Presupuestal, Contabilidad Patrimonial y Financiera de la SAM (RES n° 50/03). Secretaría Administrativa del MERCOSUR (RES n° 51/03). Profundización de los Compromisos de Liberalización en Materia de Servicios “V Ronda de Negociaciones de Compromisos Específicos en Materia de Servicios” (RES n° 52/03). Acciones puntuales en el ámbito arancelario por razones de abastecimiento (RES n° 53/03). Tribunal Administrativo-Laboral del MERCOSUR (RES n° 54/03). Modificación de la Nomenclatura Común del MERCOSUR y su correspondiente Arancel Externo Común (RES nros. 01 y 05/04). Puntos de Ingreso/Egreso de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (derogación de la RES. GMC N° 24/98) (RES n° 02/04). Funcionamiento de la Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR y de su Presidencia (RES n° 03/04). Creación del Grupo Ad Hoc Sanitario y Fitosanitario (RES n° 04/04). Normas Generales relativas a los funcionarios de la Secretaría del MERCOSUR (RES n° 06/04). Régimen del personal temporario contratado por la Secretaría del MERCOSUR para obras o servicios determinados (RES n° 07/04). Derogación de la RES. GMC N° 8/96 “Normas Sanitarias para el Tránsito Vecinal Fronterizo Equino” (RES n° 08/04). Definiciones y Glosario para Productos Domisanitarios (complementación de la RES. GMC N° 23/01) (RES n° 09/04). Reglamento Técnico MERCOSUR para Productos de Limpieza y Afines (RES n° 10/04).

3. Comisión de Comercio:

Dictamen de Clasificación Arancelaria en el Marco de la DEC. CMC N° 03/03 (DIR n° 01/04). Modificación de Requisito de Origen (DIR n° 02/04).

SECRETARÍA ADMINISTRATIVA DEL MERCOSUR, “Normativa”, en *Boletín Oficial del Mercosur*, Montevideo, nros. 28 y 29, enero/marzo y abril/junio 2004, pp. 21/315 y 19/154, respectivamente.

SALUD. SATURNISMO (FRANCIA).

El art. 123 de la ley del 29 de julio de 1998 sobre las exclusiones sociales introdujo en el Capítulo V sobre “Salubridad de los inmuebles” del Código de Salud Pública la Sección 2 titulada “Medidas urgentes contra el saturnismo”.

En 1998, era pertinente que los poderes públicos se decidieran a tomar en consideración el fenómeno de la presencia de una mayor o menor dosis de plomo en las pinturas y otros revestimientos de numerosas casas. Desde hace varios decenios, se sabe que la ingestión de las escamas o del polvo que se escapa de este metal puede producir problemas que afectan a niños entre 1 y 6 años: dolores estomacales, palidez, cambios de humor o de comportamiento, atraso o parálisis del desarrollo psicomotor, neurológico, cerebral e intelectual, así como también del lenguaje. Existe un riesgo de problemas irreversibles o difícilmente reversibles cuando la tasa de concentración de plomo en sangre sea superior a 100 miligramos por litro, y podrían producirse problemas significativos con una cantidad menor.

En Francia, es común que se encuentren en niños cantidades superiores a 300, 500 e incluso 1200 miligramos.

Hasta el momento, las disposiciones de la ley citada no dieron sus frutos. Muchos municipios no abordaron el problema como correspondía, en tanto otros, después de haber detectado las zonas peligrosas, bajaron los brazos ante la amplitud de la tarea para la que no disponían de personal.

Por lo general, no es raro ver que los trabajos realizados tienen como única causa el de salvar las apariencias. Es objetivo de la ley “suprimir el peligro de intoxicación” eliminando o recubriendo los revestimientos degradados que contienen “plomo accesible” (paredes, puertas, etc.). Pero esta finalidad tiene pocas posibilidades de ser cumplida si no se trata el origen de las degradaciones. En tal caso, una vez que las tareas fueron realizadas y tratados los menores contaminados, el mal retoma su evolución. Cabe referir que la purgación de plomo en la sangre es, para los niños, un tratamiento muy duro. Es común ver también que las autoridades competentes, que son alertadas, no hagan nada para obligar a los propietarios (particulares u organismos sociales) a realizar los trabajos exigidos por la ley o cuando se da alojamiento a las familias, durante la duración de éstos, en lugares también contaminados con plomo.

Esta actitud frente al problema del saturnismo sería difícilmente inteligible si no se tomara en cuenta que la población expuesta a este peligro es en gran proporción extranjera, en especial africana, y que en parte está en situación irregular. Esto explica la ambigüedad de la administración (de todas las administraciones) para tratar el problema.

Numerosas organizaciones que se interesaron en su lucha iniciaron acciones tendientes a obligar a los poderes públicos a tomar medidas, a dejar de lado las discriminaciones o a que se reconozca la responsabilidad del Estado. Estas acciones, por lo general, colisionan con los prejuicios y la incultura de los miembros de las jurisdicciones llamados a pronunciarse.

BELORGEY, Jean-Michel, “La lutte contre le saturnisme sous les plombs: le législateur dupe ou complice?”, en *Revue de droit sanitaire et social*, París, Dalloz, 2005, n° 1, enero-febrero, pp. 73/78.

TERRORISMO. TRATADOS INTERNACIONALES. APROBACIÓN. CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA EL TERRORISMO. CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESION DE LA FINANCIACION DEL TERRORISMO (ARGENTINA).

El Congreso de la Nación Argentina sancionó, el 30 de marzo del corriente año, las leyes 26.023 y 26.024 aprobatorias de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada en Bridgetown, Barbados, el 3 de junio de 2002, y del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999.

Leyes 26.023 y 26.024, en *Boletín Oficial de la República Argentina*, Buenos Aires, 2005, Nos. 30.634 y 30.635, del 18 y 19 de abril, respectivamente, p. 1.

TRABAJADORES. FORMACION PROFESIONAL. CONVENCIONES COLECTIVAS. DERECHO SINDICAL (FRANCIA).

El 4 de mayo de 2004 fue promulgada la ley n° 2004-391 relativa a la formación profesional a lo largo de toda la vida y al diálogo social.

La ley, considerada conforme a la Constitución después de haber sido objeto de un recurso ante el Consejo Constitucional, se encuentra dividida en dos segmentos.

El primero de ellos trata sobre la formación profesional a lo largo de toda la vida. Su art. 2 establece que “constituye una obligación nacional”, que se materializa mediante la creación de nuevos dispositivos: el derecho individual a la formación, el contrato de profesionalización y su período.

El *derecho individual a la formación* permite a todo trabajador con contrato de duración indeterminada, con una antigüedad mayor a un año, beneficiarse anualmente de veinte horas de formación. Éste debe, juntamente con el empleador, decidir qué formación recibirá y su derecho puede ser acumulado durante seis años. Durante el período de formación, el trabajador continuará recibiendo el mismo salario, y si ésta se realiza fuera del horario de trabajo, percibirá una prestación del 50% de su salario neto. Se mantiene, asimismo, la licencia individual para la formación, en virtud de la cual todo trabajador que tenga más de dos años de antigüedad puede solicitar licencia para seguir una formación a elección. Sin embargo, en este último caso, se suspende el contrato de trabajo durante un plazo que no puede exceder las 1200 horas.

Los *contratos de profesionalización* están destinados a personas de 16 a 25 años que deseen completar su formación inicial y a mayores de 26 años que busquen empleo. Se trata de contratos con plazo determinado o indeterminado que admiten no abonar las cargas patronales. El empleador deberá garantizar al beneficiario una capacitación que le permita adquirir la formación profesional que procura y asegurarle el puesto de trabajo durante ese período.

Por último, los *períodos de profesionalización* admiten que los empleados con contrato de trabajo de duración indeterminada que no poseen la formación requerida para el puesto que ocupan obtengan aquélla que les permita el mantenimiento en el empleo. También se aplica en los casos de empleados que decidan abrir su propia empresa y a las mujeres que retoman la actividad profesional después de una licencia por maternidad. Estas formaciones, que pueden ser solicitadas por cualquiera de las partes de la relación laboral, se efectúan, en principio, durante el período laboral y generan la conservación del salario.

La segunda parte de la ley, la más polémica, modifica profundamente la negociación colectiva. A partir de ahora, para ser válido, el convenio colectivo de trabajo debe contar con la aprobación de las organizaciones sindicales mayoritarias o no tener la oposición de la mayoría de las representativas. Este principio es válido para los convenios interprofesionales, de rama o de empresa.

El art. 42 establece la disposición más fuertemente criticada: autoriza que los acuerdos de nivel inferior contengan cláusulas menos favorables a los asalariados que los logrados en una franja superior, siempre y cuando éstos no lo prohíban expresamente. Esta cláusula no se aplica en lo relativo a salarios mínimos.

Nota de la Secretaría: el texto integral de la ley puede ser consultado en el *op. y loc. cit. infra*, pp. 1355/1366.

“Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social”, en *Recueil Le Dalloz*, París, Dalloz, 2004, n° 19, pp. 1318/1320.

**LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS ANTE EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS.
EXAMEN DE LAS COMUNICACIONES PRESENTADAS EN VIRTUD DEL PROTOCOLO
FACULTATIVO DURANTE LOS PERÍODOS DE SESIONES 76° A 81°**

por Víctor Hugo Accardi

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, que sigue la línea trazada oportunamente en estas mismas páginas⁷, comprende la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos (Comité), resultado del régimen de comunicaciones individuales previsto en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Protocolo), y cubre los dictámenes producidos entre el 14 de octubre de 2002 y el 30 de julio de 2004 (sesiones 76° a 81°), publicados en los últimos dos *Informes del Comité de Derechos Humanos* a la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/58/40 y A/59/40, vols. II).

Del período apuntado sólo se considerarán aquellos casos que fueron examinados después de sortear los requisitos de admisibilidad previstos en los arts. 2, 3 y 5 del Protocolo.

Antes de ingresar de lleno en la doctrina sentada en los casos analizados por el Comité, conviene referir que todo individuo que considere que un Estado Parte ha violado cualquiera de sus derechos enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto) y haya agotado todos los recursos internos disponibles puede presentar ante el Comité una comunicación escrita a efectos de que éste la examine en virtud del Protocolo. Estas comunicaciones no podrán ser revisadas a menos que se refieran a un Estado Parte en el Pacto que haya reconocido la competencia del Comité haciéndose Parte en el Protocolo.

Para una mayor comprensión de la actividad del Comité, y previo a la exposición jurisprudencial de cada caso en particular, se resaltarán, en lo pertinente, lo manifestado en sus observaciones generales. Se advierte que los Estados Partes del Pacto representan distintas regiones del mundo con diferentes regímenes políticos, sociales y jurídicos y, por ello, la finalidad de las observaciones es transmitir la experiencia recogida por el Comité en beneficio de todos los Estados Partes, incluso de otros Estados, especialmente los que se disponen a pasar a ser Partes en el Pacto y, con ello, intensificar la cooperación de todas las naciones para el logro de la promoción y protección universales de los derechos humanos.

De los 153 Estados que ratificaron el Pacto o se han adherido a él o han pasado a ser Partes por sucesión, 104 han aceptado la competencia del Comité para entender en las denuncias presentadas por particulares.

II. ACTIVIDAD DEL COMITÉ

1. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. APLICACIÓN. OBLIGACIONES DEL ESTADO. DERECHO A LA IGUALDAD. ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS. CRITERIO DE SELECCIÓN DE CANDIDATOS. DISCRIMINACIÓN SEXUAL (ARTS. 2, 3, 25 Y 26).

1.1. Observaciones generales adoptadas por el Comité

1.1.1. En general y dentro del marco que en él se fija, el art. 2 del Pacto deja al arbitrio de los Estados Partes interesados la elección del método de aplicación del propio Pacto en sus territorios. En particular, reconoce que esa aplicación no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí

⁷ GIALDINO, ROLANDO E., “Los Derechos Civiles y Políticos ante el Comité de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1995-2002”, en *investigaciones* 1 (2002), pp. 171/239.

insuficientes. El Comité considera necesario señalar que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que éstos realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos.

Es muy importante que los individuos sepan cuáles son sus derechos en virtud del Pacto (y del Protocolo Facultativo, en su caso) y que todas las autoridades administrativas y judiciales conozcan las obligaciones que ha asumido el Estado. Con este objeto, debe publicarse el Pacto en todos los idiomas oficiales y deben adoptarse medidas para familiarizar a las autoridades competentes con su contenido como parte de su formación. También conviene dar a publicidad la cooperación del Estado Parte con el Comité⁸.

1.1.2. El art. 3 del Pacto establece que los Estados Partes garantizarán a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en él; con todo, esta disposición no se ha examinado en grado suficiente en un número considerable de informes, y ello ha originado motivos de preocupación, de los cuales cabe poner dos de relieve.

En primer lugar, el art. 3, así como también los arts. 2.1 y 26 -en la medida en que éstos tratan principalmente de la prevención de la discriminación por varias razones, una de las cuales es el género- requieren no solamente medidas de protección, sino también una acción positiva destinada a garantizar el disfrute real de los derechos, lo que no puede hacerse simplemente mediante la promulgación de leyes. Por eso, en general, se ha solicitado más información sobre el papel que desempeña la mujer en la práctica, a fin de determinar qué medidas, además de las puramente legislativas de protección, se han adoptado para cumplir las obligaciones precisas y positivas que establece la norma, y qué progresos se han logrado o con qué factores o dificultades se ha tropezado al respecto.

