



Instituto de
Investigaciones

investigaciones



1 [2010]



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

Año del Bicentenario

Dirección

Dr. Rodrigo Codino
Dra. Mariana Caraballo
Dra. Gabriela Gusi
Dr. Matías Bailone
Dra. Mercedes de Urioste
Dra. María Silvia Galíndez

Jefe de Redacción

Dr. Víctor Hugo Accardi

Colaboradores

Lic. Marta Isaura Trotta Lagos
Lic. Paula Frondizi

Corrección

Trad. Carolina Mozo Sartorio

Diseño de tapa y fotografía

DG Pablo Molina Almirón

***Diseño y diagramación
de textos interiores***

DCV Esteban Diego Alonso

Impreso en la Dirección Servicios Complementarios
Biblioteca del Congreso de la Nación

© Corte Suprema de Justicia de la Nación
Impreso en la Argentina - *Printed in Argentina*
Hecho el depósito que marca la ley 11.723
Registro de Propiedad Intelectual: en trámite

Corte Suprema de Justicia de la Nación
Instituto de Investigaciones y de Referencia Extranjera
Talcahuano 550, 4° piso, Oficina 4036
CPA C1013AAL - Buenos Aires - Argentina.
Teléfonos: 4370 - 4600 (int 4538/4636/4637)
E-mail: investigaciones@csjn.gov.ar
Sitio Web: www.csjn.gov.ar/ii/investig.html



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Presidente

Dr. Ricardo Luis Lorenzetti

Vicepresidente

Dra. Elena I. Highton de Nolasco

Ministros

Dr. Carlos S. Fayt

Dr. Enrique S. Petracchi

Dr. Juan Carlos Maqueda

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

Dra. Carmen M. Argibay

investigaciones 1 [2010]

SUMARIO

-Buenos Aires, 2010. Año XIV-

Secciones	Páginas
DOSSIER: <i>GENOCIDIO Y LESA HUMANIDAD</i>	
<i>MASACRES: LARVAS Y SEMILLAS.</i> <i>LINEAMIENTOS PARA UN REPLANTEO CRIMINOLÓGICO</i> por Eugenio Raúl Zaffaroni	11/32
<i>AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN:</i> <i>EL CASO FUJIMORI</i> por Felipe Villavicencio Terreros	33/44
<i>DE LA MATANZA AL PROCESO GENOCIDA</i> por Jacques Sémelin	45/57
JURISPRUDENCIA	59/180
TEXTOS ESCOGIDOS	181/217
NOTICIAS	219/229
NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS	
LIBROS	233/239
ÍNDICES	241/247

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
Y DE REFERENCIA EXTRANJERA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

DOSSIER

GENOCIDIO Y LESA HUMANIDAD

investigaciones

MASACRES: LARVAS Y SEMILLAS LINEAMIENTOS PARA UN REPLANTEO CRIMINOLÓGICO

> por Eugenio Raúl Zaffaroni*

SUMARIO: 1. LOS MOMENTOS DE LA CRIMINOLOGÍA Y LAS MASACRES. — 2. LA RECUPERACIÓN DE LA PLURIDISCIPLINARIEDAD CONECTIVA. — 3. UN NUEVO COMPROMISO IDEOLÓGICO DE LA CRIMINOLOGÍA. — 4. LAS AGENCIAS DEL SISTEMA PENAL COMO PERPETRADORAS. — 5. EL SILENCIO DE LOS CIENTÍFICOS. — 6. REALISMO VINDICATIVO Y VINDICACIÓN PARANOICA. — 7. INSEGURIDAD EXISTENCIAL Y ANGUSTIA SOCIAL. — 8. LA INSTALACIÓN DEL MUNDO PARANOICO. — 9. LA FUNCIONALIDAD POLÍTICA DEL MUNDO PARANOICO. — 10. EL CANDIDATO ADECUADO PARA *CHIVO EXPIATORIO*. — 11. EL DELINCUENTE COMÚN COMO ENEMIGO RESIDUAL. — 12. EL PODER PUNITIVO CONFORME AL MUNDO PARANOICO. — 13. LAS *SIMIENTES DE MASACRES* Y LAS *MASACRES LARVADAS*. — 14. PREVENCIÓN PRIMARIA DE MASACRES. — 15. LA PREVENCIÓN EN LAS AGENCIAS POLICIALES. — 16. LAS AGENCIAS PENITENCIARIAS. — 17. LA PSICOPATOLOGÍA EJECUTORA. — 18. LAS AGENCIAS POLÍTICAS COMO AUTORES MEDIATOS. — 19. TÉCNICAS MEDIÁTICAS DEL MUNDO PARANOICO. — 20. LA PREVENCIÓN DE MASACRES EN LA COMUNICACIÓN. — 21. LA CONTENCIÓN INSTITUCIONAL DEL PODER PUNITIVO. — 22. LAS TÉCNICAS DE NEUTRALIZACIÓN. — 23. ASUNCIÓN DEL RIESGO DE VICTIMIZACIÓN. — 24. DIFICULTADES RESPECTO DEL DELINCUENTE COMÚN. — 25. PREVENCIÓN DE MASACRES Y DEL DELITO COMÚN. — 26. ALGUNA REFLEXIÓN FINAL.

1. LOS MOMENTOS DE LA CRIMINOLOGÍA Y LAS MASACRES

La criminología aparece con los estudios etiológicos sobre el *mal* de los demonólogos (siglos XIII a XVII). Las reflexiones iluministas sobre la legitimidad y límites del poder punitivo desplazaron el eje temático hacia el *sistema penal* (siglo XVIII). El positivismo biologista volvió a la etiología con argumentos racistas ocupándose de los *crímenes* de los *inferiores no evolucionados* o *involucionados* (siglo XIX). La sociología norteamericana se mantuvo dentro del planteo etiológico, dando preferencia a los delitos de las clases pobres (primera mitad del siglo XX). La criminología de la reacción social en versión de medio camino volvió al sistema penal y puso de relieve sus efectos reales, en tanto que sus variables más radicalizadas lo encuadraron en teorías *macro* de crítica social (segunda mitad del siglo XX). Cada uno de estos momentos impulsó una política: los demonólogos, la masacre inquisitorial; los biologists, el neocolonialismo, la represión de las clases subalternas internas y el genocidio nazista; la sociología norteamericana, la incorporación de estas clases y toda la ideología *re* (*re*-socialización, educación, incorporación, etc.) propia del *welfare state*; la criminología de la reacción social en versión interaccionista

* Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires y Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El presente trabajo corresponde a la conferencia de cierre del seminario “Impasses da política criminal Latinoamericana”, celebrado en Río de Janeiro en junio de 2009, organizado por la Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça y el Instituto Carioca de Criminologia. El texto está destinado al Libro-homenaje al distinguido criminólogo costarricense, Dr. Enrique Castillo, con admiración y afecto.

y fenomenológica, la reforma profunda del sistema penal, y las tesis más radicales, un cambio social completo.

Llegamos al siglo XXI sin que ninguno de estos momentos se haya ocupado de las *masacres*, si en ese vocablo incluimos el *genocidio* y cualquier otro género de crímenes de Estado en forma de *matanzas masivas* o muy numerosas, incluyendo las que se producen por acumulación (masacres por goteo) y obviando los tecnicismos jurídicos. La criminología cedió ese campo a los filósofos y politólogos como *naturalmente* ajeno; el homicidio escapa a sus límites epistemológicos cuando se vuelve masivo, o sea que el más grave de los delitos no ha sido objeto preferencial de la criminología.

Intentamos aquí delinear un panorama del replanteo que sufriría y del campo de investigación que le incumbiría a la criminología incorporando las masacres a su universo. La política resultante de esa incorporación tendría como objetivo la *prevención de masacres*. Aunque recurrimos a ejemplos de todo el mundo, no podemos menos que tomar en cuenta la experiencia de nuestra región. El método aplicado es de preferencia el comparativo entre masacres; limitamos el análisis a partir del siglo XIX (neocolonialismo), pues el colonialismo respondió a un contexto mundial diferente; por otra parte, una investigación más amplia nos llevaría al terreno de la *etnología*, que no es posible abordar en el limitado espacio presente. Se trata de cuestiones que aquí sólo nos limitamos a señalar, pero que deben ser materia de reflexiones e investigaciones mucho más profundas y detenidas; no pretendemos más que dar un primer machetazo en la selva impenetrable por la que creemos que debe aventurarse la criminología del futuro inmediato.

2. LA RECUPERACIÓN DE LA PLURIDISCIPLINARIEDAD CONECTIVA

La inclusión de la masacre obliga a retomar el planteo conectivo (etiológico) desde una perspectiva pluridisciplinaria y no reduccionista. Las conexiones de las masacres no pueden pasar por alto la incidencia de decisiones políticas (modelos de Estado, grupos de poder, etc.); se producen en contextos económicos problemáticos y operan intereses poderosos; la comunicación social masiva desempeña un papel determinante en la señalización de las víctimas; en esos crímenes convergen conductas que neutralizan valores dominantes en función de procesos cuya dinámica es indispensable conocer; tampoco cabe negar la intervención de personas con patologías psíquicas y mentales. Todas estas cuestiones abren las puertas a la ciencia política, a la economía política, a la psicología social e individual y a la psiquiatría.

La criminología de la reacción social fue de preferencia sociológica y minimizó los aportes de otras disciplinas. La desconfianza en los anteriores planteamientos etiológicos (positivistas) era más que justificada, pero desbrozado el camino de toda falsa etiología, para llegar al fondo del crimen más grave podemos renovar la pluridisciplinaria en la investigación conectiva de las masacres, porque su aplicación nos sorprenderá al llevarnos a un planteo mucho más rico que cualquier reduccionismo.

3. UN NUEVO COMPROMISO IDEOLÓGICO DE LA CRIMINOLOGÍA

La incorporación de la masacre para derivar lineamientos preventivos presupone que la investigación criminológica, tanto teórica como de campo, asuma un claro compromiso ideológico-político con los derechos humanos (en particular, con el derecho a la vida). La criminología que incorpore la masacre a su horizonte de proyección debe dejar de ser neutral para pasar a afrontar un compromiso *ideológico abierto* frente a la plurifactorialidad masacradora. Por ende, pasan a ser parte de su contenido ámbitos que hoy permanecen ajenos, como las fuentes de la inseguridad existencial, las condiciones culturales e históricas que favorecen la instalación del mundo paranoico, las conductas de las agencias políticas y de los medios de comunicación que señalan *chivos expiatorios*, las agencias del poder punitivo que son sus potenciales perpetradores, las agencias que pueden operar como contención, las conductas de los posibles candidatos a *chivos expiatorios*, su disposición para asumir el rol, etc.

4. LAS AGENCIAS DEL SISTEMA PENAL COMO PERPETRADORAS

Lo primero que salta a la vista en la investigación de las masacres es que sus perpetradores (*autores directos*) son agentes del sistema penal o bien extraños que actúan con indiferencia, beneplácito u omisión de éste. Cuando intervienen fuerzas armadas, no lo hacen en función bélica, sino asumiendo tareas policiales. La *solución final* nazista no fue ejecutada por militares: los armenios fueron masacrados por prisioneros liberados por el sistema penal para ese fin, el *Khmer Rojo* mató policialmente, etc. Las masacres neocolonialistas fueron acciones policiales de control de un país sometido, falsamente definidas como *guerra contra un pueblo* (la violencia colonial argelina en los siglos XIX y XX; el genocidio de Leopoldo II en el Congo), técnica que luego se desplazó al control interno en Latinoamérica con el nombre de doctrina de la *seguridad nacional* -legitimada también como *teoría del partisano-*, con los ejércitos en el papel de policías de ocupación de sus propios pueblos.

Existen otras masacres a las que se presta poca atención: son las *muertes anunciadas* del poder punitivo. En este rubro entran las muertes por ejecuciones sin proceso, por la llamada *criminalidad organizada* (que siempre opera con corrupción y complicidad de estamentos del propio poder punitivo), por violencia política, por simple corrupción, por maltrato, indiferencia o *motines* carcelarios, por mortalidad y morbilidad carcelaria, por desplazamientos masivos forzados de población, por omisiones de las fuerzas de seguridad, por deficiencias del servicio de seguridad, por contradicciones incentivadas entre los segmentos carenciados, etc.

5. EL SILENCIO DE LOS CIENTÍFICOS

El número de muertos en las masacres cometidas por acción u omisión complaciente del poder punitivo en el siglo XX supera el de las guerras, pese a lo cual semejante *volumen criminal* pasó junto a la criminología (y al derecho penal) casi sin rozarlos. Los internacionalistas se ocupan del genocidio desde el final de la última Guerra Mundial, pero con gran desconfianza y rezago -y hasta abierto rechazo- de los penalistas, incluyendo algunas regresiones jurídicas. Se trata de una verdadera *ceguera criminológica y jurídico-penal*.

Estas conductas de juristas y criminólogos deben ser también objeto de la criminología, pues la verificación de que el poder que pretenden regular para preservar el orden social es el agente potencial del peor crimen contra los seres humanos (su aniquilamiento masivo) importa una grave lesión narcisista. En segundo lugar, la declamada neutralidad ideológica de las ciencias sociales -aunque desde hace tiempo maltrecha- se derrumba cuando el análisis ideológico de los discursos pasa a ser vital para desentrañar su potencial de instigación de masacres.

6. REALISMO VINDICATIVO Y VINDICACIÓN PARANOICA

Pese a todas las *teorías de la pena* (cada autor sostiene que ella *debe ser* como la imagina, pero en la realidad *son como son*), la observación histórica del poder punitivo indica que éste -entre otras funciones- *encausa las pulsiones vindicativas de la sociedad*, vinculadas a la idea del tiempo lineal propio de la sociedad industrial (por oposición al cíclico de las sociedades agrarias). Mientras estas pulsiones responden a una realidad razonablemente construida en base a comunicación prudente de hechos verdaderos, el poder punitivo reconoce los límites que le impone cierta proporción en la pretensión vindicativa (llamamos a esta situación *realismo vindicativo*). Pero cuando la comunicación se aleja de lo razonable, pasa a construir socialmente una realidad mucho más amenazante (*mundo paranoico*) que promueve una *vindicación paranoica* sin proporción con la autoría, frecuencia y calidad de los delitos cometidos. Víctima de esa vindicación es un *chivo expiatorio* al que se convierte en responsable de la amenaza (*enemigo*) y se le imputan los peores crímenes, para concluir en su eliminación.

La cadena puede no terminar aquí: en ocasiones el enemigo eliminado adquiere carácter *sagrado* y el chivo expiatorio pasa a ser el propio gobernante (René Girard). Cuando la venganza se revierte sobre el masacrador, pareciera que nada alcanza para canalizar la venganza, dada la magnitud de la lesión, con lo cual el genocida quedaría fuera de la comunidad jurídica y él mismo pasaría a ser un enemigo y cualquiera podría darle muerte sin que sea posible censurarlo o punirlo (*die Friedlosigkeit* o *pérdida de la paz*). La necesidad de preservar un mínimo de racionalidad jurídica obliga a ratificar su pertenencia a la comunidad mediante su sometimiento al ejercicio de un poder punitivo controlado; ésta es la tarea de los tribunales internacionales.

7. INSEGURIDAD EXISTENCIAL Y ANGUSTIA SOCIAL

Pese a la moderna tecnología, la comunicación no dispone de un espacio ilimitado para construir una realidad social paranoica, pues está condicionada por el nivel de *angustia social* del momento, que proviene de la *inseguridad existencial*. Si bien ésta es inherente al ser humano y ninguna sociedad puede cancelarla por completo, es posible mantenerla dentro de límites razonables en la medida en que provea medios adecuados a la discreta realización de los proyectos individuales acordes a las metas culturales dominantes. Pero cuando esos medios desaparecen, el exceso de inseguridad existencial provoca anomia, porque en esa coyuntura la sociedad no puede responder a las demandas de las personas ni integrar a éstas en una empresa común de superación de esa carencia. En términos *sistémicos*, se diría que tiende a un desequilibrio del sistema.

Un factor de desequilibrio es la estratificación por castas (inmovilidad social vertical), como también los movimientos de brusco descenso de sectores sociales amplios (desempleo, polarización de riqueza, desindustrialización). En ocasiones son grupos y no estratos sociales los que padecen inmovilidad (inmigrantes, pueblos originarios, grupos étnicos), o bien ésta resulta de la combinación de pertenencia a estos grupos y también al estrato desfavorecido. Un *conflictivista* diría que escasean las reglas comunes de solución de conflictos y se abre el espacio paranoico, donde todos se perciben como extraños incapacitados para colocarse en la perspectiva del *otro*.

8. LA INSTALACIÓN DEL MUNDO PARANOICO

La excesiva *angustia social* impulsa la búsqueda anárquica de responsables de la inseguridad, que se traduce en violencia contra los más dispares grupos y personas (*violencia difusa*, sin canalización dominante). El espacio para la construcción paranoica de la realidad social guarda relación directa con el nivel de angustia social y de la resultante violencia difusa.

La violencia difusa y la angustia social se retroalimentan hasta que la última se vuelve insoportable, pero apenas se consigue imputar a un *chivo expiatorio* como fuente de la inseguridad existencial (se instala el *mundo paranoico* con un *enemigo* identificado), el nivel de angustia desciende porque ésta se convierte en *temor* (miedo) a la amenaza de la emergencia desatada por el enemigo. La angustia no tiene objeto conocido (tiene objetos erráticos y en última instancia la muerte), pero el miedo siempre reconoce un objeto, pudiendo ser normal o patológico, según que exista o no un verdadero objeto temible. El mundo paranoico que instala la comunicación puede ser más o menos patológico en razón de la mayor o menor temibilidad real del objeto elegido. A mayor angustia social corresponde un espacio comunicacional más amplio para instalar objetos no temibles e incluso físicamente inexistentes (Satanás).

Cuando la angustia se convierte en miedo renacen los proyectos existenciales, pues la aniquilación del enemigo (*vindicación paranoica*) pasa a ser *el primer paso de todo proyecto existencial, como condición indispensable para su realización*. Poco importa

la disparidad de los proyectos, en la medida en que como primer paso común a todos se imponga la eliminación del obstáculo (objeto temible) del mundo paranoico. De este modo logra la adhesión de una parte considerable de la sociedad, muchas veces entusiasta.

9. LA FUNCIONALIDAD POLÍTICA DEL MUNDO PARANOICO

Es inevitable que la instalación del mundo paranoico sea funcional a factores de poder y a intereses sectoriales y que la complejidad del poder la haga multifuncional, sea a fuerzas coincidentes o antagónicas, a un poder instalado que refuerza con ello su control social, como también a una oposición que procura desplazarlo; puede instalarse por una comunicación censurada y oficial o por agencias que operan con libertad de expresión y de mercado. Lo cierto es que *quien detenta la hegemonía social-política o económica- o la procura* ante todo trata de no ser víctima de las pulsiones vindicativas (desviarlas), en lo posible canalizarlas sobre quienes compiten con él o lo molestan y, en general, también moderar la violencia difusa que, por ser errática, también es en potencia peligrosa para él.

Es dable observar que los gobiernos de casi todos los países pobres no invierten en investigación criminológica de campo con finalidad preventiva y por ello no disponen de datos serios sobre la realidad criminal. Las universidades de esos países no lo hacen por falta de recursos y porque las agencias ejecutivas les retacean la información. De este modo, queda libre el camino para la instalación del mundo paranoico, sin que sea posible confrontar con la realidad los distorsionados datos que se proyectan mediáticamente. La carencia de información científica es también funcional a los intereses de las cúpulas de las agencias del poder punitivo, porque les permite manipular a su arbitrio la inversión presupuestaria. La ignorancia y desidia de los políticos acentúa su debilidad ante la extorsión comunicacional que señalaremos más adelante, pero también confirma la tesis foucaultiana de que lo que interesa al ejercicio del poder punitivo no es el objetivo manifiesto (prevención del delito), pues de lo contrario se extremaría el cuidado en el primer paso de la prevención, que es su conocimiento. Es obvio que nadie puede prevenir lo que desconoce y si no quiere conocerlo es porque no tiene como meta la prevención.

Cabe advertir que toda instalación de un mundo paranoico es también una *maniobra de distracción pública*, pues al centrar la atención en un chivo expiatorio evita que la sociedad se disperse y repare en otros peligros reales (no es raro que lo instalen como política de Estado gobiernos muy corruptos, que se aproveche para dilapidar el ahorro nacional, descapitalizar al Estado, favorecer a corporaciones, cometer macrodefraudaciones, practicar otras masacres, etc.). El desmantelamiento de los Estados de bienestar se llevó a cabo mientras el mundo paranoico centrado en el delincuente común y después en el terrorista funcionó como una perfecta maniobra de distracción, provocando la aparición de un segmento social excluido del sistema productivo. Es deber de la criminología preventiva alertar a los sectores políticos acerca de estas tácticas.

10. EL CANDIDATO ADECUADO PARA *CHIVO EXPIATORIO*

Para instalar el mundo paranoico también es indispensable un *chivo expiatorio* adecuado para imputarle los crímenes que se proyectan como fuente de inseguridad existencial. La historia muestra la enorme heterogeneidad de los *enemigos* en diferentes mundos paranoicos: brujas, herejes, judíos, drogadictos, traficantes de drogas, comunistas, subversivos, sifilíticos, discapacitados, prostitutas, africanos, indios, inmigrantes, anarquistas, gays, minorías sexuales, terroristas, alcohólicos, drogadictos, pedófilos, ácratas, socialistas, delincuentes comunes, gitanos, burgueses, ateos, religiosos, etc. Es difícil hallar algún rasgo común entre todos ellos, pese a que algunos han sido reiteradamente victimizados.

Como la inseguridad existencial tiene diferentes fuentes y frustra proyectos propios de cada sociedad y momento, son muy distintos los grupos adecuados para su implementación paranoica, sin contar con el marco más amplio de las particularidades históricas y culturales de cada sociedad. Por ello, a veces el chivo expiatorio es idóneo por el simple hecho de pertenecer a un grupo (judíos, gitanos, minorías sexuales y étnicas), en tanto que otros todos (delincuentes comunes) o algunos miembros del grupo (inmigrantes) promueven conflictos que los hacen más vulnerables como candidatos para el mundo paranoico.

11. EL DELINCUENTE COMÚN COMO ENEMIGO RESIDUAL

Como la venganza sólo se ejerce contra crímenes, siempre se asigna al enemigo el rol del *criminal* que comete delitos más graves que los de cualquier otro (el pecado de las brujas era más grave que el *original*; los delincuentes de hoy *son más crueles* que los anteriores; los judíos conspiran contra la nación), sin importar si en verdad los cometen o que su frecuencia y gravedad sea mucho menor, pues lo importante es que se lo crea.

Cuando se selecciona como enemigos a los delincuentes comunes, por mucho que en el mundo paranoico se magnifiquen sus hechos o su frecuencia, el círculo de males que se les puede atribuir es muy limitado (a las brujas se les podía atribuir hasta la impotencia de los maridos; a los judíos, la quiebra de la nación; a los delincuentes comunes, sólo delitos comunes). De allí que la señalización del delincuente común como *enemigo* sea siempre *residual*; sólo se lo selecciona a falta de mejores candidatos. Además, los delincuentes comunes no pueden ser seleccionados por una dictadura que compra la libertad al precio del *orden* y, por tanto, no puede comunicar una mayor frecuencia delictiva; en ella no desaparecen los delitos sino su comunicación, cuya censura sólo deja filtrar delitos patológicos.

Pero la elección del delito común tiene otras ventajas. En principio, siempre ofrece candidatos, por lo que su carácter residual lo hace un *enemigo intermitente* (aparece cuando desaparecen mejores candidatos) y se proyecta con casos de delitos *naturales* (homicidios, violaciones, robos), asociados al estereotipo de las clases subalternas y de los que cualquiera puede sentirse víctima potencial, en tanto que el *white collar* sólo se proyecta como arma política. Además, garantiza un amplio

campo de vigilancia de la población, pues con pretexto de *seguridad* el propio público atemorizado pide su control, lo que es muy importante, porque en definitiva al poder no le interesa la prevención del delito, sino el ejercicio amplio del poder de vigilancia (Foucault). De allí la contradicción discursiva en que incurre cuando, por un lado, postula una fe absoluta en el efecto preventivo de penas desmesuradas y, por otro, fomenta una formidable industria de provisión de impedimentos físicos (Garland). Se produce una simbiosis inestable de dictadura y democracia cuando se sostiene que el delito baja en relación inversa a la represión y la comunicación del dato se mantiene por largo tiempo (es el caso del *republicanismo* norteamericano, difundido en Europa), pues el miedo se mantiene y su manejo pasa a convertirse en un modelo de *governance* que pasa en cascada a todas las instituciones (universidad, escuela, familia, club social, etc.) (J. Simon), sin perjuicio de su uso controlador preferencial sobre determinados sectores sociales excluidos (Wacquant).

La técnica de instalación mediática del mundo paranoico con el delincuente común como enemigo es sencilla: se da amplia publicidad a los delitos cometidos magnificando su frecuencia y gravedad, la publicidad se vuelve ávida y deseosa de crímenes horrendos. En caso de grave falla del autocontrol ético y del pluralismo informativo, proyecta hechos o autores falsos o distorsionados (se intentó imputar a terrorismo interno un gravísimo atentado cometido por el internacional, para volcar una elección en la víspera).

Otros delincuentes ofrecen un buen perfil como candidatos, en especial los *terroristas*, pero sólo regionalmente, porque la tentativa de planetarizarlos también fracasó, dado que en muchas sociedades no son idóneos para la instalación del mundo paranoico.

12. EL PODER PUNITIVO CONFORME AL MUNDO PARANOICO

Instalado el mundo paranoico, el poder punitivo rompe los límites que le imponía el *realismo vindicativo* y se desplaza hacia la *vindicación paranoica* mediante *medidas extraordinarias* o *excepcionales*, porque resulta insuficiente para destruir al *enemigo* que amenaza la supervivencia social o humana. La legislación habilita *excepciones* represivas y en la realidad queda expedito el camino a las *masacres*. Las agencias ejecutivas se apartan de su función manifiesta de prevención y represión de hechos, para pasar a perseguir *enemigos* en una alucinada *guerra* de vida o muerte de la sociedad, que puede ser continua, en forma de *masacre por goteo* (ejecuciones sin proceso de delincuentes comunes, escuadrones de la muerte).

El poder punitivo es la forma más violenta del control de las personas (control social). Cuando se limita a un grupo bien diferenciado, los otros sectores no tienen riesgo de victimización masacradora (estereotipo de clases subalternas, con caracteres étnicos, etc.), pero cuando se trata de disidentes son muchos más quienes corren alto riesgo de victimización por sospecha (el nazismo asesinó a judíos, gitanos, disidentes, opositores, gays, minorías sexuales, discapacitados, enfermos, *extraños*, y por ello ejerció un control social totalitario). De todas formas, cabe advertir que cualquier instalación del mundo paranoico abre las puertas para la vigilancia de casi toda la sociedad, por lo cual es un recurso para reforzar el control de todas las personas.

13. LAS SIMIENTES DE MASACRES Y LAS MASACRES LARVADAS

No toda tentativa de instalación de un mundo paranoico tiene éxito; cuando lo tiene, tampoco siempre acaba en masacre; y cuando ésta se produce, su extensión es variable. Es obvio que no pueden compararse en términos humanos el genocidio nazista o turco con una matanza en un motín carcelario, aunque los procesos productores sean análogos.

Por fortuna, en la mayoría de los casos no se llega a la masacre o ésta tiene baja intensidad masiva, sea por insuficiente angustia social, inadecuación del chivo expiatorio, un imponderable que baja la inseguridad existencial o la irrupción de otro factor que cohesione proyectos individuales (catástrofe natural, guerra en serio, brusco cambio político, etc.).

Masacre larvada es toda señalización comunicacional de un chivo expiatorio que se agota en la pretensión de convertirlo en enemigo. Son semillas de genocidio que no son viables o van a dar en terreno no apto para su germinación, pero que con potencia germinadora y terreno fértil prenden como maleza venenosa y desembocan en masacres. Por ello, toda pretensión de creación de un enemigo siembra una semilla de masacre y nunca es posible prever su desarrollo y extensión (el *antisemitismo difuso*, visto *ex-ante* por un *bienpensante* desprevenido, no parecía idóneo para causar el Holocausto; un prejuicio racista no parece idóneo para desatar leyes de expulsión, linchamientos, violencias sexuales y, menos aún, un conflicto social con atentados de consecuencias incalculables; etc.).

Un imponderable es el grado en que los perpetradores se sumergen en el mundo paranoico, pues no es raro que haya una disparidad intensiva entre la vivencia paranoica de los perpetradores y la del resto de la sociedad, que lleva a los primeros a una *extensión e intensidad masacradora* no tolerada por esta última y al consiguiente *desprestigio de la masacre* y de sus agentes, lo que contribuye a su limitación.

14. PREVENCIÓN PRIMARIA DE MASACRES

De lo anterior surge que la *prevención primaria de las masacres* debe propugnar medidas que provean de seguridad existencial y que, por ende, mantengan bajo el nivel de angustia social y la consiguiente venganza en los límites del *realismo vindicativo*. Son tareas de política general y especial (social, económica, educacional, sanitaria, etc.), pero no basta con satisfacer necesidades, pues cuando éstas son extremas pero debidas a una causa evidente y objetiva (terremoto, bombardeo), la seguridad existencial se refuerza porque el primer paso de todo proyecto individual pasa a ser la superación de la situación de emergencia real que, además, provoca una igualación al colocar a toda la población en situación de necesidad.

Las fuentes de *inseguridad existencial* son muy diversas, pero en general suelen señalarse una empresa común fracasada, sentimiento general de frustración, derrota, desorden o decadencia, empobrecimiento sin perspectivas de superación, abatimiento, pesimismo, carencia de lideratos (Turquía señaló a los armenios como los causantes de su derrota; Alemania hizo lo propio con los judíos; a ambos se les imputaron traiciones).

Por cierto, la comunicación social también puede incentivar la inseguridad existencial y contribuir a producirla. En América del Sur se imputó traición a los políticos (*antipolítica*) por perseguir objetivos personales y complicidad con el *terrorismo comunista* que amenazaba a Occidente, aunque sin mucho éxito, porque las dictaduras de seguridad nacional debieron funcionar como ocupantes, con apoyo sólo de pocos sectores de la población. La canalización de la venganza se facilita cuando la violencia política (que reemplazaba a la difusa) es más grave, pues obtiene mayor apoyo público (caso Fujimori). A falta de violencia política, la señalización residual de delincuentes comunes se usa para imputar indiferencia a los gobiernos que no son *de orden*, porque pretenden mantener al poder punitivo en los límites del realismo vindicativo.

La principal fuente actual de inseguridad existencial y de violencia difusa en América y en Europa proviene del *desbaratamiento de los Estados de bienestar* (desempleo, inseguridad laboral, previsional, deterioro de los servicios estatales, elevación de precios, dificultades de vivienda, salud, educación). El fundamentalismo de mercado del ocaso del siglo pasado frustró la esperanza de progreso social continuo y polarizó la riqueza, mientras que el capital especulativo volátil redujo a la impotencia a los políticos en un marco de regresión social. La *violencia difusa* se expresa en actitudes xenófobas, clasistas, racistas, sexistas y en todas las formas posibles de discriminación contra inmigrantes (Europa), grupos étnicos instalados desde antiguo (afroamericanos) o en crecimiento (latinos en los Estados Unidos), sectores excluidos dentro de la propia sociedad (América Latina) o etnias minoritarias (África).

15. LA PREVENCIÓN EN LAS AGENCIAS POLICIALES

Como el autor directo de las masacres es el poder punitivo, la *prevención secundaria* debe comenzar por sus agencias, en especial las policiales y penitenciarias, pero también las militares (debido a la frecuencia con que éstas se deterioraron con funciones policiales). No toda policía es una *Gestapo* ni toda prisión es un *Konzentrationslager*, como tampoco toda fuerza armada se convierte en policía, pero cualquier policía, prisión o fuerza armada pueden llegar a eso según el deterioro y la debilidad institucional que padezcan o en que caigan.

Las agencias policiales son históricamente recientes, pues surgieron con la concentración urbana industrial (comienzos del siglo XIX). Su evolución conoce tres estadios: comenzaron *primitivas*, formadas por delincuentes contratados por el Estado, luego pasaron a una etapa *empírica* y por último a una *técnica* o *criminalística*. La evolución no se completó en todas las sociedades y la *vindicta paranoica* tiene caracteres diferentes según la etapa alcanzada. Hubo genocidios cometidos por *primitivos* (los criminales turcos liberados al efecto por el Estado; la indiferencia policial en Ruanda); hay masacres cometidas por policías *empíricas* autonomizadas y degradadas por corrupción (en general, las *muertes anunciadas*); hubo genocidios perpetrados por agencias sofisticadas montadas como *máquinas técnicas* de matar (el nazismo). Otras veces, como esas máquinas no existían, las fuerzas armadas

asumieron *tecno-burocráticamente* la tarea (genocidios colonialistas y de seguridad nacional). Por ende, hay modelos de agencias perpetradoras *primitivas, empíricas y sofisticadas*.

Es importante recalcar la naturaleza civil del servicio de seguridad y eliminar la tendencia a la militarización vertical, que dificulta la formación de la conciencia profesional, negando los más elementales derechos laborales. Todas las policías tienden a convertirse en una institución cerrada, verticalizada, con su propio sistema de recaudación, distribución de rentas (lícitas o ilícitas) y gobierno (autonomización). Pueden extorsionar a los poderes políticos con el caos social (huelgas tácitas y sabotajes) y hasta dar golpes de Estado.

La autonomización de agencias policiales de inteligencia aumenta los riesgos políticos al máximo. La habilitación de estas agencias para prácticas ilegales es muy peligrosa para cualquier sistema político democrático, porque pueden degradarse en máquinas de cometer toda clase de delitos sofisticados.

Las agencias policiales se degradan con la autonomización, que puede consolidarlas como máquinas sofisticadas (lo que suele pasar con las agencias de inteligencia) o corromperlas (por regla, las policías empíricas) llegando a extremos absurdamente criminales, pasando por la práctica habitual de la tortura.

La autonomización de las agencias policiales siempre es social y políticamente patogénica. Sus relaciones con el poder político dependen de coyunturas: en ocasiones son de cooperación, pudiendo derivar en policías políticas de regímenes autoritarios; en otras, son de conflicto, en que extorsionan al poder político; algunas veces logran acuerdos, para que el poder político no moleste sus recaudaciones autónomas a cambio de gobernabilidad. La tecnología de las últimas décadas -que eleva muchísimo la rentabilidad autónoma- vuelve muy precario el equilibrio de estos acuerdos.

La prevención de las masacres requiere un estudio serio de las agencias policiales, de sus modelos organizativos, de su integración comunitaria, de las condiciones laborales de sus miembros, de su formación técnica e ideológica, de sus salarios y beneficios sociales, de la estabilidad en el empleo, de las garantías internas, del reclutamiento, del respeto a su dignidad laboral y humana, de su capacidad operativa, de sus prácticas, de la percepción social, de los estereotipos policiales creados por la sociedad y los medios, de sus dificultades de integración, etc. En el mundo actual ningún Estado puede prescindir de agencias policiales, pero gran parte del mundo carece de las adecuadas a la sociedad pluralista capaces de prestar un digno servicio público de seguridad. El control comunitario y el político plural de las policías son elementales para la prevención de eventuales desviaciones criminales y masacradoras.

La confusión de funciones militares y policiales es doblemente negativa, porque por un lado tiende a convertir a las agencias policiales en fuerzas de ocupación territorial en desmedro de su integración comunitaria (modelo militar en lugar de modelo comunitario), en tanto que, por otro, debilita la defensa nacional al destruir la imagen pública de las fuerzas armadas, degradándolas a fuerzas de ocupación interna. A esto último obedecieron las masacres coloniales y la transferencia de su

técnica criminal a ocupaciones internas (seguridad nacional), precedidas por *masacres neocoloniales internas* (extinción de pueblos originarios, *campana al desierto* argentina en el siglo XIX; policiamiento genocida del propio territorio).

16. LAS AGENCIAS PENITENCIARIAS

Las agencias penitenciarias pueden degradarse en campos de exterminio, donde se amontonan personas con alta mortalidad y morbilidad, lo que puede obedecer a una política de Estado, pero también a un deterioro progresivo en ausencia de toda directiva política, o sea, que se puede llegar a la masacre carcelaria por acción o por omisión política o por ambas.

El fracaso de las ideologías *re* en Estados Unidos provocó el reemplazo de la cárcel *de tratamiento* por la *de seguridad*, acompañado de un formidable crecimiento del aparato burocrático penal que alcanza el más alto índice de prisionización mundial. En los países ricos las cárceles tienden a convertirse en instituciones de *tortura blanca* (sin predominio de violencia física) y en los pobres, en campos de concentración, con muertes frecuentes (masacre *por goteo*) y brotes de muertes masivas (*motines*). La señalización de islámicos como *terroristas* (enemigos) permitió la instalación de cárceles secretas para secuestrados por agencias policiales (los centros de Rumania y Polonia por la CIA, análogos a los centros ilegales de detención de la seguridad nacional en Sudamérica) y cárceles para sospechosos (Guantánamo) sin control judicial.

El fracaso de las ideologías *re* dejó sin discurso (anómico) al personal penitenciario. La criminología preventiva de masacres debe reflexionar sobre el *trato* a la masa de personas prisionizadas, considerando que lo están por efecto de la selectividad criminalizante orientada por estereotipos. Por ende, debe replantearse la cuestión del *tratamiento* como *trato* consistente en el *ofrecimiento* de la oportunidad de superar la alta vulnerabilidad al poder punitivo que lo llevó a esa situación, al tiempo que se estudie el modo de disminuir los efectos estructurales negativos (regresivos y deteriorantes) de la institucionalización total, reservando ésta a los casos extremos y evitando la superpoblación mediante un adecuado sistema de *cupos* (limitación de la población penal a la capacidad de la infraestructura). La selección comunicacional de delincuentes comunes como enemigos determina la superpoblación, que a su vez provoca las masacres carcelarias en los países pobres.

La prisionización reproduce criminalidad, genera reincidencia, condiciona patologías psíquicas (neurosis de carácter y reactivas regresivas), refuerza los roles desviados por efecto de la exigencia de asumirlos en la vida carcelaria para sobrevivir sin provocar interrupciones agresivas y la reincidencia. La intervención penal por desviaciones primarias genera otras secundarias y la reclusión de adolescentes prepara carreras criminales. La prisionización innecesaria *fabrica delincuentes*, al igual que la estigmatización de comunidades y grupos (jóvenes con dificultades de identidad asumen los roles desviados imputados, reafirmando los prejuicios propios del estereotipo). La atribución mediática de conductas criminales al *enemigo* es susceptible de provocarlas o de aumentar considerablemente su frecuencia (*profecía autorrealizada*).

17. LA PSICOPATOLOGÍA EJECUTORA

Las agencias del poder punitivo suelen atraer con singular magnetismo a personas con ideologías y prejuicios hartos negativos para la función y también a otras con patologías psíquicas y aun mentales. Sus miembros con frecuencia son discriminados en función de prejuicios que nutren estereotipos negativos, lo que aumenta su tensión psíquica. Sus condiciones laborales suelen ser pésimas y riesgosas, lo que provoca un fuerte *stress*. Poco se ha trabajado la salud mental en estos servicios, aun cuando es claro que se viven episodios violentos y letales en que esta falencia es manifiesta. Tampoco cabe descartar la patología mental en algunos casos de marcada disparidad (debilidad mental, psiconeurosis, epilepsia) que puede pasar desapercibida en las condiciones internas del grupo. La criminología preventiva de masacres debe ocuparse de la morbilidad y mortalidad en estas agencias, de las enfermedades profesionales, o sea, de la salud de sus miembros, sometidos a toda clase de presiones arbitrarias por verticalismo interno y por *stress* laboral.

18. LAS AGENCIAS POLÍTICAS COMO AUTORES MEDIATOS

Aunque las agencias políticas pueden ser víctimas mediáticas del mundo paranoico (sitiadas por publicidad de vindicación paranoica), también pueden instalarlo como política de Estado. Las conductas políticas difieren en un abanico que va desde la autoría mediata de la masacre como política de Estado (genocidio nazista, armenio, cambodiano, seguridad nacional) hasta su admisión medrosa como consecuencia de fragilidad institucional. La actitud de los políticos ante la avalancha mediática que les imputa indiferencia frente a los *crímenes* del *enemigo* no ha sido analizada científicamente.

Quien niegue la gravedad de los *crímenes* del enemigo seleccionado mediáticamente se convertirá en un *enemigo* peor, porque osa deslegitimar el poder de los comunicadores (para los inquisidores el peor hereje era quien negaba el poder de las brujas). La publicidad mediática lleva toda la razón, pues para ella son más peligrosos quienes la deslegitiman que la imaginaria frecuencia o gravedad criminal del chivo expiatorio.

Cuando el político no promueve la instalación del mundo paranoico puede confirmarlo una vez instalado, motivado por oportunismo o temor. Si se resiste puede ser aplastado por la comunicación, que lo erige en enemigo de la sociedad, por lo que son pocos los que lo hacen. Se trata de una clara extorsión mediática. La característica *espectacular* que asumió la política en las últimas décadas (*política-espectáculo*) facilita la extorsión a sus protagonistas, que incurren en un *manierismo* fácilmente perceptible que debilita notoriamente su propio poder.

El político que se monta sobre la vindicación paranoica cediendo o aprovechándose de ella camina hacia su destrucción, pues ésta no admite términos medios y sus exigencias sólo se agotan con la masacre. La lógica del proceso indica que se vería forzado a consagrarla como política de Estado, pero la experiencia de las últimas décadas muestra que la comunicación cambia de enemigo con frecuencia y que la publicidad -centrada en otro chivo expiatorio- puede imputarle la masacre

del poder punitivo descontrolado. Como el político considera que el delincuente común hace méritos para asumir el rol de enemigo, minimiza el riesgo de reversión publicitaria y manifiesta notoria preferencia por su señalización, pero no tiene en cuenta que el poder punitivo desbocado tiene *efectos colaterales* muy fácilmente reversibles (muertes de terceros y torturas o vejámenes a inocentes, extorsiones, excesos policiales absurdos, corrupción, etc.). Por fragilidad institucional frente a la publicidad vindicativa, el político se coloca en posición de buen candidato a enemigo.

Si bien no es correcto atribuir a una patología psíquica los comportamientos políticos de clara autoría mediata masacradora (el inadmisibles reduccionismo patológico del nazismo), existen casos en que estos ribetes deben analizarse y ponderar su incidencia, aunque también -y en especial- no puede evitarse la observación de que la lucha política da lugar a respuestas patológicas reactivas en ocasiones muy marcadas. La fortísima competitividad de la actividad política genera un ambiente de desconfianza, o sea, de amplísimos espacios paranoicos, muy proclives a creer en conspiraciones. Dejando de lado los casos de clara patología, se trata de llamar la atención acerca de las neurosis reactivas y de su papel en la conducta de los operadores de la política, donde al menos conducen a racionalizaciones, negaciones y otros mecanismos de huida.

19. TÉCNICAS MEDIÁTICAS DEL MUNDO PARANOICO

El mundo paranoico se instala mediante la generación mediática de *miedos* -que reemplazan a la angustia-, es decir, que las verdaderas fuentes de inseguridad existencial desaparecen tapadas por un exceso de información acerca de otras fuentes. Cuando preexisten extendidos prejuicios contra el grupo elegido como chivo expiatorio, la instalación se facilita. La imputación de *crímenes* al chivo expiatorio también se facilita en la medida en que éste comete realmente algunos. La comunicación aprovecha la angustia social que predispone al público a aceptar su canalización como medio de reducir su intensidad insoportable. A los *crímenes* -reales o supuestos- del enemigo se destina un creciente espacio publicitario en medios no dedicados a la publicación de esas noticias y comentarios, lo que los hace más creíbles (un periódico amarillista no provoca alarma social, pero cuando la prensa *seria* dedica muchas páginas a la noticia *roja*, infunde miedo). Es obvio que hay casos en que los *crímenes* del enemigo se inventan (los *Protocolos de Sión*, por ejemplo) y hay otros en que se magnifican, aunque cuando en realidad se cometen algunos delitos, ambas técnicas suelen combinarse.

Un recurso muy eficaz utilizado por la comunicación es la creación de la *víctima-héroe*, como contracara del chivo expiatorio (éste es grupal, en tanto que la víctima-héroe es un individuo). Se selecciona una víctima con condiciones histriónicas -son muy funcionales características histeroides- y cuyo status permite la identificación de un amplio sector público con su dolor, se la eleva a *héroe* mediante una sobre-exposición mediática en que se la incita a reclamar medidas de vindicación paranoica y toda disidencia con sus disparates se estigmatiza como

crueledad frente a su dolor. La víctima seleccionada interrumpe la elaboración de su duelo, se fija en la etapa de externación de la culpa, hasta que pierde funcionalidad mediática y desaparece de los medios, con la consiguiente lesión a su salud mental por interrupción de la elaboración del duelo. También tiene lugar una exhibición de víctimas sin llegar a convertirlas en héroes, pero la publicidad inescrupulosa viola la privacidad de su dolor.

20. LA PREVENCIÓN DE MASACRES EN LA COMUNICACIÓN

Es poco lo que puede hacerse si el mundo paranoico se instala como política de Estado y los medios están sometidos o censurados, porque se trata de Estado autoritario manejado por criminales contra los que sólo cabe la lucha política. Pero aunque hoy es técnicamente difícil cerrar un país a la información -pues no es posible bloquear las noticias desde el exterior-, hubo crímenes que sólo tardíamente salieron a la luz (torturas, secuestros *antiterroristas*, armas masivas de Irak). Cuando rige la libertad de información, son las empresas de comunicación las que ejercen el poder de instalación del mundo paranoico y lo deciden conforme a sus intereses (*rating* y consiguiente renta publicitaria) y a los del sector social o económico con que acuerdan sus propietarios. De este modo, resulta que -en la antípoda de los casos del nazismo o del stalinismo- hoy las empresas de comunicación controlan a los políticos imponiéndoles el discurso, pudiendo decidir libremente la elección del *chivo expiatorio* y sembrar peligrosas semillas de masacres. La elección del enemigo -que el nazista Carl Schmitt había señalado como esencia de lo político- ahora es decidida por las empresas de comunicación social.

El monopolio estatal y la censura son propios de Estados autoritarios; la completa libertad de empresa en lo mediático da lugar a oligopolios que deciden la instalación de mundos paranoicos al margen de todo poder político y en detrimento de los límites razonables del poder punitivo. Hasta el presente, no se logró un equilibrio que garantice la conservación de los límites del realismo vindicativo y que tampoco someta la información al control o censura política. De momento, la solución consiste en mantener una atenta observación de las tentativas mediáticas de instalación de mundos paranoicos, optimizar los escasos espacios de respuesta en los medios masivos y valerse de la comunicación alternativa. Cabe confiar en que el propio desarrollo de la comunicación y su democratización tecnológica provocará el deseado equilibrio, lo que en cierta forma ya se anuncia en la comunicación de noticias. Por ello, los medios masivos se van inclinando a señalar chivos expiatorios mediante entretenimiento (series policiales, filmes de acción, programas de humor, etc.).

Como es sabido, poco importa que algo sea cierto o no, pues siempre que se lo tenga como verdad producirá efectos reales (teorema de Thomas). Los efectos reales de la comunicación y de la instalación del mundo paranoico no son pocos. La comunicación instala y refuerza prejuicios que condicionan conductas agresivas contra los grupos escogidos como chivos expiatorios, con nuevos conflictos violentos. La estigmatización mediática fracciona las sociedades, resiente la solidaridad y

debilita el proceso de incorporación de los que llegan a ellas. Según el enemigo y las circunstancias de su elección, existe un nutrido abanico de efectos reales (desde la radioemisora de Ruanda que instigaba abiertamente al genocidio hasta el medio en procura de *rating* que estigmatiza a una minoría o al grupo de pertenencia de los delincuentes comunes).

El mundo paranoico genera una banalización social de la violencia con efecto reproductor. En algunos casos, el mensaje mediático incita a la población a armarse, aumentando el número de muertes violentas en relación directa con el número de armas que existen en una sociedad y en conflictos no vinculados al tema de la vindicación paranoica. Cuando los chivos expiatorios son los delincuentes, es clara la incidencia sobre la frecuencia real de delitos violentos: la extrema publicidad de los delitos y la afirmación machacona de una supuesta impunidad derivan en franca incitación al delito, pues esa publicidad impacta también sobre personas con patologías y fragilidades (quienes procuran suicidios triangulares, buscan protagonismo mediático, se inclinan a pensar en una opción existencial violenta, sin contar con débiles mentales, psicóticos, *borderlines*, etc.).

21. LA CONTENCIÓN INSTITUCIONAL DEL PODER PUNITIVO

La instalación del mundo paranoico afecta a toda la sociedad trascendiendo en mucho al puro control social punitivo institucionalizado. Si bien se afirma que es una forma de *governance*, cabe en ocasiones preguntar si la masacre no es parte de una *governance* que consagra al *decisionismo vertical* como modelo universal de solución de conflictos. Por ello, la vindicación paranoica debe resistirse valiéndose de múltiples medios (ética comunicacional, pluralismo democrático, comunicación alternativa, entretenimientos esclarecedores y, en particular, manifestaciones artísticas).

La tarea no puede limitarse a desmontar el miedo patológico, porque el público rechaza una vuelta a la angustia insoportable. Es una empresa difícil y abiertamente política: se trata de desvelar las verdaderas fuentes de la angustia y convertirla en miedo no patológico. Por ello, el jurista y el criminólogo que enfrenten al mundo paranoico caerían en un reduccionismo estéril si creen que la tarea se agota en lo institucional, pues se trata de una patología cultural que debe ser enfrentada culturalmente, para lo cual por lo general los juristas y criminólogos carecen del entrenamiento de comunicadores (defecto del que con urgencia debe hacerse cargo la academia).

Lo anterior no implica la subestimación de la resistencia institucional al mundo paranoico, puesto que ésta también es parte nada desdeñable de la cultura. Esta resistencia corresponde al poder de contención jurídica, que está a cargo de jueces y letrados de cuyo entrenamiento se ocupa la academia (universidades), que con su doctrina proyecta las líneas maestras de sus decisiones. La vindicación paranoica también extorsiona a las agencias jurídicas mediante una publicidad calumniosa que les imputa complicidad y encubrimiento de los chivos expiatorios y con la que suele cooperar el poder político oportunista o medroso que, en el camino de su autodestrucción, procura desviar hacia ellas la publicidad que los extorsiona. Tanto

la publicidad como los políticos se aprovechan de la vulnerabilidad de las agencias jurídicas debida a la falta de entrenamiento comunicacional de sus operadores. Todo esto conduce a una patología institucional consistente en racionalizaciones de los operadores judiciales para tomar decisiones que eviten la confrontación con la publicidad de la vindicación paranoica. Si una institución se define por la función que debe cumplir, su incumplimiento la desdibuja, de modo que los jueces funcionales a la vindicación paranoica van siendo *menos jueces* hasta que cuando la masacre se instala como política de Estado llegan a dejar de ser jueces (*no jueces*) (en el nazismo y en todos los regímenes totalitarios).

La academia que entrena y proyecta decisiones asumiendo sin tapujos el discurso político de vindicación paranoica deteriora la función jurídica. Esto es poco usual (escuela de Kiel), siendo más corriente la obturación metodológica de datos de realidad en el modelo de decisión judicial (normativismo idealista), aunque ambas vías pueden combinarse en diferente medida. Se prefiere esta última opción por su *cientificidad* sofisticada, que le proporciona una excusa que aleja el peligro de inestabilidad laboral de los operadores del sistema de justicia. Por eso resulta funcional a la burocracia institucional, mientras que la asunción sin tapujos compromete políticamente a la agencia, por lo que no es raro que ella misma aparte o critique a quienes adoptan esta posición, para exhibirlo luego como prueba de independencia.

De cualquier manera, los operadores que deciden conforme a la vindicación paranoica corren incluso mayores riesgos que los políticos, pues cuando la publicidad se revierte se les imputan omisiones y encubrimiento con el poder punitivo desbordado y sus crímenes. Al igual que los políticos, los operadores jurídicos condescendientes con la publicidad se colocan a merced de ésta, que adquiere el poder de destruirlos en cuanto en su errática búsqueda decida señalarlos como chivos expiatorios.

Estas consideraciones indican que es menester incorporar al horizonte de proyección de una criminología preventiva de masacres tanto el perfeccionamiento institucional del poder jurídico (grado de burocratización, selección y entrenamiento de los juristas, pluralismo ideológico en las agencias, independencia externa e interna), como también el análisis crítico de los discursos teórico-jurídicos para detectar los elementos que neutralizan el potencial contentor de sus destinatarios.

22. LAS TÉCNICAS DE NEUTRALIZACIÓN

A primera vista, el proceso que culmina en la masacre pareciera responder a una negación de los valores dominantes en la sociedad, pues el homicidio masivo contradice -y aun invierte- los valores dominantes de cualquier sociedad. Sin embargo, un análisis más detenido permite verificar que sus perpetradores (salvo casos patológicos cuya incidencia tampoco debe subestimarse) comparten estos valores y sólo los *neutralizan* respecto de la masacre y, aún más, suelen afirmar que matan para reafirmarlos. Se trata de la *técnica de neutralización de valores* conocida en criminología (Sykes-Matza) y que con respecto a los crímenes de Estado se despliega en un abanico de discursos y publicidades con dispar nivel de elaboración

y sofisticación según el público al que se dirigen, entrelazándose sus productores en forma armónica para generar la certeza de que la única forma de reafirmar la vigencia de los valores dominantes es eliminando al enemigo.

Pese al dispar nivel de elaboración de los discursos o publicidades, la técnica común a todos ellos consiste en ampliar las causas de justificación y exculpación hasta hacer encuadrar en ellas a la masacre. Cabe observar que no se trata de una racionalización, que es un mecanismo de huida *a posteriori*, sino de una elaboración *ex-ante*, sin perjuicio de que sus contenidos puedan ser usados también como racionalizaciones.

Las cinco técnicas de neutralización de valores señaladas tradicionalmente funcionan con singular precisión respecto de las masacres: (a) *Negación de la responsabilidad*: se niega el hecho (genocidio armenio) o se consideran inevitables sus consecuencias (efectos colaterales: en toda guerra hay muertos, los errores son inevitables, los excesos no se pueden controlar) y también involuntaria la autoría (no busqué esto, lo asumo por obligación). (b) *Negación de la lesión*: si bien en la masacre es imposible negar la lesión, se la minimiza (son menos los muertos) o se la niega invocando la legítima defensa. (c) *Negación de la víctima*: las víctimas de las masacres siempre son criminales despreciables e inferiores (traidores a la nación, enemigos de la sociedad, delincuentes comunes, degenerados, corruptos) y, por tanto, son los verdaderos agresores. (d) *Condenación de los condenadores*: quienes señalan a los masacradores no tienen autoridad moral y son traidores (cómodos, teóricos, ideólogos, idiotas útiles, cobardes, que se benefician sin correr riesgos, no tienen sentido práctico). (e) *Apelación a lealtades más altas*: es la técnica de neutralización más usada en las masacres, en particular cuando el mundo paranoico se instala como política de Estado. Se invocan deberes de conciencia y lealtades a ídolos y mitos. El componente mítico es parte de todo discurso de vindicación paranoica, que bien puede serlo en sí mismo (raza superior, utopía futura) o por perversión aberrante de valores positivos (nación, cultura, democracia, religión, república, seguridad). En particular los líderes de los crímenes de masa deben exaltar las lealtades más altas hasta convertirse en héroes y mártires, porque de lo contrario provocarían el derrumbe total de su autoimagen y de su personalidad; en último análisis, se trata de una patología reactiva. Los subordinados exaltan los valores de *orden, disciplina, obediencia, cumplimiento de deberes* y semejantes.

Cabe investigar la existencia de técnicas de neutralización propias de las masacres, en particular de los burocratizados y conformistas y de quienes se pliegan a la vindicación paranoica por conveniencia o corrupción. Tales podrían considerarse: (a) la *negación simultánea del hecho*: no es cierto, no tiene esa gravedad, no llegará a esos extremos; (b) la *aceptación impersonal*: nadie dice nada, nadie hace nada, todos están de acuerdo; (c) la *universalización de la corrupción*: todos hacen lo mismo, son todos corruptos, cada uno se beneficia como puede.

La criminología preventiva de masacres no puede eludir como capítulo fundamental el análisis crítico de los discursos y publicidades, para rastrear elementos de neutralización de valores. Tratándose de discursos sofisticados (filosóficos, políticos, jurídicos, sociológicos, económicos) no puede menos que realizar *crítica ideológica*. La prevención eficaz de masacres debe abandonar toda pretensión de neutralidad ideológica.

23. ASUNCIÓN DEL RIESGO DE VICTIMIZACIÓN

La prevención exige que se analicen los casos y modos en que las víctimas potenciales de las masacres alimentan el estereotipo prejuicioso que las coloca en riesgo de victimización. No es posible formular precisiones en razón de la inagotable variedad de candidatos a enemigos, pero en general se observa que si bien la víctima se selecciona por su pertenencia a un grupo, algunos miembros del grupo suelen realizar conductas que ponen en riesgo a todo el grupo por un efecto de *contaminación estigmatizante* que incluso se extiende a personas por completo ajenas a éste (son *subversivos* todos los que usan barba, cabello largo, fuman marihuana). No siempre se trata de conductas conflictivas o lesivas, pues cualquier conducta inocua o incluso positiva es susceptible de valoración negativa (la *alquimia valorativa* de Merton): la piedad religiosa, el amor, la organización pueden invertirse como desafíos. Tratándose de conductas lesivas, tampoco es necesaria una alta frecuencia, pues unas pocas sirven para que la focalización comunicacional las use para crear la realidad social amenazante.

La criminología, con base empírica en anteriores masacres, debería investigar cuáles son los grupos de riesgo en cada sociedad atendiendo a los prejuicios para prevenir las conductas susceptibles de alimentarlos, sin perjuicio de procurar desmontarlos culturalmente. Por supuesto que no se trata de incitar a nadie a abstenerse de realizar lo que tiene derecho a hacer en cualquier sociedad plural (prácticas religiosas, por ejemplo), sino de evitar riesgos inútiles (reacciones violentas, desafíos inoportunos, discursos radicalizados, amenazas).

La neutralización de prejuicios discriminatorios no es sencilla, porque como el mundo paranoico es autoritario, por regla general procura compatibilizar ideológicamente todos los discursos discriminatorios (el nazismo no sólo era antisemita, sino que proponía una *igualación* que consideraba cualquier conducta diferente como signo de inferioridad moral y biológica; en menor medida eso se observa en cualquier discurso vindicativo *de orden*). El problema radica en que los discriminados no presentan un frente único, sino que se dividen y hasta compiten (mi discriminación es la peor, mi genocidio tiene más muertos) y, además, para ser aceptados, asumen en parte el discurso prejuicioso y tratan de diferenciarse (soy gordo pero no obeso, soy negro pero no azul, soy gay pero no afeminado).

24. DIFICULTADES RESPECTO DEL DELINCUENTE COMÚN

Cuando el chivo expiatorio es el residual delincuente común, las conductas funcionales al mundo paranoico son inevitables, porque en toda sociedad se cometen delitos. Además, se trata de un grupo inestable y sin organización defensiva.

Es una paradoja, pero a medida que los grupos logran organizarse defensivamente y debilitar prejuicios neutralizando sus riesgos de victimización, van provocando que el delincuente común quede residualmente en posición vulnerable (hoy no se puede señalar a los judíos, a los negros, a los indios). Es difícil imaginar el curso que seguiría la búsqueda de enemigos si se llegase a cancelar la posibilidad de

seleccionar como chivo expiatorio a los delincuentes comunes -pese a que esto está lejos en el tiempo-, pues la venganza paranoica perdería la red de seguridad con que hasta hoy se beneficia cuando carece de mejores candidatos.

No obstante, una mirada más atenta permite percibir que cuando se señala al delincuente común como enemigo, la elección persigue un objetivo diferente, pues procura estigmatizar por contaminación a todo el grupo social de pertenencia de éste, que corresponde a las clases subalternas de la sociedad. Los delitos *naturales* (violentos) son rústicos, o sea, propios de quienes tienen un entrenamiento social deficitario que les impide cometer delitos complejos (sólo realizan *óperas toscas*), lo que determina su casi exclusiva pertenencia a las clases más desfavorecidas. Cuando un individuo de clase más alta comete uno de esos delitos, puede ser encubierto o bien punido como ejemplo de supuesta inexistencia de selectividad criminalizante. De allí que el control social de las clases subalternas sea una de las múltiples funciones del poder punitivo, sin perjuicio -como lo señalamos antes- de que el mundo paranoico centrado en estos hechos sea funcional también a la habilitación de un formidable poder de vigilancia sobre toda la sociedad (potenciado tecnológicamente en el presente y con mayores perspectivas en el futuro no lejano) y de generalizar el modelo como *governance*.

El control de los sectores excluidos se lleva a cabo a través de una masacre por goteo: los criminalizados, victimizados y policizados se seleccionan del mismo sector social o de otros también desfavorecidos, y las contradicciones que introduce el sistema penal son funcionales para dificultar la toma de conciencia, evitar que se coaliguen y que adquieran protagonismo en el poder. En definitiva, las muertes entre personas de ese sector son la forma de controlarlo, lo que es más fácil y barato que someterlo a vigilancia y reprimirlo de continuo. Los escuadrones de la muerte, los justicieros barriales, las muertes por tóxicos o para eliminar competidores en su distribución y la ejecución policial sin proceso, como también la victimización de los habitantes del propio barrio e incluso la de policías, son todos funcionales a esta táctica de control de la exclusión social.

Existen medidas concretas cuyo efecto preventivo es considerable. La organización de los sectores de pertenencia de los criminalizados y victimizados (barrios precarios, inmigrantes, etc.) y la apertura del diálogo fomentará la conciencia social y promoverá la coalición. Otro recurso es la organización de liberados y parientes de presos. El uso de la comunicación alternativa y de las rendijas que deja la masiva (en general, como resultado de contradicciones internas de sus agencias, entre empresarios y periodistas trabajadores) sensibilizaría al público frente a las masacres y crímenes de las agencias ejecutivas.

En cualquier caso -como se dijo antes- el desarrollo de instituciones de monitoreo de la violencia social es muy importante para desmentir las noticias falsas sobre frecuencia y gravedad de los delitos comunes; *no hay mayor instrumento para poner de manifiesto la mentira que oponerle la verdad*.

25. PREVENCIÓN DE MASACRES Y DEL DELITO COMÚN

La prevención efectiva de los delitos de las clases subalternas pasa a ser una de las medidas más eficaces de neutralización del riesgo de victimización de todo el sector, porque estos delitos operan el mismo efecto que las conductas radicalizadas respecto de otros grupos masacrados. En consecuencia, es fundamental alertar a los grupos de pertenencia y difundir esta idea, planeando tácticas de control interno del propio grupo. Se deben detectar las personas que respondan al estereotipo negativo e instarlas a *desencuadrarse* de él, o sea, a que eleven su nivel de invulnerabilidad a la selectividad criminalizante en etapa de *pre-criminalización* (en lugar de hacerlo en las agencias penitenciarias). Debe prevenirse la expulsión o el rechazo del grupo, pues no hacen más que confirmar el estereotipo y condicionar más conductas desviadas cuyos efectos contaminan a todos. El rechazo se traduce en un *punitivismo marginal* en que los propios discriminados asumen en alguna medida el prejuicio, lo que suele acompañarse con reacciones de los políticos que aspiran a su favor electoral sin resistir el mundo paranoico en forma de *punitivismo progresista* o *de izquierda*.

La mayor dificultad para prevenir delitos de los sectores subalternos se plantea cuando las propias agencias del poder punitivo están involucradas, como en los casos de criminalidad de mercado (impropiamente llamados *criminalidad organizada*), porque ésta ocupa los huecos de organización del mercado y ofrece un servicio ilícito en forma de empresa que caricaturiza las empresas lícitas, con sus gerentes y su proletariado. Por regla general, son estos últimos los que reciben la peor parte de la violencia competitiva entre empresarios de servicios ilícitos y también sobre los que recae la criminalización, exhibida como signo de lucha contra esos delitos. La solución definitiva depende en estos casos de la oferta laboral lícita y del nivel de remuneraciones, pero también la reducción de la corrupción que siempre acompaña a esos emprendimientos. La corrupción es una cuestión claramente política, cuyo nivel guarda directa relación con el perfeccionamiento institucional del Estado.

La frecuencia del delito común depende en buena medida de la corrección de las agencias del propio poder punitivo: zonas liberadas, servicios ilícitos, reparto de ganancias, cajas de recaudación autónomas son todos factores con que las agencias que tienen por función manifiesta la prevención del delito resultan fomentándolo o participando de sus beneficios. Los delitos facilitados de esta manera son los que luego utiliza la comunicación mediática para reforzar la instalación del mundo paranoico.

Mención aparte merecen los delitos patológicos, que cuando son graves y aberrantes resultan ideales para endilgar ineficacia preventiva y para contaminar, cuando en realidad la motivación patológica dificulta toda prevención y por lo general no guarda relación con la pertenencia grupal. El ocultamiento o la discusión respecto de su carácter confunde a los destinatarios de la publicidad vindicativa y la decisión absolutoria suele proyectarse como *benignidad judicial*.

26. ALGUNA REFLEXIÓN FINAL

No podemos cerrar esta presentación ocultando que una reflexión nos persiguió a lo largo de toda su elaboración. Los humanos buscaron la verdad en el mundo exterior (ciencia) y en el interior (introspección); el último camino es preferido por los saberes tradicionales y se sintetiza en cosmovisiones y antropologías religiosas. Todas ellas postulan el amor al prójimo y en especial al enemigo, el perdón de las ofensas y la abstención de la venganza, al punto que el Cristianismo la reserva a Dios. La criminología -siguiendo el camino del mundo exterior- parece acercarse cada vez más al saber tradicional, verificando que en la venganza está la clave de los peores crímenes. ¿Habrá en el fondo un error civilizatorio? ¿Seremos parte de una civilización gravemente neurótica? Por último, ¿no será la venganza el fruto que degustaron Adán y Eva?



AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN: EL CASO FUJIMORI

> por Felipe Villavicencio Terreros*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. — 1. AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN. — 2. PRESUPUESTOS DE LA TESIS DE ROXIN. — 3. AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN EN EL CONTEXTO PERUANO. — 4. ADOPCIÓN DE ESTE CRITERIO POR PARTE DE LA SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA. — 5. UNA OPINIÓN PERSONAL.

INTRODUCCIÓN

En el derecho penal actual y especialmente como un tema que hace despertar diversidad de opiniones característico de nuestras sociedades¹ se encuentra el actuar delictivo de manera colectiva, a través de *grupos organizados de poder*, cuyas características de operatividad hacen difícil la tarea de determinar quiénes dentro de ese aparato de poder serán imputados como autores y quiénes como partícipes.

En el actual derecho penal peruano, la figura penal de la autoría mediata por dominio de organización en aparatos organizados de poder ha obtenido una singular importancia.

En el caso de los aparatos de poder organizado, existe consenso sólo en el punto de la responsabilidad del intermediario, que responde a título de autor material directo. Por tanto, el problema fundamental gira en torno a la responsabilidad del hombre de atrás o autor de escritorio, es decir: *¿cómo puede responder aquel sujeto que sólo dirige el aparato de poder a través de órdenes o asumiendo la planificación del evento criminal, pero no lo ejecuta materialmente?* Este tema ha llevado a numerosas discusiones en la doctrina penal contemporánea.

Dicho debate ha sido revitalizado por la sentencia emitida el 7 de abril de 2009 por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú contra el ex presidente Alberto Fujimori², en un fallo sin precedentes, que se caracteriza en principio por haber establecido dos puntos de vista en la atención pública internacional: por un lado, debido a la aplicación del criterio de la autoría mediata por dominio de organización; y por el otro, por ser ésta la primera vez que se condena penalmente a un ex presidente de la República por crímenes de lesa humanidad³.

* Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho penal y Criminología en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la maestría en derecho penal y Coordinador académico del Doctorado en la Universidad de San Martín de Porres. Este trabajo ha sido posible gracias a la colaboración de mi alumno el bachiller en derecho Juan Elías Carrión Díaz.

¹ “Un desarrollo de las actuales sociedades de riesgo”, en BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 2006.

² El texto completo del fallo puede verse en <<http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Fujimori/Sentencia%20Barrios%20Altos.pdf>>.

³ Se recomienda la entrevista audiovisual de Adán Nieto a César San Martín en el *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, en www.cienciaspenales.net (<<http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Fujimori>>).

1. AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN

De las descripciones típicas⁴ del Código Penal de 1991 se desprende que el sistema penal peruano adopta el criterio *diferenciador*, es decir, para determinar los grados de intervención delictiva se hace necesario diferenciar entre autores y partícipes. Para esta distinción, más allá de las críticas, en la doctrina y jurisprudencia nacionales todavía prevalece el criterio del *dominio del hecho*⁵ como criterio fundamentador.

Fue Roxin en 1963⁶ quien mediante una nueva propuesta de autoría mediata pronunciada en su clase inaugural de Hamburgo vino a generar amplio debate en la dogmática penal, a través de la denominada *autoría mediata por dominio de organización*, elaborada en el marco de los procesos seguidos en Jerusalén contra el jerarca nazi Eichmann y contra el miembro del servicio secreto Staschynski.

Si bien la *autoría mediata* -en sentido clásico- como forma de autoría puede ser entendida como toda instrumentalización de un sujeto -intermediario- que actúa bajo influencia del error o coacción dirigida por el agente -autor de atrás- tendiente a la materialización del hecho delictivo, lo característico de esta figura es que sólo responderá penalmente el hombre de atrás, y esto fundamentado en el dominio del hecho, entendido en este caso como dominio de voluntad que posee sobre el intermediario. Por el contrario, en la *autoría mediata por dominio de organización* lo que se instrumentaliza no es el sujeto que actúa como intermediario para la comisión del evento criminal, sino en un sentido macro el aparato de poder mismo, que funciona de manera automática. Es decir, en estos casos el hombre de atrás ya no domina al intermediario que actúa como ejecutor material, sino al aparato de poder en toda su dimensión.

Por ello, para Roxin la autoría mediata se desarrolla a través de tres variantes: por coacción, error y por dominio de organización.

2. PRESUPUESTOS DE LA TESIS DE ROXIN

El punto fundamental en el que se desarrolla esta teoría es el criterio del dominio del hecho, concebido en estos casos como *dominio de organización*, criterio que le permite al hombre de atrás o autor de escritorio dominar a voluntad las actuaciones del aparato de poder. Pero *¿cómo se llega a establecer dicho dominio de organización?*

⁴ Artículo 23º (autoría y coautoría); artículo 24º (instigación); artículo 25º (complicidad primaria y secundaria).

⁵ El dominio del hecho nace como producto de las teorías antecesoras (teorías subjetivas, formal-objetivas); por eso, la doctrina mayoritaria la entiende como una mixtura objetivo-subjetiva. No obstante, para algunos autores como Gimbernat, el dominio del hecho es un criterio superador de sus antecesores, por lo que se basa plenamente en un criterio objetivo (GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Buenos Aires, B de F, 2006, p. 105).

⁶ Roxin publicó esta teoría originariamente en la revista *Goltdammer's Archiv* (1963) para luego plasmarla en su magno trabajo "Autoría y dominio del hecho en derecho penal" (BAILONE, MATÍAS, "El dominio de la organización como autoría mediata", La Paz, Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales, 2007, p. 11).

Roxin en un primer momento propuso tres presupuestos a través de los cuales se establecería dicho dominio: *poder de mando, fungibilidad, funcionamiento al margen de la legalidad*. Actualmente, debido a nuevas formulaciones de su teoría, ha adoptado un criterio más: *elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho*.

En este sentido, la sentencia de la Sala Penal Especial ha sostenido que: *“Estas condiciones marco deben ser analizadas de manera conjunta. No obstante, ello no significa su adición aritmética para configurar como resultado el dominio de la organización. Sino, más bien, que su evaluación debe hacerse caso por caso, evitando así una visión parcial, sesgada o desnaturalizada de su estructura y de su funcionamiento”*⁷.

En primer lugar, para estos casos se debe contar con una organización jerárquica⁸, estructurada de manera vertical, siendo factores determinantes para que las órdenes del hombre de atrás -*que ostenta el poder de mando*- sean cumplidas de manera automática, siendo en este punto necesario determinar que lo que aquí interesa no es tanto “el grado de subordinación (dato fáctico-psicológico) como la clase de subordinación (vinculada a una determinada estructura)”⁹. Cabe indicar que este criterio de imputación no sólo está dirigido al jerarca principal de la organización, sino a todo aquél que tenga poder de decisión en dicho aparato, por más que no se encuentre en la cúspide del poder, siendo posible una autoría mediata en cadena.

En esta línea de pensamiento, la sentencia de la Corte Suprema peruana ha definido el poder de mando como *“la capacidad del nivel estratégico superior -del hombre de atrás- de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar”*¹⁰.

Así, una organización desarrolla una vida independiente de la identidad variable de sus miembros, funcionando automáticamente¹¹.

Un punto de gran importancia, que ha sido establecido por la sentencia de la Corte Suprema, es lo relacionado a la orden como la característica más resaltante del poder de mando, y entiende que ésta: *“puede ser verbal o escrita. Sin embargo, también puede expresarse a través de signos o gestos. Por tanto, respecto a las órdenes, se pueden distinguir dos planos. En un primer plano, cabe ubicar las órdenes formales que adquieren tal condición en función de disposiciones, directivas y mandatos. En*

⁷ Sentencia, p. 634 (Numeral 727).

⁸ En estos casos, para Meini lo importante, más allá de la jerarquía al interior de la organización, es la jerarquía en la ejecución del delito, aunque generalmente, si bien lo ideal es el establecimiento de una organización jerárquica para determinar el dominio de organización, es posible también su establecimiento fuera de ella (cfr. MEINI, IVÁN, “La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori. Comentario a la sentencia de fecha 7.4.2009 (Exp. a.v. 19 - 2001) emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, p. 604 (<http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_375.pdf>).

⁹ BOLEA BARDÓN, CAROLINA, *La Autoría Mediata en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 396.

¹⁰ Sentencia, p. 635 (Numeral 729).

¹¹ ROXIN, CLAUS, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 272.

cambio, en un segundo plano se encuentran las órdenes por su efectividad material, es decir, las señales, expresiones, gesticulaciones, acciones concretas o expresiones afines de distinta índole. Cabe precisar que el titular del poder de mando puede, según los casos y las circunstancias de su intervención, dar a sus órdenes cualesquiera de las dos expresiones que se han detallado”.

Esto brinda nuevas pautas para el tema probatorio, porque en muchos casos los autores de escritorio sostienen que nunca dieron tales órdenes. Por tanto, la característica más resaltante en grupos organizados de poder es que se manejan generalmente por *órdenes no escritas*.