En segundo lugar, la obligación positiva asumida por los Estados Partes en virtud de ese artículo puede producir efectos inevitables sobre la legislación o las medidas administrativas destinadas concretamente a regular materias distintas de las que abarca el Pacto, pero que pueden afectar desfavorablemente los derechos reconocidos en éste. Ejemplo de ello es, entre otros, el grado en que las leyes sobre inmigración, que hacen una distinción entre un ciudadano y una ciudadana, pueden afectar adversamente el derecho de la mujer a contraer matrimonio con no ciudadanos o a desempeñar cargos públicos.

El Comité considera que se ayudaría a los Estados Partes a cumplir esa obligación si se pudiera recurrir en mayor medida a los actuales medios de cooperación internacional para intercambiar experiencias y organizar la asistencia a fin de resolver los problemas prácticos relacionados con la garantía de la igualdad de derechos para el hombre y la mujer⁹.

1.1.3. El art. 25 del Pacto reconoce y ampara el derecho de todo ciudadano a participar en la dirección de los asuntos públicos, el derecho a votar y a ser elegido, y el derecho a tener acceso a la función pública. Cualquiera que sea la forma de constitución o gobierno que adopte un Estado, el Pacto le impone la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que los ciudadanos tengan efectivamente la posibilidad de gozar de los derechos que ampara.

⁸ Observación General N° 3, en *investigaciones* 1/2 (2001), pp. 193/194.

⁹ Observación General N° 4, en *investigaciones* 1/2 (2001), pp. 194/195. Cabe consignar que la referida Observación General fue actualizada por el Comité a la luz de la experiencia adquirida por su actividad. Tal revisión tuvo como objetivo considerar los importantes efectos del art. 3 en cuanto al goce por la mujer de los derechos humanos amparados por el Pacto -ver Observación General N° 28, en *investigaciones* 3 (2003), pp. 627/635-.

A diferencia de otros derechos y libertades reconocidos (garantizados a todas las personas dentro del territorio y sujetos a la jurisdicción del Estado), la norma protege los derechos de “cada uno de los ciudadanos”.

El apartado c) se refiere al derecho y a la posibilidad de los ciudadanos de acceder, en condiciones generales de igualdad, a cargos públicos. Para garantizar este acceso, los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos. Podrán adoptarse medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin de que todos los ciudadanos tengan igual acceso. Si la vía para ingresar a la administración pública se basa en los méritos y en la igualdad de oportunidades, y si se asegura la estabilidad en el cargo, se garantizará su libertad de toda injerencia o presión política. Reviste especial importancia garantizar que las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de los derechos que les corresponden, conforme al mencionado apartado, por cualquiera de los motivos especificados en el primer párrafo del art. 2.

En sus informes, los Estados deberán describir las condiciones para acceder a la administración pública y los procesos de nombramiento, ascenso, suspensión y destitución o separación del cargo, así como también los mecanismos judiciales u otros mecanismos de revisión aplicables a esos procesos. En los informes también deberá indicarse cómo se cumple el requisito de acceso en igualdad de condiciones, si se han adoptado medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades y, en tal caso, en qué proporción¹⁰.

1.2. Decisiones

*Caso Guido Jacobs c. Bélgica*¹¹

Con relación a las denuncias de violación de los arts. 2, 3, 25.c y 26 del Pacto que se derivan del párrafo 3 del art. 295bis-1 de la ley belga del 22 de diciembre de 1998, el Comité tomó nota tanto de los argumentos del autor, por los que impugna el criterio relativo al género para acceder a un cargo de no magistrado en el Consejo Superior de Justicia, aduciendo que es discriminatorio, como del Estado Parte, en cuanto justifica ese criterio a la vista de su legislación, del objetivo perseguido y de sus repercusiones en el nombramiento de los candidatos y la constitución del referido Consejo.

Corresponde recordar que el art. 25.c dispone que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el art. 2 y sin restricciones indebidas, del derecho a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. Los criterios y los procedimientos de nombramiento deben ser objetivos y razonables a fin de garantizar ese acceso. Los Estados Partes pueden adoptar medidas para que la ley garantice a la mujer, en pie de igualdad con el hombre, los derechos contenidos en el art. 25, y el Comité deberá determinar si la adopción del criterio del sexo constituye una violación de esa norma, debido a su carácter discriminatorio, o de otras disposiciones del Pacto en la materia, a saber, los arts. 2 y 3 invocados por el autor, o si ese criterio obedece a motivos objetivos y razonables.

En primer lugar, se observa que el criterio del género fue adoptado por el legislador para promover la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los órganos que poseen competencia consultiva. En el caso, se trata de aumentar la representación y la participación de la mujer en diversos órganos asesores, habida cuenta de la escasa presencia femenina. Sería

¹⁰ Observación General N° 25, en *investigaciones* 1/2 (2003), pp. 280/281, 285.

¹¹ Comunicación N° 943/2000, del 7-7-2004, A/59/40, p. 135.

legítimo considerar que un órgano como el Consejo Superior de Justicia podría necesitar incorporar otras perspectivas además de los conocimientos y la experiencia en materia jurídica. De hecho, en vista de las responsabilidades que tiene el Poder Judicial, podría muy bien entenderse que la sensibilización sobre las cuestiones de género respecto de la aplicación de la ley haría necesario incluir esa perspectiva en un órgano que se ocupa de la designación del personal judicial. Por consiguiente, el Comité no puede llegar a la conclusión de que el requisito no es objetivo y razonablemente justificado.

En segundo término, se distingue que ese criterio se traduce en la obligación de contar con al menos cuatro candidatos de cada sexo entre los once miembros no magistrados nombrados, es decir, un poco más de un tercio de los candidatos seleccionados. Por tanto, no entraña una limitación desproporcionada del derecho a los candidatos a tener acceso a un cargo público en condiciones generales de igualdad. Por otra parte, contrariamente al reclamo planteado, tampoco excluye el de la competencia, dado que se especifica que todos los candidatos no magistrados deben tener por lo menos diez años de experiencia.

En cuanto al argumento sobre la discriminación que puede resultar entre las categorías propias al grupo de no magistrados al aplicar tal criterio a causa, por ejemplo, del nombramiento exclusivo de hombres en una categoría, el Comité considera que en ese caso existirían tres posibilidades: a) las candidatas gozan de una competencia superior que los candidatos, lo que justificaría su nombramiento; b) tienen una competencia comparable a la de los hombres y, en ese caso, la prioridad concedida a las mujeres no es discriminatoria a la vista del objetivo de la ley de promover la igualdad no existente en la práctica; o c) poseen competencia inferior, caso en el cual los legisladores tendrían la obligación de organizar una nueva convocatoria de candidatos a fin de conciliar los dos objetivos de la ley, a saber, competencia y especificidad de sexo, ya que el uno no puede excluir al otro.

Por último, el Comité observa una razonable relación de proporcionalidad entre la finalidad del criterio (promoción de la igualdad en el seno de los órganos consultivos), el medio utilizado y las modalidades descritas, por una parte, y, por la otra, uno de los objetivos fundamentales de la ley, que es que el Consejo Superior esté integrado por personas competentes. En consecuencia, el párrafo 3 del art. 295bis-1 no viola los derechos del autor que se derivan de las disposiciones referidas.

2. DERECHO A LA VIDA. PENA DE MUERTE. IMPOSICIÓN PRECEPTIVA. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A UN RECURSO. EXPULSIÓN A UN ESTADO DONDE RIGE LA PENA CAPITAL (ART. 6).

2.1. Observación general sobre la pena capital¹²

Todos los informes de los Estados Partes se han ocupado del derecho a la vida, enunciado en el art. 6 del Pacto. Se trata del derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación (art. 4)¹³. Sin embargo, con frecuencia, la información aportada con relación al artículo se ha limitado solamente a uno u otro aspecto de ese derecho. Se trata de un derecho que no debe interpretarse en un sentido restrictivo.

La protección contra la privación arbitraria de la vida, que se requiere de forma explícita en la tercera frase del párrafo 1 del art. 6, es de suma importancia. Se considera que los Estados Partes no sólo deben tomar medidas para evitar y castigar los actos criminales que entrañen la privación de la vida, sino también evitar que sus propias fuerzas de seguridad maten de forma arbitraria. La privación de la vida por las autoridades del Estado es una

¹² Observación General N° 6, en *investigaciones* 3 (2001), pp. 563/565.

¹³ Observación General N° 5, en *investigaciones* 1/2 (2001), p. 195.

cuestión de suma gravedad. Por consiguiente, la ley debe controlar y limitar estrictamente las circunstancias en que dichas autoridades pueden privar de la vida a una persona.

Además, el derecho a la vida ha sido interpretado con asiduidad en forma excesivamente restrictiva. La expresión “el derecho a la vida es inherente a la persona humana” no puede entenderse de manera restrictiva, y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas.

Si bien de los párrafos 2 a 6 de la referida norma se desprende que los Estados Partes no están obligados a suprimir totalmente la pena de muerte, éstos deberían limitar su uso y, en particular, abolirla como castigo de los delitos que no sean de “los más graves”. Por consiguiente, a la luz de esta disposición, modificar sus normas de derecho penal y, en todo caso, estar obligados a restringir su aplicación a “los más graves delitos” serían los pasos a seguir. El artículo se refiere también, en forma general, a la abolición en términos que denotan claramente que ésta es de desear. Se llega así a la conclusión de que todas las medidas encaminadas a este fin deben considerarse como un avance en cuanto al goce del derecho a la vida en el sentido del art. 40 y, por lo tanto, deben comunicarse al Comité. Se observa, asimismo, que un cierto número de Estados ya ha abolido la pena de muerte o ha suspendido su aplicación. Sin embargo, los informes muestran que el progreso realizado es totalmente insuficiente.

La expresión “los más graves delitos” debe interpretarse de forma restrictiva, en el sentido de que la pena de muerte constituya una medida sumamente excepcional. De los términos expresos del art. 6 se desprende también que la pena capital sólo puede imponerse de conformidad con el derecho vigente en el momento en que se haya cometido el delito y que no sea contrario al Pacto. Por último, corresponde observar las garantías de procedimiento que se prescriben en él, incluidos los derechos de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal independiente, a que se presuma su inocencia, y a gozar de las garantías mínimas en cuanto a su defensa y al derecho de apelación ante un tribunal superior. Estos son aplicables sin perjuicio del derecho particular de solicitar un indulto o la conmutación de la pena.

2.2. Decisiones

2.2.1. Caso *Carpo y otros c. Filipinas*¹⁴

El delito de asesinato tipificado en la legislación del Estado Parte se define de manera muy amplia y sólo exige que se haya matado a una persona. La Corte Suprema filipina consideró aplicable el art. 48 del Código Penal Revisado, según el cual si un solo acto constituye a la vez dos delitos, debe aplicarse la pena máxima que corresponda al delito más grave (en el caso, al ser los delitos cometidos mediante un solo acto tres asesinatos y uno frustrado, se impuso automáticamente, en aplicación del art. 48, la máxima pena posible por asesinato, es decir, la pena de muerte).

Es reiterada jurisprudencia del Comité que la imposición preceptiva de la pena de muerte constituye una privación arbitraria de la vida, en violación del art. 6.1 del Pacto, en los casos en que se dicta sin que se puedan tener en cuenta las condiciones personales del acusado ni las circunstancias del delito. De ahí que la orden automática de la pena de muerte, en virtud de lo dispuesto en el art. 48 referido, viola el derecho reconocido en el art. 6.1.

A igual doctrina se remitió el Comité en el caso *Ramil Rayos c. Filipinas*¹⁵.

2.2.2. Caso *Arutyunyan c. Uzbekistán*¹⁶

¹⁴ Comunicación N° 1077/2002, del 28-3-2003, A/58/40, p. 372.

¹⁵ Comunicación N° 1167/2003, del 27-7-2004, A/59/40, p. 383.

La imposición de la pena de muerte al concluir un juicio en que no se han respetado las disposiciones del Pacto constituye una violación de su art. 6 si no es posible seguir recurriendo contra la pena capital.

Se formularon observaciones análogas en los casos *Mulai*¹⁷ y *Smartt*¹⁸ (ambos contra la República de Guyana); *Saidov*¹⁹, *Kurbanova*²⁰ y *Jomidov*²¹ (contra Tayikistán); y *Ramil Rayos*²².

2.2.3. Caso *Judge c. Canadá*²³

Al examinar las obligaciones de Canadá, como Estado Parte que ha abolido la pena de muerte, en la expulsión de personas a otro país donde están condenadas a esa pena, el Comité se remite al caso *Kindler c. Canadá* (Comunicación N° 470/1991, 30-7-1993, A/48/40, p. 371). Allí consideró que, ya que el Estado no había impuesto la pena capital, sino que había extraditado al autor a los Estados Unidos, país que no la había abolido y podía imponerla, la extradición en sí no constituiría una violación, a menos que hubiera un riesgo real de que se violasen en el país receptor los derechos del autor en virtud del Pacto.

El Comité es consciente de que la jurisprudencia mencionada fue establecida hace unos diez años y que desde entonces ha habido un consenso internacional cada vez mayor a favor de la abolición de la pena de muerte y, en los Estados que la han mantenido, un creciente acuerdo para no ejecutarla. Es de destacar que desde el caso *Kindler*, el propio Estado Parte ha reconocido la necesidad de modificar su propia legislación nacional para garantizar la protección de los extraditados de Canadá condenados a muerte en el Estado receptor.

El inciso 1 del art. 6, que establece que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, es un principio general: su objetivo es proteger la vida. Por ello, los Estados Partes que han abolido la pena capital tienen una obligación, en virtud de este inciso, de protegerla en cualquier circunstancia. Los incisos 2 a 6 del referido artículo se han incluido claramente para impedir una lectura del primero que pudiera entenderse como una abolición de la pena de muerte en sí. Refuerzan esta interpretación las primeras palabras del inciso 2 (“En los países que no hayan abolido la pena capital...”) y del inciso 6 (“Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital”). En efecto, los incisos 2 a 6 tienen la doble función de prever una excepción al derecho a la vida respecto de la pena de muerte y limitar el alcance de esa excepción. Entre las limitaciones se encuentra la que figura en el inciso 2, a saber, que sólo los Estados Partes que no la hayan abolido pueden valerse de las excepciones previstas en los incisos 2 a 6. Aquéllos que sí lo hicieron tienen la obligación de no exponer a un individuo al riesgo real de su aplicación y, por lo tanto, el deber de no expulsar, por deportación o extradición, a personas de su jurisdicción si se puede prever razonablemente que serán condenados a muerte, sin exigir garantías de que la pena no se ejecutará.

El Comité admite que al interpretar así los incisos 1 y 2 del art. 6 se da diferente trato a los Estados abolicionistas y a los retencionistas, pero considera que eso es una consecuencia inevitable del propio texto de la disposición, que, como se desprende claramente de los *Travaux préparatoires*, trataba de dar cabida a opiniones muy divergentes sobre la pena de

¹⁶ Comunicación N° 917/2000, del 29-3-2004, A/59/40, p. 95.

¹⁷ Comunicación N° 811/1998, del 20-7-2004, A/59/40, p. 29.

¹⁸ Comunicación N° 867/1999, del 6-7-2004, A/59/40, p. 41.

¹⁹ Comunicación N° 964/2001, del 8-7-2004, A/59/40, p. 160.

²⁰ Comunicación N° 1096/2002, del 6-11-2003, A/59/40, p. 348.

²¹ Comunicación N° 1117/2002, del 29-7-2004, A/59/40, p. 357.

²² Ver nota 9.

²³ Comunicación N° 829/1998, del 5-8-2003, A/58/40, p. 69.

muerte. Parecería lógico, por tanto, interpretar el principio del inciso 1 en un sentido amplio y de manera restrictiva lo dispuesto en el inciso 2.

Por tales motivos, se considera que Canadá, como Estado Parte abolicionista, independientemente de que aún no haya ratificado el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto, violó el derecho a la vida del autor, amparado por el inciso 1 del art. 6, al deportarlo a los Estados Unidos, donde está condenado a muerte, sin exigir garantías de que la condena no se ejecutaría. El Comité reconoce que no fue Canadá quien impuso la pena al autor, pero al deportarlo a un país donde estaba condenado a muerte, aportó el eslabón decisivo a la cadena causal que haría posible su ejecución.

3. TORTURAS Y MALOS TRATOS. CASTIGO CORPORAL. PRUEBA. CARGA. DETENIDOS. ACCESO A LA ATENCIÓN MÉDICA. PADECIMIENTOS MENTALES. REFUGIADOS. DEPORTACIÓN (ARTS. 7 Y 10).

3.1. Observaciones generales adoptadas

3.1.1. Las denuncias de malos tratos deben ser investigadas eficazmente por las autoridades competentes. A quienes se declare culpables debe imputárseles la responsabilidad correspondiente, y las presuntas víctimas deben tener a su disposición recursos efectivos, incluido el derecho a obtener reparación. Entre las salvaguardias que pueden otorgar validez a los métodos de control, cabe citar disposiciones contra la detención bajo incomunicación; el otorgar a ciertas personas, como por ejemplo médicos, abogados y familiares, la posibilidad de comunicarse con los detenidos, sin perjuicio de la investigación que se realice; disposiciones que exijan que se mantenga a los privados de libertad en lugares públicamente reconocidos, y que se consignen sus nombres y lugares de detención en un registro central a disposición de las personas interesadas, como los familiares; disposiciones que hagan inadmisibles ante los tribunales las confesiones u otras pruebas obtenidas mediante tortura u otros tratos contrarios al art. 7; y medidas de formación e instrucción destinadas a los funcionarios encargados de la aplicación de la ley, con miras a que no inflijan dichos tratos.

Según se desprende de los términos de este artículo, el alcance de la protección exigida es mucho más amplio que la simple protección contra la tortura, tal como se la entiende normalmente. Quizás no sea necesario establecer distinciones muy precisas entre las diversas formas prohibidas de tratos o penas. Estas distinciones dependen de la naturaleza, la finalidad y la severidad del trato particular que se dé. A juicio del Comité, la prohibición debe abarcar el castigo corporal, inclusive los castigos físicos excesivos impuestos como medida pedagógica o disciplinaria. Incluso una medida como el encarcelamiento solitario, según las circunstancias, y especialmente cuando se mantiene a la persona en situación de incomunicación, puede estar reñida con este artículo. Además, la norma claramente protege no sólo a las personas presas o detenidas, sino también a los alumnos de los establecimientos de enseñanza y a los pacientes de las instituciones médicas. Por último, es también obligación de las autoridades públicas garantizar la protección de la ley contra esa clase de tratos, aun cuando sean infligidos por personas que actúan fuera de los límites de su función pública o que no ejercen función pública alguna. Respecto de todas las personas privadas de libertad, la prohibición de tratos contrarios al art. 7 se complementa con la exigencia positiva contenida en el párrafo 1 del art. 10 del Pacto de que se los trate humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano²⁴.

3.1.2. El párrafo 1 del art. 10 del Pacto establece que toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Sin

²⁴ Observación General N° 7, en *investigaciones* 3 (2001), pp. 565/566.

embargo, no todos los informes presentados por los Estados Partes contienen información acerca del modo en que se cumplen las disposiciones de este párrafo.

El trato humano y el respeto de la dignidad de todas las personas privadas de libertad constituyen una norma básica de aplicación universal, que no puede depender enteramente de los recursos materiales. El Comité tiene conciencia de que, a otros respectos, las modalidades y las condiciones de detención pueden variar según los recursos disponibles, pero afirma que deben aplicarse siempre sin discriminación.

La responsabilidad última en cuanto a la observancia de este principio corresponde al Estado en lo atinente a todas las instituciones donde se retenga legalmente a las personas contra su voluntad, es decir, no sólo prisiones, sino también, por ejemplo, hospitales, campos de detención o correccionales²⁵.

3.2. Decisiones

3.2.1. Caso *Ahani c. Canadá*²⁶

El Comité hace hincapié en que, tal como ocurre con el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas exige que el Estado Parte no sólo se abstenga de practicarlas, sino que además obre con la debida diligencia para evitar que determinadas personas sean objeto de amenazas de tortura por parte de terceros.

La prohibición de tortura, que figura expresamente en el art. 7 del Pacto, es absoluta y no puede ser objeto de consideraciones atenuantes.

3.2.2. Caso *Pryce c. Jamaica*²⁷

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.

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

3.2.3. Caso *Smirnova c. Rusia*²⁸

En los casos relativos a presuntas torturas y malos tratos, la carga de la prueba no puede recaer sólo en el causante de la comunicación, en particular si se tiene en cuenta que el autor y el Estado Parte no siempre tienen el mismo acceso a las pruebas y que a menudo sólo este último accede a información importante. Debe darse la debida importancia a las denuncias del autor si éstas son suficientemente pormenorizadas y las explicaciones del Estado Parte no son satisfactorias.

A igual conclusión llegó el Comité en los casos *Wilson c. Filipinas*²⁹, *Telitsina c. Rusia*³⁰, *Saidov*³¹ y *Jomidov*³².

²⁵ Observación General N° 9, en *investigaciones* 3 (2001), pp. 567/568.

²⁶ Comunicación N° 1051/2002, del 29-3-2004, A/59/40, p. 254.

²⁷ Comunicación N° 793/1998, del 15-3-2004, A/59/40, p. 10.

²⁸ Comunicación N° 712/1996, del 5-7-2004, A/59/40, p. 1.

²⁹ Comunicación N° 868/1999, del 30-10-2003, A/59/40, p. 47.

³⁰ Comunicación N° 888/1999, del 29-3-2004, A/59/40, p. 59.

³¹ Ver nota 13.

³² Ver nota 15.

3.2.4. Caso *Mulezi c. República Democrática del Congo*³³

En lo que respecta a la denuncia de violación de los arts. 7 y 10.1 del Pacto, el autor ha facilitado una descripción detallada del trato de que fue objeto durante su detención -actos de tortura o malos tratos y, posteriormente, la privación deliberada de acceso a la atención médica necesaria a pesar de que había perdido la movilidad- y ha proporcionado, además, un certificado médico en el que constan las secuelas de esos tratos. En vista de tales circunstancias y dado que el Estado Parte no presentó alegaciones que demuestren lo contrario, se concluye que el autor ha sido víctima de múltiples violaciones del art. 7. Asimismo, las condiciones de detención expuestas en detalle constituyen también una violación al art. 10.1.

3.2.5. Caso *Wilson c. Filipinas*³⁴

Con relación a la denuncia del autor sobre los padecimientos mentales y la angustia provocados por su condena a muerte, la situación de aquél se vio exacerbada por el trato durante el curso y en las condiciones de su detención, con el correspondiente daño psicológico a largo plazo, suficientemente documentado. En razón de que estos factores agravantes establecían otras tantas circunstancias graves que se agregaban al mero hecho del tiempo pasado detenido, el Comité llegó a la conclusión de que su sufrimiento en calidad de condenado a muerte constituía una violación añadida del art. 7. Ninguna de estas violaciones fue reparada por la decisión del Tribunal Supremo filipino de anular la condena, después de que el autor pasó casi quince meses recluso aguardando la pena capital.

3.2.6. Caso *Bondarenko c. Belarús*³⁵

El secreto absoluto que rodea la fecha de la ejecución y el lugar del entierro, y la negativa a entregar el cadáver para que sea posible sepultarlo tienen por efecto intimidar o castigar a las familias, dejándolas deliberadamente en un estado de incertidumbre y aflicción mental. El Comité considera que el hecho de que las autoridades no informaran inicialmente a la autora la fecha prevista para la ejecución de su hijo y que persistieran en no informarla sobre el lugar en que había sido sepultado equivale a un trato inhumano que viola el art. 7 del Pacto.

En análogo sentido se decidió en el caso *Lyashkevich c. Belarús*³⁶.

3.2.7. Caso *C. c. Australia*³⁷

Antecedentes del caso: el autor, ciudadano iraní, estuvo detenido varios años, en aplicación de las disposiciones sobre la detención obligatoria de inmigrantes, antes de que se le concediera un permiso de refugiado. En ese período, su estado general empeoró hasta el punto de sufrir una grave enfermedad mental. Tras su puesta en libertad, bajo la influencia directa de su padecimiento, el autor cometió varios delitos, por lo que fue condenado a una pena carcelaria. Posteriormente, considerando que representaba un peligro para la sociedad australiana, se ordenó su deportación a Irán.

Decisión:

³³ Comunicación N° 962/2001, del 6-7-2004, A/59/40, p. 155.

³⁴ Ver nota 23.

³⁵ Comunicación N° 886/1999, del 3-4-2003, A/58/40, p. 157.

³⁶ Comunicación N° 887/1999, del 3-4-2003, A/58/40, p. 165.

³⁷ Comunicación N° 900/1999, del 28-10-2002, A/58/40, p. 185.

La detención continua del autor cuando el Estado Parte tenía conocimiento de su condición mental y el no tomar las medidas necesarias para impedir su deterioro constituyen una violación de los derechos que le asisten en virtud del art. 7 del Pacto.

Asimismo, corresponde atribuir importancia al hecho de que se concedió inicialmente al autor el estatuto de refugiado sobre la base de su fundado temor de persecución y por las consecuencias probables de una recaída en su enfermedad. Ante ello, el Estado Parte, a juicio del Comité, no demostró que las circunstancias que se vivían en el país al que se lo deportaría fueran tales que ya no se justificaba la concesión de la condición de refugiado.

Por otra parte, el Tribunal Administrativo de Apelación, cuya decisión fue confirmada, admitió que era poco probable que se pudiesen obtener en Irán el único medicamento eficaz (*Clorazil*) y el tratamiento necesario, y estimó que no se podía “echar la culpa al autor” por su enfermedad mental, “que se manifestó por primera vez durante su estadía en Australia”. Por lo tanto, en circunstancias en que el Estado Parte ha reconocido su obligación de protegerlo, la deportación a un país donde no es probable que reciba el tratamiento necesario para su enfermedad equivale a una violación del art. 7.

4. DERECHO DE DEFENSA. DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD PERSONALES (ART. 9).

4.1. Observación general³⁸

El art. 9, que trata del derecho a la libertad y a la seguridad personales, ha sido interpretado con frecuencia de forma bastante estricta en los informes de los Estados Partes, que por lo tanto han aportado una información incompleta. El Comité señala que el párrafo 1 es aplicable a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de la inmigración, etc. Es cierto que algunas de las disposiciones del art. 9 (parte del párrafo 2 y todo el párrafo 3) son aplicables solamente a las personas contra las cuales se hayan formulado acusaciones penales. El resto, en cambio, y en particular la garantía fundamental estipulada en el párrafo 4, es decir, el derecho a recurrir ante un tribunal a fin de que éste decida sobre la legalidad del arresto, se aplica a todas las personas privadas de libertad por detención o prisión.