Otro elemento es la *fungibilidad* del ejecutor, que en sus inicios era el fundamento principal de la tesis de Roxin. Actualmente, debido a las críticas recibidas, ha ido variando, creyendo aconsejable no apoyar la autoría mediata exclusivamente en este criterio¹². En este mismo sentido, para Bolea Bardón¹³ el criterio de la fungibilidad constituye sólo un requisito más y no un criterio fundamentador del dominio de organización -al que le reconoce un valor fáctico-. También Fernández Ibáñez¹⁴ admite el carácter esencial de la fungibilidad para fundamentar el dominio del hecho (dominio de organización), pero dicha esencialidad no está determinada sólo a este criterio, sino al conjunto de todos los requisitos. Desde una posición más crítica, para Hernández Plasencia¹⁵ la fungibilidad es un criterio que perjudica la construcción de la autoría mediata, porque acepta la plena libertad del ejecutor, y si éste se niega, tendremos que tal influencia del autor de escritorio a través del aparato no es suficiente, por lo que este autor en estos casos se inclina por la solución de la complicidad.

La fungibilidad permite al hombre de atrás tener la seguridad de que su orden se va a cumplir de todas maneras, porque para ello cuenta con un gran número de ejecutores sustituibles, no llegando a peligrar la materialización del plan delictivo. Desde esta perspectiva, el ejecutor material se caracteriza esencialmente por la sustituibilidad y el anonimato.

Para la sentencia de la Corte Suprema, “*la fungibilidad constituye el primer presupuesto de carácter subjetivo que sirve a la imputación de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Se le ha entendido, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictivo*”¹⁶.

¹² ROXIN, CLAUS, *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima, Grijley, 2007, p. 527.

¹³ BOLEA BARDÓN, *op. cit.* en nota 9, p. 370.

¹⁴ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada, Comares, 2006, p. 142.

¹⁵ HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada, Comares, 1996, p. 275.

¹⁶ Sentencia, p. 644 (Numeral 737).

Entiende este criterio desde dos perspectivas. La primera, *la fungibilidad negativa*. Corresponde al concepto tradicional que le otorga Roxin y que implica, sobretudo, que: “El agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible”¹⁷. En segundo término, *la fungibilidad positiva*. Surge y se aprecia, justamente, a partir de la concurrencia de una pluralidad de ejecutores potenciales en la estructura del aparato de poder. Esto último otorga al nivel estratégico superior mayor garantía para el cumplimiento de su orden, en función a las necesidades particulares que la ejecución de ésta demande. Por tanto, aquél conoce que no tendrá, necesariamente, que utilizar siempre a los mismos ejecutores en la concreción de un hecho punible, sino que podrá intercambiarlos atendiendo a las circunstancias y magnitud de cada evento criminal, para lo cual evaluará, entre otros factores, las especialidades, capacidades y habilidades que éstos tengan¹⁸.

Un tercer requisito es la actuación del aparato de poder *al margen de la legalidad* o *apartada del derecho*. Alcanza su importancia central cuando se ve, en primer lugar, no al último de la cadena de ejecutores, sino al aparato mismo (es decir, su estructura personal) como garante del resultado¹⁹. Últimamente, debido a las críticas a este criterio, Roxin ha variado su posición, exigiendo ahora sólo una desvinculación parcial. El funcionamiento en la ilegalidad de toda la organización le posibilita cumplir mejor sus objetivos.

La sentencia de la Corte Suprema ha establecido que: “Otro presupuesto objetivo para la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados es la ‘desvinculación’ o ‘apartamiento’ del Derecho. Identificando a este último como un sistema u ordenamiento jurídico representado por un conjunto coordinado de normas generales y positivas que regulan la vida social. El Estado, como comunidad, define un orden normativo. Este orden normativo sólo puede ser un orden jurídico, aquel que comúnmente se relaciona como el ‘Derecho del Estado’ o el ‘Derecho nacional’. Sin embargo, este Derecho nacional se encuentra estrechamente vinculado e integrado con el Derecho internacional constituyendo una unidad. Por tanto, el Derecho internacional forma parte del orden jurídico nacional en tanto que las normas producidas en el contexto internacional se incorporan al Derecho del Estado nacional”²⁰. Por tanto, “el apartamiento o desvinculación del Derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional”²¹.

Roxin ha creído últimamente necesario agregar un presupuesto más para complementar su fundamentación: *la disponibilidad hacia el hecho*; en ese sentido, distingue características específicas que hacen que el ejecutor esté más dispuesto al hecho que cualquier asesino a sueldo o grupos de delincuentes menos complejos, aumentando las posibilidades de que la orden se va a cumplir. Estas características

¹⁷ Sentencia, p. 645 (Numeral 738).

¹⁸ Sentencia, p. 646 (Numeral 738).

¹⁹ ROXIN, CLAUS, *op. cit.* nota 12, pp. 530/531.

²⁰ Sentencia, p. 640 (Numeral 733).

²¹ Idem.

pueden ser los deseos de sobresalir, el fanatismo ideológico, los celos que siempre existen en las organizaciones, o que el ejecutor creyera que podría perder su puesto si se desistiese a la orden; dichas características se presentan en muchos casos conjuntamente²².

La sentencia de la Corte Suprema entiende que “*esta categoría alude a una predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Ya no es la fungibilidad del ejecutor lo que asegura el cumplimiento de aquélla sino el internalizado interés y convencimiento de este último en que ello ocurra. Se trata, entonces, de factores eminentemente subjetivos y a los que algunos autores identificaron con el proceso de una motivación justificativa, los que podían transformar a millones de personas en potenciales y obedientes instrumentos*”²³.

Este criterio -planteado por Schroeder- fue establecido para establecer de forma autónoma el fundamento del autor tras el autor, que hacía frente a la propuesta de la fungibilidad propuesta por Roxin. A nivel nacional, esta postura es adoptada por Meini²⁴, para quien la disposición incondicional al hecho no es un presupuesto más para establecer el dominio de la organización, sino que, por el contrario, constituye el verdadero fundamento de la autoría mediata por dominio de organización. Así, una de las mayores bondades que brinda este criterio *se centra en la relación que existe entre el autor mediato y el concreto ejecutor y no en la que pudiera existir entre el autor mediato y personas que probablemente hubieran podido ejecutar el delito pero en el caso concreto no intervienen*²⁵.

3. AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE ORGANIZACIÓN EN EL CONTEXTO PERUANO

Este criterio, si bien no resulta tan novedoso en nuestro medio, se puede considerar en la actualidad dominante por parte de la doctrina²⁶ y la jurisprudencia nacional²⁷.

²² ROXIN, CLAUS, *op. cit.* en nota 12, p. 531.

²³ Sentencia, pp. 649/650 (Numeral 741).

²⁴ MEINI, IVÁN, *El dominio de la organización en Derecho Penal*, Lima, Palestra, 2008, p. 66 y ss.

²⁵ MEINI, IVÁN, *op. cit.* en nota 8, p. 608.

²⁶ *Vide* MEINI, IVÁN, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003; PARIONA ARANA, RAÚL, *Autoría mediata por organización*, Lima, Grijley, 2009; MONTOYA VIVANCO, YVÁN, en *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal* (Ed. José Hurtado Pozo), Lima-Friburgo, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo, 2009, pp. 61 y ss.; CASTILLO ALVA, JOSÉ, “Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización”, en AA.VV. *Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Enrique Bacigalupo*, Lima, Ara editores, 2003, p. 576 y ss.; PANTA CUEVA, DAVID, “Breves cuestiones relativas a la autoría mediata en referencia a los aparatos organizados de poder”, en *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, www.cienciaspenales.net.

²⁷ “Es necesario mencionar que contra la tradicional concepción de la autoría mediata, que definía al ejecutante directo del delito como mero instrumento desprovisto de voluntad y en consecuencia no pasible de responsabilidad penal frente al resultado producido, está la posición doctrinal que concibe

Como se conoce, esta posición no resulta ajena al ámbito internacional, pues ha sido recogida por primera vez en la sentencia del 9 de diciembre de 1985 de la Cámara Federal argentina en el “juicio a los ex comandantes”²⁸, teniendo como primera aplicación en Alemania, siendo asumida por su Corte Suprema en la sentencia llevada a cabo contra el Consejo de Defensa Nacional de la ex República Democrática de Alemania, en el caso referido a los disparos del muro de Berlín²⁹. Asimismo, ha sido adoptada, pero de manera crítica, en la sentencia de primera instancia dictada por el ministro instructor de la Corte Suprema chilena, el 12 de noviembre de 1993³⁰.

4. ADOPCIÓN DE ESTE CRITERIO POR PARTE DE LA SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA

Es evidente que la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú no quiso apartarse de la posición ya adoptada en la sentencia de extradición al ex presidente Fujimori emitida por la Corte Suprema chilena³¹; y también de lo expuesto en la acusación fiscal, la que concluye que: “...las actuaciones de los integrantes del Destacamento Colina (Caso Barrios Altos y La Cantuta) y del Servicio de Inteligencia del Ejército (Caso Sótanos SIE), le resultan imputables a título de autoría mediata por dominio de la organización, al ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, quien desde la cúspide del aparato estatal impartió las órdenes para la ejecución de los hechos gravísimos materia de estos procesos acumulados”³².

Por eso, de la fundamentación realizada por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema se desprende una amplia adopción de los postulados de Roxin, estableciendo que desde el punto de vista general: “la tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados tiene como soporte fundamental la ‘existencia previa de una organización estructurada’. Ésta posee una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su interior se adopten. Los cuales, luego, le serán asignados al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su diseño organizacional”³³.

esta forma de autoría sin excluir la posibilidad de sancionar penalmente al ejecutor directo del delito; ello se explica a través de la teoría del dominio, según la cual el hombre de atrás -en términos de Roxin- es quien controla el resultado típico, aun cuando ni siquiera se asome a la escena del crimen; este tipo de autoría tiene lugar en el marco de estructuras organizadas, en las que el fin único de las conductas confluye en la realización del resultado típico”, Ejecutoria Suprema del 16 de marzo de 2000, Expediente N° 5049-99, San Román - Juliaca. Vid. también la sentencia Abimael Guzmán Reynoso y otros, Sala Penal Nacional, Expediente acumulado N° 560-03, que se inclina por la imputación por autoría mediata por dominio de organización (fundamento décimo tercero).

²⁸ MALARINO, EZEQUIEL, “El caso argentino”, en *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente (un estudio comparado)*, Lima, Temis, 2008, pp. 58/59.

²⁹ AMBOS, KAI, “El caso alemán”, en *ibídem*, pp. 15/31.

³⁰ GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS, “El caso chileno”, en *ibídem*, p. 74.

³¹ Resolución de la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema de Chile, respecto a la extradición del ex Presidente Alberto Fujimori, emitida el 21 de setiembre de 2007, en <<http://www.pj.gob.pe/transparencia/documentos/extradicion21092007.pdf>>.

³² Sentencia, p. 625 (acusación fiscal-Numeral 718).

³³ Sentencia, p. 633 (Numeral 726).

Es característica general de estas estructuras de poder “*la asignación de roles*”³⁴ que a su vez “*desarrollan una vida funcional que es independiente a la de sus integrantes*”³⁵. El hombre de atrás a través de este automatismo confía que su orden va a ser cumplida, hasta con más seguridad que otras organizaciones o grupos criminales pequeños.

Dentro de los presupuestos específicos y requisitos adoptados por la sentencia de la Corte Suprema nacional para la imputación por autoría mediata, éstos son los siguientes: 1) el poder de mando; 2) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; 3) la fungibilidad del ejecutor inmediato; y 4) la elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho, los cuales deben ser analizados de manera conjunta³⁶.

Para el desarrollo adecuado de estos criterios, al entender de la Sala Suprema, deben establecerse dos niveles: uno de carácter objetivo, en el que se encontraría *el poder de mando y la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder*. En este sentido, “*el primero de estos requisitos resulta trascendental para materializar el dominio de la organización; mientras que, el segundo, le dará mayor solidez a este dominio. Por tanto, cabe calificar a ambos como el soporte básico que permitirá al nivel estratégico superior (autor mediato) edificar y consolidar su dominio sobre la totalidad de la estructura criminal*”. Y dentro del carácter subjetivo ubica la *fungibilidad del ejecutor directo* y su *elevada disponibilidad hacia la realización del hecho*³⁷.

Este sustento dogmático le permite a la Sala Suprema concluir en la responsabilidad penal del ex presidente Fujimori, llegando a concluir que:

- “*El acusado ocupó la posición más alta en el nivel estratégico del Estado en general y del Sistema de Defensa Nacional en particular. Desde ese nivel ejerció ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas terroristas que actuaban en el país desde inicios de la década de los ochenta*”³⁸.

- “*Desde su rol formal de órgano central, esto es, de ente formador y formulador de políticas de gobierno, y como jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, el acusado abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder, fue configurando desde mil novecientos noventa, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del general EP Hermoza Ríos, quien ocupó los más altos cargos en la jerarquía castrense, un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas del SINA, las mismas que fueron cooptadas en sus niveles más altos de comando*”³⁹.

- “*En ese ámbito, el encausado Fujimori Fujimori con su entorno asesor y de apoyo, utilizando los servicios secretos -de inteligencia- del Estado, que por su función se*

³⁴ Idem.

³⁵ Id.

³⁶ Sentencia, p. 634 (Numeral 727).

³⁷ Sentencia, p. 635 (Numeral 728).

³⁸ Sentencia, p. 653 (Numeral 745).

³⁹ Sentencia, pp. 653/654 (Numeral 745).

han caracterizado por el compartimentaje de sus órganos o unidades, por la subordinación jerárquica de sus estructuras, y por el secreto y la paraclandestinidad de sus agentes y acciones, fue delineando, a la vez que definiendo, objetivos y estrategias especiales de enfrentamiento de la subversión terrorista, particularmente de los núcleos que habían comenzado a operar en las áreas urbanas del país, sobretodo en la Capital de la República y zonas aledañas”⁴⁰.

- “En este dominio, el objetivo central de gobierno como la política definida, las estrategias generales, y las órdenes de ejecución fueron dispuestas o transmitidas por el acusado y retransmitidas por los demás estamentos del aparato de poder organizado de muy diversas formas, plenamente compatibles con los esquemas informales o paraformales que caracterizan a los códigos de comunicación y manuales de actuación propios del sistema de inteligencia, estratégica u operativa”⁴¹.

- “En tal contexto y praxis el hilo conductor subyacente fue la eliminación de presuntos terroristas y sus órganos o bases de apoyo. La estrategia específica acordada para ello fue la identificación, ubicación, intervención y eliminación física de los integrantes y simpatizantes de los grupos terroristas. En el nivel táctico, el patrón operativo para la aplicación de tal estrategia partía de recolectar información sobre los focos subversivos así como sus componentes, para, luego, eliminarlos con operaciones especiales de inteligencia a cargo de unidades especializadas del SIE. Las cuales serían adscritas y supervisadas por el SIN, con el apoyo logístico y coordinación de la Comandancia General del Ejército”⁴².

- “Los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron acciones ejecutivas de tales objetivos, estrategia y patrón táctico de operaciones especiales de inteligencia contra la subversión terrorista, de notoria ilegalidad y clandestinidad que no son avalables por el ordenamiento jurídico nacional e internacional del cual se aparta plenamente o lo subordinan sistemáticamente”⁴³.

- “Los delitos de secuestro contra los agraviados Gorriti y Dyer respondieron también a disposiciones dadas y/o avaladas directamente por el acusado para el control ilícito de la disidencia o crítica políticas a su régimen de facto, en una coyuntura de inestabilidad democrática donde se practicó por la fuerza el desconocimiento de garantías y derechos fundamentales”⁴⁴.

- “Por lo demás, en todos los delitos sub iudice la condición fungible de los ejecutores así como su disposición al hecho y su no relación directa ni horizontal con el acusado, posibilitan afirmar la posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios”⁴⁵.

⁴⁰ Sentencia, p. 654 (Numeral 745).

⁴¹ Idem.

⁴² Id.

⁴³ Id.

⁴⁴ Id.

⁴⁵ Id.

5. UNA OPINIÓN PERSONAL

Independientemente de si se está de acuerdo o no con los fundamentos de la tesis del profesor Roxin adoptada por la sentencia de la Sala Especial de la Corte Suprema del Perú en el caso Fujimori⁴⁶, no se puede desconocer el gran desarrollo teórico realizado sobre el tema y en un tipo de proceso que no tenía antecedente alguno.

No cabe duda, como ya se sostuvo, que la Sala Suprema adopta expresamente todos los postulados de la tesis de Roxin, basados en sus cuatro requisitos: *poder de mando, actuación al margen de la legalidad, fungibilidad, y la disposición incondicional al hecho*. Pero de manera contraria a los niveles de interpretación establecidos por la Corte Suprema, entendemos que *la fungibilidad es un criterio objetivo y no subjetivo*⁴⁷.

Si bien este criterio es de gran aceptación tanto en la doctrina nacional como internacional⁴⁸, también es objeto de numerosas críticas.

La principal de ellas está orientada en razón del *principio de responsabilidad*, mediante el cual cada sujeto debe responder penalmente por su propio hecho (derecho penal de los actos propios) y no por los cometidos por personas ajenas a él. En base a ello ¿cómo podría responder penalmente el intermediario que actúa dentro de un aparato de poder si su actuación es libre? Los seguidores de la tesis del dominio de organización han respondido de dos formas: la primera sostiene que la autoría mediata en aparatos de poder es un figura que por su constitución es considerada una excepción al principio de responsabilidad; otra postura sostiene que no existe ninguna violación al principio de responsabilidad, toda vez que aun en los aparatos de poder la responsabilidad sigue siendo personal: cada uno responderá por su propio injusto, así, al hombre de atrás se lo hará responsable por el manejo del aparato de poder a través del dominio de organización, mientras que al ejecutor, por la comisión material del evento delictivo, basado en el dominio de la acción.

Otro de los puntos críticos está dirigido a sus criterios fundamentadores, como la estructura jerárquica misma; no queda claro a qué organizaciones se refiere Roxin. Además, el criterio de la fungibilidad es inseguro para fundamentar alguna responsabilidad penal porque se circunscribe sólo en un dato fáctico.

⁴⁶ “(...) con la incorporación jurisprudencial de los presupuestos de atribución de responsabilidad penal, a título de autor mediato en organizaciones criminales que se originan desde el Estado, se avanza notablemente en la sistematización de esta figura en la dogmática penal. Lo cual permite establecer, con mayor claridad, los límites de punición en un Estado Social y Democrático de Derecho” (CARO CORIA, CARLOS, “Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, p. 595 (<http://www.zis-online.com/dat/ausgabe/2009_11_ger.pdf>).

⁴⁷ Del mismo parecer, PARIONA, RAÚL, “La autoría mediata por organización en la Sentencia contra Fujimori”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, p. 613 (<http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_376.pdf>).

⁴⁸ KAI, AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Universidad Externado de Colombia, 1998; BOLEA BARDÓN, CAROLINA, *op. cit.* en nota 9; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA, *op. cit.* en nota 14; FARALDO CABANA, PATRICIA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; BAILONE, MATÍAS, *op. cit.* en nota 6.

Por su parte, el funcionamiento del aparato *al margen de la legalidad* no llega a fundamentar un dominio por organización, esto, en sentido de que los ejecutores cumplen libre y responsablemente las instrucciones de sus superiores independientemente de que el aparato se encuentre o no al margen del Derecho⁴⁹; así, la fungibilidad, la jerarquía y el consecuente automatismo no desaparecen por el conocimiento de que las actuaciones se llevan a cabo en un aparente marco de legalidad⁵⁰. Además, no queda clara la naturaleza jurídica de la desvinculación, es decir, si se trata de un Derecho positivo o suprapositivo.

En lo relacionado a la disposición incondicional al hecho, el ejecutor podrá estar inclinado a la comisión de determinados hechos, pero desde luego no estará decidido a la ejecución concreta del delito que comete sino sólo una vez recibida la orden a la cual condiciona su conducta⁵¹. La mera decisión de realización de un delito, sin existencia de acto preparatorio alguno, no tiene relevancia jurídico-penal⁵². En este aspecto, para García Caveró⁵³ faltó una mayor argumentación por parte de la Corte Suprema, en especial a los criterios de fungibilidad y disposición incondicional al hecho, porque a su entender, a diferencia, este último indica una base de carácter psicológico, por tanto, un estado interno.

La actuación de la figura de autoría mediata debe ser limitada, pues, en casos que el intermediario actúa dolosa y plenamente responsable, el dominio del hecho le pertenece y se excluye la posibilidad de una autoría mediata⁵⁴.

Debido a esto, han surgido en la doctrina otras posibilidades de fundamentar la responsabilidad penal del hombre de atrás; así, para algunos autores, éste debe responder como autoría intelectual⁵⁵, inducción⁵⁶ o coautoría⁵⁷.

A nuestro entender, la fundamentación de la responsabilidad penal en aparatos de poder recae en la figura de la coautoría. El hombre de atrás tiene el co-dominio del hecho, dándose el carácter común de la decisión delictiva por el hecho de la pertenencia a la organización⁵⁸.

⁴⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA, *op. cit.*, p. 201.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, EVA, *op. cit.*, p. 211.

⁵² *Idem.*

⁵³ GARCÍA CAVERO, PERCY, "La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: El caso de Alberto Fujimori Fujimori", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, p. 602 (<http://www.zis-online.com/dat/ausgabe/2009_11_ger.pdf>).

⁵⁴ Cfr. JESCHECK/WEIGEND: *Tratado de derecho penal, parte general*, 5° ed., Granada, Comares, 2002, p. 722.

⁵⁵ CURY URZUA, ENRIQUE, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1985, pp. 245 y ss.

⁵⁶ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *op. cit.* en nota 5.

⁵⁷ En la experiencia peruana con anterioridad a la sentencia del caso Abimael Guzmán Reynoso, se decantaba por la figura de la coautoría (*vid.* Informe de la Comisión de la Verdad, Lima, 2004, T I, p. 235).

⁵⁸ ESCHHECK/WEIGEND, *op. y loc. cit.*; SAMSON, OTTO también defiende la tesis de la coautoría (CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ, "Criminalidad organizada: concepto, la asociación ilícita, problemas de autoría y participación", en *Cuadernos de derecho judicial: La Criminalidad Organizada: aspectos*

Parte de doctrina influenciada por Roxin critica la adopción de la coautoría en aparatos de poder, por no darse una actuación conjunta con división de trabajo, pues aquí no se presenta porque el hombre con la palanca de poder no quiere ensuciarse las manos y deja que otros hagan el trabajo sucio⁵⁹. Pero la coautoría no se ve afectada por estas críticas, porque el aspecto subjetivo de la *decisión común* se ve materializada con la pertenencia de los sujetos a la organización, y en relación con el aspecto objetivo de la *ejecución común* puede darse de manera total o parcial, no afectando el co-dominio del hecho de los intervinientes, pues el plan da sentido al comportamiento de los otros autores. De esta manera se ha pronunciado la jurisprudencia nacional:

“La coautoría no sólo es la ejecutiva -directa y parcial, sea que todos los autores realicen todos los actos ejecutivos o que entre ellos se produzca un reparto de las tareas ejecutivas- sino la no ejecutiva, que se da en los casos en que se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes al momento de su ejecución, que es el caso del co-dominio funcional del hecho en base al reparto funcional de roles, en el que además del acuerdo previo en la realización del delito se requiere una contribución material en él, no necesariamente con actos ejecutivos”⁶⁰.

En esta misma línea de ideas, Muñoz Conde⁶¹ sostiene que la mejor solución en los casos de intervención criminal cuando el sujeto principal o dirigente no está presente en la ejecución es la figura de la coautoría. Esto, debido a que la coautoría no requiere necesariamente de la presencia física -ésta puede o no estar presente al momento de la comisión delictiva-, sino que la importancia que la determina está en el grado de contribución al evento criminal.



sustantivos, procesales y orgánicos, Madrid, 2001, N° 2, p. 266). Por su parte, MONTROYA VIVANCO, YVÁN (*Judicialización de violaciones de derechos humanos. Aportes sustantivos y procesales*, Lima, Idehpucp, 2010, p. 87) sostiene que “cuando se trata de individuos que ocupan una posición elevada en la cadena de mando caben, en principio, dos posibilidades de imputación, o la autoría mediata por dominio de organización, o la figura de la coautoría. La selección de algunas de estas figuras depende de si la estructura de poder que está detrás tiene una relación más horizontal o vertical. La verticalidad es la característica que denota la particularidad de la autoría mediata por dominio de organización”.

⁵⁹ ROXIN, CLAUS, *op. cit.* en nota 12.

⁶⁰ Ejecutoria Suprema del 29 de diciembre de 2004, R. N. N° 2220-2004, Ayacucho (FJ 6).

⁶¹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en Ferré Olivé/Anarte Borralló (eds.), *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, p. 155.

DE LA MATANZA AL PROCESO GENOCIDA

> por Jacques Sémelin*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. — 1. REDEFINIR LAS NOCIONES. — 2. DISTINGUIR LOS DIFERENTES PROCESOS DE DESTRUCCIÓN DE CIVILES. — 3. DESTRUIR PARA SOMETER. — 4. DESTRUIR PARA ERRADICAR. — 5. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

El término “genocidio” fue creado en 1944 por Raphael Lemkin, jurista estadounidense de origen polaco, e institucionalizado en 1948 en el ámbito internacional por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio adoptada por las Naciones Unidas. En razón de los problemas morales y políticos que connota, esta noción de “genocidio” es de un empleo delicado en ciencias sociales:

- connotaciones de la memoria: debido a la existencia de este convenio internacional, son muchos los que desean que se reconozca que las matanzas y violencias sufridas en el pasado por obra de tal o cual grupo o Estado corresponden a la categoría de genocidio: a este respecto, el combate más emblemático es el de la comunidad armenia;

- connotaciones vinculadas a la acción inmediata: cuando una población parece o está efectivamente en peligro de muerte, el recurso al término “genocidio” constituye algo así como la última señal destinada a todos para impedir la tragedia; se trata entonces de impresionar vivamente las conciencias y suscitar una intervención internacional en favor de las víctimas;

- connotaciones judiciales propiamente dichas: para demandar ante los tribunales a los responsables de violencias masivas y de matanzas (inculpación de Pinochet y, más recientemente, de Milosevic por “genocidio”).

Al investigador que se enfrenta con los problemas que suscitan esas diversas connotaciones morales y políticas no le es fácil abrirse un camino, que es el de su propia autonomía. Por importantes que sean, tales movilizaciones comunitarias, cívicas o judiciales no competen realmente al oficio del investigador. Su papel es

* Director de investigaciones en el Centro Nacional de Investigaciones Científicas francés y profesor en el Institut d'Études Politiques (“Sciences-Po”) de París. Doctor en Historia Contemporánea (Sorbona), ha sido Harvard post-doctoral fellow. Después de trabajar sobre las prácticas de resistencia civil y no violenta, sus estudios se centran en el genocidio y en su prevención. Entre sus publicaciones figuran *Unarmed Against Hitler* (1994) y *Penser les massacres* (2001). Artículo previamente publicado en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 2002, N° 174, UNESCO, París. Con la expresa autorización del autor.

diferente: consiste en efectuar encuestas sobre el terreno, acopiar datos, elaborar instrumentos de análisis para interpretar lo que se llama “genocidio” (que no es nada evidente) y, más generalmente, tratar de comprender los procesos de oscilación en las prácticas de violencia extrema. Naturalmente, los resultados de sus investigaciones podrán servir para la acción y para la prevención.

Mi propósito general es, precisamente, contribuir a la emancipación de las *ciencias sociales* en el ámbito de los estudios sobre el genocidio: es decir, a una verdadera autonomía del investigador. Con esta finalidad, propongo tres ejes de trabajo:

1. redefinir las nociones partiendo de un enfoque crítico de la noción de “genocidio” (para independizarse del enfoque jurídico);
2. distinguir, en la práctica de las matanzas, entre distintos procesos de destrucción (basándose en la sociología histórica y política);
3. construir problemáticas de investigación que nos ayuden a comprender el proceso del “paso al acto” en la violencia extrema, punto éste que me parece ser el problema central (y enigmático) en los estudios sobre el genocidio.

Me propongo centrar mi esfuerzo de investigación en el futuro en este último punto. Pero habida cuenta de los límites del presente artículo, sólo expondré sucintamente los dos primeros ejes.

1. REDEFINIR LAS NOCIONES

En un número reciente del *Journal of Genocide Research*, el director, Henry Huttenbach, escribía en su editorial: “Los estudios sobre el genocidio ¿están ya en un callejón sin salida?” (Huttenbach, 2001:7). Este juicio es sorprendente: si Henry Huttenbach lo afirma, es porque no existe un consenso entre los investigadores acerca de lo que es genocidio y de lo que no lo es. Entre el historiador Stephan Katz, que estima que sólo hay un genocidio -el de los judíos-, y el psicólogo Israel Charny, quien considera que toda matanza es un genocidio (inclusive las catástrofes industriales como la de Chernobil), se extiende una amplísima gama de definiciones. Entre los trabajos más interesantes en el ámbito de los *genocide studies* figuran los de Helen Fein (1990), Frank Chalk y Kurt Jonassohn (1990) y Marc Levene (2000). Pero ni siquiera estos autores están realmente de acuerdo sobre una definición común del genocidio, lo cual hace muy difícil el trabajo comparativo.

En cierto modo, puede comprenderse que quienes desean que se reconozca la singularidad del genocidio de los judíos hayan logrado imponer otros términos, como el de *Holocaust* en Estados Unidos y el de *Shoah* en Francia: evolución un tanto paradójica, pues si las Naciones Unidas aprobaron la Convención sobre el genocidio en 1948 fue precisamente en el contexto del período “post-Auschwitz”.

Sin embargo, no creo que los estudios sobre el genocidio estén en un atolladero: la riqueza de las contribuciones publicadas en el *Journal of Genocide Research* basta para mostrar que no lo están. Pero es cierto que hay problemas cruciales cuya naturaleza debemos determinar. ¿Cuáles son?

a. El primero es inherente a la naturaleza del objeto estudiado. Nos ocupamos aquí de “acontecimientos monstruosos” que son, de suyo, muy difíciles de analizar, tanto más cuanto que los archivos suelen ser deficientes. Hay incluso quienes estiman que no es posible comprenderlos: es una posición discutible. Trabajos históricos como los de Christopher Browning, autor de *Des hommes ordinaires* (1994) [traducción al español: *Aquellos hombres grises*, Barcelona, Edhasa, 2001], o de psicología social, como los de Stanley Milgram (1974), parecen particularmente pertinentes. Comprender los genocidios y, más generalmente, las matanzas supone necesariamente un enfoque transdisciplinario. Pero debemos también ser modestos y humildes ante el enigma de nuestra propia barbarie.

b. El segundo deriva de la novedad de este campo de estudios, que aún busca su vocabulario, su metodología, etc. A este respecto, hemos asistido durante estos últimos treinta años a la invención de nuevos términos. Además de “etnocidio”, ya antiguo, señalemos “politicidio”, creado por Ted Gurr y Barbara Harff (1988), “democidio”, empleado por Rudolf Rummel (1994), y otros como “feminicidio”, “urbicidio”, etc. Es como si el esfuerzo se hubiera concentrado en el modo de designar los fenómenos de destrucción de poblaciones para poder pensarlos.

c. Una tercera dificultad se debe a la posición misma del término “genocidio”, en la intersección del derecho internacional y de las ciencias sociales. Es lo que puede leerse muy explícitamente en el primer texto de Lemkin, en su libro de 1944, cuya posición puede resumirse así: he aquí un fenómeno nuevo que se está produciendo en Europa; como este fenómeno nuevo requiere un término nuevo, creo el de “genocidio”. Y concluye su texto formulando recomendaciones jurídicas para luchar contra ese nuevo tipo de crimen en el plano internacional.

Ahora bien, los estudios realizados sobre el genocidio desde el de Lemkin son, esencialmente, herederos de ese enfoque inicial. El ámbito mismo de los estudios sobre el genocidio ha sido generado por el derecho. Para comprobarlo, basta con examinar los principales libros ya mencionados: casi todos ellos empiezan por una presentación y una discusión de la Convención de las Naciones Unidas de 1948. Pero sabemos que dicho texto presenta insuficiencias y hasta contradicciones, que no voy a recordar aquí, y que dan lugar a muchos debates y polémicas entre los investigadores.

Profundizando aún más, el problema radica en el empleo de una noción jurídica como categoría de análisis en ciencias sociales. En otras palabras: se llega a usar una norma que es, por definición, política, pues es manifiesto que el texto del convenio mencionado resulta de un acuerdo internacional concluido por los Estados en 1948, en el contexto de la posguerra.

Semejante situación es problemática: recuerda la crítica elaborada por Durkheim, a comienzos del siglo XX, con respecto al uso normativo de la noción de “crimen” en sociología. En este comienzo del siglo XXI, nos toca también a nosotros elaborar la crítica del uso normativo de la noción de “genocidio” en ciencias sociales.

La perspectiva de autonomización de las ciencias sociales (a la que hemos aludido en la introducción) debe expresarse, en primer lugar, en su emancipación con respecto al derecho y, por consiguiente, a la política. No es evidente que esté de

moda pues, en nuestros días, todo se vuelve jurídico e, inversamente, se emplea el derecho para hacer política, siendo el derecho mismo político.

Por otra parte, empezamos a disponer de excelentes trabajos de síntesis en materia de derecho internacional (Schabas, 2000). Sin embargo, esta emancipación respecto del enfoque jurídico parece ser una etapa indispensable, por no decir vital, para que los estudios sobre el genocidio adquieran su madurez propia.

Una primera manifestación de esta voluntad de autonomía consiste en el uso de un vocabulario no normativo, no jurídico, para construir ese objeto de investigación. En este sentido, preconizo, en primer lugar, el uso de la noción de “matanza” como unidad léxica de referencia en esa área de estudios. La noción de “matanza”, mucho menos general que la de violencia, designa una forma de acción las más de las veces colectiva que destruye a individuos indefensos y que, desde el Medioevo europeo, se aplica también a los animales. Por lo demás, esta cercanía inmediata entre la matanza de animales y la de seres humanos, cercanía de carácter histórico y semántico, no es algo anodino.

Verdad es que no por ello habremos resuelto el problema de una definición del genocidio desde el punto de vista de las ciencias sociales. Pero antes de intentarla, se trata de trabajar sobre la noción de matanza, pues es claro que, si bien no toda matanza puede considerarse como un genocidio, un genocidio empieza por consistir en una o varias matanzas. Es, pues, el mero sentido común metodológico lo que lleva a privilegiar el objeto de estudios “matanza”; se trata, sobre todo, de saber cuándo y en qué circunstancias una matanza se convierte en genocidio.

Mis propios trabajos me incitan, pues, a tratar de “pensar las matanzas” (*Penser les massacres*, Sémelin, 2001) a partir de un vocabulario básico que gira en torno a esta noción, y en el que se distinguen, por ejemplo:

- matanzas de proximidad (de tipo *face to face*) y matanzas a distancia (un bombardeo aéreo, por ejemplo);
- matanzas bilaterales (como en la guerra civil) y matanzas unilaterales (del tipo de las que perpetra un Estado contra su pueblo);
- las “matanzas masivas” (como en Indonesia en 1965 o en Rwanda en 1994, en las cuales se dio muerte a entre 500.000 y 800.000 personas en pocas semanas) y las matanzas en escala mucho menor, como en Argelia o en Colombia. En el primer caso, parece justificado hablar de “matanza masiva”, al igual que se distingue “manifestación”, a secas, y “manifestación masiva”.

Pero el término “matanza” presenta el inconveniente de concentrar la atención del investigador en el “acontecimiento matanza” propiamente dicho, sin tomar en cuenta el proceso que lleva a su perpetración. En suma, hace hincapié en su desenlace físico: el acto de dar muerte. Pero puede haber allí una importante tergiversación en la aprehensión del fenómeno, en la medida en que diversas formas de violencia -antes de la matanza- podrían quedar sencillamente olvidadas o relativizadas. A este respecto, es particularmente significativo el ejemplo de Kosovo. Se ha desarrollado en Francia una polémica acerca del número de muertos en esta provincia de la ex-Yugoslavia, a raíz de las operaciones de “limpieza étnica” emprendidas por el ejército serbio y por diversas milicias. Al producirse en 1999 la

intervención de la OTAN, destinada oficialmente a poner término a las mismas, unos y otros adelantaron cifras de muertes muy diferentes: ¿3.000? ¿10.000? ¿100.000? Por macabra que sea, esta contabilidad es ciertamente necesaria, aunque sólo fuera en una perspectiva judicial. Pero es demasiado reductora de la realidad de las destrucciones causadas en Kosovo desde 1998 (e incluso desde 1990) en concepto de personas desaparecidas, familias desplazadas, mujeres violadas, casas quemadas, etc.

Ello muestra la importancia de pensar la matanza como un hecho que constituye “solamente” la forma más espectacular y trágica de un *proceso global de destrucción*. La matanza puede “acompañar” dicho proceso o bien ser su desenlace. Coincido al respecto con el enfoque del psicólogo Erwin Staub, quien ha sentado las bases de una teoría a la vez psicológica y política de la matanza masiva (1989). Pero este autor propone más bien la idea de un continuo de destrucción, no de un proceso. Ahora bien, esa idea del “continuo” parece discutible, en cuanto podría sugerir una continuidad ineluctable que iría necesariamente de un acontecimiento *A* a otro acontecimiento *B*; por ejemplo, de la persecución creciente de una minoría a su destrucción. Semejante visión se inspira seguramente en la historia de la “Shoah”. Pero actualmente se reconoce que se trata de una interpretación errónea, de una reconstrucción *a posteriori* (porque conocemos el fin de la historia): la persecución de los judíos alemanes desde el comienzo mismo de la Alemania hitleriana no significaba, en absoluto, que el guión de Auschwitz estuviera ya escrito. Por eso, la noción de “proceso” es preferible a la de “continuo”, en cuanto la primera entraña la idea de una dinámica de destrucción que puede registrar incertidumbres, inflexiones, aceleraciones, en una palabra: se trata de un drama que no está escrito de antemano, sino que se va construyendo en función de la voluntad de los actores y de las circunstancias.

Para ser aún más precisos, hablemos de un proceso organizado de destrucción de los civiles, dirigido a la vez contra las personas y contra sus bienes:

- *un proceso*, pues la práctica colectiva de la matanza puede considerarse como el resultado de una situación compleja, creada principalmente por la conjunción de una historia política de larga duración, de un espacio cultural y de un contexto internacional particulares;

- *organizado*, pues no se trata de una destrucción “natural” (como un terremoto) o accidental (como la catástrofe nuclear de Chernobil). Lejos de ser anárquico, este proceso de violencia es canalizado, orientado y hasta construido contra tal o cual grupo.

Concretamente, reviste la forma de una acción colectiva, las más de las veces impulsada por un Estado y por sus agentes, con la voluntad de organizar dicha violencia. Ello no obsta para que pueda haber improvisación, y aun espontaneidad, en los modos de hacer sufrir y de matar;

- *de destrucción*, pues el término es más amplio que el de “asesinato”, e incluye prácticas posibles de demolición o de incendio de viviendas, edificios religiosos o culturales, a fin de aniquilar la presencia del “otro-enemigo”. Ello puede incluir también eventuales procedimientos de deshumanización de las víctimas antes de su eliminación. Las marchas forzadas y demás técnicas de deportación, que suelen

acarrear una elevada tasa de mortalidad, también figuran entre esos procedimientos de destrucción de las poblaciones. En realidad, la palabra “destrucción” tampoco prejuzga del método de asesinato: fuego, agua, gas, hambre, frío o cualquier otro medio letal, lento o rápido;

- de *civiles*, pues hay que reconocer que aunque tal violencia puede ir dirigida inicialmente contra objetivos militares (o paramilitares), tiende a desviarse de éstos para alcanzar esencialmente, y hasta exclusivamente, a no combatientes, es decir, a civiles.

Conocemos la expresión “destrucción de poblaciones civiles”, usual en el vocabulario estratégico. Ahora bien, ésta sugiere demasiado la idea de un bombardeo aéreo y, por ende, de la muerte provocada de una colectividad entera (los habitantes de una ciudad, por ejemplo). Pero también hay que pensar en procesos de destrucción más diferenciada, dirigidos contra civiles “dispersos” en una misma sociedad: por eso, la expresión “destrucción de civiles” es preferible, ya que permite englobar ambas dimensiones, que van desde la eliminación de individuos diseminados hasta la de grupos constituidos y aun de poblaciones enteras.

En todos los casos, tales acciones colectivas de destrucción presuponen una relación totalmente asimétrica entre agresores y víctimas. Se trata precisamente de la destrucción unilateral (*one-sided destruction*) de individuos y grupos que no están en condiciones de defenderse. Importa señalar que esto no prejuzga en nada de la posición anterior o futura de las víctimas, que han podido o podrán ser verdugos a su vez.

2. DISTINGUIR LOS DIFERENTES PROCESOS DE DESTRUCCIÓN DE CIVILES

Paralelamente a la construcción de un vocabulario específico de este ámbito de estudios, es importante diferenciar las dinámicas en juego en esos procesos de destrucción de civiles. Cuando la prensa revela una matanza, los periodistas propenden a insistir en su aparente irracionalidad: ¿por qué atacar a niños, mujeres y ancianos? En esos reportajes se dan también detalles sobre las atrocidades. Pero las características indignantes de las matanzas no deben ser óbice para interrogarse sobre la lógica de sus actores, no sólo desde el punto de vista de sus medios de acción, sino también de sus objetivos y de la representación que se hacen del enemigo. Más allá del horror, hay que reconocer que aquéllos persiguen objetivos muy precisos: apropiación de riquezas, control de territorios, conquista del poder, desestabilización de un sistema político, etc.

Pensar la matanza significa, pues, tratar de aprehender a la vez su racionalidad y su irracionalidad: lo que puede depender del frío cálculo y de la locura de los hombres, lo que llamo su racionalidad delirante. El calificativo “delirante” remite a dos realidades de índole psiquiátrica. La primera es la de una actitud de tipo “psicótico” con respecto al otro que hay que destruir, que de hecho no es “otro” porque quien va a aniquilarlo lo percibe como un ser “no semejante” a sí mismo. La parte psicótica de la relación entre el verdugo y su futura víctima radica en la negación de la humanidad de ese otro “bárbaro”. Pero “delirante” puede

significar asimismo una representación paranoica de ese otro, percibido como una amenaza y hasta como una encarnación del mal. Ahora bien, la particularidad de una estructura paranoica es su peligrosidad, ya que la convicción de habérselas con un “otro” maléfico es tan fuerte que existe, efectivamente, el riesgo de pasar al acto: en la matanza, la polarización “bien/mal” y “amigo/enemigo” llega a su paroxismo, como en la guerra. Por eso la matanza se aviene siempre con la guerra o, si no hay guerra propiamente dicha, es vivida como un acto de guerra.

Es por esa razón por lo que las matanzas no son “insensatas”, desde el punto de vista de quienes las cometen, pues obedecen a una o varias dinámicas de guerra. En tal concepto, quienes se entregan a una matanza le atribuyen objetivos políticos o estratégicos precisos, si bien éstos pueden modificarse con la evolución de la acción, el contexto internacional, la reacción de las víctimas, etc. La diversidad de las situaciones históricas lleva así a distinguir por lo menos dos tipos fundamentales de objetivos asociados a los procesos de destrucción parcial o incluso total de una colectividad, con vistas a:

- su sumisión
- su erradicación¹

3. DESTRUIR PARA SOMETER

El objetivo consiste aquí en dar muerte a civiles para destruir parcialmente una colectividad a fin de someter totalmente lo que de ésta quede. Por definición, pues, el proceso de destrucción es *parcial*, pero su efecto aspira a ser *global*; pues los responsables de la acción cuentan con el terror resultante para imponer su dominación política a los sobrevivientes. Por eso el procedimiento de la matanza es particularmente adecuado a esta estrategia: la matanza no debe *silenciarse*, sino que tiene que *saberse*, a fin de que su efecto terrorífico se propague en la población.

Desde la noche de los tiempos, esta práctica de matanza está asociada al ejercicio mismo de la guerra. Efectivamente, la dinámica de destrucción/sumisión de los civiles puede integrarse perfectamente en una operación militar para precipitar la capitulación del adversario y acelerar la conquista de su territorio y la sujeción de sus poblaciones. Es así como desde la guerra antigua hasta la guerra moderna, pasando por la guerra colonial, la matanza está casi siempre presente, no como un “exceso” de la guerra, sino como una de sus dimensiones: para anticipar la capitulación del enemigo.

Es lo que Michael Walzer llama “la guerra contra los civiles”, en la cual incluye también las diversas formas de asedios y bloqueos encaminados a hacer caer una ciudad o un país (Walzer, 1999); por lo demás, tales prácticas de destrucción/

¹Podría desarrollarse aquí la idea de un tercer tipo de objetivo: la desestabilización, a la que apuntan grupos no estatales que recurren a la perpetración de matanzas con fines de lucha contra un Estado o un sistema político. Es lo que se llama comúnmente “terrorismo”: pero este término, de un empleo tan difícil como “genocidio” en ciencias sociales, tiene que ser “deconstruido”, como lo hace Isabelle Sommier (v. “¿Del ‘terrorismo’ como violencia total?”, en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 2002, N° 174). En todo caso, los atentados suicidas del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York responden a esta dinámica de destrucción.

sumisión se dan también en las guerras civiles contemporáneas, en las que no se hace ya ninguna distinción entre combatientes y no combatientes.

Estas prácticas de destrucción/sumisión pueden también extenderse a la gestión de los pueblos. Tras la guerra de conquista, que ha podido llevarse a cabo mediante la matanza, viene la explotación económica del pueblo vencido, con el recurso eventual a nuevas matanzas de algunos de sus miembros. Tal fue, por ejemplo, la actitud fundamental de los conquistadores con respecto a los indios, percibidos por ellos como seres sin valor, explotables a voluntad. La historia nos brinda otras variantes, más “políticas”, del paso de la lógica “destrucción/sumisión” de la guerra a la gestión de los pueblos. En tales casos, podría invertirse la fórmula de Clausewitz: ya no es la guerra el medio de proseguir la política, sino la política el medio de continuar la guerra... contra los civiles. Cabe añadir que quienes ganan una guerra civil son, muy lógicamente, arrastrados por esta dinámica de construcción de su poder, como lo muestra en cierto modo el ejemplo de la Francia revolucionaria y, aún más, el de los bolcheviques en la Rusia de Lenin y el de los jemereros rojos en la Camboya de Pol Pot. La práctica de extremada violencia desplegada durante la guerra civil tiende a transferirse a la fase de la construcción del poder.

Con guerra civil o sin ella, el procedimiento es, de todas maneras, muy antiguo: torturar y asesinar “para aleccionar” constituye una de las técnicas más clásicas del tirano que se propone liquidar una rebelión interna. Tal fue también la táctica de las ejecuciones de rehenes practicada en Europa por los nazis (100 civiles ejecutados por cada alemán muerto), a fin de combatir los focos de resistencia armada. Ulteriormente, ciertos regímenes han elaborado técnicas más refinadas, como las de la “desaparición”, puestas en práctica por diversas dictaduras latinoamericanas en los años `70. Se trata de una práctica “discreta” de eliminación de civiles, tanto en sentido formal como estadístico: pues el número de desaparecidos es, en definitiva, bastante reducido, como lo prueban estudios recientes.

En ciertos casos, la instauración de un clima de terror debe situarse en el contexto más general del remodelado o de la reestructuración entera de la sociedad. La resolución de destruir las bases del antiguo sistema (y, por ende, a aquéllas y a aquéllos que lo encarnan) arraiga en la voluntad de construir uno nuevo por todos los medios. La convicción ideológica de los dirigentes que impulsan ese proyecto político es, pues, determinante en este caso. Por lo tanto, considerar que las diversas prácticas de violencia contra los civiles tienen como objetivo único instilar un clima de terror en esa “nueva sociedad” sería proponer una interpretación demasiado reductora. Según Euwe Makino, esas prácticas forman parte de un conjunto más amplio y no son sino una de las técnicas de una *ingeniería social* encaminada a transformar completamente una sociedad (Makino, 2001). Como ese proyecto verdaderamente revolucionario abarca la sociedad entera, es de prever que haga víctimas en todos los estratos de la misma. También usa esta noción de ingeniería social Nicolas Werth en su interpretación del hambre en Ucrania en los años 1932-1933 y del gran terror estaliniano de los años 1937-1938 (Werth, 2001). En esta perspectiva, aunque en condiciones muy diferentes, no podemos dejar de pensar también en el período de la Revolución Cultural china (Domenach, 1992). Los “jemereros rojos” de Camboya

fueron probablemente quienes llegaron más lejos en esta dirección. Pero el proceso multiforme de la destrucción/sumisión de la sociedad camboyana tuvo el rasgo extraordinario, aunque perfectamente coherente, de ir acompañado por el proyecto de reeducación de los camboyanos, ya que por las tardes estaban programadas sesiones de educación ideológica. Esto significa que, en su forma probablemente más radical, la matanza masiva en Camboya no era sinónimo de exterminio total, ya que el sentido mismo de la empresa de los jemeres rojos era intentar reeducar a quienes no fueron ejecutados o lograron sobrevivir.

4. DESTRUIR PARA ERRADICAR

Muy distinta es esta segunda dinámica: la destrucción/erradicación. Su meta no es ya realmente la sumisión, sino la eliminación de una colectividad, de un territorio, más o menos vasto, controlado o codiciado por un poder. Se trata de “limpiar” o de “purificar” ese espacio de la presencia de otro, juzgado indeseable y/o peligroso. Por eso, el término “erradicación” parece particularmente pertinente, ya que su etimología remite a la idea de “cortar las raíces”, de “extraer de la tierra”, en una palabra, de “desarraigar”, como se diría de una planta dañina o de una enfermedad contagiosa; sólo que, en el caso al que nos referimos, esa vasta operación de desarraigo tiene por objeto toda una colectividad humana.

Este proceso de destrucción/erradicación, de índole identitaria, puede también ir asociado a la guerra de conquista. Tal es el sentido de la expresión popular “¡quítate de ahí, que me pongo yo!”. La matanza, asociada al saqueo y a la violación, es un medio para hacerse entender claramente y, en consecuencia, anticipar el alejamiento de ese “otro” juzgado indeseable. La destrucción parcial del grupo y el efecto de terror resultante son medios idóneos para provocar y acelerar ese alejamiento. Tal fue, por ejemplo, el procedimiento usado en Norteamérica por los colonos europeos contra las poblaciones indias, relegadas cada vez más al oeste, más allá del Mississippi. En los Balcanes, este desplazamiento forzoso de poblaciones expulsadas de un territorio se llamó a veces “limpieza étnica”, especialmente para calificar las diferentes operaciones de “limpieza” practicadas, esencialmente, por Serbia y Croacia a comienzos de los años '90. Pero los métodos empleados (matanzas, incendio de aldeas, destrucción de edificios religiosos, etc.) corresponden a prácticas anteriores en esa misma región, por lo menos desde el siglo XIX en el contexto del ascenso de los nacionalismos y de la decadencia del Imperio Otomano.

También en este caso, los procedimientos usados en la guerra pueden volver a usarse en la “gestión” interna de los pueblos. Es lo que ocurre en toda la gama de los conflictos étnicos estudiados por Andrew Bell-Fialkoff (1996), Donald Horowitz (2000) o Norman Naimark (2000). En general, asistimos a una instrumentación del criterio étnico con fines de dominación política de un grupo sobre el conjunto de una colectividad. El recurso a la matanza es entonces legitimado para resolver definitivamente un problema reputado insoluble.

Pero este proceso puede revestir una forma más radical aún, cuando se trata de eliminar totalmente la colectividad en cuestión, sin dejar siquiera a sus miembros

la posibilidad de huir. En tal caso, el objetivo es capturar a todos los individuos de tal colectividad para hacerlos desaparecer. La noción de “territorio que hay que limpiar” pasa a ser entonces secundaria con respecto a la de exterminio propiamente dicho. Es probable que algunas matanzas coloniales hayan sido perpetradas con esta finalidad, como la no muy conocida de la población de los *hereros* en 1904 por los colonos alemanes instalados en Namibia. ¿Hay otras? Todavía sabemos demasiado poco acerca de las matanzas coloniales, inclusive sobre las perpetradas por Francia en la conquista de Argelia en el siglo XIX.

En todo caso, fueron los dirigentes de la Alemania nazi quienes llevaron más lejos el proyecto de destrucción total de una colectividad. Efectivamente, el exterminio de los judíos europeos entre 1941 y 1945, tras la eliminación parcial de los enfermos mentales alemanes, es el ejemplo prototípico de un proceso de erradicación conducido hasta sus últimas consecuencias. En contextos históricos muy diferentes, cabe decir otro tanto del exterminio de los armenios del Imperio Otomano en 1915-1916 y del de los rwandeses tutsis en 1994. El objetivo ya no es obligar a un pueblo a dispersarse en otros territorios: se trata de hacerlo desaparecer, no sólo de *su* tierra, sino de *la* Tierra, según la expresión de Hannah Arendt. La noción de genocidio puede reintroducirse en esta etapa final de la erradicación, esta vez como concepto en ciencias sociales. El público en general considera que el genocidio es una especie de matanza en gran escala. En suma, cuando el número de muertos alcanza varios centenares de miles, y más aún cuando se eleva a varios millones, sería adecuado hablar de genocidio. Pero este enfoque intuitivo, que adopta como criterio la gran cantidad de víctimas, no es específico de una acción genocida. Además, ningún experto podría decir hoy a partir de *cuántos* muertos empieza un genocidio. Lo que más ciertamente define este último es un criterio cualitativo *combinado* con ese criterio cuantitativo: la voluntad de erradicación total de una colectividad. En este sentido, el genocidio se sitúa en el mismo continuo de destructividad que la “limpieza étnica”, pero se distingue fundamentalmente de ésta. Es cierto que ambas dinámicas están orientadas a la erradicación: pero, como lo subraya Helen Fein, en el primer caso (la “limpieza”) el alejamiento o la huida de las poblaciones amenazadas siguen siendo posibles, mientras que en el segundo caso (el genocidio) todas las puertas de salida están cerradas. Yo definiría, pues, el genocidio como el proceso particular de destrucción de civiles que apunta a la erradicación total de una colectividad, cuyos criterios son definidos por su perseguidor.

Es cierto que algunos autores aplican el término de “genocidio” a toda la gama de los procesos de destrucción/erradicación, considerando en consecuencia la limpieza étnica como una forma de genocidio. Pero este uso plantea muchos problemas. Por lo tanto, me pronuncio por un enfoque más restrictivo de dicha noción.

5. CONCLUSIÓN

Esta definición restrictiva del genocidio se opone, pues, a la que figura en la Convención de las Naciones Unidas, mucho más amplia. En cierto modo, sin embargo, la aquí propuesta sigue apoyándose en el enfoque inicial de Raphael Lemkin, al menos en la “esencia de su definición”, según las palabras de Eric Markusen: esto es, la aniquilación de un grupo en cuanto tal. Pero es claro que opera dos rupturas con trabajos anteriores. En primer lugar, ya no se trata, evidentemente, de partir del derecho. Se adopta el punto de vista contrario: es decir, se trata de estudiar la naturaleza de la violencia extrema que se manifiesta en una situación histórica para determinar *-in fine-* si el proceso de destrucción apunta a la erradicación total de una colectividad. En otras palabras: la eventual calificación de “genocidio” llega al término del análisis del investigador; a éste le toca entonces discutir su enfoque con el del jurista.

El otro cambio estriba en la manera misma de definir la noción de genocidio. Hablar de “proceso” o de “evolución” es aprehender el genocidio como una *dinámica específica de violencia*. Ello significa, pues, romper con los enfoques descriptivos, casi estáticos, que hoy dominan en este ámbito de estudios. Éstos, en efecto, califican de “genocidio” un acto o un acontecimiento en función de una serie de condiciones: a, b, c, d, ... Tales enfoques son, precisamente, herederos del derecho, y explícitamente del que está contenido en la Convención de las Naciones Unidas². Sería preferible, pues, hablar siempre de un proceso genocida, haciendo hincapié así en esa dinámica particular de destrucción/erradicación.

Pero este razonamiento se complica, en la medida en que los procesos de destrucción/sumisión y los de destrucción/erradicación pueden coexistir, y aun estar imbricados, en una misma situación histórica, dirigidos a grupos diferentes. En general, uno de ellos es dominante y el otro secundario. En Rwanda, por ejemplo, asistimos en 1994 a un proceso de erradicación de los rwandeses tutsis (que, por consiguiente, puede calificarse de genocidio), pero también, al mismo tiempo, a las matanzas de hutus opositores al poder (proceso de destrucción/sumisión). En Camboya, por el contrario, las matanzas masivas obedecían a un proceso de destrucción/sumisión (pues Pol Pot no quiso nunca destruir a todos los jemeres), pero ese proceso de destrucción comportaba, sin embargo, impulsos de erradicación dirigidos contra grupos específicos (en particular, la minoría musulmana de los cham). Nuestra labor de analista consiste precisamente en discernir esas diferentes dinámicas de violencias, lo cual suele ser muy complejo, pues no sólo pueden éstas estar imbricadas, sino también evolucionar con el tiempo, pasando, por ejemplo, de la sumisión a la erradicación.

² Artículo 2: “En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

REFERENCIAS

- BELL-FIALOFF, A., *Ethnic Cleansing*, Londres, MacMillan, 1996.
- BROWNING, C. R., *Des hommes ordinaires. Le 101ème bataillon de réserve de la police allemande et la solution finale en Pologne*, París, Les Belles Lettres, 1994.
- CHALK, F. y JONASSOHN, K., *The History and Sociology of Genocida*, New Haven, Yale University Press, 1990.
- DOMENACH, J. L., *Chine: l'archipel oublié*, París, Fayard, 1992.
- FEIN, H., "Genocide: A Sociological Perspective", *Current Sociology*, 1990, vol. 38, N° 1, pp. 1/126.
- FEIN, H., "Ethnic Cleansing and Genocide: Definitional Evasion, Fog, Morass or Opportunity?", Minneapolis: Ponencia presentada en la *Association of Genocide Scholars Conference*, 10-12 junio 2001.
- HARFF, B. y GURR, T. R., "Toward Empirical Theory of Genocides and Politicides: Identification and Measurement of Cases since 1945", *International Studies Quarterly*, 1988, N° 32, pp. 369/381.
- HOROWITZ, D., *Deadly Ethnic Riots*, Berkeley, University of California Press, 2000.
- HUTTENBACH, H. R., "From the Editor", *Journal of Genocide Research*, 2001, vol. 3, N° 1, pp. 7/9.
- LEMKIN, R., *Axe's Rule in Occupied Europe*, Washington, Carnegie, 1944.
- LEVENE, M., "Why is the 20th Century the Century of Genocide?", *Journal of World History*, 2000, vol. 11, N° 2, pp. 305/336.
- MAKINO, U., "Final Solution, Crimes Against Mankind: On the Genesis and Criticisms of the Concept of Genocide", *Journal of Genocide Research*, 2001, vol. 3, N° 1, pp. 49/73.
- MILGRAM, S., *Soumission à l'Autorité*, París, Calmann-Lévy, 1974.
- NAIMARK, N. M., *Fires of Hatred: Ethnic Cleansing in the Twentieth-Century Europe*. Cambridge, Harvard University Press, 2001.
- RUMMEL, R. J., *Death by Government*, New Brunswick / Londres, Transaction Publishers, 1994.
- SCHABAS, W., *Genocide in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

SÉMELIN, J., "In consideration of massacres", *Journal of Genocide Research*, 2001, vol. 3, N° 3, pp. 377/389.

STAUB, E., *The Roots of Evil: The Origins of Genocide and Other Group Violence*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

WALZER, M., *Guerres justes et injustes*, París, Belin, 1999.

WERTH, N., "A mass-crime", en *Comparative Genocides*, editado por KIERNAN, B. y GELLATELY, R., Cambridge, Cambridge University Press, 2003.



JURISPRUDENCIA

investigaciones

>> **CENSURA.** MEDIDAS CAUTELARES. GRAVEDAD DE LOS PERJUICIOS PREVISIBLES (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: el peticionario es conocido públicamente como el “caníbal de Rotenburg” por el homicidio cometido contra un tercero, durante el cual comió partes del cuerpo de la víctima. Fue condenado a cadena perpetua en mayo de 2006, pena que en la actualidad se encuentra cumpliendo. Ha requerido una medida cautelar a fin de evitar que una película, que refleja circunstancias reales sobre su vida y el homicidio, sea presentada en público, cuyo estreno en Alemania es inminente, con anterioridad a que un recurso planteado ante este mismo tribunal sea resuelto.

2. Decisión interlocutoria:

En tanto el peticionario ha hecho valer que la película reproduce su biografía y el homicidio ofreciendo numerosos detalles verdaderos también de su vida íntima, ya por ello no aparece aquí un gravoso perjuicio, dado que no en último lugar, por razón del propio comportamiento del peticionario frente a los medios, corresponde partir de que esta información ya es conocida para un extenso público. Ello mismo cabe decir en relación con el perjuicio temido sobre su derecho a la propia imagen. No es posible reconocer que la exposición de esta película -en la cual el interesado es representado por un actor parecido a él- lo perjudique seriamente en sus intereses jurídicamente protegidos, cuando él mismo contribuyó libremente a la publicación de fotos que lo mostraban, e incluso ha autorizado un libro al respecto que muestra en la solapa un retrato suyo. Tampoco genera un grave daño el hecho de que el peticionario afirme que el texto de la película contiene, pese a su carácter general fiel a la realidad, partes inexactas. Estas partes se refieren, según afirma, a pequeñas y sencillas desviaciones de la realidad, que no pueden hacer temer una afectación mayor del honor si se considera que a la vez junto a ellas se reproducen las circunstancias verdaderas. Por último, tampoco puede considerarse como medida cautelar el hecho de que la historia de su vida haya sido producida con los medios del cine de horror. Efectivamente, el empleo de medios estilísticos del género recordado puede llevar al público a que el peticionario sea percibido como una persona monstruosa. No obstante, también es cierto que un informe neutral sobre el homicidio sin precedentes cometido por el peticionario podría desatar también tal reacción. El deseo del peticionario de que su homicidio pueda ser presentado con cuidado y con una objetiva consideración de los móviles que lo precedieron no es capaz de compensar la ausencia de un perjuicio gravoso.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 17-6-2009, causa 1 BvQ 26/09, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/qk20090617_1bvq002609.html>.



>> **CIUDADANÍA.** ADQUISICIÓN. DISCRECIONALIDAD DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA. POTENCIAL PELIGROSIDAD DEL PETICIONANTE. PERTENENCIA A GRUPOS RELIGIOSOS EXTREMISTAS. **PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD** (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: Riahi Abdelbasset, ciudadano tunecino, refugiado político residente legalmente en Italia, solicitó la adquisición de la ciudadanía, de conformidad con el art. 5 de la Ley N° 91/1992 (Ley), por estar casado con una ciudadana italiana con la que tuvo cuatro hijos. El Ministerio del Interior (Ministerio) rechazó su solicitud con base en que en la fase de instrucción se habían observado elementos inherentes a la seguridad pública que, en términos del art. 6.1 c) de la Ley, impiden su otorgamiento. En consecuencia, Riahi impugnó esta decisión ante el Tribunal Administrativo Regional de Lombardía (TAR), el cual la revocó por considerarla insuficientemente fundada, dado que si bien consideraba a Riahi peligroso para la seguridad de la República, no se indicaban hechos y razones específicos de sospecha, destacando solamente su adhesión a un movimiento político inspirado en los principios del fundamentalismo islámico (circunstancia por la que se le había reconocido el estatus de refugiado político), así como su relación con connacionales de posición extremista. Contra la decisión del TAR, el Ministerio del Interior interpuso un recurso de apelación ante el Consejo de Estado.

2. Sentencia:

El art. 6.1 c) de la Ley impide la concesión de la ciudadanía al extranjero cónyuge de ciudadano italiano cuando existen motivos comprobados relativos a la seguridad de la República. A su vez, el art. 8 dispone que en estos casos, la solicitud debe ser rechazada mediante un “decreto motivado”, previa consulta al Consejo de Estado. Una solicitud rechazada puede volver a presentarse pasados cinco años de la fecha de la disposición de rechazo.

Las pruebas informativas de la Policía de Estado, circunstancias que determinaron la decisión del Ministerio del Interior, fueron clasificadas como “reservadas” y se vinculaban a hechos y comportamientos vinculados con la participación de Riahi en movimientos políticos y a su relación con centros islámicos considerados potencialmente peligrosos para la seguridad de la República. Dada esta naturaleza confidencial de las actuaciones instructorias, la Administración Pública razonablemente ha omitido identificarlas para impedir que su conocimiento llegue a individuos no habilitados por la autoridad que tutela el secreto de Estado. Respetando el principio del contradictorio y por lo tanto el de igualdad de las partes ante el juez, en el curso del juicio se ha permitido el acceso a las mismas al defensor del extranjero.

Siguiendo el criterio adoptado en casos análogos por este Consejo de Estado, cuando existen pruebas informativas clasificadas, la referencia “*ob relationem*” al contenido de las mismas puede satisfacer las exigencias de adecuación de la motivación, mientras que el ejercicio de los derechos de defensa y la garantía de un proceso equitativo resultan satisfechos por la presentación en juicio de las pruebas informativas con las cautelas y las garantías previstas para la tutela de los documentos clasificados. Por ello, resulta correcto el planteamiento del Ministerio del Interior

según el cual no cabe formular observación alguna en el plano formal en orden a la adecuación y a la suficiencia de la motivación del decreto.

En cuanto al mérito del rechazo del decreto ministerial, existe un firme principio jurisprudencial conforme al cual la Administración Pública goza de una amplia discrecionalidad para conceder o no la ciudadanía, considerando no sólo la capacidad del extranjero para optimizar su inserción e integración en la comunidad nacional a nivel laboral, económico y social, sino también la ausencia de un peligro para la seguridad del Estado. En relación con este aspecto, resultan relevantes ciertos contactos mantenidos por el extranjero y la pertenencia a movimientos que, por sus posiciones extremistas, pueden incidir en las condiciones de orden y de seguridad públicas.

Contrariamente a la argumentación del TAR, en el presente caso la evaluación que ha conducido al rechazo de la solicitud no se ha referido a la fe religiosa y a las tradiciones culturales del extranjero, sino a sus relaciones con organizaciones políticas que si bien están inspiradas en un determinado credo religioso, en la actual contingencia política e internacional, se presentan como potencialmente peligrosas para la seguridad de la República debido a sus modalidades de acción y a sus principios inspiradores. Se trata de una evaluación realizada dentro de los límites establecidos por el art. 6.1 c) de la Ley, puesto que no está viciada por falta de actuaciones instructorias y de motivación, y no se aparta de los parámetros de razonabilidad si se considera que, en relación con la disposición de concesión de la ciudadanía, la comprobación de la ausencia de peligrosidad social se caracteriza por una mayor intensidad y rigor. Se trata, por lo tanto, de una evaluación confiable.

Por todo ello, se acoge el recurso de apelación y se rechaza el de primera instancia.

CONSEJO DE ESTADO DE ITALIA, sentencia del 4-12-2009, N° 7637/2009, en <<http://www.unisi.it/dipec/palomar/italy.html>>.



>> **CONSTITUCIÓN. REFORMA. REQUISITOS Y LÍMITES INFRANQUEABLES. ESTADO NACIONAL. SOBERANÍA. UNIÓN EUROPEA. NATURALEZA JURÍDICA (ALEMANIA).**

1. Antecedentes del caso: revisión constitucional de la ley de ratificación del Tratado de Lisboa y de la ley *ad hoc* relativa a la ampliación de derechos del Congreso en cuestiones atinentes a la Unión Europea.

2. Sentencia:

2.1. Panorámica de los puntos a considerar

Este pronunciamiento ha de concentrarse en la relación entre el sistema democrático previsto en la Constitución para la Federación y el nivel alcanzado de ejercicio de poder en el plano de la Unión Europea. El problema estructural de la Unión resulta un punto central del control constitucional: el volumen del poder

de planificación de la Unión -no en última instancia por vía del Tratado de Lisboa- ha crecido sin cesar y en forma considerable, de tal modo que en algunos ámbitos políticos se encuentra diseñada como un Estado federal. Por otro lado, los procesos internos de decisión y nombramientos quedan, en mayor medida, diseñados según el modelo de una organización internacional; por lo demás, ha continuado avanzando su proceso de formación, en lo fundamental, según el principio de la igualdad de los Estados.

Mientras en el marco de la fundación de un Estado federal europeo no exista un pueblo europeo unitario (*einheitlich*) como sujeto de legitimación que pueda formular, eficazmente y según el principio de la igualdad política, una voluntad mayoritaria, siguen siendo los pueblos de la Unión contenidos en los Estados Miembros los portadores del poder público, incluido el europeo. Para la adhesión a un Estado federal europeo, sería necesaria en Alemania la creación de una nueva constitución, con la cual se completaría también una renuncia declarada a la estatalidad soberana asegurada por la constitución vigente; no se trata aquí de un acto semejante. La Unión sigue representando una unión de poderes fundada en el derecho internacional, sostenida duraderamente por voluntades contratantes de Estados que siguen siendo soberanos. La responsabilidad primaria de integración queda en manos de los órganos constitucionales activos. En caso de un crecimiento de competencias y de una independencia de los órganos de la Unión, se requieren ciertos aseguramientos, para así garantizar el principio fundamental de la autorización particular y limitada controlada por los Estados Miembros. Especialmente, hay que cuidar de que la responsabilidad de integración pueda ser ejercida por los órganos representativos de los pueblos. Mediante la construcción de las competencias del Parlamento Europeo, puede aminorarse la laguna entre el volumen del poder de decisión de los órganos de la Unión y el poder democrático efectivo de los ciudadanos en los Estados Miembros, pero no cerrarse. El Parlamento Europeo, en lo que hace a composición y competencia, no tiene las herramientas suficientes para tomar decisiones de una mayoría imputable y representativa, en tanto decisiones directrices políticamente unitarias. En apartamiento de una exigencia de democracia estatal, este parlamento no es elegido según el principio de igualdad, y dentro del equilibrio de intereses supranacional entre los Estados no está llamado a tomar decisiones directrices de política de peso. Por eso, no puede tampoco formar un gobierno parlamentario y organizarse en partidos políticos de acuerdo con el esquema gobierno-oposición, en tal medida que pudiera alcanzarse una decisión de orientación del electorado europeo políticamente determinante.

Los pueblos de los Estados Miembros son titulares del poder de darse una constitución, y la Ley Fundamental no permite a los poderes del Estado disponer sobre partes esenciales de ella, esto es sobre su identidad. Ésta es parte inalienable de la autodeterminación democrática de un pueblo. Para la conservación de la efectividad del derecho electoral y de la autodeterminación democrática, es necesario que el Tribunal Constitucional, en el marco de su competencia, vigile que los poderes de la Comunidad Europea o la Unión no afecten con sus actos de soberanía la identidad constitucional y no avancen nítidamente más allá de las competencias concedidas. El

traspaso reafirmado una vez más en el Tratado de competencias y la independencia de los procesos de decisión presuponen por ello un control efectivo de *ultra vires* y un control de identidad de los actos jurídicos de origen europeo en el ámbito de aplicación de Alemania.

2.2. Criterios de examen

2.2.1. La ley de ratificación del Tratado debe ser puesta a prueba en relación con la directriz del derecho electoral. Éste concretiza el derecho a una autodeterminación democrática, a una igual y libre participación en el ejercicio del poder estatal en Alemania, así como a cumplir con el principio democrático, incluida la observancia del poder constituyente popular. La prueba de una violación del derecho electoral alcanza aquí también intervenciones en los principios fundamentales previstos en el art. 79.3 de la Constitución relativos a la identidad de la Carta Magna. El derecho de los ciudadanos a determinar en libertad e igualdad, de un modo objetivo y personal mediante elecciones y votaciones, el poder público que los regirá está anclado en la dignidad del hombre y en una parte elemental del principio democrático. Este principio no resulta pasible de ponderación. Una reforma constitucional por medio de la cual se afectarían los principios contemplados en los arts. 1 a 20 -derechos fundamentales- no está permitida. Con esta *cláusula eterna* del art. 79 se privó al legislador constituyente de la posibilidad de disponer sobre la identidad de un orden constitucional liberal.

2.2.2. A su vez, el principio democrático en su forma constitucional deja abierto el objetivo de integrar a Alemania en un orden pacífico europeo e internacional. La Constitución está dirigida hacia una apertura de la soberanía estatal, hacia una cooperación pacífica de las naciones y hacia la integración europea. Ni una integración igualitaria en la Unión Europea ni otra en un sistema de mantenimiento de la paz, como las Naciones Unidas, conducen necesariamente a un cambio en el sistema de ejercicio del poder público alemán. Más bien, se trata de una unión voluntaria, mutua e igualitaria, que asegura la paz y refuerza las posibilidades políticas de planeamiento a través de un actuar coordinado.

2.2.3. La autorización de traspaso de derechos soberanos a la Unión Europea se encuentra bajo la condición, sin embargo, de que la estatalidad constitucional soberana quede garantizada sobre el fundamento de un programa de integración responsable según el principio de la autorización particular limitada, bajo la consideración de la identidad constitucional como Estado Miembro, y bajo la condición de que Alemania no pierda su capacidad de auto-responsabilidad de organización social y política de las relaciones de vida. La Constitución autoriza en el art. 23 a la participación y desarrollo de una Unión Europea concebida como vínculo de Estados. El concepto de vínculo (*Verbund*) supone una vinculación estrecha y duradera entre Estados que mantienen su soberanía, vinculación que ejerce un poder público con base contractual, y cuyo ordenamiento fundamental se encuentra sometido, sin embargo, sólo a los Estados Miembros; en ese ordenamiento, el pueblo -esto es, los particulares con ciudadanía alemana- del Estado Miembro continúa siendo sujeto de legitimación democrática. La Unión Europea debe responder a los principios democráticos tanto en el tipo y alcance como también en el diseño

organizativo y procesal. Esto significa, en primer término, que la integración europea no puede conducir a un socavamiento del sistema soberano democrático alemán. No pueden ser traspasados ámbitos que impregnan las circunstancias de vida de los ciudadanos, ante todo su espacio privado, protegido por los derechos fundamentales, de propia responsabilidad y seguridad personal y social, como tampoco decisiones políticas que dependen de modo especial de presupuestos culturales, históricos y lingüísticos, y que se desarrollan discursivamente en un ámbito organizado parlamentariamente y de naturaleza partidaria.

Aun cuando se encuentre autorizado en estos ámbitos de especial significación democrática un traspaso de derechos soberanos, está siempre allí la exigencia de un estricto criterio, y esto alcanza especialmente al derecho penal, la disposición policíaca y militar sobre el monopolio de violencia estatal, decisiones importantes fiscales sobre ingresos y egresos, planificación político-social de las relaciones de vida, así como decisiones significativas culturales, como educación, formación, ordenamiento de los medios y tratamiento de comunidades religiosas.

2.2.4. La Constitución no autoriza a los órganos constitucionales a traspasar derechos de soberanía de tal modo que a partir del ejercicio de éstos puedan fundarse nuevas competencias. Prohíbe el traspaso de competencias sobre competencias (*Kompetenz-Kompetenz*). Las leyes en estudio deben estar escritas de manera que la integración europea siga procediendo según el principio de la autorización particular limitada.

2.2.5. El Tribunal Constitucional prueba si los actos jurídicos de organismos europeos se mantienen bajo la garantía del principio de subsidiariedad, de cuño jurídico europeo, en los límites de las autorizaciones particulares limitadas de derechos de soberanía cedidos (control *ultra vires*), y si el núcleo de la identidad constitucional se encuentra garantizado en su carácter incólume.