El párrafo 3 del art. 9 estipula que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada “sin demora” ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. La legislación de la mayoría de los Estados Partes establece plazos más precisos y, en opinión del Comité, las demoras no deben exceder de unos pocos días. Muchos han proporcionado información insuficiente sobre las prácticas que efectivamente siguen al respecto.

Otra cuestión es la duración total de la prisión preventiva. Respecto de algunas categorías de infracciones penales en ciertos países, este tema ha provocado alguna inquietud en el Comité, y los miembros se han preguntado si las decisiones se ajustaron al derecho de la persona “a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”, que establece el párrafo 3. La prisión preventiva debe ser excepcional y lo más breve posible. El Comité requiere información acerca de los mecanismos existentes y las medidas adoptadas con miras a reducir su duración.

En los casos en que se practique la detención por razones de seguridad pública, ésta debe regirse por las mismas disposiciones, es decir, no debe ser arbitraria, debe obedecer a causas fijadas legalmente y efectuarse con arreglo al procedimiento establecido (párr. 1), debe informarse a la persona sobre las razones de su detención (párr. 2) y debe ponerse a su

³⁸ Observación General N° 8, en *investigaciones* 3 (2001), pp. 566/567.

disposición el derecho a recurrir ante un tribunal (párr. 4), así como también a exigir una reparación en caso de que haya habido quebrantamiento del derecho (párr. 5). Si, por añadidura, en tales casos se formulan acusaciones penales, debe otorgarse tanto la plena protección establecida en los párrafos 2 y 3 del art. 9, como la prevista en el art. 14.

4.2. Decisiones

4.2.1. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. DETENIDOS. ARBITRARIEDAD DE LA DETENCIÓN. JUSTIFICACIÓN ADECUADA DEL ESTADO. PRISIÓN PREVENTIVA. REVISIÓN ANUAL OBLIGATORIA (INC. 1).

4.2.1.1. Caso *Sarma c. Sri Lanka*³⁹

A los fines de determinar la responsabilidad del Estado, es irrelevante que el militar al que se atribuye la desaparición actuara *ultra vires* o que los oficiales superiores no conocieran las acciones de aquél.

Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de individuos por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado (art. 7.2.i del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

Todo acto de desaparición de este tipo constituye una violación de muchos de los derechos consagrados en el Pacto. En el caso, se ilustra claramente la aplicabilidad del art. 9, relativo a la libertad y seguridad de la persona. El Estado Parte ha reconocido que el arresto del hijo del autor fue ilegal y que era una actividad prohibida; no sólo no había base jurídica para su arresto, sino que tampoco la había para mantenerlo detenido. Tal violación del art. 9 no puede justificarse nunca.

4.2.1.2. Caso *Bakhtiyari c. Australia*⁴⁰

Para evitar la calificación de arbitraria, la detención no debe prolongarse más allá del período en relación con el cual el Estado Parte pudiera aportar una justificación adecuada.

En el caso, el autor llegó al país en barco, sin personas a cargo, con dudas sobre su identidad y afirmando proceder de un territorio que sufría graves desórdenes internos. Habida cuenta de estos factores y del hecho de que se le concedió un visado de asilo y se lo puso en libertad dos meses después de que presentara una solicitud al respecto (siete meses desde su llegada), no puede concluirse que, pese a que la duración de su primera detención puede haber sido objetable, fuera también arbitraria y constituyera una violación del art. 9.1 del Pacto.

En lo que respecta a la señora Bakhtiyari y a sus hijos, se observa que aquélla ha permanecido privada de su libertad por las autoridades de inmigración durante dos años y diez meses (seguía detenida a la fecha de la decisión), en tanto que sus hijos lo estuvieron durante dos años y ocho meses, hasta ser puestos en libertad por orden provisional de un tribunal de familia. Cualquiera fuese la justificación de la detención inicial a efectos de determinar la identidad y otras cuestiones, el Estado Parte no ha demostrado que no hubiera medios menos drásticos para alcanzar el mismo objetivo, es decir, la aplicación de la política de inmigración, como son la imposición de la obligación de presentarse ante las autoridades competentes, el depósito de fianza u otras condiciones que tuviesen en cuenta las circunstancias particulares de

³⁹ Comunicación N° 950/2000, del 16-7-2003, A/58/40, p. 249.

⁴⁰ Comunicación N° 1069/2002, del 29-10-2003, A/59/40, p. 295.

la familia. Por lo tanto, la prolongación de la detención referida por parte de las autoridades de inmigración, sin que hubiera una justificación adecuada, fue arbitraria y contraria al art. 9.1.

4.2.1.3. Caso *Rameka c. Nueva Zelandia*⁴¹

El Comité observa, en cuanto a la cuestión de compatibilidad de las sentencias de reclusión preventiva con el Pacto, que una vez expirado el período en que se excluye la libertad condicional de diez años, existen revisiones anuales obligatorias a cargo de la Junta de Libertad Condicional independiente, que tiene atribuciones para ordenar la liberación del preso si ha dejado de representar un peligro considerable para el público. Tales decisiones están sujetas a revisión judicial.

La reclusión por motivos preventivos, vale decir, para proteger a la sociedad una vez cumplido el período punitivo de encarcelamiento, debe justificarse por razones imperativas sujetas a la revisión de una autoridad judicial y que han de tener y conservar validez durante todo el tiempo que se prolongue la reclusión. En efecto, el requisito de que la continuación de la detención se halle libre de arbitrariedad debe estar garantizado por las revisiones periódicas regulares realizadas por un órgano independiente, con el objeto de determinar la justificación de la subsistencia de la medida privativa de libertad.

4.2.2. DERECHO A SER INFORMADO DE LA DETENCIÓN Y ACUSACIÓN (INC. 2).

Caso *Kurbanova c. Tayikistán*⁴²

Se toma nota de la denuncia de la autora en cuanto a que su hijo fue detenido un sábado (5 de mayo de 2001) y permaneció en esa condición durante siete días sin que se lo acusara. Para respaldar sus dichos, proporciona una copia del registro policial en el que figura una anotación del 7 de mayo de 2001, presuntamente fraudulenta. El Comité observa que, según la sentencia de la Sala Militar de la Corte Suprema del 2 de noviembre de 2001, la privación de libertad se produjo el 5 de mayo, y no invalida esto la afirmación del Estado Parte de que el 12 de ese mes se dictó una orden de detención.

Ante la falta de explicaciones adicionales del Estado, se llega a la conclusión de que el hijo de la autora permaneció detenido durante siete días sin que se dictara la orden respectiva en su contra, lo que violó los derechos consagrados en el Pacto (art. 9.2).

4.2.3. DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE (INC. 3).

4.2.3.1. Caso *Zheludkov c. Ucrania*⁴³

El Estado Parte no refutó que el autor, detenido a causa de una infracción penal, no fue llevado sin demora ante un juez, sino que ha declarado que quedó en detención preventiva por órdenes del procurador (*prokuror*). Por otra parte, no proporcionó suficiente información que muestre que el procurador goza de la objetividad e imparcialidad institucionales necesarias para que sea considerado “un funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales”, como exige el art. 9.3 del Pacto. Por ello, ha sido violada la norma referida.

4.2.3.2. Caso *Nazarov c. Uzbekistán*⁴⁴

⁴¹ Comunicación N° 1090/2002, del 6-11-2003, A/59/40, p. 324.

⁴² Ver nota 14.

⁴³ Comunicación N° 726/1996, del 29-10-2002, A/58/40, p. 1.

⁴⁴ Comunicación N° 911/2000, del 6-7-2004, A/59/40, p. 90.

Señala el autor que su detención fue confirmada por la autoridad competente cinco días después de haber sido arrestado; sin embargo, no parece que para tal confirmación aquél haya sido llevado ante un juez u otro funcionario autorizado por ley. En todo caso, el Comité no considera que un plazo de cinco días no suponga una “demora” a efectos del inciso 3 del art. 9.

Por consiguiente, al no disponer de una explicación del Estado Parte, el Comité estima que la comunicación revela una violación de la norma referida.

4.2.4. DERECHO A RECURRIR ANTE UN TRIBUNAL A EFECTOS DE QUE ÉSTE DECIDA SOBRE LA LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN (INC. 4).

4.2.4.1. En el citado caso *Ahani* (v. **3.2.1**), el Comité observó que, si bien el autor fue encarcelado por la fuerza tras emitirse el certificado de seguridad, conforme a la ley del Estado Parte, el Tribunal Federal canadiense debió examinar con prontitud, es decir, en el plazo de una semana, el certificado y las pruebas que lo fundamentan para determinar su “razonabilidad”.

La detención basada en un certificado extendido por dos ministros por motivos de seguridad nacional no se convierte *ipso facto* en arbitraria y, por tanto, contraria al art. 9.1. Sin embargo, como la persona así detenida no ha sido condenada por ningún delito ni sentenciada a una pena de prisión, debe tener, según el inciso 4 del art. 9, un acceso adecuado a la revisión judicial de la justificación sustantiva de la medida.

Es aceptable para el Comité que la celebración de una vista sobre la cuestión de la “razonabilidad” ante el Tribunal Federal poco tiempo después del inicio de la detención imperativa del autor, en principio, constituya una revisión judicial suficiente. Sin embargo, cuando las actuaciones judiciales que incluyen la determinación de la legalidad del arresto se prolongan, se plantea la cuestión de si esta decisión judicial se dictó “a la brevedad posible” cuando el Estado Parte no se preocupó de que sea solicitada una autorización judicial provisional diferenciada para tal detención.

Si bien una parte sustancial de la demora se puede atribuir al propio autor, que optó por impugnar la constitucionalidad del procedimiento en lugar de proceder directamente a solicitar una vista por “razonabilidad”, esta última incluyó diversas audiencias y duró nueve meses y quince días a partir de la decisión definitiva sobre la cuestión. Esta demora, por sí sola, es demasiado prolongada si se tiene en cuenta el requisito establecido en el Pacto en su art. 9.4, por lo que hubo una violación de los derechos del autor.

4.2.4.2. La revisión judicial disponible para el autor en *C. c. Australia* (v. **3.2.7**) se limitaba a una evaluación formal de la cuestión de si se trataba de un “extranjero” sin permiso de entrada. Es decir, los tribunales no tenían la facultad discrecional de examinar, en cuanto al fondo, su detención y justificar que prosiguiera.

Por lo tanto, la imposibilidad de impugnar judicialmente una detención que era o había acabado siendo contraria al inciso 1 del art. 9 constituye una violación del inciso 4 de la referida norma.

4.2.5. REPARACIÓN POR PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD (INC. 5).

Caso *Chambala c. Zambia*⁴⁵

⁴⁵ Comunicación N° 856/1999, del 15-7-2003, A/58/40, p. 125.

El autor fue detenido y encarcelado el 7 de febrero de 1987 sin que se le formularan cargos. El 12 de ese mes, se le entregó una orden policial de detención, de conformidad con el art. 33.6 de la Ley de Mantenimiento de la Seguridad Pública (allí se especificaba que debía permanecer en esa condición por un período no superior a los 28 días, en espera de que se decidiera si procedía dictar una orden de arresto en su contra). Tras permanecer privado de su libertad durante más de un año sin comparecer ante ningún tribunal ni funcionario judicial, solicitó ser liberado. Sin perjuicio de que el Tribunal Superior de Zambia decidió el 22 de septiembre de 1988 que no existían razones para mantenerlo detenido, no fue puesto en libertad hasta diciembre de ese año, fecha en la que el Presidente revocó su orden de arresto. Según el autor, la pena máxima de prisión aplicable al delito por el que estaba acusado era de seis meses. El Estado Parte reconoció los hechos expuestos e indicó que indemnizaría al denunciante por el período en que estuvo ilegalmente detenido.

La privación de la libertad del autor durante otros tres meses, tras haber determinado el Tribunal Superior que no había motivos para mantenerlo en esa situación, fue, además de arbitraria en el sentido del art. 9.1, contraria a la legislación de Zambia, lo que dio lugar por ello al derecho a reparación previsto en el inciso 5 del art. 9.

En vista de que el Estado Parte se comprometió a pagar una indemnización, el Comité lo insta a que la conceda lo antes posible por el período en que permaneció arbitrariamente privado de su libertad.

5. TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. DIGNIDAD HUMANA (ART. 10).

5.1. TRATO HUMANO Y CON EL RESPETO DEBIDO A LA DIGNIDAD INHERENTE AL SER HUMANO (INC. 1)⁴⁶.

5.1.1. Caso *Evans c. Trinidad y Tobago*⁴⁷

El autor estuvo detenido en el pabellón de la muerte durante cinco años en una celda de aproximadamente 1,80 por 2,70 metros, sin medidas de higiene -salvo un cubo-, sin luz natural, pudiendo salir de su celda sólo una o dos veces por semana y siempre esposado, con una alimentación del todo inadecuada. Por ello, el Comité considera que estas condiciones de detención -que no han sido refutadas- constituyen una violación del inciso 1 del art. 10 del Pacto.

5.1.2. Caso *Howell c. Jamaica*⁴⁸

Las condiciones de detención del autor en el pabellón de los condenados a muerte, sumadas a la falta de atención médica y dental y al incidente de la quema de sus pertenencias, violan el derecho que le asiste a ser tratado humanamente y con el respeto de la dignidad inherente a su persona en virtud del art. 10.1. Análoga conclusión se adoptó en el caso *Lobban c. Jamaica*⁴⁹.

5.1.3. Caso *Kang c. República de Corea*⁵⁰

⁴⁶ El Comité se refirió al párrafo 1 del art. 10 en su Observación General N° 9 (ver punto 3.1.2).

⁴⁷ Comunicación N° 908/2000, del 21-3-2000, A/58/40, p. 215.

⁴⁸ Comunicación N° 798/1998, del 21-10-2003, A/59/40, p. 21.

⁴⁹ Comunicación N° 797/1998, del 16-3-2004, A/59/40, p. 15.

⁵⁰ Comunicación N° 878/1999, del 15-7-2003, A/58/40, p. 147.

La detención del autor en régimen de aislamiento por trece largos años, durante más de ocho de los cuales ya había entrado en vigor el Protocolo, constituyó una medida de tal gravedad y con consecuencias tan trascendentes para la persona en cuestión que hacía necesaria la más seria y detallada justificación.

La reclusión por un período tan prolongado, al parecer, únicamente por la supuesta opinión política del autor, no proporciona esa importante justificación y constituye una violación del art. 10.1, que protege su dignidad.

5.1.4. Caso *Zheludkov c. Ucrania*⁵¹

Si bien el autor recibió tratamiento médico y fue sometido a hospitalizaciones durante su detención, las autoridades del Estado Parte le denegaron el acceso a su historial médico, pese a haberlo solicitado reiteradas veces.

La denegación sistemática e inexplicada de acceso a la historia clínica es motivo suficiente para considerar violado el párrafo 1 del art. 10 del Pacto.

5.1.5. Caso *Cabal y Pasini c. Australia*⁵²

En el caso se planteó que los autores estuvieron detenidos durante una hora en una “jaula” de forma triangular. El Comité tomó nota de la justificación presentada por el Estado Parte de que esa celda era la única disponible en ese momento capaz de admitir a dos personas y de que los autores pidieron permanecer juntos.

El hecho de no contar con una celda de tamaño suficiente para alojar debidamente a dos personas no es explicación suficiente, a juicio del Comité, para pedir a los detenidos que estuvieran de pie o sentados, alternativamente, en semejante lugar, aunque sólo fuera por una hora. En tales circunstancias, corresponde considerar que el incidente puso de manifiesto una violación del art. 10.1 del Pacto.

6. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. DERECHOS Y GARANTÍAS PROCESALES (ART. 14).

6.1. Observaciones del Comité. En general y respecto de los párrafos 1, 3 y 5⁵³

6.1.1. *En general*

El Comité advierte que el art. 14 del Pacto es de una naturaleza compleja y que diferentes aspectos de sus disposiciones exigen comentarios concretos. La finalidad de todas estas disposiciones es garantizar la adecuada administración de la justicia y, a tal efecto, afirmar una serie de derechos individuales, como la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley. No en todos los informes se ofrecen detalles sobre las medidas legislativas o de otra índole adoptadas concretamente para aplicar cada una de las disposiciones del referido artículo.

En general, no se reconoce en los informes de los Estados Partes que la norma se aplica no sólo a los procedimientos para la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra una persona, sino también a los procedimientos para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. Las leyes y prácticas relativas a estas materias

⁵¹ Ver nota 37.

⁵² Comunicación N° 1020/2002, del 7-8-2003, A/58/40, p. 353.

⁵³ Observación General N° 13, en *investigaciones* 1 (2002), pp. 271/275.

varían mucho según los Estados. Esta diversidad hace tanto más necesario que proporcionen toda la información pertinente y expliquen con mayor detalle la manera en que los conceptos de “acusación de carácter penal” y “derechos u obligaciones de carácter civil” se interpretan en relación con sus respectivos sistemas jurídicos.

El Comité considera que sería útil que en sus futuros informes suministren datos más detallados sobre las medidas adoptadas para garantizar, en la práctica, la igualdad ante los tribunales, incluido el acceso igualitario a éstos, y la competencia, imparcialidad e independencia de la magistratura. En especial, los Estados Partes deberían especificar los textos constitucionales y legales pertinentes que disponen el establecimiento de los tribunales y garantizan su independencia, imparcialidad y competencia, sobre todo en lo que respecta a la manera en que se nombra a los jueces, las calificaciones exigidas para ello y la duración de su mandato; las condiciones que rigen su ascenso, traslado y cesación de funciones y la independencia efectiva del poder judicial con respecto a los poderes ejecutivo y legislativo.

Las disposiciones del art. 14 se aplican a todos los tribunales y cortes de justicia comprendidos en el ámbito de este artículo, ya sean ordinarios o especiales. El Comité observa la existencia, en muchos países, de tribunales militares o especiales que juzgan a personas civiles. Esto podría presentar graves problemas en lo que respecta a la administración equitativa, imparcial e independiente de la justicia. Muy a menudo, la razón para establecer tales tribunales es permitir la aplicación de procedimientos excepcionales que no se ajustan a las normas habituales de justicia. Si bien el Pacto no prohíbe estas categorías de tribunales, las condiciones que estipula indican claramente que el procesamiento de civiles por tales tribunales debe ser muy excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la plena aplicación de las garantías previstas en el art. 14. El Comité ha observado una grave falta de información a este respecto en los informes de algunos Estados Partes. En ciertos países, esos tribunales militares y especiales no proporcionan las garantías estrictas para la adecuada administración de la justicia, de conformidad con las exigencias del artículo, que son fundamentales para la eficaz protección de los derechos humanos.

6.1.2. *Párrafo 1*

Si los Estados Partes deciden, en situaciones excepcionales, como prevé el art. 4, dejar en suspenso los procedimientos normales requeridos en virtud del art. 14, deben garantizar que tal suspensión no rebase lo que estrictamente exija la situación en el momento y que se respeten las demás condiciones estipuladas en su párrafo 1.

En la segunda frase del referido párrafo, se dispone que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías”. En el párrafo 3, se detallan esas garantías con relación a los procesos penales. Ahora bien, las exigencias allí formuladas son requisitos mínimos, cuya observancia no es siempre suficiente para asegurar un proceso que cumple los requisitos previstos en el párrafo 1.

La publicidad de la audiencia constituye una importante salvaguardia de los intereses del individuo y de la sociedad en general. Al mismo tiempo, el párrafo 1 reconoce que los tribunales tienen la facultad de excluir a la totalidad o parte del público por las razones que allí se enumeran. Debe observarse que, con independencia de esas circunstancias excepcionales, el Comité considera que las audiencias deben estar abiertas al público en general, incluidos los miembros de la prensa, sin estar limitadas, por ejemplo, a una determinada categoría de personas. Debe observarse que, aun en los casos en que el público quede excluido del proceso, la sentencia, con algunas excepciones estrictamente definidas, debe hacerse pública.

6.1.3. *Párrafo 3*

Entre las garantías mínimas de un proceso penal previstas en el párrafo 3, la primera se refiere al derecho de toda persona a ser informada, en un idioma que comprenda, de la acusación formulada contra ella (apartado a). El Comité observa que en los informes de los Estados no se indica con frecuencia la manera en que se respeta y garantiza este derecho. El referido apartado se aplica a todos los casos de acusación de carácter penal, incluidos los de las personas no detenidas.

El derecho a ser informado “sin demora” de la acusación exige que la información se proporcione de la manera descrita tan pronto como una autoridad competente la formule. Este derecho debe surgir cuando, en el curso de una investigación, un tribunal o una autoridad del ministerio público decida adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de haber cometido un delito o la designe públicamente como tal. Las exigencias concretas del apartado a) pueden satisfacerse formulando la acusación ya sea verbalmente o por escrito, siempre que en la información se indique tanto la ley como los supuestos hechos en que se basa.

El apartado b) dispone que el acusado debe disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y poder comunicarse con un abogado defensor de su elección. Lo que constituye un “tiempo adecuado” depende de las circunstancias de cada caso, pero los medios deben incluir el acceso a los documentos y demás testimonios que el acusado necesite para preparar su defensa, así como también la oportunidad de contratar a un letrado y de comunicarse con éste. Cuando el acusado no desee defenderse personalmente ni solicite a una persona o una asociación de su elección, debe poder recurrir de todas formas a un abogado. Además, este apartado exige que el defensor se comunique con el acusado en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones. Los abogados deben poder asesorar y representar a sus clientes de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte.

El acusado, según refiere el apartado c), será juzgado sin dilación indebida. Esta garantía se refiere no sólo al momento en que debe comenzar un proceso, sino también a aquél en que debe concluir y pronunciarse la sentencia; todas las fases del proceso deben celebrarse “sin dilación indebida”, tanto en primera instancia como en apelación.

No en todos los informes se han abordado la totalidad de los aspectos del derecho de defensa según se define en el apartado d). El Comité no siempre ha recibido información suficiente sobre la protección del derecho del acusado a estar presente durante la sustanciación de cualquier acusación formulada contra él, ni cómo el sistema jurídico garantiza su derecho ya sea de defenderse personalmente o de recibir la asistencia de un abogado de su elección, o qué arreglos se establecen si una persona carece de medios suficientes para pagar esta asistencia. El acusado o su abogado deben tener el derecho de actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de todos los medios de defensa disponibles, así como también el derecho a impugnar el desarrollo de las actuaciones si consideran que son injustas. Cuando excepcionalmente y por razones justificadas se celebren juicios *in absentia*, es tanto más necesaria la estricta observancia de los derechos de la defensa.

En el apartado e), se dice que el acusado tendrá derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los primeros. Esta disposición tiene por objeto garantizar al acusado las mismas facultades jurídicas para obligar a comparecer a testigos e interrogar y repreguntar a éstos de las que dispone la fiscalía.

Si el acusado no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal, el apartado f) dispone que tendrá derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete. Este derecho es independiente del resultado del procedimiento y se aplica tanto a los extranjeros como a los ciudadanos. Tiene importancia básica cuando la ignorancia del idioma utilizado por un tribunal o la dificultad de su comprensión pueden constituir un obstáculo principal al derecho de defensa.

El apartado g) refiere que el acusado no puede verse obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable. Al examinar esta garantía, debe tenerse presente lo expresado en los arts. 7 y 10.1. Con el fin de obligarlo a confesarse culpable o a declarar contra sí mismo se utilizan, con frecuencia, métodos que violan estas disposiciones. Debe establecerse por ley que las pruebas obtenidas a través de estos métodos o cualquier otra forma de coerción sean enteramente inaceptables.

6.1.4. Párrafo 5

Dispone que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley. Se señala, en especial, las versiones de la palabra “delito” en los demás idiomas (*infractio*, *crime*, *prestuplenie*), que muestran que esta garantía no se limita tan sólo a las infracciones más graves. A este respecto, no se ha proporcionado suficiente información sobre los procedimientos de apelación, en particular el acceso a los tribunales de segunda instancia y los poderes de éstos, las exigencias que deben satisfacerse para apelar un fallo y la manera en que los tribunales de segunda instancia tienen en cuenta en su procedimiento las exigencias de audiencia pública y con las debidas garantías establecidas en el párrafo 1.

6.2. Decisiones

6.2.1. DERECHO A UN JUICIO IMPARCIAL (INC. 1).

6.2.1.1. Caso *Reece c. Jamaica*⁵⁴

No incumbe al Comité examinar las instrucciones concretas impartidas al jurado por el juez, a menos que se pueda determinar que fueron claramente arbitrarias o constituyeron una denegación de justicia (las pruebas aportadas, así como también las instrucciones del juez al jurado, fueron examinadas a fondo en el curso de la apelación, por lo que no se advirtió una clara arbitrariedad ni una denegación de justicia).

6.2.1.2. Caso *Mulai c. República de Guyana*⁵⁵

La independencia e imparcialidad de un tribunal son aspectos importantes del derecho a un juicio imparcial. En un juicio por jurados, la necesidad de evaluar los hechos y las pruebas de manera independiente e imparcial vale también para sus integrantes: es importante que todos sus miembros estén en condiciones de evaluar los hechos y las pruebas en forma objetiva para poder emitir un veredicto justo. Por otra parte, en caso de que una de las partes tenga conocimiento de tentativas de soborno al jurado, tendrá la obligación de denunciar esas irregularidades ante el tribunal.

En el caso, la autora afirmó que el presidente del jurado para la revisión del proceso había informado a la policía y al magistrado superior 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 sí 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.

⁵⁴ Comunicación N° 796/1998, del 14-7-2003, A/58/40, p. 53.

⁵⁵ Ver nota 11.

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 parcialidad, 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 solicitado la interrupción del juicio. En consecuencia, hubo violación del párrafo 1 del art. 14.