2.3. Subsunción

No hay consideraciones contra la constitucionalidad de la ley de ratificación del Tratado, dado que: a) con su entrada en vigor, la Unión no alcanza una organización análoga a la estatal, y por ello debiera corresponder a un nivel de legitimación de una democracia constitucional estatal; b) Alemania sigue siendo un Estado soberano (...); c) la competencia de control constitucional de este tribunal queda intacta; y d) las nuevas competencias resultantes del Tratado en materia de cooperación de justicia para casos civiles y penales, relaciones económicas exteriores, defensa común y cuestiones sociales pueden ser ejercidas en el sentido de una adecuada interpretación del Tratado, y deben serlo a fin de evitar conductas inconstitucionales amenazantes por parte de los órganos europeos, de modo que en el nivel nacional existan tareas con el alcance y la sustancia de peso suficiente y propio de una democracia viva.

Por el contrario, la ley *ad hoc* de extensión de las competencias en materia de Unión Europea de la cámara de diputados y senadores viola el umbral de medida fijado por el orden constitucional.

Nota del Instituto: la Constitución alemana en español puede verse en <<http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html>>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 30-6-2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 und 2 BvR 182/09, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html>.



>> **DELITOS PENALES.** HOMICIDIO EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO. PRESUPUESTO PARA LA APLICACIÓN DE DOLO EVENTUAL (COLOMBIA).

1. Antecedentes del caso: en oportunidad de conducir su automóvil en estado de embriaguez y luego de cruzar un semáforo con la luz roja, S.R. colisionó con otro vehículo y causó la muerte a sus dos ocupantes.

2. Sentencia:

S.R. pudo advertir que, por lo inapropiado de su forma de conducir, se encontraba ante la altísima probabilidad de colisionar con otro vehículo y de producir un resultado antijurídico. Aquí se impone precisar que si bien este panorama ya era previsible en razón de la manifiesta infracción de las normas de tránsito en que aquél incurrió en ese momento, la maniobra hecha por otro conductor pocos segundos antes del accidente le dio la oportunidad de conocer con mucha mayor claridad los hechos sobrevinientes y sus graves consecuencias, de tal forma que esos hechos ya no sólo eran posibles, sino altamente probables.

El presente no se trata únicamente de un caso de imprudencia en la conducción de vehículos automotores. Lejos de ello, la valoración integral de todas las circunstancias que concurrieron suministra fundamento suficiente para inferir que las condiciones personales del infractor, sus antecedentes como conductor, su irresponsable decisión de conducir en el estado en que se encontraba, la manifiesta inobservancia de las normas de tránsito y el evento sucedido sólo momentos antes de la colisión le evidenciaron con mucha claridad la altísima probabilidad de que en razón de su comportamiento se presentara un resultado antijurídico. No obstante, a pesar de esa situación, obrando con total indiferencia por el respeto que le merecen las normas jurídicas y los derechos de terceros, aquél mantuvo su forma de obrar, comportamiento indicativo de que aceptó la probable producción de la infracción penal y la dejó librada al azar. En este contexto, como el resultado se produjo, se satisfacen los presupuestos para su imputación a título de dolo eventual.

Corresponde afirmar que el dolo eventual es un hecho psíquico, acaecido en la interioridad volitiva y cognoscitiva de una persona. Por lo tanto, la forma de acreditarlo radica en el reconocimiento expreso del acusado o en el suministro de hechos objetivos a partir de los cuales, de forma compatible con el sistema de imputación penal de un régimen democrático, se pueda inferir su concurrencia.

Tanto en el derecho comparado como en la jurisprudencia nacional, se tiene claridad en cuanto a la posibilidad de imputar homicidio con dolo eventual en supuestos como el aquí planteado. Para ello, se precisa que concurran circunstancias que le indiquen al autor que no sólo está infringiendo el deber objetivo de cuidado,

sino que, además, se encuentra ante la inminente producción de un resultado antijurídico y que, no obstante ello, con indiferencia o desprecio por las normas jurídicas y los bienes jurídicos de terceros, mantenga su línea de conducta.

Con base en los argumentos jurídicos expuestos, se modifica la sentencia recurrida. Se impone recordar que el juzgado absolvió a S.R. de dos delitos de homicidio con dolo eventual y que lo condenó por dos delitos de homicidio culposo. Cabe considerar que ese proceder no es adecuado porque la decisión judicial debe tomarse en relación con los hechos objeto de imputación y no en consideración a las distintas calificaciones jurídicas de que esos hechos fueron objeto en el proceso, de tal forma que se absuelva por algunas de ellas y se condene por otras.

En ese entendido, advirtiendo que se trata de unos mismos hechos susceptibles de dos adecuaciones típicas, el Tribunal, asumiendo que se encuentra ante una sentencia condenatoria por dos delitos culposos, la modifica para, en su lugar, condenar por dos delitos de homicidio doloso.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ (Sala Penal), sentencia del 28-7-2009, en <<http://forerorodriguez.com/admon/archivos/fallos/Dolo%20Eventual.doc>>.



>> **DELITOS SEXUALES. PENAS ACCESORIAS.** EXIGENCIA DE NOTIFICACIÓN DE PARADERO. VALIDEZ DE LA MEDIDA. POSIBILIDAD DE SU REVISIÓN. **PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. DERECHO A LA INTIMIDAD.** CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 8 (REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: conforme a lo dispuesto por el art. 82 de la Ley de Delitos Sexuales (*Sexual Offences Act*) de 2003 (Ley), toda persona condenada a treinta o más meses de prisión por haber cometido un delito sexual está obligada a notificar de por vida a la policía su lugar de residencia y sus viajes al exterior (“exigencias de notificación”). No existe derecho alguno a pedir la revisión de la necesidad de cumplir con estas obligaciones. Los apelados -condenados por delitos sexuales y, en consecuencia, sujetos a la observancia de las exigencias de notificación- articularon un pedido de revisión judicial en el que alegaron que la inexistencia de un derecho a la revisión de dichas exigencias les imponía una carga desproporcionada en la persecución del legítimo interés social en prevenir el delito y violaba su derecho a la privacidad, protegido por el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). El tribunal de primera instancia hizo lugar a la demanda y declaró que el art. 82(1) de la Ley violaba el art. 8 de la Convención. La Corte de Apelaciones rechazó el recurso interpuesto contra esta decisión por el Ministro del Interior, por lo que éste apeló entonces ante la Suprema Corte del Reino Unido.

2. Sentencia: se rechaza por unanimidad la apelación y se reitera la declaración de los tribunales inferiores, según la cual el art. 82(1) de la Ley es incompatible con el art. 8 de la Convención, dado que no contempla la revisión individual de las exigencias de notificación.

Este caso plantea una cuestión de proporcionalidad. No se encuentra aquí controvertido que las exigencias de notificación interfieren con el derecho a la privacidad de los delinquentes, que esa interferencia tiene base legal, y que apunta a cumplir con el objetivo de prevenir el delito y de proteger los derechos y libertades de terceros. Por ello, es preciso considerar las tres cuestiones siguientes: a) ¿cuál es el alcance de la interferencia en los derechos del art. 8?; b) ¿cuánto valor tienen las exigencias de notificación a los fines de alcanzar los legítimos objetivos sociales?, y c) ¿en qué medida ese valor se vería menoscabado si dichas exigencias estuvieran sujetas a revisión?

Si una persona sujeta al cumplimiento de las exigencias de notificación pudiera demostrar que no hay riesgo significativo alguno de que ella vuelva a cometer delitos sexuales, no habría motivo para someterla a la interferencia de los derechos que le acuerda el art. 8, la cual, en ese caso, sólo estaría imponiendo una carga innecesaria e improductiva a las autoridades responsables de esta área. El punto crítico radica en saber si puede hacerse una evaluación confiable del riesgo que generan los delinquentes sexuales. La investigación sobre las tasas de reincidencia invocada por el Ministro del Interior demostró que el 75% de los delinquentes sexuales monitoreados durante un período de veintinueve años no volvió a ser condenado y, por otro lado, no se ha acreditado en forma alguna la imposibilidad de identificar por lo menos a algunos de los que no plantean un riesgo significativo de reincidencia.

Muchas otras normas que afectan a los delinquentes sexuales exigen que el riesgo de reincidencia sea evaluado. Es obvio que deben existir circunstancias en las que un tribunal adecuado puede llegar a descartar, en forma confiable, el riesgo de que un individuo cometa nuevamente un delito sexual, de forma que el mantenimiento de las exigencias de notificación deje de estar justificado. La circunstancia de que otros países que imponen exigencias similares de notificación prevén la posibilidad de verificar la necesidad de imponer esta carga sugiere que la revisión es factible.

En consecuencia, los tribunales inferiores estaban en lo correcto cuando resolvieron que las exigencias aquí cuestionadas interfieren en forma desproporcionada con los derechos garantizados por el art. 8, dado que la Ley no prevé la posibilidad de que se revise, caso por caso, la razonabilidad de su aplicación.

SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO, sentencia del 21-4-2010, *caso R (on the application of F (by his litigation friend F)) and another (FC) V. Secretary of State for the Home Department*, en <http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2009_0144_Judgment.pdf>.



>> **DEMENTES. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. GARANTÍAS PROCESALES (RUSIA).**

1. Antecedentes del caso: un grupo de apelantes impugnaron algunos artículos del Código Procesal Penal que versan sobre la aplicación de medidas de seguridad, de tratamientos psiquiátricos forzosos e internación en institutos sanitarios a personas que cometieron varios delitos penales en estado de demencia. Afirman que desde el momento en que el informe psiquiátrico es adjuntado al expediente del caso, el estado de demencia es notificado al representante o al abogado defensor, y la persona pierde *de facto* sus capacidades procesales sin haber sido nunca entrevistada ni vista por un juez y sin haber sido citada en audiencia para determinar si realmente es incapaz de defender sus derechos personalmente. Asimismo, sostienen que las disposiciones mencionadas violan los derechos dispuestos en los arts. 45 y 46 de la Constitución (derecho a la protección judicial).

2. Sentencia:

Según la Corte Constitucional (Corte), efectivamente, las disposiciones impugnadas suponen ciertas restricciones en el estatus procesal de las personas a las que se les inició un procedimiento que implica un tratamiento médico forzoso. En la práctica, el apartamiento del proceso penal en el caso de las personas que sufren de demencia es interpretado como un menoscabo de su estatus procesal que precluye su participación individual en el procedimiento. El derecho internacional requiere que los tribunales verifiquen la validez de los informes de los peritos para asegurarse de que la incapacidad sea establecida tanto sobre la base de la prueba adjuntada al expediente como de aquélla que surge del procedimiento. El derecho constitucional a la protección judicial interpretado por la Corte prevé que el poder de recurrir ante ésta para la protección de los derechos y libertades propios es de naturaleza universal y es válido en todo el sistema legal. Las personas sujetas a una orden de indicación, continuación, modificación o suspensión de tratamiento médico forzoso no deben ser privadas de este derecho.

La Corte Europea de Derechos Humanos, en el fallo *Romanov v. Rusia*, sostuvo que la presencia de la persona en cuestión en la audiencia es una precondition para que el juez personalmente determine su estado psicológico y pronuncie un fallo justo. No pueden hacerse audiencias sin la presencia del apelante (contra su deseo), excepto en circunstancias muy específicas (conducta agresiva, o estado físico o mental que limite su aparición en el tribunal). El hecho de que la legislación rusa no haga distinciones entre los derechos de los demandados totalmente capaces a pesar de sus desórdenes mentales y los de los demandados que no son capaces de ejercer sus derechos debidamente es incompatible tanto con las obligaciones internacionales de Rusia como con su Constitución. La inhabilidad de los individuos para hacer valer sus derechos procesales cuando están sujetos a medidas de seguridad que implican un tratamiento psiquiátrico obligatorio e internación en instituciones sanitarias constituye una restricción y una violación de sus derechos constitucionales, a menos que su condición no les permita ejercerlos completamente.

Tomadas en su totalidad, las disposiciones que prohíben que los individuos sujetos a una orden de tratamiento médico forzoso tengan acceso a la prueba, tomen parte en la audiencia, presenten denuncias, soliciten cambios o la finalización de las medidas implementadas, y apelen contra las decisiones que los afectan son contrarias a la Constitución. La Corte solicitó que el legislador diseñe diferentes regulaciones de los derechos de las personas referidas a fin de tener en cuenta su estado mental y su capacidad para participar personalmente en los procesos.

CORTE CONSTITUCIONAL DE RUSIA, sentencia del 20-11-2007, N° 13, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2008, 2, p. 308.



>> **DERECHO A LA IDENTIDAD. DERECHO AL NOMBRE. APELLIDOS COMPUESTOS. LÍMITE A SU GENERACIÓN (ALEMANIA).**

1. Antecedentes del caso: el art. 1355.4 del Código Civil prevé que los cónyuges deben determinar en el acto del matrimonio, mediante declaración ante el personal del registro civil, un apellido común familiar y así matrimonial, pudiendo elegir entre el apellido de nacimiento y el que hasta ese momento ha llevado el hombre o la mujer. Si no fijan uno común, continúan llevando sus respectivos apellidos. Si se deciden por uno matrimonial, entonces el cónyuge cuyo apellido no fue elegido para el propio del matrimonio puede anteponer o agregar el suyo. Esta posibilidad queda reducida o excluida en el art. 1355.4.2 y 3 para el caso en que los cónyuges ya portaran consigo un apellido compuesto; y si el de un cónyuge es así, puede agregar al apellido de matrimonio sólo uno de sus componentes. El recurrente tiene un apellido doble y trabaja hace muchos años en un estudio jurídico en Munich; la recurrente tiene sólo uno, tiene hijos del primer matrimonio y trabaja como dentista. Se casaron, ambos en segundas nupcias, en mayo de 1997 sin haber fijado un apellido común. Más tarde decidieron usar el doble apellido del marido como matrimonial, y la recurrente pretendió agregar el suyo propio al primero. La pretensión fue rechazada por el registro civil de Munich y, en recurso, por el Tribunal Supremo del Estado de Baviera.

2. Sentencia:

El art. 1355.4.2 persigue un objetivo legítimo. El parlamentario, en su concepción del derecho del apellido familiar, ha dado a éste muchas funciones: quien lleva el apellido debe tener, por un lado, la posibilidad de expresarse mediante aquél; por otro, una atribución familiar clara. Además el apellido conlleva la conservación de la fuerza identificatoria y el respectivo aseguramiento en las generaciones venideras.

La norma pretende determinar apellidos que, por un lado, sean prácticos para el comercio y los negocios jurídicos y, por otro, que a lo largo de las generaciones no se conviertan ellos mismos en una cadena de apellidos. Impide que se lleve un apellido que, en caso de dobles apellidos llevados hasta entonces, pueda estar conformado por cuatro. Al mismo tiempo, evita que los hijos porten tres apellidos.

Por su parte, los arts. 1617.1 y 1617.a del Código Civil abren la posibilidad de fijar para un hijo un apellido doble conformado por el de familia y el agregado de uno de los cónyuges. Se plantea entonces la cuestión de por qué mientras permite esto, prohíbe la formación de un apellido compuesto para el matrimonial a partir de los de los cónyuges o a partir del de los padres como apellido de nacimiento. Si bien el parlamentario con esta segunda norma no persigue su objetivo -evitar ante todo dobles apellidos para los de nacimiento- de modo consecuente, el art. 1355.4.2 sirve en todo caso al legítimo fin de excluir la generación de apellidos compuestos por otros tres, y así también impedir que éstos puedan volverse apellidos para nacimiento; por último, evita cadenas de apellidos.

Así expuesta, la intervención en el derecho fundamental al apellido resulta proporcional y aplicable, por lo que el recurso debe ser rechazado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 5-5-2009, 1 BvR 1155/03, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20090505_1bvr115503.html>.



>> **DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN RACIAL. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, ART. 2 (NACIONES UNIDAS-ESPAÑA).**

1. Antecedentes del caso: la peticionaria, oriunda de los Estados Unidos de América, obtuvo la nacionalidad española en 1969. El 6 de diciembre de 1992 llegó a la estación de ferrocarril de Valladolid, procedente de Madrid, junto con su esposo y su hijo. Momentos después de bajar del tren, un miembro de la Policía Nacional se acercó a ella y le solicitó el Documento Nacional de Identidad (DNI). El agente no pidió dicho documento a ninguna otra persona de las que se encontraban en el andén en ese momento, incluidos su esposo e hijo; la afectada solicitó entonces explicaciones sobre las razones del control de identidad, a lo que el agente respondió que tenía obligación de verificar la identidad de las personas como ella, ya que muchas eran inmigrantes ilegales; añadió que la Policía Nacional tenía orden del Ministerio del Interior para efectuar controles de identidad, en particular a “personas de color”. El esposo observó que esto constituía discriminación racial, lo que el policía negó afirmando que la solicitud de identificación respondía al elevado número de inmigrantes ilegales residentes en España.

2. Dictamen:

2.1. El Comité estima que es legítimo efectuar controles de identidad de manera general con fines de protección de la seguridad ciudadana y de prevención del delito o con miras a controlar la inmigración ilegal, pero las meras características físicas o étnicas de las personas objeto de los mismos no deben ser tomadas en consideración como indicios de su posible situación ilegal en el país. Tampoco

deben realizarse de manera tal que sólo las personas con determinados rasgos físicos o étnicos sean señaladas. Lo contrario no sólo impactaría negativamente sobre la dignidad de las personas afectadas, sino que además contribuiría a la propagación de actitudes xenófobas entre la población en general y sería contradictorio con una política efectiva de lucha contra la discriminación racial.

2.2. La responsabilidad internacional del Estado por violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es de carácter objetivo y puede surgir de la acción u omisión de cualquiera de sus poderes. Si bien no parece que existiera en España una orden escrita y expresa de realizar controles policiales de identidad tomando como criterio el color de piel, el agente de policía actuó conforme a dicho criterio y los tribunales que conocieron del caso lo consideraron justificado. Cabe, en consecuencia, decidir si esa actuación es contraria a alguna o algunas disposiciones del Pacto.

Se infiere del expediente que se trató de un control de identidad general. La afectada afirmó que ninguna otra persona a su alrededor fue objeto del mismo y que el policía que la interpelló aludió a sus rasgos físicos para explicar la razón por la que sólo lo efectuó sobre ella. Estas alegaciones no fueron desvirtuadas por los órganos administrativos y judiciales ante los que se denunciaron los hechos ni tampoco ante el Comité. En estas circunstancias, corresponde concluir que se individualizó a la peticionaria para dicho control únicamente por razón de sus características raciales y que éstas constituyeron el elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal. Asimismo, es jurisprudencia del Comité que no toda diferencia de tratamiento constituye discriminación si los criterios de diferenciación son razonables y objetivos, y si el objeto que se procura es lícito en virtud del Pacto.

Por tanto, es opinión del Comité que no se cumplieron los criterios de razonabilidad y objetividad y, además, no se ofreció a la afectada ninguna satisfacción, como podría haber sido una disculpa pública a modo de resarcimiento.

Sobre la base de lo anterior, el Comité considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación del artículo 26, leído conjuntamente con el artículo 2, párrafo 3 del Pacto.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado *a)* del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte tiene la obligación de proporcionar a la afectada un recurso efectivo, incluido un pedido de disculpas público. Tiene también la obligación de tomar todas las medidas necesarias para evitar que sus funcionarios incurran en actos como los del presente caso.

El Comité desea recibir del Estado Parte, en un plazo de ciento ochenta días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (Naciones Unidas), dictamen del 27-7-2009, Comunicación N° 1493/20006, CCPR/C/96/D/1494/2006.



>> **DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN RELIGIOSA. ESCUELAS CONFESIONALES. DERECHO DE ADMISIÓN (REINO UNIDO).**

1. Antecedentes del caso: la escuela confesional judía “Jews’ Free School” (JFS) implementó -debido a una demanda de inscripción superior a las vacantes disponibles- una política de admisión por la cual tienen prioridad los niños reconocidos como judíos por la Oficina del Gran Rabino de la *United Hebrew Congregation of the Commonwealth* (OCR). Ésta sólo reconoce como judía a una persona si: a) desciende en línea materna de una mujer que ha sido reconocida como judía, o b) se ha sometido a una conversión ortodoxa. E. y su hijo M. practican el judaísmo masortí. La OCR reconoce a E. como judío, pero la madre de M. es de origen italiano y católico, y su conversión al judaísmo no ha sido reputada ortodoxa por la OCR. Es por ello que la JFS rechazó la solicitud de admisión a la escuela presentada por M. Por esta razón, E. impugnó la política de admisión de la JFS ante la *High Court* denunciando discriminación directa contra su hijo por su origen étnico, en contravención al art.1 (1) (a) de la *Race Relations Act* de 1976 (Ley de Relaciones Raciales). Asimismo, alternativamente, sostuvo que la discriminación era indirecta. La *High Court* rechazó ambas impugnaciones, pero el Tribunal de Apelaciones revocó por unanimidad esta decisión: resolvió que la JFS había discriminado directamente a M. por su origen étnico e impuso las costas del juicio a la *United Synagogue*. La JFS apeló la decisión ante la Corte Suprema y la *United Synagogue* hizo lo propio con respecto a la providencia en su contra.

2. Sentencia: se revoca la apelación interpuesta por el órgano de gobierno de la JFS. En relación con la cuestión de la discriminación directa, la decisión fue adoptada por una mayoría de cinco jueces (*Lords Phillips, Mance, Kerr, Clarke, Lady Hale*) contra cuatro (*Lords Hope, Rodger, Walker y Brown*). *La mayoría sostuvo que JFS había discriminado a M. con base en su origen étnico. Los Lords Hope y Walker, en sus disidencias, hubieran desestimado la apelación porque consideraron que JFS había discriminado indirectamente a M. al no haber demostrado que su política era proporcionada. Los Lords Rodger y Brown hubieran hecho lugar al recurso interpuesto por JFS.*

2.1. Voto de la mayoría (Lords Phillips, Mance, Kerr, Clarke y Lady Hale)

No debe interpretarse que esta sentencia de la Corte critica la política de admisión de la JFS por fundamentos morales o que sugiera que alguna de las partes del caso podría ser considerada “racista” en sentido común y peyorativo. La simple cuestión jurídica que la Corte tenía que determinar era si, al serle denegada la admisión a la JFS, M. fue perjudicada en razón de su origen étnico (o de su carencia de un cierto origen étnico).

a) *En relación con los principios generales aplicables a la discriminación directa*

A fin de determinar si existe discriminación directa por motivos de origen étnico en términos de la Ley de Relaciones Raciales, la Corte debe decidir si el origen étnico de la víctima es el criterio que determina la decisión tomada por el discriminador. Si ello es así, el motivo de la discriminación y/o la razón por la que se considera significativo el origen étnico de la víctima no resulta relevante.

Cuando los criterios fácticos en que se basa un tratamiento discriminatorio son poco claros, inconscientes o controvertidos, la Corte va a considerar los procesos mentales del discriminador a efectos de inferir -como una cuestión de hecho, a partir de la prueba producida en autos- si existe discriminación por una causal prohibida. Sólo es necesario considerar los procesos mentales del discriminador cuando los criterios fácticos en que se funda la discriminación no están en claro.

Tratar a un individuo de manera desfavorable porque *carece* del origen étnico requerido constituye discriminación directa. No existe diferencia lógica alguna entre este caso y un tratamiento menos favorable a un individuo que sí posee un cierto origen étnico.

La discriminación indirecta no requiere que el discriminador tenga la intención de actuar en forma discriminatoria o que sea consciente de que lo está haciendo. En este caso, no hay necesidad de considerar ningún proceso mental, dado que el criterio fáctico que determinó la negativa a admitir a M. a la JFS resulta claro: la circunstancia de que no desciende por línea materna de una mujer a la que la OCR reconoce como judía. El estado mental subjetivo de la JFS, de la OCR y/o del Gran Rabino resulta, entonces, irrelevante. La cuestión crucial que hay que determinar es si resulta adecuado considerar que esta exigencia se refiere a los orígenes étnicos de M.

El examen de admisión aplicado por la JFS se basa en la etnicidad de las mujeres de las que M. es descendiente. Tanto si éstas nacieron judías como si se convirtieron al judaísmo conforme a las exigencias de la OCR, la única base sobre la cual puede considerarse que M. cumple con los requisitos del examen de admisión de la JFS es que él descienda en línea materna de una mujer que la OCR reconoce como judía. Es preciso observar que, si bien es posible que las mujeres se conviertan al judaísmo conforme a las exigencias de la OCR y puedan de ese modo transmitir el judaísmo ortodoxo a su descendencia, la exigencia de someterse a esa conversión constituye *per se* una carga significativa y onerosa que no es aplicable a quienes nacen con el origen étnico requerido: esta circunstancia ilustra en última instancia la naturaleza esencialmente étnica del examen requerido por la OCR.

La madre de M. no desciende matrilinealmente del pueblo judío, y no cabe duda de que éste es un grupo étnico de acuerdo con el significado que le confiere la Ley de Relaciones Raciales. A pesar de que la JFS y la OCR habrían hecho caso omiso de esta circunstancia si la madre de M. se hubiese sometido a una conversión ortodoxa, ello no habría alterado la esencia fundamental del examen aplicado. No es posible afirmar que M. ha sido tratado desfavorablemente debido a *sus* creencias religiosas. La JFS y la OCR se mostraron indiferentes respecto de éstas y sólo se centraron en constatar si M. cumplía con las exigencias del examen de descendencia matrilineal.

La discriminación directa por motivos de origen étnico en términos de la Ley de Relaciones Raciales no sólo implica un tratamiento adverso por pertenecer a un grupo étnico, tal como lo define la Cámara de los Lores en la sentencia *Mandla v. Dowell-Lee* ([1983] 2 AC 548). La Ley también prohíbe la discriminación por motivos de origen étnico en un sentido más estricto, a saber, cuando se hace

referencia al linaje o a la descendencia de una persona. El examen aplicado por la JFS y la OCR se centra en la descendencia genealógica de un pueblo determinado que con el transcurso del tiempo ha crecido por asimilación de conversos y, por ello, está basado en el origen étnico. Esta conclusión es respaldada por la política subyacente a la Ley de Relaciones Raciales, según la cual las personas deben ser tratadas como individuos y no ha de suponerse que sean iguales a otros miembros del grupo. Tratar a una persona menos favorablemente en razón de la condición de sus ancestros significa ignorar sus propias características y atributos, y no respetar su autonomía e individualidad. La Convención sobre los Derechos del Niño exige que en los casos en que estén involucrados niños debe prevalecer el mejor interés del menor.

Es posible sostener que la política de admisión adoptada por la JFS y por la OCR se basó tanto en motivos religiosos como étnicos, puesto que la razón para la aplicación de un examen basado en el origen étnico es la convicción de que ese criterio está dictado por la ley religiosa judía. La circunstancia de que la regla adoptada sea de carácter religioso no puede alterar el hecho de que el contenido de la misma pone en marcha un examen de etnicidad. La circunstancia de que la decisión de discriminar por motivos raciales se fundamente en una creencia o convicción religiosa devota, venerable y sincera no la exime de la responsabilidad que le cabe en términos de la Ley de Relaciones Raciales.

No resulta claro que el criterio práctico adoptado por la JFS conforme a lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de Apelaciones vaya a dar lugar a que dicha escuela tenga que admitir estudiantes no considerados judíos por uno o más de los movimientos judíos establecidos.

Puede alegarse que debería caber una excepción expresa a las disposiciones de la Ley que permita que los colegios confesionales judíos admitan prioritariamente a los descendientes por línea materna. En cualquier caso, la formulación de esta excepción incuestionablemente compete al Parlamento.

b) *En lo que hace a la discriminación indirecta*

La discriminación directa y la indirecta son mutuamente excluyentes: ambos conceptos no pueden aplicarse al mismo tiempo a un mismo caso y, dado que este caso es de discriminación directa, no puede serlo indirectamente.

En hipótesis, si el caso no fuera de discriminación directa, la política resultaría indirectamente discriminatoria. La política persigue el objetivo legítimo de cumplir con la obligación que la ley religiosa judía impone de educar a quienes la OCR considera judíos. Sin embargo, la JFS no ha demostrado -y en términos de la prueba producida, no podría haberlo hecho- que las medidas que adoptó, dada la gravedad de sus efectos negativos, eran un medio apropiado para conseguirlo.

2.2. Votos disidentes (Lord Hope, Lord Rodger, Lord Walker y Lord Brown)

a) *En relación con la discriminación directa*

Para identificar el fundamento por el cual la JFS se negó a admitir a M. en el colegio, la Corte debe adoptar un criterio subjetivo que toma en cuenta el motivo y la intención de la JFS, de la OCR y del Gran Rabino (Lord Hope).

En este caso la JFS, la OCR y el Gran Rabino se ocuparon solamente de la condición *religiosa* de M., tal como lo determina la ley religiosa judía. No hay motivos para dudar de la franqueza y de la buena voluntad del Gran Rabino en este asunto (Lord Hope).

La posibilidad de someterse a una conversión demuestra que el examen aplicado, más que de carácter racial, es de carácter religioso (Lord Hope).

No es adecuado describir la dimensión religiosa del examen aplicado por la JFS como un mero motivo (Lords Hope y Rodger).

Sería apropiado en este caso comparar a M. con un niño cuya madre se ha sometido a una conversión ortodoxa. La diferencia entre el tratamiento brindado a uno y a otro sería que la madre de este último ha aprobado un curso de conversión ortodoxa (Lord Rodger).

b) *En relación con la discriminación indirecta*

Lords Hope y Walker

Resulta claro que los niños que no tienen un origen étnico judío por línea materna están en desventaja con respecto a la política de admisión de la JFS en comparación con aquéllos que sí poseen el origen étnico requerido. El objetivo legítimo de la política de admisión de JFS es educar a los niños considerados como judíos por la OCR dentro de un ámbito educativo que practica el judaísmo ortodoxo.

La ley de 1976 impuso a la JFS la carga de demostrar que, al formular su política, había considerado cuidadosamente el efecto adverso que tendría en M. y en otros niños que se encontraran en esa situación, y que había puesto esta circunstancia en balance con las exigencias que requiere alcanzar el objetivo legítimo que buscaba perseguir. No se ha acreditado que JFS haya considerado si podrían adoptarse medios menos discriminatorios que no socaven su *ethos* religioso: la no consideración de políticas de admisión alternativas y menos discriminatorias significa que la JFS no tiene derecho a que deba resolverse que el medio que empleó es proporcionado.

Lords Rodger y Brown

El objetivo perseguido por la política de admisión de la JFS, a saber, la educación de los niños reconocidos como judíos por la OCR, es irreconciliable con cualquier *modus operandi* que dé prioridad a niños no reconocidos como judíos por la OCR en lugar de otorgarla a aquéllos que sí son reconocidos como tales. La política de admisión de la JFS efectiviza de manera racional el legítimo objetivo perseguido, por lo que no puede decirse que sea desproporcionada.

2.3. La apelación de la *United Synagogue*

La *United Synagogue* debe pagar el 20% de las costas del juicio de E. en el Tribunal de Apelaciones, pero no las del Alto Tribunal. El 20% de las costas de E. en el Alto Tribunal deben cargarse a la JFS, más el 50% que ya se le había ordenado pagar.

Nota del Instituto: puede consultarse la sentencia *Mandla v. Dowell-Lee* de la Cámara de los Lores en <http://www.hrcr.org/safrica/equality/Mandla_DowellLee.htm>.

SUPREMA CORTE DEL REINO UNIDO, sentencia del 16-12-2009, *Caso R (on the application of E) v. The Governing Body of JFS and the Admissions Appeal Panel of JFS and others*, en <http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2009_0136_Judgment.pdf>.

>> **DERECHO A LA IGUALDAD. IGUALDAD ANTE LA LEY. DERECHO AL SUFRAGIO. RESTRICCIONES. ALCANCES. INTERDICCIÓN ELECTORAL (NICARAGUA).**

1. Antecedentes del caso: un numeroso grupo de ciudadanos interpuso un recurso de amparo contra el Consejo Supremo Electoral alegando que en el mes de octubre de 2009 solicitaron a dicho Consejo, de manera expresa, la aplicación del principio constitucional de igualdad incondicional de todo ciudadano nicaragüense, establecido en el Preámbulo y en los arts. 27, 47, 48, 50 y 51 de la Carta Magna, para participar en los asuntos políticos de la Nación, sin más limitaciones que las establecidas por razones de edad y suspensión de derechos ciudadanos conforme a sentencia firme. Asimismo, pidieron la inaplicación de la interdicción electoral para el Presidente y Vicepresidente, Alcalde y Vicealcalde municipales. Fundaron su recurso en los arts. 47, 48, 50, 51, 168 y 173.1, 4 y 14 de la Constitución, y en los arts. 1, 2, 3 y 10.1, 2, 4, 5, 6, 7, 19 y 20 de la Ley Electoral N° 331, ya que esta interdicción genera una desigualdad en y ante la ley pues sólo se aplica a los cargos de elección directa y popular para los que los accionantes fueron democráticamente electos, pero no los cargos, también de elección directa y popular, de diputados de la Asamblea Nacional, del Parlamento Centroamericano (Parlacen) y de los Consejos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica; ni a los casos de elección indirecta como magistrados del Consejo Supremo Electoral (CSE), Fiscal de la República, miembro de la Contraloría General de la República, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, Intendente y Superintendente de Bancos, como tampoco para los de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, entre otros. La resolución administrativa del Consejo aquí cuestionada resolvió rechazar *ad portas* las solicitudes. Sus fundamentos fueron que la Constitución Política es la Ley Fundamental de la República y efectivamente vincula a todos los Poderes del Estado, otorgando facultades a cada uno, por lo que un poder constitucional no puede ejercer atribuciones que le son propias a otro, y a ese “Poder Electoral le corresponde en forma exclusiva la organización, dirección y vigilancia de las elecciones, plebiscitos y referendos” (art. 168); y que, por mandato constitucional (art. 173), el Consejo Supremo Electoral organiza y dirige las elecciones, plebiscitos o referendos que se convocan de acuerdo con lo establecido en la Constitución y en la ley; aplica las disposiciones constitucionales y legales referentes al proceso electoral; y vela por el cumplimiento de dichas disposiciones por parte de los candidatos que participen en las elecciones generales y municipales. De manera tal que aunque hubiese una posible antinomia constitucional entre los principios constitucionales de igualdad incondicional y de interdicción electoral para el Presidente y Vicepresidente de la República, Alcalde y Vicealcalde de participar como candidatos de manera sucesiva en los procesos electorales a realizarse en los comicios electorales de los años 2011 y 2012, no correspondía a dicho Consejo resolverla. Los recurrentes denunciaron que tal resolución les causaba un agravio directo, personal y concreto en sus derechos, ya que contrariamente a lo que predica la Constitución y las declaraciones y convenciones de derechos humanos reconocidas en el art. 46, constituye una verdadera interdicción política absoluta, al negarles participar de manera activa en los futuros comicios electorales nacionales y municipales.

2. Sentencia: se hace lugar al recurso de amparo interpuesto por los recurrentes.

Corresponde en principio examinar si el constituyente derivado violó la igualdad “en la ley”, excediéndose al constituyente originario, “tratando desiguales situaciones iguales” en la parte dogmática o en la orgánica. En el caso concreto, la parte dogmática dispone, entre otras cosas, que son “ciudadanos los nicaragüenses que hubieran cumplido dieciséis años de edad. Sólo los ciudadanos gozan de los derechos políticos consignados en la Constitución y las leyes, sin más limitaciones que las que se establezcan por razones de edad. Los derechos ciudadanos se suspenden por imposición de pena corporal grave o penas accesorias específicas, y por sentencia ejecutoriada de interdicción civil” (art. 47). Sólo esta norma contiene una limitación que puede afirmarse como válida, lógica y racional por motivos de edad y por motivos de interdicción penal o civil. En la parte orgánica, el art. 147 dispone: “No podrá ser candidato a Presidente ni Vicepresidente de la República: a) el que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la Presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúa la elección para el período siguiente, ni el que la hubiere ejercido por dos períodos presidenciales; b) el Vicepresidente de la República o el llamado a reemplazarlo, si hubiere ejercido su cargo o el de Presidente en propiedad durante los doce meses anteriores a la fecha en que se efectúa la elección para el período siguiente ...”; y el art. 178 refiere que el “Alcalde y el Vicealcalde sólo podrán ser reelectos por un período. La reelección del Alcalde y Vicealcalde no podrá ser para el período inmediato siguiente...”. Tales disposiciones crean una interdicción inaplicable para los demás cargos de elección popular y directa.

Puede afirmarse que tanto el Presidente y Vicepresidente de la República como el Alcalde y Vicealcalde municipales, y los diputados de la Asamblea Nacional, del Parlacen y de los Consejos Regionales Autónomos tienen la siguiente igualdad de situaciones: 1) son electos mediante sufragio universal, igual, directo, libre y secreto; 2) ejercen el poder político en representación del pueblo; y 3) tienen mandatos superiores a cuatro años.

Ahora bien, dichos cargos de elección directa presentan desigualdad en igualdad de condiciones en “el derecho a optar al mismo cargo público de manera sucesiva en los subsiguientes comicios electorales”. En efecto, ello no se les permite al Presidente y Vicepresidente (art. 147), ni al Alcalde y Vicealcalde (art. 178); mientras que no tienen esa restricción los diputados de la Asamblea Nacional, del Parlacen y de los Consejos Regionales Autónomos.

En consecuencia, las disposiciones constitucionales que contienen esa interdicción electoral representan un trato desigual, cuando, como queda claro, hay igualdad de condiciones, contraviniendo el principio de igualdad y el de proporcionalidad, que reconoce como única limitación la establecida en la parte dogmática: “por razón de edad” y “por motivo de condena penal o interdicción civil”.

Ante tal desigualdad “en la ley” (arts. 147 y 178) y “ante la ley”, ya que el Consejo Supremo Electoral, en la resolución administrativa impugnada, se niega a aplicar el principio constitucional de igualdad incondicional de todo ciudadano nicaragüense sin discriminación alguna e inaplicar la referida interdicción electoral para los apelantes, aduciendo que no le corresponde resolver tal antinomia

constitucional, debe declararse la inaplicabilidad de la interdicción creada por el constituyente derivado mediante la Ley N° 192 de Reforma Parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua, en su art. 13.

En consecuencia, se ordena al Consejo Supremo Electoral librar certificación que considere a los recurrentes como ciudadanos de derechos políticos-constitucionales-electorales aptos para participar en los comicios a realizarse en los años 2011 y 2012, en los mismos cargos que ostentan actualmente, como candidatos a Presidente, Vicepresidente, Alcalde y Vicealcalde, respectivamente, sin más requisitos y condiciones que los que se establecen a cualquier ciudadano por razones de edad o impedimento del ejercicio de los derechos ciudadanos por sentencia penal firme o interdicción civil.

Por lo tanto, se declara la inaplicabilidad, a partir de la notificación de la presente sentencia, del art. 147 de la Constitución, únicamente en la parte que íntegra y literalmente reza: “No podrá ser candidato a Presidente ni Vicepresidente de la República: a) el que ejerciere o hubiere ejercido en propiedad la Presidencia de la República en cualquier tiempo del período en que se efectúa la elección para el período siguiente, ni el que la hubiere ejercido por dos períodos presidenciales; b) el Vicepresidente de la República o el llamado a reemplazarlo, si hubiere ejercido su cargo o el de Presidente en propiedad durante los doce meses anteriores a la fecha en que se efectúa la elección para el período siguiente...” y el art. 178, sólo en la parte que íntegra y literalmente se lee: “... El Alcalde y el Vicealcalde sólo podrán ser reelectos por un período. La Reección del Alcalde y Vicealcalde no podrá ser para el período inmediato siguiente”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE NICARAGUA (Sala de lo Constitucional), sentencia del 19-10-2009, expediente N° 602-09, en <<http://www.web.poderjudicial.gob.ni/alexis/504.pdf>>.



>> **DERECHO A LA LIBERTAD.** PLAZOS MÁXIMOS DE DETENCIÓN. DETERMINACIÓN SEGÚN LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: el actor interpuso demanda de hábeas corpus contra el Jefe de Policía Judicial de Puno, alegando la vulneración de su derecho constitucional a la libertad personal, al haber sido detenido, trasladado y puesto a disposición del Capitán PNP y luego conducido a la cárcel judicial. En el momento que se tomaba esta medida, había una orden de captura (requisitoria) contra el actor por el delito de falsificación de documentos, dictada por un juzgado penal de Lima. El actor no fue trasladado a dicha ciudad por falta de viáticos. El juez constitucional ordenó entonces que fuera puesto a disposición de otro juzgado penal dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. Sin embargo, el Capitán PNP no dio cumplimiento a esta orden y el actor permaneció detenido por seis días consecutivos, considerando esta detención arbitraria e inconstitucional. El Juzgado Penal de Puno desestimó la demanda de hábeas corpus por considerar que no se había afectado el

derecho a la libertad personal del actor, pues si bien se verificó la detención por más de veinticuatro horas, aquélla obedecía a hechos ajenos a la Policía Judicial en razón de que a ésta no se le habían proporcionado los viáticos para el traslado. En este estado, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Puno confirmó la sentencia apelada, por similares fundamentos. El actor interpuso entonces un recurso ante el Tribunal Constitucional.

2. Sentencia: se declara fundada la demanda de hábeas corpus. Asimismo se ordena al Jefe de la Policía Judicial de Puno, Capitán PNP, así como al administrador de la Corte Superior de Justicia de Puno no volver a incurrir en acciones u omisiones similares a las que motivaron la presente demanda.

Se establecen las siguientes reglas para la tutela del derecho a ser puesto a disposición judicial dentro de los plazos señalados:

a) Regla substancial: la Norma Fundamental establece un plazo máximo de detención, de carácter absoluto, cuyo cómputo es inequívoco y simple, pero no es el único, pues existe también el plazo estrictamente necesario. Si la detención no hubiera traspasado el plazo máximo, ese dato *per se* no resulta suficiente para evaluar sus márgenes de constitucionalidad, pues tampoco puede durar más allá del plazo estrictamente necesario, por lo cual resulta evidente que el límite máximo de la detención debe ser establecido en atención a las circunstancias de cada caso concreto, tales como las diligencias necesarias a realizarse, la particular dificultad para efectuar determinadas pericias o exámenes, el comportamiento del afectado a raíz de la medida adoptada, entre otros.

En suma, resulta lesiva al derecho fundamental a la libertad personal la privación de ésta en los supuestos en que ha transcurrido el plazo máximo para la detención, o cuando, estando dentro de dicho plazo, se ha superado el plazo estrictamente necesario; en ambos casos, dicho estado de cosas queda privado de fundamento constitucional, y la consecuencia debe ser la puesta inmediata de la persona detenida a disposición del juez competente para que sea éste quien determine si procede la detención judicial respectiva o la libertad, sin perjuicio de las responsabilidades que señala la ley para la autoridad, funcionario o persona que hubieren incurrido en ellas.

b) Regla procesal: el derecho a ser puesto a disposición judicial dentro del plazo estrictamente necesario de la detención o dentro del plazo máximo resulta opinable frente a cualquier supuesto de detención o privación de la libertad personal que se encuentre regulado por el ordenamiento jurídico. En este sentido, a efectos de optimizar su tutela, corresponde que la autoridad competente efectúe un control de los plazos de la detención tanto concurrente como posterior, dejándose constancia del acto de control, disponiendo, si fuera el caso, las medidas correctivas pertinentes, bajo responsabilidad. Este control de los plazos debe ser efectuado tanto por el representante del Ministerio Público como por el juez competente, según corresponda, sin que ambos sean excluyentes, sino más bien complementarios.

CORTE CONSTITUCIONAL DE PERÚ, sentencia del 8-1-2010, caso *Ruiz Dianderas*, 06423-2007-PHC/TC, en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/06423-2007-HC.html>>.

>> **DERECHO AMBIENTAL. DERECHO A GOZAR DEL MEDIO AMBIENTE. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN. PRINCIPIO PRECAUTORIO (PERÚ).**

1. Antecedentes del caso: el demandante pretende que no se aplique a la empresa Caliza Cemento Inca S.A. el cambio de zonificación de un predio ubicado en el distrito de Lurigancho – Chosica a fin de que no pueda construir y operar su fábrica, pues, de lo contrario, se vulneraría su derecho fundamental -y en particular, el de los pobladores que habitan en los alrededores- a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona humana, que, como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional, está determinado por los siguientes elementos: el derecho a gozar del medio ambiente y el derecho a que ese medio ambiente se preserve. El Juzgado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundada la demanda con base en los peritajes de oficio que corroboraron los impactos negativos que ocasionaría el funcionamiento de la fábrica, más aún, cuando el cambio de zonificación se llevó a cabo sin que se haya meritulado ni el futuro uso del predio, ni criterio alguno de tipo biológico o ambiental. La revisora, revocando la sentencia apelada, declaró fundada la apelación debido a que no se había acreditado en forma suficiente que la mencionada fábrica constituyera una potencial fuente de contaminación.

2. Sentencia: se declara infundada la demanda.

Cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de todas las especies.

Para tal efecto, el intérprete constitucional cuenta con dos principios que le ilustran la salida a adoptar ante estas situaciones, como son el *principio de prevención* y el *principio precautorio*. El primero exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro del medio ambiente; mientras que el segundo comporta adoptar medidas cautelares ante la amenaza de un daño a la salud o al medio ambiente, pues la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos no es óbice para que se adopten las acciones tendientes a tutelar el derecho al medio ambiente y a la salud de las personas.

En ese sentido, la controversia consiste en determinar si el futuro funcionamiento de la aludida fábrica de cemento supone, o no, una amenaza de violación del derecho a gozar de un medio ambiente adecuado y equilibrado para el desarrollo de la vida, lo cual corresponde ser verificado a través de la revisión de los diversos estudios e informes periciales que sobre el particular obran en autos.

En el caso concreto, no es posible comprobar si, efectivamente, el eventual funcionamiento de la aludida fábrica supone una amenaza de afectación del derecho del actor y de quienes habitan alrededor de la misma a gozar de un medio ambiente adecuado, dado que si bien en autos obran diversos informes en ese sentido, también obran otros que concluyen lo contrario.

En dicho contexto, el Tribunal entiende que, dado que los medios probatorios son en su mayoría contradictorios, que luego de una evaluación conjunta de ellos no puede llegarse al convencimiento de la existencia de indicios razonables y suficientes que posibiliten la aplicación del principio precautorio, y que las propias pericias de oficio realizadas por orden del juez de primera instancia adolecen de una solvencia mínima para justificar la aplicación de dicho principio, la demanda no puede ser estimada.

En efecto, si bien en determinados casos resulta necesario que el juzgador recurra a terceros con conocimientos especializados sobre alguna materia a fin de ilustrarse sobre el asunto controvertido, queda claro que en el caso de autos ello no ha ocurrido en la medida que, mientras uno ha sido elaborado por una persona que no es especialista en temas ambientales -toda vez que la perito es ingeniera civil-, el otro carece de argumentos que respalden la conclusión a la que ha llegado, por lo que lejos de auxiliar a los magistrados que en su momento tuvieron que pronunciarse sobre el caso concreto, e incluso a quienes conforman este Tribunal, impiden dilucidar la cuestión controvertida, más aún cuando los presentados por el actor y por Caliza Cemento Inca son contradictorios.

Sin perjuicio de lo expuesto, se estima pertinente advertir que si bien el presupuesto esencial del *principio precautorio* radica en la falta de certeza científica, su aplicación presupone la existencia de indicios razonables y suficientes -lo que no sucede en el caso *sub examine*- que justifiquen la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables, tendientes a la salvaguarda de un ambiente saludable, pues de lo contrario, la tutela podría resultar inoficiosa e ineficaz y, por tanto, inoperante. Y es que, so pretexto de evitar un eventual daño al medio ambiente, la aplicación de dicho principio en modo alguno puede justificar actos arbitrarios y carentes de toda razonabilidad.

En consecuencia, se considera que, al no haberse acreditado la amenaza de violación de los derechos invocados, la demanda debe ser desestimada.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, sentencia del 31-8-2009, expediente 05387-2008-AA, en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05387-2008-AA.html>>.



>> **DERECHO COMUNITARIO. DERECHO AMBIENTAL.** DIRECTIVA 2003/87/CE (RÉGIMEN PARA EL COMERCIO DE DERECHOS DE EMISIÓN DE GASES DE EFECTO INVERNADERO). LEGITIMACIÓN ACTIVA. FALTA DE AFECTACIÓN DIRECTA E INDIVIDUAL. SOLICITUD DE INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO. ADMISIBILIDAD. VIOLACIÓN SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA DE UNA NORMA SUPERIOR DE DERECHO QUE CONFIERE DERECHOS A LOS PARTICULARES. **DERECHO DE PROPIEDAD. LIBERTAD PARA EJERCER UNA ACTIVIDAD PROFESIONAL. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. DERECHO A LA IGUALDAD. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO** (UNIÓN EUROPEA).

1. Antecedentes del caso: la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo, fue adoptada para fomentar la reducción de las emisiones de dichos gases, en particular de dióxido de carbono. Se basa en las obligaciones que incumben a la Comunidad con arreglo a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y al Protocolo de Kyoto. Dispone que, en el marco del régimen para el comercio de derechos de emisión, las emisiones de gases de efecto invernadero de los titulares de las instalaciones recogidas en el anexo deben estar cubiertas por los derechos de emisión asignados por los Estados Miembros con arreglo a los planes nacionales de asignación. De este modo, si un titular consigue reducir sus emisiones, puede vender su excedente de derechos de emisión a otros titulares. Inversamente, el titular de una instalación cuyas emisiones son excesivas puede comprar los derechos de emisión necesarios a un titular que disponga de excedentes. El anexo de la Directiva enumera los tipos de instalaciones afectadas y, en particular, incluye determinadas instalaciones de combustión destinadas a la producción energética, así como a la producción y transformación de metales férreos, como son las instalaciones para la producción de arrabio o de acero. Arcelor, que tras su fusión con Mittal en 2006 se ha convertido en el primer productor mundial de acero, interpuso un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante el que solicitó, por un lado, la anulación de determinados artículos de la Directiva y, por otro, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de su adopción. Arcelor sostiene que la aplicación de dichas disposiciones a instalaciones de producción de arrabio bruto o de acero vulnera varios principios de Derecho comunitario, en particular, el derecho de propiedad, la libertad de ejercer una actividad económica, el principio de proporcionalidad, el principio de igualdad de trato, la libertad de establecimiento y el principio de seguridad jurídica.

2. Sentencia: se desestima el recurso de anulación por inadmisibile y la demanda de indemnización por infundada.

A este respecto, cabe recordar que una persona jurídica, como una sociedad, puede interponer un recurso contra los actos comunitarios que la afecten directa e individualmente. Sin embargo, la Directiva no afecta a Arcelor ni individual ni

directamente. En efecto, la Directiva se aplica, de manera general y abstracta, a todos los operadores mencionados en el anexo.

Se desestima igualmente la demanda de indemnización. A este respecto, el Tribunal considera que Arcelor no ha demostrado que, al adoptar la Directiva, el legislador comunitario vulneró el derecho de propiedad, la libertad de ejercer una actividad económica, el principio de proporcionalidad, el principio de igualdad de trato, la libertad de establecimiento o el principio de seguridad jurídica de manera suficientemente caracterizada para dar lugar a la responsabilidad extracontractual de la Unión.

En particular, cabe recordar que el Tribunal ya ha declarado en el asunto C-127/07, *Arcelor Atlantique y Lorraine*, que la Directiva no vulnera el principio de igualdad, puesto que la diferencia de trato causada por la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de los sectores químicos y de los metales no férreos está justificada por criterios objetivos.

Además, el hecho de que la Directiva no garantice a los operadores la posibilidad de transferir los derechos de emisión asignados a otra instalación más rentable en otro Estado Miembro no vulnera el principio de libertad de establecimiento. En efecto, la Directiva deja a los Estados Miembros un margen de apreciación suficientemente amplio para permitirles aplicarla de conformidad con la libertad de establecimiento. En estas circunstancias, a pesar de que al no establecer la posibilidad de transferir libremente los derechos de emisión entre instalaciones de distintos Estados Miembros, las normativas nacionales no son conformes a la libertad de establecimiento, tal restricción no puede imputarse a la Directiva impugnada por el mero hecho de que no prohíbe explícitamente tal práctica de los Estados Miembros.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala Tercera), sentencia del 2-3-2010, caso T-16/04, *Arcelor S.A. contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004A0016:ES:NOT>>.



>> **DERECHO COMUNITARIO. DERECHO AMBIENTAL.** RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL. PRINCIPIO DE “QUIEN CONTAMINA PAGA”. APLICABILIDAD *RATIONE TEMPORIS*. CONTAMINACIÓN ANTERIOR A LA FECHA PREVISTA PARA LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO INTERNO A LA DIRECTIVA AMBIENTAL Y QUE HA CONTINUADO CON POSTERIORIDAD. NORMATIVA NACIONAL POR LA QUE SE IMPUTAN LOS GASTOS DE REPARACIÓN DE LOS DAÑOS VINCULADOS A DICHA CONTAMINACIÓN A UNA PLURALIDAD DE EMPRESAS. EXIGENCIA DE QUE HAYA HABIDO CULPA O NEGLIGENCIA. EXIGENCIA DE UN NEXO CAUSAL. CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRAS (UNIÓN EUROPEA-ITALIA).

1. Antecedentes del caso: la Rada de Augusta, situada en la región de Priolo Gargallo (Sicilia, Italia), se ve afectada por fenómenos recurrentes de contaminación medioambiental cuyo origen se remonta a los años ‘60, cuando el

polo de Augusta-Priolo-Melilli fue creado como polo petrolífero. Desde entonces, numerosas empresas activas en el sector de los hidrocarburos y la petroquímica se han instalado y sucedido en dicha región. Mediante diferentes decisiones sucesivas, las autoridades administrativas italianas impusieron a las empresas limítrofes con la Rada de Augusta la obligación de reparar la contaminación comprobada en la región de Priolo, declarada “sitio de interés nacional a los efectos de ‘saneamiento’”. Las empresas Raffinerie Mediterranée (ERG) SpA, Polimeri Europa SpA, Syndial SpA, así como ENI SpA presentaron recursos contra dichas decisiones administrativas ante los tribunales italianos. El tribunal de lo contencioso-administrativo regional de Sicilia, que debe decidir en los referidos asuntos, planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea varias cuestiones relativas a la aplicación del principio de “quien contamina paga”.

2. Sentencia: los operadores que tengan instalaciones próximas a un área contaminada pueden presumirse responsables de la contaminación. Además, las autoridades nacionales pueden supeditar el derecho de los operadores a utilizar sus terrenos a condición de que realicen los trabajos reparadores del medio ambiente exigidos.

2.1. *Asunto C-378/08*

El órgano jurisdiccional italiano pretende, esencialmente, que se dilucide si el principio de “quien contamina paga” se opone a una normativa nacional que permite a la administración competente imponer a los operadores, por razón de la proximidad de sus instalaciones a un área contaminada, medidas reparadoras de daños medioambientales, prescindiendo de toda investigación previa del hecho causante de la contaminación y sin demostrar que existe una infracción por parte de los operadores ni un nexo causal entre éstos y la contaminación comprobada.

La Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, establece, en lo relativo a determinadas actividades enunciadas en su anexo II, que el operador cuya actividad haya causado un daño medioambiental o un riesgo inminente de que se produzca tal daño sea considerado responsable. De este modo, dicho operador debe adoptar las medidas reparadoras necesarias y asumir las cargas económicas.

Esta Directiva no se opone a una normativa nacional que permite a la autoridad competente presumir la existencia de un nexo causal entre los operadores y una contaminación comprobada y, ello, por razón de la proximidad de sus instalaciones al área contaminada. No obstante, de conformidad con el principio de “quien contamina paga”, a fin de presumir que existe tal nexo causal, dicha autoridad ha de disponer de indicios plausibles que puedan constituir la base de su presunción, tales como, por ejemplo, la proximidad de la instalación del operador a la contaminación comprobada y la coincidencia entre las sustancias contaminantes encontradas y los componentes utilizados por el referido operador económico en el marco de sus actividades.

Además, la autoridad competente no está obligada a demostrar que ha habido culpa o negligencia por parte de los operadores cuyas actividades se consideren responsables de los daños causados al medio ambiente. Por el contrario, incumbe a dicha autoridad investigar previamente el origen de la contaminación comprobada, para lo que dispone de un margen de apreciación en lo referente a los procedimientos, los medios que han de desplegarse y la duración de tal investigación.

2.2. Asuntos acumulados C-379/08 y C-380/08

El órgano jurisdiccional italiano se cuestiona si la Directiva sobre responsabilidad medioambiental permite la modificación sustancial de las medidas reparadoras de daños medioambientales cuya ejecución ha sido comenzada o acabada. Además, pretende que se dilucide si dicha Directiva se opone a una normativa nacional que supedita el ejercicio del derecho de los operadores a utilizar sus tierras a condición de que ejecuten los trabajos que se les exigen.

La autoridad competente está facultada para modificar sustancialmente las medidas reparadoras de daños medioambientales que han sido adoptadas tras un procedimiento contradictorio llevado a cabo en colaboración con los operadores interesados y cuya ejecución ha comenzado o acabado. No obstante, para adoptar tal decisión, dicha autoridad debe:

- oír a los operadores, salvo cuando la urgencia de la situación medioambiental exija una actuación inmediata por parte de la autoridad competente;
- invitar, en particular, a las personas en cuyas tierras han de aplicarse tales medidas a presentar sus observaciones y tener tales observaciones en cuenta, e
- indicar, en su decisión, los motivos exactos en los que se basa su elección, así como, en su caso, los que justifiquen que no era necesario hacer un examen detallado o que éste no pudo efectuarse debido, por ejemplo, a la urgencia de la situación medioambiental.

Por otra parte, el Tribunal considera que la Directiva no se opone a una normativa nacional que permite a la autoridad competente supeditar el ejercicio, por parte de los operadores, del derecho a utilizar sus tierras a condición de que ejecuten los trabajos que éstas exijan, y ello aunque los referidos terrenos no estén afectados por esas medidas al haber sido objeto de medidas de “saneamiento” anteriores o no haber sido jamás contaminados. No obstante, tal medida ha de justificarse por el objetivo de impedir la agravación de la situación medioambiental o, en aplicación del principio de cautela, por el objetivo de prevenir la aparición o reaparición de otros daños medioambientales en los referidos terrenos de los operadores, adyacentes a todo el litoral que es objeto de medidas reparadoras.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Gran Sala), sentencias del 9-3-2010, asunto C-378/08 y asuntos acumulados C-379/08 y C-380/08, *Raffinerie Mediterranée (ERG) SpA, Polimeri Europa SpA y Syndial SpA c. Ministero dello Sviluppo economico y otros y ENI SpA c. Ministero Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare y otros*, en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-378/08>> y en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-379/08>>



>> **DERECHO COMUNITARIO. MARCAS Y PATENTES. INTERNET.** MOTORES DE BÚSQUEDA. PUBLICIDAD A PARTIR DE PALABRAS CLAVE. PRESENTACIÓN EN PANTALLA, A PARTIR DE PALABRAS CLAVE CORRESPONDIENTES A MARCAS, DE ENLACES A SITIOS DE COMPETIDORES DE LOS TITULARES DE DICHAS MARCAS O A SITIOS EN LOS QUE SE OFRECEN PRODUCTOS DE IMITACIÓN. RESPONSABILIDAD DEL OPERADOR DEL MOTOR DE BÚSQUEDA. DIRECTIVA SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO (UNIÓN EUROPEA-FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: Google opera un motor de búsqueda en Internet. Cuando un internauta efectúa una búsqueda a partir de una o varias palabras clave, el motor de búsqueda muestra los sitios que parecen ajustarse más a dichas palabras por orden decreciente de pertinencia. Éstos son los resultados “naturales” de la búsqueda. Por otro lado, Google ofrece un servicio remunerado de referenciación denominado “AdWords” que permite a los operadores económicos seleccionar una o varias palabras clave para que, en el caso de que coincidan con las introducidas en el motor de búsqueda, se muestre un enlace promocional a su sitio, acompañado de un mensaje publicitario. Este anuncio aparece bajo la rúbrica “enlaces patrocinados”, que se muestra en la parte derecha de la pantalla, al lado de los resultados naturales, o en la parte superior de la pantalla, encima de dichos resultados. Vuitton, titular de la marca comunitaria “Vuitton” y de las francesas “Louis Vuitton” y “LV”; Viaticum, titular de “Bourse des Vols”, “Bourse des Voyages” y “BDV”; y Thonet, titular de “Eurochallenges”, constataron que la introducción en el motor de búsqueda de Google de los términos que integran dichas marcas daba lugar a la aparición, bajo la rúbrica “enlaces patrocinados”, de enlaces a sitios en los que se comercializaban imitaciones de productos de Vuitton y a sitios de competidores de Viaticum y de *Centre national de recherche en relations humaines*, respectivamente. Ante ello, iniciaron una acción judicial contra Google con el objeto de que se declare la vulneración de sus marcas. La Corte de Casación, que fue el tribunal que se pronunció en última instancia, ha interrogado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la legalidad de la utilización, no autorizada por los titulares de las marcas de que se trata, de signos que se corresponden con tales marcas como palabras clave en el marco de un servicio de referenciación en Internet.

2. Sentencia: el derecho comunitario autoriza a los titulares de marcas, en algunas circunstancias, a prohibir a terceros el uso de signos idénticos o similares a sus marcas para productos o servicios equivalentes a aquéllos para los que se han registrado las marcas.

2.1. Sobre el empleo de palabras clave correspondientes a marcas ajenas en el marco de un servicio de referenciación en Internet

Al contratar el servicio de referenciación y al elegir como palabra clave un signo correspondiente a una marca ajena para proponer a los internautas una alternativa a los productos o servicios del titular de esa marca, el anunciante hace un uso de dicho signo para sus productos o servicios. Sin embargo, el prestador del servicio de referenciación no hace tal uso cuando permite a los anunciantes

seleccionar, como palabras clave, signos idénticos a marcas, cuando los almacena y cuando muestra los anuncios de sus clientes en respuesta a la introducción de tales signos.

El uso de un signo idéntico o similar a una marca por un tercero implica, como mínimo, que éste utilice el signo en el marco de su propia comunicación comercial. En el caso del prestador del servicio de referenciación, éste permite a sus clientes, que son los anunciantes, utilizar signos idénticos o similares a marcas, sin hacer por sí mismo uso de estos signos.

Si se utiliza una marca como palabra clave, el titular de la marca no puede invocar el derecho exclusivo que ésta le confiere contra Google. Puede, sin embargo, invocarlo contra los anunciantes que contraten con Google el que, a través de la palabra clave correspondiente a su marca, se muestren anuncios que no permitan o apenas permitan al internauta medio determinar la empresa de la que proceden los productos o servicios incluidos en el anuncio.

En efecto, en tal situación -que se caracteriza por la aparición instantánea del anuncio en respuesta a la introducción de la marca en el área de búsqueda y por la coincidencia en pantalla de dicho anuncio con la marca, en su posición de término de búsqueda- el internauta puede verse inducido a error sobre el origen de los productos o servicios de que se trate. En este caso, se menoscaba la función de la marca consistente en garantizar a los consumidores la procedencia del producto o del servicio (“función de indicación del origen”).

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar, caso por caso, si los hechos que han dado lugar al litigio de que conoce se caracterizan por un menoscabo efectivo o posible de la función de indicación del origen.

En lo que atañe al uso por los anunciantes en Internet del signo correspondiente a una marca ajena como palabra clave para la aparición en pantalla de mensajes publicitarios, el Tribunal de Justicia considera que este uso puede tener repercusiones en el empleo de dicha marca por su titular con fines publicitarios y en su estrategia comercial. Sin embargo, estas repercusiones del uso de un signo idéntico a la marca por terceros no constituyen por sí mismas un menoscabo de la “función de publicidad” de la marca.

2.2. Sobre la responsabilidad del prestador del servicio de referenciación

Se ha interrogado también al Tribunal de Justicia sobre la responsabilidad de un operador como Google por los datos de sus clientes que almacena en su servidor.

Las cuestiones de responsabilidad se rigen por el derecho nacional. Sin embargo, el derecho de la Unión prevé limitaciones de responsabilidad en favor de los prestadores intermediarios de servicios de la sociedad de la información.

En lo que atañe a la cuestión de si un servicio de referenciación en Internet, como “AdWords”, constituye un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos proporcionados por el anunciante y si, por lo tanto, el prestador de dicho servicio disfruta de una limitación de responsabilidad, corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si el papel desempeñado por el prestador es neutro, es decir, si su comportamiento es meramente técnico, automático y pasivo, lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información que almacena.

Si no desempeña un papel activo, no puede considerarse responsable al prestador de los datos almacenados a petición del anunciante, a menos que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de estos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirarlos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

Nota del Instituto: 1) a nivel comunitario, las marcas se rigen por la Directiva 89/104/CEE del Consejo del 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de marcas, y Reglamento (CE) Nº 40/94 del Consejo del 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, y por la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico); 2) la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, interroguen al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, y es el tribunal nacional quien debe resolver el litigio de conformidad con la decisión de aquél. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, sentencia del 23-3-2010, asuntos acumulados C-236/08 a C-238/08, *Google France, Google Inc. y otros c. Louis Vuitton Malletier y otros*, en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-236/08>>.



>> **DERECHO COMUNITARIO. MÉDICOS.** LIBERTAD DE PRESCRIPCIÓN. INCENTIVOS ECONÓMICOS A PROFESIONALES DE LA SALUD (UNIÓN EUROPEA-REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: la Directiva de la Unión Europea sobre medicamentos para uso humano (Directiva) prohíbe, en el marco de la promoción de fármacos a médicos o farmacéuticos, otorgar, ofrecer o prometer a tales profesionales de la salud ventajas pecuniarias o en especie. Las autoridades nacionales responsables de la salud pública de Inglaterra y de Gales han establecido un sistema de incentivos económicos para que los médicos prescriban a sus pacientes medicamentos menos caros que otros pertenecientes a la misma clase terapéutica. No obstante, el hecho de elegir un medicamento más barato cuya sustancia activa sea distinta podría, en algunos casos, tener consecuencias negativas para el paciente. En el caso que dio lugar a este recurso se controvertía principalmente la prescripción de estatinas, que son sustancias que sirven para reducir el colesterol. La *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division* (Tribunal Administrativo del Reino Unido), a través de una petición de decisión prejudicial, consultó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la prohibición de incentivos económicos contenida en la Directiva se opone a este sistema.

2. Sentencia: el sistema de incentivos económicos examinado resulta compatible con la Directiva y, por otra parte, no perjudica la objetividad de los médicos prescriptores.

La prohibición de la Directiva afecta principalmente a las actividades de promoción de la industria farmacéutica e intenta impedir prácticas promocionales que puedan alentar a los médicos con un interés económico a prescribir determinados medicamentos. Dicha prohibición no afecta a las autoridades nacionales responsables de la salud pública, que están encargadas de velar por la aplicación de la Directiva y de definir las prioridades de acción de la política de salud pública, en especial en lo que atañe a la racionalización de los gastos públicos asignados a esa política.

A este respecto, cabe señalar que la política de salud definida por un Estado Miembro y los gastos públicos que se realizan en dicho ámbito no persiguen ningún fin lucrativo ni comercial. Por tanto, el sistema de incentivos económicos examinado, que forma parte de dicha política, no puede considerarse dirigido a la promoción comercial de los medicamentos. Además, en el caso del sistema inglés, no se advierte un riesgo para la salud pública, dado que las autoridades públicas controlan de forma constante el valor terapéutico de los medicamentos propugnados.

Las autoridades están facultadas para determinar, con base en evaluaciones relativas a las virtudes terapéuticas de los medicamentos en función de su costo para el presupuesto público, si determinados fármacos que contienen una sustancia activa concreta son preferibles, desde el punto de vista de la hacienda pública, a otros que contengan una sustancia activa diferente pero que pertenezcan a la misma clase terapéutica. No obstante, están obligadas a poner a disposición de los profesionales de la industria farmacéutica toda aquella información que demuestre que el sistema del que se trata se apoya en criterios objetivos y no se practica ninguna discriminación entre los medicamentos nacionales y los procedentes de otros Estados Miembros. Deben hacer público ese sistema, así como también poner a disposición de los profesionales las evaluaciones que acreditan la equivalencia terapéutica entre las sustancias activas disponibles que pertenecen a la misma clase terapéutica que es objeto de dicho sistema.

Nota del Instituto: la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados Miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, interroguen al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del derecho comunitario o sobre la validez de un acto de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio; es el tribunal nacional quien debe resolverlo de conformidad con la decisión de aquél. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar. La Directiva a la que se hace referencia es la 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 6 de noviembre de 2001.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala Cuarta), sentencia del 22-4-2010, Caso C-62/09, *Association of the British Pharmaceutical Industry c. Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency*, en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-62/09>>.

>> **DERECHO COMUNITARIO. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN. TERRORISMO.** MEDIDAS PARA COMBATIRLO. CONGELAMIENTO DE FONDOS DE PARTICULARES. **SEGURIDAD SOCIAL.** RESTRICCIÓN EN LAS PRESTACIONES (UNIÓN EUROPEA-REINO UNIDO).

1. Antecedentes del caso: con el fin de aplicar determinadas resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo adoptó un reglamento por el que se ordena el congelamiento de los fondos y de otros recursos económicos de determinadas personas relacionadas con las actividades terroristas de talibanes y Al-Qaeda incluidas en una lista elaborada por la ONU. Más en concreto, el Reglamento prohíbe la puesta a disposición, directa o indirecta, de fondos o su utilización en beneficio de esas personas. Sin embargo, permite una excepción si los Estados Miembros consideran que tales fondos son necesarios para sufragar gastos básicos, como, por ejemplo, la alimentación. El Tesoro Público británico consideró que el Reglamento prohibía las prestaciones asistenciales y de seguridad social, tales como subsidios por discapacidad, asignaciones por vivienda, etc., concedidas a las esposas de las personas incluidas en esa lista, ya que, de lo contrario, los fondos estarían indirectamente a disposición de sus cónyuges. No obstante, dicha entidad decidió que podía hacerse una excepción y que aquéllas podrían recibir dichas prestaciones en la medida en que satisficieran ciertos requisitos: 1) retirar únicamente diez libras esterlinas en dinero en efectivo por cada miembro de familia de la cuenta en la que se hubiesen ingresado las prestaciones; y 2) transmitir un extracto mensual al Tesoro en el que consten todos sus gastos correspondientes al mes anterior y acompañar los recibos de los bienes adquiridos y una copia de los extractos bancarios mensuales. En la autorización se advertía el carácter delictivo de la puesta a disposición de sus esposos del dinero en efectivo, activos financieros o recursos económicos. Las esposas afectadas impugnaron dicha decisión, alegando que las prestaciones cuestionadas no estaban alcanzadas por la prohibición. La Cámara de los Lores, donde tramitaba este asunto, presentó una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consultando acerca de si esas prestaciones asistenciales o de seguridad social abonadas a la esposa de una persona incluida en la lista creada por el Reglamento están alcanzadas por la prohibición.

2. Sentencia: el Reglamento que establece el congelamiento de fondos sólo se aplica a los activos que pueden utilizarse para apoyar actividades terroristas.

Dado que existen determinadas divergencias entre las distintas versiones lingüísticas del Reglamento y de la resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que dicho reglamento aplica, corresponde interpretarlo en función de su objeto, que es combatir el terrorismo internacional. El fin perseguido por el congelamiento de los fondos es impedir que las personas a las que se aplica tengan acceso a recursos económicos y financieros -con independencia de su naturaleza- que puedan ser utilizados para apoyar actividades terroristas. En especial, debe entenderse que la medida únicamente se aplica a los activos que pueden convertirse en fondos, en bienes o en servicios utilizables para apoyar el terrorismo.

No se ha afirmado en estos autos que las esposas accionadas hayan transmitido esos fondos a sus cónyuges en lugar de destinarlos a sufragar los gastos básicos de su hogar. Por lo demás, tal desvío de fondos estaría incluido en el ámbito de aplicación de la prohibición establecida por el Reglamento y constituiría un delito para el que se prevén sanciones penales. No es un hecho controvertido que las esposas utilizan efectivamente los fondos en cuestión para satisfacer las necesidades esenciales de la familia de la que forman parte las personas incluidas en la lista.

La convertibilidad de esos fondos en medios que puedan servir para apoyar actividades terroristas parece difícilmente plausible, dado que las prestaciones se establecen en una cuantía que cubre sólo las necesidades estrictamente vitales de las personas beneficiarias.

Por tanto, el beneficio que una persona de la lista puede obtener indirectamente de las prestaciones sociales abonadas a su cónyuge no pone en entredicho el objetivo del Reglamento.

Nota del Instituto: la remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados Miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, interroguen al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del derecho comunitario o sobre la validez de un acto de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio; es el tribunal nacional quien debe resolverlo de conformidad con la decisión de aquél. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar. El reglamento adoptado por el Consejo es el (CE) Nº 881/2002 del 27 de mayo de 2002. Sobre el tema puede verse también el artículo de ALESSANDRA GIANELLI difundido en *investigaciones* 3 (2005), pp. 483/487.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Sala Cuarta), sentencia del 29-4-2010, asunto C-340/08, *M. y otras c. Her Majesty's Treasury*, en <<http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-340/08>>.



>> **DERECHO DE DEFENSA.** AUTOINCRIMINACIÓN. ASISTENCIA LETRADA. ADVERTENCIAS MIRANDA (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: en *Miranda v. Arizona* (384 US 436 -1966-), la Corte marcó pautas importantes y estableció que una persona debe estar “claramente informada” antes de ser interrogada en situación de detención (*custodial questioning*) y que ésta tiene, entre otros, “el derecho a consultar con un abogado y a contar con la presencia de éste durante el interrogatorio”. Luego de arrestar al apelado Powell, pero antes de interrogarlo, la policía de Tampa le leyó su formulario estándar con las advertencias Miranda, el cual contiene expresiones como “Ud. tiene derecho a hablar con un abogado antes de contestar cualquiera de nuestras preguntas” y “Ud. tiene derecho a ejercer cualquiera de estos derechos en cualquier momento en que lo desee durante esta entrevista”. Powell admitió entonces tener el revólver que la policía

había encontrado durante un examen. En el juicio de primera instancia, Powell pidió que sus declaraciones inculcatorias fueran declaradas inadmisibles como prueba, con base en que las advertencias Miranda que se le habían leído no le habían hecho saber en forma adecuada su derecho a contar con la presencia de un abogado durante el interrogatorio. El tribunal *a quo* rechazó esta pretensión y condenó a Powell por posesión de armas. La Cámara de Apelaciones entendió, en cambio, que el tribunal inferior no debería haber admitido las declaraciones en cuestión. Posteriormente, la Suprema Corte de Florida confirmó la sentencia de alzada, y destacó que tanto *Miranda* como la Constitución estadual requieren que un sospechoso esté claramente informado de su derecho a que haya un abogado presente durante el interrogatorio. Entendió que la información que había recibido Powell era engañosa porque sugería que podía consultar con un abogado sólo después de que la policía hubiera empezado a interrogarlo, pero no exigir que su abogado estuviera durante todo el interrogatorio. El Estado de Florida interpuso entonces un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia:

2.1. La Corte es competente para entender en este caso. Powell sostiene que no lo es, porque la Suprema Corte de Florida fundó su decisión en la Constitución estadual y en *Miranda*, es decir, en bases adecuadas e independientes de derecho estadual (ver *Coleman v. Thompson*, 501 US 722 -1991-). Sin embargo, conforme a lo resuelto en *Michigan v. Long* (463 US 1032 -1983-), cuando la decisión de un tribunal parece casi primariamente fundada en el derecho federal, o está vinculada con éste, y el carácter adecuado e independiente de cualquier fundamento de derecho estadual no resulta claramente del texto, la Corte presume que el derecho federal controló la decisión del tribunal estadual. Si bien el tribunal de Florida invocó la Constitución y los precedentes estaduales además de las decisiones de la Corte federal, lo cierto es que no estableció expresamente que hubiera fuentes de derecho estadual que dieran a Powell otros derechos bien diferenciados ni más amplios que los que enumeramos en *Miranda*.