6.2.1.3. Caso *Adrien Mundy Busyo, Thomas Osthudi Wongodi, René Sibú Matubuka y otros c. República Democrática del Congo*⁵⁶

Antecedentes del caso: los presentantes, jueces y fiscales congoleños, considerados - según informes de diferentes comisiones constituidas por el Ministerio de Justicia- de dudosa moralidad, corruptos, desertores y con muestras de incompetencia notoria, fueron destituidos de sus funciones por un decreto presidencial. El Fiscal General de la República sostuvo que el Jefe del Estado había dictado el decreto ante una situación de crisis caracterizada por la guerra, la ocupación de una parte del territorio y la necesidad de intervenir con toda urgencia para luchar contra la impunidad, refiriendo que la autoridad se hallaba en la imposibilidad material de seguir el procedimiento disciplinario ordinario. Por su parte, el Tribunal Supremo estimó que el decreto constituía un acto de gobierno, en la medida en que era parte de la política oficial destinada a mejorar la conducta y las prácticas de la magistratura y lograr un mejor funcionamiento de uno de los tres poderes del Estado, y que la ejecución de esa política escapaba al control del juez administrativo. Por consiguiente, declaró inadmisibles las demandas.

Decisión:

En lo que respecta al párrafo 1 del art. 14, corresponde señalar, por un lado, que los autores no contaron con las garantías que gozan como magistrados, en virtud de las cuales deberían haber comparecido ante el Consejo Superior de la Magistratura, tal como lo dispone la ley; y, por otro, que el presidente del Tribunal Supremo, antes del proceso, manifestó públicamente su apoyo a las destituciones, atentando así contra la imparcialidad del tribunal y contra la independencia de la judicatura.

Las destituciones han sido decididas basándose en motivos que el Comité no puede acoger para justificar que no se hayan respetado los procedimientos y las garantías que deben poder disfrutar todos los ciudadanos en condiciones generales de igualdad.

Por tanto, en la medida en que el Tribunal Supremo privó a los autores de todo recurso al declarar inadmisibles sus quejas aduciendo que el decreto presidencial constituía un acto de gobierno, el Comité considera que ha habido violación del apartado c) del art. 25 del Pacto, en concordancia con el 14.1.

6.2.1.4. Caso *Perterer c. Austria*⁵⁷

La “imparcialidad”, en el sentido del art. 14.1 del Pacto, supone que los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto que entienden y que, normalmente, no se puede considerar que un juicio viciado por la participación de un juez que, conforme a los estatutos internos, debería haber sido inhabilitado es un juicio justo o imparcial.

⁵⁶ Comunicación N° 933/2000, del 31-7-2003, A/58/40, p. 224.

⁵⁷ Comunicación N° 1015/2001, del 20-7-2004, A/59/40, p. 225.

El hecho de que un magistrado vuelva a asumir la presidencia de una sala judicial tras haber sido recusado por el autor durante el proceso plantea dudas acerca del carácter imparcial de la sala.

Si la legislación de un Estado Parte reconoce el derecho a recusar sin exponer motivos a los miembros de un órgano competente para juzgar cargos disciplinarios, tal garantía procesal no puede quedar sin efecto por el hecho de que se vuelva a nombrar a un presidente que, durante la misma fase del proceso, renunció a la presidencia debido al ejercicio por la parte afectada de su derecho a recusar a los miembros de la sala.

6.2.2. DERECHO A DISPONER DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA LA PREPARACIÓN DE LA DEFENSA (INC. 3.B).

*Caso Reece c. Jamaica*⁵⁸

Con relación a la denuncia en la que se refiere falta de tiempo y medios suficientes para preparar la defensa, y mal enfoque del abogado, es jurisprudencia del Comité que, en tal situación, corresponde al autor o a su letrado, si consideran que no tuvieron oportunidad para elaborar debidamente la defensa, solicitar un aplazamiento al principio del juicio, lo que no consta en el caso.

En cuanto a las objeciones planteadas sobre el modo en que el abogado defensor desempeñó su función, no corresponde imputar a un Estado Parte la conducta de éste, a menos que fuera o hubiera debido ser obvio para el juez que tal actuación era incompatible con el interés de la justicia. Nada indica que la actividad letrada fuera claramente divergente con sus responsabilidades profesionales.

6.2.3. DERECHO A SER JUZGADO SIN DILACIONES INDEBIDAS (INC. 3.C).

*Caso Ruiz Agudo c. España*⁵⁹

El Comité toma nota de que el Estado Parte constató expresamente que el proceso contra el autor tuvo una duración desmedida y que ello fue declarado en las vías judiciales internas, pero no ha dado ninguna explicación que pueda justificar el motivo de esa dilación. En tal sentido, conviene recordar la posición reflejada en la Observación General N° 13, en la que se dispone que todas las etapas de las actuaciones judiciales deben tener lugar sin dilaciones indebidas y que, a fin de hacer efectivo este derecho, debe contarse con un procedimiento para garantizar que se logre ese propósito en todas las instancias⁶⁰.

Una demora de once años en el proceso judicial de primera instancia y de más de trece años hasta el rechazo de la apelación, como en el caso, viola el derecho del autor a ser juzgado sin dilaciones indebidas. La simple posibilidad de lograr compensación después, e independientemente de un juicio que ha sido indebidamente prolongado, no constituye un remedio efectivo.

6.2.4. DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA (INC. 3.D).

*Caso Saidov c. Tayikistán*⁶¹

⁵⁸ Ver nota 48.

⁵⁹ Comunicación N° 864/1999, del 31-10-2002, A/58/40, p. 129.

⁶⁰ Ver *investigaciones* 1 (2002), pp. 271, 273 -párr. 10-.

⁶¹ Ver nota 13.

En los casos relacionados con la pena capital, es axiomático que el acusado deba ser asistido de forma efectiva por un abogado en todas las etapas del proceso.

A falta de cualquier explicación pertinente del Estado Parte sobre esta cuestión, corresponde reiterar que, aunque el art. 14.3.d no da derecho a un acusado a elegir gratuitamente a un abogado, se deben tomar medidas para garantizar que el letrado, una vez asignado, lo represente efectivamente en interés de la justicia.

6.2.5. DERECHO A NO SER OBLIGADO A DECLARAR CONTRA SÍ MISMO NI A CONFESARSE CULPABLE (INC. 3.G).

*Caso Nallaratnam c. Sri Lanka*⁶²

Antecedentes del caso: el autor denuncia que se vio obligado a firmar una confesión y, posteriormente, tuvo que asumir la carga de la prueba de que tal confesión se extrajo bajo coacción y de que no fue voluntaria.

Decisión:

El texto del apartado g) del art. 14.3 debe interpretarse en el sentido de que las autoridades investigadoras no ejercerán sobre el acusado, a fin de hacerle confesar su culpabilidad, coerción física o psicológica directa o indirecta alguna. Este principio lleva implícito que el fiscal pruebe que la confesión fue obtenida sin coacción.

Corresponde señalar, asimismo, que de conformidad con el art. 24 de la Ordenanza sobre la Prueba de Sri Lanka, son inadmisibles las confesiones extraídas mediante “incitación, amenaza o promesa” y, en el caso, tanto el Tribunal Superior como el Tribunal de Apelación consideraron las pruebas de que el autor sufrió agresiones varios días antes de la presunta confesión.

Aun cuando, según alega el Estado Parte, el criterio de prueba fuera mínimo y bastara “la simple posibilidad de involuntariedad” para inclinar el tribunal en favor del acusado, esa responsabilidad sigue recayendo sobre el autor. Al respecto, es de observar que la disposición de los tribunales, en todas las instancias, a desestimar las denuncias de torturas y malos tratos aduciendo el carácter poco concluyente de los certificados médicos (en especial, los obtenidos más de un año después de la fecha del interrogatorio y la posterior confesión) indica que no se cumplió ese límite de prueba.

Por ello, al imponerse al acusado la carga de la prueba de que su confesión fue extraída bajo coacción, el Estado Parte violó el párrafo 2 y el apartado g) del párrafo 3 del art. 14, leído juntamente con el párrafo 3 del art. 2 y el art. 7 del Pacto.

6.2.6. DERECHO A UN RECURSO (INC. 5).

*Caso Saidov c. Tayikistán*⁶³

En el Estado Parte, la revisión de las sentencias de la Sala Militar del Tribunal Supremo queda a la discreción de un número limitado de altos funcionarios judiciales. Tal examen, si se concede, se realiza sin audiencia pública y sólo se permite tratar cuestiones de derecho.

Aun cuando un sistema de recurso puede no ser automático, el Comité recuerda que el derecho a recurrir de conformidad con el art. 14.5 impone la obligación de volver a examinar

⁶² Comunicación N° 1033/2001, del 21-7-2004, A/59/40, p. 240.

⁶³ Ídem nota 55.

sustancialmente la condena y la sentencia, tanto en lo que respecta a la suficiencia de las pruebas como al derecho, a condición de que el procedimiento permita examinar debidamente la naturaleza del caso.

7. LEY. IRRETROACTIVIDAD. *NULLUM CRIMEN SINE LEGE* (ART. 15)⁶⁴.

7.1. Caso *Gómez Casafranca c. Perú*⁶⁵

Si bien es verdad que los actos de terrorismo en el momento en que sucedieron los hechos ya estaban definidos como delictivos en el decreto legislativo n° 46 de marzo de 1981, no es menos cierto que la ley 24.651 del 6 de marzo de 1987 modificó las penas imponiendo límites mínimos superiores, es decir, agravando la situación de los condenados⁶⁶.

Aunque Gómez Casafranca fue sentenciado a la pena mínima de 25 años, conforme a la nueva ley, esta pena fue mayor al doble de la pena mínima señalada en el referido decreto, y la Corte Suprema no proporcionó explicación alguna sobre cuál habría sido la sentencia si éste se hubiese aplicado.

7.2. Caso *Baumgarten c. Alemania*⁶⁷

Antecedentes del caso: el autor, ex Viceministro de Defensa y Jefe de las Tropas de la Frontera, fue declarado culpable por los delitos de homicidio e intento de homicidio de las personas contra quienes dispararon los guardias fronterizos al intentar cruzar la línea divisoria entre la ex República Democrática y la República Federal de Alemania. Fue condenado a pena de prisión y refirió ser víctima de violaciones del art. 15 en particular.

Decisión:

La naturaleza específica de cualquier violación del art. 15.1 del Pacto exige al Comité examinar si la interpretación y aplicación de la legislación penal pertinente por los tribunales nacionales en una causa determinada pone de manifiesto una violación de la prohibición de imponer un castigo con carácter retroactivo o un castigo no basado en el derecho. Al hacerlo, el Comité se limitará a determinar si los actos del autor, en el momento en que fueron cometidos, constituían delitos suficientemente definidos en el derecho penal de la República Democrática alemana (RDA) o en el derecho internacional.

Los hechos tuvieron lugar en el contexto de un sistema que negaba efectivamente a la población de la RDA el derecho a salir libremente de su propio país. Las autoridades y las personas que aplicaban ese sistema estaban dispuestas a utilizar la fuerza letal para impedir que las personas ejercieran de forma no violenta ese derecho.

Es dable precisar que la fuerza letal, incluso como último recurso, sólo puede utilizarse para responder a una amenaza de la misma proporción (art. 6 del Pacto). Su uso desproporcionado, observa el Comité, de acuerdo con los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, ya era criminal en el momento en que el autor cometió sus actos.

El Estado Parte afirmó, correctamente, que los asesinatos violaron las obligaciones de la RDA en virtud de la normativa internacional de derechos humanos, lo que exigió el

⁶⁴ En las 31 observaciones generales adoptadas por el Comité hasta la fecha, no se ha hecho referencia al art. 15 del Pacto.

⁶⁵ Comunicación N° 981/2001, del 22-7-2003, A/58/40, p. 282.

⁶⁶ El decreto legislativo establecía como pena mínima 12 años de prisión y no determinaba pena máxima.

⁶⁷ Comunicación N° 960/2000, del 31-7-2003, A/58/40, p. 263.

enjuiciamiento de las personas sospechosas de ser responsables de aquellos crímenes. Por su parte, los tribunales locales llegaron a la conclusión de que tales delitos vulneraron las disposiciones sobre homicidio del Código Penal de la RDA, las que debían interpretarse y aplicarse en el contexto de los preceptos pertinentes de la legislación (art. 95, que excluía las defensas establecidas en caso de violaciones a los derechos humanos, y la ley de fronteras, que reglamentaba el uso de la fuerza).

Consecuentemente, lo preceptuado en la ley de fronteras no impedía que los asesinatos fueran considerados una violación de las disposiciones del Código sobre homicidio, por lo que el Comité no encuentra que esta interpretación de la norma ni la condena del autor basada en ella sean incompatibles con el art. 15 del Pacto.