La sentencia del tribunal estadual sistemáticamente tuvo en la mira lo que *Miranda* requiere, y no lo que la ley de Florida en forma independiente exige. Por lo tanto, la Corte no puede identificar en el texto de la sentencia una declaración clara de que dicha decisión tenga fundamentos estaduales independientes de los formulados en *Miranda*. Dado que la sentencia de alzada no indica clara y expresamente fundamentos de naturaleza estadual alternativos, de buena fe, separados, adecuados e independientes, la Corte resulta competente para entender en este caso.

2.2. La advertencia de que un sospechoso tiene “derecho a hablar con un abogado antes de contestar a algunas de las preguntas que le formulan [los funcionarios encargados de la aplicación de las leyes]”, y que puede invocar ese derecho “en cualquier momento... durante la entrevista”, satisface las exigencias establecidas en *Miranda*.

(a) *Miranda* requiere que un sospechoso “antes de contestar cualquier pregunta, reciba la advertencia... de que tiene derecho a contar con la presencia de un abogado”. Las advertencias *Miranda* tienen por objeto hacer frente a la particular preocupación de la Corte de que “las circunstancias en que se realiza un interrogatorio a un detenido puedan operar muy rápidamente para dominar la voluntad de una persona a quien los interrogadores sólo le han hecho tener presente su derecho [a permanecer en silencio]”. Para dar respuesta a ese interés, la Corte estableció como “pre-requisito absoluto de un interrogatorio” que la persona detenida “sea claramente informada de que tiene derecho a consultar con un abogado y a que éste la acompañe durante el interrogatorio”. Si bien las advertencias prescriptas en *Miranda* son invariables, la Corte no ha establecido las palabras con las cuales debe transmitirse la información esencial (ver *California v. Prysock*, 453 US 355 -1981-). Para determinar si las advertencias de la policía satisficieron el estándar, no es necesario que los tribunales revisores “[las] examinen en la forma en que interpretan un testamento o en que definen los términos de una servidumbre. Solamente deben evaluar si las advertencias razonablemente informaron [a un sospechoso] sus derechos en la forma en que lo requiere *Miranda*” (*Duckworth v. Eagan*, 492 US 195 -1989-).

(b) Las advertencias que recibió Powell satisfacen este estándar. Al hacerle saber que “tenía derecho a hablar con un abogado antes de contestar [ninguna de] sus preguntas”, los funcionarios de Tampa le informaron que podía consultar con un abogado antes de contestar ninguna pregunta específica. Y la declaración de que Powell tenía “derecho a ejercer cualesquiera de [sus] derechos en cualquier momento en que quisiera hacerlo durante el interrogatorio” confirma que él podía hacer valer su derecho a contar con un abogado durante el interrogatorio que estaba en curso. En conjunto, las dos advertencias razonablemente le informaron su derecho a tener presente un abogado, no sólo al principio del interrogatorio, sino durante toda la diligencia. Para llegar a la conclusión opuesta -que el abogado no estaría presente a lo largo de todo el interrogatorio-, el sospechoso tendría que imaginar el contraintuitivo y poco probable escenario de que, para consultar con su abogado, estaba obligado a salir y a volver a ingresar a la sala de interrogatorios entre pregunta y pregunta. Igualmente ineficaz es la conclusión de la Suprema Corte de Florida de que la advertencia era engañosa porque la forma en que el factor temporal está incluido en el texto -conforme al cual Powell podía “hablar con un abogado antes de contestar alguna de las preguntas de [los funcionarios]”- sugería que podía consultar con un abogado sólo antes de que comenzara el interrogatorio. En contexto, la palabra “antes” simplemente expresa que el derecho de Powell a contar con la presencia de un abogado estaría limitado después del inicio del interrogatorio. Powell sugiere que el *holding* actual va a tentar a las agencias estatales encargadas de la aplicación de las leyes a desvirtuar *Miranda* y a reformar sus advertencias para hacerlas más ambiguas. Sin embargo, tal como explicó el gobierno federal, los funcionarios encargados de la aplicación de las leyes son los más interesados en formular las advertencias con el máximo de claridad, a fin de reducir el riesgo de que posteriormente un tribunal las considere inadecuadas y, por lo tanto, declare inadmisibles la declaración del sospechoso. Las advertencias estándar que usa el FBI son admirablemente

informativas, pero la Corte no va a declarar la fórmula precisa que deben tener para satisfacer las exigencias de *Miranda*.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 23-2-2010, *Florida v. Powell*, en <<http://www.supremecourtus.gov/opinions/09pdf/08-1175.pdf>>.



>> **DERECHO DE REUNIÓN. LEGISLACIÓN (HUNGRÍA).**

1. Antecedentes del caso: varios peticionantes solicitaron a la Corte Constitucional (Corte) que evalúe la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley III de 1989 sobre el derecho de asamblea (Ley). El art. 62.1 de la Constitución reconoce el derecho de asamblea pacífica y asegura su libre ejercicio. Los solicitantes sugirieron que el art. 14.1 de la Ley es contrario a la norma constitucional, ya que permite que la policía disperse una asamblea convocada sin notificación o si sus características difieren de las especificaciones contenidas en el art. 7 *a/b*. El art. 6 requiere que la policía sea notificada de la organización de una asamblea a reunirse en lugar público tres días antes de la fecha de su realización y el art. 7 exige una notificación escrita de la hora de comienzo y fin, del lugar, recorrido, objetivos y temario de la asamblea. Los solicitantes se remitieron al fallo *Bukta y otros vs. Hungría* de la Corte Europea de Derechos Humanos, en el que se sostuvo que se había violado el art. 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos porque la policía había dispersado una asamblea pacífica.

2. Sentencia:

La Corte sostuvo que el derecho garantizado por el referido art. 62.1 incluye el de reunir asambleas previamente organizadas, demostraciones pacíficas convocadas por razones válidas de acuerdo con legislación relevante a corto plazo y reuniones espontáneas. Asimismo, consideró que el art. 6 de la Ley debe ser interpretado de conformidad con la norma constitucional, por lo que la obligación de notificar se aplica sólo a una asamblea realizada en lugar público.

La policía no debería prohibir la realización de una demostración pacífica si las circunstancias que la originan no hacen posible que los organizadores avisen con tres días de antelación. La Corte también condujo la derogación del art. 14.1 de la Ley. Enfatizó que la *ratio* de la garantía del derecho de asamblea pacífica es asegurar la expresión libre y colectiva de ideas y opiniones. No son consideradas asambleas las ocasiones en que una multitud ocupa un lugar público por tiempo indeterminado o cuando el objetivo del encuentro no es la expresión de opiniones compartidas. Como regla general, los organizadores deben notificar si la asamblea se va a realizar en un lugar público, y esa obligación limita el derecho de asamblea pacífica de manera constitucional. No obstante ello, es claramente imposible solicitar una notificación en el caso de una reunión espontánea. En consecuencia, si los organizadores notifican a la policía muy poco tiempo antes de que comience la asamblea, es posible que la

policía no logre mantener en orden el tránsito. La Corte tomó en consideración el peligro de un ejercicio ilegal del derecho de asamblea, dado que existen varios remedios legales para esta situación en la Ley. Además, tiene competencia para reexaminar la manera en que la policía aplica la legislación, y su interpretación legal es vinculante para la policía. También señaló que el derecho fundamental de asamblea no debería restringirse sólo porque alguien puede ejercer su derecho ilegalmente. En efecto, la Ley contiene suficientes remedios legales para ocuparse de asambleas ilegales y de aquéllas que violan los derechos y libertades de otros. Asimismo, la Ley de Policía permite la aplicación de ciertos medios de coerción si una multitud se reúne ilegalmente y no es posible dispersarla a través del despliegue de medidas menos drásticas. Además, si las personas no tienen en cuenta el Código Vial y ocupan un lugar público sin el consentimiento de la policía, incurrir en una infracción de tránsito. Finalmente, la Corte descartó la necesidad de ulteriores limitaciones al derecho de asamblea a través de enmiendas a la legislación.

CORTE CONSTITUCIONAL DE HUNGRÍA, sentencia del 29-5-2008, N° 75/2008, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2008, N° 2, p. 268.



>>DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. SENTENCIA EXTRANJERA. RECONOCIMIENTO DE CONDENA. INDULTO. TRATADOS INTERNACIONALES. INTERPRETACIÓN. CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Milán del 19-7-1999, en aplicación del Convenio Europeo sobre el Traslado de Personas Condenadas del 21-3-1983 (Convenio) y a efectos del cumplimiento de la pena en Italia, reconoció la decisión del 15-6-1989 de la *Crown Court of Stafford* (Reino Unido) que condenó a prisión perpetua por homicidio voluntario a Nicola Napoletano, imponiéndole una pena de treinta años de reclusión en el Estado italiano. Mediante ordenanza del 31-5-2007, el mismo Tribunal declaró inaplicable a Napoletano el indulto dispuesto por la Ley N° 241/2006, remitiéndose a la orientación de la jurisprudencia de legitimidad según la cual se excluye la aplicación del indulto porque el Estado de cumplimiento está vinculado a la naturaleza y a la duración de la sanción establecidas por el Estado de condena, y la modificación de la duración de la pena en sentido favorable al condenado es una hipótesis excepcional, prevista en el art. 12 del Convenio, sólo por efecto de “gracia, amnistía y conmutación de la pena”, pero no de indulto, instituto no contemplado y diferente a la conmutación de la pena. El condenado recurrió ante la Corte de Casación solicitando la anulación de la ordenanza y denunciando la violación del art. 606, letras *b)*, *c)* y *e)* del Código Procesal Penal (C.P.P.) en relación con los arts. 174 del Código Penal; 9, 12 y 14 del Convenio; 672 C.P.P., y con la referida ley.

2. Sentencia:

Hace tiempo que la Corte de Casación (Corte) expresa una orientación interpretativa unívoca en el sentido de que, de conformidad con los arts. 9 y 12 del Convenio, no es aplicable el beneficio del indulto a favor de las personas condenadas en el extranjero y detenidas en Italia. Sin embargo, esta línea interpretativa ha sido criticada por la doctrina y no cuenta con el consenso unánime de la jurisprudencia de mérito que, en algunas decisiones, se ha mostrado favorable a la aplicación del indulto.

Preliminarmente, el método interpretativo que debe adoptarse para la exacta reconstrucción del contenido de las normas del Convenio debe inspirarse en las directivas contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada y puesta en ejecución en Italia mediante la Ley N° 112/1974. Asimismo, el principio *ut res magis valeat quam pereat* constituye una regla general de interpretación de los tratados, con base en la cual, entre varios significados atribuibles a una determinada expresión, debe privilegiarse aquél que permite que la norma produzca un determinado efecto en lugar de aquél que la hace superflua. Además, todos los principios deben ser tomados en cuenta en su totalidad y no es posible considerar completa una interpretación que excluya a alguno de ellos, ya que todos deben concurrir en la determinación del exacto significado de la disposición en examen.

El Convenio se propone desarrollar una buena administración de la justicia y favorecer la reinserción social y la rehabilitación de los condenados en el ambiente social de origen. El art. 9 indica dos mecanismos opcionales de reconocimiento de la sentencia a fines de su cumplimiento: su prosecución (art. 10) o la conversión de la condena (art. 11). Mientras que con el primer procedimiento el Estado prosigue la ejecución de la condena ya iniciada en aquél que la pronunció, con el segundo sustituye el título ejecutivo original por una decisión propia sin entrar en el mérito de los hechos probados, de manera que la efectivización de la pena ya no se basa directamente en la sentencia de condena. Cualquiera sea la opción elegida, el cumplimiento de la sanción es regulado por la ley del Estado de cumplimiento, referencia que debe interpretarse ampliamente para comprender, por ejemplo, las reglas para la admisibilidad de la liberación condicional.

El art. 10 establece que el Estado de cumplimiento está vinculado a la naturaleza jurídica y a la duración de la pena determinadas por el Estado de condena. Ello implica que la condena sujeta a ulteriores decisiones del Estado de cumplimiento corresponde a la medida de la sentencia original, teniendo en cuenta el período cumplido y toda reducción surgida en el Estado de condena antes del traslado. Atento a las diferencias entre los sistemas penales de los Estados Partes, el Convenio permite a aquéllos que optan por la continuación adoptar la sanción con la condición de que se respeten ciertos límites: la pena adoptada debe, en lo posible, corresponder a la impuesta, no debe ser más grave por naturaleza o duración, ni exceder la pena máxima prevista para el mismo hecho por el Estado de cumplimiento.

Con respecto a las relaciones entre la regla establecida en el art. 9.3 y el vínculo que el art. 10 establece para el Estado de cumplimiento en cuanto al respeto

de la medida de la pena impuesta por el Estado de condena, la Corte ha afirmado en varias ocasiones que si se respeta la “duración de la sanción” en la adaptación de la pena, debe aplicarse la normativa vigente en el Estado de cumplimiento en lo relativo a las modalidades de trato penitenciario y a las medidas relativas al mismo en la fase de la ejecución. La única prohibición concierne a la aplicabilidad de una medida más grave por naturaleza o duración que la sanción impuesta, mientras que no existe la prohibición de imponer una pena en medida menos grave respecto a la del Estado de condena.

En relación con el alcance de la regla indicada en el art. 9.3 del Convenio, es preciso referirse al Informe del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la Recomendación 1527(2001), con el que se invitó al Comité a: a) aclarar que el Convenio no fue formulado para la inmediata liberación de la persona condenada una vez que ha sido repatriada; b) solicitar que los Estados Partes no rechacen el traslado debido a la posibilidad del condenado de beneficiarse de una liberación anticipada en el Estado de cumplimiento, y c) especificar el umbral mínimo de la pena que debe ser descontada (por ejemplo, el 50%) por debajo del cual los Estados pueden rechazar legítimamente el traslado pero por encima del cual deberían facilitararlo.

El art. 12 del Convenio prevé que cada Estado Parte puede conceder la gracia, la amnistía o la conmutación de la pena de conformidad con la Constitución y sus propias leyes. El art. 14 prevé que el Estado de cumplimiento debe poner fin a la sanción ni bien el Estado de condena le haya informado cualquier disposición que le quite carácter ejecutivo a la misma.

A fines de mejorar las modalidades de cooperación contenidas en el Convenio, en el ámbito del programa de medidas para la actuación del principio del mutuo reconocimiento de las decisiones penales entre los Estados de la Unión Europea, se ha elaborado una propuesta -aún no aprobada formalmente- de decisión marco, relativa a la aplicación del principio del recíproco reconocimiento de las sentencias penales que imponen penas de detención o medidas privativas de la libertad personal. En ella se explicitan algunas reglas contenidas en el Convenio, como la de la ejecución de la pena según la legislación del Estado de cumplimiento, destacando que las autoridades del Estado son las únicas competentes para tomar las decisiones concernientes a las “modalidades” de ejecución y establecer todas las medidas que le siguen, incluso la liberación anticipada o condicional. En caso de requerirlo, el Estado de condena puede obtener información en orden a las disposiciones aplicables en materia de liberación anticipada o condicional, para revocar el pedido de traslado. En cuanto a las medidas de clemencia, el art. 19 confirma que “la amnistía o la gracia pueden ser concedidas por el Estado de emisión así como por el de ejecución”.

Con base en estas premisas, la Corte considera que, en primer lugar, el dato literal que se apoya en la falta de mención del indulto en el texto del art. 12 del Convenio no tiene una relevancia hermenéutica decisiva, dado que el texto está redactado en los dos idiomas oficiales del Consejo de Europa y que la traducción al italiano no es oficial. El “indulto”, “*condono*” total o parcial de la pena de conformidad con el art. 174.1 del Código Penal, a diferencia de la gracia, la amnistía y la conmutación de la pena, corresponde a un instituto desconocido o definido en

términos no análogos en los ordenamientos de los otros Estados Partes, en particular del Reino Unido y de Francia.

El informe citado aclara que el Estado de cumplimiento tiene el poder de tomar toda decisión de *remise de peine* y resulta interesante observar que con esa expresión se ha traducido la noción de “indulto” en algunos documentos de la Unión Europea elaborados en lengua italiana. Asimismo, el indulto previsto por la ley italiana se identifica con la *remise de peine* de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y de otros documentos de fuente internacional.

Del derecho comparado surge que no es perfecta la superposición de los institutos de amnistía y de gracia, de manera que el mero dato literal que se apoya en la falta de mención del indulto en el art. 12 del Convenio no conlleva una real incidencia hermenéutica para la solución de la cuestión jurídica controvertida.

La reconstrucción sistemática del alcance real de la normativa debe confiarse a criterios hermenéuticos más sólidos constituidos por la “equivalencia jurídica de los institutos” y por la *ratio* de la normativa dictada por el Convenio, en la perspectiva de la racionalidad y de la organicidad del sistema fundado en la fuente supranacional y multilateral, y en el respeto del método interpretativo que deriva de las directivas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Por otro lado, la tesis contraria a la aplicación del indulto tampoco está sostenida en la aserción de la naturaleza excepcional y de interpretación restrictiva de la disposición del art. 12 del Convenio, dado que el régimen jurídico de la ejecución para los condenados trasladados a Italia está diseñado siguiendo la regla fundamental enunciada en el art. 9.3, según el cual el cumplimiento de la condena está regido por el Estado de cumplimiento, único competente para adoptar cualquier medida apropiada al respecto, por lo que las modalidades del cumplimiento de la pena deben conformarse a los principios fundamentales del ordenamiento del Estado italiano.

El hecho de que la normativa de los arts. 9 y 10 del Convenio pone a salvo el ordenamiento jurídico del Estado de cumplimiento, sus principios y reglas constitucionales ha sido perentoriamente afirmado por la Corte Constitucional (sentencia 73/2001), al pronunciarse sobre la constitucionalidad del art. 2 de la ley 334/1988 en el caso del traslado desde los EE.UU. de la ciudadana Silvia Baraldini.

La Corte considera que la tesis que excluye la aplicación del indulto con base en la pretendida naturaleza excepcional y taxativa de la norma no responde a la correcta interpretación del art. 12, ni al espíritu ni a las finalidades del Convenio de Estrasburgo. Por el contrario, existen puntuales y decisivos argumentos lógicos y sistemáticos a favor de la tesis que interpreta el citado artículo en el sentido de que los Estados Partes no se refieren a la gracia, a la amnistía y a la conmutación de la pena para intentar limitar los beneficios que pueden ser concedidos a los condenados, sino para designar cualquier instituto equivalente que en el ámbito de cada ordenamiento corresponda al ejercicio de un poder de clemencia, tanto en forma particular como generalizada, orientado a la sustancial reducción de la pena.

Se ha observado que la amnistía puede representarse como un círculo concéntrico de dimensiones mayores que el indulto, quedando éste comprendido en aquélla, de modo que a los efectos de la normativa del art. 12, hacer distinciones

entre los dos institutos significa introducir discriminaciones irrazonables, por lo que la solución que admite la aplicación de la amnistía y al mismo tiempo niega la aplicación del indulto carece de sustento lógico.

Finalmente, es preciso observar que una eventual interpretación contraria podría inducir a la inconstitucionalidad de la ley de ratificación del Convenio, en tanto expondría al ciudadano italiano condenado en el extranjero y trasladado a Italia para el cumplimiento de la condena a un tratamiento diferente en relación con otros detenidos, italianos o extranjeros, que en la fase ejecutoria podrían beneficiarse de la generalidad de los institutos de clemencia y de los beneficios previstos por las respectivas legislaciones.

Por ello, la Corte enuncia el siguiente principio: “Es aplicable el indulto (de conformidad con la Ley N° 241/2006) a las personas condenadas en el extranjero y trasladadas a Italia para el cumplimiento de la pena mediante el procedimiento establecido por el Convenio de Estrasburgo ratificado en Italia mediante la Ley N° 334/1988”. En razón de que la *ratio decidendi* de la ordenanza impugnada no resulta coherente con este principio, se acoge el recurso y en consecuencia se dispone la anulación y el reenvío de la disposición impugnada.

Nota del Instituto: la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea fue aprobada el 27 de noviembre de 2008. El texto puede verse en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:327:0027:0046:ES:PDF>>.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia del 10-7-2008, N° 36527, en *Cassazione Penale. Rivista mensile di giurisprudenza*, Milán, Giuffrè, 2009, N° 1, pp. 49/57.



>> **DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES.** LIMITACIÓN LEGAL. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. **PARTIDOS POLÍTICOS.** ORGANIZACIONES INCONSTITUCIONALES (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: el recurrente es miembro de partido nacional demócrata alemán *Nationaldemokratische Partei Deutschlands* (NPD). En la preparación de una reunión partidaria, al estar trabajando en la organización del evento, el interesado llevaba una remera con la siguiente impresión por delante: “*Sohn Frankens, die Jugend stolz, die Fahnen hoch*” (“Hijo de Franken, la juventud orgullosa, arriba las banderas”). La primera línea estaba escrita en tipo Arial; las otras dos, en letra gótica. Ante esto, el tribunal de primera instancia de Forchheim impuso una multa de dinero por usar distintivos de organizaciones inconstitucionales, con el fundamento en el parecido, según el art. 86 a) del Código Penal, con el himno Horst-Wessel, que representa un distintivo nacionalsocialista corriente.

2. Sentencia:

El art. 103.2 de la Constitución obliga al legislador a delinear los presupuestos de penalización de modo tan concreto que el alcance y el ámbito de aplicación del acto en cuestión sean reconocibles, y se dejen informar mediante interpretación; y ese principio no ha sido afectado por la sentencia de alzada. La combinación de palabras “*die Fahnen hoch*” (“arriba las banderas”), incluso hasta en el empleo del plural, corresponde al título y al comienzo del texto del himno de Horst-Wessel; y así es como la constatación del tribunal de que se trata de un distintivo de una ex organización nacionalsocialista no resulta inconstitucional. Tal interpretación no avanza más allá del sentido literal, orientado a la finalidad tutelar de la norma del art. 86a).2.2, que busca la defensa contra la revivificación de ciertas organizaciones -mediante el empleo de distintivos identificables-, es decir, de ciertas pretensiones políticas. Es que desde ya debe evitarse toda apariencia de que en Alemania existe un desarrollo político contra el Estado de derecho, en el sentido de que sean tolerados objetivos inconstitucionales en la dirección simbolizada por el distintivo.

En el caso, tanto el título como la parte del título antes referida tienen una función de reconocimiento e identificación. Un observador que conozca de la existencia y del trasfondo del himno mencionado puede ordenar el corto pasaje textual en el contexto general, de modo que de esta manera existe el peligro de revivificación de pretensiones nacionalsocialistas.

En consecuencia, el recurso debe ser rechazado.

Nota del Instituto: el himno Horst-Wessel fue elegido para el partido nazi y creado por Horst-Wessel en 1929. La primera línea reza: *Die Fahnen hoch* (arriba las banderas), como estaba grabado en la remera del recurrente. Art. 86a).2.2 del Código Penal: “Empleo de distintivos de organizaciones inconstitucionales: (1) será penado con reclusión de hasta tres años o multa en dinero quien 1) en el país difunda o use públicamente distintivos de los partidos u organizaciones mencionados en el art. 86.1.1, 2 y 4 en una reunión, o 2) produzca, tenga en stock, introduzca o exporte objetos que representen esos distintivos para difusión o empleo en el interior o exterior del país en el modo referido en 1; (2) distintivos en el sentido de (1) son banderas, pins, partes de uniformes, discursos y saludos. De igual manera, han de tratarse aquellos distintivos que se presten a confusión”.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 18-5-2009, 2 BvR 2202/08, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20090518_2bvr220208.html>.



>> **DIFAMACIÓN. DERECHO A LA IGUALDAD. DISCRIMINACIÓN SEXUAL. LIBERTAD DE PRENSA (ITALIA).**

1. Antecedentes del caso: el Tribunal de Primera Instancia de Salerno declaró culpables al periodista C.A. y al sindicalista Di M. por el delito previsto en el art. 595.3 del Código Penal, al haber ofendido la reputación de la Dra. C., directora del Instituto Penitenciario de X, mediante la publicación, el 14 de junio de 2002, de un artículo en el periódico *Corriere di Caserta* titulado: “Para dirigir la cárcel es necesario un hombre”. Por ello, fueron condenados al pago de multas en concepto de reparación pecuniaria a la persona ofendida, así como también por daños y perjuicios. El Tribunal de Apelaciones de Salerno confirmó esta sentencia y contra esa decisión, C.A. y Di M. interpusieron, en forma independiente, recursos ante la Corte de Casación.

2. Sentencia:

C.A. denunció una violación al art. 595.3 del Código Procesal Penal y vicios en la fundamentación de la sentencia atacada en relación con la confirmación de su responsabilidad y, en particular, con la falta de reconocimiento del atenuante del ejercicio de la libertad de prensa, por lo menos en términos putativos. Asimismo, planteó que los jueces habían desconocido los principios jurisprudenciales aplicables a las entrevistas, ya que el artículo periodístico en cuestión se había limitado a reproducir las declaraciones textuales de Di M., cumpliendo un “rol aséptico” y ejerciendo legítimamente la libertad de prensa en relación con un hecho de interés público.

Di M. invocó también una violación a los arts. 51 y 595.3 del Código Penal y al art. 522 del Código Procesal Penal, el defecto en la fundamentación del fallo, y el no reconocimiento del atenuante del empleo del derecho de crítica sindical. Afirmó que, en el curso de una corta conversación telefónica, se había limitado a referirle al periodista hechos innegablemente ciertos y de interés público acerca de las graves carencias estructurales y de gestión de la cárcel de X, así como de las difíciles relaciones sindicales con la Dra. C. Asimismo, puntualizó que una atenta lectura del artículo periodístico publicado demuestra inequívocamente que en ninguna de las frases que se le atribuyen se advierte una conducta difamatoria. Por otro lado, también denunció la violación de los arts. 62 *bis* y 133 del Código Penal con respecto a la falta de aplicación de los atenuantes generales, en su máxima extensión, y sobre la graduación de la pena, respectivamente.

El recurso interpuesto por C.A. debe ser rechazado. La Corte ya ha afirmado que, en relación con la difamación a través de la prensa, la responsabilidad del periodista que reproduce declaraciones del entrevistado que incluyen contenidos objetivamente lesivos de la reputación de un tercero no se ve atenuada por el ejercicio de la libertad de prensa, ya que aquél tiene el deber de verificar la veracidad de las circunstancias y la seriedad de las expresiones referidas. Por ello, los jueces de primera y segunda instancia no han reconocido a C.A. dicho atenuante. Éste tampoco existe en forma putativa, ya que el imputado no parece haber realizado ninguna

comprobación de la noticia publicada. En efecto, el atenuante se configura cuando el hecho referido no es objetivamente verdadero, pero el periodista ha cumplido con el deber de examinar, controlar y verificar la noticia para eliminar cualquier duda, ya que no resulta suficiente a tales fines la confianza en la fuente.

El recurso interpuesto por Di M. también debe ser rechazado. Los jueces de primera y segunda instancia correctamente han considerado que la frase “sería mejor una gestión masculina” atribuida a Di M. “es objetivamente difamatoria y por sí misma idónea para establecer la responsabilidad tanto del entrevistado como del entrevistador”. En efecto, “es claramente una declaración lesiva de la reputación de la Dra. C., y se trata de una sugerencia absolutamente gratuita, desvinculada de los hechos y que constituye una mera valoración, en la que se puntualiza justamente la necesidad de confiar la dirección de la cárcel a ‘un hombre’”. Por lo tanto, los jueces de primera y segunda instancia han considerado, con argumentaciones congruentes y carentes de vicios lógicos y jurídicos, que no existe el atenuante invocado de ejercicio de derecho de crítica sindical, subrayando que “sustancialmente, la crítica contra la Dra. C. está desvinculada de toda información referida a su gestión y sólo alude al hecho de que es una ‘mujer’ ...apreciación gratuita... contraria a la dignidad de la persona, puesto que se basa en aquella condición, considerada decisiva, que deriva del dato biológico de la pertenencia a uno u otro sexo”.

Por ello, se rechazan los recursos y se condena a cada uno de los recurrentes al pago de las costas y, en conjunto, a la indemnización por los gastos de la parte civil constituida.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia N° 10164, del 12-3-2010, en <<http://www.studioglealelaw.net/consulenza-legale/17651>>.



>> **DIVISIÓN DE PODERES. CONFLICTO DE ATRIBUCIÓN. SECRETO DE ESTADO. VIOLACIÓN. TERRORISMO. EXTRAORDINARY RENDITIONS (ITALIA).**

1. Antecedentes del caso: el 17 de febrero de 2003, fue secuestrado en Milán Nasr Osama Mustafa Hassan, *alias* Abu Omar, imam de la mezquita de esa ciudad, en el marco del programa de las “entregas extraordinarias” (*extraordinary renditions*), realizadas por los servicios secretos estadounidenses en la guerra contra el terrorismo. Trasladado a Egipto, fue encarcelado y sometido a torturas y vejaciones. Después de un año fue liberado, pero fue puesto en prisión nuevamente y luego liberado por segunda vez en febrero de 2007. Las autoridades egipcias le denegaron la expatriación a Italia. En relación con el procedimiento penal y el debate que tiene por objeto la hipótesis de delito de secuestro de persona perpetrado contra Nasr Osama Mustafa Hassan, la Corte Constitucional debe examinar cinco conflictos de atribuciones entre poderes del Estado surgidos entre el Presidente del Consejo de Ministros (Presidente del Consejo) y el Ministerio Público ante el Tribunal de Milán (Ministerio Público), el juez de instrucción preliminar del Tribunal de Milán,

también en función de juez de la audiencia preliminar (juez de instrucción), y el juez unipersonal de la IV sección penal del mismo tribunal (juez unipersonal).

2. Sentencia:

2.1. La cuestión principal en conflicto es la presunta violación del secreto de Estado relativo a la publicación de información perteneciente al Sistema de Información para la Seguridad de la República (SISR).

Es preciso delimitar las esferas de atribución de los poderes en conflicto con relación al secreto de Estado. Las leyes atinentes remiten al supremo interés de la seguridad del Estado en su personalidad internacional, es decir, del Estado-comunidad en su integridad territorial, su independencia y su supervivencia (sentencia N° 82/1976). Se trata de un interés que, presente y prevaleciente por sobre cualquier otro en todos los ordenamientos estatales, encuentra su expresión en el texto constitucional en la fórmula solemne del art. 52, según la cual la defensa de la patria es deber sagrado del ciudadano. La referencia a este concepto sirve para otorgarle contenido a la noción de secreto, relacionándola con otras normas de la Constitución que puntualizan elementos y momentos imprescindibles del Estado italiano: la independencia nacional, los principios de unidad y de indivisibilidad del Estado (art. 5), y la norma que resume las características esenciales del Estado en la fórmula “República democrática” (art. 1) (sentencia N° 86/1977).

En consecuencia, en relación con el secreto de Estado, se plantea necesariamente un problema de confrontación o interferencia con otros principios constitucionales, inclusive con aquéllos que rigen la función jurisdiccional. Un equilibrado balance de tales principios implica que la oposición del secreto de Estado por parte del Presidente del Consejo no puede impedir que el Ministerio Público indague los hechos delictuosos y ejerza, si es necesario, la acción penal, sino que sólo puede inhibir a la autoridad judicial en la obtención y utilización de los elementos de conocimiento y de prueba cubiertos por el secreto (sentencia N° 110/1998). De allí que el Presidente del Consejo esté investido de un amplio poder que puede ser limitado sólo por la necesidad de explicitar en el Parlamento las razones esenciales que fundamentan las determinaciones asumidas y por la prohibición de oponer el secreto de Estado a los hechos subversivos del orden constitucional. La identificación de los hechos, de los actos, de las noticias, etc. que pueden comprometer la seguridad del Estado y deben permanecer secretos constituye el resultado de una evaluación ampliamente discrecional. En consecuencia, queda excluida cualquier impugnación jurisdiccional sobre el poder de secreto, atento a que el juicio sobre los medios idóneos y necesarios para garantizar la seguridad del Estado es de naturaleza política y es connatural a los órganos y a las autoridades políticas que la tutelan, pero no así a las actividades del juez. Arribar a conclusiones diferentes significaría trastocar algunos criterios esenciales del ordenamiento, como, por ejemplo, aquél según el cual el poder jurisdiccional no puede sustituir ni al Poder Ejecutivo ni a la Administración Pública, ni eliminar prácticamente el secreto. Las modalidades de ejercicio del poder de secreto están pues sujetas a una impugnación de naturaleza parlamentaria, ya que tal es la sede normal de control en el mérito de las más altas y graves decisiones del

Ejecutivo. Es frente a la representación del pueblo -al que pertenece esa soberanía que podría ser atacada (art. 1.2 de la Constitución)- que el gobierno debe justificar su comportamiento, y es la representación popular la que puede adoptar las medidas más idóneas para garantizar la seguridad (sentencia N° 86/1977).

El art. 39.1 de la Ley N° 124/2007 dispone que “están cubiertos por el secreto de Estado los actos, documentos, noticias, actividades y cualquier otra cosa cuya difusión pudiera dañar la integridad de la República, inclusive en relación con acuerdos internacionales, con la defensa de las instituciones que fundan la Constitución, con la independencia del Estado y sus relaciones con los demás Estados, y con la preparación y la defensa militar del mismo”. En los casos en que fuese necesaria una expresa declaración del Presidente del Consejo en orden a la subsistencia del secreto de Estado, dicho artículo establece que el vínculo que deriva del secreto de Estado es invocado, por expresa disposición del Presidente del Consejo, a los actos, documentos o cosas objeto de los mismos, incluso si se han obtenido en el extranjero.

Las afirmaciones y los principios referidos son reiterados por el nuevo texto del art. 202 del Código Procesal Penal, que prevé, por un lado, que la oposición del secreto de Estado, confirmada por el Presidente del Consejo, inhibe a la autoridad judicial en la obtención y la utilización inclusive indirecta de noticias cubiertas por el secreto, y, por el otro, que no se le impide a la autoridad judicial proceder sobre la base de elementos autónomos e independientes de los actos, documentos y cosas cubiertos por el secreto.

2.2. Por todo lo dicho, los recursos interpuestos por el Presidente del Consejo contra el Ministerio Público y contra el juez de instrucción ameritan un acogimiento parcial en relación con la utilización de los documentos sin omisiones por parte de ambas autoridades judiciales. La requisita y el secuestro de la documentación son actos de investigación legítimos en el plano procesal. Sin embargo, a partir del momento en que la existencia del secreto es llevada a conocimiento de las autoridades, éstas se encuentran ante la alternativa de suprimir de los actos procesales los documentos que no contenían omisiones devolviéndolos al SISR y sustituirlos con los que contenían las omisiones, o activar, en caso de querer continuar valiéndose de la documentación sin omisiones, el procedimiento para obtener la eventual confirmación del secreto de Estado por parte del Presidente del Consejo. Sin embargo, al haberse ignorado la invocación del secreto de Estado, se vulneraron las prerrogativas que se le deben reconocer al Presidente del Consejo. A la autoridad judicial le correspondía el deber de adoptar todas las cautelas del caso para impedir que las copias “sin omisiones” quedaran dentro del circuito divulgativo normal del proceso, que se vulnerara el secreto y se comprometieran las exigencias de seguridad nacional y los valores primarios que el secreto está destinado a vigilar, y que se pusiera en peligro la incolumidad de los distintos sujetos cuyos nombres habían sido “ocultados” mediante las omisiones.

No pueden acogerse los argumentos expuestos en su defensa por el Ministerio Público en cuanto a la pretensión de considerar el hecho objeto del proceso penal “subversivo del orden constitucional” y, por ende, no susceptible de ser cubierto por el secreto de Estado. La Corte Constitucional coincide con las resoluciones del

Parlamento Europeo respecto de la ilicitud de las llamadas “entregas extraordinarias”, contrarias a las tradiciones constitucionales y a los principios de derecho de los Estados Miembros de la Unión Europea. Sin embargo, de aquéllas no es posible deducir que el delito constituido por la hipótesis de secuestro de persona pueda remitirse a un hecho subversivo del orden constitucional. Según la sentencia de la Corte de Casación N° 11.382, del 11 de julio de 1987, la finalidad de la subversión consiste en “subvertir el orden constitucional y alterar el orden pluralista y democrático del Estado, desarticulando sus estructuras, impidiendo su funcionamiento o desviándolo de los principios fundamentales que constituyen la esencia del ordenamiento constitucional”. Por otro lado, es dable advertir que el Ministerio Público no observó la subsistencia del delito previsto en el art. 289-*bis* del Código Penal (secuestro de persona con fines de terrorismo o subversión), sino la del art. 605 (secuestro de persona).

Asimismo, debe declararse que no les correspondía ni al Ministerio Público ni al juez de instrucción solicitar y admitir el incidente probatorio con el fin de comprobar las circunstancias atinentes a las relaciones entre los servicios de inteligencia italianos y extranjeros. Todo ello comporta la anulación de los actos procesales emitidos por las referidas autoridades judiciales de conformidad con los arts. 393, 398, 416 y 429 del Código Procesal Penal, en cuanto se fundamentan en los resultados del incidente probatorio relativos a circunstancias cubiertas por el secreto de Estado, que no pueden ser utilizados de acuerdo con las disposiciones de los arts. 185.1 y 191 del mismo texto.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia del 11-3-2009, N° 106, en <<http://www.cortecostituzionale.It/giurisprudenza/pronunce/pronunce.asp>>.



>> **ELECCIONES. MIEMBROS NO ELECTIVOS. LEGITIMIDAD DEL CARGO. DERECHO A SER CANDIDATO. ALCANCES. RESTRICCIONES MAYORES QUE LAS IMPUESTAS AL DERECHO AL VOTO. VALIDEZ. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, PROTOCOLO I, ART. 3 (REINO UNIDO).**

1. Antecedentes del caso: Sark es una isla perteneciente a las Islas del Canal de la Mancha que tiene alrededor de seiscientos habitantes. Conforme a la Ley de Reforma de 2008, el electorado vota para elegir veintiocho miembros del Parlamento, llamado “*Chief Pleas*”. Sin embargo, hay dos miembros que tienen cargos que no son electivos. El primero es el “*Seigneur*” (o Lord) de Sark, quien no tiene voto, pero sí tiene voz en las sesiones y un poder para vetar temporariamente las ordenanzas del *Chief Pleas*. El segundo es el “*Seneschal*” (o *Steward*), quien convoca y preside las sesiones del Parlamento, pero no tiene voz ni voto en los debates. Los hermanos Barclay impugnaron la constitucionalidad de las nuevas disposiciones, alegando que las posiciones aplicables al *Seigneur* y al *Seneschal* eran incompatibles con el art. 3 del Protocolo I de la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual protege “la

libre expresión de la opinión de la gente en la elección de la legislatura”. Alegaron que, por aplicación de ese artículo, todos los miembros de una cámara legislativa deben ser miembros electivos. Por otra parte, Tomas Slivnik interpuso otro recurso en el que denunciaba que pretendía presentarse como candidato en las elecciones del Parlamento. Sostenía que la Ley de Reforma lo discriminaba y contravenía la Convención Europea de Derechos Humanos, ya que conforme a sus términos, él, a pesar de tener derecho a *votar* en calidad de residente, no tenía derecho a presentarse como candidato en las elecciones por ser ciudadano esloveno.

2. Sentencia: la existencia de cargos no electivos como los de *Seigneur* y de *Seneschal* no resultan incompatibles con el art. 3 del Protocolo I de la Convención Europea de Derechos Humanos. La restricción a la presentación como candidato de Slivnik respeta los derechos otorgados por la Convención. Se rechazan las apelaciones por unanimidad, pero no por idénticos fundamentos.

La opinión mayoritaria fue expuesta por Lord Collins, con la cual coincidieron los jueces Lords Hope, Scott, Brown y Neuberger.

A) En relación con el argumento de que los cargos de *Seigneur* y de *Seneschal*, tal como estaban reglamentados por la Ley de Reforma, viola el citado art. 3, la Corte sostuvo que:

1) No hay ninguna norma invariable en el art. 3 que requiera que todos los miembros de una legislatura deban ser electivos, con prescindencia de sus atribuciones y de las circunstancias.

2) Hasta 1922 la composición del *Chief Pleas* reflejaba el sistema feudal imperante en Sark y, entre 1922 y 2008, los terratenientes feudales dominaron el *Chief Pleas*. En ese contexto y, en general, a la luz de la historia constitucional y de los factores políticos pertinentes a Sark, la existencia de los cargos de *Seigneur* y de *Seneschal* cae dentro del margen de apreciación otorgado a los Estados Contratantes de la Convención en términos del art. 3. La libre expresión de la opinión de la población de Sark no fue obstaculizada por la circunstancia de que fueran miembros del *Chief Pleas*.

3) El poder del *Seigneur* para vetar temporariamente las decisiones de la legislatura es proporcionado y coherente con lo dispuesto en el art. 3. Para llegar a esa conclusión, resulta legítimo tomar en consideración que tal poder no ha sido ejercido en los tiempos modernos, y que el *Seigneur* ha señalado que sólo lo utilizaría en limitadas ocasiones.

4) En cuanto a las atribuciones del *Seneschal*, éstas equivalen a aquéllas que pueden ser dadas o que puede necesitar cualquier funcionario cuya función sea presidir. En rigor, no puede decirse que su posición menoscabe la esencia de los derechos otorgados por el art. 3.

B) En cuanto a si la prohibición impuesta por la Ley de Reforma a las personas “extranjeras” para presentarse como candidatos en las elecciones del *Chief Pleas* de Sark viola el derecho que otorga el art. 3, interpretado separada o conjuntamente con el art. 14 de la Convención, se decide:

1) De conformidad con la Convención Europea, reflejada en las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos y en la práctica de los miembros del

Consejo de Europa, son los ciudadanos y no los extranjeros no residentes quienes tienen derecho a votar y a presentarse como candidatos en las elecciones. Puede haber excepciones, pero la regla general resulta clara.

2) El art. 3 no requiere una justificación para imponer restricciones o calificaciones más estrictas para tener derecho a ser candidato que para votar. Factores históricos y políticos determinaron la definición de “extranjero” existente en el derecho del Reino Unido. La aptitud para presentarse como candidato en las elecciones en Sark está circunscripta a aquéllos que ostentan un vínculo genuino con Sark en calidad de residentes o de propietarios. Está claro que a la luz de tales factores y de la amplitud del margen de apreciación, excluir a los extranjeros de la elegibilidad para presentarse como candidatos en las elecciones es justificable.

CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO, sentencia del 1-12-2009, *caso R. (on the application of Barclay and others) v. Secretary of State for Justice and others*, en <http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2009_0119_Judgment.pdf>.



>> **ELECCIONES. USO DEL VOTO DIGITAL. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL ACTO ELECTORAL (ALEMANIA).**

1. Antecedentes del caso: dos electores cuestionaron el empleo del voto digital en las elecciones de diputados de 2005 en las circunscripciones estatales de Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz y Sachsen-Anhalt. Las computadoras utilizadas a tal fin se componen de un teclado sobre el que se apoya una copia de la boleta y de un monitor pequeño (LCD) que permite al votante controlar su voto. El programa que dirige el curso general de la votación está asegurado en una unidad electrónica integrada. Los votos realizados por el electorado son guardados en un módulo que dispone a su vez de un dispositivo apartado y que es revisado hacia el final del día de la elección. En esa oportunidad son leídas las cifras provistas de esta manera y registradas en el acta de votación. Las cifras también pueden ser impresas con una impresora existente en la parte trasera de la computadora. El fundamento para el uso de estos procesadores lo otorga el art. 35 de la Ley sobre Elecciones Federales, y su empleo requiere, en forma previa a toda elección, de la autorización del Ministerio del Interior. Los recurrentes alegan que la implementación de estas computadoras viola el principio de publicidad derivado del principio democrático, dado que ni el electorado ni las autoridades de mesa pueden controlar si los votos hechos son guardados, asegurados y transmitidos sin alteración. Afirman además que ni el código de fuente del *software* de los aparatos, ni los informes de revisión ni en general la documentación relativa a la verificación del buen funcionamiento de los equipos han sido dados a publicidad. Por último, tampoco se ha realizado una prueba en cada una de las computadoras, con lo que las autoridades han confiado en la calidad y en la ausencia presunta de manipulación de datos.

2. Sentencia:

El principio de publicidad de las elecciones, derivado del compromiso constitucional con la democracia, la República y el Estado de derecho, dispone que todos los pasos esenciales de las elecciones sean públicamente comprobables, mientras otros puntos importantes del orden constitucional no generen una excepción al principio. El empleo de este tipo de equipos sólo se justifica constitucionalmente si esos pasos son confiables y reconocibles sin conocimientos específicos importantes. Mientras que en los procedimientos tradicionales del voto las manipulaciones y fraudes son posibles sólo con grandes esfuerzos y con un muy alto grado de probabilidades de ser descubiertos, los errores de programa de *software* o fraude mediante el mismo son difícilmente reconocibles; y ello exige especiales precauciones en orden a garantizar el principio de la publicidad de las elecciones.

El electorado debe poder comprender sin mayores conocimientos técnicos si su voto será registrado sin falsificaciones. Si el resultado electoral es transmitido mediante el trabajo de procesadores de archivos electrónicos, no resulta suficiente a este fin que el resultado del proceso sea percibido mediante un papel impreso de carácter sumario o un anuncio electrónico.

El legislador no está impedido de emplear computadoras para las elecciones, siempre y cuando esté asegurada la posibilidad -de rango constitucional- de un control confiable. Un control complementario que puede emprender el electorado, por ejemplo, es posible cuando los votos puedan ser contados también de otra manera. Y ese derecho de los ciudadanos no puede ser reemplazado con un procedimiento en el cual las autoridades de elecciones comprueban antes del acto electoral el buen funcionamiento de los equipos. Debe generarse una manera de que personalmente sea el ciudadano el que pueda hacerlo. Tampoco el principio del secreto del voto y el interés en un resultado rápido del conteo pueden funcionar como contraargumentos al derecho de control ciudadano de la transmisión de los datos respectivos. No es un presupuesto constitucional que los resultados electorales deban estar listos en un corto tiempo tras el cierre de las urnas. Incluso la experiencia electoral del país demuestra que aun sin usar medios electrónicos, los resultados provisionales y oficiales pueden estar listos en el término de pocas horas.

El decreto que ordenó el empleo de las computadoras para las votaciones es inconstitucional. No contiene regulaciones que aseguren que serán admitidas sólo las computadoras que satisfagan exigencias constitucionales de un control efectivo de la votación y del resultado.

Asimismo, el empleo de estas computadoras en la elección de 2005 afecta el principio de publicidad. Estas máquinas no permiten ningún control, dado que a causa del registro exclusivamente electrónico de los votos, ni el electorado ni las autoridades de mesa pueden comprobar que no se haya realizado ningún paso en falso en el registro y conteo respectivo; tampoco, contrariamente al principio antes recordado, pasos fundamentales de la transmisión de los resultados pueden ser seguidos por el público. No resulta suficiente con la impresión en papel o con un aviso electrónico, como los referidos.

Por último, cabe aclarar que los errores apuntados no pueden conducir a una repetición de la votación. El interés en la protección de la existencia de la representación popular elegida en confianza en la constitucionalidad del decreto en cuestión tiene un peso mayor que los yerros recordados, dado que su posible efecto sobre los elegidos -en ausencia de una referencia a que las máquinas hubieran funcionado incorrectamente o hubieran sido manipuladas- en todo caso resulta marginal y no pone en crisis a los efectivamente votados en cuanto tales.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 3-3-2009, 2 BvC 3/07 y 2 BvC 4/07, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/cs20090303_2bvc000307.html>.



>> **EXTRANJEROS. RESIDENCIA ILEGAL. SALUD. DERECHO A LA ASISTENCIA MÉDICA. OBLIGACIONES DEL ESTADO. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ART. 3 (HOLANDA).**

1. Antecedentes del caso: la Fundación Koppeling (Fundación), que gestiona las prestaciones médicas que se brindan a los extranjeros en situación irregular, decidió compensar parcialmente a la Fundación Parnassia Bavo (Parnassia), institución especializada en salud mental, sólo por el costo de tratamientos a extranjeros sin seguridad social que residen ilegalmente en Holanda. Parnassia objetó la decisión, pero el tribunal de distrito la confirmó. Aquélla apeló ante la sala con competencia administrativa del Consejo de Estado (Sala Administrativa), aduciendo que la Fundación habría debido compensar los costos de la asistencia médica básica brindada a los extranjeros residentes ilegalmente en el país. Según la Ley de Derecho a las Prestaciones (Ley), éstos no tienen derecho a prestaciones de seguridad social ni a otros servicios sociales. Sin embargo, todos los extranjeros, con o sin residencia legal, tienen derecho a la asistencia médica básica. Además, el Informe Explicativo de la Ley (Informe) afirma que dado que las instituciones sanitarias no pueden desatender su deber de proveer atención médica en situaciones en que la vida está en peligro, el gobierno puede -sin obligación a ello- cubrir algunos de los riesgos financieros que esas situaciones provocan. A estos efectos, se estableció un Fondo para las Prestaciones Médicas administrado por la Fundación.

2. Sentencia:

La cuestión preliminar reside en saber si la decisión de la Fundación se podría calificar como una subvención en el sentido que le da la Ley sobre Derecho Administrativo General. El término “subvención” implica el derecho a recursos financieros provistos por una autoridad administrativa para ciertas actividades que no sean pagos de bienes o servicios. La Sala Administrativa respondió afirmativamente a esta cuestión, sosteniendo que, en contraste con lo estipulado en el Informe, el Estado estaba obligado a proveer los medios financieros para facilitar la asistencia

médica necesaria para los extranjeros sin residencia legal. En efecto, muchos extranjeros reciben atención de Parnassia por orden de un tribunal, orden de custodia preventiva o de detención por orden de hospitalización, por lo que el Estado asume la responsabilidad de su tratamiento y de sus costos.

Por otro lado, después de tomar en consideración la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), la Sala Administrativa sostuvo que esa norma impone al Estado la obligación de impedir que los extranjeros sin residencia legal sean sometidos a un trato inhumano y degradante en situaciones en que peligra la vida. Esta obligación es particularmente pertinente si, de conformidad con las leyes nacionales, los prestadores de asistencia son incapaces de cumplir con su deber.

A la luz de las obligaciones del Estado y dado que los costos de la provisión de la necesaria asistencia sanitaria a los extranjeros sin residencia legal eran desconocidos en ese momento, el Estado estaba obligado a encontrar los medios financieros para hacerse cargo de ello. Además, los gastos por los tratamientos onerosos y crónicos no pueden restringirse a un período de seis meses. Efectivamente, tales condiciones contrastan con la obligación del Estado, ya que, dado el número de casos en que deben cumplir con su deber, y la naturaleza y duración de los cuidados brindados, los prestadores de asistencia médica no están en condiciones de hacerlo.

CONSEJO DE ESTADO DE HOLANDA, sentencia del 18-6-2008, N° 200706166/1, *Stichting Parnassia Bavo v. Stichting Koppeling*, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2008, 2, p. 296.



>> **HOMOSEXUALES. MATRIMONIO. DERECHO A LA IGUALDAD.** CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 8, 12 Y 14. CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNION EUROPEA, ARTS. 7, 9 Y 21 (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: el Tribunal de Venecia y la Corte de Apelaciones de Trento plantearon la inconstitucionalidad de los arts. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-*bis* y 156-*bis* del Código Civil italiano por considerarlos violatorios de los arts. 2, 3, 29 y 117.1 de la Constitución, por cuanto, interpretados sistemáticamente, no permiten que las personas homosexuales contraigan matrimonio entre sí. Se plantearon entonces dos recursos ante la Corte Constitucional, que ésta acumuló y resolvió en una única sentencia.

2. Sentencia: se declara inadmisibile la cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-*bis* y 156-*bis* del Código Civil respecto de los arts. 2, 3, 29 y 117.1 de la Constitución.

2.1. El planteo referido al art. 2 de la Constitución es inadmisibile. Los recursos parten del supuesto de que el instituto del matrimonio civil previsto en el ordenamiento italiano se refiere solamente a la unión estable entre un hombre y una

mujer. Ello no sólo surge de las normas impugnadas, sino también de la normativa sobre la filiación legítima (arts. 231 y sgtes. del Código Civil), de otras como el art. 5.1 y 2 de la Ley N° 898/1970 (sobre disolución del matrimonio), así como también de las que rigen el estado civil. Fundamentalmente, todas las normas relativas al instituto del matrimonio previstas en el Código Civil y en la legislación especial postulan la diversidad sexual de los cónyuges en el marco de una consolidada y milenaria noción de matrimonio.

El art. 2 establece que la República debe reconocer y garantizar los derechos inviolables del hombre, tanto en su calidad de individuo como en las formaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social.

Por formación social debe entenderse toda forma de comunidad, simple o compleja, que permita o favorezca el libre desarrollo de la persona en su vida de relación, en un contexto de valoración del modelo pluralista. En esta noción también debe incluirse la unión homosexual, entendida como convivencia estable entre dos personas del mismo sexo, a las que les corresponde el derecho fundamental de vivir libremente en su condición de pareja, obteniendo -en los tiempos, modos y límites establecidos por la ley- el reconocimiento jurídico y los correspondientes derechos y deberes. Sin embargo, la aspiración a obtener tal reconocimiento -que necesariamente postula una normativa de carácter general orientada a regular los derechos y los deberes de los componentes de la pareja- no puede concretarse únicamente mediante la equiparación de las uniones homosexuales al matrimonio. Basta con examinar las legislaciones de los países que hasta ahora han reconocido dichas uniones para comprobar la diversidad de las opciones elegidas. En consecuencia, en el ámbito aplicativo del art. 2 de la Constitución, le corresponde al Parlamento, en el ejercicio de su plena discrecionalidad, identificar las formas de garantía y de reconocimiento de las uniones referidas, quedándole a la Corte la posibilidad de intervenir en la tutela de situaciones específicas (como en el caso de las convivencias *more uxorio*: sentencias Nros. 559/1989 y 404/1988). En ciertos casos particulares, puede surgir la necesidad de un tratamiento homogéneo entre la condición de la pareja casada y la de la pareja homosexual, que la Corte puede garantizar con el control de razonabilidad.

2.2. La cuestión planteada respecto de los arts. 3 y 29 de la Constitución es infundada.

El art. 29.1 establece que: “La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio” y el art. 29.2 agrega que: “El matrimonio se regirá sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar”.

Es cierto que los conceptos de familia y de matrimonio, al tener la ductilidad propia de los principios constitucionales, no pueden considerarse “cristalizados”, por lo que deben interpretarse teniendo en cuenta no sólo las transformaciones del ordenamiento, sino también la evolución de la sociedad y sus costumbres. Sin embargo, dicha interpretación no puede incidir en el núcleo de la norma, modificándola de manera de incluir en ella fenómenos y problemáticas que no fueron tomados en consideración en el momento de su sanción.

No es casual, por otro lado, que la Carta Constitucional, después de haber tratado el instituto del matrimonio, haya considerado necesario ocuparse de la tutela de los hijos (art. 30), asegurando una paridad de tratamiento a aquéllos nacidos fuera del matrimonio. La justa y debida tutela garantizada a los hijos naturales en nada menoscaba la importancia constitucional atribuida a la familia legítima y a la (potencial) finalidad procreativa del matrimonio, que sirve para diferenciarlo de la unión homosexual.

En este contexto, respecto del art. 3 de la Constitución, la impugnación de las normas del Código Civil que, como se ha dicho, contemplan exclusivamente el matrimonio entre el hombre y la mujer, no puede considerarse legítima en el plano constitucional, porque se fundamenta en el art. 29 de la Constitución y porque la normativa misma no da lugar a una irrazonable discriminación, por cuanto las uniones homosexuales no pueden considerarse equiparables al matrimonio.

2.3. Respecto del art. 117.1 de la Constitución, en primer lugar, los recurrentes invocan los arts. 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), 12 (derecho al matrimonio) y 14 (prohibición de discriminación) de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención). Asimismo, destacan la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos *C. Goodwin c. Reino Unido*, del 11 de julio de 2002, que declaró contraria a la Convención la prohibición de matrimonio de un transexual (después de haberse sometido a una intervención quirúrgica) con una persona de su mismo sexo original, postulando la analogía del caso con el del matrimonio homosexual. También invocan los recurrentes la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta) y, en particular, los arts. 7 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), 9 (derecho a contraer matrimonio y a constituir una familia) y 21 (derecho a no ser discriminado). Mencionan asimismo varias resoluciones de las instituciones europeas “que desde hace tiempo invitan a los Estados a remover los obstáculos que se oponen al matrimonio de parejas homosexuales o al reconocimiento de institutos jurídicos equivalentes”. Finalmente, señalan que en el ordenamiento de muchos Estados que poseen una tradición jurídica afín a la italiana, se está delineando un concepto de relaciones familiares que incluye a las parejas homosexuales.

En relación con lo dicho, es preciso observar que: a) la referencia a la sentencia de la Corte Europea no es pertinente, porque concierne al caso de un transexual que después de una intervención quirúrgica había iniciado una relación con un hombre con el cual no podía contraer matrimonio “porque la ley lo consideró hombre”. En el derecho italiano, el caso habría hallado su normativa y su solución en el ámbito de la Ley N° 164/1982 (normas relativas a la rectificación de la atribución del sexo). De todas formas, la situación de los transexuales y la de los homosexuales no es homogénea; b) los arts. 8 y 14 de la Convención, y 7 y 21 de la Carta contienen disposiciones de carácter general en orden al derecho al respeto de la vida privada y familiar, y a la prohibición de discriminación. Por el contrario, los arts. 12 de la Convención y 9 de la Carta prevén específicamente el derecho a contraer matrimonio y a constituir una familia. Ahora bien, el art. 12 establece que “los hombres y las mujeres en edad de casarse tienen derecho a hacerlo y a formar una familia según las leyes nacionales que regulan el ejercicio de tal derecho”.

A su vez, el art. 9 garantiza “el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. La Carta de Niza ha sido receptada por el Tratado de Lisboa, modificadorio del Tratado de la Unión Europea y del Tratado que constituye la Comunidad Europea, que entró en vigor el 1º de diciembre de 2009. En efecto, el nuevo texto del art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea prevé que “[l]a Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000..., la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Es preciso observar que el art. 9 de la Carta, al afirmar el derecho a contraer matrimonio, remite a las leyes nacionales que regulan su ejercicio. Asimismo, las explicaciones relativas a la Carta elaboradas bajo la autoridad del *praesidium* de la Convención que la había redactado aclaran, en relación con el art. 9, que: “el artículo no prohíbe ni impone la concesión del estatus matrimonial a las uniones entre personas del mismo sexo”. Por lo tanto, además de la referencia explícita a los hombres y mujeres, es decisivo observar que la referida normativa no impone la plena equiparación de las reglas previstas para las uniones matrimoniales entre hombre y mujer a las uniones homosexuales. De allí que la remisión a las leyes nacionales confirme el hecho de que la materia se confía a la discrecionalidad del Parlamento. Por otro lado, ello también puede deducirse del examen de las elecciones y soluciones adoptadas por numerosos países que, en algunos casos, introdujeron una verdadera extensión de la normativa prevista para el matrimonio civil a las uniones homosexuales y, en otros, adoptaron diversas formas de tutela que van desde la tendencia a asimilar dichas uniones al matrimonio hasta la de diferenciarlas claramente en el plano de los efectos.

Con base en estas consideraciones, se declara inadmisibile la cuestión planteada con relación al art. 117.1 de la Constitución.

Nota del Instituto: sobre el tema del matrimonio homosexual, pueden verse el estudio realizado por el Instituto de Derecho Comparado Edouard Lambert de la Universidad Jean Moulin – Lyon 3, “Le mariage entre personnes de même sexe. Étude pour la Cour de cassation”, en *Revue internationale de droit comparé*, París, Société de Législation Comparée, 2008, N° 2, pp. 375/443, y los artículos de BARRERO ORTEGA, ABRAHAM, “Le débat sur la légalisation du mariage homosexuel en Espagne”, en *Revue française de droit constitutionnel*, París, PUF, 2007, N° 70, pp. 249/267, y de JOHANNES WÄSMUTH, “La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso in Germania e l’orientamento giurisprudenziale della Corte costituzionale tedesca” y MORRIS MONTALTI, “La battaglia legale per il *same-sex marriage* in Canada e Sudafrica: eguaglianza e dignità umana *versus* libertà religiosa”, difundidos en *investigaciones* 3 (2003), pp. 566/574, e *investigaciones* 1/2 (2005), pp. 129/136, respectivamente. Asimismo, también puede verse el fallo de la Corte de Casación francesa N° 511, del 13-3-2007, en *investigaciones* 2006, p. 68. Por otra parte, un resumen de la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “Goodwin” fue publicado en *investigaciones* 1 (2002), p. 15.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia del 15-4-2010, N° 138, en <<http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>>.

>> **INMIGRANTES. DELITOS PENALES.** DELITOS FUNDADOS EN LA CULTURA. **TRATOS CRUELES E INHUMANOS. VIOLENCIA DOMÉSTICA.** MALOS TRATOS EN LA FAMILIA. VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA ESPOSA. VIOLACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA ECONÓMICA. **DERECHO A LA IGUALDAD.** PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS INVIOlables DEL HOMBRE. IGUAL DIGNIDAD SOCIAL SIN DISTINCIONES DE SEXO (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: el 31 de marzo de 2006, el Tribunal de Apelaciones de Turín confirmó una sentencia que condenó a un ciudadano marroquí, residente legal en Italia, a dos años, seis meses y veinte días de prisión por malos tratos en la familia, secuestro y violencia sexual contra su esposa, y violación de la obligación de brindar asistencia económica a ésta y a su hijo menor. Contra dicha sentencia la defensa interpuso recurso de casación.

2. Sentencia:

El apelante sostiene que se ha violado el art. 606.1, letra e) del Código Procesal Penal por falta de motivación sobre el elemento subjetivo de los delitos impugnados y aduce que el juez aplicó esquemas axiológicos típicos de la cultura occidental y un prejuicio etnocéntrico, sin respetar las exigencias de integración racial y sin considerar la diversidad cultural y religiosa del reo, ciudadano marroquí.

En el recurso, se considera erróneamente que la aplicabilidad de las normas penales a los ciudadanos de cultura y etnia diferente, en tanto portadores de tradiciones sociológicas y costumbres antropológicas en conflicto con esas normas, debe ser filtrada por tales variables de comportamiento. En consecuencia, según el recurrente, la acción *contra legem* del extranjero (amenazas, golpes, lesiones, malos tratos, secuestro de persona, violencia sexual) debería ser justificada y encuadrada en la concepción de familia típica del grupo social de pertenencia que permite tales conductas.

La situación remite al conocido fenómeno de los “delitos culturales”, a raíz del cual los Estados europeos que reciben grandes flujos inmigratorios han adoptado dos posturas diferentes: la primera, de tipo “asimilacionista”, persigue la inserción del extranjero en la cultura nacional y exige como contrapartida una renuncia sustancial a sus raíces étnico-culturales; la segunda, por otro lado, basada en la integración-inclusión (simbólica y práctica), acepta las identidades originarias y es sensible a “otras” especificidades culturales.

Es evidente que en el sistema penal italiano ambos abordajes pueden ponerse en práctica en la medida en que no contrasten con los principios cardinales del ordenamiento, inclusive aquéllos constitucionales, en el tema de la familia y de las relaciones interpersonales de la pareja (contenida la interacción sexual), que han sido reguladas por la Ley N° 66/1996. En efecto, en Italia, la previsión de la configuración de la circunstancia agravante de la “finalidad de discriminación o de odio étnico, nacional, racial o religioso” (establecida por el art. 3.1 del Decreto Legislativo N° 122 del 26-4-1993 convertido con modificaciones en la Ley N° 205 del 25-6-1993) parece decididamente “pro-inmigrante” (por ende, integracionista-inclusionista),

mientras que la norma sobre la represión penal de la infibulación, establecida en el art. 583 *bis* del Código Penal (art. 6.1 de la Ley N° 7 del 9-1-2006), así como también la norma sobre la bigamia en el tema sobre los delitos contra el matrimonio (art. 556 del Código Penal) son de naturaleza “asimilacionista”.

Más allá de estas nociones, en los delitos culturales o culturalmente motivados, el juez no puede sustraerse a su deber natural de aplicar imparcialmente la justicia con las normas positivas vigentes, asegurando: a) la tutela de las víctimas; b) las garantías a los acusados en cuanto al rigor en la búsqueda de la verdad y en la aplicación de las normas, y c) la personalización de la condena con una sanción que debe ser buscada e identificada respetando el principio de “legalidad de las penas”, dispuesto en el art. 25.2 de la Constitución, atento a que tal norma constitucional ha dado forma a un sistema en que la práctica de una justicia distributiva y reparadora exige la diferenciación más que la uniformidad.

La consideración de la defensa según la cual el elemento subjetivo del delito en examen estaría excluido del concepto que el imputado -en tanto ciudadano de religión musulmana- tiene de la convivencia familiar y de las potestades maritales que le incumben como cabeza de familia (concepto diferente al modelo y a la concepción presentes en el Estado italiano) no puede ser acogida, en cuanto se encuentra en absoluto contraste con las normas cardinales que conforman el ordenamiento jurídico italiano y con la reglamentación concreta de las relaciones interpersonales. En efecto, es preciso remitirse a los principios constitucionales dispuestos en el art. 2, atinentes a la garantía de los derechos inviolables del hombre (a los que pertenecen indudablemente el de la integridad física y el de la libertad sexual), y en el art. 3, relativos a la dignidad social, a la igualdad sin distinción de sexo y al deber de la República de remover los obstáculos que, limitando de hecho la libertad y la igualdad, impiden el pleno desarrollo de la persona humana. Tales principios constituyen una barrera infranqueable contra la introducción de derecho y de hecho, en la sociedad civil, de costumbres y prácticas “anti-históricas” si se consideran los resultados obtenidos en el transcurso de los siglos en relación con los derechos inviolables de la persona (ciudadano o extranjero).

En consecuencia, es indudable la existencia de dolo en los ilícitos impugnados, ya que el imputado tiene la obligación de conocer, de conformidad con el art. 5 del Código Penal, la prohibición que impone la ley a los comportamientos lesivos por él realizados, cualquiera sea la evaluación que haga de su propia conducta.

Por ello, se rechaza el recurso interpuesto.

Nota del Instituto: sobre delitos fundados en la cultura, puede verse el artículo de FABIO BASILE difundido en *investigaciones* 3 (2007), pp. 532/545.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia del 16-12-2008, N° 46300, en <<http://www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com/Doc.aspx?IdDocumento=10206405&IdFonteDocumentale=13&Tipo=newshome>>.



>> **JUECES.** RESIDENCIA. LIBERTAD COMUNICATIVA. RESERVA DEL PROCESO. UTILIZACIÓN DE FRASES IMPROCEDENTES U OFENSIVAS EN LAS RESOLUCIONES. **CONSEJO DE LA MAGISTRATURA.** ATRIBUCIONES (PERÚ).

1. Antecedentes del caso: se promueve demanda de inconstitucionalidad a fin de que se eliminen del ordenamiento jurídico varios artículos de la Ley 29.277 de la Carrera Judicial (Ley).

2. Sentencia: se declara fundada en parte la demanda.

2.1. *El territorio como presupuesto para el ejercicio jurisdiccional*

Establecer un deber genérico de residir en el distrito judicial donde se ejerce el cargo sería constitucional siempre y cuando se siga el derrotero trazado de entender de manera amplia el concepto de domicilio, incluyendo el lugar donde el juez mora habitualmente, pero también donde realiza sus actividades profesionales. Por lo demás, el domicilio se estila fijado en el momento del nombramiento o, de ser éste diferido, en el que asume funciones, en el que cesa en éstas o cuando el mandato legal así lo disponga. En este sentido, uno de los domicilios que debe tener el juez ha de ser el lugar donde cumple sus labores jurisdiccionales (así debe entenderse el art. 40.5 de la Ley); asimismo, es admisible jurídicamente la existencia de varios domicilios (art. 35 del Código Civil).

Por otro lado, sigue siendo potestad del órgano sancionador del Poder Judicial tomar las medidas pertinentes si el juez no ejerce adecuadamente sus funciones como tal. Por dicha razón, la falta grave prevista en el art. 48.12 de la norma cuestionada sólo será admisible cuando el juez no fije residencia alguna en el lugar donde ejerce función jurisdiccional. Es más, es válido recordar que el propio Poder Judicial, a través del órgano competente, tiene la potestad de autorizar la variación de domicilio (art. 40.5 de la Ley) y prevé casos excepcionales en los que la situación personal del juez amerite tal hecho.

Por último, la prohibición de ausentarse del lugar donde ejerce su cargo (art. 40.8) sólo puede ser considerada admisible cuando se trate de su exigencia dentro de los horarios de trabajo o cuando el juez se encuentre de turno. No puede convenirse que, aparte de la residencia exigida, también se restrinja el derecho de los jueces a movilizarse dentro del territorio nacional o en el extranjero.

2.2. *Las libertades comunicativas de los jueces*

a) *La reserva del proceso*

La reserva exigida a los jueces en los incisos 5 y 6 del art. 47 de la Ley, tal como está dispuesta, no puede ser admisible en sede constitucional, toda vez que es obvia para las actividades jurisdiccionales de fondo en los procesos en trámite. Sólo adquiere sentido si la reserva no se extiende a procesos ya concluidos, a ámbitos de mero trámite (sólo para informar, no para expresar) o a aquéllos no dirigidos por el juez (siempre y cuando no tenga conexión alguna con el caso), supuestos legítimos que no han sido previstos por la norma impugnada, máxime si toda persona, incluidos los propios jueces, tienen el derecho a la crítica judicial (art. 139.20 de la Constitución).

b) *La utilización de frases improcedentes u ofensivas en las resoluciones*

El término “expresión improcedente” no es de lo más feliz como parte de la técnica legislativa, por no contener sentido en sí mismo. Lo único que puede significar, a la luz de su construcción gramatical, es un tipo de expresión no admitida dentro del quehacer jurisdiccional. No tendría sentido, por ende, si no es entendido como manifestación ofensiva a una de las partes. Pero el segundo concepto previsto en la norma es justamente “expresiones manifestamente ofensivas”. Es decir, ambos conceptos pueden ser entendidos como sinónimos o expresiones complementarias. Por tal razón, la conducta prohibida se refiere a un solo tipo de expresión en las resoluciones: aquélla que afecta la dignidad de los litigantes.

Por último, la norma se refiere a que tales expresiones deben entenderse improcedentes sólo cuando así fluya “desde el punto de vista del razonamiento jurídico”. Lo que debe determinarse es cuándo un juez, a través de una resolución, utiliza frases improcedentes -o manifestamente ofensivas- desde el punto de vista del razonamiento jurídico. Así, de una revisión específica de dicha norma, el Tribunal considera que el concepto “desde el punto de vista del razonamiento jurídico” no se condice con lo que quiere expresar el legislador, de modo que es una frase desproporcionada para la calificación de una falta, contradiciendo el principio de tipicidad desarrollado en el art. 2.24.d) de la Constitución. El análisis de la afectación que pueden ocasionar las frases injuriosas no se puede realizar desde la teoría de la argumentación jurídica.

Por tanto, la inclusión de la frase “desde el punto de vista del razonamiento jurídico” desvirtúa el mandato exigido, razón por la cual debe declararse su inconstitucionalidad. De esta forma, el texto adecuado sería el de que constituiría una falta grave el utilizar en resoluciones judiciales expresiones improcedentes, es decir, manifestamente ofensivas.

2.3. *La evaluación de magistrados*

Colocar a la Comisión de Evaluación de Desempeño adscrita al Consejo Nacional de la Magistratura (Consejo) rompe todo orden establecido e importa tácitamente que por una ley ordinaria se realice una modificación constitucional, situación que no sólo pone en peligro la estructura del Estado (sus poderes), sino también la de la colectividad. La presencia de una comisión “adscrita”, y dependiente económica y funcionalmente del Consejo supone una interferencia inconstitucional en la autonomía del Poder Judicial que desnaturaliza su esencia. Está al margen de la necesidad de establecer mecanismos de comunicación entre la evaluación técnica y transparente respecto del rendimiento y calidad de los magistrados y los procesos de ratificación encargados a un órgano externo. No obstante, dicha relación debe darse en el marco de las coordinaciones interinstitucionales entre Poder Judicial y Consejo, y no en base a la “vigilancia” permanente del órgano referido.

De manera que la existencia de la Comisión no es compatible con el modelo constitucional de control de la actividad jurisdiccional de los jueces por afectar la autonomía y las facultades de gobierno y de administración del Poder Judicial, previstas en el art. 143 de la Constitución.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, sentencia del 5-4-2010, 00006-2009-PI/TC, en <<http://gaceta.tc.gob.pe/sentencia-normativa.shtml?x=2671>>.



>> **LEY. INCONSTITUCIONALIDAD. CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. ESTATUS LEGAL EN EL SISTEMA INTERNO (ITALIA).**

1. Antecedentes del caso: la Corte de Casación y el Tribunal de Apelaciones de Ancona plantearon en forma independiente la inconstitucionalidad del art. 1.218 de la Ley N° 266/2005 (disposiciones para la elaboración del balance anual y plurianual del Estado - Ley Financiera 2006), reglamentario del art. 8.2 de la Ley N° 124/1999 (disposiciones urgentes sobre el personal administrativo escolar), por considerarlo violatorio de los arts. 117.1 de la Constitución y 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. A esos efectos, alegaron que el personal de las entidades locales transferido al escalafón del personal administrativo, técnico y auxiliar estatal (ATA) debe satisfacer las calificaciones funcionales y los perfiles profesionales pertinentes, sobre la base de los niveles retributivos totales gozados en el momento de la transferencia.

2. Sentencia:

Dada la similitud de las cuestiones planteadas, los recursos interpuestos por ambos Tribunales deben acumularse a fin de adoptar una única decisión.

La Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) reconoce el derecho a un proceso justo ante un tribunal independiente e imparcial, e impone a los legisladores de los Estados Miembros la obligación de no interferir en la administración de justicia con el fin de influir en la resolución de una causa o en una determinada categoría de controversias, mediante el dictado de normas interpretativas que asignen a la disposición cuestionada un significado ventajoso para el Estado Miembro que es parte en el procedimiento, excepto cuando ello se justifique por razones imperativas de interés general.

Las recurrentes alegan que el legislador nacional sancionó una norma interpretativa violando el principio de igualdad de armas, y que la necesidad de realizar el reajuste organizativo de un sector de la administración pública no constituye una de las razones imperativas de interés general que eximen del respeto a la prohibición de injerencia.

La inconstitucionalidad planteada resulta infundada.

El rango y la eficacia de las normas de la Convención y el rol que cumplen los jueces nacionales y la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte Europea), en su interpretación y aplicación, han sido recientemente materia de resolución por la Corte Constitucional en las sentencias 348/2007 y 349/2007, en el sentido de que el art. 117.1 de la Constitución y, en particular, la expresión “obligaciones internacionales” contenida en el mismo se refieren a las normas internacionales convencionales que no están mencionadas en los arts. 10 y 11 de la Ley Fundamental.

El art. 117.1 ha llenado la laguna relativa a las normas constitucionales que garantizan la observancia de las obligaciones asumidas internacionalmente.

Por otro lado, en las sentencias referidas, ha sido señalado que al juez nacional, en cuanto juez de la Convención, le corresponde aplicarla conforme a la interpretación de la Corte Europea. En caso de contradicción entre una norma interna y una norma de la Convención, debe interpretar la primera conforme a la segunda, en la medida en que el texto de las disposiciones confrontadas así lo permita, valiéndose de todos los instrumentos normales de hermenéutica jurídica.

La Corte reitera que no tiene atribuciones para juzgar la interpretación que la Corte Europea hace de la Convención. Sin embargo, sí debe verificar que su art. 6, conforme a la interpretación que la Corte Europea le ha dado, no esté en conflicto con otras normas de la Constitución. Si ello sucediera, se debe excluir la remisión a la norma internacional, así como su idoneidad para integrar el parámetro del art. 117.1. La evidente imposibilidad de incidir sobre la legitimidad de la primera ley dictada comporta la ilegitimidad de la ley de adaptación.

Por lo tanto, es necesario identificar la naturaleza, el alcance y los objetivos perseguidos por la norma impugnada, teniendo en cuenta que la reglamentación de la transferencia del personal ATA conforme a lo dispuesto por la Ley N° 124/1999 y la norma reglamentaria ya ha sido objeto de examen por parte de esta Corte.

El art. 8.2 de la ley 124/1999 intenta armonizar el traslado del personal en cuestión de un sistema a otro, salvaguardando los niveles retributivos adquiridos y atribuyendo a los interesados, en el nuevo marco legal, los derechos reconocidos al personal estatal ATA. Todo ello, a fin de que el sistema retributivo de todos los dependientes ATA sea homogéneo, más allá de sus respectivas procedencias y salvaguardando el derecho de optar por la entidad de pertenencia en caso de falta de correspondencia entre las calificaciones funcionales y los perfiles profesionales.

La Corte ha negado en decisiones previas la posibilidad de postular la ilegitimidad de una reglamentación transitoria que no se limita a mantener el tratamiento anterior, o a aplicar ilimitada y retroactivamente el nuevo tratamiento.

Es preciso verificar de qué modo la Corte Europea ha aplicado el art. 6 de la Convención en relación con las normas nacionales interpretativas de disposiciones impugnadas en procedimientos en los que el Estado es parte. En ese marco, no ha impuesto al legislador una absoluta prohibición de injerencia, sino que en varias ocasiones (confr. *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society c. Reino Unido*, del 23-10-1997; *Forrer-Niederthal c. Alemania*, del 20-2-2003; y *Ogis-institut Stanislas, Ogec St. Pie X et Blanche De Castille et autres c. Francia*, del 27-5-2004) no ha considerado contrarias a dicha norma ciertas intervenciones retroactivas de los legisladores nacionales.

Tomando en consideración estos principios y la reconstrucción del alcance y de los objetivos de la ley impugnada -que esta Corte ya ha realizado en la sentencia 234/2007-, la contradicción denunciada por los Tribunales recurrentes no existe. Por ello, es preciso excluir la existencia de un principio según el cual la necesaria incidencia de las normas retroactivas en los procedimientos en curso automáticamente constituiría una violación a la Convención.

De la confrontación entre los principios expresados por la Corte Europea y las condiciones y finalidades del art. 1.218 de la Ley N° 266/2005 surge que el legislador nacional no ha traspasado los límites fijados por la Convención. La norma en examen no sólo no determina una *reformatio in malam partem* de un derecho adquirido -habida cuenta de que los niveles retributivos ya alcanzados son objetivamente salvaguardados-, sino que es coherente con la exigencia de armonizar situaciones laborales diferentes entre sí en origen, de conformidad con el principio de igualdad de tratamiento de situaciones análogas en la reglamentación de las relaciones de trabajo a nivel estatal.

En consecuencia, en el caso en cuestión existen varias razones imperativas de interés general que permiten, respetando el art. 6 de la Convención y dentro de los límites evidenciados por la Corte Europea, intervenciones interpretativas y retroactivas.

Nota del Instituto: la Corte Constitucional italiana resolvió un tema similar al aquí tratado en su sentencia N° 317/ 2009, del 30-11-2009, en: <<http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>>; el art. 117.1 de la Constitución italiana reza: “La potestad legislativa la ejercen el Estado y las Regiones respetando la Constitución y los vínculos que derivan del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales. El Estado posee legislación exclusiva en las siguientes materias: a) política exterior y relaciones internacionales del Estado; relaciones del Estado con la Unión Europea; derecho de asilo y condición jurídica de los ciudadanos de Estados no pertenecientes a la Unión Europea”; ver las sentencias mencionadas de la Corte Constitucional: N° 348/2007, en <<http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>>, y N° 349/ 2007, en <<http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>>; por último, la sentencia de la Corte Europea en el caso *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society c. Reino Unido* puede verse en: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=National%20%20Provincial%20%20Building%20%20Society%2C%20%20Leeds%20%20Permanent%20%20Society%20%20Yorkshire%20%20v.%20%20United%20%20Kingdom&sessionId=48960313&skin=hudoc-en>>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA, sentencia del 16-11-2009, N° 311/2009, en <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/scheda_ultimo_deposito.asp?comando=let&sez=ultimodep&nodedec=311&annodec=2009&trmd=&trmm>.



>> **LIBERTAD DE CULTO. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.** EXIGENCIA DE INSERTAR LA PERTENENCIA RELIGIOSA EN UN DOCUMENTO DE IDENTIDAD (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-TURQUÍA).

1. Antecedentes del caso: el recurrente, Sinan Işık, ciudadano turco residente en Esmirna, pertenece a la comunidad religiosa Alevi, que está profundamente enraizada en la sociedad y en la historia turcas, y es considerada por algunos estudiosos como una religión aparte y por otros como una rama del Islam. En 2004, Işık presentó una demanda solicitando que en su documento de identidad se consignara la religión “Alevi” en lugar de “Islam”. El tribunal de Esmirna desestimó la demanda de Işık con base en un dictamen solicitado al asesor jurídico de la Dirección de Asuntos Religiosos. De conformidad con éste, el tribunal sostuvo que el término “Alevi” se refiere a un subgrupo del Islam, por lo que la indicación de “Islam” en el documento de identidad era correcta. El recurrente apeló entonces ante la Corte de Casación, alegando que se veía obligado a revelar su credo y a consignarlo en su documento de identidad. Asimismo, sostuvo que tal obligación contradecía tanto la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención) (libertad de religión y de conciencia) como la Constitución turca (“nadie será obligado... a revelar sus creencias y convicciones”). La Corte de Casación confirmó la sentencia de primera instancia por los mismos fundamentos. Işık presentó entonces un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos, invocando la violación a los arts. 9 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), 6 (derecho a un proceso equitativo) y 14 (prohibición de discriminación), y alegando que se veía obligado a revelar sus creencias en un documento de uso frecuente en la vida cotidiana, como lo es el de identidad. También denunció que su solicitud de que se reemplazara la palabra “Islam” por “Alevi” en su documento de identidad había sido rechazada. Sostuvo que la mención existente (Islam) no correspondía a la realidad y que los procedimientos que llevaron al rechazo de su solicitud eran inaceptables, porque comportaban una apreciación de su religión por parte del Estado.

2. Sentencia: se decide por 6 votos contra 1 que existe una violación del art. 9 y que no se considera necesario examinar en forma separada si ha habido violación de los arts. 6 y 14 de la Convención.

La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias tiene un aspecto negativo, es decir, el derecho a no estar obligado a revelar la propia religión o a actuar de modo que se pueda sacar la conclusión de que esas creencias se profesan o no.

No resulta convincente el argumento del gobierno según el cual la mención de la religión en los documentos de identidad no constituye una medida que obliga a los ciudadanos turcos a revelar sus convicciones religiosas y sus creencias.

La circunstancia de que el Estado haya hecho una apreciación de las creencias del recurrente cuando éste procuró, en el año 2004, obtener la rectificación de su documento de identidad resulta una violación del deber de neutralidad e imparcialidad del Estado.

El gobierno sostiene que, a partir de la entrada en vigencia de la ley de 2006 -que elimina la obligación de hacer conocer la religión para obtener la documentación identificatoria-, el recurrente no puede alegar ser víctima de una violación del art. 9, ya que desde ese momento, todos los ciudadanos turcos tienen derecho a pedir que la información relativa a la religión inserta en sus documentos de identidad sea reemplazada, o que el apartado se deje en blanco.

Sin embargo, la vigencia de esta ley no afecta la evaluación del presente caso. El hecho de tener que solicitar por escrito a las autoridades que supriman la mención de la religión en los registros civiles y en los documentos de identidad o afines, así como también el hecho de tener un documento de identidad en el que el apartado correspondiente a “religión” sea dejado en blanco, obliga a los individuos a revelar, contra su voluntad, información concerniente a un aspecto de su religión o de sus convicciones más íntimas. Indudablemente, todo esto se encuentra en contradicción con el principio de libertad de no manifestar la propia religión o creencia.

En consecuencia, la violación del art. 9 no surge de la negativa a consignar la religión del recurrente en su documento de identidad, sino del hecho de que, efectivamente, en el documento se menciona una religión, independientemente de que sea obligatorio u opcional.

Dado que el recurrente no presentó ninguna demanda relativa al art. 41 (arreglo equitativo) de la Convención, la Corte no se pronuncia al respecto. En cuanto al art. 46 (fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias), la supresión del apartado correspondiente a “religión” en los documentos de identidad puede constituir una adecuada forma de reparación para poner fin a la violación del art. 9.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia del 2-2-2010, *Sinan Işık c. Turquía*, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=861895&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.



>> **LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTAD DE PRENSA.** ALCANCES. COMUNICACIÓN RESPONSABLE DE CUESTIONES DE INTERÉS PÚBLICO. COMENTARIO O CRÍTICA RAZONABLE. **CALUMNIAS E INJURIAS.** EXCEPCIONES. **JUICIO POR JURADOS.** INSTRUCCIONES (CANADÁ).

1. Antecedentes del caso: G. y su empresa demandaron a un periódico y a un periodista por difamación a raíz de la publicación de un artículo sobre un proyecto de instalación de un campo de golf privado en una propiedad de G. situada frente a un lago. En la nota se hacían públicas las opiniones de los residentes locales, quienes se mostraban críticos del impacto ambiental que produciría la iniciativa y sospechosos de que G. estuviese ejerciendo cierta presión política entre bastidores para asegurarse la aprobación del emprendimiento por parte del gobierno. El artículo citaba las palabras de un vecino, según el cual -debido a las influencias de G.- “todo

el mundo piensa que el negocio ya es un hecho”. El periodista, un profesional experimentado, intentó verificar las argumentaciones contenidas en el artículo e inclusive invitó a G. a hacer sus comentarios, pero éste no aceptó. Sin descartar la posibilidad de que existiera una excepción más amplia basada en la noción de un periodismo responsable del interés público, el juez de primera instancia entendió que dicha excepción no se aplicaría en estas circunstancias. Se sometería el caso al jurado, al que le dio instrucciones de que esencialmente considerara las excepciones de la verdad y del comentario razonable (*fair comment*). El jurado rechazó las excepciones opuestas y condenó a los demandantes al pago de daños y perjuicios generales, agravados y punitivos. El Tribunal de Apelaciones llegó a la conclusión de que el juez de primera instancia había incurrido en una equivocación al no haber sometido a la consideración del jurado la nueva excepción del periodismo responsable y que, por ende, esas instrucciones contenían errores. En consecuencia, ordenó la celebración de un nuevo juicio. G. y su empresa apelaron ante la Suprema Corte solicitando que se restableciera el pronunciamiento del jurado. Los demandados también apelaron, pidiendo que se aplicara la nueva excepción y que se rechazara la acción o, alternativamente, que se rechazara la acción con base en el comentario razonable.

2. Sentencia: se rechazan las dos apelaciones.

2.1. Voto de la mayoría

La ley de difamación debería modificarse de forma de brindar una mayor protección a las comunicaciones relativas a los asuntos de interés público. En relación con aquellas declaraciones que son confiables e importantes para los debates públicos, la ley actual no brinda suficiente gravitación al valor constitucional de la libertad de expresión. Los dos primeros fundamentos de la libertad de expresión garantizada en el art. 2(b) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), a saber, el correcto funcionamiento de la gobernabilidad democrática y la obtención de la verdad, se aplican perfectamente a las comunicaciones sobre asuntos de interés público, inclusive a las que contienen falsas imputaciones. El debate libre sobre asuntos de interés público debe ser alentado, y el papel vital que desempeñan los medios de comunicación como vehículos de ese debate está explícitamente reconocido en el texto del art. 2(b). Si bien la ley debe proteger la reputación, el actual nivel de protección -que en rigor es un régimen de responsabilidad objetiva- no es justificable. La ley de difamación no brinda protección alguna frente a las declaraciones relativas a asuntos de interés público publicadas para el mundo en general si no es posible probar su veracidad. Insistir en las certezas judicialmente acreditadas al informar sobre asuntos de interés público puede tener no sólo el efecto de impedir la comunicación de hechos que una persona razonable consideraría confiables y que son relevantes e importantes para el debate público, sino también el de inhibir el discurso político y el debate de las cuestiones de importancia pública, y de obstaculizar el impulso del debate necesario para llegar a la verdad. Si bien el derecho a la libertad de expresión no autoriza a arruinar la reputación de un tercero, cuando se le reconoce la gravitación adecuada al valor constitucional que la libertad de expresión tiene en asuntos de interés público, la balanza se inclina a favor

de la ampliación de las excepciones de que disponen quienes comunican hechos que son de interés público. La consideración de la jurisprudencia de otras democracias del *common law* también resulta favorable al reemplazo de la actual ley canadiense por una norma que otorgue mayor alcance a la libertad de expresión y ofrezca una protección adecuada a la reputación. Una excepción que permita a los editores eludir su responsabilidad si pueden demostrar que actuaron responsablemente para intentar verificar la información relativa a un asunto de interés público constituye una respuesta razonable y proporcionada a la necesidad de proteger la reputación, a la vez que mantiene el intercambio público de la información, que resulta vital para la sociedad canadiense moderna. Por consiguiente, la ley de difamación debería ser modificada en la forma referida.

La propuesta de modificación de la ley debería ser considerada como una nueva excepción, dejando intacta la tradicional excepción de la inmunidad limitada. Para ser protegida por la excepción de la comunicación responsable, en primer lugar, la publicación debe versar sobre un asunto de interés público y, en segundo lugar, el demandado debe demostrar que esa publicación era responsable porque fue diligente en el intento de verificar las argumentaciones teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes.

Para determinar si una publicación versa sobre un asunto de interés público, el juez debe examinar el tema difundido en su conjunto, ya que la declaración difamatoria no debe ser evaluada en forma aislada. Para ser considerado de interés público, el asunto debe llamar la atención del público, o debe preocupar considerablemente al público o a una parte del mismo porque afecta el bienestar de los ciudadanos, o se le debe haber atribuido una notoriedad pública o un carácter polémico considerables. El interés público no atañe únicamente a las publicaciones sobre el gobierno y los temas políticos; por otro lado, tampoco es necesario que el demandante sea una “personalidad pública”.

El juez es quien determina si la declaración impugnada se relaciona con un asunto de interés público. Si se acredita la existencia del interés público, el jurado decide si la prueba ha acreditado los presupuestos de la excepción de la comunicación responsable. Los siguientes factores pueden colaborar para determinar si una declaración difamatoria relativa a un asunto de interés público fue o no hecha en forma responsable: a) la seriedad de la argumentación; b) la importancia pública del asunto; c) la urgencia del asunto; d) el estatus y la confiabilidad de la fuente; e) si la versión del demandante se buscó y si se informó con precisión; f) si la inclusión de la declaración difamatoria se justificaba; g) si el interés público en la declaración difamatoria radica en el hecho de que fue hecha y no en su verdad (“reportaje”), y h) cualquier otra circunstancia relevante.

Si bien la “regla de repetición” afirma que la repetición de una difamación produce los mismos efectos jurídicos que su creación, conforme a la “excepción de reportaje”, esta regla no se aplica a las declaraciones reproducidas con honestidad y cuyo interés público radica más en el hecho de que fueron realizadas que en el de su veracidad o de su falsedad. Si una controversia es, *per se*, una cuestión de interés público y las argumentaciones han sido comunicadas con honestidad, el informe

será considerado responsable -inclusive si algunas de las declaraciones pueden ser difamatorias y falsas- si: 1) el informe atribuye las declaraciones a una persona determinada, preferentemente identificada, evitando así la irresponsabilidad total; 2) el informe expresa o implícitamente indica que su verdad no ha sido comprobada; 3) el informe presenta imparcialmente ambos lados de la controversia y 4) el informe presenta el contexto en el que las declaraciones fueron hechas.

En este caso, la prueba acreditó una base para reconocer tres excepciones: la justificación, el comentario razonable y la comunicación responsable sobre un asunto de interés público. Las tres deberían haber sido sometidas a la consideración del jurado, el cual tenía la opción de estimar que la declaración atribuida a un vecino de que “todo el mundo piensa que el negocio ya es un hecho” era un comentario o una declaración de opinión. Esto hubiera planteado la excepción del comentario razonable. Si bien se sometió al jurado a la consideración de la excepción, el juez de primera instancia no le dio instrucciones en el sentido de que el periodista es un transmisor del comentario y no quien lo formuló, y de que, en consecuencia, la circunstancia de que él no creyera honestamente en su veracidad no podía usarse como fundamento para determinar que había tenido malicia, a menos que en el contexto del artículo, él haya adoptado como propio el comentario. Además, el elemento “con actitud imparcial” del tradicional test no debería formar parte de la acusación por haber hecho un comentario razonable. Estos problemas de las instrucciones del juez de primera instancia pudieron haber llevado al jurado a la errónea conclusión de que la excepción de comentario razonable había sido vencida por la existencia de malicia. El jurado también hubiera podido considerar el crítico comentario de que “el negocio ya es un hecho” como una declaración de hecho. Leída literalmente, esta declaración puede entenderse como una afirmación de que, en realidad, el emprendimiento ya había sido aprobado por el gobierno formalmente a puertas cerradas o por acuerdo tácito. Esto plantea la excepción de la comunicación responsable sobre temas de interés público. El juez de primera instancia no planteó al jurado esta excepción ni ninguna similar. En conjunto, los errores son equiparables a un acto erróneo substancial o a un juzgamiento erróneo y requieren un nuevo juicio conforme a lo dispuesto por el art. 134(6) de la *Ontario Courts of Justice Act*.

2.2. Voto del juez Abella

Se comparten las razones esgrimidas por la mayoría para añadir la excepción de la “comunicación responsable” a la ley canadiense de difamación, y su determinación de que la disponibilidad de esta excepción implica un análisis en dos pasos. Sin embargo, el jurado no debería decidir el segundo. La decisión de si se ha satisfecho el estándar aplicable de responsabilidad es, al igual que el análisis del interés público en el primer paso, un asunto que debe determinar el juez. El análisis de la comunicación responsable requiere que el interés del demandado en la libre divulgación de la información y el interés del público en su libre flujo sean ponderados con el interés del demandante en proteger su reputación. Esta operación implica hacer un balance de la libertad de expresión, la libertad de prensa, la protección de la reputación, el derecho a la intimidad y el interés público. Ponderar estos intereses, a menudo contradictorios, constituye una determinación jurídica y, por ende, pone a

la excepción fuera del ámbito de las atribuciones del jurado (excepto en lo que hace a los hechos controvertidos) y precisamente en el territorio judicial.

Nota del Instituto: daños generales son los normales, ajenos a las condiciones específicas de quien los sufre.

SUPREMA CORTE DE CANADÁ, sentencia del 22-12-2009, *Grant v. Torstar Corp.*, en <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2009/2009scc61/2009scc61.html>>.



>> **LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LIBERTAD DE PRENSA.** ALCANCES. REGLAMENTACIÓN. DOCTRINA DEL “*OVERBREADTH*”. **LEY.** INTERPRETACIÓN (EE.UU.).

1. Antecedentes del caso: el Congreso aprobó el art. 48 del Título 18 del Código de los Estados Unidos para incriminar la creación comercial, venta o posesión de ciertas descripciones de crueldad hacia los animales. La ley trata sólo las representaciones de actos dañinos, y no a los actos mismos. Se aplica a cualquier descripción visual o auditiva “en la cual un animal vivo intencionalmente sea mutilado, torturado, herido o matado”, cuando esa conducta viole la ley federal o el derecho del Estado en que “la creación, venta o posesión tenga lugar” [art. 48(c) (1)]. Otra cláusula exime a las descripciones que tengan un “serio valor religioso, político, científico, educativo, periodístico, histórico o artístico” [art. 48(b)]. Los antecedentes legislativos del art. 48 se centran fundamentalmente en los videos “*crush*”, que muestran la tortura y matanza de animales indefensos y que se dice atraen a personas que los tienen como un fetiche sexual especial. El apelado Stevens fue acusado por haber vendido videos que describen riñas de perros. Stevens pidió la desestimación de la acción con base en que el texto del art. 48 era inválido en términos de la I Enmienda. El tribunal de distrito rechazó su pretensión y condenó a Stevens. El Tribunal Federal de Apelaciones anuló la condena y declaró que el texto de la norma era inconstitucional, dado que contenía una reglamentación de expresiones protegidas basada en el contenido de las mismas. En este estado, el gobierno interpuso un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos.

2. Sentencia: el art. 48 es, en esencia, excesivamente amplio (y viola, por ello, derechos fundamentales) y, por ende, es inválido en términos de la I Enmienda.

(a) Las descripciones de crueldad hacia los animales no están, como clase, fuera del ámbito de protección de la I Enmienda. Dado que el art. 48 expresamente reglamenta la expresión con base en su contenido, se “presume su invalidez”... y el gobierno tiene la carga de vencer esa presunción” (*United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 US 803, p. 817 -2000-). La I Enmienda, desde su adopción, ha permitido que se impongan restricciones a unas pocas categorías históricas de expresiones -la obscenidad, la difamación, el engaño, la incitación y las expresiones que resultan esenciales para realizar el acto criminal-, sin que “nunca se

creyera que plantean algún problema constitucional” (*Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 US 568, p. 572 -1942-). Las descripciones de crueldad hacia los animales no deberían agregarse a esa lista. Si bien la prohibición del maltrato a los animales tiene una larga historia en el derecho norteamericano, no hay pruebas de que las descripciones de esos actos de crueldad tengan una tradición similar. El gobierno propone hacer un balance general del valor de la expresión y de su costo social, a fin de determinar si la I Enmienda resulta de alguna forma aplicable. Pero la garantía que la I Enmienda brinda a la libertad de expresión no sólo abarca a las categorías de expresión que sobreviven a un balance *ad hoc* de los costos y beneficios sociales relativos. La propia Enmienda refleja el juicio de valor del pueblo norteamericano de que los beneficios de las restricciones que ella impone al gobierno superan los costos (*New York v. Ferber*, 458 US 747 -1942-).

(b) Con base en la doctrina existente, se hace lugar a la impugnación constitucional contra el texto del art. 48 de la ley.

(1) En el contexto de la I Enmienda, una ley puede ser declarada inválida por ser excesivamente amplia (*overbroad*) cuando “un ‘número importante’ de sus aplicaciones resulta inconstitucional, ‘juzgado en relación con el alcance claramente legítimo de la ley’” (*Washington State Grange v. Washington State Republican Party*, 552 US 442, p. 449, n. 6. -2008-). Stevens afirma que las descripciones comunes de actividades ordinarias y lícitas constituyen la amplia mayoría del material sujeto a la aplicación del art. 48. El gobierno no defiende la validez de esas aplicaciones, pero alega que la ley está estrechamente limitada a categorías específicas de material de naturaleza excepcional. Por ende, la constitucionalidad del art. 48 depende de la amplitud con que se lo interprete.

(2) El art. 48 establece una prohibición de naturaleza penal que tiene una amplitud alarmante. La definición legal de lo que constituye una “descripción de crueldad hacia los animales” ni siquiera requiere que la conducta descrita resulte cruel. Si bien las palabras “mutilado [y] torturado” denotan crueldad, “herido” y “matado” no lo hacen. Esas palabras carecen prácticamente de ambigüedad y deben interpretarse conforme a su significado ordinario. El art. 48 sí exige que la conducta descrita sea “ilegal”, pero muchas de las leyes federales y estatales vinculadas al tratamiento adecuado que deben recibir los animales no están destinadas a proteger a éstos de actos de crueldad. Por ejemplo, la protección que se brinda a las especies en vías de extinción limita incluso la herida o matanza humanitaria de animales. La ley no hace ninguna distinción basada en la razón que justifica la incriminación de la conducta.

Además, el art. 48 se aplica a cualquier descripción de una conducta que sea ilegal en el Estado en el cual dicha descripción se cree, venda o posea, “sin tomar en cuenta si la... herida... o matanza tuvo lugar” allí [art. 48(c)(1)]. Descripciones de conductas totalmente lícitas pueden violentar la prohibición cuando terminan llegando a Estados en donde dicha conducta es ilegal. Eso amplía mucho el alcance del art. 48, porque las concepciones de lo que constituye crueldad hacia los animales y las reglamentaciones que están vinculadas a la crueldad varían mucho de un lugar a otro. La caza es ilícita en el Distrito de Columbia, por ejemplo, pero hay un enorme

mercado nacional para las descripciones vinculadas a la caza que excede mucho a la demanda de videos “*crush*” o a la de descripciones de luchas de animales. Dado que esta ley permite que cada jurisdicción exporte sus leyes al resto del país, el art. 48(a) se aplica a toda revista o video que describa escenas de caza lícitas vendidas en la capital de la Nación. Quienes quieren cumplir con la ley se enfrentan a un desconcertante laberinto de reglamentaciones de al menos 56 jurisdicciones separadas.

(3) La limitación del alcance del art. 48 a los videos “*crush*” y a las descripciones de luchas de animales o a otros actos de extrema crueldad -como sugiere el gobierno- requiere hacer una interpretación irrealísticamente amplia de la cláusula de la ley que contiene las excepciones. La ley sólo exime al material que tiene un valor “serio”, y “serio” debe interpretarse seriamente. Las expresiones exentas además deben estar incluidas dentro de una de las categorías enumeradas en el art. 48(b). Gran parte de las expresiones no lo está. La cláusula de las excepciones simplemente no tiene ninguna interpretación adecuada que dé lugar a que la ley sólo prohíba las descripciones que al gobierno le gustaría prohibir.

Si bien el texto del art 48(b) está tomado de la decisión que esta Corte adoptó en el caso *Miller v. California* (413 US 15 -1973-), la cláusula de las excepciones no brinda una respuesta a todas las objeciones fundadas en la I Enmienda. Conforme a *Miller*, un valor “serio” protege a las descripciones de sexo frente a la aplicación de las leyes de obscenidad. Pero, en primer lugar, *Miller* no determina que el valor serio pueda usarse como una precondition general para proteger otros tipos de expresiones. Incluso “las tonterías totalmente neutrales... gozan de la protección de la libertad de expresión” (*Cohen v. California*, 403 US 15, p. 25 -1971-). La I Enmienda garantiza muchas formas de expresión que no caen dentro del ámbito de la excepción que el art. 48 prevé para las que tienen un valor serio pero que, no obstante, quedan alcanzadas por el amplio ámbito de aplicación del art. 48(c).

(4) No obstante la promesa del gobierno de que va a aplicar el art 48 sólo a las descripciones de “extrema” crueldad hacia los animales, la Corte no va a mantener la validez de una ley inconstitucional meramente porque el gobierno prometa usarla en forma responsable. La Corte tampoco puede interpretar el texto de esta ley de forma de evitar la duda constitucional. Una interpretación restrictiva sólo puede imponerse cuando la ley “es ‘fácilmente susceptible’ de esa interpretación” (*Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 US 844, p. 884 -1997-). Para interpretar el art. 48 como desea el gobierno, se requiere reescribirlo y no simplemente reinterpretarlo.

(5) Esta interpretación del art. 48 decide la cuestión constitucional. El gobierno no ha intentado defender la validez del art. 48 fuera de los supuestos en que se aplica a los videos “*crush*” y a las descripciones de luchas de animales. Alega que dichas descripciones están intrínsecamente vinculadas a conductas criminales o que son análogas a la obscenidad (por no decir obscenas *per se*), y que la prohibición satisface el control de constitucionalidad aplicado con el grado pertinente de rigurosidad. Pero en ningún momento el gobierno extiende estos argumentos a otras descripciones, tales como a las revistas y videos de caza, que están presuntamente protegidas por la I Enmienda, pero sujetas a la aplicación del art. 48. El gobierno tampoco cuestiona que estas aplicaciones presuntamente inadmisibles del art. 48

son mucho más numerosas que las que resultan admisibles. Por lo tanto, la Corte no decide si una ley limitada a los videos “*crush*” o a otras descripciones de extrema crueldad hacia los animales resultaría constitucional. El art. 48 no está limitado de esa forma, sino que es sustancialmente amplio y, por lo tanto, inválido en términos de la I Enmienda a la Constitución.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 20-4-2010, *United States v. Stevens*, en <<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-769.pdf>>.



>> **LIBERTAD DE PRENSA. CENSURA. INTERÉS PÚBLICO DE INFORMACIÓN. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN. DERECHO A LA INTIMIDAD (ALEMANIA).**

1. Antecedentes del caso: el demandante es un ex jugador de fútbol profesional; fue condenado en 2008 por violación en sentencia que se encuentra firme. Sobre el caso y el hecho delictivo se realizó un informe por parte de una administradora de teleservicios mediáticos, a raíz de la confesión del condenado, en su portal de Internet. Éste pidió una medida cautelar a fin de prohibir a la empresa informar sobre el proceso y su resultado de un modo individualizante, con imágenes e inclusión de detalles personales sobre su sexualidad. El tribunal hizo lugar al pedido y prohibió además a la emisora informar sobre la condena sin dar cuenta de que aún no se encontraba -en ese entonces- firme. Apelada la decisión por la afectada, el tribunal de alzada hizo lugar parcialmente a la demanda levantando la prohibición en lo que se refería al informe verbal sobre el hecho y el proceso, y sobre su vida sexual, pero rechazó el resto. El pronunciamiento fue objeto de recurso constitucional por parte del futbolista ante esta instancia.

2. Sentencia:

La demanda constitucional no se encuentra debidamente fundada. Si bien el informe alcanza el derecho a la propia personalidad del afectado, y la libertad de reservar para sí las formas de expresión sexuales y de vivirlas en un espacio externo al acceso del Estado pertenece al ámbito nuclear de este derecho fundamental, ello no rige sin restricciones para el ámbito de la sexualidad. Los delitos sexuales son intrusiones violentas en la autodeterminación sexual y la incolumidad corporal de la víctima. Y de ahí es que resulta remota la posibilidad de que las circunstancias de la comisión del delito sexual puedan pertenecer a la esfera íntima -absolutamente protegida- del delincuente. De ahí que un delincuente sexual condenado deba tolerar, en algunas circunstancias, que, difundido un informe abarcador sobre el hecho delictivo, su derecho general a la propia personalidad deba ceder ante el interés público en aquél; y ello tanto más cuanto se trata de una figura de prominencia mediática. En efecto, éste no sólo debe aceptar las sanciones penales impuestas, sino también soportar que el interés público por la información generada por él

mismo deba ser satisfecho. No obstante, este interés no siempre tiene preeminencia. Especialmente en casos de delincuencia de baja trascendencia, delitos de jóvenes y en delincuentes cuya sentencia no se encuentra firme, esto es, en los que aún rige el principio de presunción de inocencia, el peso del derecho a la propia personalidad puede ser mayor. Pero un informe con imágenes sobre el acusado de un delito puede encontrar justificación cuando el afectado no puede apelar a su derecho a la propia personalidad, esto es, cuando él mismo de manera auto-responsable se ha colocado frente a los reproches contra él levantados por el público mediático también mediante un informe individualizador. Más allá de las dudas constitucionales que podría acarrear una repetición excesiva de este tipo de informes, el delincuente no goza de un derecho a no ser más confrontado con su acto en público. Incluso el mismo cumplimiento de la pena no conduce a que el delincuente tenga un derecho ilimitado a “ser dejado solo con su acto delictivo”. Resulta decisivo en qué medida el derecho a la propia personalidad se ve afectado, incluido el interés de resocialización del delincuente, por parte del informe y bajo las circunstancias concretas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 10-6-2009, 1 BvR 1107/09, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20090610_1bvr110709.html>.



>> **NEGACIONISMO. LIBERTAD DE EXPRESIÓN.** CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, ARTS. 10, 17 Y 53 (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: se plantea la inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 607 del Código Penal (CP), que reza: “la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de uno a dos años”. Los delitos a los que se refiere el citado precepto son los de genocidio.

2. Sentencia:

2.1. Desde la primera ocasión en que el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, se viene afirmando que “el art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos...” allí consagrados. En sentido similar, la Corte Europea de Derechos Humanos, desde la sentencia *Handyside c. Reino Unido*, del 7 de diciembre de 1976, reitera que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada individuo (*Castells c. España*, del 23 de abril de 1992, y *Fuentes Bobo c. España*, del 29 de febrero de 2000) [una síntesis de este último fallo puede verse en *investigaciones 3* (2000), p. 723].

Los derechos garantizados por el art. 20.1 CE, por tanto, no son sólo expresión de una libertad individual básica, sino que se configuran también como elementos conformadores del sistema político democrático español. Así, “además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia, ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas”.

Consecuencia directa del contenido institucional de la libre difusión de ideas y opiniones es que, según ha sido reiterado por el Tribunal, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe ‘sociedad democrática’” (por todas, STC 174/2006). Por ello mismo fue afirmado rotundamente que “es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que atacan al propio sistema democrático. La Constitución -se ha dicho- protege también a quienes la niegan” (STC 176/1995). Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para la información o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquéllas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población (*De Haes y Gijssels c. Bélgica*, del 24 de febrero de 1997) [ver un resumen del fallo en *investigaciones 2* (1997), p. 199].

Por circunstancias históricas ligadas a su origen, el ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse en razón de que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Como se sabe, en el sistema español -a diferencia de otros- no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, esto es, un modelo en el que se imponga no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Esta concepción, sin duda, se manifiesta con especial intensidad en el régimen constitucional de las libertades ideológica, de participación, de expresión y de información, pues implica la necesidad de diferenciar claramente entre las actividades contrarias a la Constitución, huérfanas de su protección, y la mera difusión de ideas e ideologías. El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendiente a controlar, seleccionar o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas.

De ese modo, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución, a no ser que con ellas se lesionen efectivamente derechos o bienes de relevancia constitucional. Para

la moral cívica de una sociedad abierta y democrática, sin duda, no toda idea que se exprese será, sin más, digna de respeto. Aun cuando la tolerancia constituye uno de los “principios democráticos de convivencia” a los que alude el art. 27.2 CE, dicho valor no puede identificarse sin más con la indulgencia ante discursos que repelen a toda conciencia conocedora de las atrocidades perpetradas por los totalitarismos de nuestro tiempo. El problema que debe tomarse en consideración es el de si la negación de hechos que pudieran constituir actos de barbarie o su justificación tienen su campo de expresión en el libre debate social garantizado por el art. 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar a bienes constitucionalmente protegidos.

En ocasiones anteriores, se ha concluido que “las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean -y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia-, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 C.E.), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 C.E.), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, sólo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos” (STC 214/1991). Esta misma perspectiva ha llevado a la Corte Europea de Derechos Humanos, en diversas ocasiones en las que se ponía en duda la colaboración con las atrocidades nazis durante la Segunda Guerra Mundial, a señalar que “la búsqueda de la verdad histórica forma parte integrante de la libertad de expresión” y estimar que no le corresponde arbitrar la cuestión histórica de fondo (sentencias *Chauvy y otros c. Francia y Monnat c. Suiza*).

2.2. Todo lo dicho no implica que la libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, sea un derecho absoluto. De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer y, por tanto, innecesarias a este propósito. En concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, es doctrina del Tribunal que el art. 20.1 CE no garantiza “el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 C.E.) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.)” (STC 214/1991).

De este modo, el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas. Igualmente, se ha reconocido que atentan también

contra este núcleo irreductible de valores esenciales del sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que, emitidos al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista (SSTC 214/1991 y 13/2001). Estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido la Corte Europea de Derechos Humanos en aplicación del apartado segundo del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). En concreto, viene considerando (por todas, sentencia *Ergogdu e Ince c. Turquía*) que la libertad de expresión no puede ofrecer amparo al llamado “discurso del odio”, esto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, del 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (*Gündüz c. Turquía* y *Erbakan c. Turquía*).

Junto a ello, la regla general de la libertad de expresión garantizada en el art. 10 CEDH puede sufrir excepciones en aplicación del art. 17 del mismo texto legal, que no tiene parangón en el ordenamiento constitucional. En su virtud, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que no puede entenderse amparada por la libertad de expresión la negación del Holocausto en cuanto implicaba un propósito “de difamación racial hacia los judíos y de incitación al odio hacia ellos” (*Garaudy c. Francia*). En concreto, en esa ocasión se trató de diversos artículos orientados a combatir la realidad del Holocausto con la declarada finalidad de atacar al Estado de Israel y al pueblo judío en su conjunto, de modo que el Tribunal tuvo en cuenta decisivamente la intención de acusar a las propias víctimas de falsificación de la historia, atentando contra los derechos de los demás. Posteriormente, ha advertido, *obiter dicta*, de la diferencia entre el debate todavía abierto entre historiadores acerca de aspectos relacionados con los actos genocidas del régimen nazi, amparado por el art. 10 CEDH, y la mera negación de “hechos históricos claramente establecidos” que los Estados pueden sustraer a la protección del mismo en aplicación del art. 17 (*Lehideux e Isorni c. Francia* y *Chauvy y otros c. Francia*).

En este punto, resulta adecuado señalar que, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, para invocar la excepción a la garantía de los derechos prevista en el art. 17 CEDH, no basta con la constatación de un daño, sino que es preciso corroborar además la voluntad expresa de quienes pretenden ampararse en la libertad de expresión de destruir con su ejercicio las libertades y el pluralismo o de atentar contra las libertades reconocidas en la Convención (*Refah Partisi y otros c. Turquía* [ver *investigaciones* 1 (2002), p. 102] y *Fdanoka c. Letonia*). Sólo en tales casos, a juicio de la Corte, los Estados podrían, dentro de su margen de apreciación, permitir en su derecho interno la restricción de la libertad de expresión de quienes niegan hechos históricos claramente establecidos, con el buen entendimiento de que la Convención tan sólo establece un mínimo común europeo que no puede ser interpretado en el sentido de limitar las libertades fundamentales reconocidas por los ordenamientos constitucionales internos (art. 53 CEDH).

De esta manera, el amplio margen que el art. 20.1 CE ofrece a la difusión de ideas, acrecentado en razón del valor del diálogo plural para la formación de una conciencia histórica colectiva, cuando se trata de la alusión a hechos históricos, encuentra su límite en las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes, o en aquéllas que incitan directamente a dichas actitudes, constitucionalmente inaceptables. Como se dijo en la STC 214/1991, “el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean”. Fundamentado en la dignidad (art. 10.1 y 2 CE), es, pues, el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social el que, en estos casos, priva de protección constitucional a la expresión y difusión de un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo que, de no ser por ello, podría encuadrarse en el ámbito constitucionalmente garantizado por el art. 20.1 CE.

2.3. Aceptando, como no podía ser de otro modo, el carácter especialmente odioso del genocidio, que constituye uno de los peores delitos imaginables contra el ser humano, lo cierto es que las conductas descritas en el precepto cuestionado consisten en la mera transmisión de opiniones, por más deleznable que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución. La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita, en el delito previsto en el art. 510 CP, castigado con penas superiores. Las conductas descritas tampoco implican necesariamente el ensalzamiento de los genocidas ni la intención de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Lejos de ello, la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica (art. 20.1 b CE) y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través, constituye un límite infranqueable para el legislador penal.

En tal sentido, no se está ante un supuesto de limitación de la libertad de expresión por parte del Código Penal, sino que éste interfiere en el ámbito propio de la delimitación misma del derecho constitucional. Más allá del riesgo, indeseable en el Estado democrático, de hacer del derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, del que se ha advertido en otras ocasiones, a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales. La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de

tal modo que, por lo que ahora interesa, el ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana, que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, del sistema político español.

2.4. Conforme a lo que reiteradamente se ha venido manteniendo, en virtud del principio de conservación de la ley, sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos “cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma”. Por ello, será preciso “explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución”, habiendo admitido desde las primeras resoluciones del Tribunal la posibilidad de dictar sentencias interpretativas, a través de las cuales se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera. No se puede, en cambio, tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional. Y ello, porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza “a ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos”. En definitiva, como se señalara en la STC 138/2005, “la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, ni compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde”.

El cometido del Tribunal habrá pues de ceñirse a confrontar el texto cuestionado del art. 607.2 CP con el ámbito protegido del derecho a la libertad de expresión en los términos reseñados en los anteriores fundamentos. Un análisis meramente semántico del contenido del precepto legal permite distinguir en su primer inciso dos distintas conductas tipificadas como delito, según que las ideas o doctrinas difundidas nieguen el genocidio o lo justifiquen. A simple vista, la negación puede ser entendida como mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio. La justificación, por su parte, no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio, sino su relativización o la negación de su antijuridicidad partiendo de cierta identificación con los autores. De acuerdo con los anteriores fundamentos jurídicos, el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio. El legislador ha dedicado específicamente a la apología del genocidio una previsión, el art. 615 CP, a cuyo tenor la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos de genocidio serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la que les correspondiese. El hecho de que la pena prevista en el art. 607.2 CP sea sensiblemente inferior a la de esta modalidad de apología impide apreciar cualquier intención legislativa de introducir una pena cualificada.

2.5. Procede, por tanto, determinar si las conductas castigadas en el precepto sometido al control de constitucionalidad pueden ser consideradas como una modalidad de ese “discurso del odio” al que, como ha quedado expuesto, alude la Corte Europea de Derechos Humanos como forma de expresión de ideas, pensamientos u opiniones que no cabe incluir dentro del amparo otorgado por el derecho a la libertad de expresión.

En lo que se refiere a la conducta consistente en la mera negación de un delito de genocidio, la conclusión ha de ser negativa, ya que dicho discurso viene definido -en la ya citada *Ergogdu e Ince c. Turquía*- como aquél que, por sus propios términos, supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias, lo que, como también ha quedado dicho, no es el supuesto contemplado en ese punto por el art. 607.2 CP. Conviene destacar que la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica, reconocida en la letra *b)* del art. 20.1 CE. Como se declarara en la STC 43/2004, la libertad científica goza en la Constitución de una protección acrecida respecto a las de expresión e información, cuyo sentido finalista radica en que “sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática”.

La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane. Por lo demás, ni tan siquiera tendencialmente -como sugiere el Ministerio Fiscal- puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea *per se* capaz de conseguirlo. En tal caso, sin perjuicio del correspondiente juicio de proporcionalidad determinado por el hecho de que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades, la constitucionalidad del precepto, *a priori*, se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del art. 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado. Forzar desde el Tribunal una interpretación restrictiva en este aspecto del artículo, añadiéndole nuevos elementos, desbordaría los límites de esta jurisdicción al imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal. En consecuencia, la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye,

siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE).

2.6. Diferente es la conclusión a propósito de la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio. Tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal, sin quebranto constitucional, castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es, incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE.

Para ello, será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación. Debe subrayarse que la incitación indirecta a la comisión de algunas de las conductas tipificadas en el art. 607.1 CP como delito de genocidio -que incluyen, entre otras, el asesinato, las agresiones sexuales o los desplazamientos forzosos de población- cometidas con el propósito de exterminar a todo un grupo humano afecta de manera especial a la esencia de la dignidad de la persona, en cuanto fundamento del orden político (art. 10 CE) y sustento de los derechos fundamentales. Tan íntima vinculación con el valor nuclear de cualquier sistema jurídico basado en el respeto a los derechos de la persona permite al legislador perseguir en este delito modalidades de provocación, incluso indirecta, que en otro caso podrían quedar fuera del ámbito del reproche penal.

El entendimiento de la difusión punible de conductas justificadoras del genocidio como una manifestación del discurso del odio está, además, en absoluta consonancia con los textos internacionales más recientes. Así, el art. 1 de la Propuesta de Decisión Marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia, aprobada por el Consejo de la Unión Europea en 2007, limita la obligación de los Estados Miembros de adoptar medidas para garantizar que se castigue la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio a los casos en los que “la conducta se ejecute de tal manera que pueda implicar una incitación a la violencia o al odio” contra el grupo social afectado.

Por lo demás, el comportamiento despectivo o degradante respecto a un grupo de personas no puede encontrar amparo en el ejercicio de las libertades garantizadas en el art. 20.1 CE, que no protegen “las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas”.

De ese modo, resulta constitucionalmente legítimo castigar penalmente conductas que, aun cuando no resulten claramente idóneas para incitar directamente a la comisión de delitos contra el derecho de gentes como el genocidio, sí suponen una incitación indirecta a la misma o, de modo mediato, a la discriminación, al odio o a la violencia, que es precisamente lo que permite en términos constitucionales el establecimiento del tipo de la justificación pública del genocidio (art. 607.2 CP). Tal comprensión de la justificación pública del genocidio, y siempre con la reseñada cautela del respeto al contenido de la libertad ideológica, en cuanto comprensiva de la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas, permite la proporcionada intervención penal del Estado como última solución defensiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas protegidos, cuya directa afectación excluye la conducta justificativa del genocidio del ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), de manera que, interpretada en este sentido, la norma punitiva resulta, en este punto, conforme a la Constitución.

Por tanto, en atención a todo lo expuesto, se declara que es inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “nieguen o” en el primer inciso artículo 607.2 del Código Penal, y se desestima la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

Nota del Instituto: con relación al presente fallo, puede verse: BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA, “La negación del genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, N° 85, pp. 299/352; y RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO, “Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (Revista jurídica interdisciplinar internacional)*, La Coruña, Universidade da Coruña, 2008, N° 12, pp. 773/793. Asimismo, sobre el tema en cuestión, ver BERTRAMS, KENNETH Y DE BROUX, PIERRE-OLIVIER, “Du négationnisme au devoir de mémoire: L’histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d’expression?”, y DUBUISSON, FRANÇOIS, “L’incrimination générique du négationnisme est-elle conciliable avec le droit à la liberté d’expression?”, en *Revue de droit de l’ULB*, Bruselas, Bruylant, 2007, N° 1, pp. 75/134 y 135/195, respectivamente.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, sentencia del 7-11-2007, N° 235/2007, en <<http://sentencias.juridicas.com/docs/00278552.html>>.



>> **PARTIDOS POLÍTICOS.** ILEGALIZACIÓN. NULIDAD DE CANDIDATURA A LAS ELECCIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO. **TERRORISMO.** COOPERACIÓN (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: la presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación del auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo a que se refiere el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), por el que se anula el Acuerdo de la Junta Electoral Central, del 11 de mayo de 2009, que proclamó la candidatura presentada por la coalición electoral “Iniciativa Internacionalista - La solidaridad entre los pueblos” a las elecciones al Parlamento Europeo. La coalición electoral imputa al auto recurrido la inadecuación del procedimiento seguido para la declaración de nulidad de la proclamación de su candidatura, así como lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y con el derecho a la prueba (art. 24.2 CE), por la brevedad del plazo conferido para examinar la demanda, formular alegaciones y proponer pruebas, y por utilizar la Sala, como base probatoria, informes de la Policía Nacional y de la Guardia Civil. Asimismo, bajo la invocación del derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23 CE), la coalición recurrente alega que la decisión, con base en una valoración arbitraria e ilógica de la prueba aportada, la priva de presentar su candidatura a las elecciones al Parlamento Europeo, promovida por dos partidos políticos legales que ni forman parte del llamado “complejo Batasuna” ni mantienen relaciones orgánicas o de dependencia funcional con ETA, que han manifestado además un claro y nítido repudio a la violencia, y cuyos dirigentes y afiliados no han sido condenados por delitos de terrorismo. Finalmente, denuncia la vulneración de la libertad ideológica (art. 16.1 CE) en relación con la prohibición de discriminación del art. 14 CE, ya que se le impide la participación en las elecciones al Parlamento Europeo pese a no estar acreditada la existencia de vínculos entre la coalición recurrente y los partidos políticos judicialmente ilegalizados y disueltos.

2. Sentencia:

2.1. La demandante de amparo sostiene en su recurso que el auto aquí impugnado no resulta conforme a la doctrina constitucional establecida sobre la entidad, naturaleza y cualidad de los indicios que permiten legítimamente colegir, en términos constitucionalmente aceptables, el designio defraudatorio de la disolución judicial de un partido político a través de la instrumentalización de candidaturas electorales ideadas para asegurar la presencia fáctica del partido disuelto en las instituciones públicas. Muy por el contrario, a su juicio, el Tribunal Supremo habría basado la anulación de la candidatura presentada por la recurrente en indicios de los que sólo puede desprenderse la asunción de una ideología política, pero en ningún caso la realidad de una trama defraudatoria al servicio de una organización terrorista o de formaciones políticas vinculadas al terror. Con ello, en definitiva, se habrían visto lesionados el derecho de participación política y la libertad ideológica, cercenándose ilegítimamente el pluralismo político sobre el que se fundamenta el mismo orden constitucional.

La perspectiva de enjuiciamiento a la que ha de ceñirse el Tribunal es la limitada a “examinar si la convicción alcanzada por la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo ha lesionado el derecho del partido recurrente a participar en los asuntos públicos”, en el entendido de que sólo cabe revisar la apreciación de la referida Sala en aquellos supuestos en los que, desde los propios criterios interpretativos asumidos por el Tribunal Supremo, la convicción alcanzada pugne con un derecho constitucionalmente relevante: en el caso, el derecho de sufragio pasivo. En definitiva, estando en juego la efectividad del ejercicio de un derecho fundamental, el Tribunal, ponderando los derechos individuales en presencia y el interés general del ordenamiento en la sujeción de los procedimientos electorales al principio de legalidad, debe verificar aquella revisión con arreglo a un canon decisorio cuyo contenido ha de depender de la apreciación conjunta de una pluralidad de magnitudes y referencias que permitan inferir, de modo razonable y no arbitrario, que las candidaturas excluidas del procedimiento electoral han actuado, de hecho, como continuadoras de la actividad de los partidos ilegalizados.

En todo caso, es conveniente advertir que la apreciación conjunta de la prueba ha de basarse en elementos que por sí mismos puedan merecer el valor de indicios válidos, bien porque directamente lo sean, bien porque en unión con otros elementos de prueba puedan llegar a alcanzar ese valor. De este modo, si a los diversos elementos de partida no se les puede atribuir una valoración como indicios, la suma de elementos carentes de esa virtualidad no podría atribuir al conjunto un valor probatorio.

Por lo demás, el propio juicio sobre el valor indiciario de un determinado elemento debe ser respetuoso con los derechos fundamentales, lo que veda la atribución de valor indiciario de una maniobra fraudulenta a lo que sea simple manifestación del ejercicio de un derecho fundamental. Al propio tiempo, la atribución de valor indiciario a un determinado elemento de prueba no puede asentarse en una inferencia valorativa excesivamente abierta.

En suma, puede afirmarse así, y en concreto en lo que a este proceso interesa, que la efectividad del ejercicio del derecho de sufragio pasivo impone que, a la hora de apreciar la razonabilidad de la inferencia de que se haya producido una instrumentación fraudulenta de la candidatura presentada por la coalición recurrente, tal inferencia debe resultar sólida y no excesivamente abierta, lo que debe tenerse en cuenta para poder afirmar dicha instrumentación fraudulenta.

2.2. De acuerdo con una línea doctrinal que se ha ido consolidando con los distintos pronunciamientos dictados por el Tribunal en relación con la proclamación de candidaturas electorales instrumentalizadas al servicio de la continuidad material de partidos políticos disueltos por su vinculación con una organización terrorista, la continuidad legal y constitucionalmente proscrita entre un partido político judicialmente disuelto y un partido político no ilegalizado que pretenda sucederlo o candidaturas electorales que persigan asegurar su presencia en las instituciones democráticas sólo puede tenerse por debidamente acreditada, de conformidad con la legalidad vigente (art. 12 LOPP -Ley Orgánica de los Partidos Políticos- y art. 44.4 LOREG -Ley Orgánica del Régimen Electoral General-), si concurren

“varias similitudes sustanciales [...]: a) En primer lugar, la similitud sustancial de las ‘estructuras, organización y funcionamiento’; b) Además, la similitud sustancial de las ‘personas que los componen, rigen, representan o administran las candidaturas’; c) En tercer lugar, la similitud de la ‘procedencia de los medios de financiación o materiales’; d) Por último, se tendrán en cuenta ‘cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión” (STC 85/2003).

Tratándose de la acreditación de una trama defraudatoria, es evidente que la convicción judicial de su existencia deberá conformarse a partir de la concurrencia de elementos probatorios del más diverso cariz y que habrá de estarse a cada caso para precisar si es suficiente con la demostración de un elemento de continuidad financiera o si se impone la concurrencia de un elemento de continuidad personal que, además, debe ser significativa en número o en calidad. Lo decisivo, en cualquier caso, es que los criterios acreditativos utilizados apoyen la convicción fundada de que las agrupaciones electorales cuya proclamación se deniega operan materialmente como componentes constitutivos de un partido *de facto* y no como verdaderos instrumentos de participación política que agotan su sentido en la actualización del ejercicio del derecho de sufragio pasivo por parte de los particulares que en ellas se agrupan. Tales consideraciones con igual fundamento conceptual son aplicables al caso de la continuidad material de un partido disuelto intentada mediante la instrumentalización de candidaturas formalizadas por uno o varios partidos políticos legales.

En todo caso, no bastaría con constatar la existencia de una intención defraudatoria; la constancia de la intención de defraudar no es, sin embargo, suficiente para tener por cierta la continuidad entre los partidos disueltos y las agrupaciones electorales o, en este caso, la coalición de partidos recurrentes, siendo preciso, por tanto, que de la prueba obrante en las actuaciones se desprenda también que esa intención ha llegado a materializarse, esto es, ha culminado en la articulación de una candidatura instrumentalizada al servicio de los intereses electorales del partido político ilegalizado.

2.3. A diferencia del supuesto planteado en la citada STC 43/2009, no puede sostenerse ahora que la demanda de amparo se limite a una mera descalificación general y de principio de la valoración judicial de un material probatorio suficiente, o que el recurso no alcance a constituirse en otra cosa que la pura y simple expresión de la discrepancia personal del recurrente con una valoración motivada y razonable, basada en una prueba verificada en un proceso con las debidas garantías.

En el presente caso, la Sala Especial ha fundado la convicción que la ha llevado a la anulación de la candidatura presentada por la coalición recurrente en un material probatorio del que ha deducido la concurrencia de (A) una voluntad defraudatoria imputable a ETA y al partido ilegalizado Batasuna, una serie de elementos (B) objetivos y (C) subjetivos supuestamente para acreditar la materialización de aquella voluntad, y, por último, (D) la ausencia de manifestaciones de rechazo de la violencia terrorista capaces de contrarrestar el juicio que, para la Sala, se desprende razonablemente de aquellos indicios.

Dado el planteamiento del auto impugnado, debe examinarse si los elementos de prueba tomados en consideración en la mencionada resolución pueden tener en términos constitucionales el valor indiciario que se les ha atribuido; es decir, si tienen la entidad necesaria para sustentar una convicción de la que se deriva tan grave perjuicio para el derecho de participación política garantizado por el art. 23 CE y, con él, para el valor del pluralismo político sobre el que se fundamenta el ordenamiento constitucional del Estado democrático. Es doctrina del Tribunal que la disolución de un partido político no comporta la privación del derecho de sufragio, activo o pasivo, de quienes fueron sus promotores, dirigentes o afiliados. Semejante consecuencia sólo puede traer causa de un procedimiento judicial específicamente centrado en la conducta o en las circunstancias de personas físicas, quienes, en los términos previstos por la Ley, únicamente pueden verse privadas del ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE si concurren las causas también taxativamente fijadas por el art. 6 de la Ley Electoral, entre las que no figura la vinculación con un partido disuelto, en aplicación de la Ley Orgánica 6/2002. Y, en todo caso, ninguna disolución de partidos es admisible en el ordenamiento español si no es la de aquéllos que, desnaturalizando su cometido como instrumentos privilegiados de participación política en las instituciones democráticas, se convierten en apéndice de organizaciones terroristas que, haciendo abstracción de la ideología que pretendan defender, articulan dicha defensa por medio de la violencia y al margen, por tanto, de los procedimientos democráticos y los medios pacíficos de participación en la convivencia organizada.

Por ello, y partiendo de que cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales, siendo cierta hasta ese punto la afirmación de que la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo, es preciso extremar el rigor a la hora de tener por probada la realidad del fraude de una sentencia de disolución de partidos políticos para disipar el riesgo de que termine por perjudicarse, precisamente, la pluralidad ideológica que la Constitución misma promueve y ampara como un valor fundamental del ordenamiento. El riesgo, en definitiva, consiste en que confundiendo la ideología profesada por un partido y los medios defendidos o utilizados para promoverla, se termine por perjudicar a quien comparte esa misma ideología, aun cuando no pueda demostrarse que la defiende por medios violentos o que lo haga como puro instrumento de quienes hacen de la violencia terrorista su medio de actuación natural. En tal riesgo se incurre en este caso cuando las conexiones apreciadas se establecen con la sola referencia a la izquierda abertzale. Y es que en el ordenamiento español no cabe excluir ideología alguna, ni por su contenido o sus fundamentos, ni por los medios de los que eventualmente quieran valerse quienes la defienden. Dichos medios, sin embargo, si son violentos, serán inaceptables en cuanto tales, pero sin perjuicio alguno para la ideología a la que pretendan servir.

2.4. El auto impugnado en este procedimiento considera acreditada la voluntad defraudatoria de ETA y del partido político ilegalizado Batasuna a partir de una serie de documentos aportados al proceso. En ellos, consta que el grupo terrorista ETA, en el marco de una llamada “Reflexión del frente institucional electoral” de la que no consta fecha, considera “imprescindible crear otra referencia institucional y política en el abertzalismo y en las bases de la Izquierda Abertzale”, que habría de fijar “una postura ante todas las elecciones”, incluidas las europeas. A ello se suma un documento de la Mesa Nacional de Batasuna titulado “Planificación para el curso político 2007-2008” en el que, para el caso de las próximas elecciones europeas, se afirma que “la Izquierda Abertzale planteará la necesidad de actuar como Pueblo” y “realizará una interpelación política acerca de la necesidad de actuar a favor de Euskal Herría y de sus derechos”, adelantando que “será sólo la Izquierda Abertzale la que defienda los intereses de nuestro Pueblo en las elecciones”. En otro documento similar, pero referido al “curso político 2008-2009”, se insiste en la necesidad de aprovechar las elecciones “para mostrarnos como pueblo”. A lo anterior se suma la referencia a una asamblea de barrio celebrada en Pamplona para tratar los temas: “Situación política; Huelga general de 21 de mayo y Elecciones Europeas”, sin que haya constancia del contenido y desarrollo de esa asamblea. Por último, una serie de documentos intervenidos a Batasuna insisten en la conveniencia de “empezar a trabajar en la perspectiva de cara a las elecciones que se celebrarán el 7 de junio”, que “nos ofrecen la opción de un altavoz para que en Europa se oigan nuestras reivindicaciones” y apuntan la necesidad de “una acumulación de fuerzas para desarrollar las iniciativas de la manera más efectiva posible”.

Sobre la base de lo anterior puede razonablemente deducirse que, en efecto, ETA y el partido político ilegalizado conceden cierta relevancia a las elecciones europeas; incluso, que pretenden servirse de algún modo de esa oportunidad para sus fines. Pero que ello haya de ser mediante la instrumentalización de la coalición demandante de amparo es una conclusión que no puede alcanzarse, sobre esa base, del modo que constitucionalmente es exigible para limitar el derecho de participación política que en el presente recurso de amparo está en juego, no porque en ningún momento se haga referencia, ni siquiera remota, a la coalición recurrente, sino porque, incluso, expresamente parece descartarse la posibilidad de utilizar una formación política que no sea encuadrable en la llamada “Izquierda Abertzale”, que según Batasuna sería en todo caso “la que defienda los intereses de nuestro Pueblo en las elecciones”, siendo así que los partidos coligados recurrentes son ambos castellanos.

Las diferentes alusiones que con carácter general se hacen en el auto recurrido podrían llevar el ámbito de la fiscalización judicial al terreno de la ideología y las convicciones personales, absolutamente vedado en un proceso electoral y en cualesquiera otros del ordenamiento español. Una vez más ha de insistirse a que las ideologías son en el ordenamiento constitucional español absolutamente libres y deben encontrar en el poder público la primera garantía de su indemnidad, a la que no pueden aspirar, sin embargo, quienes se sirven para su promoción y defensa de medios ilícitos o violentos y de la intimidación terrorista para la consecución de sus fines. En definitiva, “son esos medios y no las ideas o los objetivos políticos

pacíficamente perseguidos a los que está destinada la reacción del poder público en defensa del marco de convivencia pacífica diseñado por el constituyente para que en él tengan cabida todas las ideas” (STC 99/2004).

2.5. Aun admitiendo, en hipótesis, que el diseño defraudador de ETA y de Batasuna los hubiera llevado a pretender la orquestación de una candidatura electoral a su servicio, lo cierto es que ninguno de los elementos objetivos y subjetivos utilizados por la Sala sirven de apoyo, en los términos constitucionalmente exigibles, a la idea de que esa pretensión se haya materializado, precisamente, con la candidatura presentada por la coalición recurrente.

A diferencia de lo sucedido en supuestos similares anteriores (SSTC 85/2003, 99/2004, 68/2005, 110/2007, 112/2007, 43/2009 y 44/2009), en este caso no existen elementos que acrediten la existencia de vínculos de orden financiero o de apoyo material entre ETA y el partido ilegalizado Batasuna y la coalición aquí recurrente, lo que fue relevante en aquellos casos. Por otra parte, los elementos probatorios relativos al acto de presentación de la coalición y a las noticias sobre la presentación de su candidatura a que el auto confiere el valor de indicios sólo demuestran que la misma está impulsada por “agrupaciones de izquierdas independentistas y soberanistas” y que “pretende agrupar en un proyecto común a grupos políticos de izquierda tanto ‘soberanista/independentista’ como de ámbito ‘nacional e internacionalista’”, siendo “los ejes básicos de la candidatura” el compromiso con el derecho de autodeterminación. Por su lado, las noticias difundidas con ocasión de la presentación de la candidatura abundan en lo anterior, consignándose en el auto impugnado que dos militantes de dos partidos ajenos a la coalición señalaban al cabeza de lista como digno sucesor de dos parlamentarios europeos de Batasuna.

Es evidente que lo anterior, unido al dato de la apreciada “escasa significación de la actividad política de los partidos coaligados”, que acaso pudiera fomentar la sospecha de su idoneidad como instrumento propicio para los intereses defraudatorios considerados por la Sala, no demuestra otra cosa que la coincidencia ideológica entre la demandante de amparo y ETA y Batasuna, pero no pone de manifiesto una concertación de voluntades entre éstos y aquélla, ni mucho menos la asunción por la recurrente de métodos violentos como instrumento de actuación en la vida pública.

2.6. Por lo que hace a los elementos de orden subjetivo, el auto recurrido ha dado especial relevancia a aquéllos que avalan la candidatura cuya proclamación se ha anulado por el Tribunal Supremo, así como también a la personalidad de los promotores y candidatos de la lista electoral.

En relación con quienes prestan su aval a la candidatura en cuestión, se ha afirmado que “[l]a historia personal (política, policial o judicial) de los simples avalistas de una agrupación no puede suponer indicio de tal sucesión o continuidad por la sola y evidente razón de que está en la entraña misma de la agrupación electoral, como forma de participación política, la apertura sin control posible ni mediatización alguna a la firma de cualesquiera electores en el ámbito de que se trate, firma que *de iure* no expresa sino el apoyo a que determinada candidatura acceda a la competencia electoral. No cabe, dicho de otro modo, proyectar sobre la agrupación (sobre sus integrantes) sospechas a partir de apariencias o de indicios que surgen, a su

vez, de unas conductas (firmas de aval) sobre las que la agrupación carece de control y que le son formalmente ajenas. En el caso extremo, una significativa presencia, entre los avalistas, de personas en su día ligadas a los partidos disueltos permitiría, tan sólo, abrigar la conjetura de que tales personas ponen su confianza en la candidatura de la agrupación, pero a partir de esa conjetura no cabe construir aquí un indicio. Quizá en Derecho electoral se pueda llegar a ser, como excepción, ‘responsable’ en algún caso por, no ya ante, la confianza ajena; al menos políticamente, esa responsabilidad puede, desde luego, llegar a apreciarse por los ciudadanos o por sus representantes. Pero dar un paso más, y plantear una impropia responsabilidad jurídica por la sola adhesión de terceros (con la consiguiente carga de repudiar tal apoyo o, en su defecto, de soportar una consecuencia adversa) es algo en extremo delicado, que sólo cabría aceptar si semejante adhesión fuera en sí misma, por su sujeto (la organización terrorista) o por su contenido (‘autorreconocimiento’ en la agrupación por los portavoces de una organización disuelta), constitutiva de un ilícito a la luz de la propia legislación de partidos. Es patente que ninguna de estas circunstancias se da por el mero hecho de que concurren como avalistas, junto a otros muchos conciudadanos, personas que hayan tenido relación en el pasado ya con la propia organización terrorista, ya con los partidos disueltos” (STC 68/2005).

Las cosas pueden ser distintas, a juicio del Tribunal Supremo, cuando, como es el caso, los avalistas son personas con cargos electos, cuyo número reducido permitiría presumir un cierto nivel de conocimiento de la vinculación política significada con el apoyo a la candidatura. Sin embargo, lo cierto es que la titularidad de la facultad de avalar candidaturas de partidos, federaciones y coaliciones para que puedan presentarse a las elecciones al Parlamento Europeo no está conferida *ex lege* a los partidos políticos, sino a los individuos con cargos públicos electos expresamente mencionados en el art. 220.4 LOREG, de modo que éstos, al prestar su firma para la presentación de una candidatura, están ejerciendo una facultad conferida por la ley, que forma parte del estatuto del cargo, con independencia de la entidad política -partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones- que hubiera presentado la lista electoral en la que resultaron electos. En otras palabras, la ilegalización de un partido político ni priva a los electos en las listas presentadas por dicho partido de la titularidad del cargo público al que aquéllos han accedido por expresión de la voluntad del cuerpo electoral ni, en consecuencia, del ejercicio de las facultades propias de dicho cargo.

2.7. La insuficiente entidad probatoria de los indicios manejados por el Tribunal Supremo no puede justificar el sacrificio de los derechos fundamentales de participación política en términos de igualdad y de libre defensa y promoción de la propia ideología. Por ello, no es necesario oponer a ellos contraindicio alguno, es decir, desacreditarlos con la condena inequívoca del terrorismo por parte de la formación política sospechosa de connivencia con una organización terrorista. De acuerdo con reiterada doctrina, “[l]a negativa a condenar expresamente el terrorismo no es, por tanto, indicio bastante para acreditar *per se* una voluntad defraudatoria como la contemplada por el art. 44.4 LOREG. Más bien sucede que su contrario, la condena inequívoca, constituye un contraindicio capaz de desacreditar la realidad de una voluntad de ese cariz deducida a partir de indicios suficientes” (STC 68/2005).

No es necesario, en este caso, oponer a los indicios manejados, dada su insuficiencia probatoria, el contraindicio de la condena del terrorismo; pero sí resulta oportuno señalar que tal condena se ha verificado en la demanda de amparo -dato que no pudo conocer el Tribunal Supremo- en los siguientes términos: “Esta parte quiere manifestar de forma clara y sin ambigüedades que la coalición electoral ‘Iniciativa Internacionalista - La Solidaridad entre los Pueblos’, así como los partidos que la integran, Izquierda Castellana y Comuner@s, nunca han utilizado medios que no sean estrictamente políticos para la obtención de sus objetivos programáticos, siendo el uso de la violencia completamente ajeno a su forma de acción y cultura política, por ello expresan un claro rechazo y condena del uso de la violencia para la obtención de objetivos políticos en el marco de un Estado democrático”.

Por todo lo expuesto, se declara vulnerado el derecho de la recurrente a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE), y se dispone reestablecerla en su derecho; para tal fin, se resuelve anular el auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo por el que se declaró no conforme a derecho y se anuló el Acuerdo de la Junta Electoral Central en cuanto a la proclamación de la candidatura presentada por la coalición recurrente a las elecciones de diputados al Parlamento Europeo, convocadas por Real Decreto 428/2009, del 3 de abril.

Nota del Instituto: sobre esta sentencia del Tribunal Constitucional español, puede verse el artículo de MATÍAS BAILONE “El antiterrorismo como paradigma del desaliento de la participación ciudadana”, en DÍEZ PICAZO, LUIS MARÍA y NIETO MARTÍN, ADÁN, *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Madrid, Civitas, 2010, p. 523.-

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Sala Primera), sentencia del 21-5-2009, N° 126/2009, en <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9742>>.



>> **PARTIDOS POLÍTICOS.** PROGRAMAS DE GOBIERNO PRESUNTAMENTE INCONSTITUCIONALES COMO MOTIVO PARA SU DISOLUCIÓN. MINORÍAS (TURQUÍA).

1. Antecedentes del caso: el Fiscal General elevó una acción judicial ante la Corte de Casación para promover la disolución del Partido de los Derechos y las Libertades (*Hak ve Özgürlükler Partisi*) (Partido), con base en varias disposiciones de la Ley de Partidos Políticos (Ley) y de la Constitución. El art. 3 del Estatuto del Partido tiene como objetivo la reestructuración de Turquía en sus aspectos administrativo, político, social y económico por medio de un modelo descentralizado, conforme a las normas legales universales y democráticas y al sistema político pluralista de la Unión Europea y del mundo. Asimismo, el Partido se propone resolver el problema kurdo a través del consenso social basado en la igualdad de derechos. En su Programa se sugiere que este conflicto puede ser resuelto si el gobierno turco plantea los mismos

argumentos para los kurdos que viven en Turquía que para los grupos minoritarios que viven en países como Chipre, Bulgaria, Grecia y Kosovo. También se considera que la regulación de los gobiernos locales dependerá de los principios universales de participación y pluralismo y que sus gobiernos tendrán una estructura autónoma. El Fiscal General adujo que el Estatuto y el Programa del Partido describen el problema kurdo como el principal problema de Turquía. Consideró que tal posición hace una distinción entre turcos y kurdos, acepta la existencia de una nación kurda separada y comporta el rechazo del concepto de nación. Por ello, el Estatuto y el Programa están en conflicto con los arts. 78 y 101 de la Ley, que protegen la “indivisible integridad del Estado con su nación y territorio”. Asimismo, contravienen el art. 81.a-b de la Ley, que prohíbe que los partidos políticos afirmen que existen minorías basadas en diferencias nacionales, religiosas y lingüísticas. Además, la sección concerniente a la reestructuración del Estado apunta a crear regiones administrativas, soberanas y autónomas, lo cual se contrapone con los arts. 78.b y 80 de la Ley. Por todo ello, el Fiscal solicitó a la Corte Constitucional (Corte) la disolución del partido.

2. Sentencia:

La Corte observó que el art. 69.5 de la Constitución permite la disolución de un partido político sólo cuando pueda probarse que su estatuto y su programa violan las disposiciones del art. 68.4 de la Ley Fundamental. Asimismo, sostuvo que el Estatuto y el Programa del Partido apuntan a establecer un modelo de gobierno descentralizado. El Partido aboga por la solución del problema kurdo, considerado como uno de los problemas fundamentales de Turquía sobre la base de la igualdad de derechos. La Corte reiteró que los partidos políticos son elementos indispensables en la vida política democrática. Son libres de determinar políticas y sugerir diferentes soluciones a los problemas sociales, económicos y políticos de la sociedad. Sólo pueden ser prohibidos si sus políticas y sus actividades plantean un claro peligro para el régimen democrático, y no hay evidencia de que el Partido haya cometido ningún acto inconstitucional, por lo que no plantea ninguna amenaza seria. Los objetivos antes mencionados deben ser considerados dentro del marco de la libertad de expresión. Por todo ello, se rechaza la acción promovida.

CORTE CONSTITUCIONAL DE TURQUÍA, sentencia del 29-1-2008, E.2002/1 (SPL), K.2008/1, en *Bulletin on Constitutional Case-Law*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2008, 2, p. 342.



>> **PENAS. RECLUSIÓN PERPETUA.** DERECHO AL SOBRESEIMIENTO DE LA PENA RESTANTE AÚN INCUMPLIDA. **PRESOS.** DERECHO A LA LIBERTAD. **LIBERTAD CONDICIONAL.** DERECHO A SU OTORGAMIENTO. **CÁRCELES.** OBLIGACIONES (ALEMANIA).

1. Antecedentes del caso: el recurrente, de 59 años de edad, cumple por homicidio una sentencia de reclusión de por vida. La duración del cumplimiento

mínimo de quince años feneció en junio de 2008, tras lo cual un tribunal estadual rechazó el levantamiento del resto de la pena con el argumento de la existencia de un alto riesgo que podría derivarse de una decisión tal ante la inexistencia de plazos de ensayo de libertad condicional para el recluso que hubieran tenido lugar con anterioridad a esta petición. El tribunal de alzada rechazó sin más el recurso contra esta denegación por infundado. Desde principios de 2006, el condenado se había esforzado sin éxito por flexibilizaciones para el cumplimiento de su condena -entre ellas, ensayos de libertad condicional-.

2. Sentencia:

Dado que el sobreseimiento por el resto de la pena debe ser respondido en consideración de los intereses de seguridad de la comunidad, se verifica entonces la exigencia de una decisión de pronóstico por parte de los tribunales. En el marco de ésta, ellos, por mandato constitucional, deben esforzarse por aclarar con especial cuidado toda circunstancia relevante a esos fines. Las flexibilizaciones de cumplimiento de pena tienen aquí un especial significado. La decisión sobre éstas, las que en primer término regulan el tipo de reclusión y con esto en primera línea la cotidianidad del recluso, corresponde al servicio penitenciario y es comprobable por vía judicial autónoma de acuerdo con la ley de ejecución penal.