7.3. Caso *Nicholas c. Australia*⁶⁸

Antecedentes del caso: el 23 de septiembre de 1994, agentes de seguridad tailandeses y australianos practicaron una “importación controlada” de una cantidad considerable de heroína (traficable). Un investigador de estupefacientes tailandés y un agente de la policía federal de Australia viajaron de Bangkok a Melbourne. Tras su llegada, se contactaron con el denunciante y un amigo para organizar la entrega. Una vez efectivizada, éstos fueron detenidos y acusados de una serie de delitos tipificados en la Ley Federal de Aduanas. En abril de 1995, el Tribunal Superior de Australia falló en el caso *Ridgeway c. The Queen*, que no guardaba relación con éste, a propósito de un caso de importación de estupefacientes en 1989, donde entendió que la prueba de la importación era inadmisibles cuando resultaba de una conducta ilegal de los agentes de la autoridad. En mayo de 1996, el autor pidió el sobreseimiento de la causa fundándose en el precedente *Ridgeway*, el que fue concedido sin perjuicio de los delitos previstos en la legislación estatal. En julio de ese año, entró en vigor la Ley Federal de Enmienda Penal, aprobada en respuesta al fallo referido, donde se ordena a los tribunales que no tengan en cuenta los actos ilegales anteriores de los agentes de la autoridad con relación a la importación de sustancias psicotrópicas (art. 15X). El 5 de agosto, el Fiscal Jefe pidió la anulación del sobreseimiento. En febrero de 1998, el Tribunal Superior confirmó la constitucionalidad de la ley y la validez de la revocación solicitada por el ministerio público, y envió las actuaciones al tribunal del condado para que continuara el proceso. Éste dictó el procesamiento del autor y luego lo declaró culpable de posesión de cantidades traficables de heroína y de tentativa de hacerse con cantidades comerciales de la sustancia, condenándolo a 15 años de reclusión con la posibilidad de obtener la libertad condicional al cabo de 10 años. El 7 de abril de 2000, el Tribunal de Apelación de Victoria desestimó el recurso del autor, aunque redujo su condena a 12 años, permitiéndole salir condicionalmente cumplidos los 8. En febrero de 2001, el Tribunal Superior denegó la súplica del autor.

Decisión:

El derecho aplicable en el momento en que se cometieron los hechos, según la doctrina que sentó posteriormente el Tribunal Superior en *Ridgeway*, preceptuaba que la prueba de uno de los elementos de los delitos por los que se acusaba al autor, es decir, la exigencia de que sustancias prohibidas en su posesión se hubieran “importado en Australia contraviniendo la Ley de Aduanas”, no era admisible debido a la conducta ilegal de la policía. En consecuencia, se dictó orden de sobreseimiento, lo que constituyó un impedimento permanente en el enjuiciamiento del autor. Sin embargo, conforme con la normativa posterior, los tribunales debían considerar admisible la referida prueba. Así, se plantea lo siguiente: a) si la revocación del sobreseimiento de la causa y la condena del autor, al admitirse pruebas anteriormente inadmisibles, constituyen una penalización retroactiva de una conducta no

⁶⁸ Comunicación N° 1080/2002, del 19-3-2004, A/59/40, p. 315.

delictiva en el momento en que se produjeron los hechos, y b) en caso de que la retroactividad no estuviese prohibida, si aquél fue condenado por un delito cuyos elementos no se daban íntegramente, quebrantando el principio *nullum crimen sine lege*, amparado por el art. 15.1.

En cuanto a la primera cuestión, el art. 15.1 enuncia en términos inequívocos que el delito por el que se condena a una persona es tal en el momento de la comisión de los actos. En el presente, el denunciante fue condenado por aquéllos previstos en el art. 233B de la Ley de Aduanas, cuyas disposiciones permanecieron prácticamente inalterables durante todo el período pertinente, que va desde la conducta delictiva hasta el juicio y la condena. Por consiguiente, aun cuando el procedimiento a que se sometió el autor puede suscitar cuestiones con arreglo a otras disposiciones del Pacto que éste no ha invocado, no puede concluirse que se haya violado, en el caso, la prohibición contra la ley penal retroactiva que figura en el art. 15.1.

Respecto de la segunda, es necesario que el acto u omisión por el que se condena constituya “delito”. Si un acto u omisión debe traducirse en una condena penal, no es cuestión que pueda determinarse en abstracto; por el contrario, se trata de un acontecimiento al que sólo se puede responder tras un juicio en el que se presenten pruebas que demuestren la convicción necesaria acerca de los elementos del delito. Si no puede probarse debidamente su existencia, según se tipifica en el derecho nacional o internacional, la conclusión es que la condena quebrantaría el principio *nullum crimen sine lege*, así como también la seguridad jurídica, estipulados en el art. 15.1.

Conforme al derecho del Estado Parte, interpretado de manera autorizada en *Ridgeway* y aplicado posteriormente al autor, el Comité observa que no pudo condenárselo por los actos imputados, ya que la prueba aportada por la policía no era admisible ante los tribunales. El efecto de la interpretación definitiva del derecho nacional cuando se sobreseyó la causa fue la imposibilidad de probar el elemento del delito previsto en el art. 233B, es decir, la importación ilegal de la droga, ya que, si bien este acto se fundaba en un acuerdo entre las autoridades del Estado Parte a nivel ministerial por el cual se lo exoneraba de la inspección aduanera, persistía técnicamente la ilegalidad del mismo y, en consecuencia, la prueba era inadmisibile.

La introducción de cambios en las normas sobre procedimientos y prueba después de cometido un presunto acto criminal puede, en ciertas circunstancias, ser pertinente para la determinación de la aplicabilidad del art. 15, especialmente si tales cambios afectan la naturaleza de un hecho punible, lo que no sucedió en el caso, ya que la legislación de enmienda no suprimió la anterior ilegalidad del comportamiento policial al importar los estupefacientes. Antes bien, la ley ordenaba que los tribunales pasaran por alto, a los efectos de determinar la admisibilidad de la prueba, la ilegalidad de la conducta. Ésta lo fue en el momento de la importación y lo siguió siendo desde entonces, hecho que no se vio alterado por la falta de procesamiento de los agentes que dieron pruebas sobre su actuación.

No obstante, a juicio del Comité, todos los elementos del delito concurrían en el momento en que se cometió, y cada uno de ellos fue demostrado por pruebas admisibles durante la condena. De ello se desprende que el autor fue condenado según una ley claramente aplicable, por lo que no hay violación del principio *nullum crimen sine lege*, amparado en el art. 15.1.

8. DERECHO A LA INTIMIDAD. INJERENCIAS ARBITRARIAS O ILEGALES. FAMILIA. MENORES. PROTECCIÓN (ARTS. 17, 23 Y 24).

8.1. Observaciones generales adoptadas⁶⁹

⁶⁹ Observaciones generales Nros. 16 (art. 17), 17 (art. 24) y 19 (art. 23), en *investigaciones 2/3* (2002), pp. 620/621, 622/624 y 628, respectivamente.

8.1.1. En el art. 17, se prevé el derecho de toda persona a ser protegida respecto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, así como también de ataques ilegales a su honra y reputación. A juicio del Comité, este derecho debe estar garantizado respecto de todas esas injerencias y ataques, provengan de las autoridades estatales o de personas físicas o jurídicas. Las obligaciones impuestas por este artículo exigen que el Estado adopte medidas legislativas y de otra índole para hacer efectivas la prohibición de esas injerencias y ataques y la protección de este derecho.

Al respecto, el Comité señala que en los informes de los Estados Partes no se está prestando la atención necesaria a la información relativa a la forma en que las autoridades legislativas, administrativas o judiciales y, en general, los órganos competentes establecidos garantizan el respeto de este derecho, en particular, al hecho de que el artículo se refiere a la protección contra las injerencias tanto ilegales como arbitrarias. Esto significa que es precisamente en la legislación de los Estados donde, sobre todo, debe preverse el amparo del derecho establecido en esa norma. Actualmente, en los informes o bien no se hace mención alguna de dicha legislación o se proporciona información insuficiente.

La expresión “injerencias arbitrarias” atañe también a la protección del derecho anunciado en el art. 17. A juicio del Comité, tal expresión puede hacerse extensiva también a las injerencias previstas en la ley. Con la introducción del concepto de arbitrariedad, se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia estipulada legalmente esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, de todas formas, razonable en las circunstancias particulares del caso.

En cuanto al término “familia”, los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del referido artículo, se lo interprete con un criterio amplio que incluya a todas las personas que la componen, tal como se entienda en la sociedad del Estado Parte de que se trate. El término *home* en inglés, *manzel* en árabe, *zhùzhái* en chino, *domicile* en francés, *zhilishche* en ruso y domicilio en español, que se emplea en el art. 17, ha de entenderse en su acepción de lugar donde una persona reside o ejerce su ocupación habitual. A ese respecto, el Comité invita a los Estados a indicar en sus informes la acepción que se da en sus respectivas sociedades a los términos “familia” y “domicilio”.

8.1.2. El art. 24 reconoce el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. La aplicación de esta disposición entraña, por consiguiente, la adopción de medidas especiales para proteger a los niños, además de aquéllas que deben tomarse en virtud del art. 2 para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos previstos en el Pacto. A menudo, los informes presentados parecen subestimar esta obligación y proporcionan datos insuficientes sobre la manera en que se garantiza este derecho.

La obligación de asegurar a los niños la protección necesaria corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado. Aunque el Pacto no indique cómo se ha de asignar esa responsabilidad, incumbe ante todo a la familia, interpretada en un sentido amplio, de manera que incluya a todas las personas que la integran en la sociedad del Estado Parte interesado, y, especialmente, a los padres la tarea de crear las condiciones favorables a un desarrollo armonioso de la personalidad del niño y al disfrute por su parte de los derechos reconocidos en el Pacto. No obstante, puesto que es frecuente que el padre y la madre tengan un empleo remunerado fuera del hogar, los informes deben precisar la forma en que la sociedad, las instituciones sociales y el Estado cumplen su responsabilidad de ayudar a la familia en el sentido de garantizar la protección del niño.

8.1.3. En el art. 23, se reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y tiene derecho a la protección de ésta y del Estado, protección garantizada

asimismo, directa o indirectamente, en otras disposiciones del Pacto (arts. 17 y 24). A menudo, los Estados Partes no dan suficiente información sobre la manera en que éstos y la sociedad desempeñan su obligación de dar una protección a la familia y a las personas que la integran.

El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del término. Sin embargo, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, ésta debe ser objeto de la protección prevista en el art. 23. Por consiguiente, en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, “nuclear” y “extendida”, debería precisarse esa existencia con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la presencia de diversos tipos de familia, como de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos, y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida sus legislaciones y prácticas nacionales reconocen y protegen a sus miembros.

8.2. Decisiones

8.2.1. Caso *Sahid c. Nueva Zelandia*⁷⁰

Respecto de la denuncia del autor, en cuanto a que su expulsión de Fiji equivaldría a una falta de protección por el Estado Parte de la unidad familiar y de su nieto, conviene remitirse al precedente *Winata c. Australia*⁷¹. Allí, el Comité señaló que, en circunstancias extraordinarias, incumbe al Estado Parte demostrar los factores que justifican la expulsión de personas que se encuentran bajo su jurisdicción, más allá de la simple aplicación de las leyes de inmigración, para evitar la calificación de arbitrariedad (la circunstancia extraordinaria fue la intención del Estado Parte de expulsar a los padres de un menor que se había naturalizado una vez cumplido el plazo exigido de diez años de residencia en el país). En el caso, a raíz de la expulsión del autor, su nieto quedó con la madre y el esposo de ésta en Nueva Zelandia. Por consiguiente, dada la ausencia de factores excepcionales como los señalados en *Winata*, corresponde considerar que la medida no violó el derecho consagrado en el art. 23.1 del Pacto.

8.2.2. Caso *Madafferi c. Australia*⁷²

En relación con la presunta violación del art. 17, se toma conocimiento de los argumentos del Estado Parte de que no se ha producido ninguna “injerencia”, ya que la decisión respecto de si los demás miembros de la familia acompañarán a Madafferi a Italia o permanecerán en Australia les incumbe exclusivamente a ellos y no viene determinada por la actuación del Estado.

Puede haber casos en que la negativa de un Estado Parte a autorizar que un individuo permanezca en su territorio suponga una injerencia en la vida familiar de esa persona. Sin embargo, el simple hecho de que tenga derecho a permanecer en el territorio no significa, necesariamente, que el exigir a otros miembros del grupo familiar que abandonen el Estado suponga tal injerencia.

Debe considerarse una “injerencia” el hecho de que se decida deportar a un padre que tiene cuatro hijos menores y obligar a su familia a escoger entre acompañarlo o permanecer en el Estado Parte, al menos en circunstancias en que, como en el caso, ello pueda ocasionar

⁷⁰ Comunicación N° 893/1999, del 28-3-2003, A/58/40, p. 172.

⁷¹ Comunicación N° 930/2000, del 26-7-2001, A/56/40, p. 209.

⁷² Comunicación N° 1011/2001, del 28-7-2004, A/59/40, p. 202.

trastornos importantes en la vida que el grupo se ha forjado durante años. Se plantea así la cuestión de si tal injerencia es o no arbitraria y, por lo tanto, contraria al art. 17.

En una deportación inminente, el momento decisivo para evaluar el punto es cuando se toma conocimiento del caso. Cuando una parte de la familia debe abandonar el territorio y se autoriza a la otra a permanecer en él, el criterio pertinente para determinar si la injerencia se justifica objetivamente debe examinarse, por una parte, a la luz de la importancia de las razones del Estado Parte para expulsar a la persona y, por la otra, según la magnitud de las dificultades que experimentarán los miembros de su familia como consecuencia de la medida.

El Estado Parte justifica la expulsión de Madafferi con su presencia ilegal en Australia, la supuesta falta de honradez en sus relaciones con el Departamento de Inmigración y Asuntos Multiculturales y su “falta de integridad” debido a los hechos delictivos cometidos en Italia hace veinte años. Por su parte, el Comité observa que las sentencias pendientes en Italia respecto del autor han prescrito y que no hay órdenes de detención en su contra. Al mismo tiempo, toma conciencia de las considerables dificultades a las que se enfrentaría una familia establecida hace catorce años. Si la señora Madafferi y sus hijos decidieran emigrar para evitar la separación, no sólo tendrían que vivir en un país que no conocen y cuyo idioma no hablan, sino que, además, deberían ocuparse, en ese entorno, de la deteriorada salud mental del autor, atribuible, en alguna medida, al Estado Parte.