Pero las decisiones sobre flexibilización tienen, además, una influencia inmediata sobre la decisión de los tribunales relativa a los sobreseimientos de penas restantes, como la atacada *in re*. En procesos de este tipo, la base de pronóstico se amplía y estabiliza cuando al recluso le fueron otorgadas flexibilizaciones con anterioridad: precisamente, el comportamiento de éste en oportunidad de esos ensayos representa un indicador adecuado para su conducta en libertad. Es por eso que los tribunales no pueden contentarse en estos casos con que el servicio penitenciario reduzca la base de pronóstico mediante una denegación -probablemente inconstitucional- de las flexibilizaciones, y así prejudicialice sobre la decisión judicial relativa al sobreseimiento. Más bien, lo que deben hacer los jueces es controlar autónomamente si las flexibilizaciones pasadas han sido denegadas con arreglo a derecho, y ello aun cuando estas denegatorias hayan sido ya objeto de control en un proceso, pues la Constitución confía la decisión sobre la reclusión en el proceso concreto al juez actuante. No obstante, pueden hacer suyos los fundamentos de las sentencias firmes, en tanto las denegatorias hayan sido allí comprobadas con suficiencia.

Estos parámetros no han sido respetados por la sentencia recurrida. En primera instancia, no se ha controlado la conformidad a derecho de las denegatorias, sino que directamente se ha hecho referencia a explicaciones jurisdiccionales aún no concluidas sobre la rectitud de las denegatorias. Ese comportamiento resulta inconstitucional, pues de otro modo retardos en los procesos de acuerdo con la ley de cumplimiento penal, no adjudicables al recluso, se volverían una desventaja para aquél en el trámite de su sobreseimiento. Tampoco el tribunal de alzada ha hecho este control; con la mera indicación de que no puede hablarse de una incorrecta denegatoria, en tanto el recurrente no habría agotado la vía judicial al renunciar a los recursos a su disposición, concluye sobre la rectitud de las denegatorias de

flexibilizaciones de manera insuficiente a partir del carácter firme formal de la decisiones de primer instancia que ratificaron las propias del servicio penitenciario.

En casos de errónea denegatoria de flexibilizaciones de períodos de tiempo, con relevancia para la prognosis, corresponde sacar las respectivas conclusiones teniendo como telón de fondo la relación de tensión entre la necesidad de seguridad de la comunidad y el derecho fundamental a la libertad del recluso. En el caso concreto, esto no excluye una valorización de la circunstancia de ausencia de tiempo de ensayo unida a la indicación dirigida a las autoridades carcelarias en el sentido de que las flexibilizaciones son ahora necesarias, como tampoco una inmediata liberación -pertinente como excepción sólo en casos de larga reclusión- cuando el derecho fundamental a la libertad puede ser ayudado a abrirse paso sólo de esta manera.

Junto a ello tiene relevancia aquí el procedimiento previsto en el art. 454.1 del Código Procesal Penal, según el cual el tribunal puede ordenar el sobreseimiento del resto de la pena sin que ello conduzca a una inmediata liberación del recluso, en tanto aquél fije un punto de liberación futuro de manera tal que la autoridad de cumplimiento tenga a su disposición un período de tiempo adecuado para un ensayo de libertad suficientemente demostrativo. Esto no conduce necesariamente a una desmedida transposición del riesgo sobre los hombros de la comunidad, pues el tribunal de ejecución puede nuevamente levantar el sobreseimiento antes de la liberación cuando frente a hechos nuevos -por caso, cuando el recluso no hace méritos, y así indica un riesgo de peligrosidad- no puede responderse de su sobreseimiento bajo la consideración de los intereses de seguridad de la comunidad (art. 454.2 del código citado).

En esas condiciones, deberá proceder en adelante el *a quo* en este proceso.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, sentencia del 30-4-2009, 2 BvR 2009/08, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20090430_2bvr200908.html>.



>> **POLÍTICA CRIMINAL. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD (MÉXICO).**

El legislador en materia penal tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, es decir, para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de conformidad con las necesidades sociales del momento histórico respectivo. Sin embargo, al configurar las leyes relativas, debe respetar el contenido de diversos principios constitucionales, entre ellos, los de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, a fin de que la aplicación de las penas no sea infamante, cruel, excesiva, inusitada, trascendental o contraria a la dignidad del hombre, conforme a los arts. 14, 16, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución.

Por tal razón, al examinar la constitucionalidad de las leyes penales, el juez debe analizar que exista proporción y razonabilidad suficientes entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito cometido, para lo cual debe considerar el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para individualizar la pena entre un mínimo y un máximo, el grado de reprochabilidad atribuible al sujeto activo, la idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena para alcanzar la prevención del delito, así como la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la resocialización del sentenciado.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO (Pleno), sentencia del 1-6-2008, Acción de inconstitucionalidad 31/2006, tesis P./J. 102/2008, en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Bogotá, Legis, 2009, N° 26, p. 241.



>> **PRESOS. DERECHO DE DEFENSA. AUTOINCRIMINACIÓN (EE.UU.).**

1. Antecedentes del caso: en 2003 un detective de la policía interrogó al apelado Shatzer -quien se encontraba cumpliendo una condena previa en una cárcel de Maryland- en relación con ciertas denuncias formuladas en su contra de que había abusado sexualmente de su hijo. Shatzer invocó el derecho que le garantiza *Miranda* a contar con un abogado durante el interrogatorio, razón por la cual el detective puso fin a la entrevista. El apelado fue liberado de esta detención especial y se reintegró a la población carcelaria general. La investigación se cerró. Tres años más tarde, otro detective policial reabrió el caso e interrogó a Shatzer, quien todavía se encontraba en prisión. Éste renunció a sus derechos e hizo declaraciones incriminantes. El tribunal de primera instancia se negó a suprimirlas porque entendió que no se podía aplicar la doctrina sentada en *Edwards v. Arizona* (451 U.S. 477 -1981-), puesto que antes del último interrogatorio había cesado la situación de detención especial dispuesta a los fines de *Miranda*. Shatzer fue declarado culpable de abuso sexual de un menor. El Tribunal de Apelaciones de Maryland revocó esta sentencia y sostuvo que el mero paso del tiempo no pone fin a las protecciones acordadas en *Edwards* y que, suponiendo que existiera una excepción a la aplicación de esta doctrina para los casos en que hubiera cesado la detención dispuesta a los fines de *Miranda*, la liberación de Shatzer para que volviera a integrarse a la población carcelaria general no constituiría tal cesación. El Estado de Maryland 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.

Dado que la detención de Shatzer dispuesta a los fines de *Miranda* tuvo un intervalo de más de dos semanas de duración, entre el primero y el segundo intento de interrogatorio, las protecciones establecidas en *Edwards* no requieren la supresión de las declaraciones realizadas.

2.1. Edwards dispuso que se presume involuntaria la renuncia al derecho a la asistencia letrada formulada por un sospechoso durante un interrogatorio

cuando éste, en una oportunidad previa, hubiera invocado este derecho. El propósito fundamental de *Edwards* es “[p]reservar la integridad de la capacidad de elección que tiene un acusado de comunicarse con la policía sólo a través de un abogado” (*Patterson v. Illinois* (487 U.S. 285 -1986-), “evitando que la policía ejerza coerción para que renuncie a los derechos que anteriormente había invocado” (*Michigan v. Harvey* (494 U.S. 344 -1990-). Resulta fácil creer que la posterior renuncia de un sospechoso fue forzada cuando éste ha estado detenido ininterrumpidamente a los fines de *Miranda* desde su primera negativa a renunciar a sus derechos. En efecto, en estas circunstancias, el detenido se encuentra separado de su vida normal y aislado en un “ambiente dominado por la policía” (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 456 -1966-), en el cual sus captores “parecen controlar [su] destino”, (*Illinois v. Perkins*, 496 U.S. 292 -1990-). Sin embargo, cuando un sospechoso ha sido liberado de ese régimen especial de detención y ha vuelto a su vida normal durante cierto tiempo antes del último interrogatorio, hay pocas razones para pensar que ha sido forzado a cambiar de parecer. Dado que la presunción *Edwards* fue establecida por la Corte, es apropiado que sea ella la que especifique el plazo de interrupción de esta detención especial que pone fin a la aplicación de esta doctrina (ver *County of Riverside v. McLaughlin*, 500 U.S. 44). Este plazo debe ser de catorce días, lapso que brinda al sospechoso tiempo suficiente para reaclimatarse a su vida normal, para consultar su situación con sus amigos y con su abogado, y para liberarse de cualquier resabio coercitivo de su detención anterior.

2.2. La liberación de Shatzer para que volviera a reunirse con la población carcelaria general cesa la detención en términos de *Miranda*. El encarcelamiento lícito impuesto con posterioridad a la condena no genera las presiones coercitivas propias de la detención con fines investigativos que justificó la adopción de la doctrina *Edwards*. Cuando los sospechosos que están detenidos son liberados y pasan nuevamente a formar parte de la población carcelaria general, vuelven a su entorno habitual y a su rutina diaria, y retoman el grado de control sobre sus vidas que tenían antes del interrogatorio. La circunstancia de que siga en la cárcel cumpliendo su pena está relativamente desvinculada de su anterior renuencia a cooperar en una investigación. En efecto, las “presiones intrínsecamente apremiantes” del interrogatorio finalizaron cuando Shatzer volvió a su vida normal.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, sentencia del 24-2-2010, *Maryland v. Shatzer*, en <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/08-680.ZO.html>>.



>> PRESOS. PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA (CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-FRANCIA).

1. Antecedentes del caso: los nueve recurrentes -de nacionalidades ucraniana, rumana, griega y chilena- eran miembros de la tripulación del *Winner*, un

barco de carga registrado en Camboya. En junio de 2002, las autoridades francesas solicitaron a Camboya autorización para interceptar el barco, con base en la sospecha de que transportaba grandes cantidades de estupefacientes para su distribución en Europa. Camboya concedió el permiso mediante una nota diplomática. Entonces, el Prefecto Marítimo francés, a pedido del Ministerio Público de Brest, envió un remolcador para tomar el control del barco y dirigirlo hacia el puerto de Brest. La armada francesa había detenido el barco en las costas de Cabo Verde y la tripulación había sido confinada a sus camarotes, quedando bajo custodia militar francesa. Al llegar a Brest, trece días después, los recurrentes fueron arrestados y conducidos ante los jueces de instrucción. Dos días más tarde fueron acusados y permanecieron detenidos. Cuando concluyeron los procedimientos penales, tres de ellos fueron condenados por conspirar para intentar importar ilegalmente estupefacientes y se les impusieron sentencias de entre tres y veinte años de prisión. Los otros seis recurrentes fueron absueltos. Con base en el art. 5.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convención), los recurrentes alegaron que habían sido privados ilegalmente de su libertad, especialmente en términos del derecho internacional, ya que las autoridades francesas no tenían jurisdicción a ese respecto. Asimismo, afirmaron que, de conformidad con el art. 5.3 de la Convención, había transcurrido un plazo excesivo antes de que fueran conducidos ante “un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer el poder judicial”. Presentaron entonces un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte). El 10 de julio de 2008, la 5ª Sala de la Corte sostuvo, por unanimidad, que se había incurrido en una violación del art. 5.1 de la Convención, puesto que los recurrentes no habían sido privados de su libertad conforme a un proceso legal. La Sala también decidió, por cuatro votos contra tres, que, tomando en consideración la existencia de “circunstancias completamente excepcionales”, en particular el inevitable retraso producido por el remolque del *Winner* hasta Francia, no se había violado el art. 5.3 de la Convención. El 1º de diciembre de 2008, a pedido del gobierno francés y de los recurrentes, el caso fue elevado a la Gran Sala, en términos del art. 43 de la Convención.

2. Sentencia:

2.1. Artículo 1 de la Convención

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, un Estado Parte de la Convención puede incurrir en responsabilidad fuera de su territorio nacional cuando ejerce un control efectivo en esa área como consecuencia de operaciones militares, o en los casos vinculados a la actividad de sus agentes diplomáticos o consulares en el extranjero o a bordo de aviones o barcos con su bandera.

Francia ejerció un control total y exclusivo -por lo menos *de facto*- sobre el *Winner* y sobre su tripulación, de manera continua e ininterrumpida desde el momento de su interceptación. La armada francesa fue la que estableció la nueva ruta del *Winner* y la tripulación del buque permaneció bajo su control durante todo el viaje a Brest. En consecuencia, los recurrentes realmente estuvieron bajo jurisdicción francesa a los fines del art.1 de la Convención.

2.2. Artículo 5.1

Los peticionantes han estado bajo el control de las fuerzas especiales francesas y privados de su libertad durante todo el viaje, dado que el curso del barco fue impuesto por las fuerzas armadas francesas. Por lo tanto, la Corte considera que, después de que su barco fuera abordado, la situación de los recurrentes fue equiparable a una privación de la libertad en términos del art. 5 de la Convención.

La Corte tiene plena conciencia de la necesidad de combatir el tráfico internacional de estupefacientes y reconoce el motivo por el cual los Estados han adoptado una posición tan firme al respecto. Sin embargo, y no obstante la naturaleza especial del entorno marítimo, considera que esto no puede justificar la creación de una zona exenta de la aplicación de la ley.

No se encuentra controvertido que el objetivo de la privación de la libertad a la que los recurrentes estuvieron sometidos mientras el barco era escoltado a Francia fue llevarlos “ante la autoridad legal competente”, conforme a lo dispuesto por el art. 5.1(c). Sin embargo, la intervención de las autoridades francesas no puede ser justificada, como pretende el gobierno, con base en la Convención de la Bahía de Montego ni en el derecho internacional consuetudinario. Tampoco existieron fundamentos para aplicar la ley francesa, puesto que Camboya no es parte de las convenciones transpuestas en ley nacional (en particular, la Convención de Viena) ni el *Winner* tenía bandera francesa.

Sin embargo, Camboya tiene derecho a actuar en cooperación con otros países fuera del marco de las convenciones internacionales. La nota diplomática emitida por las autoridades camboyanas constituyó un acuerdo *ad hoc* que autorizaba la interceptación del *Winner*, pero la detención de los miembros de la tripulación y su traslado a Francia no estaban contemplados en dicha nota. La circunstancia de que las autoridades francesas hayan intervenido con base en esta medida excepcional de cooperación -sumada al hecho de que Camboya no había ratificado las convenciones relevantes y que no existía ninguna costumbre actual ni perdurable de lucha conjunta contra el tráfico de estupefacientes en el mar entre Camboya y Francia- significa que la intervención de las autoridades francesas no estuvo “claramente definida” ni fue previsible.

Resulta lamentable que el esfuerzo internacional para combatir el tráfico de drogas en alta mar no se encuentre mejor coordinado, teniendo en cuenta la dimensión cada vez más global del problema. Para los Estados que no son parte de las convenciones de la Bahía de Montego y de Viena, la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, como el de San José de 2003, podría ser una solución. Un significativo paso adelante podría consistir en incluir en el derecho internacional público el principio de que todos los Estados tienen jurisdicción, cualquiera sea el Estado de bandera del buque, en consonancia con los ya existentes en relación con la piratería.

En consecuencia, la privación de la libertad a la que estuvieron sometidos los recurrentes durante el tiempo transcurrido entre el abordaje de su barco y su llegada a Brest no fue “legal”, debido a la falta de un fundamento jurídico que tenga las cualidades requeridas para satisfacer el principio general de certeza legal.

Por ello, la Corte resuelve por diez votos contra siete que se ha violado el art. 5.1 de la Convención.

2.3. Artículo 5.3

El art. 5 de la Convención se ubica entre los principales derechos fundamentales que protegen la seguridad física de un individuo, y, en la jurisprudencia de la Corte, a este respecto, pueden encontrarse tres criterios: la interpretación estricta de las excepciones, la legalidad de la detención, y la prontitud o rapidez de los controles judiciales, los cuales deben ser automáticos y estar a cargo de un funcionario judicial que brinde las garantías requeridas de ser independiente del Poder Ejecutivo y de las partes, y que tenga el poder de ordenar la liberación después de considerar si la detención ha sido o no justificada.

Las ofensivas terroristas plantean problemas especiales a las autoridades, pero estos actos no otorgan a los gobiernos una carta blanca para colocar a los sospechosos bajo custodia policial sin control efectivo alguno. El mismo principio se aplica a la lucha contra el tráfico de drogas en alta mar.

En este caso, los recurrentes fueron llevados ante los jueces de instrucción -que por cierto pueden ser descriptos como “juece[s] u otros funcionario[s] autorizados por la ley para ejercer el poder judicial” en términos del art. 5.3- trece días después de su arresto en alta mar. En el momento de su interceptación, el *Winner* estaba frente a las costas de las islas de Cabo Verde y, por lo tanto, muy lejos de Francia. Nada indica que se haya demorado más de lo necesario para escoltarlo a territorio francés, en particular debido a las condiciones meteorológicas y al mal estado de mantenimiento del barco, que no hacían posible una navegación más veloz. En vista de estas “circunstancias completamente excepcionales”, fue materialmente imposible presentar con mayor rapidez a los recurrentes ante los jueces de instrucción, teniendo en cuenta que fueron llevados allí ocho o nueve horas después de su arribo, un plazo compatible con las exigencias del art. 5.3 de la Convención.

Por ello, se resuelve que no ha habido violación del art. 5.3 de la Convención. Asimismo, se impone a Francia el pago de una indemnización a cada uno de los recurrentes en concepto de daño moral.

Nota del Instituto: las sentencias de la Gran Sala son definitivas (art. 44 de la Convención). Lo decidido por la 5ª Sala el 10-7-2008 puede consultarse en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=837792&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (Gran Sala), sentencia del 29-3-2010, N° 3394/03, *Medvedyev y otros c. Francia*, en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=865670&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>>.



>> **PRESOS. SUSTITUCIÓN DE PENA (ITALIA).**

1. Antecedentes del caso: el juez de instrucción rechazó el pedido de sustitución de la medida cautelar de encarcelamiento a la que estaba sometido E.B. por la de arresto domiciliario -petición hecha en el marco de lo dispuesto en el art. 275.4 del Código Procesal Penal (C.P.P.)- por encontrarse su esposa imposibilitada de cuidar al hijo menor de tres años de edad debido a su ocupación a tiempo completo en el negocio del que el procesado era titular. E.B. apeló ante el Tribunal de Palermo (Tribunal), pero éste rechazó la apelación. Su defensa recurrió ante la Corte de Casación (Corte) denunciando la violación del artículo referido por no haberse considerado la subsistencia de la situación de absoluta imposibilidad de la madre de cuidar al niño, aduciendo indebidamente la posibilidad de que ella se valiera del apoyo de familiares o de estructuras de asistencia pública. Según el recurrente, el Tribunal descartó la orientación jurisprudencial que hace hincapié en el carácter prioritario que debe atribuirse a la exigencia de que el niño sea cuidado por los padres en los primeros tres años de vida. Asimismo, denunció falta de lógica en la motivación del fallo, en la parte en que éste señala la falta de pruebas relativas a la ausencia de parientes que pudiesen hacerse cargo de la asistencia o de una ayuda a la madre en la gestión de su negocio.

2. Sentencia:

El recurso no puede ser acogido por los siguientes motivos: a) la orientación jurisprudencial a la que se hace referencia y en la que el Tribunal habría debido inspirarse sostiene que la prohibición de encarcelamiento establecida en el art. 275.4 C.P.P. para el padre de hijos menores de tres años de edad cuando la madre esté absolutamente imposibilitada de cuidarlos rige también en caso de que los menores puedan ser dados en guarda a parientes o a estructuras públicas; b) existe otra orientación, contrapuesta a la anterior, según la cual es correcto excluir la imposibilidad absoluta de la madre de cuidar a la prole cuando se pueda recurrir a la alternativa -en ausencia de parientes disponibles- de estructuras públicas, orientación que puede encontrar un punto de convergencia con la anteriormente expuesta si se considera que la imposibilidad absoluta puede excluirse sólo cuando la asistencia que puede ser brindada por otros parientes o por estructuras públicas no está destinada a sustituir completamente el cuidado de la madre, sino solamente a tener un carácter complementario y de apoyo, solución esta última en la que se inspiran otras decisiones de la Corte que, además, dan por sentado que la actividad laboral de la madre no puede, de por sí, ser tomada como elemento demostrativo de la imposibilidad de cuidar a la prole, por tratarse de una situación común a todas las familias en las que ambos progenitores trabajan; c) según el Tribunal, no debía excluirse la posibilidad de que la madre pudiera contar con la ayuda de parientes o amigos “durante una parte del día” asistiendo al niño o ayudando en el negocio, para permitirle dedicarse a cuidar a su hijo, y d) el segundo motivo de queja parece basarse en el presupuesto erróneo de que, una vez que se ha demostrado la actividad laboral de la madre, también debe considerarse demostrada la absoluta imposibilidad de

cuidar a sus hijos, admitiendo que tal imposibilidad presupone que el trabajo implica la ausencia de todo tipo de apoyo externo al cuidado materno, condición que debe ser probada o por lo menos alegada de forma detallada y plausible por el interesado, hecho que no ocurre en el caso en cuestión.

Nota del Instituto: art. 275.4 del Código Procesal Penal italiano: “No puede ser dispuesto el encarcelamiento cautelar, salvo que subsistan exigencias cautelares de relevancia excepcional, cuando los imputados sean: mujer embarazada o madre de hijos menores de tres años de edad que vivan con ella, o bien padre, en caso de que la madre haya fallecido o esté absolutamente imposibilitada de cuidar a la prole, o persona que haya superado los setenta años de edad o que se encuentre en condiciones de salud particularmente graves, incompatibles con el estado de encarcelamiento.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia del 15-11-2007, N° 854, en *Cassazione Penale. Rivista mensile di giurisprudenza*, Milán, Giuffrè, 2009, N° 1, p. 228.



>> **PRESOS. VISITAS ÍNTIMAS. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD (PERÚ).**

1. Antecedentes del caso: la recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra el Director Regional y el Director General de Tratamiento del Instituto Nacional Penitenciario solicitando que se le conceda el derecho al beneficio penitenciario de visita íntima, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la integridad personal y a la no discriminación por razón de género. Señala que se encuentra reclusa en el Establecimiento Penitenciario de Máxima Seguridad de Chorrillos en cumplimiento de una condena de pena privativa de la libertad y que había venido gozando de ese beneficio, pero a partir de la fecha de entrada en vigor del Decreto Legislativo N° 927, el Establecimiento Penitenciario suspendió y negó su concesión bajo el argumento de que las reclusas condenadas por el delito de terrorismo no tienen derecho a acceder a dicho beneficio penitenciario.

2. Sentencia:

Las visitas de familiares y amigos a los internos, particularmente la visita íntima, constituyen un importante instrumento para garantizar la función resocializadora de la pena y la finalidad rehabilitadora del tratamiento penitenciario. Por esta razón, el Estado asume el deber positivo de lograr que todos los establecimientos penitenciarios del país cuenten con las instalaciones apropiadas (privadas, higiénicas y seguras) para permitir la visita íntima.

El Estado, al permitir y garantizar la visita íntima a los internos, coadyuva decisivamente en la consolidación de la familia en el proceso de resocialización del reo, pues las condiciones de hacinamiento e higiene de los establecimientos penitenciarios generan en éste un deterioro de su integridad física, psíquica y moral que frecuentemente sólo puede ser compensado con el amor que brinda la familia.

La relación sexual entre el interno y su pareja es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aun en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad. Y es que, tratándose de personas privadas de la libertad, se hace esencial para los internos y su pareja el poder relacionarse en el ámbito sexual, ya que este tipo de encuentros, además de tener como sustrato un aspecto físico, trasciende al psicológico y, al ser positivo, repercute en el estado de bienestar de la pareja.

En conclusión, los internos, en virtud de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, tienen derecho a la visita íntima bajo condiciones de periodicidad, intimidad, salubridad y seguridad, en la medida en que lo permitan las limitaciones mismas que se derivan de la reclusión y las normas que regulan la materia.

Teniendo presente ello, el Tribunal considera que las medidas adoptadas por las autoridades penitenciarias que restringen de manera absoluta el ejercicio de la visita íntima vulneran el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los internos y resultan contrarias a los fines constitucionales del tratamiento penitenciario. Asimismo, estima que el permiso de la visita íntima no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquéllas que se fundamenten en la orientación sexual de las personas privadas de su libertad. En estos casos, la autoridad penitenciaria, al momento de evaluar la solicitud de otorgamiento, deberá exigir los mismos requisitos que prevé el Código de Ejecución Penal y su Reglamento para las parejas heterosexuales.

Por tanto, puede concluirse que normativamente el beneficio penitenciario de la visita íntima no se encuentra restringido, limitado o prohibido de manera general y precisa para los internos o internas por el delito de terrorismo; por el contrario, puede advertirse que la limitación del beneficio penitenciario referido es consecuencia de una interpretación arbitraria de la normativa citada por parte de la autoridad penitenciaria.

Nota del Instituto: el Decreto Legislativo N° 927 regula la ejecución penal en materia de delitos de terrorismo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Sala Segunda), sentencia del 20-3-2009, exp. N° 01575-2007-PHC/TC, en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01575-2007-HC.html>>.



>> **PROPIEDAD INTELECTUAL. PROTECCIÓN PENAL DE LA PROPIEDAD LITERARIA Y ARTÍSTICA EN INTERNET. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, ARTS. 6, 8 Y 9 (FRANCIA).**

1. Antecedentes del caso: un número determinado de diputados y senadores impugnaron, ante el Consejo Constitucional (Consejo), los arts. 1, 6, 7, 8 y 11 de la ley relativa a la protección penal de la propiedad literaria y artística en Internet.

2. Sentencia:

La ley impugnada tiende a completar la N° 2009-669 del 12-6-2009, por la que se favorece la difusión y la creación de material en Internet, al extraer las consecuencias de la sentencia N° 2009-580 DC, que, en especial, determina la forma en que pueden constatarse, perseguirse y juzgarse ciertas infracciones previstas en el Código de Propiedad Intelectual en caso de ser cometidas mediante un servicio de comunicación pública *on line*; instituye, además, una pena complementaria de suspensión del acceso a dicho servicio tanto para los delitos previstos en los artículos L. 335-2, L. 335-3 y L. 335-4 del Código de Propiedad Intelectual, cuando sean cometidos a través de este servicio, como para las faltas que se tipifiquen por decreto; y organiza, por último, las condiciones para la imposición y la ejecución de dicha pena complementaria.

2.1. Sobre el artículo 1

Esta norma incorpora en el Código de Propiedad Intelectual el art. L. 331-21-1, que aparece redactado de la siguiente forma: “Los miembros de la comisión de protección de derechos, así como sus agentes habilitados y jurados ante la autoridad judicial mencionados en el artículo L. 331-21, podrán constatar los actos susceptibles de constituir infracciones previstas en el presente título cuando éstas se castiguen con la pena complementaria de suspensión del acceso a un servicio de comunicación pública *on line* mencionada en los artículos L. 335-7 y L. 335-7-1...”.

Según los recurrentes, la frase “constatar los actos susceptibles de constituir infracciones” vulnera el objetivo de inteligibilidad y de accesibilidad de la ley, por lo que solicitan al Consejo Constitucional, por una parte, que “precise que el adjetivo ‘susceptible’ debe conducir a las autoridades que aplican la ley a proceder en cualquier caso a un complemento de investigación para que las constataciones de la HADOPI (Alta Autoridad para la Difusión de Obras y la Protección de Derechos en Internet) no permitan por sí solas la condena de los abonados sospechosos” y, por otra parte, que imponga que cualquier procedimiento dé lugar a un interrogatorio en la fase de la constitución del expediente en el que se basan las actuaciones judiciales.

Por no ser ni oscuras ni ambiguas las disposiciones criticadas, la queja relativa a la vulneración del objetivo constitucional de inteligibilidad y de accesibilidad de la ley carece de fundamento. Por otra parte, corresponde al Consejo proceder a la interpretación de un texto impugnado en la medida en que tal interpretación sea necesaria para la apreciación de su constitucionalidad y, en el presente, las autoridades judiciales competentes apreciarán caso a caso, como les corresponde hacerlo, si se necesita un suplemento de investigación o si los elementos de prueba reunidos por los funcionarios y agentes encargados de las funciones de policía judicial bastan para determinar la culpabilidad de la persona emplazada y permiten, en su caso, determinar la pena. Ello así, no procede estimar la solicitud de interpretación formulada por los recurrentes y, por lo tanto, el art. 1 de la ley no es contrario a la Constitución.

2.2. Sobre el artículo 6

El primer apartado de la citada disposición, modificado del artículo 398-1 del Código de Enjuiciamiento Penal, añade a la lista de los delitos juzgados por el *tribunal correctionnel* (órgano jurisdiccional de primera instancia en materia penal)

“los delitos previstos por los artículos L. 335-2, L. 335-3 y L. 335-4 del Código de Propiedad Intelectual, cuando sean cometidos mediante un servicio de comunicación pública *on line*”. El segundo incorpora en el Código de Enjuiciamiento Penal el artículo 495-6-1, en el que se dispone que: “Los delitos previstos en los artículos L. 335-2, L. 335-3 y L. 335-4 del Código de Propiedad Intelectual, cuando sean cometidos mediante un servicio de comunicación pública *on line*, también podrán ser objeto del procedimiento simplificado del auto en materia penal previsto por la presente sección. En este caso, la víctima podrá solicitar al juez que resuelva, mediante el mismo auto por el que se pronuncie sobre la acción pública, sobre el ejercicio de acción civil de la víctima. El auto será notificado entonces a la parte civil y podrá ser objeto de contestación según las modalidades previstas en el artículo 495-3”.

Los recurrentes entienden que la institución de un procedimiento específico aplicable a los delitos de falsificación cometidos mediante un servicio de comunicación pública vía Internet y que permite que sean juzgados por un único juez o según el procedimiento simplificado del auto en materia penal vulnera el principio de igualdad ante la justicia. Asimismo, interpretan que esta “regresión de las garantías procesales” es incompatible tanto con la complejidad de los litigios relativos a la falsificación como con la gravedad de las sanciones susceptibles de ser pronunciadas y que, además, la posibilidad reservada a las víctimas de solicitar al juez que se pronuncie mediante auto penal sobre la demanda de daños y perjuicios de la parte civil privaría a las personas juzgadas de la posibilidad de contestar estas demandas. Por consiguiente, los presentantes afirman que estas disposiciones vulnerarían el derecho a un juicio justo, el respeto de los derechos de defensa y la presunción de inocencia.

El art. 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dispone que la ley “debe ser igual para todos, tanto para proteger como para castigar”. Si bien el legislador puede prever normas de procedimiento diferentes según los hechos, las situaciones y las personas a quienes se aplican, tiene que darse la condición de que estas diferencias no procedan de distinciones injustificadas y que se garanticen a los justiciables garantías iguales, especialmente en lo relativo al respeto del principio del derecho de defensa, que implica especialmente la existencia de un juicio justo y equitativo.

En primer lugar, con respecto a las particularidades de los delitos de falsificación cometidos mediante un servicio de comunicación pública *on line*, se le permite al legislador someter la persecución de estas infracciones a normas específicas. Al prever que estos delitos fuesen juzgados por el *tribunal correctionnel*, compuesto por un único juez, o que pudiesen ser juzgados en virtud del procedimiento simplificado, el legislador ha pretendido tomar en consideración la amplitud de las falsificaciones cometidas mediante estos servicios de comunicación, por lo que las normas de procedimiento instituidas por las disposiciones criticadas no crean diferencia alguna entre las personas que cometen tales actos.

En segundo término, como ya ha sido estimado por el Consejo, el procedimiento simplificado previsto por los arts. 495 a 495-6 del Código de Enjuiciamiento Penal no vulnera el principio de igualdad ante la justicia. Por tanto, la

extensión del campo de aplicación de este procedimiento a los delitos de falsificación cometidos mediante un servicio de comunicación pública *on line* y la posibilidad de que una pena de suspensión del acceso a dicho servicio sea pronunciada por auto penal no contravienen tal principio.

Por último, ninguna norma ni principio constitucional se opone a que el juez pueda resolver también, mediante auto en materia penal, sobre la demanda por daños y perjuicios formulada por la víctima siempre y cuando estime disponer de suficientes elementos para pronunciarse.

No obstante lo expuesto, el art. 34 de la Constitución le reserva a la ley la tarea de establecer normas de procedimiento penal. Asimismo, el segundo párrafo del art. 495-6-1 del Código de Enjuiciamiento Penal prevé que, en el marco del procedimiento simplificado, la víctima podrá presentar una demanda por daños y perjuicios y, en su caso, impugnar el auto penal. Sin embargo, esta disposición no establece la forma en que debe ser presentada esta demanda, no precisa los efectos de la eventual oposición de la víctima, ni garantiza el derecho del procesado de limitar su oposición únicamente a las disposiciones civiles del auto penal o tan sólo a sus disposiciones penales. Por consiguiente, el segundo párrafo del art. 495-6-1 del Código de Enjuiciamiento Penal debe declararse contrario a la Constitución.

De lo anteriormente expuesto se desprende que, en todo lo demás, el art. 6 no es inconstitucional.

2.3. Sobre el artículo 7

Con esta norma se restablece el art. L. 335-7 del Código de Propiedad Intelectual, que dispone: “Cuando la infracción sea cometida mediante un servicio de comunicación pública vía Internet, las personas culpables de las infracciones previstas en los artículos L. 335-2, L. 335-3 y L. 335-4 pueden además ser condenadas a la pena complementaria de suspensión del acceso a un servicio de comunicación pública *on line* durante un período de un año como máximo, junto con la prohibición de suscribir durante este mismo período otro contrato relativo a un servicio del mismo tipo con cualquier otro operador. Cuando se compra este servicio según ofertas comerciales combinadas que incluyen otros tipos de servicios, tales como servicios de telefonía o de televisión, las decisiones de suspensión no se aplicarán a estos servicios. La suspensión del acceso no afectará, por sí misma, al pago del precio del abono al proveedor del servicio. El artículo L. 121-84 del Código de Consumo no será aplicable durante el período de suspensión. Los gastos de una eventual rescisión del abono durante el período de suspensión correrán por cuenta del abonado. Cuando la resolución sea ejecutiva, la pena complementaria prevista en el presente artículo se comunicará a la Alta Autoridad para la Difusión de Obras y la Protección de Derechos en Internet, que la notificará a la persona cuya actividad sea ofrecer un acceso a servicios de comunicación pública *on line* para que aplique, en un plazo de quince días como máximo a partir de la notificación, la suspensión con respecto al abonado en cuestión. El hecho, por parte de la persona cuya actividad es ofrecer un acceso a servicios de comunicación pública *on line*, de no aplicar la pena de suspensión que le haya sido notificada se castigará con una multa máxima de €5.000. El artículo 777.3 del Código de Enjuiciamiento Penal no será aplicable a la pena complementaria prevista por el presente artículo”.

Alegan los recurrentes que la pena de suspensión del acceso a Internet durante un año es desproporcionada y no debe pronunciarse especialmente en el marco del procedimiento simplificado; que la obligación de pagar el precio del abono suscrito durante la suspensión constituye una sanción manifiestamente desproporcionada; que la imposibilidad técnica, al menos temporal, de hacer respetar las disposiciones del segundo párrafo del artículo L. 335-7 del Código de Propiedad Intelectual en el conjunto del territorio nacional confiere a ciertos ciudadanos una forma de inmunidad que vulnera el principio de igualdad y se opone a la aplicación inmediata de la ley; y, por último, que al confiar a una autoridad administrativa el poder de hacer ejecutar las penas de suspensión del acceso a Internet, el quinto párrafo del artículo L. 335-7 viola el principio de división de poderes.

El art. 8 de la Declaración de 1789 dispone que: “La ley tan sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias...”; de acuerdo con el artículo 34 de la Constitución: “La ley fijará las normas sobre... la tipificación de los delitos, así como las penas aplicables”.

La instauración de una pena complementaria destinada a reprimir los delitos de falsificación cometidos mediante un servicio de comunicación pública en línea y que consiste en la suspensión del acceso a este servicio durante un período máximo de un año, junto con la prohibición de suscribir durante este mismo período otro contrato relativo a un servicio del mismo tipo con cualquier operador, no vulnera el principio de necesidad de las penas.

El tercer párrafo del art. L. 335-7 del Código de Propiedad Intelectual precisa las consecuencias de la pena de suspensión del acceso a Internet en las relaciones contractuales entre el proveedor y el abonado, por tanto, la obligación impuesta a este último de pagar el precio del abono, a defecto de rescisión, no constituye ni una pena ni una sanción con carácter de castigo. Esta disposición, que tiene su fundamento en el hecho de que el incumplimiento del contrato es imputable al abonado, no vulnera ninguna exigencia constitucional.

Si bien, por razones vinculadas con las características de las redes de comunicación en ciertas zonas, la imposibilidad de garantizar el respeto de las disposiciones del segundo párrafo del citado art. L. 335-7 puede obstaculizar temporalmente que la pena complementaria de suspensión del acceso a Internet sea efectivamente ejecutada, esta circunstancia, que deberá considerar el juez al pronunciar la pena, no implica, por sí misma, vulneración del principio de igualdad ante la ley.

Por último, ninguna norma ni ningún principio constitucional se opone a que una autoridad administrativa participe en la aplicación de la ejecución de la pena de suspensión del acceso a Internet.

De todo lo expuesto se desprende que el art. 7 no es contrario a la Constitución.

2.4. Sobre el artículo 8

Esta disposición incorpora en el Código de Propiedad Intelectual el art. L. 335-7-1: “Para las faltas de la quinta clase previstas por el presente código, cuando el reglamento lo prevea, la pena complementaria definida en el artículo L. 335-7 podrá

ser pronunciada según las mismas modalidades, en caso de negligencia caracterizada, contra el titular del acceso a un servicio de comunicación pública en línea a quien la comisión de protección de derechos, en cumplimiento del artículo L. 331-25, haya remitido previamente, por carta con acuse de recibo o por cualquier otro medio por el que se pueda determinar la prueba de la fecha de presentación, una recomendación invitándolo a aplicar un medio de seguridad para su acceso a Internet. La negligencia caracterizada se apreciará con fundamento en los actos cometidos como máximo un año más tarde desde la presentación de la recomendación mencionada en el párrafo anterior. En este caso, la duración máxima de la suspensión será de un mes. El hecho, por parte de la persona condenada a la pena complementaria prevista en el presente artículo, de no respetar la prohibición de suscribir otro contrato de abono a un servicio de comunicación pública *on line* durante la duración de la suspensión se castigará con una multa de un importe máximo de €3.750”.

Según los presentantes, estas disposiciones crean una nueva tipología de negligencia caracterizada, sancionada con una pena de suspensión del acceso a Internet. Su imprecisión vulneraría el principio de legalidad de los delitos y de las penas, e instituiría una presunción de culpabilidad contraria al principio de presunción de inocencia; además, dicha sanción revestiría un carácter manifiestamente desproporcionado.

El citado art. 8 no instaura una falta, sino que crea una nueva categoría de pena complementaria que será aplicable a ciertas faltas de la quinta clase. Si bien, en virtud de las disposiciones criticadas, estas faltas tan sólo podrán ir acompañadas de la pena complementaria de suspensión del acceso a Internet por una duración máxima de un mes en caso de negligencia caracterizada, corresponde al poder reglamentario, en el ejercicio de la competencia que le atribuye el art. 37 de la Constitución, y bajo el control de los órganos jurisdiccionales competentes, definir sus elementos constitutivos. Asimismo, el carácter proporcionado de una pena se aprecia con respecto al conjunto de los elementos constitutivos de la infracción que debe reprimir, por lo que las quejas de que la nueva tipificación vulneraría los arts. 8 y 9 de la Declaración de 1789 deben desestimarse.

Por otra parte, si bien corresponde a los órganos jurisdiccionales competentes apreciar las situaciones de hecho que responden a la mencionada “negligencia caracterizada” en el art. L. 335-7-1, esta noción, que no reviste carácter equívoco, es lo bastante precisa como para garantizar que no habrá riesgo de arbitrariedad.

Por todo ello, el art. 8 es constitucional.

2.5. Sobre el artículo 11

Este artículo modifica el 434-41 del Código Penal, que castiga con una pena de dos años de cárcel y €30.000 de multa “la violación, por parte de la persona condenada, de las obligaciones o prohibiciones resultantes de las penas... de la prohibición de suscribir un nuevo contrato de abono a un servicio de comunicación pública *on line* resultante de la pena complementaria prevista en materia delictiva en el artículo L. 335-7 del Código de Propiedad Intelectual”.

Cabe considerar, contrariamente a lo afirmado por los recurrentes, que esta disposición no instituye una pena manifiestamente desproporcionada, por lo que no es contraria a la Constitución.

Por todo lo expuesto, se resuelve que el segundo párrafo del art. 495-6-1 del Código de Enjuiciamiento Penal, tal y como resulta del art. 6 de la Ley relativa a la protección penal de la propiedad literaria y artística en Internet, es contrario a la Constitución, y que los arts. 1º, 7, 8 y 11 de la misma ley, así como el resto de su art. 6, son constitucionales.

Nota del Instituto: el texto del Código puede consultarse en idioma francés, en: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20100301>>.

CONSEJO CONSTITUCIONAL DE FRANCIA, sentencia del 22-10-2009, N° 2009-590 DC, *Ley relativa a la protección penal de la propiedad literaria y artística en Internet*, en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es2009_590dc.pdf>.



>> **POLICÍA. EXCESO EN EL USO LEGÍTIMO DE LAS ARMAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (ITALIA).**

1. Antecedentes del caso: en altas horas de la noche del 29 de julio de 2000, los agentes de un patrullero policial (Saliniti y Anzalone) le preguntaron a un hombre que caminaba por las calles de Caltagirone si necesitaba algo. Éste (Bellavia), respondiendo de mal modo, extrajo una pistola de su chaqueta y apuntó contra los agentes. Éstos se alejaron unos metros, dieron una vuelta en U, se detuvieron, bajaron del patrullero y se resguardaron detrás de las puertas. Bellavia se arrodilló en medio de la calle y apuntó su arma contra los agentes. Éstos dispararon varias veces causando la muerte de aquél. El Tribunal de Apelaciones de Catania (Tribunal) confirmó la condena de Saliniti a la pena de cuatro meses de prisión por el delito contenido en los arts. 55 y 589 del Código Penal (C.P.) (homicidio culposo por exceso en el uso legítimo de las armas). El imputado recurrió ante la Corte de Casación solicitando la anulación de la sentencia.

2. Sentencia:

El recurso no puede ser acogido. El recurrente, invocando violación de la ley y vicio de motivación, aduce que el Tribunal excluyó la subsistencia de las causas de justificación de la legítima defensa o del uso legítimo de las armas, y que no justificó de manera adecuada y lógica la subsistencia, en los hechos probados, de un exceso en el uso legítimo de las armas.

En primer lugar, es preciso señalar que el Tribunal actuó correctamente al excluir la subsistencia de la legítima defensa. Los hechos muestran que el imputado no hizo uso de las armas para defender un derecho propio o de terceros contra una agresión. Por otro lado, la motivación es adecuada e inmune de vicios lógicos. En efecto, la situación de peligro habría podido ser neutralizada con una conducta diferente, menos lesiva, igualmente idónea y segura. No subsiste la necesidad de usar

armas existiendo conductas alternativas -que no fueron tomadas en consideración ni por Saliniti ni por Anzalone-, como el pedido y la espera de refuerzos con los cuales planificar otras formas de intervención. Asimismo, es correcto y razonable observar que Bellavia no sólo no disparó contra los agentes en momentos en que habría podido hacerlo, sino que cuando los agentes comenzaron a disparar, él se encontraba al descubierto y encandilado por las luces del patrullero.

La necesidad de rechazar una agresión, de vencer una resistencia o de impedir determinados delitos constituye un presupuesto objetivo de la legitimidad del uso de las armas o de otros medios de coacción física. Tal requisito debe ser entendido como la aplicación del principio por el cual el uso de las armas o de otros medios de coacción debe constituir la *extrema ratio* en la elección de los métodos necesarios para el cumplimiento del deber. Sólo es legítimo cuando no existe otro medio posible. Además, es necesario interpretarlo como expresión de la exigencia de una graduación en el uso de los medios de coacción (entre varios medios de coacción igualmente eficaces, es preciso elegir el menos lesivo). Puede ser suficiente disparar al aire (con una finalidad intimidatoria y de coacción psicológica) o cerca del sujeto (con intención persuasiva), etc., y sólo se puede admitir como *extrema ratio* la posibilidad de disparar al cuerpo de la persona cuando el conflicto concierne intereses de valor absoluto. En otras palabras, el criterio de la proporción siempre debe guiar al oficial público, al que se solicita -sin que tenga que renunciar al cumplimiento de su deber- que alcance su objetivo con el menor sacrificio del interés contrapuesto. Es un principio de proporción que constituye un límite no expresamente señalado en el art. 53 C.P., pero que es implícitamente deducible y aplicable como principio general del ordenamiento jurídico.

En el caso en examen, hubo un culpable error de evaluación, que implica responsabilidad penal según lo dispuesto en el art. 55 C.P., concerniente al límite impuesto por la necesidad de rechazar la agresión o de vencer la resistencia, es decir, referido a si era o no legítimo recurrir al uso extremo de las armas, disparando varias veces sobre el cuerpo de un hombre quieto y encandilado por las luces del patrullero.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia del 15-11-2007, N° 854, en *Cassazione Penale. Rivista mensile di giurisprudenza*, Milán, Giuffrè, 2009, N° 3, p. 1042.



>> **RESPONSABILIDAD MÉDICA. DEBER DE INFORMAR. DERECHO A LA VIDA.** SUBJETIVIDAD JURÍDICA DEL CONCEBIDO (ITALIA).

1. Antecedentes del caso: la demandante X se dirigió al Centro Médico del Prof. A a fin de someterse a un tratamiento de fertilidad. Allí los doctores B y C le prescribieron la medicación *Clomid* y después de algunos meses se produjo la fecundación. Luego, el Dr. B suspendió el tratamiento y lo sustituyó por otro a base de *Progesteronum*. La demandante dio a luz un niño (F.) con gravísimas malformaciones. Después de varios exámenes, se descartó que éstas tuvieran origen hereditario; se

concluyó que dependían del suministro de los medicamentos referidos y que no habían sido observadas en el período de embarazo y desarrollo del feto, con grave responsabilidad de los médicos a cargo. El Tribunal de Nápoles, mediante sentencia del 25 de mayo de 2001, declaró la responsabilidad exclusiva de A condenándolo al pago del resarcimiento. Éste y los demás médicos apelaron ante el Tribunal de Apelaciones de Nápoles, que confirmó la decisión, motivo por el cual recurrieron a la Corte de Casación (Corte).

2. Sentencia:

El Tribunal de Apelaciones no sólo considera que ha sido violado el deber informativo en orden a los riesgos vinculados con la toma de clomifeno por parte de la madre, sino que imputa a los médicos la prescripción de dicho fármaco con propiedades teratógenas sobre la base de consultas técnicas de oficio y de los datos estadísticos de allí surgidos: en 2269 casos de embarazo asociados con el suministro del fármaco, hubo 58 concebidos con las mismas malformaciones que F; además, ocho madres de este último grupo tomaron el fármaco durante las primeras seis semanas de embarazo, y en los primeros años de comercialización de la sustancia nacieron siete niños malformados sobre siete embarazos. Los datos estadísticos son incontrovertibles. El Tribunal de Apelaciones sostuvo que los médicos a cargo no podían desconocer los riesgos representados por el fármaco prescrito debido a la existencia de estudios científicos sobre el caso y que eran culpables de no informar a la mujer de tales peligros. El conocimiento de éstos habría permitido a X y a su cónyuge evaluar la opción de recurrir al fármaco para inducir la ovulación, teniendo en cuenta las posibilidades de que el feto presentara malformaciones. Es preciso afirmar la subjetividad jurídica del concebido y, en consecuencia, el nexo de causalidad entre el comportamiento de los médicos (que omitieron información y prescribieron fármacos dañinos) y las malformaciones del concebido que, al nacer, adquiere el ulterior derecho patrimonial al resarcimiento.

Sostener la configuración del concebido como sujeto jurídico implica el desarrollo de dos ineludibles premisas argumentativas: a) la estructura actual del ordenamiento italiano, en particular del civil, basado en una pluralidad de fuentes, con la consiguiente ejecución de los llamados principios de decodificación y despatrimonialización, y b) la función interpretativa del juez en orden a la formación de la llamada jurisprudencia-normativa como fuente autónoma de derecho. Es indudable que el Código Civil (C.C.) vigente, contrariamente a sus orígenes históricos afines a las codificaciones europeas decimonónicas que tuvieron en el Código Napoleón su más evidente manifestación, ya no representa la única fuente de referencia para el intérprete en un ordenamiento caracterizado por varias fuentes, entre las cuales se destacan: la Constitución republicana de 1948 (que determinó el pasaje del Estado liberal al Estado social, caracterizado desde un punto de vista jurídico por la llamada centralidad de la persona), la legislación ordinaria, la normativa comunitaria y la jurisprudencia normativa. Tal pluralidad de fuentes determinó los fenómenos de decodificación y de despatrimonialización. Por el primero se entiende el debilitamiento de la tradicional previsión de la normativa de todos los intereses

considerados meritorios de tutela en un único texto normativo y, por el segundo, la atribución a la persona (en una perspectiva no individual, sino en el ámbito de las formaciones sociales en que manifiesta su propia identidad y el conjunto de valores del que es expresión) de una posición central como portadora de intereses no sólo patrimoniales, sino también personales (explícitamente previstos en los arts. 2 y 32 de la Constitución).

Es justamente en virtud de la cláusula de la centralidad que el concebido es considerado como sujeto jurídico. Ello puede corroborarse en numerosas disposiciones de ley y en precedentes jurisprudenciales de esta Corte y de la Corte Constitucional. En efecto, el art. 1 de la Ley N° 40/2004, al indicar las finalidades de la procreación médicamente asistida, dispone la tutela de los derechos de todos los sujetos implicados, inclusive del concebido; el art. 1 de la Ley N° 194/1978 sobre la interrupción voluntaria del embarazo prevé que el Estado garantiza el derecho a la procreación consciente y responsable, reconoce el valor social de la maternidad y tutela la vida humana desde sus comienzos; el art. 254.1 del C.C. prevé que el reconocimiento del hijo natural no sólo puede efectuarse a favor de quien ya ha nacido, sino también después de la concepción; la Ley N° 405/1975, al regular el establecimiento de los consultorios familiares, afirma explícitamente la exigencia de protección de la salud del “producto de la concepción”; el art. 32 de la Constitución, refiriéndose al individuo como destinatario de su tutela, contempla implícitamente la protección del niño por nacer; el “derecho a la vida”, que les corresponde a “todos los individuos”, está explícitamente previsto tanto en el art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y la sentencia N° 35/1997 de la Corte Constitucional le atribuye al concebido el derecho a la vida, recordando que el principio de tutela de la vida humana también ha sido objeto de reconocimiento en la Declaración de los Derechos del Niño.

Actualmente, es dable entender por subjetividad jurídica una noción más amplia que la de capacidad jurídica de las personas físicas, con la consiguiente falta absoluta de coincidencia desde un punto de vista jurídico entre sujeto y persona y personalidad jurídica (con referencia a los entes reconocidos, dotados de autonomía “perfecta” en el plano patrimonial). Son sujetos jurídicos los titulares de intereses protegidos, así como los entes no reconocidos. En este contexto, el concebido resulta dotado de subjetividad jurídica autónoma (específica, especial, atenuada, provisoria o parcial) porque es titular, en el plano sustancial, de algunos intereses personales en vía directa, como el derecho a la vida, a la salud o a la integridad psicofísica, al honor o a la reputación y a la identidad personal, con respecto de los cuales la operatividad de la *conditio iuris* del nacimiento, según lo dictado por el art. 1.2 del C.C., es condición imprescindible para su accionar en juicio a efectos resarcitorios. La cuestión de la subjetividad jurídica del concebido ha sido objeto de la atención del legislador italiano en algunos proyectos de ley, entre ellos, los de las leyes 1436/1996 y 2965/1997.

Con referencia al *thema decidendum* en examen, el concebido tiene derecho a nacer sano en virtud de los arts. 2 y 32 de la Constitución. Además, el contrato de la paciente tanto con la estructura sanitaria como con el médico particular produce

efectos en las partes, en el concebido y en el progenitor. La eficacia del contrato, que se determina con base en la regla general dispuesta en el art. 1372 C.C. entre las partes, se extiende a favor de terceros, en virtud de la lectura constitucional de toda la normativa de los códigos sobre el tema de la eficacia y la interpretación del contrato, por lo cual ese instrumento no puede ser considerado fuera de la visión social (no individual) del ordenamiento, caracterizado por la centralidad de la persona. Si, en esa perspectiva, la causa del contrato es la síntesis de los intereses de los sujetos contrayentes, no se le puede negar al acuerdo existente entre una paciente gestante, una estructura sanitaria y los médicos la idoneidad para dar lugar a consecuencias jurídicas en relación con el sujeto concebido y con el otro progenitor en su calidad de componente familiar. Dicho acuerdo “se proyecta” en el destinatario “final” (el concebido que luego viene al mundo) y en el progenitor, quien, junto con la madre, tiene los derechos y los deberes que dispone el art. 30 de la Constitución, la normativa ordinaria y los códigos.

Con respecto al consentimiento informado, la respectiva exigencia de su “ejecución” se refleja, además de lo previsto en el Código deontológico médico, principalmente en los arts. 32.2 (“nadie puede ser obligado a un determinado tratamiento sanitario si no es por disposición de ley”) y 13 de la Constitución (que garantiza la inviolabilidad de la libertad personal con referencia a la libertad de salvaguardia de la propia salud e integridad física), y en el art. 33 de la Ley N° 833/1978 (que excluye tratamientos sanitarios contra el consentimiento del paciente si éste no está en condiciones de expresarlo y concurren los presupuestos del estado de necesidad según lo dictado en el art. 54 del Código Penal). La violación de la obligación de informar no comporta un vicio del contrato por falta de una explícita previsión en ese sentido, sino el resarcimiento del daño. En el ordenamiento italiano no se puede configurar un derecho “a no nacer si no sano”, porque, con base en los arts. 4, 6 y 7.3 de la Ley N° 194/1978, que prevén la posibilidad de interrumpir el embarazo sólo en los casos en que su prosecución o el parto comporten un grave peligro para la salud o la vida de la mujer, debe excluirse del ordenamiento el llamado aborto eugenético. Por ello, el concebido que nace no puede valerse del resarcimiento del daño porque la madre no fue puesta en condiciones de abortar.

Por otra parte, el Tribunal de Apelaciones sostuvo que “A no puede afirmar que dado que el parto estuvo en manos de B y C, toda la responsabilidad es exclusivamente de éstos. En efecto, se ha demostrado a través de los textos y de la documentación de las Cámaras de Comercio que el sector de la clínica donde dio a luz la mujer está reservado para las parturientas atendidas en el centro de A, que es accionista de la Clínica. En segundo lugar, las malformaciones del menor no derivaron de una malpraxis en el parto, sino del suministro de clomifeno durante el período en que X era atendida en el centro por B. Debe considerarse entonces la responsabilidad concurrente por los daños causados”.

Es infundada la afirmación del recurrente referida a una violación de los principios en materia de relación de causalidad. Sobre el tema, la Corte ya ha establecido que la evaluación del nexo de causalidad (material) en sede civil presenta una relevante diferencia en relación con los parámetros probatorios. En efecto, existiendo

una diferencia de valores en juego entre la responsabilidad penal y la civil, en el primer caso es necesario que la prueba sea ofrecida “más allá de toda duda razonable”, mientras que en materia civil rige el principio de prevalencia probabilística. Además, es preciso agregar que en el tema de la responsabilidad contractual es relevante la objetiva “inexactitud” del cumplimiento por parte del prestador, que debe compararse con el criterio subjetivo de evaluación de su actuar sobre la base de la diligencia media o “reforzada” que disponen respectivamente los arts. 1176.1 y 2 del C.C. Con respecto a la responsabilidad civil, el ilícito extracontractual es “sancionado” con el resarcimiento del daño cuando el hecho es objetivamente probable y subjetivamente previsible, mientras que la responsabilidad contractual, también fuente de la obligación resarcitoria, subsiste si la prestación brindada no corresponde a lo pautado en estrecha conexión con el grado de diligencia requerido. En el caso en examen, A y B han sido considerados responsables contractualmente porque, por un lado, no informaron debidamente a X de la peligrosidad de los medicamentos prescritos y, por el otro, cumplieron “inexactamente” con la prestación a su cargo, de modo no diligente, como surge del art. 1176.2 C.C., prescribiendo un fármaco dañino para el concebido. En ambas hipótesis, es evidente la subsistencia del nexo de causalidad: el comportamiento omisivo impidió que X diera o negara su consentimiento al tratamiento, y la prescripción de *Clomid* determinó las lesiones y malformaciones de su hijo.

En conclusión, es preciso afirmar, en cuanto a la subjetividad jurídica de F. en el plano personal como concebido, su derecho a nacer sano y la correspondiente obligación de los médicos a resarcirlo por los motivos referidos. No habría tenido derecho al resarcimiento si el consentimiento informado fuera necesario a efectos de una interrupción del embarazo, ya que no existe una configuración del derecho a no nacer (si no sano). Además, y con base en el nexo de causalidad que disponen los arts. 1218 y 1176.2 C.C., resulta justo el resarcimiento a los progenitores.

Por todo ello, la Corte rechaza los recursos interpuestos.

Nota del Instituto: sobre la Ley N° 40/2004, ver el artículo de ANDREA GENTILOMO y ANTONELLA PIGA en *investigaciones* 3 (2004), pp. 588/599.

CORTE DE CASACIÓN DE ITALIA, sentencia del 11-5-2009, N° 1074, en <http://www.olir.it/ricerca/index.php?Form_Document=5068>.



>> **SALUD. SEGURIDAD SOCIAL. DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. FUNCIONARIOS. DEBER DE DILIGENCIA. PODER JUDICIAL. ATRIBUCIONES. CASOS ABSTRACTOS (PERÚ).**

1. Antecedentes del caso: se interpone demanda de amparo contra el Seguro Social de Salud (EsSalud) a fin de que se ordene a dicha entidad la continuidad de la prestación del tratamiento médico y suministro de medicamentos recetados a la recurrente, pues de lo contrario se verían afectados gravemente sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social. Con posterioridad a la interposición de la demanda, se produjo el deceso de aquélla. El Juzgado Mixto de Wanchaq declaró fundado el recurso y ordenó a la demandada no volver a incurrir en tales acciones u omisiones. La sala revisora revocó la sentencia, ya que consideró no acreditadas la interrupción del suministro de insumos para realizar la diálisis, la suspensión de la entrega de medicamentos y la negación del traslado de la paciente a la Unidad de Cuidados Intensivos. En este estado, se interpuso un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional en nombre de la fallecida.

2. Sentencia: se declara fundado el recurso. En aplicación de lo dispuesto en el art. 1.2 del Código Procesal Constitucional (CPC), se exhorta a EsSalud a no volver a incurrir en conductas que pongan en peligro el derecho a la salud y a la vida de los pacientes, bajo expreso apercibimiento de aplicar a ella o a su personal administrativo las medidas previstas en el art. 22 del citado cuerpo normativo.

2.1. La muerte de la recurrente pone de manifiesto una indiscutible situación de sustracción de materia por la obvia irreparabilidad de los derechos reclamados (esto es, la imposibilidad de ordenar que las cosas retornen al estado anterior a la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales alegados). Aparentemente, carecería de sentido, entonces, emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Sin embargo, es preciso reiterar que el proceso de amparo no sólo cumple una función *strictu sensu* restitutoria, sino que, excepcionalmente y de conformidad con los arts. 1.2 y 8 del CPC, también tiene finalidades preventivas e incluso cuasi-sancionatorias. En efecto, es preventivo cuando se busca evitar que conductas comprobadamente atentatorias contra los derechos fundamentales vuelvan a reiterarse en el futuro. Es cuasi-sancionatorio cuando, de modo paralelo a la determinación de la conducta inconstitucional, se presumen indicios de responsabilidad penal que legitiman que, después de concluida la participación del juez constitucional, los actuados sean remitidos a la vía penal a fin de determinar las responsabilidades que en dicho extremo pudieran existir.

En tal orden de ideas, por la forma como se han desarrollado los hechos y por el comportamiento asumido tanto por la entidad emplazada como por las autoridades judiciales que conocieron del presente proceso, en cuyo curso se aprecia un trámite irrazonablemente dilatado, es perfectamente posible emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia a fin de dar cumplimiento a las finalidades del proceso señaladas.

2.2. Uno de los derechos alegados como vulnerados por la recurrente es a la salud, el cual goza de reconocimiento y de protección a nivel internacional a través de declaraciones, pactos y convenios (tanto de alcance universal como regional) de los cuales Perú es parte.

De dichos acuerdos internacionales puede concluirse que se establece un reconocimiento explícito o implícito del derecho a la salud como un derecho intrínseco a la naturaleza humana y que, por consiguiente, se torna fundamental e indispensable para el pleno ejercicio de los demás derechos fundamentales. Por lo tanto, el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas adecuadas orientadas a asegurar la plena efectividad de tal derecho y a crear condiciones que aseguren a todas las personas asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad, desempleo, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Cuando el art. 7 de la Norma Fundamental establece que “todos tienen derecho a la protección de la salud (...) así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”, indica que la salud es no sólo un atributo esencial de carácter universal, sino que el Estado, la sociedad y cualquier individuo en particular tienen la obligación de fomentar condiciones que faciliten o hagan viable su plena realización.

En el caso específico del Estado, existe no sólo la obligación de promover todo tipo de servicios que hagan posible que la persona (cualquier persona) pueda alcanzar el más alto nivel de salud, sino de garantizar que cada uno de esos servicios se proporcione en forma óptima o adecuada. Características de dicho atributo son, por ello, la indisponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad.

Los servicios públicos de salud cobran, pues, vital importancia en la sociedad, pues de la eficiencia en su prestación dependen la vida y la integridad de los pacientes. Resta por agregar que la cobertura de dicho atributo no sólo abarca el ámbito estrictamente individual, sino que también se extiende al entorno familiar e incluso al comunitario, por tratarse de un bien que trasciende la órbita personal.

Por otra parte, y debido a su condición habilitante para el ejercicio de otros derechos, cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, adquiere el máximo de su potencialidad y, por tanto, su afectación merece protección inmediata por la vía del amparo. En este contexto, queda fuera de toda duda que la salud se configura como un derecho fundamental indiscutible y, como tal, se convierte en objeto de acciones positivas y negativas por parte del Estado, quien, como receptor de acciones positivas, debe promover condiciones que faciliten el acceso a este derecho de modo progresivo y, en tanto receptor de acciones negativas, debe garantizar su protección adecuada en caso de desconocimiento.

2.3. Corresponde considerar que, de manera independiente a si en el momento de acontecidos los hechos la recurrente contaba o no con un seguro asistencial vigente que le permitiese obtener una atención asistencial inmediata, la existencia de una investigación administrativa en curso destinada a verificar o desestimar el carácter irregular de la afiliación de la demandante de ninguna manera podía ser óbice para dejarla en una situación de desprotección absoluta. En efecto, como consta en autos,

la demandante venía padeciendo de insuficiencia crónica renal, enfermedad que, evidentemente, si no se trataba de forma oportuna y especializada, colocaba en grave riesgo su estado de salud y, por consiguiente, su vida. Ello, lamentablemente, ocurrió así, y se corrobora con el posterior traslado de la recurrente a la Unidad de Cuidados Intensivos.

Aun cuando no está acreditado en autos que haya existido por parte de EsSalud una orden expresa de desatención médica, se infiere de las comunicaciones administrativas que la intención de la entidad emplazada, por lo menos a nivel de sus dependencias administrativas, ha sido en todo momento la de condicionar la atención médica a la existencia de un pagaré o un depósito de dinero como garantía, en razón de existir una *presunción* de afiliación irregular. Este condicionamiento de pago se impuso a cambio de continuar ofreciendo un servicio médico fundamental, lo que pone en evidencia la obstaculización que existió para brindar una adecuada atención a la recurrente, que terminó por generar incidencias en la protección de su derecho fundamental a la salud.

Determinar finalmente si se produjo el deceso como consecuencia de las deficiencias en la atención recibida por la demandante es algo que requeriría ser esclarecido mediante una investigación adecuada por parte de las autoridades competentes, las que, en todo caso, serán las que establezcan los respectivos niveles de responsabilidad de las autoridades o funcionarios presuntamente involucrados. Lo mismo debe hacerse respecto a las autoridades judiciales que han conocido del presente proceso constitucional (específicamente, a nivel de su primera instancia), pues éstas, a pesar de la evidente urgencia del reclamo planteado, han optado por una actitud injustificadamente formalista y por demás dilatadora del proceso, que no se compadece en lo absoluto con lo que debería esperarse de quienes representan o se encuentran a cargo de la justicia constitucional.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, sentencia del 17-12-2009, 02034-2009-AA, en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02034-2009-AA.html>>.



>>**VIOLENCIA DOMÉSTICA. DERECHO A LA IGUALDAD.** DISCRIMINACIÓN SEXUAL (ESPAÑA).

1. Antecedentes del caso: un juzgado en lo penal de Murcia cuestiona la constitucionalidad del art. 153.1 del Código Penal (CP), el cual, conforme a la redacción dada por el art. 37 de la Ley Orgánica 1/2004 del 28 de diciembre (Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género), reza: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la

pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”. La impugnación se funda en que la interpretación del precepto, al compararla con la del art. 153.2 CP, establece un trato penal diferente en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del delito, que podría ser constitutivo de una discriminación por razón de sexo, prohibida por el art. 14 CE, y que además podría comportar una vulneración del principio de culpabilidad.

2. Sentencia:

2.1. De acuerdo con reiterada doctrina relativa al art. 14 CE, dicho precepto acoge dos contenidos diferenciados: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación. La virtualidad de esta norma no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación se refiere a la prohibición de una enumeración no taxativa de motivos o razones concretos de discriminación. No obstante, el Tribunal ha admitido también que puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica, si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación.

2.2. El análisis relativo a la adecuación constitucional del art. 153.1 CP desde la perspectiva del art. 14 CE ha de comenzar recordando que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para considerarla delictiva e imponerle una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador, para la que goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática.

El hecho de que la elaboración de la política criminal corresponda en exclusiva al legislador, y que la determinación de las conductas que han de penarse y la diferenciación entre ellas a los efectos de asignarles la pena adecuada para su prevención sean el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución demarca los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal. Lejos de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, ha de repararse únicamente, cuando así se lo demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma. Así, el análisis actual del art. 153.1 CP sólo evalúa si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa.

A la luz de la doctrina antes reseñada en torno al doble contenido del art. 14 CE (principio general de igualdad y prohibición de discriminación), debe precisarse que el auto de planteamiento invoca la jurisprudencia relativa a la igualdad como cláusula general contenida en el primer inciso del mismo. Ésta es la perspectiva adecuada para analizar el precepto, pues a la vista del tipo de conductas incriminadas en el art. 153.1 CP y de las razones de su tipificación por el legislador, sustentadas en su mayor desvalor en comparación con las conductas descritas en el art. 153.2 CP, no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados, requisito, como se ha visto, de la interdicción de discriminación del art. 14 CE. La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar con mayor rigor determinadas agresiones que entiende más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada.

El principio general de igualdad del art. 14 CE exige que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida. Descartada en este caso la falta de objetividad de la norma, pues resulta indudable su carácter general y abstracto, proceden ahora los análisis de razonabilidad de la diferenciación y de falta de desproporción de sus consecuencias, distinguiendo lógicamente en el primero entre la legitimidad del fin de la norma y la adecuación a dicho fin de la diferenciación denunciada.

2.3. La Ley Orgánica 1/2004 tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud), y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales. La exposición de motivos y el artículo que sirve de pórtico a la norma son claros al respecto.

Es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador, que no merecen mayor insistencia.

2.4. La razonabilidad de la diferenciación normativa cuestionada -la que se produce entre los arts. 153.1 y 153.2 CP- no sólo requiere justificar la legitimidad de su finalidad, sino también su adecuación a la misma. Será necesario que resulte adecuada una diferenciación típica que incluya, entre otros factores, una delimitación distinta de los sujetos activos y pasivos del tipo: que sea adecuado a la legítima finalidad perseguida que el tipo de pena más grave restrinja el círculo de sujetos activos -en la interpretación de la magistrada cuestionante, que, como ya se ha advertido, no es la única posible- y el círculo de sujetos pasivos.

Con independencia ahora de que la configuración de un sujeto activo común no deja de arrostrar el riesgo de una innecesaria expansión de la intervención punitiva, con una especificación de los sujetos activos y pasivos como la del inciso cuestionado no se producirá la disfuncionalidad apuntada si cabe apreciar que estas agresiones tienen un mayor desvalor y que por ello necesita ser contrarrestado con una pena superior. Esto último es lo que subyace en la decisión normativa cuestionada en apreciación del legislador que no puede calificarse de irrazonable: que las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. En la opción legislativa cuestionada, esta inserción de la conducta agresiva la dota de una violencia particular y es, correlativamente, peculiarmente lesiva para la víctima. Y esta gravedad mayor exige una sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas. El legislador toma así en cuenta una innegable realidad para criminalizar un tipo de violencia que se ejerce por los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja y que, con los criterios axiológicos actuales, resulta intolerable.

No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural -la desigualdad en el ámbito de la pareja- generadora de gravísimos daños a sus víctimas, y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: por un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; por otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado.

Esta razonabilidad legislativa en la apreciación de este desvalor añadido no se quiebra, como alega el auto de cuestionamiento, porque tal desvalor no haya sido considerado en otros delitos más graves -maltrato habitual, delitos contra la libertad sexual, lesiones graves u homicidio-. Por un lado, la comparación no desmiente la razonabilidad en sí de aquel juicio axiológico; por otro, tampoco objeta el precepto cuestionado desde la perspectiva del principio genérico de igualdad, al tratarse de delitos de un significativo mayor desvalor y de una pena significativamente superior. Lo que la argumentación más bien sugiere es o un déficit de protección en los preceptos comparados -lo que supone una especie de desproporción inversa sin, en principio, relevancia constitucional- o una desigualdad por indiferenciación en dichos preceptos merecedora de similar juicio de irrelevancia.

Lo mismo sucede respecto a la objeción de que la agravación se haya restringido a las relaciones conyugales o análogas -sin inclusión, por ejemplo, de las paternofiliales-. Y más allá de que las relaciones comparadas son relaciones carentes de las peculiaridades culturales, afectivas y vitales de las conyugales o análogas, debe subrayarse que cuando las mismas son entre convivientes, cabe su encuadramiento en el art. 153.1 CP si se considera que se trata de agresiones a personas especialmente vulnerables.

El término “género” que titula la ley y que en su articulado pretende comunicar no trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad.

La legitimación constitucional de la norma desde la perspectiva del principio general de igualdad (art. 14 CE) requiere, además de la razonabilidad de la diferenciación, afirmada en los dos fundamentos anteriores, que la misma no conduzca a consecuencias desproporcionadas que deparen que dicha razonable diferencia resulte inaceptable. Este análisis de ausencia de desproporción habrá de tomar en cuenta así tanto la razón de la diferencia como la cuantificación de la misma: habrá de constatar la diferencia de trato que resulta de la norma cuestionada y relacionarla con la finalidad que persigue. El baremo de esta relación de proporcionalidad ha de ser de “contenido mínimo”, en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas, y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas. Sólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa.

Tampoco con la perspectiva de esta tercera exigencia de la igualdad merece reproche constitucional la norma cuestionada. Es significativamente limitada la diferenciación a la que procede la norma frente a la trascendencia de la finalidad de protección que pretende desplegarse con el tipo penal de pena más grave y frente a la constatación de que ello se hace a través de un instrumento preventivo idóneo, cual es la pena privativa de libertad.

Desde el punto de vista de los supuestos diferenciados, debe recordarse que el precepto más grave sólo selecciona las agresiones hacia quien es o ha sido pareja del agresor cuando el mismo es un varón y la agredida una mujer (art. 153.1 CP), en la interpretación del auto de cuestionamiento, y que equipara a las mismas las agresiones a personas especialmente vulnerables que convivan con el autor. Como ya se ha señalado, podrán quedar reducidos estos casos de diferenciación si se entiende

que, respecto a estos últimos sujetos pasivos, el sujeto activo puede ser tanto un varón como una mujer, pues en tal caso el art. 153.1 CP podrá abarcar también otros casos de agresiones en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron: las agresiones a persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor o la agresora.

Desde el punto de vista punitivo, la diferencia entre los incs. 1 y 2 del art. 153 CP se reduce a la de tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena (un marco penal de seis meses a un año frente al de tres meses a un año), debiendo subrayarse, en primer lugar, que esta pena diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y, en segundo lugar, que el art. 153.4 CP incorpora como opción el que la pena del art. 153.1 CP pueda rebajarse en un grado “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”, si bien es cierto que esta misma previsión es aplicable también al art. 153.2 CP, lo que permite en este caso imponer una pena inferior a la mínima alcanzable a partir del art. 153.1 CP.

2.5. De la variedad de recursos que pone el legislador en manos del juez penal merece la pena destacar, en suma, que cuando la agresión entre cónyuges, ex cónyuges o relaciones análogas sea entre sujetos convivientes distintos a los del primer inciso del art. 153.1 CP -sujeto activo varón y sujeto pasivo mujer- y la víctima sea una persona especialmente vulnerable, dicha agresión será penada del mismo modo que la agresión del varón hacia quien es o fue su pareja femenina, que por las razones expuestas cabe entender como de mayor desvalor. Asimismo, el legislador permite calibrar “las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho” con la imposición de la pena inferior en grado (art. 153.4 CP), que, si es privativa de libertad, coincide con la propia del art. 153.2 CP.

En el marco de la argumentación del cuestionamiento de la norma (art. 14 CE), se encuentran dos alegaciones que se expresan como de contrariedad de la misma al principio de culpabilidad penal. La primera se sustenta en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, o una situación de vulnerabilidad de la víctima. La segunda objeción relativa al principio de culpabilidad, de índole diferente, se pregunta si no se está atribuyendo al varón “una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor”.

No puede acogerse la primera de las objeciones. El legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja.

Tampoco se trata de que una especial vulnerabilidad, entendida como una particular susceptibilidad de ser agredido o de padecer un daño, se presuma en las mujeres o de que se atribuya a las mismas por el hecho de serlo, consideración que podría ser contraria a la idea de dignidad igual de las personas (art. 10.1 CE), como apunta el auto de planteamiento. Se trata de que, como ya se ha dicho antes y de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima.

Tampoco puede estimarse la segunda objeción. Ciertamente es que la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal como derivación de la dignidad de la persona, y que ello comporta que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: sólo cabe imponer una pena al autor del delito en el uso de su autonomía personal. La pena sólo puede imponerse al sujeto responsable del ilícito penal; no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos; y no cabe la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del sujeto sancionado, a si concurría dolo, culpa o negligencia grave, culpa o negligencia leve o simple negligencia, al elemento subjetivo de la culpa.

El hecho de que en los casos cuestionados que tipifica el art. 153.1 CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y sólo él, coadyuva con su violenta acción.

Aun considerando que el sujeto activo del inciso cuestionado ha de ser un varón, la diferenciación normativa que impugna el auto de cuestionamiento por comparación con el art. 153.2 CP queda reducida con la adición en aquel artículo de la “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” como posible sujeto pasivo del delito. La diferencia remanente no infringe el art. 14 CE porque se trata de una diferenciación razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal, que, por la limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no conduce a consecuencias desproporcionadas. Se trata de una diferenciación razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito -el de la pareja- en el que están insuficientemente protegidas, y porque persigue esta legítima finalidad de un modo adecuado a partir de la, a su vez, razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad,

la libertad y la dignidad de las mujeres. Como esta gravedad no se presume, como la punición se produce precisamente por la consciente realización del más grave comportamiento tipificado, no puede apreciarse vulneración alguna del principio constitucional de culpabilidad.

Por las razones expuestas, se desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (Pleno), sentencia del 14-5-2008, N° 59/2008, en <<http://sentencias.juridicas.com/docs/00286678.html>>.



TEXTOS ESCOGIDOS

investigaciones

>> **BIOÉTICA. IDENTIFICACIÓN GENÉTICA. ADN (INTERNACIONAL).****1. Datos históricos**

La identificación personal constituye el fundamento de la investigación criminológica. En tiempos antiguos, los procedimientos identificatorios se basaban en características generales como el sexo, la edad, la raza, el color del cabello, y en otras específicas como cicatrices o malformaciones. También se experimentaron métodos identificatorios basados en las características de la dentadura, de la cicatriz umbilical, del iris, etc., que resultaron ineficaces en su aplicación a nivel masivo. En Francia, a partir del siglo XVII, la identificación de los delincuentes se hizo a través de marcas a fuego sobre la piel, práctica que fue abolida por ley en 1832.

Las primeras experiencias “científicas” de identificación personal se remontan a mediados del siglo XIX con el uso de la fotografía para retratar el rostro, las medidas antropométricas y la determinación de características individuales, como la forma de las arrugas y de los pabellones auriculares. El primer método sistemático antro-po-identificatorio fue introducido por el francés Alphonse Bertillon (1853-1914), quien delineó un protocolo y un equipo de instrumentos para la medición de la estatura, la circunferencia craneana, el largo de los brazos, las piernas, el pie, los dedos medio y meñique izquierdos, etc., basándose en la teoría según la cual la estructura esquelética humana, que presenta una excepcional variedad en términos de dimensiones entre un sujeto y otro, al llegar a la edad de veinte años deja de modificarse. Las metodologías científicas y sistemáticas introducidas por el autor fueron transmitidas en cursos de formación en materia de policía criminal. En Italia, el docente y médico legal Salvatore Ottolenghi fue el primero que introdujo los métodos de investigación científica en el ámbito policial.

En los primeros años del siglo XX, con el surgimiento de la dactiloscopia, el método de Bertillon declinó. Edward R. Henry fue el fundador de la catalogación de las impresiones dactilares que, una vez demostrada su validez y eficacia, fue adoptada por el Reino Unido, los territorios bajo su control y los EE.UU. Otro método práctico de catalogación fue ideado en Argentina por Juan Vucetich, el primero que propuso un plan de clasificación dactiloscópico para usar en los departamentos de policía. Basado tanto en símbolos alfabéticos como numéricos, fue utilizado sobre todo en los países de habla hispana.

El salto evolutivo llegó en los años '70 con el descubrimiento de técnicas para la determinación de peculiares y variables características de la sangre, los llamados polimorfismos eritrocitarios, entre los cuales se encuentra el conocido “grupo AB0”, y los polimorfismos enzimáticos. Los análisis de las variabilidades hematológicas, basadas en procesos bioquímicos inmunológicos o electroforéticos, podían ser efectuados sólo sobre rastros de sustancia hematológica cuantitativamente relevantes que no hubieran sufrido importantes procesos de degradación o en muestras de sangre fresca. Hasta los años '80, tales métodos habían constituido el único sistema posible de identificación personal a través del estudio de las características biológicas, hasta que se descubrió que en el patrimonio genético -el ADN- existen algunas regiones que pueden diferir de un individuo a otro, hecho que revolucionó el mundo de la investigación científica con fines identificatorios.

Las primeras experiencias de identificación a través de la búsqueda de los polimorfismos de ADN necesitaron de la disponibilidad de relevantes cantidades de material biológico. En consecuencia, no pudieron ser efectuadas en los pequeños rastros microscópicos que se encuentran a menudo en la escena del delito.

En el lapso de veinte años las técnicas de análisis han evolucionado mucho. Actualmente, es suficiente con analizar un cabello con el bulbo intacto, una mancha de sangre de dimensiones menores a un milímetro cuadrado, rastros de saliva depositados en el borde de un vaso o de una taza de café, o células epiteliales de descamación depositadas en un cabello, en el cuello de una camisa o en la empuñadura de un arma para identificar el perfil genético de un individuo que permite distinguirlo del resto de la población mundial, prescindiendo de la existencia de un gemelo idéntico. Los gemelos monocigotas poseen el mismo perfil genético, pero pueden diferenciarse a través de las impresiones digitales.

Desde el punto de vista de la eficacia del resultado del análisis de ADN en el ámbito forense en términos bioestadísticos, es importante observar que, mediante un perfil genético identificado con el análisis de trece puntos hipervariables de ADN (polimorfismos) presentes en los cromosomas y la determinación genética del sexo, se obtiene un poder discriminativo igual o superior al 99,999999999999%.

La última frontera de la ciencia forense en el campo biológico-molecular es la utilización de ADN de tipo SNPs (*Single Nucleotide Polymorphisms*), constituido por numerosas regiones de ADN cuyo polimorfismo -que determina la variabilidad interindividual- reside en la sustitución de un solo nucleótido por otro (por ejemplo, una molécula de adenina por una de citosina). El análisis contextual de un cierto número de zonas de SNPs puede brindar un perfil genético capaz de identificar a una persona en cientos de millones o en toda la población mundial. El análisis de los sistemas SNPs acompañará o, muy probablemente, sustituirá al tradicional de los sistemas ADN de tipo STRs (*Short Tandem Repeats*). Actualmente, algunos laboratorios de investigación, entes e industrias están estudiando y desarrollando tecnologías innovadoras para la utilización de ADN SNPs. Desde 2004, la Unión Europea, en el ámbito del programa de investigación científica WP6, financia el Proyecto NACBO (*Novel and Improved Nanomaterials, Chemistries and Apparatus for Nano-Biotechnology*), que apunta a desarrollar sistemas basados en nanotecnologías con fines identificatorios.

2. ADN e impresiones digitales. Bancos de datos

El examen de ADN a menudo es empleado en el curso de investigaciones orientadas a la reconstrucción de las modalidades de un hecho delictivo. Determinar el perfil genético y remitir a determinados individuos los rastros biológicos encontrados en diversos puntos de la escena del delito puede ser fundamental para el investigador que debe reconstruir los modos y los tiempos del hecho. Sin embargo, existen casos en los que la posibilidad de definir un perfil genético resulta una tarea compleja o imposible cuando se deben examinar mezclas de rastros biológicos pertenecientes a varios individuos (como en el caso de la violencia sexual múltiple). Es posible, por el contrario, extrapolar un perfil genético masculino mediante el análisis de los

polimorfismos del cromosoma Y (presente sólo en los varones) de una mezcla de sustancias biológicas pertenecientes solamente a dos individuos de sexo diferente.

El examen de ADN puede demostrar la presencia de un sujeto en un determinado lugar o el contacto ocurrido entre un objeto y una determinada persona, o entre una persona y otra. Además, ha servido para absolver a personas erróneamente acusadas o condenadas por delitos que nunca cometieron, como en el caso de Salvatore Di Vrusa, acusado de violencia sexual por una de las mujeres agredidas por un maníaco, la cual afirmó reconocerlo. Después de la publicación de sus fotos, otras mujeres, víctimas del maníaco, también afirmaron reconocerlo. El proceso en primera instancia, basado en el reconocimiento visual por parte de las víctimas, se concluyó con la condena a seis años de reclusión. Posteriormente, gracias al examen de ADN, Di Vrusa fue absuelto en apelación y en casación. En los EE.UU, fue clamoroso el caso de Larry Fuller, condenado a cincuenta años de reclusión por estupro con base en un reconocimiento fotográfico y liberado veinte años después gracias al examen de ADN.

A raíz de los acuerdos internacionales sobre la uniformidad de criterios y protocolos de análisis, es posible comparar perfiles de ADN extrapolados por laboratorios de diferentes países. En Italia, el problema sustancial a nivel investigativo es que no existe un banco de datos de los perfiles de ADN.

En 1995 el Reino Unido, en el ámbito del *Forensic Science Service*, instituyó un banco nacional de datos de ADN que actualmente es considerado el más importante a nivel mundial, en el que, según datos oficiales, están contenidos alrededor de cinco millones de perfiles. De los datos publicados surge que gracias a la utilización del banco de datos de ADN en los casos más graves, como el homicidio y la violencia sexual, ha sido posible resolver casi el doble de los casos en comparación con el período precedente.

A la luz de las resoluciones de casos judiciales británicos, otros países europeos instituyeron bancos nacionales de datos de ADN. En 1996, lo hicieron Irlanda del Norte y Escocia; en 1997, Holanda y Austria; en 1998, Alemania y Eslovenia; en 1999, Finlandia y Noruega; en 2000, Dinamarca, Suiza, Suecia y Croacia; en 2001, Francia y República Checa; en 2002, Bélgica, Estonia, Lituania y Eslovaquia; en 2003, Hungría, Letonia, Bulgaria y Rumania, y en 2007, España.

En Italia, hubo varias iniciativas relativas a una propuesta de ley para la creación de un banco de datos de ADN, entre las cuales se destacó la constitución de una comisión *ad hoc* en el ámbito del Comité Nacional para la Bioseguridad, las Biotecnologías y las Ciencias de la Vida de la Presidencia del Consejo de Ministros. El proyecto de ley concerniente a la ratificación del Tratado de Prüm, actualmente en discusión en el Parlamento, prevé la posibilidad de la extracción forzada de material biológico para la identificación personal y la institución de un banco nacional de datos de ADN. En mérito a la posibilidad de que los jueces instructores puedan efectuar extracciones de material biológico sin autorización del interesado, la Corte Constitucional, mediante la sentencia 238/1996, consideró inconstitucional el art. 224.2 del Código Procesal Penal (C.P.P.) en la parte en que permite que el juez disponga medidas que puedan incidir en la libertad personal, ya que se permiten sólo aquellas específicamente previstas en los casos y en los modos establecidos por la ley.

La laguna legislativa italiana perjudica el intercambio de información entre las fuerzas de policía, incluso a nivel internacional, y deja inutilizada valiosa información para las investigaciones judiciales.

Las finalidades del banco nacional de datos de ADN en Italia serán, según los proyectos de ley presentados, la identificación personal para la represión de los delitos, la identificación de personas desconocidas o cadáveres de presuntas personas desaparecidas, y el intercambio de información relacionada con el ADN entre fuerzas de policía en caso de investigaciones internacionales.

Las características genéticas utilizables en la identificación no contienen información acerca de la presencia o predisposición a enfermedades, por lo que resulta infundada cualquier perplejidad en relación con la inserción de un perfil de ADN en un banco de datos como límite a la libertad personal. La extracción de material biológico, tratándose de una exigua cantidad de saliva, es efectuada con modalidades no invasivas que no perjudican la dignidad, ni ponen en riesgo la vida, la integridad física o la salud de la persona.

3. *El valor de la prueba científica*

En Italia, la exigencia de introducir una norma específica fue señalada por el legislador en la redacción del nuevo Código Procesal Penal (C.P.P.) para evitar excesivas restricciones en la comprobación de la verdad, teniendo en cuenta el continuo desarrollo tecnológico que extiende las fronteras de la investigación sin poner en peligro las garantías defensivas.

La prueba científica requiere de un juicio de admisibilidad o de evaluación de idoneidad que no se aparta mucho de la experiencia norteamericana desarrollada a partir de la sentencia *Daubert* de 1993, que delineó los límites de admisibilidad de la *novel science*, derogando la conocida sentencia *Frye v. U.S.* de 1923. Ésta estableció que para ser admitido como testimonio un principio científico debe haber ganado aceptación general en el ámbito específico al que pertenece (*general acceptance test*). Recién después de setenta años, la Suprema Corte, en el caso *Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*, al deliberar una vez más sobre la admisibilidad de un testimonio científico, desatendió el dogma subyacente en *Frye* de la existencia autónoma, por fuera del mundo del derecho, de una certeza científica, firme e irreversible, a la que el juez debía referirse. Según el test *Daubert*, por el contrario, le corresponden al juez el filtro, la evaluación discrecional de confiabilidad y el control de validez de los métodos y procedimientos que hacen a la formación de cada prueba científica que las partes intentan deducir en el proceso, según los -no necesariamente coexistentes- criterios de controlabilidad y falsificabilidad de la teoría científica o del método técnico, de la *peer review* o revisión crítica de los peritos del sector, de la publicación, de la indicación del margen de error conocido o potencial, de la existencia de estándares de aplicación y de la aceptación general por parte de la comunidad científica de referencia.

En Italia, el Tribunal de Venecia, en la sentencia sobre los decesos por contaminación en Marghera, se ha remitido expresamente a la jurisprudencia norteamericana y ha elaborado una lista de criterios de juicio de la ciencia válida

haciendo referencia casi puntualmente a los principios del fallo *Daubert*, pero cambiando el enfoque de la admisión de los peritos al análisis del rigor metodológico y epistemológico con el que las diferentes ciencias y disciplinas conducen sus investigaciones.

También la Corte de Casación consideró que, junto con la tradicional referencia al juicio general de validez por parte de la comunidad científica según el cual debe tratarse de aplicaciones técnicas acreditadas y plenamente confiables a nivel del saber adquirido por la comunidad científica, ya que sólo esa condición confiere un nivel razonable de confiabilidad a los resultados de la nueva investigación, le corresponde al juez la tarea de verificar con particular rigor la validez científica de los criterios y de los métodos de investigación utilizados cuando se presentan como nuevos. Sin embargo, la evaluación de las pruebas obtenidas le compete exclusivamente al juez, quien la lleva a cabo según el principio del libre convencimiento y no puede delegarla al saber científico exterior, que tiene un valor instrumental para los conocimientos judiciales y puede asumir relevancia sólo cuando aquél aprecie su absoluta necesidad.

Semejante reserva de poder reclamada por la jurisprudencia a su propio favor reafirma la necesidad de acercar el mundo judicial al científico, tanto para que los jueces adquieran la competencia técnica necesaria, como para no hacer vana la contribución de la ciencia a la resolución de los casos judiciales.

Una solución podría ser la constitución, como en otras naciones, de una comisión permanente compuesta por magistrados, abogados, juristas y expertos en materia científica para poder establecer directrices en las investigaciones científicas y resolver los problemas eligiendo las nuevas tecnologías para introducir en las aulas judiciales. Sólo así se pueden mantener alejadas las pseudo-ciencias y las “batallas” de consultorías y pericias, brindando un servicio útil a la justicia y al país.

SPINELLA, Aldo y SOLLA, Gianluca, “L’identificazione personale nell’investigazione scientifica: DNA e impronte”, en *Cassazione Penale. Rivista mensile di giurisprudenza*. Milán, Giuffrè, 2009, N° 1, pp. 428/438.



>> **DERECHO COMUNITARIO.** CUESTIONES PREJUDICIALES. INTERPRETACIÓN DE LA DIRECTIVA 2000/43/CE. **DERECHO A LA IGUALDAD. TRABAJADORES.** CRITERIOS DISCRIMINATORIOS RACIALES DE SELECCIÓN DE PERSONAL (BÉLGICA-ITALIA).

1. A principios de 2005, la empresa belga *Feryn*, especializada en la venta e instalación de puertas basculantes, inició la búsqueda de operarios. Uno de sus administradores declaró al periódico *De Standaard* que no aceptaría personas de origen marroquí debido a las reticencias de su clientela a permitirles acceder a su domicilio privado durante la ejecución de los trabajos. El organismo belga CGKR (Centro para la Igualdad de Oportunidades y la Lucha contra el Racismo) solicitó al juez laboral la declaración de que *Feryn* había puesto en marcha una política discriminatoria de

contratación de personal, solicitud que fue rechazada. Aquél recurrió entonces ante el Tribunal de Apelaciones de Bruselas, que decidió suspender el juicio y solicitó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal) que se pronuncie mediante vía prejudicial acerca de la interpretación de la Directiva 2000/43/CE (Directiva), que ejecuta el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico.

2. En su decisión del 10 de julio de 2008, el Tribunal recuerda que, de conformidad con el art. 2, apartado 2, letra *a*) de la Directiva, “existe discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable”. El problema reside en saber si el caso en el que un empleador declara públicamente que no contratará personas de un determinado origen étnico puede remitirse al ámbito de dicha noción.

El juez nacional de primera instancia consideró que la discriminación era hipotética y que no recaía en el ámbito de aplicación de la Directiva, ya que el empleador no había dado curso a sus propias declaraciones discriminatorias. Sin embargo, en opinión del Tribunal, la declaración pública de *Feryn* no tiene un efecto hipotético, porque produce un impacto humillante y desmoralizante en las personas de origen marroquí, en particular en aquéllas que podrían estar interesadas en el puesto de trabajo.

En el caso en examen, no hay ningún denunciante identificable que afirme haber sido víctima de discriminación, pero ello no implica la inexistencia de discriminación directa. Si un empleador declara públicamente que no contratará personas de un cierto origen racial o étnico podrá disuadir firmemente a determinados candidatos de solicitar el empleo y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo.

El problema de la presencia necesaria de un denunciante identificable emana del art. 7 de la Directiva, que exige que los Estados Miembros garanticen la existencia de procedimientos judiciales de los que puedan valerse “todas las personas que se consideran perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato” y que los organismos de interés público actúen ante los tribunales “en nombre del demandante o en su apoyo”. Los jueces de Luxemburgo precisan, en primer lugar, que la cuestión relativa a la noción de discriminación directa debe diferenciarse de la de los medios de acción previstos en el citado artículo para que se declare y sancione la inobservancia del principio de igualdad de trato. En efecto, esos medios de acción deben ser accesibles, conforme a las disposiciones del artículo, para las personas que se consideren perjudicadas por un acto discriminatorio. Sin embargo, las prescripciones del artículo sólo son, como expresa el art. 6, normas mínimas, y la Directiva no impide que los Estados Miembros adopten o mantengan en vigor disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato. Por consiguiente, el art. 7 no se opone en modo alguno a que los Estados Miembros reconozcan en su legislación nacional el derecho de las asociaciones que tengan un interés legítimo en lograr que se respete la Directiva, o del organismo o los

organismos designados conforme al art. 13, a promover los procedimientos judiciales o administrativos dirigidos a hacer respetar las obligaciones derivadas de la misma Directiva, sin que actúen en nombre de un denunciante determinado, o a falta de un denunciante identificable. No obstante, es competencia exclusiva del juez nacional apreciar si su legislación admite tal posibilidad.

El Tribunal plantea luego el problema de cómo aplicar la regla de la inversión de la carga de la prueba (art. 8 de la Directiva) y el de las sanciones. En cuanto al primero, el comportamiento de *Feryn* hace presumir una política discriminatoria de contratación, por lo que le corresponde a ésta probar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato. Puede hacerlo demostrando que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a sus declaraciones. Compete al tribunal remitente verificar que los hechos imputados a ese empleador están demostrados y apreciar si son suficientes los elementos que dicho empleador aporte en apoyo de sus afirmaciones. Con respecto al segundo, las sanciones que el art. 15 de la Directiva impone contemplar en el derecho interno de los Estados Miembros deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, y prevén que podrán incluir el pago de una indemnización a la víctima. El Tribunal no se limita a meras declaraciones de principio, sino que sugiere que las sanciones pueden consistir, en su caso, y si ello parece apropiado para la situación controvertida *in re*, en la declaración de la discriminación por parte del tribunal o la autoridad administrativa competente, acompañada del grado de publicidad adecuado, cuyo costo será soportado por la parte demandada; o bien en la conminación al empleador, según las reglas del derecho interno, a cesar en la práctica discriminatoria declarada, junto con una multa coercitiva; o también en la concesión de una indemnización al organismo que haya promovido el procedimiento.

3. Esta interesante e innovadora sentencia amerita ser comentada con algunas breves consideraciones sobre la transposición de la Directiva en Italia, haciendo referencia a dos problemas planteados en el caso *Feryn*.

El decreto legislativo 215/2003, sucesivamente modificado por el 256/2004, ejecutó la Directiva. La transposición generó una situación compleja y problemática a raíz de que en el ordenamiento italiano ya existía una normativa -el Texto Único sobre la Inmigración, decreto legislativo 286/1998- que no fue modificada por la reforma introducida por la ley 189/2002 “Bossi-Fini”, y que fue conservada expresamente por el decreto de 2003 en la parte relativa a las discriminaciones. Surgieron problemas de coordinación concernientes a todo el espectro de las reglas: desde la noción de discriminación la amplitud de los factores de discriminación, el campo de aplicación de la normativa de tutela, y los remedios procesales, individuales y colectivos.

Actualmente en el plexo normativo italiano existe una pluralidad de definiciones sobre discriminación. El art. 43 del Texto Único contiene dos: una general, que unifica el perfil directo y el indirecto, y una específica -contenida en el inciso 2, letra e)-, vinculada con el trabajo subordinado, según la cual constituye discriminación cualquier acto o comportamiento que produzca un efecto perjudicial a los trabajadores, inclusive indirectamente, en razón de su pertenencia a una raza,

a un grupo étnico o lingüístico, a una confesión religiosa o a una ciudadanía. En el decreto legislativo 215/2003, la noción de discriminación directa es la traducción literal de lo previsto en la Directiva. ¿Cómo pueden coordinarse estas nociones tan diferentes y, en general, estas dos normativas? El problema no puede resolverse recurriendo al criterio de *ius superveniens* ni a la vía del contraste con los principios y la *ratio* de la normativa. La “nueva” noción de discriminación directa determina un nivel más elevado de protección de la identidad personal (raza, etnia, religión), en razón del cual, según la Directiva, los Estados Miembros están obligados a tomar las medidas necesarias para asegurar que se abroguen todas las disposiciones legislativas reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato. Sin embargo, por un lado, el decreto legislativo 215/2003 no reproduce la fórmula de la Directiva, sino que conserva las disposiciones antidiscriminatorias del Texto Único. Por otro lado, las dos definiciones de discriminación no solamente no pueden quedar superpuestas, sino que tampoco pueden ser englobadas la una en la otra. En algunos aspectos, es más extensa la del decreto legislativo 215/2003 y, en otros, la del Texto Único. En efecto, el art. 43 de éste se aplica a la discriminación basada en la raza, el color, la ascendencia, el origen nacional o étnico, las convicciones y las prácticas religiosas, mientras que el decreto legislativo se aplica sólo a la discriminación por raza u origen étnico. Es inevitable entonces concluir que al entrar las dos fuentes en conflicto, se deberá aplicar la más adecuada que responda a la *ratio* de la intervención de tutela mencionada en el caso concreto.

Es preciso recordar que, retomando fielmente lo previsto a tal propósito por las Directivas 2000/43 y 2000/78, el art. 3.3 del decreto legislativo 215 excluye el valor discriminatorio de los tratos diferenciados de los trabajadores cuando las características de la identidad personal objeto de la tutela, por la naturaleza de la actividad laboral o por el contexto en el que ésta se desarrolla, constituyen un requisito esencial y determinante a los fines del desarrollo de la actividad misma. A la luz de la rigurosa adjetivación utilizada para describir el nexo que debe existir entre las tareas requeridas al trabajador y la característica subjetiva de la prohibición, es indudable que debe negarse la legitimidad de las elecciones abiertamente diferenciadoras asumidas por el empleador o por las direcciones de personal, simplemente para secundar, por ejemplo, las preferencias de la clientela por un determinado origen étnico. De todas formas, como lo demuestra el caso *Feryn*, no se trata de meras hipótesis, por lo que la afirmación del Tribunal asume mayor relevancia.

En lo concerniente al caso en examen, es indudable que, tanto a la luz de las definiciones del Texto Único como de las del decreto legislativo 215/2003, un comportamiento como el de *Feryn* habría sido censurado por ser directamente discriminatorio. La falta de víctimas identificables no constituye un problema en el ordenamiento italiano, dado que el art. 5 del decreto citado prevé que las asociaciones y los entes autorizados, entre los cuales se encuentra la UNAR (Oficina Nacional de Antidiscriminaciones Raciales), están legitimados para actuar en los casos de discriminación colectiva cuando no puedan ser identificadas en modo directo o inmediato las personas perjudicadas por la discriminación.

En Italia, la cuestión de la carga de la prueba aún constituye un problema abierto. Inexplicablemente, en el decreto legislativo 215/2003 no han sido receptadas las disposiciones en materia de parcial inversión del *onus probandi* y sólo se reitera la posibilidad de que el recurrente deduzca en juicio, inclusive sobre la base de datos estadísticos, elementos de hecho, en términos graves, precisos y concordantes (art. 4.3). La falta de esta previsión podría ser uno de los motivos por los cuales en Italia las controversias en juicio son limitadas. En el estado actual, el grupo más consistente de juicios concierne a la vivienda, de acuerdo con una tendencia observable en todos los países europeos (es preciso recordar que el campo de aplicación de la Directiva comprende no sólo al trabajo, a la seguridad social, a la instrucción y a la formación, sino también al acceso a la vivienda, a la propiedad de la tierra, y a bienes y servicios, como bares y restaurantes). Otros ámbitos de intervención se han referido a las discriminaciones basadas en la nacionalidad en las actividades deportivas profesionales, en su ingreso, en los precios de los servicios y en el acceso al trabajo en las dependencias de la administración pública, todos casos en los que la jurisprudencia no encuentra dificultades en hallar discriminación.

De todos modos, la solución al problema de la prueba se encuentra próxima. El art. 8-*sexies* de la ley 101/2008, que contiene “Disposiciones urgentes para la ejecución de obligaciones comunitarias y de sentencias del Tribunal de Justicia”, prevé que el referido art. 4.3 sea sustituido de la siguiente manera: “Cuando el recurrente ofrece elementos de hecho que surgen de datos de carácter estadístico idóneos para fundar, en términos precisos y concordantes, la presunción de la existencia de actos, pactos o comportamientos discriminatorios, le corresponde al demandado la carga de probar la insubsistencia de la discriminación”.

Nota del Instituto: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se encuentra en <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>>. Sobre el tema en Italia, puede verse también AMATO, FABRIZIO, “Il divieto di discriminazioni per motivi non di genere in materia di lavoro”, en *investigaciones* 3 (2005), pp. 472/476.

SAVINO, Francesca, “Discriminazione razziale e criteri di selezione del personale”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Milán, Giuffrè, 2009, N° 1, pp. 243/251.



>> **GENOCIDIO. CRÍMENES DE GUERRA. CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD. CRÍMENES CON NIÑOS. RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL. CONVENIO 29, OIT. CONVENCION PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO, ART. II (INTERNACIONAL).**

1. Introducción

La crueldad de los actos cometidos por los militares alemanes durante la Segunda Guerra Mundial contra la parte más débil de la población, los niños, es poco conocida.

Las fuerzas armadas del *Reich*, alentadas y sostenidas por la impunidad con la que contaban, cometieron indecibles atrocidades: las más graves que la humanidad había conocido hasta ese momento. Las potencias aliadas crearon el Tribunal Internacional Militar, conocido como Tribunal de Nuremberg (Tribunal). Constituido mediante el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 para el juicio y la condena de los mayores criminales nazis, representa un hito histórico en el progresivo desarrollo de la responsabilidad penal individual internacional y constituye la primera institución de la historia con el poder de enjuiciar y castigar a individuos culpables de haber cometido actos contrarios a las normas del derecho internacional. El Tribunal creó el principio jurídico básico y fundamental según el cual “los delitos contra el derecho internacional son cometidos por los hombres, no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo a los individuos que cometen tales delitos pueden aplicarse las disposiciones del derecho internacional”. Este principio sigue imponiendo el respeto de determinadas obligaciones jurídicas internacionales, que derivan de normas inderogables de derecho internacional, que, al ser violadas, pueden generar una responsabilidad internacional individual. En el proceso fueron imputadas veinticuatro personas acusadas, de conformidad con el Principio VI de la Carta del Tribunal que se adjuntó al Acuerdo de Londres (Carta), por haber cometido crímenes contra la paz, crímenes de guerra, o crímenes contra la humanidad. A continuación, se examinarán sólo los casos relativos a los crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos específicamente contra los niños.

2. *Delitos perpetrados contra los niños*

La particularidad de los delitos perpetrados por los militares alemanes en todos los territorios ocupados por Alemania y en alta mar consistió en que fueron cometidos en gran escala, la mayoría de las veces planificados en todos sus detalles y preparados minuciosamente antes de cada ataque. Durante el proceso de Nüremberg, se demostró que los jefes del ejército alemán no solamente toleraron sino que también ordenaron específicas matanzas de niños, sobre todo con el fin de aterrorizar a la población que se iba a deportar a los campos de concentración y de someterla más fácilmente a la voluntad del régimen. Es así que en Polonia miles de niños fueron usados por las *Hitlerjugend* como blanco en los ejercicios de adiestramiento y otros fueron fusilados en la Unión Soviética por las *Einsatzgruppen*, entre junio de 1941 y la primavera de 1942. Mientras duraron las hostilidades, las ejecuciones de niños fueron entre las más atroces, inhumanas y degradantes. Incluso cuando sobrevivían a éstas, los niños eran lanzados con indiferencia entre los cuerpos exánimes que se arrojaban al fuego o a las fosas comunes y eran sepultados vivos. A partir de 1943, arrojar a los niños a los hornos crematorios cuando aún estaban vivos se convirtió en una práctica constante en los campos de exterminio.

2.1. *Crímenes de guerra perpetrados contra los niños*

Los crímenes de guerra, a diferencia de los crímenes contra la humanidad, son perpetrados exclusivamente en el curso de un conflicto armado y, en general, por parte de individuos pertenecientes al cuerpo militar de una de las partes beligerantes. El Principio VI, letra *b*), de la Carta define el crimen de guerra como una: “violación

de las leyes y costumbres de la guerra. Estas violaciones comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, los malos tratos, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito de la población civil en los territorios ocupados, el asesinato o los malos tratos de los prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificada de ciudades y de pueblos, o la devastación no justificada por las necesidades militares”.

El Tribunal, ateniéndose a este artículo, tomó en consideración la IV Convención de La Haya de 1907 (Convención), a pesar de que también eran “potencialmente aplicables” a los actos cometidos por los militares alemanes la Convención sobre la Abolición de la Esclavitud de 1926 y el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 29 contra el trabajo forzoso u obligatorio de 1930. En efecto, fueron cientos de miles los niños deportados a Alemania y reducidos a esclavitud y los enrolados forzosamente en las fuerzas armadas alemanas, usados como empleados domésticos y obreros o en las minas y fábricas. Es preciso considerar que la Convención fue específicamente adoptada para ser aplicada durante un conflicto armado, mientras que los otros dos instrumentos fueron adoptados para ser aplicados fuera de un contexto bélico.

La historia de los conflictos armados enseña que no siempre es posible prever las nuevas crueldades que puede llegar a cometer el género humano durante una guerra. A propósito de ello, el jurado de Nüremberg afirmó que: “los crímenes de guerra fueron cometidos en gran escala y nunca fueron vistos antes en la historia de la guerra”, y que fueron perpetrados “no sólo desafiando las reglas establecidas del derecho internacional, sino también desatendiendo completamente los dictados elementales de humanidad”. Esta última afirmación fue uno de los motivos por los que el Tribunal no consideró ningún atenuante a la responsabilidad penal por la mayor parte de las acciones perpetradas por los militares nazis contra los niños, porque de ninguna manera podían ser “justificadas por la necesidad militar”.

Los acusados de haber cometido crímenes de guerra por haber perpetrado homicidios, tratos crueles e imposiciones de penas excesivas, secuestros, reducciones a esclavitud y “germanizaciones” de la población civil, inclusive de niños, en Alemania, en los territorios ocupados por ésta y en alta mar fueron imputados por haber violado el art. 46 del Reglamento adjunto a la Convención (Reglamento). Durante el proceso, se ofrecieron pruebas documentales y testimoniales que permitieron demostrar que muchas de las operaciones llevadas a cabo por los militares alemanes fueron específicamente conducidas contra los niños. Sólo algunos de los hechos cometidos por los imputados fueron identificados con una fecha, un lugar y un número precisos de niños afectados. En efecto, los niños fueron incluidos en el número total de víctimas civiles. No obstante, es posible indicar el lugar en el que sucedieron algunos hechos, como la matanza de 14 niños en Marsoulas, Francia, los 160 niños torturados y horriblemente mutilados en las cercanías de Moscú, los 2000 niños alejados de sus padres y fusilados en la prisión de Riga, los 3000 niños asesinados en el campo de concentración de Letonia, y los miles de niños gitanos que en 1944 llegaron a Alemania al campo de Buchenwald y fueron luego trasladados a

Auschwitz para ser asesinados en las cámaras de gas. No fue posible establecer ni la fecha ni el lugar donde fueron asesinados los miles de niños checos deportados a los varios campos de concentración y de exterminio. De 15.000 niños sólo 28 volvieron a sus casas cuando finalizó la guerra.

Los militares alemanes también fueron acusados de haber perpetrado crímenes de guerra en alta mar, bombardeando y hundiendo barcos civiles -con niños a bordo- sin ninguna necesidad militar. El naufragio del *City of Benares* causó la muerte de 77 niños. El “bloqueo total”, que prohibía la navegación a todos los barcos alrededor de Gran Bretaña, facilitó el hundimiento de cuatro barcos que provocó la muerte de 47 niños. Los militares alemanes también fueron responsables del ahogamiento de miles de niños que se encontraban entre las 3000 personas arrojadas al mar y recuperadas sin vida en las cercanías del puerto de Sebastopol.

Los imputados violaron también los arts. 50 y 56 del Reglamento. Cometieron específicos crímenes de guerra contra los niños, destruyendo los edificios reservados para ellos y para la infancia en general, como hospitales, escuelas y salas de asistencia para madres y lactantes. Además, se les imputó haber deportado ciudadanos de algunos de los países ocupados por Alemania a otros, con el propósito de obligarlos al trabajo esclavo, en violación de los arts. 46 y 52 del Reglamento.

Las violaciones de las normas y de las costumbres de guerra perpetradas por los militares nazis fueron calificadas por el Tribunal como “crímenes de guerra bajo el derecho internacional”, adquiriendo un valor jurídico fundamental en la esfera de la responsabilidad penal internacional del individuo.

2.2. Crímenes contra la humanidad perpetrados contra los niños

El Principio VI, letra *c*), de la Carta introdujo un caso jurídico nuevo, relativo a actos que ofenden a todo el género humano y que asumen el rango de crímenes internacionales cuando comportan: asesinato, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra; o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de o en conexión con cualquier crimen contra la paz dentro de la jurisdicción del Tribunal, en violación o no de las leyes nacionales del país en el que fueron perpetrados.

3. Los responsables de los delitos cometidos contra los niños

El Tribunal consideró personalmente responsable, de conformidad con el Principio VI, letras *b*) y *c*) de la Carta, a toda persona o grupo de personas (responsables directos, organizadores, instigadores y cómplices en general) que cometió crímenes de guerra o contra la humanidad -o concurrió en ellos- tanto en el campo de batalla como contra los prisioneros de guerra y la población civil, según un plan común de guerra conducida con métodos de combate y ocupación militar en conflicto con las normas y las costumbres de guerra. Los numerosos documentos y los testimonios presentados en sede procesal probaron de forma irrefutable cada una de las acciones imputadas por el Tribunal a las personas condenadas en su veredicto final. Particular relevancia tienen las pruebas documentales obtenidas en forma de fotogramas y videogramas que atestiguan la comisión de crímenes de indecible crueldad contra los civiles por parte de las tropas alemanas. Éstas resultan de fundamental importancia

porque permiten dar un rostro o un nombre a las personas que fueron asesinadas y torturadas, y, en lo que aquí interesa, demostrar que también los niños fueron considerados objeto de explotación y exterminio igual que las personas adultas.

4. El delito de genocidio: del Tribunal de Nuremberg a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio

A la luz del derecho internacional actual, los actos cumplidos durante la Segunda Guerra Mundial por los militares nazis contra los niños constituyen indudablemente un delito de genocidio. En su momento, fueron un fenómeno totalmente nuevo, difícilmente identificable con las masacres y los exterminios ocurridos con anterioridad. En 1944, el jurista Raphael Lemkin introdujo el término “genocidio” refiriéndose justamente a los crímenes cometidos en Europa bajo el dominio nazi. Identificó en la deliberada intención -implementada a través de un plan coordinado y sistemático- de destruir un grupo nacional, étnico, político o religioso el elemento que distingue el genocidio del exterminio. Él no sólo tuvo el mérito de darle un nombre a lo que en esa época Winston Churchill llamó “el delito que no tiene nombre”, sino también de que el término “genocidio” entrara en el proceso de Nüremberg. En efecto, a pesar de que el delito de genocidio no estuviera previsto en el art. 6 de la Carta, fue objeto del proceso y, en ese contexto, el término adquirió por primera vez un valor histórico y jurídico. Sin embargo, el reconocimiento formal del genocidio como delito ocurrió mediante su inserción en un acto oficial del Tribunal, en el tercer capítulo de la imputación. Ello tuvo una gran influencia en el progresivo desarrollo del derecho internacional en materia de responsabilidad penal internacional por los actos realizados con la intención de cometer genocidio. La resolución 96(I) de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció por primera vez a nivel internacional el genocidio como delito, cometido en violación de normas de derecho internacional. Recomendó expresamente a los Estados Miembros emprender una cooperación interestatal para castigar y reprimir, tanto dentro de la propia esfera jurídica de competencia como a nivel internacional, el delito de genocidio, definiéndolo como “una negación del derecho a la existencia de grupos humanos, así como el homicidio es la negación del derecho a vivir de los individuos”. En 1948, gracias a la acción de la Asamblea General y del Comité Económico y Social de las Naciones Unidas, fue adoptada la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

5. El delito de genocidio perpetrado por los militares nazis contra los niños

En el proceso de Nüremberg, el genocidio fue definido como “la exterminación de grupos raciales o nacionales, de grupos de población civil de ciertos territorios ocupados, a fines de destruir determinadas razas y clases de gente y grupos nacionales, raciales o religiosos, en particular judíos, polacos, gitanos y otros”.

De conformidad con el art. II, letra e), de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, hoy constituiría genocidio la germanización de centenares de niños polacos o rusos que fueron deportados a Alemania, la instigación a cumplir un genocidio mediante propaganda política o publicaciones, y

en general los millones de niños que fueron transferidos forzadamente de todos los territorios ocupados por el régimen nazi y deportados a los campos de concentración y exterminio para ser explotados hasta la muerte o conducidos directamente a ella.

BORSATO, Alessandra Deborah, “La responsabilità penale internazionale dell’individuo nel processo di Norimberga per i crimini commessi nei confronti dei bambini”, en *Cassazione Penale*, Milán, Giuffrè, 2009, N° 3, pp. 1254/1276.



>> **INMIGRANTES. CRIMINALIDAD. LEGISLACIÓN. MULTICULTURALISMO. MEDIACIÓN CULTURAL (INTERNACIONAL).**

1. *La absurda ecuación “inmigración-criminalidad”*

A menudo se plantea una relación directa entre criminalidad e inmigración, a pesar de que, hace tiempo, se ha demostrado que no existe ningún vínculo real entre la “producción criminal” y la presencia cada vez más marcada de inmigrantes extranjeros en Italia. Al extranjero, al inmigrante, se le adosan con frecuencia y con gran facilidad las responsabilidades y las culpas de las situaciones críticas locales, convirtiéndolo en un cómodo chivo expiatorio. El inmigrante es aquél que amenaza la seguridad y la estabilidad del propio ambiente y de la propia vida: a la “invasión del propio territorio” por parte del “*bárbaro*” se responde con una fuerte “defensa del territorio”. Sin embargo, resulta extremadamente relevante el hecho de que no es raro que los episodios de criminalidad ligada a los inmigrantes se verifiquen en áreas en las que está latente un sentido general de pérdida de seguridad social y de confianza en las instituciones debido, sobre todo, a la caída de los ingresos, a la desocupación, al aumento de los fenómenos de criminalidad local, a la falta de viviendas y a la inconsistencia de los servicios públicos.

El miedo ante lo “desconocido” provoca una unidad, un cierto espíritu nacionalista que anteriormente estaba descuidado. Pero la intolerancia hacia el extranjero, sobre todo hacia el extranjero delincuente, es señal de un malestar más profundo, de problemas irresueltos, de carencias estructurales y retrasos por parte de las instituciones que la presencia de los extranjeros no hace más que acentuar.

En efecto, la presencia de detenidos extranjeros en las cárceles italianas todavía representa un porcentaje bajo en relación con la población “indígena”, sin perjuicio de que en Italia se pretende llevar adelante una política de acentuada “criminalización” y de “tolerancia cero”, que, de alguna manera, conduce inevitablemente a un número de arrestos mayor entre los inmigrantes respecto de los que se producen en relación con los ciudadanos de origen italiano.

En realidad, para la opinión pública, la mayoría de los inmigrantes que se incorporaron a la sociedad contribuyendo contemporáneamente al desarrollo del país tiende a desaparecer bajo las abrumadoras historias de venta de drogas, homicidios, prostitución y robos, a menudo amplificadas exageradamente por los medios de comunicación masiva.

Se hace indispensable un canal de comunicación especializado y privilegiado entre las culturas, sobre todo con el fin de desterrar prejuicios y perversos mecanismos discriminatorios: es necesaria una figura profesional que sepa manejar la diferencia. El mediador cultural es, en ese sentido, una figura que, trabajando de manera complementaria con los inmigrantes mismos, identifica y delimita las áreas y los carriles en orden a construir a través de ellos una relación cognoscitiva y de intercambio dialógico. En efecto, aquél desarrolla una verdadera actividad de traducción, no sólo del idioma, sino también y sobre todo de la cultura, de las estructuras de pensamiento, de los modos de ver el mundo y la vida, del sentido religioso y del patrimonio jurídico, para posibilitar una verdadera interacción entre “diferentes” dentro del mismo territorio. Se trata de enfrentar comportamientos, ideologías, credos y prácticas que, a menudo, además de resultar naturalmente diferentes, pueden también manifestarse en evidente contraste con la cultura italiana. Para ello es indispensable que el operador conozca profundamente los sistemas culturales extranjeros y la legislación italiana y comunitaria sobre los derechos de los extranjeros, sobre su integración educativa y sobre el sistema sanitario italiano. En países europeos en los cuales ya se puede hablar de una verdadera tradición multiétnica, como por ejemplo Francia, la figura profesional del mediador cultural es considerada fundamental y de inequívoca y estratégica importancia.

Es necesario tomar en consideración el art. 35 del Decreto del Presidente de la República N° 230 del 30-6-2000, “Reglamento sobre las normas del ordenamiento penitenciario y sobre las medidas privativas y limitativas de la libertad”, concerniente expresamente a la cultura y a la mediación cultural, que dispone lo siguiente: “1) en la ejecución de las medidas privativas de la libertad en relación con los ciudadanos extranjeros, es preciso tomar en consideración las dificultades lingüísticas y las diferencias culturales. Deben favorecerse las posibilidades de contacto con las autoridades consulares de sus países; 2) debe asimismo favorecerse la intervención de operadores de mediación cultural, inclusive a través de convenciones con los entes locales o con organizaciones de voluntariado”.

En cuanto al ámbito específicamente penal, es preciso subrayar que la simple traducción lingüística en las aulas de los tribunales no basta para “traducir” a fondo la cultura jurídica del inmigrante. Es necesaria una comunicación de tipo dialógica, para que los operadores de la justicia y, por ende, el Estado, sepan establecer una relación ciudadano-instituciones sana y constructiva.

2. Normativa, políticas y criminalización

El abordaje italiano a la cuestión inmigratoria se ha caracterizado por una lógica de la emergencia, haciéndose evidente la falta -hecho obvio en lo que hasta los años '70 fue un país de inmigrantes- de una legislación específica. Las restricciones normativas comienzan con la adopción de las leyes 943/86 y 39/90. La primera cumplió la función de regular el estatus del trabajador extranjero, previendo las modalidades con las cuales era posible dar trabajo a los ciudadanos extracomunitarios. La ley 39/90, más conocida como “Ley Martelli”, fue elaborada con el fin de regular cabalmente el estatus del extranjero. Sus disposiciones conciernen fundamentalmente

a los criterios con base a los cuales se permitía el ingreso de un ciudadano inmigrante y los requisitos necesarios para la obtención del permiso de residencia. El ingreso era permitido por motivos de turismo, de estudio, de trabajo subordinado y autónomo, familiares o de culto. Además de prever criterios de “selección” para el ingreso y la residencia, la normativa introdujo la “programación de los flujos”, según la cual se definían anualmente los límites al ingreso de los ciudadanos inmigrantes en Italia: esta programación debía ser adoptada por el gobierno a través de decretos indicativos de qué categorías de extranjeros se podían admitir, así como programas de inserción socio-cultural. Estos decretos limitaron fuertemente las posibilidades de ingreso de los inmigrantes, dado que se podían admitir ciudadanos extranjeros llamados y autorizados nominativamente a residir en Italia por motivos de trabajo de conformidad con la ley 934/86 o por reunir los requisitos para el derecho a la reunificación familiar. Sobre la base de esta disposición de “filtros” de ingreso, los decretos referidos limitaron notablemente las posibilidades de ingreso regular a Italia y, debido al impacto con los crecientes e inevitables flujos migratorios, redujeron a los inmigrantes a la insostenible condición de “clandestinos” e “irregulares”. Las legislaciones italianas cada vez más restrictivas -en consonancia con una tendencia a nivel europeo a una cada vez menor “tolerancia”- indican una propensión a tratar el problema siguiendo métodos y sirviéndose de interpretaciones vinculadas con una óptica de emergencia inevitablemente persecutoria de los ciudadanos extranjeros.

El decreto sobre la inmigración no ha hecho más que reforzar y cristalizar esta situación, en tanto y en cuanto está contemplada la posibilidad de regularizar la propia situación sólo ante la existencia real y probada de un contrato de trabajo en relación de dependencia. Numerosos ciudadanos “autóctonos” italianos explotan “en negro” la fuerza de trabajo inmigrante. Es así como actualmente sólo doscientos mil clandestinos han obtenido el permiso regular de residencia de conformidad con este último decreto. Las primeras tres versiones del mismo extendían considerablemente el número de casos de expulsión de la manera siguiente: 1) ante la presencia de condenas penales con sentencia inclusive no definitiva para la casi totalidad de los delitos cometidos; 2) en caso de supuesta “peligrosidad social” del ciudadano extranjero; 3) en caso de que el ciudadano inmigrante haya sido sorprendido en flagrancia de delito, y 4) en caso de ingreso o permanencia en el territorio italiano sin el permiso de residencia.

Es manifiesta una grave disparidad de tratamiento en el ámbito penal entre ciudadanos italianos e inmigrantes, en cuanto, en los casos antedichos, la expulsión representaba real e inexplicablemente una sanción ulterior que se agregaba a las condenas penales. Fue denunciado el carácter manifiestamente anticonstitucional de las disposiciones en cuestión: en el art. 3 de la Constitución italiana se enuncia el principio de igualdad, según el cual “todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales. Es deber de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando 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”.

Los numerosos pasos naturales existentes a lo largo de todas las fronteras italianas permiten a diario el ingreso de un grupo de inmigrantes, pero su condición de clandestinidad los hace sujetos débiles, sobre todo desde el punto de vista jurídico. Son, a todos los efectos, individuos sin ningún derecho de ciudadanía.

En opinión del autor Manlio Mazzotti di Celso, el reconocimiento de la igual dignidad de todos los ciudadanos, cualesquiera sean la posición que ocupen y la función que cumplan en la sociedad, justifica tanto la igual eficacia formal de la ley para todos los sujetos del ordenamiento como la prohibición de los privilegios y la obligación de los poderes públicos de operar para que todos gocen de los derechos fundamentales. Asimismo, a pesar de que el referido art. 3 concierne sólo a los ciudadanos, está claro que, al reconocer el núcleo sustancial de este principio en la prohibición de leyes arbitrarias, éste se refiere a todos los sujetos del ordenamiento, ciudadanos y extranjeros, personas físicas y jurídicas. Es oportuno, además, recordar algunos artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado” (art. 13.1); “[e]n caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país” (art. 14.1); “[t]oda persona tiene derecho a una nacionalidad” (art. 15.1), y “[e]n el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática” (art. 29.2).

La ecuación inmigrante=delincuente representa un estereotipo eficaz: es por ello que se habla de una política tendiente a reducir la miseria a un problema penal. Existe, en efecto, en muchas cárceles del mundo la llamada “desproporción racial”. En los EE.UU., por ejemplo, más de un tercio de los negros entre los dieciocho y los veintinueve años de edad está en la cárcel, bajo la autoridad de un juez ejecutivo o de funcionarios que controlan a los detenidos en libertad condicional o en espera de un proceso. En realidad, el aumento rápido y continuo de la diferencia entre blancos y negros no deriva tanto de una improvisada divergencia en la propensión a cometer delitos de los unos y de los otros, sino del carácter estructuralmente discriminatorio de las prácticas policiales y judiciales conducidas en el marco de la política de *Law and Order* de los últimos decenios. Lo que esencialmente lleva a la reflexión es el desplazamiento cada vez más acentuado de las problemáticas jurídico-sociales hacia tratamientos marcadamente penales. La gestión penal ofrece una respuesta (quizás la única que actualmente produce un fuerte impacto en la mayor parte de la opinión pública) a la criminalidad, ligada, en ciertos aspectos, a los flujos migratorios. Es la medida apta para aplacar, en lo inmediato, los sentimientos de inseguridad presentes en la sociedad, sobre todo en los estratos más expuestos a los desequilibrios violentos de la economía global.

Un caso interesante que responde a estas directrices de administración etnocultural es Canadá, donde las medidas estudiadas y adoptadas son señal de un debate avanzado y maduro. No es casualidad que exista un Ministerio de la Ciudadanía y de la Inmigración.

En relación con el sector penal-carcelario, el gobierno canadiense ha iniciado hace varios años políticas multiculturales específicas: el *Correctional Service Canada* (CSC) es una institución que opera para identificar y sucesivamente gestionar en sentido multicultural las necesidades y los intereses culturales de los detenidos pertenecientes a las llamadas minorías etnoculturales. Está previsto que cada institución carcelaria tenga una *Citizen Advisory Committee*, es decir, una comisión que sea efectivamente representativa de la población de los detenidos, sobre todo en base a su composición étnica. El *Regional Chaplains* tiene el deber de emplear operadores religiosos *part-time* que ofrecen asistencia espiritual a los detenidos de los diferentes credos. En la región del Pacífico, los detenidos tienen la posibilidad de participar en los programas de rehabilitación en su propio idioma, aunque simultáneamente se les ofrece un curso de inglés como segunda lengua, antes de participar en los programas de tratamiento. Traductores e intérpretes se encuentran a su disposición en cualquier momento que los necesiten.

Los operadores carcelarios son elegidos, según los casos, entre aquéllos que hablan, además del inglés, otras lenguas, como el chino mandarín o el cantonés. Antes de iniciar su trabajo en las penitenciarías, reciben un entrenamiento *full-time* de “conciencia intercultural”. Como institución principal del *Criminal Justice Diversity Management Network*, el CSC trabaja también con organizaciones no gubernamentales que representan a todas las culturas presentes en el país. La región de Ontario tiene vínculos con la *Association of Black Law Enforcers* y con la *Aboriginal Advisory Committee*. En la región del Pacífico, existe una red entre los operadores del CSC y las numerosas organizaciones etnoculturales presentes en el lugar. La región de Québec tiene un *Regional Ethnocultural Consultative Committee* de representantes de las comunidades etnoculturales, de las instituciones y de los distritos. Su objetivo es sensibilizar tanto a los operadores como a los jóvenes detenidos de las cárceles regionales sobre cuestiones multiculturales.

3. Conclusión

En lo relativo a la actividad de los tribunales, los jueces australianos, por ejemplo, denuncian una efectiva dificultad de interpretación de las diferencias culturales de los inmigrantes. Los magistrados se preguntan acerca de la medida en que tales diferencias influyen y condicionan el *iter* que conduce a la sentencia final. ¿Cuánto debería un juez tomar y cuánto debería rechazar de la cultura del extranjero? ¿En qué medida las diferencias culturales determinan modificaciones sensibles de las actitudes y de los comportamientos de los operadores de la justicia en relación con los detenidos extranjeros?

Es obvio que también en el sistema judicial italiano se pueden presentar los mismos problemas. Las actitudes abiertamente racistas o xenófobas y la discriminación son, a menudo, el fruto de una ignorada incompreensión cultural, de una falta de conocimiento de los estilos de vida extranjeros, además de una dificultad comunicativa a nivel meramente lingüístico.

Es posible puntualizar algunos conceptos con el fin de organizar planes y proyectos para una política multicultural, como por ejemplo: a) evaluar de manera

interdisciplinaria las medidas necesarias, coordinando las intervenciones sobre la base de la complejidad de las problemáticas; b) monitorear en las aulas de los tribunales -en caso de existir- y en las cárceles las formas de discriminación basadas en el color de la piel y en el origen étnico; c) consultar a los grupos de inmigrantes para conocer, identificar y responder a las exigencias y a los reclamos más urgentes; d) promover la colaboración entre juristas, antropólogos, sociólogos, asistentes sociales, traductores, intérpretes, representantes de las minorías, entes locales, agencias no gubernamentales, asociaciones de derechos humanos, organizaciones para los inmigrantes e instituciones educativas, y e) verificar constantemente que las necesidades y los intereses culturales de los detenidos inmigrantes sean realmente identificados y respetados.

La diversidad siempre ha sido vivida, en todos lados, con miedo y rechazo. La tendencia es a agruparse entre iguales. Ello refuerza el sentido de seguridad y aleja el temor a perder todo aquello que se posee. De allí que, en la relación con el otro, normalmente surge una acción de rechazo. Si esto ocurre cotidianamente en todos los ambientes, en la oficina, en el negocio, en la calle, es posible imaginar la manera en que esta actitud discriminatoria se puede amplificar en un ambiente como el de las aulas de los tribunales o el de las celdas de las cárceles.

La pluralidad conlleva necesariamente un aumento de la conflictividad social a la que cualquier sociedad tiene el deber de responder con medidas alternativas y conciliadoras, no limitadas al ámbito penal, evaluando sobre todo los efectos positivos que pueden aportar los análisis, las metodologías y los programas elaborados por las ciencias sociales, que ahora más que nunca pueden ofrecer una posible solución “conciliadora” a las dinámicas conflictivas de coexistencia “pluricultural”.

FAEDDA, Barbara, “L’Antropologia del diritto interpreta il problema ‘immigrazione e criminalità’”, en <<http://www.diritto.it/materiali/antropologia/faedda13.html>>.



>> **PODER JUDICIAL. ORGANIZACIÓN. JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA** (ALEMANIA-AUSTRIA-BÉLGICA-ESPAÑA-FRANCIA-GRECIA-HOLANDA-ITALIA-PORTUGAL-REINO UNIDO-SUIZA).

1. La organización jurisdiccional de los Estados europeos presenta una extraordinaria diversidad a pesar de los valores que los congregan y que se expresan en numerosos documentos internacionales, en primer lugar, la Convención Europea de Derechos Humanos.

La jurisdicción administrativa es un órgano jurisdiccional que decide sobre acciones o recursos interpuestos contra actos de una autoridad administrativa o hechos imputables a una autoridad administrativa, aplicando reglas de procedimiento y/o de fondo diferentes a las que normalmente aplica una jurisdicción en una controversia entre particulares.

2. *El dualismo es la regla*

Esta expresión se refiere a la oposición existente entre aquellos países en que los litigios que involucran a la Administración son llevados ante un juez especializado que constituye un orden jurisdiccional distinto y aquéllos en los que el juez civil también es competente en materia administrativa. Este dualismo se manifiesta de múltiples maneras y la tendencia general es favorecer la extensión de la jurisdicción administrativa y la aplicación del derecho administrativo.

El dualismo jurisdiccional no sólo se traduce en la organización de órdenes jurisdiccionales distintos como existen en ciertos países, sino también en el dualismo del contencioso-administrativo, en el dualismo de los procedimientos y en el dualismo del derecho aplicable.

3. *Unidad o dualismo en la organización jurisdiccional*

El Reino Unido es un referente en materia de unidad jurisdiccional. Sin embargo, en el pasado conoció una forma original de dualismo que derivó del desarrollo del *equity* a partir del siglo XV y que dio nacimiento a una jurisdicción diferente a los tribunales del *common law*: la Corte de Cancillería (*Chancery Court*). El dualismo finalizó con la reforma judicial de 1875, que integró todos los tribunales en una jurisdicción única: la Corte Suprema (*Supreme Court*). Después de la Edad Media, los recursos contra una autoridad administrativa fueron elevados a los tribunales del *common law* y, hasta hoy, se reparten entre las diferentes salas de la *High Court* en función de su objetivo. Lo que se denomina “tribunal administrativo” en el seno del *Queen’s Bench division* no es más que una formación especializada en los recursos contra actos (*judicial review*), mientras que los contenciosos contractuales o en responsabilidad delictiva (*tort*) son llevados ante formaciones competentes junto con los demás litigios de la misma naturaleza.

La organización actual deriva de la reforma de 1981 (*Supreme Court Act*), que introdujo una formación especializada en derecho administrativo en el seno de la *Queen’s Bench*, bajo la forma de un *Crown Office List*, que reúne a los jueces especializados en derecho administrativo. La reforma constitucional de 2005 separó el Poder Judicial de la Cámara de los Lores, sustituyendo a la Comisión de Apelaciones (*Appellate Committee*) por una Corte Suprema de doce miembros, de los cuales los primeros serían los antiguos *Lords* judiciales. Correlativamente, la antigua Corte Suprema, que reunía dos niveles de jurisdicción, se convirtió en la “Corte Superior” (*Senior Court*).

El modelo inglés ha ejercido una influencia considerable en el curso del siglo XIX, siendo el único que sometía la administración a un juez, mientras que en Francia la jurisdicción administrativa se ejercía dentro del marco de la “justicia retenida”.

En Suiza, el Tribunal Federal es la autoridad judicial suprema de la Confederación (art. 188 de la Constitución Federal del 18 de abril de 1999). Cumple una función de jurisdicción constitucional (art. 189), civil, penal y administrativa en las condiciones definidas por la ley federal (art. 190). La situación es diferente a nivel de los cantones. Algunos de ellos establecieron un Tribunal Administrativo integrado

al Poder Judicial cantonal; otros, una Cámara administrativa en el seno del tribunal cantonal, y otros, una Comisión de Recursos no integrada al Poder Judicial cantonal.

En España, el art. 117.5 de la Constitución de 1978 proclama que “el principio de la unidad de jurisdicción es la base de la organización y del funcionamiento de los tribunales”. De conformidad con este principio, la jurisdicción contenciosa administrativa está organizada en el seno de las cortes y los tribunales. También existe una Cámara Contencioso-Administrativa en el Supremo Tribunal y en los Tribunales Superiores de Justicia establecidos en cada comunidad autónoma y en la “Audiencia Nacional”. De todas formas, la ley 26/1998 relativa a la jurisdicción contenciosa administrativa reintrodujo una jurisdicción administrativa distinta bajo forma de juez único provincial del contencioso administrativo y del juez central del orden administrativo (a nivel de cada comunidad autónoma), con competencias de atribución en materia administrativa. En efecto, la integración de la jurisdicción administrativa en el seno de la jurisdicción ordinaria, en su forma actual, se remonta a la ley del 26 de diciembre de 1956.

Holanda siguió un recorrido similar con la Ley General sobre el Derecho Administrativo, compuesta por tres leyes adoptadas sucesivamente en 1992 y en 1996, con modificaciones ulteriores importantes, sobre todo en el año 2004. Por un lado, varios tribunales administrativos especiales fueron integrados a los tribunales de distrito. Por otro, en el seno de esos tribunales se constituyeron cámaras administrativas encargadas del control jurisdiccional de los actos administrativos. Esta vez, en la segunda instancia, reaparece el dualismo. En efecto, la apelación contra los juicios de los tribunales de distrito se realiza ante la división jurisdiccional (*Afdeling bestuursrechtspraak*) del Consejo de Estado, salvo en los casos en que la apelación sea ante una jurisdicción administrativa especial de competencia nacional: el Consejo Central de Recursos (*Centrale Raad van Beroep*) en materia de función pública o de seguridad social, o el Colegio de Recursos de la Vía Económica (*Collage van Beroep voor het bedrijfsleven*), jurisdicción administrativa especial para los asuntos económicos.

Bélgica e Italia, que habían sido fuertemente influenciados por el modelo británico, tienen hoy una jurisdicción administrativa distinta.

Tras la unificación de Italia, la ley del 20 de marzo de 1865 abolió los tribunales especiales encargados de la jurisdicción administrativa y afirmó la competencia de las jurisdicciones ordinarias para proteger los derechos subjetivos civiles y políticos y para evaluar la legalidad de los actos administrativos. Pero la ley del 31 de marzo de 1889 dio garantías de independencia a los miembros del Consejo de Estado encomendándoles la protección de los “intereses legítimos”. De esa forma, se convirtió en una jurisdicción administrativa encargada de decidir sobre los recursos de anulación contra los actos administrativos. La Constitución de 1947 previó la institución de tribunales administrativos regionales.

Bélgica tuvo una evolución bastante parecida. La Constitución de 1831 otorgó competencia a los tribunales en lo concerniente a los litigios relativos a los derechos, cualesquiera fueran las personas en causa; los tribunales también podían evaluar la legalidad de los fallos y reglamentos generales provinciales y locales

(arts. 92, 93 y 107). Estas disposiciones fueron mantenidas en la Constitución de 1994 (arts. 144, 145 y 159), aunque ésta haya consagrado el lugar del Consejo de Estado (art. 160). En efecto, éste fue creado por la ley del 23 de diciembre de 1946 tanto como órgano de consejo del Gobierno y del Parlamento como jurisdicción administrativa de competencia general encargada de controlar la legalidad de los actos administrativos. Además, el art. 161 de la nueva Constitución autoriza la creación de otras jurisdicciones administrativas por ley.

En Inglaterra y en Gales existen alrededor de ochenta tribunales administrativos dependientes de diferentes ministerios o de las autoridades locales, que son considerados como la “columna vertebral del sistema de justicia administrativa”. Tratan alrededor de un millón de asuntos por año. Estos “tribunales” son particularmente numerosos en el ámbito fiscal, social, sanitario o educativo. Primero, fueron sustraídos al control de los tribunales del *common law* y reintegrados bajo su jurisdicción (*Tribunals and Inquiries Act* de 1958), sin ser considerados como órganos administrativos, sino como órganos de enjuiciamiento. En Francia, después de los años '50, varias leyes transfirieron el contencioso-administrativo a los tribunales ordinarios, y la evolución del derecho económico ha dado un nuevo impulso a esa tendencia a través de una serie de leyes particulares a partir de fines de los años '80.

Grecia adoptó un sistema parecido y cuenta con dos órdenes de jurisdicción encabezados respectivamente por una Corte de Casación y un Consejo de Estado, pero la competencia del juez administrativo parece haber permanecido íntegra. En Portugal, existe un orden jurisdiccional administrativo de competencia amplia, en cuyo vértice se halla el Supremo Tribunal Administrativo.

Por el contrario, Alemania representa junto a Austria otro modelo de dualismo en el que el juez administrativo, integrado hoy al Poder Judicial, ejerce una competencia limitada en el control de la legalidad de los actos administrativos.

4. *El dualismo del contencioso-administrativo*

Se designa de este modo la situación en la que una parte importante del contencioso depende de la jurisdicción administrativa, mientras que otra depende del juez ordinario. En numerosos casos, el dualismo se manifiesta en la separación del contencioso relativo a los derechos de aquél referido a los actos.

En varios casos, un solo juez está a cargo del contencioso-administrativo: el juez administrativo en Grecia, Portugal y Francia, y el juez ordinario de cámaras administrativas o jueces administrativos en España y en Gran Bretaña (aunque el juez español aplica el derecho administrativo, mientras que el británico, el *common law*, del cual aquél representa sólo una rama vinculada al procedimiento del *judicial review*).

En los demás países, la separación del contencioso es mucho más acentuada, como en el caso de Alemania, Austria, varios países del Este europeo y Holanda con ciertas particularidades. En estos países, la jurisdicción administrativa juzga los recursos contra los actos administrativos a los que se les da una definición tradicionalmente acotada: son actos concretos, en general individuales, que no son el soporte de ninguna regla general. Los actos normativos no pueden ser impugnados

más que a través de la vía de excepción o ante el juez constitucional si es que éste existe. Los demás contenciosos dependen del juez civil.

La ley española 13/1995 sobre los contratos de las administraciones públicas, que reemplazó a la antigua ley sobre los contratos del Estado de 1965 y transpuso las primeras directivas comunitarias en la materia, extendió considerablemente el campo de los contratos administrativos.

En Holanda, dos fallos de la división jurisdiccional del Consejo de Estado de 1996 y 1997 permitieron que el juez administrativo se ocupara de la indemnización, que hasta entonces estaba reservada al juez civil, basándose en dos “principios generales de buena administración”, la igualdad ante las cargas públicas y la repetición de los fondos cobrados indebidamente.

Finalmente, en Alemania se produjo una evolución en el campo de la competencia del juez administrativo en materia de recursos relativos a los actos administrativos. El Código de Urbanismo Federal condujo a la modificación del Código de Jurisdicción Administrativa, introduciendo la competencia de los tribunales administrativos superiores para decidir sobre los recursos que impugnan la legalidad de los reglamentos locales tomados en aplicación del Código de Urbanismo, lo cual otorga a los tribunales administrativos una competencia general en materia de urbanismo. Las leyes de los *Länder* concernientes al contencioso administrativo han extendido también la competencia del juez administrativo a los reglamentos locales en aplicación de la ley federal.

En Bélgica, desde la creación del Consejo de Estado, el desarrollo del contencioso de la legalidad ha desembocado en una situación de competencia de las vías del derecho. También es posible, según los casos, comparecer ante el juez civil invocando el derecho lesionado por un acto administrativo o interponer un recurso de anulación ante el Consejo de Estado. En la práctica, con frecuencia se utilizan las dos vías simultáneamente.

En Italia, a partir de la atribución al Consejo de Estado de la competencia para juzgar los recursos de anulación en 1889, las relaciones entre los dos órdenes de jurisdicción se fundaron en la distinción entre “intereses legítimos” y derechos subjetivos. Mientras que el juez administrativo podía anular un acto administrativo ilegal porque atentaba contra los “intereses legítimos”, el juez civil conservaba una competencia general, cualesquiera fueran las partes en causa, al ser lesionado un derecho subjetivo. Sin embargo, se estimaba que desde el momento en que la legalidad era restablecida, no había lugar para que el juez civil acordara una reparación al perjuicio ocasionado. El Decreto Legislativo N° 80 del 30 de marzo de 1998 atribuyó al juez administrativo una competencia exclusiva para decidir los litigios en materia de servicios públicos, con excepción de las relaciones individuales con los usuarios y de los litigios de indemnización relativos a los daños a la persona o en materia de invalidez (art. 33), y una competencia exclusiva para todos los litigios que tienen por objetivo a los actos, decisiones y comportamientos de las administraciones públicas en materia de urbanismo y de construcción (art. 34), e inclusive de responsabilidad sobre la reparación del “daño injusto” (art. 35). Como lo indica la ley 205/2000, ello concernía también a los litigios que tenían por objeto derechos subjetivos de

naturaleza patrimonial (art. 8). Esta reforma comportó una extensión espectacular de la competencia del juez administrativo, lo cual acercó la situación de la jurisdicción administrativa italiana a la francesa, pero otorgando a la identificación del servicio público consecuencias más amplias para la determinación de la competencia del juez administrativo. Sin embargo, la Corte Constitucional neutralizó en parte estas nuevas disposiciones, reduciendo su alcance. Consideró que esta atribución de competencia tenía una extensión excesiva que la hacía contraria al art. 103 de la Constitución. Afirmó que la materia de los servicios públicos puede ser objeto de la jurisdicción exclusiva del juez administrativo únicamente en lo que concierne a los litigios que derivan del ejercicio del poder público.

Esta orientación de la Corte Constitucional ha sido retomada por la ley 15/2005, que modifica la Ley de Procedimiento Administrativo 241/1990. Desde entonces, la administración pública debe actuar según las normas de derecho privado, dado que los actos que adopta no tienen carácter de actos de autoridad, salvo que la ley lo disponga de otra manera (art. 1.1 *bis*).

5. *El dualismo del derecho aplicable*

Existen países en los que la actividad administrativa, salvo algunas excepciones, está totalmente regida por el derecho administrativo. Es el caso de Grecia y Portugal, países con dualismo jurisdiccional; de España, que cuenta con unidad de jurisdicción y, en gran medida, también de Francia, aunque, por un lado, un cierto número de contenciosos han pasado por ley a la competencia del juez civil y, por otro, el Tribunal de Apelaciones de París juega un rol de juez administrativo juzgando recursos dirigidos contra las decisiones del Consejo de la Concurrencia o ciertas decisiones de autoridades de regulación.

En otros países, el dominio del derecho administrativo se ha extendido menos. Existe un dualismo del derecho aplicable a la administración. El derecho administrativo es el que se aplica a los actos del poder público en la medida en que ellos no dependen del juez constitucional. Por el contrario, la administración está sometida al derecho común en todos los actos considerados de naturaleza civil. Ésta es la concepción del derecho en Alemania, Austria, Suiza y Holanda. A estos países se han unido aquéllos que, partiendo de la unidad de jurisdicción, han establecido una jurisdicción administrativa fuera de los tribunales ordinarios para juzgar la legalidad de los actos administrativos (Bélgica e Italia). Pero el contencioso contractual y el contencioso de la responsabilidad quedan regidos por el derecho civil.

En Holanda, desde 1987, la Corte de Casación considera que incluso en las relaciones de derecho privado, las autoridades públicas están sometidas a los “principios generales de buena administración”, y el legislador ha consagrado esta evolución en las nuevas disposiciones del art. 3.14 del Código Civil y del art. 3.1 de la Ley General sobre el Derecho Administrativo. Además, desde 1996, los jueces administrativos han comenzado a reconocerse competentes sobre la base del principio de igualdad ante los cargos públicos y el principio según el cual los fondos cobrados indebidamente no pueden ser reivindicados para juzgar los contenciosos indemnizados que antes dependían sólo del Código Civil.

6. *El lugar de los recursos administrativos en la formación de la jurisdicción administrativa*

En la organización del contencioso y la relación entre recursos administrativos y jurisdiccionales, los Estados europeos presentan características muy diferentes en función de las vías que han seguido para imponer el control jurisdiccional de la administración.

Se pueden distinguir por lo menos tres procesos diferentes. El primero es aquél en que la jurisdicción administrativa nació de la jurisdiccionalización de las instancias de recurso, como en el caso de Francia y de Holanda. El Consejo de Estado ha sido por largo tiempo una instancia que proponía al jefe de Estado la decisión a tomar respecto de los recursos. El régimen de “justicia retenida” siguió prevaleciendo en Holanda, donde, a partir de 1976, estuvo asociada a la competencia residual reconocida por la ley la sección del contencioso del Consejo de Estado para los recursos dirigidos contra un acto administrativo particular para los cuales ningún tribunal administrativo especial era competente. Por la vía del recurso administrativo, el asunto se elevaba a la Corona y era la sección del contencioso que proponía a ésta la solución al litigio. Este sistema fue abandonado tras el fallo *Bentham* del 23 de octubre de 1985 de la Corte Europea de Derechos Humanos. Según ésta, la Corona no debería ser considerada como un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, como lo exige el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El fallo llevó la evolución de la jurisdicción administrativa de Holanda hacia la plena competencia jurisdiccional del Consejo de Estado en las materias relevantes de su competencia.

El segundo proceso consistió en la superposición de la jurisdicción administrativa en el sistema de los recursos. Austria y Alemania siguieron esta vía. Las autoridades administrativas locales estuvieron a cargo tanto de la administración como de los recursos a lo largo del siglo XIX, y esa situación derivó en la reivindicación, recurrente en los medios liberales, de la creación de un juez administrativo o de la posibilidad de un recurso ante el juez ordinario. En 1875 Austria creó el Tribunal Administrativo, que tenía el poder de anular las decisiones tomadas por desconocimiento de las normas esenciales del procedimiento administrativo. El Tribunal también fue llevado a proponer principios de procedimiento que luego originaron la codificación del procedimiento administrativo de las leyes del 21 de julio de 1925. Dicha situación ejerció una influencia importante en Europa central y en Alemania, donde se realizó una codificación análoga mediante la ley de 1976 sobre el procedimiento administrativo. A fines del siglo XIX y principios del XX, algunos *Länder* introdujeron una jurisdicción administrativa dotada únicamente de una competencia de atribución. En 1960, se inició la jurisdicción administrativa moderna.

En otros países, el control jurisdiccional de la administración se desarrolló independientemente de los recursos administrativos, como en el caso del Reino Unido y de Bélgica, donde el principio de la unidad jurisdiccional postulaba la posibilidad de que el juez anulara o eliminara la aplicación de un acto administrativo ilegal. Desde la Edad Media, los *prerogative remedies* otorgaron a los jueces los medios

para actuar en caso de que el poder público estuviera en cuestión, mucho antes de que apareciera la idea de los recursos administrativos en sentido moderno (*appeal*). Luego, la habilitación de vías de recursos especiales dio lugar a la creación de los *administrative tribunals*.

7. *Recursos administrativos y recursos jurisdiccionales*

En materia de urbanismo, el recurso al juez es más frecuente en Francia que en los países vecinos en lo que atañe a los procedimientos administrativos previos. Por el contrario, en Alemania y en el Reino Unido el recurso al juez es la excepción. Los demás Estados parecen situarse entre estos dos extremos.

Entre los países estudiados, el recurso administrativo previo en materia de urbanismo es obligatorio antes de recurrir ante el juez en Alemania, el Reino Unido, Bélgica y España, y en Grecia en ciertas hipótesis, sobre todo en el caso de recurso contra una orden de demolición de un edificio. Por el contrario, en Francia, en Italia, y en la mayoría de los casos, en Grecia y en Portugal, en general el recurso administrativo previo no es obligatorio antes de recurrir ante el juez, pero a veces se impone en el marco de procedimientos particulares.

La tendencia general es a renunciar a imponer el recurso administrativo previo de manera general, pues se ve en ello un obstáculo en el acceso al juez. En Alemania, tal recurso no es obligatorio cuando se trata de atacar un acto administrativo adoptado como resultado de un procedimiento administrativo formal. El nuevo Código Procesal de los tribunales administrativos de Portugal, adoptado por la ley 15/2002, no lo impone a pesar de que subsisten casos en que una ley particular lo exige. Pero es en los procedimientos especiales establecidos por la ley que la obligación del recurso administrativo previo conserva su importancia.

8. *Recurso al arbitraje*

En Italia, la ley 205/2000 autorizó el recurso al arbitraje en los litigios relativos a los derechos subjetivos de competencia del juez administrativo. Asimismo, los arts. 180 a 187 del nuevo código procesal de los tribunales administrativos de Portugal permiten el recurso al arbitraje en materia administrativa.