En estas circunstancias muy específicas, se considera que las razones aducidas por el Estado Parte no son lo suficientemente apremiantes para justificar una injerencia de esa magnitud en la vida familiar y una violación del derecho de los niños a beneficiarse de las medidas de protección necesarias, teniendo en cuenta su condición de menores.

Por lo tanto, la expulsión de Madafferi constituiría una injerencia arbitraria en la familia, y se violarían con ella las disposiciones de los arts. 17.1, 23 y 24.1 del Pacto.

9. LIBERTAD DE CULTO. LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DESACATO. QUEBRANTAMIENTO. CONFISCACIÓN DE OBRA (ARTS. 18 Y 19).

9.1. Observaciones generales adoptadas⁷³

9.1.1. El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (que incluye la libertad de tener creencias) en el párrafo 1 del art. 18 es profundo y de largo alcance: abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias, ya sea que se manifiesten a título individual o en comunidad con otras personas. El Comité llama la atención de los Estados Partes sobre el hecho de que la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia se protegen de igual modo que la libertad de religión y de creencias. El carácter fundamental de estas libertades se refleja también en la circunstancia de que, como se proclama en el párrafo 2 del art. 4 del Pacto, esta disposición no puede ser objeto de suspensión en situaciones excepcionales.

9.1.2. El párrafo 1 del art. 19 prevé la protección del derecho de toda persona a no ser molestanda a causa de sus opiniones. Se trata de un derecho para el que el Pacto no admite excepciones ni restricciones.

El párrafo 2 enuncia la protección del derecho de expresión, que comprende no sólo la libertad de “difundir informaciones e ideas de toda índole”, sino también la libertad de “buscarlas” y “recibir las”, “sin consideración de frontera”, y por cualquier medio, “ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su

⁷³ Observaciones generales Nros. 22 (art. 18) y 10 (art. 19), en *investigaciones* 1/2 (2003), pp. 267/268, y 3 (2001), p. 569, respectivamente.

elección”. No todos los Estados Partes han suministrado información sobre todos los aspectos de la libertad de expresión. Por ejemplo, hasta ahora se ha prestado poca atención al hecho de que debido al desarrollo de los modernos medios de información pública, se requieren medidas eficaces para impedir que un control de éstos lesione el derecho de toda persona a la libertad de expresión en una forma no prevista en el párrafo 3.

Muchos Estados se limitan a mencionar que la libertad de expresión está garantizada por la Constitución o por las leyes. Ahora bien, a fin de conocer el régimen preciso de la libertad de expresión en la legislación y en la práctica, el Comité necesita además información adecuada sobre las normas que definen su ámbito, así como también sobre otras condiciones que en la práctica afectan al ejercicio de este derecho. Es el equilibrio entre el principio de la libertad de expresión y esas limitaciones y restricciones lo que determina el ámbito real del derecho de la persona.

El párrafo 3 subraya expresamente que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales, y por esta razón se permiten ciertas restricciones en interés de terceros o de la comunidad en su conjunto. No obstante, cuando un Estado Parte considera procedente imponer ciertas restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, éstas no deben poner en peligro ese derecho en sí mismo.

9.2. Decisiones

9.2.1. Caso *Kang c. República de Corea*⁷⁴

Es de señalar, en cuanto a la queja del autor de que el “sistema de conversión ideológica”⁷⁵ viola los derechos enunciados en los arts. 18, 19 y 26 del Pacto, que su carácter coercitivo está contenido en el sistema de juramento de acatar la ley, aplicado de manera discriminatoria para cambiar la opinión política de un preso ofreciendo el aliciente de recibir trato preferente en prisión y de tener más posibilidades de obtener la libertad condicional (el autor fue clasificado como “delincuente contumaz” por no acatar el sistema, lo que lo privó del derecho a un trato más favorable).

Este sistema, que el Estado Parte no demostró que fuese necesario a los efectos de ninguna de las restricciones lícitas enumeradas en los arts. 18 y 19, limita la libertad de expresión y de manifestar las creencias, discriminando según las opiniones políticas y, por lo tanto, viola los párrafos 1 de los dos artículos, así como también el 26, en ambos casos.

9.2.2. Caso *Kankanamge c. Sri Lanka*⁷⁶

Las acusaciones contra el autor, relacionadas todas con artículos en los que presuntamente difamó a altos funcionarios del Estado Parte, conciernen directamente al ejercicio de su actividad como periodista y al de su derecho a la libertad de expresión.

Habida cuenta de la naturaleza de su profesión y dadas las circunstancias expuestas, corresponde considerar que el hecho de mantener pendientes las acusaciones por el delito de difamación durante varios años después de la entrada en vigor para el Estado Parte del Protocolo Facultativo puso al autor en una situación de incertidumbre e intimidación que tuvo un efecto disuasivo, que restringió indebidamente el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, motivando la violación del art. 19 del Pacto, leído conjuntamente con el art. 3.2.

9.3. Caso *Lovell c. Australia*⁷⁷

⁷⁴ Ver nota 44.

⁷⁵ Sistema cuya legalidad fue dispuesta mediante la Ley de Administración Penal de 1980.

⁷⁶ Comunicación N° 909/2000, del 29-7-2004, A/59/40, p. 70.

Antecedentes del caso: el autor fue contratado como abogado laboral por el Sindicato de Comunicaciones... División de Construcción y Electricidad (CEPU), cuando se vio implicado en un litigio contra la empresa Hamersley. Ésta interpuso ante el Tribunal Supremo de Australia occidental una demanda civil contra el CEPU y varios de sus empleados. En el curso del proceso, se exigió a la empresa que pusiera a disposición de aquéllos todos los documentos pertinentes como medios de prueba que no se podían calificar de reservados. Según ésta, el autor y el CEPU, al hacer público el contenido de cinco de estos documentos en una entrevista radiofónica, en artículos de prensa y en informes redactados para distribuirlos entre sus miembros y otros sindicatos, violando las normas sobre la proposición de pruebas, cometieron desacato ante el Tribunal.

Decisión:

El derecho a la libertad de expresión abarca la “libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento” (art. 19.2), por lo que el autor, al publicar documentos a los que se había hecho referencia en una audiencia pública, mediante diferentes procedimientos, estaba ejerciendo su derecho a difundir información en ese sentido.

Por otra parte, cualquier restricción a la libertad de expresión en virtud del párrafo 3 del art. 19 debe reunir, acumulativamente, las siguientes condiciones: estar prevista por la ley, imponerse por uno de los objetivos enumerados en sus apartados *a* y *b*, y ser necesaria para alcanzar el propósito legítimo.

El desacato al Tribunal es una figura de derecho tipificada por la ley que restringe la libertad de expresión con el fin de proteger el derecho de confidencialidad de las partes en un litigio, la integridad del tribunal o el orden público. En el caso, aunque a petición del autor y del CEPU se ordenó que se revelaran los cinco documentos, no se permitió que se adujeran como prueba ni, por lo tanto, su incorporación al expediente. Asimismo, tales documentos no se leyeron en voz alta ante el Tribunal ni su contenido se dio a conocer a nadie más que a las partes del litigio y sus abogados. En tales circunstancias, claramente hubo una restricción implícita a su publicación. Esta limitación se derivaba de la disposición sobre el desacato y era necesaria con el fin de proteger los derechos de terceros, concretamente Hamersley, o el orden público. En consecuencia, se concluye que la condena del autor por desacato fue una restricción permisible de su libertad de expresión, de conformidad con el art. 19.3, y que no hubo violación del art. 19.2.

9.4. Caso *Shin c. República de Corea*⁷⁸

El cuadro pintado por el autor corresponde plenamente al ámbito del derecho a la libertad de expresión, amparado en el art. 19.2, disposición que se refiere específicamente a las ideas que se difunden “en forma artística”.

Aun cuando el quebrantamiento del derecho del autor, mediante la confiscación del cuadro y su condena por un delito penal, se hizo en aplicación de la ley (en el caso, la Ley de Seguridad Nacional coreana), se observa que el Estado Parte debió demostrar la necesidad de estas medidas para alguno de los propósitos enumerados en el párrafo 3 del art. 19. En consecuencia, toda restricción del derecho a la libertad de expresión debe justificarse en los términos del referido párrafo: es decir, además de estar prevista por ley, debe ser necesaria

⁷⁷ Comunicación N° 920/2000, del 24-3-2004, A/59/40, p. 100.

⁷⁸ Comunicación N° 926/2000, del 16-3-2004, A/59/40, p. 116.

para asegurar el respeto de los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, lo que no ocurrió en el caso.

10. JUECES. DESTITUCIÓN. PODER JUDICIAL. INDEPENDENCIA. DERECHO A LA IGUALDAD. ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS (ART. 25).

*Caso Pastukhov c. Belarús*⁷⁹

Antecedentes del caso: el 28 de abril de 1994, de conformidad con el procedimiento establecido por la Constitución de 1994, el autor fue elegido por el Parlamento del *Soviet* Supremo para ocupar el cargo de juez en el Tribunal Constitucional durante un período de once años. Por decreto presidencial del 24 de enero de 1997, fue depuesto en sus funciones, pues el mandato había concluido con la entrada en vigor de la nueva Constitución de 1996. Rechazada por el tribunal de distrito la solicitud de restitución en su cargo de juez, el autor apeló la decisión ante el tribunal municipal de Minsk. Este último tribunal refirió que los tribunales de Belarús no eran competentes para fallar sobre el examen de los litigios relativos a la restitución en el cargo de personas nombradas por el Consejo Supremo y, por lo tanto, rechazó la apelación. El recurso presentado ante el Tribunal Supremo corrió la misma suerte.

Decisión:

El decreto presidencial no se basó en la sustitución del Tribunal Constitucional por un nuevo tribunal, sino que se refirió al autor en persona, y la única razón aducida para destituirlo fue la finalización de su mandato como magistrado, lo que evidentemente no había sucedido.

Por lo tanto, esta destitución, varios años antes de la expiración del mandato para el que fue nombrado, constituye un ataque a la independencia judicial y no respeta el derecho de acceso del autor, en condiciones generales de igualdad, a la administración pública de su país, por lo que infringe el apartado c) del art. 25 del Pacto⁸⁰, leído en forma conjunta con el art. 14.1, relativo a la independencia del Poder Judicial, así como lo dispuesto en el art. 2 del mismo instrumento.

11. HOMOSEXUALES. JUBILACIONES Y PENSIONES. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL (ART. 26).

11.1. Observación general sobre no discriminación⁸¹

La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación, constituyen un principio básico y general relativo a la defensa de los derechos humanos. En virtud del art. 26, todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier distinción en virtud de ésta y se garantiza a todos los individuos asistencia igual y efectiva contra todo ataque por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Si bien el art. 2 limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la discriminación a los previstos en el Pacto, el art. 26 no establece tal limitación. En efecto, declara que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin distinciones a su

⁷⁹ Comunicación N° 814/1998, del 5-8-2003, A/58/40, p. 62.

⁸⁰ Ver punto 1.1.3 (nota 4).

⁸¹ Observación General N° 18, en *investigaciones 2* (2002), pp. 625/627.

igual protección. A juicio del Comité, la norma no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el art. 2, sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el art. 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de éstas. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el citado artículo de que su contenido no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del art. 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto.

11.2. Caso *Young c. Australia*⁸²

Antecedentes del caso: el autor, que mantuvo durante 38 años una relación homosexual con C., antiguo combatiente a quien prestó cuidados en los últimos años de vida, solicitó una pensión en calidad de persona a cargo de un veterano, amparándose en el art. 13 de la Ley sobre los Derechos de los ex Combatientes (Ley). La solicitud fue rechazada por no considerarlo “persona a cargo” según la definición dada en la Ley.

Decisión:

En primer lugar, conviene recordar que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas heterosexuales son razonables y objetivas, ya que éstas pueden escoger si contraen o no matrimonio, con todas las consecuencias que de ello se derive.

De los artículos impugnados de la Ley se deduce, a los efectos de percibir una pensión, que las personas que forman parte de un matrimonio o de una pareja heterosexual que cohabita (que pueden demostrar que tienen una relación “de tipo matrimonial”) se ajustan a la definición de “miembro de una pareja” y, por tanto, de “persona a cargo”, lo que no sucede en el caso. En efecto, el autor, como pareja del mismo sexo, no tuvo la oportunidad de contraer matrimonio. Tampoco fue reconocido como compañero que cohabitaba con C. debido a su sexo u orientación sexual.

Es jurisprudencia constante del Comité que no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos. El Estado Parte no presentó ningún argumento que sirviera para demostrar que esta distinción entre compañeros del mismo sexo, a los que no se les permite recibir prestaciones de pensión en virtud de la Ley, y compañeros heterosexuales no casados, a los que sí se conceden tales prestaciones, sea razonable y objetiva, ni ninguna prueba que revelara la existencia de factores que pudieran justificar esa distinción.

En este contexto, corresponde concluir que el Estado Parte violó el art. 26 del Pacto al denegar al autor una pensión con base en su sexo u orientación sexual.

⁸² Comunicación N° 941/2000, del 6-8-2003, A/58/40, p. 231.