9. *Integración de la jurisdicción administrativa al Poder Judicial*

La jurisdicción administrativa está constitucionalizada en todos los países y en la mayoría de los mismos su pertenencia al Poder Judicial depende de la Constitución. A pesar de la diversidad, la tendencia es asegurar la independencia de la jurisdicción administrativa.

Entre los países estudiados, Alemania y España han optado claramente por la integración al Poder Judicial. Según la Ley Fundamental en Alemania, el Poder Judicial es ejercido por el Tribunal Constitucional Federal, por los tribunales federales establecidos por aquélla y por los tribunales de los *Länder*; la Corte Administrativa Federal y los tribunales administrativos de primera instancia y de apelación forman parte del Poder Judicial en sentido constitucional, y un Senado común asegura la unidad de la jurisprudencia entre todos los tribunales federales. La independencia

de los jueces está protegida por la Ley Fundamental de la misma manera, cualquiera sea la jurisdicción a la que pertenezca. La Constitución española de 1978 afirma el principio de la unidad de jurisdicción, y todos los jueces forman un cuerpo único cuya independencia está garantizada por la Constitución. Por el contrario, la Constitución portuguesa consagra la dualidad de jurisdicción, pero la definición de la función jurisdiccional y la garantía de independencia de los tribunales valen también para los tribunales administrativos y para los ordinarios.

En Holanda, la segunda parte de la Ley General sobre el Derecho Administrativo integró en los tribunales ordinarios de distrito varios contenciosos administrativos especiales. En segunda instancia, la sección del contencioso del Consejo de Estado sigue quedando fuera de la organización del Poder Judicial, de conformidad con la Constitución. En efecto, según ésta, la ley dispone de un amplio poder de apreciación en la organización jurisdiccional.

Por el contrario, en Bélgica, Francia e Italia existe la constitucionalización de la jurisdicción administrativa y de las garantías de su independencia, pero la jurisdicción administrativa permanece fuera del Poder Judicial de conformidad con la Constitución. En Francia, los artículos de la Constitución relativos a la autoridad judicial no conciernen a la jurisdicción administrativa, cuya existencia, garantías de independencia y función no han sido constitucionalizadas más que por la jurisprudencia del Consejo Constitucional en sus decisiones del 22 de julio de 1980 y 23 de enero de 1987. La ley de 1986 consagró el carácter de magistrado a los miembros de los tribunales administrativos, que luego se extendió a los de las cortes administrativas de apelación. En Italia, la jurisdicción administrativa es una “magistratura” en el sentido del IV título de la segunda parte de la Constitución de 1947, y tal calidad se aplica tanto a los tribunales administrativos regionales como al Consejo de Estado, pero está regida por dos leyes diferentes, en particular la ley modificada 1034/1971 relativa a los tribunales administrativos regionales, que reglamenta las condiciones de nombramiento y asegura la inamovilidad de los magistrados. En Bélgica, el Consejo de Estado creado en 1946 ha sido consagrado como jurisdicción administrativa por la revisión constitucional de 1993 y hoy se encuentra en el art. 160 de la Constitución. Su art. 161 precisa que ninguna jurisdicción administrativa puede ser creada si no es en virtud de una ley.

Finalmente, en el Reino Unido, desde 1958 los *administrative tribunals* se encuentran bajo el control de los tribunales de *common law* y, en última instancia, de la Cámara de los Lores.

10. *Poderes tendientes a garantizar la ejecución efectiva de las decisiones*

En general, en los países en los que la jurisdicción administrativa ha sido confiada a las jurisdicciones ordinarias o en los que el control jurisdiccional se encuadra en una definición estrecha de su objeto, los poderes de los jueces administrativos son más amplios que en los países de jurisdicción administrativa influenciados por el modelo napoleónico.

Actualmente, la legislación brinda a los jueces los siguientes medios jurídicos: un poder de conminación, las astreintes, el poder de reforma o de sustitución del juez, y la ejecución de oficio de las sanciones pecuniarias. Sin embargo, la cuestión fundamental sigue siendo clásica: se trata de saber hasta dónde deben llegar los poderes del juez sin que sustituyan a la administración. La solución más usada actualmente parece ser la combinación de un poder de conminación y la condena de la administración a astreintes. En Alemania, en el proceso administrativo conocido como un proceso entre las partes en causa, al ser lesionado un derecho subjetivo, el legislador naturalmente se dirige al procedimiento civil, y el artículo 169 de la Ley sobre la Jurisdicción Administrativa prevé, desde 1960, que la ejecución de las decisiones de la jurisdicción administrativa sigue las disposiciones del libro VIII del Código Procesal Civil, bajo reserva de sus disposiciones derogatorias. En efecto, de este modo el tribunal administrativo puede prescribir ante la demanda las medidas que la administración debe tomar para restablecer la situación de derecho, dado que el acto ya había sido ejecutado, o pronunciar una anulación bajo la condición de tomar en cuenta los intereses en causa en la instrucción de un nuevo acto administrativo y, en espera de ello, fijar un reglamento provisorio de esa situación. La conminación o el reglamento provisorio pueden estar acompañados de la condena al pago de una astreintes cuando expira el plazo fijado por el juez.

Algo similar existe en Italia en las nuevas disposiciones de la ley 205/2000, que atribuyen al presidente del tribunal administrativo los poderes de conminación y de astreintes definidos por el Código Procesal Civil.

En Francia, la ley del 16 de julio de 1980 introdujo la posibilidad de que el juez administrativo aplique astreintes, pero la reforma de 1995 implicó un verdadero cambio, al permitir que el juez administrativo prescriba las medidas de ejecución de la sentencia, dado que las mismas surgen necesariamente de ésta.

El nuevo código portugués de los tribunales administrativos de 2002 contiene también nuevas vías de ejecución. Según el art. 173, la administración dispone de tres meses para restablecer la situación de derecho después de la anulación de un acto administrativo. En su defecto, el demandante puede solicitar al juez prescribir medidas de ejecución en astreintes. La ley prevé el caso de una excusa legítima de incumplimiento, pero ésta no debería ser invocada en caso de condena pecuniaria de la administración.

En Bélgica, por el contrario, mientras que los tribunales judiciales y el Consejo de Estado pueden aplicar astreintes contra la administración, no pueden prescribir las medidas de ejecución. El Consejo de Estado aplica astreintes a solicitud del demandante después de exigir que la administración tome una nueva decisión y, en ausencia de ésta, al término de tres meses.

En Grecia, no existen hasta el momento ni el poder de conminación del juez administrativo con respecto a la administración ni la posibilidad de aplicar astreintes. Por lo tanto, la ley 2717/1999 se inspira en el sistema francés de ejecución de oficio de las sanciones pecuniarias. Según la ley francesa, en el caso de condena definitiva de la administración al pago de una suma de dinero cuyo monto es fijado en el juicio, el demandante puede obtener el pago directo del contador público asignatario bajo presentación de la sentencia si no ha sido pagado en un plazo de cuatro meses. Si la

administración en causa es una comunidad territorial, el prefecto debe proceder a la inscripción de oficio de la deuda en el presupuesto de la misma. Para la ley griega, las decisiones del juez administrativo sobre un recurso en indemnidad constituyen un título ejecutorio susceptible de dar lugar a la ejecución forzada, como si se tratara de una condena pronunciada por el juez civil.

En Alemania, las vías de ejecución son dictadas por el Código Procesal Civil, pero con modificaciones. En presencia de una sanción pecuniaria de la administración, el juez civil puede ordenar la ejecución forzada, pero los bienes de la administración no pueden ser embargados sino en la medida en que no sean indispensables para el ejercicio de sus misiones o que su enajenación no menoscabe un interés público. En caso de oposición, el tribunal se pronunciará después de haber oído a la autoridad de administración fiduciaria competente o a las autoridades superiores de la Federación o del *Land*, según el caso.

En Bélgica, según una ley de 1994 cuyo espíritu es similar al de la ley alemana, las administraciones establecen una lista de sus bienes embargables. En su defecto o si esa lista es demasiado reducida, los bienes que no son manifiestamente necesarios a su misión o a la continuidad del servicio público podrán ser embargados. En la práctica, esas disposiciones tienen un carácter más bien simbólico y no se aplican.

En Italia, el dispositivo de ejecución descansa sobre dos instituciones: el juicio de obediencia (*giudizio di ottemperanza*) y el comisario de actas (*commissario ad acta*). El juicio de obediencia es el juicio por el cual el Consejo de Estado, con base en la ley de 1889, imponía a la administración el retiro de un acto declarado ilegal por el juez civil, que no lo podía anular, creando de ese modo a beneficio del justiciable un derecho subjetivo que el juez no podía eludir. En 1928, el Consejo de Estado pronunció un fallo que extendió el alcance de este procedimiento a la ejecución de sus propias sentencias por parte de la administración. Más recientemente, la ley 205/2000 introdujo en la ley 1034/1971 un quinto inciso en el art. 33, que permite al tribunal administrativo regional ejercer poderes relativos al juicio de obediencia en las mismas condiciones que el Consejo de Estado, a menos que éste no haya ordenado la suspensión de la ejecución de la sentencia.

En España, mientras que, en principio, le corresponde a la administración ejecutar la sentencia, la ley brinda al juez el poder de asegurar la ejecución de sus decisiones. La ejecución de las decisiones jurisdiccionales es una de las originalidades de la ley española 29/1998 sobre la jurisdicción contenciosa administrativa, que va más allá de los términos de la anterior ley de 1956.

MARCOU, Gérard, “Caractères généraux et evolution de la juridiction administrative en Europe occidentale”, en *Revue Française de Droit Administratif*, París, Dalloz, 2006, N° 1, pp. 84/95.



>> TORTURAS Y MALOS TRATOS. TRATOS CRUELES E INHUMANOS (EE.UU.).

1. Orígenes de la tortura moderna

Los historiadores indican que desde 1950 hasta 1962 el gobierno norteamericano encomendó a la Agencia Central de Inteligencia (CIA) la promoción de investigaciones sobre control mental con la convicción de que ello representaría un arma crucial en la Guerra Fría. Cientos de miles de dólares provenientes de los ingresos fiscales fueron utilizados en numerosos experimentos sobre los efectos de drogas alucinógenas, del electroshock y la privación sensorial.

Después de años de experimentación, los científicos descubrieron que el dolor físico, independientemente de su intensidad, genera resistencia, haciendo vano cualquier intento de arrancar información o confesiones. Los sujetos capitulan más rápidamente en los interrogatorios si se sienten responsables de su propio sufrimiento, debido a que la sinergia entre el trauma físico y el psicológico desarticula la identidad personal.

En 1963, se publicó un manual titulado *Kubark Counterintelligence Interrogation*, en el que se codificó la tortura “no touch” con el objetivo de enseñar a quienes tienen a su cargo los interrogatorios las tácticas modernas y científicas caracterizadas no sólo por su elevada eficacia, sino también por la dificultad para ser identificadas *a posteriori*, ya que las cicatrices se encuentran en la profundidad de la psiquis. Estas técnicas, elaboradas por la CIA con el apoyo de exponentes sobresalientes de la comunidad científica, fueron difundidas a través del *US Aid's Office of Public Safety* en los departamentos de policía de Asia en los años '60 y luego en América Latina a partir de 1975. Este paradigma también circuló en América Central en los años '80 a través de la *US Army Mobile Training Team*. Los programas eran secretos y servían para tutelar la seguridad nacional contra la creciente amenaza comunista.

Después de la Guerra Fría, el gobierno norteamericano retomó su posición pública de apoyo a los derechos humanos participando en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos y ratificando la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura). En los años '90, las campañas anti-insurreccionales de la CIA sufrieron una drástica reducción. Sin embargo, tras los ataques del 11 de septiembre, la política de seguridad nacional volvió a escena con el uso de la tortura como principal tecnología en la guerra contra el terrorismo.

2. Una ciencia del interrogatorio

Los vínculos entre la CIA, el aparato militar y los psicólogos académicos se reforzaron después de la Segunda Guerra Mundial. La Oficina de Servicios Estratégicos de Washington reclutó también a los científicos alemanes que habían hecho experimentos sobre psicología y fisiología humana durante el nazismo. En esta fase, las drogas, especialmente el LSD, fueron objeto de un interés particular, ya que se consideraba que mejoraban la eficacia de los interrogatorios que apuntaban a identificar presuntos espías e infiltrados.

El importante psicólogo Irving L. Janis sostuvo que las confesiones, inclusive las falsas, podían obtenerse a través de la combinación de sofisticadas técnicas de hipnosis, sustancias estupefacientes y electroshock. La difusión de voces según las cuales los soviéticos habrían identificado el código para el “lavaje de cerebro” indujo a la CIA a canalizar más fondos hacia la psicología experimental, que podía garantizar a los EE.UU. una ventaja en la “guerra de los cerebros”. Estas actividades tuvieron lugar en el contexto de miedo e histeria de la Guerra Fría, aumentando los temores difundidos sobre la suerte de la seguridad nacional.

En este contexto, tuvo particular relevancia la elaboración de un proyecto de control mental por parte de la CIA conocido como “MKUltra”. Al principio, éste se basó en raros experimentos que incluían drogas alucinógenas e hipnóticas (de 1950 a 1956), y luego se volcó a estudios más convencionales de psicología cognitiva (hasta 1963). Este *corpus* de saberes habría de convertirse en la base “científica” de un manual de interrogatorio editado en 1963, que debía servir para llevar la ciencia del interrogatorio a la práctica de campo.

Bajo la protección del “MKUltra”, la CIA se infiltró en importantes instituciones de la sociedad civil, prestigiosas universidades y hospitales, en los que investigadores médicos conducían experimentos de administración de sustancias psicotrópicas y de privación sensorial en sujetos psíquicamente enfermos con el objeto de hacer progresar la ciencia del interrogatorio. Además de los recursos provenientes del gobierno, fundaciones privadas contribuyeron financieramente. La *American Psychological Association* puso en contacto a los profesores universitarios con el Pentágono. A diferencia de los psiquiatras vinculados por motivos éticos, en virtud del juramento hipocrático que impide hacer daño a los pacientes, los psicólogos podían gozar de un nivel de desenvoltura muy apreciado por el gobierno, los militares y los servicios secretos.

Los estudios de Stanley Milgram (1964), joven psicólogo de Yale, demostraron que cualquier persona normal es capaz de infligir dolor físico a otros seres humanos siempre y cuando actúe bajo las instrucciones y órdenes de una figura de autoridad. En consecuencia, además del uso del dolor auto-infligido, el paradigma de tortura de la CIA se benefició con los descubrimientos de Milgram sobre la obediencia. Las implicaciones en el adiestramiento en métodos coercitivos en interrogatorio son evidentes, en particular a la luz de los modos en que el paradigma de la tortura de la CIA se propagó a otros contextos nacionales expuestos a la amenaza comunista. En poco tiempo el Laboratorio Milgram se difundió en el campo. Los policías asiáticos y latinoamericanos comenzaron a aprender y a involucrarse en técnicas extremas, hasta brutales, que apuntaban a “quebrar” a los sospechosos de terrorismo con el fin de arrancarles información considerada útil para la seguridad nacional.

3. De la ciencia a la práctica

El referido manual *Kubark* contiene una amplia literatura psicológica sobre los efectos del aislamiento y de la privación sensorial, transformando esta doctrina en el nuevo paradigma de la tortura de la CIA. Pero ésta se limitaba a la producción de informes, y era necesario actualizar sus contenidos en un escenario en que los

actores pudieran seguir sus prescripciones. Éste, en términos militares, fue Vietnam del Sur. Antes de entrar en Saigón y en otros lugares estratégicos, los agentes y los encargados de los interrogatorios de la CIA se sometieron a programas intensivos de tres semanas en Virginia. Lejos de los laboratorios, los agentes comenzaron a entrenar a los oficiales de policía y del ejército vietnamita en el cruel arte de la tortura en el campo. Las lecciones del manual fueron integradas -o distorsionadas- con el uso de la violencia física, sobre todo cuando la impaciencia de los encargados de los interrogatorios crecía luego de la frustración por la aparente ineficacia de los métodos de tortura psicológica. Entre 1962 y 1974, la CIA operó en este campo a través de la Oficina de Seguridad Pública. Para 1971, el programa anticomunista global había entrenado a más de un millón de policías en cuarenta y siete naciones. El programa difundió el nuevo paradigma de interrogatorio, que habría de convertirse en sinónimo de brutalidad y graves violaciones de los derechos humanos. Amnesty International informó en 1975 que la tortura era utilizada por la policía de cuarenta y nueve países que promovían el entrenamiento de la CIA. Algunos de estos métodos también fueron enseñados a nivel académico en la *International Police Academy* de Washington.

Con el incremento de la presencia militar en Vietnam, la CIA se alejó del modelo psicológico puro de los interrogatorios. En 1965, inició el programa de “anti-terrorismo”, consistente en el enrolamiento de grupos para cometer homicidios, secuestros, intimidaciones y abusos físicos de todo tipo. En la tentativa de ocultar la finalidad de la misión, el personal empleado fue denominado “*Provincial Reconnaissance Unit*”. A fines de los años ’60, la CIA intensificó sus esfuerzos “anti-terroristas” a través del famoso programa “Phoenix”. Gracias a las financiaciones de que disponía y a la ausencia de cualquier tipo de supervisión, el programa se transformó en una verdadera máquina homicida. El interés de la CIA por las técnicas de tortura física aumentó a través del traslado de psiquiatras americanos que practicaban el electroshock. Cuando el Congreso comenzó a descubrir los horrores del programa en los años ’70, se estima que más de veinte mil presuntos Vietcong habían sido asesinados, muchos de ellos en los interrogatorios.

En los años ’70 y ’80, el programa se trasladó a países de América Central y del Sur. Ya en 1965 el contraespionaje militar americano había desarrollado el “Proyecto X”, definido como “un paquete exportable de inteligencia para los países de América Latina, de técnicas de contra-insurrección aprendidas en Vietnam”. Las técnicas fueron transmitidas a través de cursos de instrucción y manuales de entrenamiento traducidos al español. Además, las técnicas tomadas del modelo “Phoenix” incluyeron el uso del sodio pentotal (suero de la verdad) durante las sesiones de interrogatorio, el secuestro de familiares de los opositores, las brutalidades físicas y las ejecuciones extrajudiciales, que serían exportadas de América del Sur a América Central. A pesar de las numerosas investigaciones del Congreso y una amplia serie de publicaciones que documentan la complicidad de la CIA con las torturas perpetradas en América Latina, tanto la agencia como su paradigma de tortura sobrevivirían, aunque en estado latente, hasta su emergencia tras los ataques del 11 de septiembre.

4. *La tortura en el mundo después del 11 de septiembre*

Tras los ataques a las torres, se hizo evidente que la administración Bush estaba elaborando una política de la tortura según modalidades que habrían de garantizar la impunidad de sus creadores, autores y ejecutores. En *The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib* (2005), Greenberg y Dratel revelan que los consejeros de Bush congeniaron un mecanismo de defensa legal para el uso de la tortura. En los memoranda oficiales se indican explícitamente tres objetivos que facilitarían la detención ilimitada y unilateral, los interrogatorios, los abusos y el castigo de los prisioneros: 1) colocar a los detenidos fuera del alcance de cualquier tribunal o ley; 2) abrogar la Convención de Ginebra en la parte concerniente a las personas capturadas en el curso de conflictos armados; 3) absolver a quienes ponen en práctica estas políticas de toda responsabilidad por crímenes de guerra ante la ley americana y el derecho internacional.

En el texto referido se encuentra la definición dada por la Casa Blanca, que contradice la interpretación establecida por la Convención contra la Tortura. Un memorándum escrito por Jay S. Bybee, viceministro de Justicia, y Alberto González, consejero de la Casa Blanca, altera el significado de la tortura afirmando que el dolor físico definible como tortura debe ser equivalente en intensidad al dolor que acompaña a las graves minusvalías, como la pérdida de un órgano, de las funciones corporales o la muerte.

En busca de otras maneras de obviar las obligaciones que derivan de las prohibiciones legales de la tortura, la administración Bush recurrió a las *extraordinary renditions*, por las que los detenidos son transferidos a terceros países (por ejemplo, Egipto, Jordania, Marruecos y Siria). Para ello, es necesario que los aviones militares americanos hagan escalas para la recarga de combustible. Pero dado que éstos no son aceptados en muchos Estados soberanos, la CIA contrata servicios de *charter* privados para desviar cualquier sospecha.

A las *extraordinary renditions* se agregan los interrogatorios extremos que incluyen abusos físicos. Muchos de los funcionarios de seguridad nacional entrevistados por los periodistas del *Washington Post* defendieron el uso de la violencia sobre prisioneros, definiéndola justa y necesaria.

5. *Guantánamo: el nuevo laboratorio de los interrogatorios*

Las organizaciones comprometidas con la defensa de los derechos humanos critican las condiciones de detención en Guantánamo y denuncian torturas, abusos y malos tratos a los prisioneros. Los ex detenidos han referido a la prensa que los soldados los golpeaban y humillaban, inclusive apuntándoles pistolas en la cabeza durante los interrogatorios. Otros relatan que los prisioneros eran encadenados y maniatados por más de quince horas, alimentados con comida vencida y agua no potable. Un detenido denunció que lo habían golpeado después de haber rechazado la inyección de una sustancia desconocida. En mayo de 2005, una investigación militar de alto nivel sobre las denuncias de abusos promovidas por los detenidos de Guantánamo llegó a la conclusión de que “muchos prisioneros sufrieron malos tratos y humillaciones, quizás ilegalmente, como consecuencia de tentativas de aplicar

nuevas metodologías para obtener información”, entre ellas, actos perpetrados por los encargados de los interrogatorios de sexo femenino, que golpeaban los genitales de los prisioneros de sexo masculino.

Bajo la dirección del general Geoffrey Miller, que comenzó en enero de 2003, los interrogatorios se hicieron más frecuentes e intensos. Éste hizo una significativa reestructuración organizativa de la prisión. Para facilitar los interrogatorios unió el *Joint Detention Group*, formado por guardias, con el *Joint Interrogation Group*, compuesto por los encargados de los interrogatorios, analistas y traductores. El equipo de Miller elaboró presentaciones en *Power Point* para los guardias a efectos de instruirlos en la coordinación del trato a los prisioneros con los expertos de inteligencia. Con el fin de mejorar la eficacia de los interrogatorios, que a veces duraban veinte horas consecutivas, se desarrolló una amplia serie de técnicas: manipulaciones de la dieta, privación del sueño o inversión de su ciclo, aislamiento de hasta treinta días de duración, encadenamiento en posiciones incómodas, exposición al calor y al frío extremos, a música y ruidos ensordecedores, a luces intermitentes y olores desagradables.

Por otro lado, se utilizaron tácticas físicas, psicológicas y culturales para fomentar el miedo y la ansiedad entre los musulmanes, como las amenazas de muerte a éstos y a sus familiares, el desnudamiento, las humillaciones sexuales, el uso de perros y la negación del Corán, a veces arrojado a la descarga de los baños.

Tras su visita en 2003, el Comité Internacional de la Cruz Roja notó que los informes médicos que describían detalladamente el estado de salud mental de los prisioneros eran entregados a los encargados de los interrogatorios para que pudieran desarrollar los “programas de interrogatorio”, incurriendo en una clara violación de la ética médica, que, por el contrario, debería asegurar la reserva en la relación médico-paciente. Por otro lado, los referidos encargados consultaron a los psicólogos para “mejorar” las torturas de naturaleza psicológica.

6. *Abu Ghraib: imágenes de técnicas importadas*

A fines de 2002, el *Washington Post* publicó los informes detallados de agentes secretos americanos que habían practicado abusos y torturas a prisioneros detenidos en la base aérea de Bagram en Afganistán. A pesar de que la noticia apareció en la primera página del periódico, el interés político y público que generó fue mínimo. Quince meses después, fueron revelados los horrores de Abu Ghraib, y las imágenes fotográficas que los documentaban dieron la vuelta al mundo: prisioneros iraquíes amenazados por perros y amontonados en pirámides humanas confirmaron las sospechas de que los militares americanos estaban operando fuera del derecho internacional, recurriendo a la tortura en los interrogatorios o sólo para humillar y castigar. Las fotografías ofrecen pruebas irrefutables de los abusos y de las torturas cometidas por los militares y por los servicios secretos americanos, revelando también las técnicas específicas de dolor auto-infligido, privación sensorial y humillación sexual. Para contener de alguna manera el escándalo, el gobierno y los militares enseguida dieron la explicación de las “manzanas podridas”. La responsabilidad de los abusos se descargó en un grupo de reservistas retratado en las fotografías, y no en las cúpulas militares o en operadores importantes de los servicios secretos.

7. Conclusiones

Las técnicas actuales de tortura derivan de la investigación científica y establecen una aproximación aparentemente clínica -pero en realidad cruel- al interrogatorio. La tortura moderna es un aparato de gobierno que remite a la naturaleza del poder del Estado. Se observa una estrecha conexión entre los científicos, los encargados de los interrogatorios y un poder estatal que revitaliza y legitima estas prácticas. De esta manera, actos impensables de brutalidad se transforman en formas “prácticas” de política.

WELCH, Michael, “Fare l’impensabile. Genealogia della tortura moderna”, en *Studi sulla questione criminale*, Roma, Carocci, 2007, N° 3, pp. 41/64.



NOTICIAS

investigaciones

>> **ARMAS.** CONVENCIÓN SOBRE MUNICIONES EN RACIMO (NACIONES UNIDAS).

La Convención de las Naciones Unidas sobre Municiones en Racimo (CCM) prohíbe todo uso, producción y transferencia de municiones en racimo. Otros artículos de esta Convención se vinculan con la asistencia a las víctimas, la limpieza de las áreas contaminadas y la destrucción de las existencias. Las bombas en racimo se rompen, liberando un gran número de explosivos más pequeños que se desparraman antes de detonar por el impacto. Su diseño está dirigido a detener los movimientos de tropas de gran escala mediante el aumento de las lesiones corporales en un área más grande. Las bombas que no detonan pueden generar un serio riesgo para las poblaciones civiles.

La Convención fue adoptada en Berlín por 107 Estados el 30 de mayo de 2008 y suscripta el 3 de diciembre de ese mismo año. Entrará en vigencia el 1° de agosto de 2010, luego de haber sido ratificada por treinta Estados, los últimos de los cuales fueron Burkina Faso y Moldavia.

En una declaración, el Secretario General de las Naciones Unidas Ban Ki-moon dijo que “la entrada en vigencia de la Convención sólo dos años después de su adopción demuestra la reacción colectiva mundial ante el impacto que tienen estas armas terribles”. Algunos de los países que las usan -Estados Unidos, Rusia, China, Israel, India y Pakistán- no han adoptado la Convención porque sostienen que las bombas en racimo persiguen la satisfacción de objetivos militares legítimos. Cabe destacar que si bien los Estados Unidos no la han suscripto y han sostenido que ella impide los esfuerzos humanitarios, dado que desalienta la cooperación con Estados no signatarios, lo cierto es que en junio de 2008 han adoptado una política formal sobre este tipo de armas “dirigida a minimizar los potenciales daños no buscados a civiles y a infraestructura civil”.

La Convención es el fruto del proceso de Oslo, que fue un proceso diplomático abierto y realizado en un plazo determinado en el que intervinieron Estados, la *Cluster Munition Coalition*, el Comité Internacional de la Cruz Roja y las Naciones Unidas.

Nota del Instituto: la política formalmente adoptada por los Estados Unidos puede consultarse en <<http://www.defense.gov/news/d20080709cmpolicy.pdf>>.

THE CONVENTION ON CLUSTER MUNITIONS, en <<http://www.clusterconvention.org/index.php>>.



>> **DERECHOS HUMANOS.** SEGURIDAD CIUDADANA. PREVENCIÓN DEL DELITO (OEA).

El 10 de mayo de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) publicó su informe “Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos”, esperando que el mismo contribuya a demostrar que es imperioso modificar las políticas públicas sobre seguridad ciudadana, cambiando el foco de atención de la represión a la prevención de la criminalidad y la violencia.

Los países de la región presentan hoy algunos de los índices de criminalidad más altos del mundo, y los jóvenes son el grupo más afectado como víctimas y victimarios. Esto ha posicionado a la seguridad ciudadana como una de las principales demandas de la sociedad hacia las autoridades estatales. El informe destaca que los altos niveles de criminalidad acompañada por violencia contra las personas en América Latina y el Caribe generan alarmas para la gobernabilidad democrática y la vigencia del Estado de derecho.

La CIDH señala en su informe que las políticas de seguridad ciudadana históricamente implementadas en numerosos Estados de la región se han caracterizado, en términos generales, por su desvinculación de los estándares internacionales en materia de derechos humanos y, en muchos casos, en nombre de la prevención y el control del crimen y la violencia, se ha apelado al uso de la fuerza en forma ilegal y arbitraria. Observa el informe que estas políticas han resultado históricamente ineficaces para solucionar las demandas sociales sobre seguridad ciudadana, basadas en planteos de incrementar la presión punitiva; reducir las garantías procesales; o bajar la edad de imputabilidad para aplicar el derecho penal de adultos a los niños y niñas.

La Comisión expresa en el informe que los Estados Miembros tienen el deber de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en el área de la seguridad ciudadana a través de planes y programas de prevención, disuasión y, cuando ello sea necesario, de medidas de represión legítima respecto a los hechos de violencia y criminalidad, a partir de las orientaciones y dentro de los límites que establecen los estándares y los principios de derechos humanos. El informe señala asimismo que es necesario que se adopten medidas para la profesionalización de la policía, así como una política pública que tenga en cuenta la seguridad y los derechos de los agentes del Estado, incluidos los miembros de la policía. La CIDH expresa en su informe que las políticas públicas sobre seguridad ciudadana deben focalizarse en la creación o consolidación de una institucionalidad estatal que proporcione respuestas eficaces y eficientes a las demandas de una sociedad democrática en esta materia.

El informe “Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos” fue elaborado en el marco del memorándum de entendimiento entre la CIDH, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). Su preparación y publicación ha sido posible gracias al apoyo financiero de UNICEF, OACNUDH, el gobierno de Italia y la fundación *Open Society Institute*. Asimismo, las organizaciones de la sociedad civil de las Américas apoyaron la elaboración de este informe con valiosos aportes y contribuciones.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos”, en <<http://cidh.org/countryrep/Seguridad/seguridadindice.sp.htm>>.



>> **LAVADO DE DINERO. TERRORISMO. PREVENCIÓN. FINANCIACIÓN. LEGISLACIÓN (ESPAÑA).**

El 30 de abril de 2010, entró en vigor la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (Ley).

La política de prevención del blanqueo de capitales surge a finales de la década de 1980 como reacción a la creciente preocupación que planteaba la criminalidad financiera derivada del tráfico de drogas.

Efectivamente, el riesgo de penetración de importantes sectores del sistema financiero por parte de las organizaciones criminales, al que no proporcionaban adecuada respuesta los instrumentos existentes, dio lugar a una política internacional coordinada, cuya más importante manifestación fue la creación en 1989 del Grupo de Acción Financiera (GAFI). Las Recomendaciones del GAFI, aprobadas en 1990, pronto se convirtieron en el estándar internacional en la materia, constituyéndose en la inspiración directa de la Primera Directiva comunitaria (Directiva 91/308/CEE del Consejo, del 10 de junio de 1991).

No obstante, un conocimiento más profundo de las técnicas utilizadas por las redes de blanqueo de capitales, así como la natural evolución de una política pública tan reciente, han motivado en los últimos años una serie de cambios en los estándares internacionales y, como consecuencia de ello, en el derecho comunitario.

En este contexto, la presente Ley transpone la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, desarrollada por la Directiva 2006/70/CE de la Comisión del 1º de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones en lo relativo a la definición de “personas del medio político” y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente, así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada, además de establecer el régimen sancionador del Reglamento (CE) Nº 1781/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo del 15 de noviembre de 2006, relativo a la información sobre los ordenantes que acompañan a las transferencias de fondos.

Sin embargo, debe subrayarse que la Directiva 2005/60/CE o Tercera Directiva, que básicamente incorpora al derecho comunitario las Recomendaciones del GAFI tras su revisión en 2003, se limita a establecer un marco general que ha de ser no sólo transpuesto, sino completado por los Estados Miembros, dando lugar a normas nacionales notablemente más extensas y detalladas, lo que supone que la Directiva no establece un marco integral de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo que sea susceptible de ser aplicado por los sujetos obligados sin ulteriores especificaciones por parte del legislador nacional. Por otra parte, la Tercera Directiva es una norma de mínimos, como señala de forma rotunda su art. 5, que ha de ser reforzada o extendida atendiendo a los concretos riesgos existentes en cada Estado Miembro, lo que justifica que la presente Ley contenga, al igual que la vigente Ley 19/1993, del 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, algunas disposiciones más rigurosas que la Directiva.

Por otra parte, desde el punto de vista técnico, se ha realizado una verdadera transposición, adaptando la terminología y sistemática de la Directiva a las prácticas legislativas españolas. Así, a título de ejemplo, se ha optado por la locución “personas con responsabilidad pública” para aludir a lo que la Directiva denomina “personas del medio político”, por entender que aquélla es más exacta y expresiva en castellano. Asimismo, se ha mantenido, en la medida de lo posible, el régimen vigente, en cuanto no fuera contrario a la nueva ordenación comunitaria, con el fin de reducir los costos de adaptación de los sujetos obligados. Finalmente, se han elevado de rango diversas previsiones contenidas en el reglamento de la Ley 19/1993, aprobado por Real Decreto 925/1995 del 9 de junio, lo que se traduce en una ley notablemente más extensa que, desde un punto de vista crítico, podría tacharse de excesivamente reglamentista. Sin embargo, esta técnica se estima preferible por tratarse de deberes específicos, impuestos a los sujetos obligados, que encuentran mejor acomodo en normas de rango legal.

Por último, cabe señalar que se procede a la unificación de los regímenes de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, poniendo fin a la dispersión actual. Consecuentemente con los estándares internacionales en materia de prevención del blanqueo de capitales, que han incorporado plenamente la lucha contra la financiación del terrorismo, la Tercera Directiva, a diferencia de los textos de 1991 y 2001, se refiere a “la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo”.

En España, la Ley 19/1993 coexiste con la Ley 12/2003 del 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo. Como indica su denominación, la Ley 12/2003 no se ha limitado a regular el congelamiento o bloqueo de fondos potencialmente vinculados al terrorismo, como fue la intención inicial, sino que ha reproducido las obligaciones de prevención de la Ley 19/1993, lo que resulta claramente disfuncional.

Por ello, sin perjuicio de mantener la Ley 12/2003, en lo relativo al bloqueo, se procede a regular de forma unitaria en la presente Ley los aspectos preventivos tanto del blanqueo de capitales como de la financiación del terrorismo. El bloqueo, como decisión operativa, se mantendrá en el ámbito del Ministerio del Interior, atribuyéndose, por el contrario, a la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, situada orgánicamente en la Secretaría de Estado de Economía y con participación de los supervisores financieros, la competencia para la incoación e instrucción de los expedientes sancionadores por incumplimiento de las obligaciones de prevención. Ello acabará con la actual dualidad normativa, manteniendo, no obstante, la competencia de la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo para acordar el bloqueo o congelamiento de fondos cuando existan motivos que lo justifiquen.

Ley 10/2010, del 28 de abril, en <<http://www.boe.es/boe/dias/2010/04/29-1/pdfs/BOE-A-2010-6737.pdf>> (BOE N° 103, 29 de abril de 2010, p. 37458).



>> LIBERTAD DE EXPRESIÓN RELIGIOSA. ALCANCES. USO DEL BURQA MUSULMÁN. DERECHO A LA IGUALDAD. IGUALDAD DE GÉNERO (FRANCIA).

La Asamblea Nacional aprobó por unanimidad, el 11 de mayo de 2010, una resolución que condena el burqa islámico y otros velos que cubren la totalidad del rostro femenino, por entender que resultan contrarios a la igualdad de género. La resolución se aprobó con 434 votos positivos. El resto de legisladores (577) se abstuvieron.

La aprobación de esta resolución constituye un importante precedente para la prohibición absoluta de los velos que cubren a las mujeres, a pesar de que, en marzo, el Consejo de Estado había juzgado que semejante disposición tendría el riesgo de violar la Constitución francesa y la Convención Europea de Derechos Humanos.

Nota del Instituto: 1) La semana anterior a la aprobación, la Vicepresidenta del Parlamento Europeo Silvana Koch-Mehrin había expresado su respaldo a una prohibición del burqa a nivel continental. 2) En abril, la Cámara de Representantes belga aprobó por unanimidad un proyecto (ver en <http://www.dekamer.be/kvvcr/showpage.cfm?section=/flwb&language=fr&rightmenu=right&cfm=flwbn.cfm?lang=F&legislat=52&dossierID=2289>) que prohibiría el burqa en lugares públicos. Este proyecto se aplicaría a “áreas accesibles por el público” y a áreas destinadas al “uso público o a brindar servicios públicos”. Las violaciones de esta prohibición tienen prevista una pena de hasta siete (7) días de cárcel o una multa de entre 15 y 25 euros. Ahora el proyecto ha pasado al Senado belga.

ASAMBLEA NACIONAL DE FRANCIA, Resolución del 11-5-2010, N° 459, en <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/ta/ta0459.asp>>.



>> PESCA. MEDIDAS DESTINADAS A PREVENIR, DESALENTAR Y ELIMINAR LA PESCA ILEGAL (NACIONES UNIDAS).

Un nuevo tratado cuyo objetivo es cerrar los puertos pesqueros a los barcos involucrados en la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (conocida por sus siglas como INDNR) ha sido aprobado por la Conferencia de la FAO, el máximo órgano rector de la Organización de las Naciones Unidas.

Cuando entre en vigencia, será el primer acuerdo legalmente vinculante a nivel internacional centrado en hacer frente a este problema. Será además el único tratado que, junto a los Estados de pabellón, responsables en primera instancia de la conducta de los barcos que operan bajo su bandera en alta mar, implica a otros Estados distintos al de pabellón en la lucha contra la pesca INDNR.

El Acuerdo sobre medidas del Estado rector del puerto para prevenir, evitar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada entrará en vigor una vez que haya sido ratificado por veinticinco países.

Los once primeros Estados Miembros de la FAO firmaron el tratado de forma inmediata tras ser aprobado por la Conferencia. Se trata de Angola, Brasil, Chile, la Unión Europea, Indonesia, Islandia, Noruega, Samoa, Sierra Leone, Estados Unidos y Uruguay.

Con su adhesión al tratado, los gobiernos se comprometen a prevenir, disuadir y finalmente eliminar la pesca INDNR, incluyendo tomar medidas para evitar la entrada en sus puertos de los barcos dedicados a ello, impidiendo así que el pescado capturado de forma ilícita entre en el mercado internacional.

Al impedir una gestión responsable, la pesca INDNR, daña la productividad ictícola y podría llevar incluso a su colapso. Se trata de un serio problema para la gente que depende de estos recursos para obtener alimentos e ingresos.

Entre las actividades ilícitas más comunes de la pesca INDNR figuran el operar sin la autorización apropiada, capturar especies protegidas, utilizar aparejos ilegales o ignorar las cuotas de capturas.

Existen formas de combatir la actividad, pero a menudo resultan costosas y difíciles de implementar para los países en desarrollo debido a las extensas zonas oceánicas que hay que controlar y los costos de la tecnología necesaria.

Como resultado, las medidas del Estado rector del puerto se consideran por lo general una de las formas mejores y más eficaces para combatir la pesca ilícita.

Entre dichas medidas, figuran:

1) Los barcos de pesca extranjeros que pretendan atracar estarán obligados a solicitar permiso con antelación en una serie de puertos especialmente designados, transmitiendo información sobre sus actividades y el pescado que llevan a bordo. De esta forma, las autoridades tendrán oportunidad de detectar los navíos sospechosos de forma anticipada.

2) Los Estados rectores de los puertos llevarán a cabo inspecciones regulares de los barcos según una serie de normas comunes. El examen de la documentación del navío, de sus aparejos de pesca, de las capturas y del libro de bitácora puede a menudo desvelar si ha realizado actividades de pesca ilícita.

3) También deben garantizar que los puertos cuenten con el equipo adecuado y que los inspectores estén bien formados.

4) Cuando a una embarcación se le niegue el acceso, los Estados rectores de los puertos deben difundir esa información públicamente y las autoridades nacionales del país de pabellón del navío deben tomar las medidas consiguientes.

Estas medidas se aplican a los barcos de pesca extranjeros que están bajo una bandera diferente a la de los Estados rectores de los puertos; sin embargo, los países pueden también aplicarlas a sus propias flotas pesqueras.

Las partes firmantes del acuerdo están obligadas a vigilar su cumplimiento de forma regular, y está prevista una revisión a fondo cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo.

Nota del Instituto: el texto del tratado puede consultarse en <<ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/meeting/018/k6339e.pdf>>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN (FAO), Centro de Prensa, en <<http://www.fao.org/news/story/es/item/37627/icode>>.



>> **PODER JUDICIAL.** PROYECTO CONSTITUTIVO DE LA CORTE DE JUSTICIA (MERCOSUR).

Con fecha 20 de abril de 2009, ingresó en el Parlamento del MERCOSUR el Proyecto de Norma “Protocolo Constitutivo de la Corte de Justicia del MERCOSUR”, cuya finalidad es la creación de dicho tribunal, con carácter permanente, como órgano jurisdiccional con autonomía administrativa, funcional y presupuestaria, para garantizar la interpretación y aplicación del derecho del MERCOSUR.

Según el proyecto, la Corte, cuya sede será en la ciudad de Asunción, Paraguay, se integrará con un número de jueces igual al de Estados Partes, cuya nacionalidad debe ser común a éstos. Los tribunales superiores de cada Estado Parte serán los encargados de elaborar una terna y elegir, en reunión plenaria y por mayoría simple, al juez nacional y su respectivo suplente. Si el número de Estados es par -tal como ocurre en la actualidad-, dichos tribunales deberán elegir un juez adicional y su suplente a partir de las ternas presentadas oportunamente.

Los jueces serán designados por un período de seis años y podrán ser reelegidos.

Entre otras funciones, tendrán competencia para dirimir la acción de nulidad presentada contra normas emanadas de órganos mercosureños (Consejo del Mercado Común, Grupo Mercado Común, Comisión de Comercio del MERCOSUR). Se confiere legitimación activa a los Estados Partes, a determinados órganos y a las personas físicas y jurídicas en tanto resulten afectados en sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

La entrada en vigor de la Corte derogará el Protocolo de Olivos suscripto en febrero de 2002; no obstante ello, los conflictos iniciados bajos su régimen continuarán rigiéndose, en lo que corresponde, por dicho instrumento.

La Corte deberá quedar instalada, a más tardar, al mes que se produzca la primera elección de jueces, cuya realización tendrá lugar dentro de los treinta días de la entrada en vigencia del Protocolo.

PARLAMENTO DEL MERCOSUR, “Proyecto de Norma: Protocolo Constitutivo de la Corte de Justicia del MERCOSUR”, en <<http://www.parlamentodelmercosur.org>>.



>> **PROPIEDAD INTELECTUAL. DERECHO DE AUTOR (CHILE).**

El 4 de mayo de 2010, se promulgó y entró en vigencia la reforma a la ley de propiedad intelectual más importante en materia de derechos de autor. Esta reforma es el fruto de más de tres años de discusión en el Parlamento y viene a “actualizar” la legislación chilena a los nuevos tiempos, puesto que el desarrollo dinámico de las nuevas tecnologías dejaba obsoleto el texto, o en otras circunstancias existían vacíos o simplemente no se consideraban situaciones de hecho actuales.

Es así como palabras tan comunes hoy en día como “Internet”, “copia digital”, “ingeniería inversa”, “prestadores de servicio a Internet” y otras, que no se encontraban incorporadas en el antiguo texto legal, ahora sí merecen consideración.

Esta reforma cumple al mismo tiempo con un compromiso asumido por Chile en diversos tratados internacionales, especialmente el referente al Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, en orden a homogeneizar y regular aún más esta materia para estandarizar regulaciones, en especial relacionadas a las empresas proveedoras de acceso a Internet, regulación que es parte integrante de esta reforma.

Entre otras hipótesis, la ley señala que se permite, sin necesidad de remunerar o pedirle autorización al autor, utilizar fragmentos breves de obras protegidas que hayan sido lícitamente divulgadas, en la medida en que su inclusión sea a título de cita o bien con fines de crítica, ilustración, enseñanza o investigación, mencionando siempre la fuente, el título y el autor.

Lo mismo ocurre con el uso de cualquier material que tenga como objetivo beneficiar a una persona con discapacidad visual, auditiva o de otra clase que le impida acceder de manera normal a la obra, siempre y cuando no se persigan fines comerciales.

También se precisa el marco de acción para bibliotecas y archivos sin fines de lucro, donde se detallan las posibilidades de uso, reproducción, traducción y digitalización de material.

Antes de su aprobación, el proyecto pasó su examen ante el Tribunal Constitucional.

Ley 17.336 del 4-5-2010, en <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933>>.



>> **SALUD. SEXUAL Y REPRODUCTIVA. INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO. LEGISLACIÓN (ESPAÑA).**

Con fecha 3 de marzo de 2010, se sancionó la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la que entrará en vigor el 4 de julio próximo.

La ley pretende adecuar el marco normativo español al consenso de la comunidad internacional en la materia. Parte de la convicción de que una educación afectivo-sexual y reproductiva adecuada, y el acceso universal a prácticas

clínicas efectivas de planificación de la reproducción, mediante la incorporación de anticonceptivos de última generación cuya eficacia haya sido avalada científicamente, son el modo más eficaz de prevenir, especialmente en personas jóvenes, las infecciones de transmisión sexual, los embarazos no deseados y los abortos.

Asimismo, reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres pueden tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que tal decisión, consciente y responsable, debe ser respetada. El legislador ha considerado razonable dejar un plazo de 14 semanas en el que se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción de la gestación. La experiencia ha demostrado que la protección de la vida prenatal es más eficaz con políticas activas de apoyo a la maternidad. Por ello, la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación se articula a través de la voluntad de la mujer, y no contra ella. La ley dispone un plazo de reflexión de al menos tres días y, además de exigir la claridad y objetividad de la información, impone condiciones para que ésta se ofrezca en un ámbito y de un modo exento de presión para la mujer.

El umbral de la viabilidad fetal se sitúa en torno a la vigésimo segunda semana y es hasta ese momento cuando la norma permite la interrupción del embarazo siempre que concurra alguna de estas dos indicaciones: que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada, o que exista riesgo de graves anomalías en el feto.

Más allá de la vigésimo segunda semana, la ley configura dos supuestos excepcionales de interrupción: 1) en caso de que se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida, y 2) cuando se advierta en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

La norma establece además un conjunto de garantías relativas al acceso efectivo a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria, y a la protección de la intimidad y confidencialidad de las mujeres.

Por último, se ha dado nueva redacción al art. 145 del Código Penal con el fin de limitar la pena impuesta a la mujer que consiente o se practica un aborto fuera de los casos permitidos por la ley, eliminando la previsión de pena privativa de la libertad, por un lado, y, por otro, de precisar la imposición de las penas en sus mitades superiores en determinados supuestos. Asimismo, en dicho texto legal, se ha introducido el art. 145 *bis* a fin de incorporar la penalidad correspondiente a las conductas de quienes practican una interrupción dentro de los casos contemplados por la ley, pero sin cumplir con los requisitos exigidos en ella.

Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, del 3 de marzo de 2010, en <<http://www.boe.es/boe/dias/2010/03/04/pdfs/BOE-A-2010-3514.pdf>>.



**NOVEDADES
BIBLIOGRÁFICAS**

investigaciones

LIBROS

AMBOS, Kai (coord.); BÖHM, María Laura; MALARINO, Ezequiel; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da; GUZMÁN DALBORA, José Luis; LÓPEZ DÍAZ, Claudia; MEINI, Iván; GALAIN PALERMO, Pablo y MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis, *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá, GTZ–Temis, 2009, 255 pp.

AMBOS, Kai (coord.); MALARINO, Ezequiel; GUZMÁN, José Luis; GIL GIL, Alicia; MEINI, Iván y LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, 2a. ed., Bogotá, GTZ–Temis, 2009, 191 pp.

ARROYO, Luis; BIGLINO CAMPOS, Paloma y SCHABAS, William A. (eds.); MUÑOZ AUNIÓN, Antonio (coord.), *Hacia la Abolición Universal de la pena capital*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, 565 pp.

BATSELÉ, Didier, *La loi du 11 février 1986 sur la police communale*, Bruselas, Nemesis, 1989, 134 pp. – (Droit et justice; 8).

BATSELÉ, Didier; HANOTIAU, Michel y DAURMONT, Odile, *La lutte contre le racisme et la xénophobie*, Bruselas, Nemesis, 1992, 317 pp. – (Droit et justice; 11).

BONOMI, Andrea y CASHIN RITAINE, Eleanor (eds.), *La loi fédérale de droit droit international privé: vingt ans après.. Actes de la 21^e Journée de droit international privé du 20 mars 2009 à Lausanne*, Ginebra-Zurich-Basilea, Schulthess, 2009, 222 pp. – (Publications de l'Institut suisse de droit comparé; 63).

BROSSET, E.; CHEVALLIER-GOVERS, C.; EDJAHARIAN, V. y SCHNEIDER, C. (dir.), *Le traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruselas, Bruylant, 2009, 352 pp.

CAGNONI, José Aníbal,

- *El Derecho Constitucional uruguayo*, 2a. ed., Montevideo, 2006, 457 pp.;

- *Ombudsman*, 4a. ed., Montevideo, 2004, 202 pp.

CASHIN RITAINE, Eleanor (ed.), *Legal Engineering and Comparative Law / L'ingénierie juridique et le droit comparé. Rapports du Colloque du 25^e anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé du 29 août 2008 à Lausanne*, t. 2, Ginebra-Zurich-Basilea, Schulthess, 2009, 141 pp. – (Publications de l'Institut suisse de droit comparé; 64).

CASSESE, Antonio, *The Human Dimension of International Law. Selected Papers*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 539 pp.

COHEN-JONATHAN, Gérard y FLAUSS, Jean-François (dir.),

- *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 2004, 153 pp. – (Droit et justice; 55).

- *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 2005, 256 pp. – (Droit et justice; 61).

- *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 2005, 276 pp. – (Droit et justice; 64).

- *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 2005, 311 pp. – (Droit et justice; 65).

CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, BUREAU PERMANENT, *Recueil des Conventions / Collection of Conventions (1951-2009)*, La Haya, Conférence de La Haye de droit international privé, 2009, 579 pp.

D'AMBRA, Dominique; BENOÎT-ROHMER, Florence y GREWE, Constance (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 2003, 267 pp. – (Droit et justice; 49).

DAL, Georges-Albert y KRENC, Frédéric (dir.), *Les droits fondamentaux de la personne handicapée*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 2006, 194 pp. – (Droit et justice; 66).

DECAUX, Emmanuel y PETTITI, Christophe (dir.), *La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme et en droit comparé*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 2009, 170 pp. – (Droit et justice; 84).

DEPRÉ, Sébastien y MOLITOR, Cédric (eds.), *État des lieux de la fonction publique*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 2005, 168 pp. – (Droit et justice; 59).

DÍAZ, Elías, *De la Institución a la Constitución. Política y cultura en la España del siglo XX*, Madrid, Trotta, 2009, 263 pp.

DÍAZ, Elías y RUIZ MIGUEL, Alfonso (eds.), *Filosofía política II. Teoría del Estado*, Madrid, Trotta, 2004, 272 pp. – (Enciclopedia IberoAmericana de Filosofía; 10).

DUSSEL, Enrique, *Política de la liberación*. Vol. I: *Historia mundial y crítica*. Vol. II: *Arquitectónica*. Madrid, Trotta, 2007, 587 y 542 pp., respectivamente.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 187 pp.

FEUILLET-LIGER, Brigitte (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, Bruselas, Bruylant, 2008, 318 pp. – (Droit, bioéthique et société; 1).

FLAUSS, Jean-François (dir.), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2003, 219 pp. – (Droit et justice; 52).

FLAUSS, Jean-François y LAMBERT-ABDELGAWAD, Elisabeth (dir.), *L'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2004, 266 pp. – (Droit et justice; 54).

FLETCHER, George P. y OHLIN, Jens David, *Defending Humanity. When Force Is Justified and Why*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 268 pp.

FOLSOM, Ralph H.; WALLACE GORDON, Michael; SPANOGLE, JR., John A. y FITZGERALD, Peter L.,

- *International Business Transactions: Contracting Across Borders*, St. Paul, West-Thomson Reuters, 2009, 654 pp.;

- *International Business Transactions: Foreign Investment*, St. Paul, West-Thomson Reuters, 2009, 642 pp.;

- *International Business Transactions: Trade & Economic Relations*, St. Paul, West-Thomson Reuters, 2009, 660 pp.

FONTAINE, Lauréline (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2007, 398 pp. – (Droit et justice; 76).

FRWEIN, Jochen Abr. y PEUKERT, Wolfgang, *Europäische MenschenRechtsKonvention. EMRK-Kommentar*, Kehl am Rhein, N.P. Engel Verlag, 2009, 770 pp.

GOLLWITZER, Walter, *Menschenrechte im Strafverfahren – MRK und IPBPR*, Berlín, De Gruyter Recht, 2005, 700 pp.

GONZALEZ, Gérard (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2006, 267 pp. – (Droit et justice; 67).

GOUCHA, Moufida y CROWLEY, John (eds.), *Rethinking Human Security*, Malden-Oxford-West Sussex, Wiley-Blackwell –UNESCO, 2008, 148 pp.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2008, 689 pp.

HARTIG, Hanno (ed.), *Trente ans de droit européen des droits de l'homme. Études à la mémoire de Wolfgang Strasser*, Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2007, 308 pp. – (Droit et justice; 74).

HENNEBEL, Ludovic, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2007, 582 pp. – (Droit et justice; 77).

HERMANN, Ricardo Torres, *O tratamento das demandas de massa nos Juizados Especiais Cíveis*, Puerto Alegre, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2010, 160 pp. – (Coleção Administração Judiciária; v. 10).

HERRERA MOLINA, Pedro M. (dir.); GARCÍA CARRETERO, Belén (coord.), *Comentarios de Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Años 2006-2007*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2008, 945 pp.

HOTTELIER, Michel; MOCK, Hanspeter y PUÉCHAVY, Michel, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2005, 273 pp. – (Droit et justice; 60).

HUBER, Rudolf (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2009, 669 pp.

INSTITUT DES DROITS DE L'HOMME DU BARREAU DE BRUXELLES (org.), *Le droit au logement: vers la reconnaissance d'un droit fondamental de l'être humain. Actes du colloque du 19 octobre 2007*, Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2009, 148 pp. – (Droit et justice; 83).

KLIP, André y SLUITER, Göran (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, vols. 19, 20, 21 y 23, Antwerp, Intersentia, 2010, 963, 850, 851 y 755 pp., respectivamente.

KRENC, Frédéric y PUÉCHAVY, Michel (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2008, 170 pp. – (Droit et justice; 78).

LAMBERT, Pierre,

- *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence belge*, Bruselas, Nemesis, 1987, 143 pp. – (Droit et justice; 3).

- *La Belgique devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2002, 192 pp. – (Droit et justice; 37).

LAMBOTTE, Christian,

- *La procédure devant le Conseil d'État*, Bruselas, Nemesis, 1987, 269 pp. – (Droit et justice; 4).

- *La procédure devant la députation permanente exerçant ses compétences juridictionnelles*, Bruselas, Nemesis, 1987, 168 pp. – (Droit et justice; 5).

LEVINET, Michel, *Théorie générale des droits et libertés*, 2a. ed., Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2008, 497 pp. – (Droit et justice; 82).

LICHÈRE, François; POTVIN-SOLIS, Laurence y RAYNOUARD, Arnaud (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux: incantation ou réalité?*, Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2004, 242 pp. – (Droit et justice; 53).

LILLICH, Richard B.; HANNUM, Hurst; ANAYA, S. James y SHELTON, Dinah L.,
- *International Human Rights. Problems of Law, Policy, and Practice*, 4a. ed., Nueva York, Aspen Publishers, 2006, 1176 pp.;
- *International Human Rights. Documentary Supplement*, Nueva York, Aspen Publishers, 2006, 260 pp.

LUCAS-ALBERNI, Katia y SUDRE, Frédéric (dir.), *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2008, 584 pp. – (Droit et justice; 79).

MARTÍN MARTÍN, Gervasio y MARTÍNEZ TRISTÁN, Francisco Gerardo (coords.); SANGÜESA CABEZUDO, Ana María; GRANDE PESQUERO, Beatriz; CALDERÓN GONZÁLEZ, Javier María y CALDERÓN GONZÁLEZ, Jesús María, *Derecho Judicial. Estatuto de Jueces y Magistrados. Situaciones e Incompatibilidades. Inspección de Tribunales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, 281 pp.

MASSIS, Thierry y PETTITI, Christophe (eds.), *La liberté religieuse et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2004, 183 pp. – (Droit et justice; 58).

MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena; ARJONA ESTÉVEZ, Juan Carlos y GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio, *Manual básico sobre la Corte Penal Internacional*, México, D.F., Fundación Konrad Adenauer, 2009, 222 pp.

MORANGE, Jean, *La liberté d'expression*, Bruselas, Bruylant, 2009, 240 pp.

NOWAK, Manfred y McARTHUR, Elizabeth, *The United Nations Convention Against Torture. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 1649 pp.

OFICINA DEL ALTOCOMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS,

- *Desapariciones forzadas o involuntarias*, Nueva York-Ginebra, Naciones Unidas, 2009, 68 pp. – (Folletos informativos sobre los derechos humanos; 6 (Rev. 3));

- *El derecho a una vivienda adecuada*, Nueva York-Ginebra, Naciones Unidas, 2010, 56 pp. – (Folletos informativos sobre los derechos humanos; 21 (Rev. 1);

- *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto – Amnistías*, Nueva York-Ginebra, Naciones Unidas, 2009, 46 pp.;

- *Unidos contra el racismo: dignidad y justicia para todos – Conferencia de Examen de Durban. Documento final*, Nueva York-Ginebra, Naciones Unidas, 2010, 24 pp.

PETTITI, Louis-Edmond; COUSSIRAT-COUSTÈRE, Vincent; LAMBERT, Pierre; DURAND, Didier y EISSEN, Marc-André, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Nemesis, 1992, 101 pp. – (Droit et justice; 12).

PODGOR, Ellen S. y CLARK, Roger S., *Understanding International Criminal Law*, 2a. ed., Newark, LexisNexis, 2008, 256 pp.

PRIETO SÁNCHEZ, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2005, 331 pp.

RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S. y BISCHOFF, James L., *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*, 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, 483 pp.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000, 177 pp.

ROUSSEAU, Gérard y DE FONTBRESSIN, Patrick, *L'expert et l'expertise judiciaire en France. Théorie – pratique – formation*, 2a. ed., Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2008, 293 pp. – (Droit et justice; 80).

RUSSO, Andréa Rezende, *Uma moderna gestão de pessoas no Poder Judiciário*, Puerto Alegre, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2009, 206 pp. – (Coleção Administração Judiciária; v. 8).

SCHABAS, William A., *War Crimes and Human Rights: Essays on the Death Penalty, Justice and Accountability*, Londres, Cameron May, 2008, 1158 pp.

SCHMITT, Carl, *Tierra y mar. Una reflexión sobre la historia universal*, Madrid, Trotta, 2007, 107 pp.

SEMINARA, Letizia, *Les effets des arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2009, 475 pp. – (Droit et justice; 85).

SIMMA, Bruno (ed.); MOSLER, Hermann; RANDELZHOFFER, Albrecht; TOMUSCHAT, Christian y WOLFRUM, Rüdiger (colab.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 2a. ed., vols. I y II, Oxford, Oxford University Press, 2002, 1405 pp.

STAHN, Carsten y SLUITER, Göran (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 770 pp.

SUDRE, Frédéric (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2005, 336 pp. – (Droit et justice; 63).

SUDRE, Frédéric y SURREL, Hélène (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2008, 474 pp. – (Droit et justice; 81).

SUDRE, Frédéric (dir.) y TINIÈRE, Romain, *Droit communautaire des droits fondamentaux*, 2a. ed., Bruselas, Nemesis–Bruylant, 2007, 337 pp. – (Droit et justice; 75).

TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court –Observers’ Notes, Article by Article–*, 2a. ed., München–Oxford–Baden-Baden, C. H. Beck –Hart–Nomos, 2008, 1954 pp.

VAGTS, Detlev F.; DODGE, William S. y HONGJU KOH, Harold, *Transnational Business Problems*, 3a. ed., Nueva York, Foundation Press, 2003, 648 pp.

VANHAEVERBEEK, Jacques, *Les Intercommunales*, Bruselas, Nemesis, 1988, 246 pp. – (Droit et justice; 6).

VERDUSSEN, Marc, *Le droit des élections communales*, Bruselas, Nemesis, 1988, 303 pp. – (Droit et justice; 7).

VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura, *O direito comparado após a reforma de Bolonha. Relatório*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, 254 pp.

VIEIRA, José Luiz Leal y NETO, Ney Wiedemann, *Coletânea de trabalhos de conclusão de curso apresentados ao Programa de Capacitação em Poder Judiciário – FGV Direito Rio*, Puerto Alegre, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2009, 176 pp. – (Coleção Administração Judiciária; v. 7).

WIEDEMANN NETO, Ney, *Gestão de Gabinetes de Magistrados nas Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, Puerto Alegre, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2010, 208 pp. – (Coleção Administração Judiciária; v. 9).

YEE, Sienho y MORIN, Jacques-Yvan (eds.), *Multiculturalism and International Law. Essays in Honour of Edward McWhinney*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 772 pp.

ZIPPELIUS, Reinhold, *Introduction to German Legal Methods*, Durham, Carolina Academic Press, 2008, 159 pp.



ÍNDICES

investigaciones

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

- ALEMANIA:** 61, 63, 71, 101, 109, 131, 149, 201.
AUSTRIA: 201.
BÉLGICA: 187, 201.
CANADÁ: 124.
CHILE: 228.
COLOMBIA: 67.
CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS: 97.
CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: 68, 107, 111, 112, 120, 123, 153.
 art. 1: 153.
 art. 3: 111.
 art. 5: 153.
 art. 6: 123.
 art. 8: 68, 112.
 art. 9: 123.
 art. 10: 132.
 art. 12: 112.
 art. 14: 112, 123.
 art. 17: 132.
 art. 53: 132.
 Protocolo 1, art. 3: 107.
CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO:
 191.
 art. II: 191.
DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO: 159.
 art. 6: 159.
 art. 8: 159.
 art. 9: 159.
EE.UU.: 93, 128, 152, 212.
ESPAÑA: 72, 132, 141, 173, 201, 223, 228.
FRANCIA: 88, 153, 159, 201, 225.
GRECIA: 201.
HOLANDA: 111, 201.
HUNGRÍA: 96.
INTERNACIONAL: 183, 191, 196.
ITALIA: 62, 85, 97, 103, 104, 112, 116, 120, 156, 165, 166, 187, 201.
MERCOSUR: 227.
MÉXICO: 151.
NACIONES UNIDAS: 72, 221, 225.
NICARAGUA: 78.
ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA): 221.
ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT): 191.
 Convenio 29: 191.
PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS: 72.
 art. 2: 72.
PERÚ: 80, 82, 118, 158, 170.
PORTUGAL: 201.
REINO UNIDO: 68, 74, 90, 92, 107, 201.
RUSIA: 70.
SUIZA: 201.
TURQUÍA: 123, 148.
UNIÓN EUROPEA: 84, 85, 88, 90, 92, 112.
 Carta de los Derechos Fundamentales,
 art. 7: 112.
 art. 9: 112.
 art. 21: 112.

TEMÁTICO

ABORTO: 228.

España, legislación: 228.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: 201.**ARMAS:** 165, 221.

Convención sobre Municiones en Racimo:
221.

Exceso en el uso legítimo: 165.

BIOÉTICA: 183.

ADN: 183.

Identificación genética: 183.

CALUMNIAS E INJURIAS: 124.

Excepciones: 124.

CÁRCELES: 149.

Obligaciones: 149.

CENSURA: 61, 131.

Gravedad de los perjuicios previsibles: 61.

Interés público de información: 131.

Medidas cautelares: 61.

CIUDADANÍA: 62.

Adquisición: 62.

Discrecionalidad de la autoridad
administrativa: 62.

Potencial peligrosidad del peticionante: 62.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA: 118.

Atribuciones: 118.

CONSTITUCIÓN: 63.

Reforma: 63.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS**HUMANOS:** 120.

Estatus legal en el sistema interno italiano:
120.

CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: 191.

Crímenes con niños: 191.

Responsabilidad penal individual: 191.

CRÍMENES DE GUERRA: 191.

Crímenes con niños: 191.

Responsabilidad penal individual: 191.

CRIMINOLOGÍA: 11.

Lineamientos para un replanteo
criminológico: 11.

DELITOS PENALES: 67, 116.

Delitos fundados en la cultura: 116.

Homicidio en accidente de tránsito: 67.

Presupuesto para la aplicación de dolo
eventual: 67.

DELITOS SEXUALES: 68.

Penas accesorias: 68.

DEMENTES: 70.

Derechos y libertades fundamentales: 70.

DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN:

131.

DERECHO A LA IDENTIDAD: 71.

Derecho al nombre: 71.

DERECHO A LA IGUALDAD: 72, 74, 78, 84,

103, 112, 116, 173, 187, 225.

Discriminación racial: 72.

Discriminación religiosa: 74.

Discriminación sexual: 103, 173.

Homosexuales: 112.

Igual dignidad social sin distinciones: 116.

Igualdad ante la ley: 78.

Igualdad de género: 225.

Inmigrantes: 116.

Principios constitucionales de garantía de los
derechos inviolables del hombre: 116.

Trabajadores: 187.

DERECHO A LA INTIMIDAD: 68, 131.**DERECHO A LA LIBERTAD:** 80.

Plazos máximos de detención: 80.

DERECHO A LA VIDA: 166.

Subjetividad jurídica del concebido: 166.

DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

v. **DERECHO A LA INTIMIDAD**

DERECHO AL SUFRAGIO: 78.

Alcances: 78.

Interdicción electoral: 78.

Restricciones: 78.

DERECHO AMBIENTAL: 82, 84, 85.

Derecho a gozar del medio ambiente: 82.

Legitimación activa: 84.

Principio de "quien contamina paga": 85.

- Régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero: 84.
- Responsabilidad medioambiental: 85.
- DERECHO COMUNITARIO:** 84, 85, 88, 90, 92, 187.
- Cuestiones prejudiciales: 187.
- Derecho a la igualdad: 187.
- Derecho ambiental: 84, 85.
- Derecho de propiedad: 84.
- Internet: 88.
- Interpretación de directiva: 187.
- Libertad de establecimiento: 84.
- Marcas y patentes: 88.
- Médicos: 90.
- Política exterior y de seguridad común: 92.
- Seguridad social: 92.
- Terrorismo: 92.
- Trabajadores: 187.
- DERECHO DE AUTOR:** 228.
- Chile, reforma de ley: 228.
- DERECHO DE DEFENSA:** 93.
- Advertencias Miranda: 93.
- Asistencia letrada: 93.
- Autoincriminación: 93.
- DERECHO DE PROPIEDAD:** 84.
- Libertad para ejercer una actividad profesional: 84.
- DERECHO DE REUNIÓN:** 96.
- Legislación: 96.
- DERECHO INTERNACIONAL:** 97, 153.
- PÚBLICO:** 97, 153.
- Indulto: 97.
- Sentencia extranjera: 97.
- DERECHO PENAL:** 33.
- Autoría mediata por dominio de organización: 33.
- DERECHOS HUMANOS:** 221.
- Prevención del delito: 221.
- Seguridad ciudadana: 221.
- DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES:** 70, 101, 170.
- Derecho a la autodeterminación: 101.
- Garantías procesales: 70.
- Limitación legal: 101.
- DIFAMACIÓN:** 103.
- DIVISIÓN DE PODERES:** 104.
- Conflicto de atribución: 104.
- ELECCIONES:** 107, 109.
- Derecho a ser candidato: 107.
- Legitimidad del cargo: 107.
- Miembros no electivos: 107.
- Principio de publicidad del acto electoral: 109.
- Uso del voto digital: 109.
- ESCUELAS CONFESIONALES:** 74.
- Derecho de admisión: 74.
- ESTADO NACIONAL:** 63.
- Soberanía: 63.
- EXTRANJEROS:** 111.
- Derecho a la asistencia médica: 111.
- Residencia ilegal: 111.
- FUNCIONARIOS:** 170.
- Deber de diligencia: 170.
- GENOCIDIO:** 45, 191.
- Crímenes con niños: 191.
- Nociones: 45.
- Responsabilidad penal individual: 191.
- HOMOSEXUALES:** 112.
- Derecho a la igualdad: 112.
- Matrimonio: 112.
- INDULTO:** 97.
- INMIGRANTES:** 116, 196.
- Criminalidad: 116, 196.
- Delitos fundados en la cultura: 116.
- Derecho a la igualdad: 116.
- Tratos crueles e inhumanos: 116.
- Violencia doméstica: 116.
- INTERÉS PÚBLICO:** 124.
- Comunicación responsable: 124.
- INTERNET:** 88, 159.
- Motores de búsqueda: 88.
- Publicidad a partir de palabras clave: 88.

JUECES: 118.

- Libertad comunicativa: 118.
- Reserva del proceso: 118.
- Residencia: 118.
- Utilización de frases improcedentes u
ofensivas en las resoluciones: 118.

JUICIO POR JURADOS: 124.

- Instrucciones: 124.

JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA: 201.

- Poder Judicial: 201.

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: 153.

LAVADO DE DINERO: 223.

- España, legislación: 223.
- Prevención: 223.

LEY: 120, 128.

- Inconstitucionalidad: 120.
- Interpretación: 128.

LIBERTAD CONDICIONAL: 149.

- Derecho a su otorgamiento: 149.

LIBERTAD DE CULTO: 123.

- Exigencia de insertar la pertenencia religiosa
en un documento de identidad: 123.

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO: 84.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN: 124, 128, 132.

- Alcances: 124, 128.
- Comentario o crítica razonable: 124.
- Comunicación responsable de cuestiones de
interés público: 124.
- Doctrina del “*Overbreadth*”: 128.
- Negacionismo: 132.
- Reglamentación: 128.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN RELIGIOSA: 225.

- Alcances: 225.
- Uso del burqa musulmán: 225.

LIBERTAD DE PRENSA: 103, 124, 128, 131.

- Alcances: 124, 128.
- Censura: 131.
- Comentario o crítica razonable: 124.
- Comunicación responsable de cuestiones de
interés público: 124.
- Doctrina del “*Overbreadth*”: 128.
- Interés público de información: 131.
- Reglamentación: 128.

MARCAS Y PATENTES: 88.

- Internet: 88.

MATRIMONIO: 112.

- Homosexuales: 112.

MÉDICOS: 90.

- Incentivos económicos: 90.
- Libertad de prescripción: 90.

MENORES: 191.

- Crímenes con niños: 191.

MERCOSUR: 227.

- Proyecto constitutivo de la Corte de Justicia:
227.

MULTICULTURALISMO: 196.

- Mediación cultural: 196.

NEGACIONISMO: 132.

- Libertad de expresión: 132.

NOMBRE: 71.

- Apellidos compuestos: 71.
- Derecho a la identidad: 71.
- Límite a su generación: 71.

OBLIGACIONES DEL ESTADO: 111.

- Derecho a la asistencia médica de los
extranjeros: 111.

PARTIDOS POLÍTICOS: 101, 141, 148.

- Ilegalización: 141.
- Minorías: 148.
- Nulidad de candidatura a las elecciones del
Parlamento Europeo: 141.
- Organizaciones inconstitucionales: 101.
- Programas de gobierno presuntamente
inconstitucionales: 148.

PENAS: 149.

- Reclusión perpetua: 149.

PENAS ACCESORIAS: 68.

- Exigencia de notificación de paradero: 68.
- Posibilidad de su revisión: 68.
- Validez de la medida: 68.

PESCA: 225.

- Medidas destinadas a prevenir, desalentar y
eliminar la pesca ilegal: 225.

PODER JUDICIAL: 170, 201, 227.

- Atribuciones: 170.

- Casos abstractos: 170.
 Organización: 201.
 Proyecto constitutivo de la Corte de Justicia del MERCOSUR: 227.
- POLICÍA:** 165.
 Exceso en el uso legítimo de las armas: 165.
- POLÍTICA CRIMINAL:** 151.
- POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN:** 92.
 Medidas para combatir el terrorismo: 92.
- PREÇOS:** 149, 152, 153, 156, 158.
 Derecho a la libertad: 149.
 Derecho al libre desarrollo de la personalidad: 158.
 Derecho de defensa: 152.
 Libertad condicional: 149.
 Privación ilegal de la libertad: 153.
 Sustitución de pena: 156.
 Visitas íntimas: 158.
- PRINCIPIO DE PREVENCIÓN:** 82.
- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:** 68, 84, 151, 165.
- PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD:** 62, 68, 151.
- PRINCIPIO PRECAUTORIO:** 82.
- PROPIEDAD INTELECTUAL:** 159, 228.
 Chile, reforma de ley: 228.
 Protección penal de la propiedad literaria y artística en Internet: 159.
- PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES:** 123.
 Exigencia de insertar la pertenencia religiosa en un documento de identidad: 123.
- RECLUSIÓN PERPETUA:** 149.
 Derecho al sobreseimiento de la pena restante aún incumplida: 149.
- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO:** 72, 153, 170.
 Responsabilidad internacional: 72.
- RESPONSABILIDAD MÉDICA:** 166.
 Deber de informar: 166.
- SALUD:** 111, 170, 228.
 Extranjeros, derecho a la asistencia médica: 111.
- Interrupción voluntaria del embarazo: 228.
 Sexual y reproductiva: 228.
- SECRETO DE ESTADO:** 104.
 Violación: 104.
- SEGURIDAD SOCIAL:** 92, 170.
 Restricción en las prestaciones: 92.
- SENTENCIA EXTANJERA:** 97.
 Reconocimiento de condena: 97.
- TERRORISMO:** 92, 104, 141, 223.
 Congelamiento de fondos de particulares: 92.
 Cooperación: 141.
 España, legislación: 223.
Extraordinary renditions: 104.
 Financiación: 223.
 Medidas para combatirlo: 92.
- TORTURAS Y MALOS TRATOS:** 212.
- TRABAJADORES:** 187.
 Criterios discriminatorios raciales de selección de personal: 187.
 Derecho a la igualdad: 187.
- TRATADOS INTERNACIONALES:** 97.
 Interpretación: 97.
- TRATOS CRUELES E INHUMANOS:** 116, 212.
 Inmigrantes,
 malos tratos en la familia: 116.
 violencia sexual contra la esposa: 116.
- UNIÓN EUROPEA:** 63.
 Naturaleza jurídica: 63.
- VIOLENCIA DOMÉSTICA:** 116, 173.
 Inmigrantes,
 malos tratos en la familia: 116.
 violación de la obligación de asistencia económica: 116.
 violencia sexual contra la esposa: 116.



Corte Suprema de Justicia de la Nación.
Instituto de Investigaciones y Referencia Extranjera
Talcahuano 550, 4to piso, Oficina 4036.
CPA C1013AAL - Buenos Aires - Argentina.
Teléfonos: 4370-4600 (int. 4538 / 4636 /4637)
E-mail: investigaciones@csjn.gov.ar